



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “MEDITERRANEA”  
DI REGGIO CALABRIA**

**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA, ECONOMIA E  
SCIENZE UMANE**

*DOTTORATO DI RICERCA IN “DIRITTO ED ECONOMIA” XXXV CICLO  
CURRICULUM DIRITTO PUBBLICO*

*IUS/17 DIRITTO PENALE*

---

**IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE NEL SISTEMA DELLA  
RESPONSABILITÀ DA REATO DELL'ENTE**

*Tesi di dottorato di:*

Giovanni GRASSO

Tutor:

Chiar.mo Prof. Vincenzo Nico

D'ASCOLA

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. A. GORASSINI

---

**Anno Accademico 2022/2023**



*Ai miei genitori e ai piccoli  
Mattia, Manuel e Tommaso*



# IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE NEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DA REATO DELL'ENTE

## INDICE

INTRODUZIONE .....	xi
CAPITOLO I.....	2
<i>IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE NEL DIRITTO PENALE NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE E SOVRANAZIONALE</i> .....	2
<i>1. La proporzione come principio generale dell'ordinamento.</i> .....	2
<i>1.1. Generalità. Alle origini del principio di proporzione.</i> .....	2
<i>1.2. L'evoluzione del principio di proporzione: dal diritto amministrativo al diritto costituzionale, sino alla dimensione sovranazionale.</i> .....	5
<i>1.3. La vocazione interdisciplinare del principio di proporzione: un'acquisizione di civiltà giuridica.</i> .....	10
<i>2. Le varie declinazioni del principio di proporzionalità nel diritto penale.</i> .....	14
<i>2.1. Proporzionalità e fondamento del diritto penale.</i> .....	14
<i>2.2. Spigolature sul principio di proporzione all'interno del sistema penale.</i> .....	17
<i>2.3. Proporzionalità e misure di prevenzione post e ante o praeter delictum.</i> ...	24
<i>2.4. Rilievi conclusivi di sintesi sulla rilevanza del principio di proporzione nel sistema penale.</i> .....	27
<i>3. La proporzionalità in senso 'strutturale': le scelte di criminalizzazione.</i> .....	28
<i>4. La proporzionalità quantitativa: la pena proporzionata</i> .....	31
<i>4.1. Proporzionalità e funzioni della pena.</i> .....	33
<i>5. Proporzionalità in astratto e proporzionalità in concreto</i> .....	40
<i>5.1. La proporzionalità della pena legale nella giurisprudenza costituzionale.</i> ..	41
<i>5.2. Proporzionalità e 'mobilità' della pena edittale.</i> .....	46
<i>5.3. Il ruolo della funzione rieducativa nel percorso di emancipazione del principio di proporzione.</i> .....	47
<i>5.4. Dal giudizio di proporzionalità estrinseca al giudizio di proporzionalità intrinseca. Gli spazi residui per il c.d. sostituto sanzionatorio.</i> .....	49

5.5. <i>Legalità e proporzionalità della pena nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE. Il tema della c.d. doppia pregiudizialità.</i> .....	52
6. <i>Dialogo tra principi: proporzionalità e offensività.</i> .....	55
7. <i>Il concetto di proporzionalità della pena.</i> .....	57
8. <i>I parametri della proporzionalità.</i> .....	64
8.1. <i>Proporzionalità delle pene patrimoniali e capacità di sopportazione del reo.</i> 69	
9. <i>Proporzionalità, premialità e riparazione.</i> .....	72
10. <i>Proporzionalità e diritto punitivo.</i> .....	76
11. <i>Proporzionalità e ne bis in idem: cenni e rinvio.</i> .....	83
CAPITOLO II.....	88
IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE NEI BINARI SANZIONATORI MULTIPLI ....	88
1. <i>Il divieto di bis in idem.</i> .....	88
1.1. <i>Generalità ed evoluzione storica.</i> .....	88
1.2. <i>Le diverse declinazioni del divieto.</i> .....	91
1.2.1. <i>Ne bis in idem interno e internazionale: cenni.</i> .....	91
1.2.2. <i>Ne bis in idem sostanziale e processuale: distinzione e fondamento costituzionale e sovranazionale.</i> .....	93
1.2.3. <i>Fonti interne: l'art. 649 c.p.p.</i> .....	98
1.2.4. <i>Ne bis in idem sostanziale e concorso di illeciti.</i> .....	100
2. <i>Il concetto di matière pénale.</i> .....	107
2.1. <i>L'eterno ritorno tra illecito penale e illecito amministrativo e la ricerca di una base ontologica della distinzione.</i> .....	113
2.1.1. <i>La responsabilità da reato dell'ente nel "buco nero" della 'materia penale'. 123</i>	
2.2. <i>Il "doppio binario" sanzionatorio e procedimentale.</i> .....	124
2.2.1. <i>Gli abusi di mercato.</i> .....	126
2.2.2. <i>Gli illeciti tributari</i> .....	133
2.2.2.1. <i>L'estensione della responsabilità dell'ente per i reati tributari.</i> .....	137
2.2.2.2. <i>Meccanismi normativi di coordinamento dei "binari".</i> .....	140
3. <i>Il concetto di idem factum tra doppi binari sanzionatori e concorso formale di reati.</i> .....	144
3.1. <i>Idem factum ed eadem persona nei rapporti tra persona fisica e persona giuridica.</i> .....	154
4. <i>L'evoluzione giurisprudenziale europea in materia di market abuse e illeciti tributari: dall'incompatibilità sistemica all'approccio casistico.</i> .....	156

5. <i>Le reazioni del diritto interno.</i> .....	171
6. <i>Il principio di proporzione nei casi di cumulo punitivo: oltre il ne bis in idem.</i> .....	189
CAPITOLO III .....	196
LA RESPONSABILITÀ DA REATO DELL'ENTE. DALL'AFFERMAZIONE DEL SOCIETAS DELINQUERE ET PUNIRI POTEST ALLA RICERCA DI UN FATTO PERSONALE DELL'ENTE .....	196
1. <i>Profili introduttivi e cenni storici. La crescente insofferenza verso un brocardo di antica tradizione.</i> .....	196
2. <i>Profili comparatistici e modelli di responsabilità: cenni.</i> .....	207
3. <i>La responsabilità da reato delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano.</i> .....	221
3.1. <i>Il dibattito sulla natura giuridica.</i> .....	223
3.2. <i>La struttura della fattispecie di responsabilità.</i> .....	236
3.2.1. <i>La base minima dell'imputazione: il ruolo dell'interesse e del vantaggio.</i> 240	
3.2.2. <i>La posizione qualificata dell'autore del fatto di connessione: cenni.</i> ..	246
3.2.3. <i>La responsabilità dell'ente al cospetto del principio di colpevolezza...</i> ..	248
3.2.3.1. <i>Dal superamento del dogma incapacitante all'apertura della "caccia alla colpevolezza" dell'ente.</i> .....	250
3.2.3.2. <i>La funzione della colpa di organizzazione nella disciplina italiana.</i> ..	257
3.2.3.2.1. <i>Rilevanza della posizione dell'autore del fatto di connessione e onere della prova.</i> .....	257
3.2.3.2.2. <i>Tra colpevolezza e colpa di organizzazione.</i> .....	263
3.2.3.2.3. <i>La colpa "dimezzata" e la ricerca di una simmetria.</i> .....	266
4. <i>Rilievi dogmatici sul fatto nella ricostruzione di una teoria generale dell'illecito dell'ente.</i> .....	278
4.1. <i>La distinzione tra il fatto della persona fisica e il fatto della persona giuridica.</i> .....	280
4.2. <i>La colpa di organizzazione tra Unrecht e Schuld.</i> .....	282
4.3. <i>La fattispecie a disvalore complesso.</i> .....	285
CAPITOLO IV – DIRITTI FONDAMENTALI ED ENTI .....	290
1. <i>L'ente quale soggetto titolare di diritti fondamentali.</i> .....	290
2. <i>Uomo, persona e diritti.</i> .....	292
3. <i>Diritti fondamentali e concezioni della personalità giuridica.</i> .....	295
4. <i>Il riconoscimento della titolarità di diritti costituzionali.</i> .....	301
4.1. <i>L'esperienza costituzionale tedesca.</i> .....	301
4.2. <i>L'esperienza costituzionale statunitense.</i> .....	303

4.3.	<i>L'esperienza costituzionale italiana.</i>	306
4.4.	<i>Un quadro di sintesi.</i>	310
5.	<i>Prime conclusioni: l'estensione delle garanzie penalistiche e processuali.</i>	313
CAPITOLO V – IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE E IL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE.		320
1.	<i>Il principio di proporzione nella ricostruzione della colpa di organizzazione.</i>	320
2.	<i>Principio di proporzionalità e sistema sanzionatorio: considerazioni generali e comparazione.</i>	332
3.	<i>Proporzionalità e sanzioni pecuniarie.</i>	340
3.1.	<i>Proporzionalità e giudizio bifasico.</i>	341
3.2.	<i>Casi di riduzione della sanzione.</i>	351
3.3.	<i>Criticità della 'parte speciale'.</i>	355
3.3.1.	<i>Casi di mancanza di gradualismo sanzionatorio.</i>	355
3.3.2.	<i>Sanzioni pecuniarie fisse.</i>	358
4.	<i>Proporzionalità e sanzioni interdittive.</i>	360
4.1.	<i>Generalità.</i>	360
4.2.	<i>Criteri di scelta e commisurazione.</i>	365
4.2.1.	<i>In particolare, la rilevanza della capacità economico-dimensionale dell'ente.</i>	367
4.3.	<i>Interdizione e commissariamento giudiziale.</i>	369
4.4.	<i>Le singole sanzioni interdittive.</i>	371
4.5.	<i>Proporzionalità e sanzioni interdittive definitive.</i>	375
4.6.	<i>Criticità della 'parte speciale'.</i>	376
4.6.1.	<i>Le cornici edittali. L'incidenza della l. n. 3 del 2019 sul sistema sanzionatorio del d.lgs. n. 231 del 2001.</i>	376
4.6.2.	<i>I reati societari e gli abusi di mercato: fondamento delle sanzioni interdittive e incoerenza delle scelte punitive.</i>	379
5.	<i>Proporzionalità e confisca.</i>	380
5.1.	<i>La proporzionalità della confisca.</i>	385
5.2.	<i>La nozione di profitto e i criteri di computo.</i>	387
5.3.	<i>I destinatari della misura.</i>	390
5.4.	<i>Cause di esclusione.</i>	391
5.5.	<i>Rapporti con il risarcimento del danno.</i>	392
6.	<i>Proporzionalità e pluralità di illeciti: concorso reale fra criteri di imputazione.</i>	



7.	<i>Proporzionalità e vicende modificative dell'ente.</i>	395
7.1.	<i>Fra politica criminale, libertà d'impresa e meritevolezza di pena.</i>	395
	<i>Proporzionalità, continuità di azione e condizioni economiche e patrimoniali degli enti.</i>	398
8.	<i>Proporzionalità e prescrizione.</i>	400
9.	<i>Il principio di proporzione fra premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità dell'ente.</i>	404
9.1.	<i>In particolare, le vicende asimmetriche della punibilità tra persona fisica ed ente responsabile.</i>	415
CAPITOLO VI – IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE E IL <i>NE BIS IN IDEM</i> NEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE..... 424		
1.	<i>Soggetti collettivi e “binari doppi/multipli”: tra autonomia della responsabilità, idem factum e proporzionalità del trattamento sanzionatorio.</i>	424
1.1.	<i>Una premessa di metodo.</i>	425
1.2.	<i>Abusi di mercato.</i>	426
1.2.1.	<i>Peculiarità del “doppio binario” a carico dell'ente.</i>	426
1.2.2.	<i>Prospettive di ricomposizione del bis in idem.</i>	428
1.3.	<i>Illeciti tributari.</i>	432
1.3.1.	<i>L'ente protagonista delle vicende sanzionatorie in materia fiscale.</i>	432
1.3.2.	<i>Modelli di responsabilità e idem factum.</i>	432
1.3.3.	<i>Il principio di proporzionalità della sanzione complessivamente inflitta.</i>	437
1.4.	<i>Violazioni del diritto d'autore.</i>	451
1.4.1.	<i>L'ente quale destinatario principale delle sanzioni amministrative.</i>	451
1.4.2.	<i>Modelli di responsabilità e idem factum.</i>	452
1.4.3.	<i>Il principio di proporzionalità della sanzione complessivamente inflitta (rinvio).</i>	452
2.	<i>Il problema degli enti di piccole dimensioni: necessità di una disciplina differenziata?</i>	454
2.1.	<i>La (ir)rilevanza della concentrazione tra proprietà e gestione.</i>	454
2.2.	<i>L'accerchiamento dell'ente esile attraverso la moltiplicazione dei “binari” punitivi.</i>	461
3.	<i>Il cumulo sanzionatorio tra prevenzione della criminalità d'impresa, garanzia del ne bis in idem e proporzionalità: prospettive risolutive con la lente della comparazione.</i>	463
	RILIEVI CONCLUSIVI	468

BIBLIOGRAFIA .....	480
--------------------	-----

## INTRODUZIONE

Acquisizione trasversale di ‘civiltà giuridica’, il principio di proporzione rappresenta oggi uno dei principali strumenti di controllo delle scelte restrittive della sfera individuale. Infatti, detto principio ha dimostrato una notevole capacità diffusiva nelle varie branche del diritto, dentro e oltre i confini nazionali, alla quale si è aggiunto, in tempi più recenti, un notevole processo di rafforzamento, in particolare nell’ambito della ‘penalità’. Una intensificazione dello spettro del principio realizzatasi attraverso la sapiente opera della Corte costituzionale, che ha riconosciuto alla proporzionalità della pena dignità di principio autonomo, non più relegata al terreno tanto ampio quanto ristretto del controllo sulla ragionevolezza delle scelte legislative, ma assurta a mezzo diretto e principale del sindacato di costituzionalità sulla pena; al punto da discutersi in dottrina di un vero e proprio diritto fondamentale alla proporzionalità della pena.

Un’espansione, questa, che ha certamente avuto un riflesso sul ruolo rivestito dal giurista moderno, non più impotente di fronte alle scelte legislative. In forza di tale canone, infatti, l’operatore del diritto non è più confinato a sedere sullo “sgabello” che affianca il “grande portone” che dà accesso alla legge, secondo la nota immagine kafkiana, ma è chiamato ad alzarsi e ad attraversare quella soglia tra legalità e valutazioni giuridiche non più sorvegliata dal “guardiano”<sup>1</sup>. Fuor di metafora, mediante il principio di proporzione il ruolo delle Corti – dai giudici di merito a quello delle leggi – viene grandemente valorizzato, abilitando il suo ingresso dentro i luoghi della legge, con la

---

<sup>1</sup> Il richiamo è al racconto di F. KAFKA, *Davanti alla legge*, in Id., *La metamorfosi e altri racconti*, trad. it. a cura di R. Paoli ed E. Pocar, Milano, 2016, p. 104 ss.

riscoperta di un rapporto di equivalenza tra proporzionalità e legittimità che consente di spostare in avanti il limite insuperabile della riserva legislativa di opportunità.

D'altro canto, a questa evoluzione deve essere accostata l'interazione con il mutamento del quadro generale dell'intero diritto punitivo, ormai da osservarsi con la lente sostanzialistica del concetto di *matière pénale*. In un sistema sempre più costellato dalla pluralità di risposte sanzionatorie e da un crescente ricorso alle sanzioni amministrative punitive, da parte di un legislatore, tuttavia, restio ad abbandonare lo strumento penalistico, il tema della proporzionalità si interseca con quello della salvaguardia del diritto al *ne bis in idem* in presenza di “doppi binari” punitivi. Un nesso enfatizzato dalla giurisprudenza sovranazionale, che ha spinto a ricercare la reale sostanza unitaria del complesso risultato procedimentale e sanzionatorio, mutando l'originario approccio di incompatibilità sistemica con un più cauto rimando all'indagine casistica. Un collegamento forse sopravvalutato dalla giurisprudenza interna successiva al 2016, prima che la sentenza n. 149 del 2022 della Corte costituzionale sottolineasse il limite di questa correlazione: il *ne bis in idem* non si esaurisce nella proporzionalità della sanzione, ma è esso stesso un diritto fondamentale, una garanzia assoluta, dotata di una propria dimensione ed efficacia preclusiva immediata nei confronti dell'intervento punitivo.

La presente ricerca prende le mosse dalla ricostruzione degli sviluppi recenti dei due principi e delle loro reciproche interazioni e si pone l'obiettivo di comprendere come queste si collochino di fronte a un possibile “nuovo” soggetto attivo del sistema penale odierno: l'ente collettivo. A partire quantomeno dal 2001, infatti, il diritto penale – o se si vuole, la “materia penale” – deve fare i conti con un protagonista anomalo, non fatto di ‘carne e ossa’, ma di processi organizzativi. L'affermazione è perentoria e in grado di “mandare al macero” non solo intere biblioteche<sup>2</sup>, ma una longeva tradizione storica, sia pure con alcune oscillazioni: *societas delinquere (et puniri) potest*. Ad esso l'ordinamento

---

<sup>2</sup> Sia consentito l'impiego della celebre affermazione di J. VON KIRCHMANN, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, trad. it. a cura di P. Frezza, Pisa, 1942.

affida un compito tipicamente pubblicistico, secondo la logica della sussidiarietà orizzontale, qual è quello della prevenzione delle forme di criminalità che possono entrare in contatto con la realtà d'impresa, sia pure con il temperamento del *numerus clausus*.

Attraverso il “micro-codice 231”, le persone giuridiche vengono responsabilizzate attraverso il continuo stimolo verso la ricerca della *compliance*, in un sotto-sistema principalmente ispirato a una logica di prevenzione speciale positiva; al punto da spingere autorevole dottrina a discutere di “funzione rieducativa della sanzione”.

Una responsabilità costruita appositamente per le persone giuridiche, la quale, al di là delle etichette normative, potrebbe celare una reale sostanza penalistica. Essa, per un verso, individua dei criteri di connessione intercorrenti con i soggetti che le compongono, e, per un altro, si focalizza sul proprio sostrato organizzativo. L'attività dell'ente trova un riflesso strutturale enucleabile nella organizzazione, che all'attenzione del legislatore e degli interpreti – giurisprudenza compresa – diventa un importante criterio di imputazione della responsabilità dell'ente, che consente di restituirne una composizione in linea con i principi penalistici. Così come la personalità della responsabilità penale impone il rispetto del canone *nullum crimen sine culpa*, non c'è responsabilità senza la possibilità di rimproverare l'ente per una carenza organizzativa.

Si tratterà di comprendere, però, se sia solo questo il ruolo della colpa di organizzazione ovvero se questa non abbia una funzione maggiormente pregnante, quale elemento di rilievo centrale del disvalore oggettivo dell'illecito corporativo, accanto al c.d. reato presupposto.

Si tratta di una questione non trascurabile ai fini del perseguimento dello scopo della ricerca, che è quello, lo si ribadisce, di tentare di comporre un quadro complessivo del principio di proporzione, anche alla luce del volto odierno del *ne bis in idem*, all'interno del sistema della responsabilità da reato dell'ente. Una finalità il cui raggiungimento passa inevitabilmente attraverso l'annosa tematica della capacità di tali

soggetti di essere titolari dei diritti fondamentali. Il quesito che si pone è se l'ente collettivo rappresenti un "cavaliere inesistente", mero oggetto del diritto, utilizzabile per il perseguimento di finalità individuali e sociali, per il quale si assume interesse solo perché si muova verso il perfezionamento delle proprie politiche interne<sup>3</sup>. Ovvero, piuttosto, se non debba essere inteso anche come soggetto a tutti gli effetti, anche sul piano costituzionale e convenzionale, benché con i dovuti adeguamenti alla propria peculiare configurazione. Seguendo i percorsi tracciati dagli studiosi del diritto privato, costituzionale e penal-processuale, nonché dai formanti dottrinali e giurisprudenziali d'oltralpe e d'oltreoceano, oltre che dalla giurisprudenza sovranazionale, si vuole comprendere a fondo se e in che misura i soggetti collettivi, privi di soggettività corporale e dotati solo di quella giuridica, possano godere di un proprio statuto di garanzie fondamentali.

Una volta raggiunta una possibile risposta, sarà possibile verificare l'azione del principio di proporzionalità nel d.lgs. n. 231 del 2001. Dopo una prima verifica sull'influenza della proporzionalità, sia in senso strutturale sia in senso sanzionatorio, sulle applicazioni della colpa di organizzazione, si passerà in rassegna l'intero apparato punitivo disegnato per l'illecito para-penale dell'ente. Lo sguardo verrà rivolto non solo alle singole sanzioni, ai relativi presupposti e alle modalità commisurative, bensì anche alle possibili questioni di 'parte speciale' – se così si vuole intendere il catalogo di reati previsti dal decreto. Ci si domanderà, inoltre, quale sia il legame tra la proporzionalità della pena e la centralità della riparazione dell'illecito nella contropartita risocializzante dell'ordinamento, anche alla luce dei rapporti con le ipotesi di non punibilità della persona fisica.

Infine, si esamineranno criticamente i "binari" doppi e multipli a cui può talora andare incontro l'ente in virtù della commissione nel suo interesse da parte della persona fisica di illeciti con duplicazione di conseguenze: penali e (formalmente) amministrative. In ciò assumerà carattere preliminare la ricostruzione dei singoli modelli

---

<sup>3</sup> Sia consentito l'accostamento metaforico alla celebre figura nata dalla penna di I. CALVINO, *Il cavaliere inesistente*, Milano, 2005.

responsabilizzanti sul fronte amministrativo, con riguardo alle materie degli abusi di mercato, dei reati tributari e delle violazioni del diritto d'autore; per poi comprendere se si possa discutere di *idem factum*, tenuto conto delle coordinate ermeneutiche provenienti dalla giurisprudenza europea e dalla Corte costituzionale.

Una volta affermata la violazione del *ne bis in idem*, si proseguirà a verificare la possibilità di ricomporre la disciplina in maniera coerente con il criterio della “*sufficiently close connection in substance and time*” offerto dalla Corte di Strasburgo. Al contrario, laddove di *bis in idem* non si potrà discutere, sarà doveroso affrontare ugualmente la questione in chiave ipotetica, posto che nulla esclude, com'è stato argutamente osservato in dottrina, che la stessa giurisprudenza europea, tipicamente aperta a letture sostanzialistiche, possa non essere dello stesso avviso.

Non solo: si ritiene che anche qualora l'esclusione del *ne bis in idem* dovesse essere confermata, il compito dell'interprete non si arresterebbe qui. Piuttosto, ci si dovrà chiedere se il principio di proporzione, attesa la capacità incisiva e la portata oggi acquisite, non imponga comunque di dare rilievo, in sede di commisurazione della pena, alle sanzioni già subite da parte dell'ente che trovino giustificazione nell'illecito amministrativo della persona fisica. Un principio, quello di proporzione, che, sebbene si intersechi con il divieto di *bis in idem*, non deve strabordare nel suo assorbimento; ma che, allo stesso tempo, potrebbe riespandersi allorquando, pur a fronte della moltiplicazione delle reazioni punitive, di vero e proprio *bis in idem* non si possa discutere.





## *CAPITOLO I*

### *IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE NEL DIRITTO PENALE NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE E SOVRANAZIONALE*

#### *1. La proporzione come principio generale dell'ordinamento.*

##### *1.1. Generalità. Alle origini del principio di proporzione.*

Originato dalla dialettica tra Autorità e libertà, le evoluzioni più recenti dimostrano come il principio di proporzione abbia assunto il valore di canone trasversale dell'intero ordinamento.

Esso rappresenta oramai un principio generale<sup>4</sup> a vocazione multidisciplinare e dal carattere polifunzionale, quale parametro interpretativo e criterio di bilanciamento, assunto a indice di adeguatezza delle soluzioni incidenti sulla sfera giuridica altrui.

Tra i principi generali del diritto, la proporzione è quella che probabilmente si connota maggiormente per antichità, se si considera la sua risalenza all'epoca delle primissime elaborazioni 'penalistiche' ad oggi conosciute, legate ai primordi della logica retributiva, tanto di derivazione statale quanto religiosa<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, XII

<sup>5</sup> Alcune delle 282 disposizioni del Codice di Hammurabi (per es. la n. 200), sovrano babilonese, ricondotto dagli studiosi al XVIII secolo a.C.; ma dei riferimenti alla logica proporzionalistica sono contenuti anche nell'Antico Testamento della Bibbia: *Levitico* 24, 19-20, *Deuteronomio* 19,21.

In disparte tali prime apparizioni del canone in esame<sup>6</sup>, la proporzione fa la propria comparsa nella verifica di legittimità delle restrizioni autoritative delle libertà, con particolare riferimento al diritto di polizia. Difatti, è dalla legge generale prussiana del 1794, e in particolare dall'utilizzo da parte di essa del termine "necessità" in relazione alle misure poliziesche volte a presidiare l'ordine pubblico, che la giurisprudenza tedesca ha tratto l'abbrivio per enucleare il test di proporzionalità (parte II, tit. 17, par. 10)<sup>7</sup>.

Nella specie, è a cavallo tra XVIII e XIX secolo che esso inizia a trovare spazio nell'esperienza dottrinale<sup>8</sup> e giurisprudenziale d'oltralpe<sup>9</sup>, quale rapporto di equilibrio tra interesse pubblico da tutelare e ingerenze nelle libertà individuali imperniato sul criterio del "minimo sacrificio necessario". Emblematica, in tal senso, è la formula secondo cui "non si può sparare a un passero con un cannone"<sup>10</sup>, indicativa dell'insufficienza del mero

---

Si consideri altresì come anche il diritto romano presentasse dette influenze retributive arcaiche attraverso il richiamo alla Legge del Taglione da parte della VIII delle XII Tavole, della metà del V secolo a.C. (2. *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*).

Per una ricostruzione complessiva, si v. U. CURI, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, 2019, p. 103 ss.

Per una sintetica confutazione del fondamento teologico della retribuzione, si v. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, p. 168.

Peraltro, qualche riferimento alla proporzione emerge anche nel dibattito filosofico antico, come dimostra il dibattito presente nelle *Leggi* di Platone tra Clizia e l'Ateniese sulla pena da infliggere nel caso di furto: PLATONE, *Le Leggi*, IX, 875b, in G. REALE (a cura di), *Platone. Tutti gli scritti*, Milano, 2000, p. 1649.

<sup>6</sup> Ai riferimenti rinvenibili nella storia antica si affianca quello medioevale della *Magna Charta Libertatem* del 1215 («*A freeman shall not be amerced for a small offence, except in accordance with the degree of the offence and for a grave offence he shall be amerced according to its gravity, without imperilling his status*»).

<sup>7</sup> M. D'ALBERTI, *Peripezie della proporzionalità*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 2014, n. speciale, p. 283.

<sup>8</sup> Per un rimando al principio di proporzionalità tanto delle pene quanto delle misure di polizia quale criterio generale di controllo di stretta necessità rispetto allo scopo perseguito, già, nella dottrina giuspubblicistica tedesca, Carl Gottlieb Svarez e Günther Heinrich von Berg: v. G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in AA.VV., *L'ordinamento europeo*, Vol. I – *I principi dell'Unione*, Milano, 2006, p. 225 ss.

Uno dei precursori in Italia del principio di proporzionalità in materia amministrativa è stato il Romagnosi: G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tessernele istituzioni*, Prato, 1814, p. 183.

<sup>9</sup> Caso Kreuzberg (*Oberverwaltungsgericht*, 14 giugno 1882), relativo alla sproporzione di un provvedimento di chiusura di uno spaccio di alimentari per difetto di licenza.

<sup>10</sup> «*Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen*»: così F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, p. 354.

Analogamente, nel caso giurisprudenziale anglosassone, *R v. Goldstein [1983] 1 WLR 151, 155B* si legge la seguente metafora, impiegata dal giudice Lord Diplock: «*You must not use a steam hammer to*

parametro dell'idoneità di uno strumento rispetto al suo fine, giacché ciò che è atto a rimuovere un ostacolo non necessariamente è l'unica alternativa disponibile in una scala graduale ideale.

Contestualmente, anche la coscienza penalistica italiana dell'epoca, mossa dai fervori dell'Illuminismo penale<sup>11</sup>, valorizza l'importanza della proporzionalità nella imposizione di 'pesi sanzionatori'<sup>12</sup>.

L'esigenza di una misurazione dell'intervento pubblico limitativo delle attività dei singoli per valutarne la legittimità sorge allorché nello Stato borghese di diritto, per un verso, si fa largo l'idea della soggezione alla legge del potere amministrativo, e quindi della sua limitatezza; per un altro verso, iniziano ad acquistare maggiore rilevanza i diritti dei singoli anche nei rapporti con lo Stato<sup>13</sup>.

---

*crack a nut, if a nutcracker would do»*, cit. in G. AJANI – B. PASA, *Diritto comparato, Casi e materiali*, Torino, 2013, 71-72. V. anche M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità*, Modena, 2015, p. 22.

Nel diritto angloamericano, il divieto di *excessive fines* era stato già sancito nel *Bill of Rights* inglese del 1689 e, successivamente, venne ripreso dal VIII emendamento alla Costituzione federale degli USA adottato nel 1791. Prima di allora, qualche riferimento era contenuto anche nelle Costituzioni dei vari Stati americani (per le quali si rinvia a F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, p. 21 nt. 60). Sebbene il divieto di eccesso appaia riferito alle sole pene pecuniarie, nel corso del tempo la giurisprudenza della Corte Suprema si è arrogata il potere di sindacare la costituzionalità delle pene legalmente previste (si rinvia all'analisi condotta Ivi, p. 3 ss.). La clausola prevista nel *Bill of Rights* inglese verrà riprodotta anche in quello canadese del 1960. In seguito, il divieto verrà autonomamente previsto nella Carta canadese dei diritti del 1982.

<sup>11</sup> Riprendendo quanto detto da Montesquieu (*De l'esprit des lois*, Libro XIX, § XIV, 1748), è nell'opera di Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, che si rinvergono numerose osservazioni circa "l'assoluta necessità" delle limitazioni delle libertà degli individui («ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità è tirannico», § II), la proporzione fra delitti e pene (§ VI), orientata secondo la logica del "minor male possibile" (§ XIX).

<sup>12</sup> Sulla scia delle spinte illuministiche, l'art. 8 della *Declaration des droits de l'homme et des citoyens* del 1789 ha sancito che: «La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires», principio ribadito nelle costituzioni successive di epoca rivoluzionaria (1793 e 1795). Proprio da tale articolo, il *Conseil constitutionnel* ha ricavato, in tempi più recenti, la legittimazione a sindacare le scelte punitive del legislatore quando manifestamente sproporzionate (decisione n. 2019-799/800 QPC del 6 settembre 2019).

Appare interessante notare la proporzionalità delle pene sia richiesta in alcune esperienze costituzionali della Penisola del XVIII secolo: v., per es., le Costituzioni del Regno di Sardegna del 1723-1729, anteriore allo scritto di Beccaria, e l'art. XII della Costituzione della Repubblica romana del 1798.

<sup>13</sup> C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, trad. it. A. CARACCILO (a cura di), Milano, 1984, p. 179 ss.

## ***1.2. L'evoluzione del principio di proporzione: dal diritto amministrativo al diritto costituzionale, sino alla dimensione sovranazionale.***

Lo sviluppo crescente dell'importanza del sindacato di proporzionalità lo vede oggi come un'acquisizione adamantina del diritto amministrativo odierno, correlativamente al vizio dell'eccesso di potere (art. 21-*octies*, comma 1 l. n. 241 del 1990). Detto criterio di verifica di legittimità della stessa è spesso accostato a quello di ragionevolezza, che, invece, esprime un esame preliminare, ovverosia la coerenza tra valutazione compiuta e decisione presa<sup>14</sup>.

Nel diritto amministrativo il principio di proporzionalità costituisce un corollario implicito del principio di buon andamento (art. 97 Cost.) e viene incanalato nel diritto interno anche dal diritto dell'Unione Europea (art. 5 TUE, per quanto ivi dettato in relazione alle competenze dell'Unione e degli Stati membri)<sup>15</sup>.

Sulla scia della giurisprudenza costituzionale tedesca, come si preciserà meglio successivamente al riguardo, anche nel diritto amministrativo si fa ricorso a un giudizio trifasico, teso a vagliare l'idoneità della misura, la sua necessità e adeguatezza<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Consiglio di Stato sez. VI, 10 dicembre 2018, n.6951. Invece, si è constatato come nella giurisprudenza costituzionale proporzionalità e ragionevolezza tendano a confondersi: «*l'automatismo della sanzione disciplinare è irragionevole, contrastando con il principio di proporzione, che è alla base della razionalità che informa il principio di eguaglianza*» (Corte cost. 18 gennaio 1999, n. 2, p. 3), cit. in M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, p. 464; v. anche F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, tomo I, Roma, 2007.

<sup>15</sup> S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, p. 5 ss., che lo qualifica quale principio di regolazione generale dell'esercizio del potere discrezionale.

<sup>16</sup> Cons. Stato, sez. III, 26 giugno 2019, n. 4403. Per la proporzionalità sanzionatoria, quale principio di "civiltà giuridica", v. Cons. Stato, sez. II, 7 novembre 2019, n. 7598; v. anche Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2019, n. 7185. Per la valorizzazione del principio di proporzionalità ai fini dell'indagine sulla colpa nella responsabilità da fatto illecito della Pubblica Amministrazione: Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2010, n. 8091; Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2014, n. 1644. Sul punto, si v. A.M. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 58 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e analisi sistematica*, Torino, 2011.

Con l'avvento della Costituzione il ruolo della proporzionalità si è espanso grandemente, al punto da non rimanere circoscritto alla mera attività amministrativa, bensì tale da investire anche le scelte legislative. Con l'adozione di una fonte del diritto nuova, sovraordinata rispetto alla legge, ricognitiva di diritti e libertà e, quindi, costitutiva di vincoli verso il potere legislativo, la proporzione diviene parametro di controllo di legittimità del suo esercizio.

In questo caso non viene in rilievo solamente il dialogo tra Autorità – qui non più e non semplicemente pubblica, ma propriamente legislativa – e libertà, ma, soprattutto, quello fra diritti e interessi coinvolti dalle scelte legislative. Più precisamente, posto che la tutela di uno di essi può implicare frequentemente la compressione di altri, non esistendo valori 'tiranni', le antinomie devono essere risolte mercé un bilanciamento ragionevole fra gli stessi<sup>17</sup>.

Nell'interpretazione dei confini costituzionali della potestà legislativa, la giurisprudenza costituzionale disegna la figura ideale di un legislatore ponderato, il cui agire sia sempre giustificato, coerente con i propri intenti e adeguato agli scopi da

---

<sup>17</sup> Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85, sul caso ILVA di Taranto. Più precisamente, così si legge nella sentenza: «*Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona.*

*Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto (...) secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale» (p. 9).*

Per un commento, si v. M. BONI, *La politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza sul caso Ilva (n. 85/2013)*, in *Federalismi*, 5 febbraio 2014, n. 3

realizzare. Pertanto, qualora l'eventuale sacrificio esitasse in una sterilizzazione delle posizioni individuali non necessitata dall'obiettivo da perseguire, ne discenderebbe l'illegittimità costituzionale della legge.

Oltretutto, la proporzionalità non funge soltanto da criterio guida nelle valutazioni normative, bensì vincola l'adozione di scelte non 'fisse', ma elastiche, onde evitare che la legge non consenta di trattare in maniera diversificata situazioni diverse. Emerge chiaramente la stretta interconnessione con il vaglio di ragionevolezza e la costruzione di spazi deliberativi per le Amministrazioni e per i giudici quali figure soggette alla legge, ma anche orientate a interpretarle e ad applicarle in maniera adeguata a una realtà variegata. Ne discende che le indagini del Giudice delle leggi si articolano anche nella ricerca dell'esistenza di strumenti che consentano di far dialogare gli interessi concretamente in gioco, con un bilanciamento astratto che non deve assumere una valenza ostativa allo svolgimento di un bilanciamento in concreto.

Si fa riferimento alla tematica annosa delle 'presunzioni rigide' o degli 'automatismi normativi', che, quando intervengono nell'ambito di un'antinomia tra valori, in base alla giurisprudenza costituzionale, possono considerarsi giustificati in quanto siano correlati all'*id quod plerumque accidit*<sup>18</sup>. In altri termini, affinché sia legittima o la presunzione è relativa, donde qualsivoglia automatismo sarà sterilizzabile sul piano effettuale e quindi inesistente; oppure, quantunque assoluta, essa risponde allo stato di conoscenze attuale e manifesta una piena aderenza con il fascio di situazioni realmente verificabili.

---

<sup>18</sup> In materia di misure cautelari personali: Corte cost. 25 maggio 2010, n. 265, Corte cost. 9 maggio 2011, n. 164, Corte cost. 19 luglio 2011, n. 231, Corte cost. 12 dicembre 2011, n. 331, Corte cost. 18 aprile 2012, n. 110, Corte cost. 25 marzo 2013, n. 57, Corte cost. 3 luglio 2013, n. 213, Corte cost. 16 luglio 2013, n. 232, Corte cost. 25 febbraio 2015, n. 48. In materia di circostanze del reato: Corte cost. 5 novembre 2012, n.251, Corte cost. 18 aprile 2014, n. 105, Corte cost., 18 aprile 2014, n. 106, Corte cost. 7 aprile 2016, n. 74, Corte cost. 17 luglio 2017, n. 205, Corte cost. 24 aprile 2020, n.73, Corte cost. 24 febbraio 2021, n. 55. Per due pronunce emblematiche in tema di interdittive antimafia, v. Corte cost. 9 gennaio 2020, n. 57 e Corte cost., 6 luglio 2021, n. 178. Sugli automatismi sanzionatori: Corte cost. 20 giugno 2018, n. 161; Corte cost. 19 ottobre 2016, n. 268 e Corte cost. 23 giugno 2015, n. 170; Corte cost. 19 febbraio 2019, n. 88; Corte cost., 11 gennaio 2023, n. 40; si v. G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Il libro dell'anno del diritto*, , 2014.

Come anticipato, è stata la Corte costituzionale tedesca a forgiare il c.d. giudizio a gradini in tema di proporzionalità, ripreso, come visto, anche dalla giurisprudenza amministrativa<sup>19</sup>: a) l'idoneità oggettiva del provvedimento al perseguimento dello scopo; b) la necessità della sua adozione ai fini del conseguimento del fine; c) l'adeguatezza o proporzionalità in senso stretto, cioè l'inesistenza di misure meno restrittive atte a raggiungerlo tesa a riscontrare gli effetti della legge e a raffrontarne costi e benefici<sup>20</sup>. A questi tre passaggi se n'è aggiunto un quarto, o meglio, un 'primo', in quanto collocato in precedenza rispetto agli altri: l'esistenza di uno scopo legittimo proprio dell'intervento legislativo<sup>21</sup>.

La capacità espansiva del principio di proporzione si è accentuata ulteriormente con l'uropeizzazione del diritto e l'avvento delle Carte sovranazionali dei diritti, che hanno visto coniare la proporzionalità come enunciazione di principio e test concreto di compatibilità fra diritto interno e le suddette nuove fonti<sup>22</sup>.

L'impostazione liberale del diritto eurounitario ha visto il principio di proporzionalità fungere da contropinta alle misure restrittive delle libertà sancite dai Trattati, nonché, in seguito alla sua entrata in vigore come fonte giuridica (art. 6 TUE),

---

<sup>19</sup> A partire da BVerfGE, 11 giugno 1958, 7, 377, caso Apotheken-Urteil, e BVerfGE, 7 aprile 1964, 17, 306, par. 313 ss.; 15 dicembre 1965, 19, 342, par. 348 ss.; 5 marzo 1968, 23, 127, par. 133, cit. in F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, Arch. Pen., 1/2018, p. 23. Sul neocostituzionalismo e la centralità del *proportionality test*, si v. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, ed. it. L. Di Carlo (a cura di), Bologna, 2012.

Per la giurisprudenza costituzionale italiana, si v. anche la nota Corte cost. 13 gennaio 2014, n. 1.

<sup>20</sup> Come si è autorevolmente notato «È quest'ultima la fase più delicata, quella che esige che il giudice spalanchi lo sguardo delle sue valutazioni, fino a proiettarsi sull'impatto effettivo della legislazione sottoposta al suo esame: ciò richiede una conoscenza del dato di esperienza reale che la legge disciplina, che supera di gran lunga il dato giuridico positivo, strettamente inteso. È in questa dimensione esperienziale che il giudice – rispondendo all'immagine che lo rappresenta nell'iconografia di ogni tempo, con la bilancia in mano – può bilanciare i diritti e gli interessi in gioco, ricerca la soluzione che più di ogni altra persegue in modo equilibrato la massima espansione di tutti i diritti e i valori»: M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità*, cit., p. 468.

<sup>21</sup> *Ibidem*

<sup>22</sup> Al di là delle fonti riportate nel testo, l'idea della restrizione delle libertà, e in particolare della libertà personale, nei limiti di quanto strettamente necessario è emersa anche in altri atti sovranazionali: si v. le Conclusioni del Consiglio sulle misure alternative alla detenzione (2019/C-422/06); così come la Raccomandazione Rec (2006) 2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulle regole penitenziarie europee.

dei diritti dichiarati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'interno della quale trova espresso riconoscimento anche il principio di proporzionalità (art. 52, par. 1 CDFUE)<sup>23</sup>. Segnatamente, dette misure devono apparire giustificate dal perseguimento di “esigenze imperative di interesse generale”, siano esse indicate o meno dai Trattati stessi, e strettamente necessarie ad assicurarne la realizzazione, con una verifica articolata alla stessa stregua da quella svolta a livello costituzionale<sup>24</sup>.

Sullo stesso solco si è posta la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, nonostante nella Convenzione o nei Protocolli addizionali difetti un riconoscimento espresso del canone della proporzione. Per il vero, qualche richiamo parziale e indiretto alla proporzionalità è desumibile da alcune norme convenzionali, che impiegano la dizione “necessità” in rapporto alle limitazioni a esse poste con provvedimento nazionale (come accade, per esempio, per le libertà di cui agli artt. 8, 9, 10, 11 CEDU e 2 Prot. 4 CEDU). A ciò aggiungasi anche l'espressione «*strictly required*», quale condizione, assieme al rispetto di altri obblighi del diritto internazionale, di cui all'art. 15 CEDU, che legittima la deroga alle norme della Convenzione in caso di guerra o di altre pubbliche calamità che minaccino la vita della Nazione.

In ogni caso, la Corte europea ha ormai espresso questo principio in via generalizzata, invocando anch'essa la sindacabilità delle scelte sotto il profilo della rispondenza proporzionata a motivi imperativi di interesse generale o nel bilanciamento fra i valori tutelati dalla Convenzione stessa<sup>25</sup>; senza considerare che è stata la stessa Corte

---

<sup>23</sup> Quindi, come diritto autonomo a quello che si richiamerà più avanti, relativo alla proporzionalità della pena (art. 49, par. 3 CDFUE).

<sup>24</sup> Solo per alcuni riferimenti più recenti: CGUE, 13 aprile 2000, *Karlsson* C-292/97; CGUE, 22 gennaio 2015, *Stanley International Betting Ltd, Stanleybet Malta Ltd c. MEF, Agenzia delle dogane e dei monopoli di Stato*, C-463/13; CGUE, 19 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos e Olivieri*; CGUE, Grande sezione, 20 marzo 2018, cause riunite C-524/15, C-537/16, C-596/16 e C-597/16 *Menci, Garlsson Real Estate e Di Puma e Zecca*; CGUE, Grande Sezione, 11 dicembre 2018, *Weiss*, C-493/17; CGUE, 12 dicembre 2019, cause riunite C-566/19 PPU e C-626/19 PPU.

<sup>25</sup> Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*; Corte EDU, Grande Camera, 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*; Corte EDU, Grande Camera, 16 luglio 2014, *Alisic c. Bosnia e Erzegovina*; Corte EDU, 2 febbraio 1986, *James e altri c. Regno Unito*.



EDU a dare l'abbrivio alla nuova configurazione del principio di proporzionalità in materia sanzionatoria<sup>26</sup>.

### **1.3. La vocazione interdisciplinare del principio di proporzione: un'acquisizione di civiltà giuridica.**

D'altro canto, il principio di proporzionalità, a dimostrazione della sua appartenenza all'intera civiltà giuridica, trova alcune applicazioni anche nel diritto internazionale, sempre con funzione limitativa di poteri o di soluzioni estreme, come per la legittima difesa, per il ricorso al conflitto armato tra Stati, per definizione *extrema ratio*, in rapporto agli obiettivi militari da conseguire, e per restringere i poteri coercitivi degli Stati nel diritto del mare<sup>27</sup>.

Sebbene la genesi della proporzione, come sin qui rilevato, sia da rinvenirsi nel diritto pubblico, esso ha trovato delle nuove forme di espressione anche in settori ordinamentali attinenti al rapporto tra privati.

Innanzitutto, il dilagare di un diritto civile a contenuto punitivo ha condotto la giurisprudenza a enucleare i limiti sistematici di tali misure, sia pure incidentalmente con

---

<sup>26</sup> Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A. e B. contro Norvegia*. Giova precisare che il riconoscimento generalizzato del principio di proporzionalità della pena è stato operato anche da Corte EDU, 17 gennaio 2012, *Vinter e a. c. Regno Unito*; in Corte Edu, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e a. c. Regno Unito*, § 102, si è chiarito che «[...] qualsiasi pena nettamente sproporzionata è contraria all'articolo 3 della Convenzione». Dunque, si è notato come la censura espressa dalla Corte EDU attiene a quelle pene "grossolanamente sproporzionate" (*grossly disproportion*), test impiegato per stabilire quando un trattamento è inumano o degradanti. V. anche F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corti di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, p. 10 ss.

In relazione agli obblighi positivi di investigazione e sempre in rapporto all'art. 3 CEDU, si v. Corte EDU, Grande Camera, 1° giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*.

In relazione all'art. 10 CEDU, si v. Corte EDU, Grande Camera, 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*; 26 aprile 2007, *Colaço Mestre e SIC – Sociedade Independente de Comunicação S.A. c. Portogallo*; 31 maggio 2016, *Nadtoka c. Russia*; 16 marzo 2017, *Olafsson c. Islanda*; 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*; 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*.

<sup>27</sup> E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, Milano, 2000, cit. in M. D'ALBERTI, *op. cit.*, p. 282. A quest'ultimo si rimanda anche per la sintesi di un interessante caso del VII secolo relativo ai controlli sulle navi commerciali inglesi nel porto di Livorno.

riferimento alla tematica della delibazione delle sentenze straniere che condannino ai c.d. *punitive damages*<sup>28</sup>. In questo quadro, la proporzionalità, assieme al principio di legalità e prevedibilità, viene invocata quale principio di ordine pubblico, già rinvenibile, peraltro, in numerosi istituti a vocazione punitiva: così, per esempio, per le c.d. *astreintes* (artt. 614-*bis* c.p.c. e 114, comma 4 lett. e) c.p.a., con riguardo alla manifesta iniquità) e per la clausola penale (art. 1384, riducibile *ex officio* nei casi di manifesta eccessività)<sup>29</sup>.

Al di fuori del diritto punitivo, il diritto privato presenta diversi rimandi alla logica della proporzionalità sia nella legislazione<sup>30</sup> che nelle tendenze interpretative più recenti

---

<sup>28</sup> Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601

<sup>29</sup> Si cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 9 maggio 2019, n. 7. La proporzionalità funge da limite anche della potestà del datore di lavoro di licenziare il proprio dipendente, nonché di sanzionarlo in via disciplinare, tanto per il pubblico impiego contrattualizzato quanto per quello privato *tout court*. Dopotutto, tali poteri, per quanto privatistici, sono ritenuti frutto di una traslazione nel diritto privato, che non conosceva posizioni di tal fatta, di tipiche connotazioni delle autorità pubbliche, sicché si replica in tale contesto relazionale la tradizionale dinamica tra autorità e libertà. Per un'applicazione: Cass., Sez. lav., 23 agosto 2016, n. 17259.

<sup>30</sup> Solo per dare alcune indicazioni, si pensi all'equilibrio economico del contratto, attenzionato dalla disciplina della rescissione per lesione (artt. 1448 ss. c.c.) nonché della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467 ss. c.c.), e all'equilibrio normativo, a cui si rivolge la tutela dei consumatori nei contratti con i professionisti (artt. 33 ss. cod. cons.). All'equilibrio fa riferimento anche l'auso di dipendenza economica, nell'ambito del c.d. terzo contratto (art. 9, comma 1 l. n. 192 del 1998).

Altri riferimenti al canone in esame, nella relazione tra danno risarcibile per equivalente e in forma specifica, sono implicitamente rinvenibili nella "possibilità" e "non eccessiva onerosità" quali requisiti di quest'ultimo (art. 2058 c.c.).

Costituisce espressione della proporzionalità anche il divieto del patto commissorio (artt. 1963 e 2744 c.c.), come dimostrato dalle disposizioni che ammettono pattuizioni escludenti il dislivello fra credito e risultato soddisfacente alternativo, riconducibili alla figura della cautela marciana (artt. 1851 c.c., 6 d.lgs. n. 70 del 2004, 48-*bis*, comma 2 t.u.b., 120-*quinqüesdecies*, comma 3 t.u.b., 11-*quaterdecies* l. n. 248 del 2005, 1, comma 7 l. n. 119 del 2016). Un riferimento esplicito al principio di proporzionalità è contenuto all'art. 3 d.lgs. n. 198 del 2021 in tema di contratti delle filiere agroalimentari.

Sui nessi tra il principio di proporzionalità e l'equilibrio negoziale, v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 4.

fondate sulla nuova centralità assunta da alcuni principi generali, come quello di buona fede<sup>31-32</sup>.

L'*excursus* sin qui svolto ha consentito di evidenziare, senza alcuna pretesa di esaustività, che il principio di proporzionalità rappresenta un'esigenza attualmente viva nell'intero sistema e può fungere da *fil rouge* di un viaggio che non incontra i confini della settorialità, ma che, piuttosto, apre senz'altro al dialogo interdisciplinare.

Cionondimeno, la stessa tradizione storica costituisce elemento di riscontro circa l'investitura del diritto punitivo e del diritto penale in particolare quale campo elettivo principale e originario della proporzione<sup>33</sup>. Proporzionalità che poi ha trovato sbocco anche sul piano processuale, specialmente rispetto alle restrizioni cautelari. In tale

---

<sup>31</sup> Emblematica l'affiancamento all'impossibilità oggettiva sopravvenuta della prestazione, quale fattispecie estintiva dell'obbligazione, della inesigibilità per insuperabilità della causa ostativa all'adempimento, se non attraverso uno sforzo superiore all'ordinaria diligenza, ciò che presuppone un bilanciamento fra l'interesse del creditore e quello del debitore.

Si aggiunga anche la verifica dell'equilibrio normativo del contratto attraverso il sindacato di adeguatezza causale coniato dalla giurisprudenza di legittimità in relazione alle c.d. clausole *claims made*, ricorrenti nei contratti di assicurazione contro la responsabilità civile (Cass. civ., Sez. Un. 24 settembre 2018, n. 22437).

In tema di solidarietà (art. 2 Cost.) buona fede ed equilibrio contrattuale, proprio con riguardo alle sanzioni negoziali di cui sopra, v. le innovative pronunce della Corte costituzionale sulla estensione della riducibilità d'ufficio, propria della clausola penale, alla caparra confirmatoria, attraverso l'impiego dell'istituto della nullità parziale (Corte cost., 21 ottobre 2013, n. 248; Corte cost., 26 marzo 2014, n. 77).

<sup>32</sup> V., per esempio, la discussa tematica della proporzionalità in concreto dell'inibitoria nel diritto industriale e il richiamo fatto dalla giurisprudenza europea all'abuso di posizione dominante (art. 102 TFUE): CGUE, 16 luglio 2015, *Huawei Technologies Co. Ltd contro ZTE Corp. e ZTE Deutschland GmbH*, C-170/13. V. anche Trib. di Torino, 16 giugno 2021. Sul punto, P. FABBIO, *La proporzionalità dell'inibitoria per violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in AA.VV., *Studi di diritto commerciale per Vincenzo De Cataldo*, Torino, p. 153 ss.

<sup>33</sup> Per la riferibilità del principio di proporzionalità e del relativo sindacato all'intero diritto punitivo, si v. Corte cost., 9 marzo 2022, n. 95: «*La recente giurisprudenza di questa Corte ha affermato che il principio della proporzionalità delle sanzioni rispetto alla gravità dell'illecito si applica anche al di fuori dei confini della responsabilità penale, e in particolare alla materia delle sanzioni amministrative a carattere punitivo, rispetto alle quali esso trova il proprio fondamento nell'art. 3 Cost., in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione (sentenza n. 112 del 2019). Tali sanzioni «condividono, infatti, con le pene il carattere reattivo rispetto a un illecito, per la cui commissione l'ordinamento dispone che l'autore subisca una sofferenza in termini di restrizione di un diritto (diverso dalla libertà personale, la cui compressione in chiave sanzionatoria è riservata alla pena); restrizione che trova, dunque, la sua "causa giuridica" proprio nell'illecito che ne costituisce il presupposto. Allo stesso modo che per le pene – pur a fronte dell'ampia discrezionalità che al legislatore compete nell'individuazione degli illeciti e nella scelta del relativo trattamento punitivo – anche per le sanzioni amministrative si prospetta, dunque, l'esigenza che non venga manifestamente meno un rapporto di congruità tra la sanzione e la gravità dell'illecito sanzionato; evenienza nella quale la compressione del diritto diverrebbe irragionevole e non giustificata».*

contesto l'ordinamento vuole evitare esiti incostituzionali, come l'inflizione di sofferenze incongrue verso la persona sottoposta a un procedimento penale se rapportate alla pena che potrà essere inflitta (art. 275, commi 2 e 2-bis c.p.p.) o comunque precludendo le misure maggiormente afflittive per il caso di possibile inapplicabilità della pena (art. 275, comma 2-bis c.p.p.); ciò che impone una valutazione prognostica del giudice penale sui potenziali esiti del giudizio penale<sup>34</sup>. Peraltro, richiamano i passaggi logici tipici del canone della proporzionalità anche i principi di adeguatezza – secondo cui la misura e il suo specifico contenuto devono dimostrarsi idonei al perseguimento della finalità cautelare emersa – e di gradualità – che corrisponde al vincolo di inadeguatezza delle misure diverse dalla custodia cautelare in carcere acciocché questa possa essere disposta, sia pure con alcune eccezioni (si cfr. art. 275, comma 3 c.p.p.).

Data la sua vocazione generale, nonostante il silenzio della legge in merito, la giurisprudenza ha esteso il requisito della proporzionalità anche alle misure cautelari reali<sup>35</sup>.

Benché alla proporzionalità oggi si riconduca la tematica dei rapporti tra 'diritto delle pene formali' e 'diritto delle pene sostanziali', come si avrà modo di esaminare nel prosieguo del presente elaborato, è opportuno prendere le mosse da un inquadramento generale della proporzione nella scienza penalistica tradizionale.

Tale analisi permetterà di delimitare adeguatamente il percorso di indagine e di comprendere al meglio le sue più recenti evoluzioni.

---

<sup>34</sup> P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2017, p. 451-452

<sup>35</sup> Cass., sez. V, 2 maggio 2019, n. 18316; Cass., sez. V, 25 marzo 2019, n. 18316; Cass., sez. V, 21 gennaio 2010, n. 8152. Per un'invocazione ad altro titolo del canone della proporzionalità, come argomento interpretativo della tesi della motivazione del provvedimento cautelare reale prodromico alla confisca – sia pure con una commistione fra la proporzionalità cautelare e la proporzionalità declinata dalla Corte EDU in punto di restrizioni della proprietà: Cass. Sez. Un., 24 giugno 2021, n. 36959. Principio che è estato esteso al di là della materia cautelare, come accaduto per il sequestro probatorio: Cass., Sez. Un., 19 aprile 2018, n. 36072.

## 2. *Le varie declinazioni del principio di proporzionalità nel diritto penale.*

### 2.1. *Proporzionalità e fondamento del diritto penale.*

Appartenendo al novero dei principi di civiltà giuridica, dotati di carattere metacostituzionale<sup>36</sup>, come dimostra la connessione con la dignità della persona umana<sup>37</sup>, la proporzionalità ha manifestato una enorme capacità diffusiva all'interno di molteplici settori ordinamentali. Al punto che, come si è avuto modo di illustrare, non si può scrivere di proporzionalità se non tracciando un filo logico interdisciplinare.

È nel diritto penale, però, che il principio ha espresso al meglio la sua poliedricità; tant'è che richiamare la proporzionalità nel settore di interesse specifico significa fare riferimento ai rapporti tra l'impiego di forze estremamente invasive dei beni giuridici e questi ultimi, tuttavia, con un'inevitabile genericità.

Difatti, la proporzionalità penale non coincide immediatamente – come potrebbe trasparire d'acchito – con quella dei limiti della configurazione e dell'esercizio della potestà punitiva. Inoltre, anche laddove si volesse concentrare l'indagine sulla sua vocazione originaria, attinente al momento ultimo della fattispecie penale, risulterebbe inadeguata un'analisi che si limitasse a una ricostruzione tradizionale di mera “giustizia” del risultato sanzionatorio. La rapida evoluzione che ha caratterizzato negli ultimi anni il principio di proporzionalità ha dato adito a un polimorfismo dello stesso: sono numerosi i volti con i quali esso si presenta nel quadro giuridico-penale odierno.

Partendo dalla genesi della norma penale, il principio di proporzione interviene già al momento della sua formazione, come criterio guida e limite delle scelte di criminalizzazione adottate dal legislatore. La gravità intrinseca alle soluzioni penali alle aggressioni stigmatizzate dalla società impone la ricerca di limiti contenutistici alla loro

---

<sup>36</sup> V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Il libro dell'anno del diritto*, 2013

<sup>37</sup> G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, 2018

costruzione, si da ripudiare la base dell'*arbitrium merum* nel ruolo del Parlamento e da esigerne una piena responsabilizzazione. In un sistema costituzionalmente fondato l'attività del legiferare si muove entro spazi di discrezionalità<sup>38</sup>, entro i quali la rotta è scelta dal titolare del potere, ma pur sempre in maniera rispettosa dei modelli fondamentali che ne impediscono la deriva.

Ebbene, il ricorso al diritto penale è già in sé e per sé una *selectio*, una separazione fra ciò che è lecito, ciò che è semplicemente illecito e ciò che è, addirittura, estremamente (cioè, penalmente) illecito, seguendo il canone di «*assoluta necessità*» proprio dell'Illuminismo penale<sup>39</sup>.

Il diritto penale non può reggersi su una legalità vuota, priva di contenuto, meramente formalistica, bensì necessità che la selezione che esso compie sia guidata secondo logiche di sussidiarietà e congruità, in presenza di un bisogno reale del presidio penalistico per fatti talmente gravi da rendere ragionevole una risposta altrettanto grave come quella penale<sup>40</sup>. Meritevolezza, *extrema ratio*, proporzione, frammentarietà, sono principi intimamente interconnessi e rappresentano il volto costituzionale del momento primordiale della legalità penale, al punto da rappresentare spesso la prima trattazione di incontro con gli studi penalistici.

In questo quadro, la proporzione vincola la politica criminale al compimento di un giudizio di valore, che tenga conto del gradualismo inevitabile nei rapporti fra beni giuridici e offensività, al fine di soppesare l'importanza dei primi e di separare le forme di espressione della seconda<sup>41</sup>. Il sacrificio di alcuni beni individuali non è scevro da

---

<sup>38</sup> Sulla 'discrezionalità penale', v. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p. 353 ss.

<sup>39</sup> CH. – L. DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *De l'esprit de lois*, trad. it., *Lo spirito delle leggi*, Milano, 2003, vol. I, 343; C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1974), Roma, 2016, p. 32

<sup>40</sup> A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, Torino, 2018, p. 11 ss.

<sup>41</sup> La sproporzione dell'intervento penalistico può anche presentarsi "alla rovescia", sotto la lente del divieto c.d. di sottoprotezione (nella lingua tedesca si contrappongono *Übermaßverbot* e *Untermaßverbot*), a cui si richiama la sentenza del BVerfGE del 28 maggio 1993 (88, p. 203 ss.) in tema di aborto e di presidio penalistico del diritto alla vita, che ha affermato la sindacabilità della sua violazione da parte del legislatore (p. 254-257). La questione appare contigua a quella degli obblighi costituzionali di criminalizzazione: G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2015, p. 58; A. FIORELLA, *Le strutture*, p. 66; D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*,

conseguenze per la società, che sopporta costi economici e individuali, sicché la sanzione penale deve giustificare il sostenimento, alla luce dei vantaggi collettivi che ne discenderanno, e deve dimostrare la sua efficacia generalpreventiva<sup>42</sup>.

Non si tratta di mere formule vuote, bensì di elementi che arricchiscono di solide basi una nozione come quella di diritto penale che si è mostrata povera di contenuti nel corso della sua storia<sup>43</sup>, fino a ridursi a un mero capriccio nominalistico del legislatore. L'importanza di tali principi si coglie nella capacità di trasformare la norma penale da un'etichettatura in una vera e propria 'materia', dandone un sostrato sostanziale imposto dall'esigenza concreta di assicurare l'attitudine rieducativa della pena (art. 27, comma 3 Cost.)<sup>44</sup>.

---

in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 ss.; F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di M. DE ACUTIS – G. PALOMBARINI, Padova, 1984, p. 3 ss. e in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, vol. I, tomo II, p. 1475 ss. Diverso è il tema degli obblighi sovranazionali che impongono al legislatore nazionale la creazione di fattispecie di reato: A. FIORELLA, *ult. op. cit.*, p. 71-72.

<sup>42</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 12 ss. Sul principio di extrema ratio e le politiche di depenalizzazione in astratto e in concreto seguite negli ultimi decenni, si v. N. SELVAGGI, *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.*, 2014.

<sup>43</sup> Specialmente in rapporto all'illecito amministrativo, la dottrina tradizionale ha rinunciato a enucleare una visione sostanziale delle due categorie di trasgressione: G. VASSALLI, voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 796-801; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, p. 363; ancora, *Id.*, voce *Illecito amministrativo*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1993, p. 90, *Id.*, voce *Sanzione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pen.*, XII, Torino, 1997, p. 598, E. CANNADA-BARTOLI, voce *Illecito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 112 ss.

<sup>44</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019, p. 100, che dà atto delle indicazioni della Presidenza del Consiglio dei Ministri 19.12.1983 (in G.U. 23 gennaio 1984, n. 22 suppl. ord.), che, sia pure all'interno di un atto amministrativo di indirizzo quale quello della circolare, ha tentato di rispondere all'esigenza di maggiore chiarezza sorta in capo agli Uffici legislativi nella stagione della depenalizzazione. In particolare, la circolare in esame recita come segue: «*Fondamentalmente, la scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa deve ispirarsi a due principi concorrenti: quello di proporzione e quello di sussidiarietà. Il primo esige che la reazione all'illecito corrisponda alla sua gravità. Tale principio può ritenersi implicitamente costituzionalizzato (...) dall'art. 27 comma 3° della Costituzione, non potendosi perseguire alcuna azione rieducativa mediante un trattamento sanzionatorio sproporzionato alla gravità del fatto. Il principio di sussidiarietà giustifica il ricorso alla sanzione penale solo in mancanza di tecniche di controllo sociale provviste di un analogo grado di efficacia. Tale principio (...) può essere ricollegato all'art. 13 comma 1° della Costituzione che considerando in linea di principio "inviolabile" la libertà personale (...) offre un'implicita, ma significativa indicazione a favore dell'impiego di questa sanzione come ultima ratio, quando cioè sia esaurita qualsiasi possibilità di tutela attraverso strumenti sanzionatori che non incidano su un bene di rango così elevato. Come si è accennato, i due principi debbono considerarsi entrambi condizionanti per il ricorso alla sanzione penale; nel senso che questa deve corrispondere sia ad un criterio di proporzione, sia ad un criterio di sussidiarietà. Basterà quindi che essa risulti o sproporzionata alla gravità dell'illecito o sostituibile con una sanzione amministrativa dotata di pari efficacia perché l'adozione della sanzione penale non sia giustificata*».

Sebbene l'uso dei termini proporzionalità e bilanciamento sembri richiamare un parametro prettamente quantitativo, in realtà, come ben evidenziato dal sostantivo 'ragionevolezza', l'apprezzamento è qualitativo. La distinzione fra le due dimensioni della proporzionalità è messa ben in luce dal lessico tedesco, che non sovrappone *Verhältnismäßigkeit* – qualitativa e relazionale – e *Proportionalität* – di carattere prettamente quantitativo, che rimanda all'immaginario tradizionale della proporzionalità penale: proporzione sanzionatoria tra fatto e pena e proporzione nelle fattispecie giustificanti<sup>45</sup>.

## **2.2. Spigolature sul principio di proporzione all'interno del sistema penale.**

Quest'ultimo riferimento consente di osservare come sia ormai acquisita l'afferenza del requisito della proporzionalità a tutte le scriminanti, ancorché tali norme penali non la contemplino espressamente. La ragione di tale conclusione risiede nella riconduzione nel fondamento della esclusione dell'antigiuridicità del fatto, momento intrinsecamente valutativo e di bilanciamento dei beni giuridici in gioco.

L'affermazione per cui ogni potere incontra un limite e l'esercizio del diritto non deve trasmodare rispetto alle finalità per le quali è attribuito, pena la violazione del divieto di abuso dello stesso, porta già di per sé a ravvisare nella proporzione il confine, sia pure flessibile, della legittimazione a invadere la sfera altrui<sup>46</sup>. Appare evidente, dunque, che l'esercizio di un diritto e l'adempimento di un dovere devono risultare rispettosi della pertinenza e della proporzionalità in relazione alla causa fondante. Pertanto, la

---

<sup>45</sup> N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, p. 116

<sup>46</sup> G. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 77 ss.



proporzionalità può far oscillare la facoltà o il dovere conflittuale verso una condizione di illegittimità, nel caso di giudizio a esito negativo<sup>47</sup>.

Alla proporzionalità si fa riferimento specifico, invece, nella legittima difesa (art. 52 c.p.), per definizione il contemperamento tra autotutela privata sussidiaria e aggressione esterna, nonché nella figura ‘amorale’, di natura discussa, dello stato di necessità (art. 54 c.p.). Il fatto sproporzionato dà luogo a un eccesso, che può portare a punizione purché sia almeno colposo e, nel primo caso, non ricorrano le cause di esclusione della pena della minorata difesa o del grave turbamento psichico (art. 55, cpv. c.p.).

In questi casi la proporzione va ricostruita tenuto conto dell’indicazione testuale inerente alla difesa e all’offesa, alla luce del valore beni giuridici coinvolti e della tipologia di forze reciprocamente collidenti, trascurando, invece, il dato equivoco dei mezzi adoperati.

Nonostante l’introduzione di fattispecie speciali all’interno dell’art. 52 c.p.<sup>48</sup>, è opinione ampiamente condivisa quella secondo cui la presunzione di proporzionalità sulla quale si sono concentrate le riforme del 2006 e del 2019 non ha intaccato i requisiti generali di cui all’art. 52, comma 1 c.p. In questo senso depongono tanto il riferimento esclusivo alla proporzione quanto il richiamo fatto dal comma 2 alla necessità di reagire

---

<sup>47</sup> Per un richiamo alla proporzionalità in tema di adempimento di un ordine dell’Autorità, in relazione alle rappresaglie compiute durante il secondo conflitto mondiale, v. Cass. I, 1 dicembre 1998, n. 12595: «*Pur non essendo all’epoca vigenti – e non potendosi fare applicazione retroattiva – le regole essenziali e inderogabili del diritto umanitario bellico recepite dalle quattro convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 e dai due protocolli addizionali dell’8 giugno 1977, oggetto di ratifica da parte dell’Italia rispettivamente con l. 27 ottobre 1951, n. 1739 e con l. 11 dicembre 1985, n. 762, e neppure le norme in materia di prevenzione e repressione del genocidio, di cui alla l. 9 ottobre 1967, n. 962, deve ritenersi, con riferimento all’allora vigente art. 40 cod. pen. mil. pace, che fosse da riguardare come manifestamente criminoso, con conseguente obbligo di non darvi esecuzione, l’ordine di effettuazione dell’eccidio delle Fosse Ardeatine, di cui era ‘ictu oculi’ riconoscibile la contrarietà ai più elementari principi di umanità, attesi, in particolare, il cinico criterio di selezione delle vittime designate e la sproporzione del loro numero (dieci a uno) a fronte del numero dei militari tedeschi rimasti vittime dell’attentato a seguito del quale, a titolo di rappresaglia, era stato deciso l’eccidio anzidetto».*

<sup>48</sup> Sulla quale v. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2019, 259; T. PADOVANI, *Difesa legittima di interessi patrimoniali e facoltà di arresto da parte del privato*, in *Giust. it.*, 1975, II, p. 612

a un pericolo di aggressione, così confermando che gli altri ordinari presupposti non vengono repressi<sup>49</sup>.

A ben guardare, anche l'esame della presunzione impone una certa cautela, poiché la tutela convenzionale e costituzionale della vita (artt. 2 CEDU e 2 Cost.) ne ammette il sacrificio solo in casi di estrema necessità di proteggere beni di pari rango.

Soprattutto, la conferma del mancato superamento del co. I dell'art. 52 c.p. è rinvenibile nello stesso art. 55, co. II c.p.: se è configurabile l'eccesso, ciò significa che i limiti generali della causa di giustificazione trovano applicazione e che il loro rispetto nel caso concreto deve essere accertato sempre e comunque.

Diversamente, l'art. 53 c.p., in tema di uso legittimo delle armi, tace circa la necessità della proporzione di tale impiego. Ciononostante, sia in virtù delle considerazioni sopraesposte sia, *a fortiori*, atteso il coinvolgimento della dialettica "violenza pubblica-integrità dei beni privati", occorre riempire di contenuti anche questa causa di giustificazione. D'altro canto, in questo senso depongono tanto la nuova conformazione liberal-costituzionale data all'impiego della forza pubblica quanto la tutela del diritto alla vita data dall'art. 2 CEDU, fonte, anzi, di un obbligo di protezione a carico dello Stato. Ciò che si impone, in maniera ancor più evidente, nei casi di resistenza passiva ostativa all'adempimento del dovere d'ufficio del pubblico ufficiale nonché nelle ipotesi di cui all'art. 53, cpv., che pare fissare una presunzione di proporzionalità rispetto ad atti preparatori alla commissione di un reato, ma che va ricostruita in linea con i canoni di ragionevolezza suesposti<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Per esempio, escluderanno la legittima difesa l'esistenza di alternative lecite ovvero meno dannose. Sul punto v. A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. «sproporzionata» o «allargata»): molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 435. Invero, l'iter parlamentare ha visto la proposizione di una serie di progetti volti a rimuovere tutti gli altri requisiti della legittima difesa in generale (necessità della difesa, ingiustizia dell'offesa e proporzione tra difesa e offesa); ciononostante, tali propositi non hanno avuto seguito. V. anche G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento. Sul disegno di legge di "Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa", approvato definitivamente dal Senato il 28 marzo 2019*, in *Dir. pen. cont.*, 1° aprile 2019.

<sup>50</sup> Ciò che consente di definire il confine tra lecito e illecito, quindi anche tra "dovere di subire" e "facoltà di reagire", come illustrato da S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 195

La proporzionalità viene in rilievo anche in relazione ad altri elementi essenziali del reato.

In questo senso, appare emblematico il richiamo a criteri di ordine valutativo per l'indagine sul nesso eziologico tra condotta ed evento, come nel caso dei correttivi della teoria condizionalistica. L'adeguatezza causale, che esclude il rapporto di causalità nei casi di evento non inquadrantesi nel novero delle conseguenze regolari di quella condotta, si fonda proprio su una logica di proporzionalità tra comportamento e suo risultato. In questo caso il procedimento ricognitivo si compone di due fasi, una dichiarativa pura, diretta all'affermazione del dato naturalistico secondo il criterio della *condicio sine qua non* (momento della causalità), e l'altra valutativa, che, seguendo una logica selettiva, giudica l'adeguatezza della condotta ai fini della sua riprovazione (momento dell'imputazione)<sup>51</sup>. Ma l'idea di proporzione risiede anche nel confronto che si instaura tra fattore di rischio di originaria configurazione e quello surclassante posteriormente innescato da un terzo<sup>52</sup>.

Un giudizio in termini di proporzionalità viene svolto finanche in tema di accertamento dell'elemento psicologico del reato, con riguardo alla distinzione fra dolo eventuale e colpa con previsione. In effetti, si è notato come il giudizio ipotetico sul “costi quel che costi”, indice probatorio conosciuto come “prima formula di Frank”, ha carattere escludente il dolo allorquando si appura che il fatto che si realizza è sproporzionato rispetto all'obiettivo conseguito, perché comporterebbe conseguenze lesive per lo stesso autore, di guisa che il dolo va escluso poiché l'evento non può dirsi voluto dall'agente<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Per il collegamento fra proporzione e causalità in chiave sistematica, v. M. GALLO, *Diritto penale italiano*, I, Torino, 2020, p. 263 ss. Rileva l'Illustre Autore che «[...] quando taluno dà vita ad una forma di realizzazione anomala calcolando come possibile il verificarsi dell'evento, o fa un calcolo ragionevole, alla stregua delle particolari modalità concrete di svolgimento della condotta ed al tipo di evento voluto, ed allora la condotta non è inadeguata rispetto all'evento causato in quelle concrete circostanze; o fa un calcolo non ragionevole, ed allora la mancanza di ragionevolezza del calcolo lascia permanere l'effettiva sproporzione tra la condotta posta in essere ed il tipo di evento che in quelle circostanze si è verificato».

<sup>52</sup> G. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 58-61. Sull'orientamento giurisprudenziale che ha abbracciato la teoria del rischio e i relativi risvolti in punto di causalità: Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn e altri*; Cass., sez. IV, 5 maggio 2015, n. 33329, *Sorrentino*; Cass., sez. IV, 10 marzo 2016, n. 15493, *Pietramala*; Cass., sez. IV, 27 marzo 2017, n. 15124; Cass., sez. IV, 22 luglio 2019, n. 32507.

<sup>53</sup> Le osservazioni di G. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 65.

Un nesso evidente con la proporzionalità può ravvisarsi anche in relazione al canone della offensività, alla quale la prima può essere in parte accostata, se declinata in relazione alla punibilità e al sindacato di costituzionalità, per aver vissuto un percorso di evoluzione analogo (più approfonditamente, in questo capitolo, par. 5). Inoltre, l'offensività della fattispecie, sia se intesa in astratto sia se intesa in concreto, rappresenta, rispettivamente, un elemento giustificante il ricorso alla sanzione penale, la stessa scelta della comminatoria edittale e, infine, uno dei profili che il giudice deve tenere in considerazione nella determinazione della pena (art. 133, comma 1 n. 2 c.p.). Dunque, indirizzata al legislatore, l'offensività impone al legislatore un dovere a contenuto duplice: uno negativo, nel senso di astenersi dalla incriminazione di comportamenti che non denotano alcun atteggiamento invasivo meritevole di apprezzamento negativo; uno positivo, nel senso di imporre la costruzione di fattispecie particolarmente invasive di beni meritevoli di tutela e che ne permettano un riscontro concreto, scevro da meccanismi presuntivi<sup>54</sup>.

Superata questa fase afferente alla politica legislativa, il giudice ha il compito di frammentazione concreta della fattispecie, escludendo la tipicità di quei fatti che non presentano alcuna attitudine dannosa o pericolosa dell'oggetto giuridico. Il fondamento normativo di questo filtro selettivo è ormai comunemente riconosciuto nella figura del reato impossibile di cui all'art. 49, comma 2 c.p., il quale, altrimenti opinando, si ridurrebbe a un mero doppione anomalo di uno dei requisiti del tentativo<sup>55</sup>. Piuttosto, appare congruo che la valutazione in termini di illiceità penale da parte del giudicante sia svolta attraverso la lente della frammentarietà e dell'*extrema ratio*, della giustificazione dei costi che derivano dall'inflizione della pena.

Il gradualismo tipico di questa indagine può portare alla rinuncia al risultato afflittivo ancorché ricorrano gli elementi costitutivi del reato, allorquando difetti

---

<sup>54</sup> Per la costante giurisprudenza costituzionale sul punto: Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333; 7 luglio 1997, n. 247; 11 luglio 2003, n. 263; 15 novembre 2000, n. 519; 10 luglio 2002 n. 354; 7 luglio 2005, n. 265; 11 giugno 2008, n. 225; 5 luglio 2010, n. 249; 12 marzo 2014, n. 139; 20 maggio 2016, n. 109. V. anche V. MANES, *Principio di proporzionalità*, cit.

<sup>55</sup> M. GALLO, voce *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 786 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1973

l'esigenza pratica della pena<sup>56</sup>. Difatti, un fatto può essere offensivo e astrattamente richiedere una punizione; nondimeno, se è offensivamente minimo, la clausola *de minimis non curat praetor* suggerisce l'abbandono delle conseguenze punitive, lasciando al diritto civile la compensazione dei pregiudizi verificatisi. La punizione di un fatto poco offensivo può ritenersi sproporzionata<sup>57</sup>.

La causa di non punibilità dell'art. 131-*bis* c.p. è espressione di un giudizio di bilanciamento tra valori che vengono in rilievo nel contesto sanzionatorio penale, con la constatazione della inutilità, se non della dannosità sociale, di una decisione di condanna. L'infrazione della sequenza reato-pena<sup>58</sup>, di regola inderogabile, si giustifica per l'assenza di un interesse a un intervento punitivo penale per la irrilevanza ordinamentale del livello di offensività. Si tratta, dunque, di una ipotesi di declinazione in concreto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità del diritto penale<sup>59</sup>, in relazione al rapporto tra fatti bagatellari e onerosità del processo penale<sup>60</sup>.

Queste riflessioni dimostrano come la proporzione, che trova il suo terreno elettivo originario nella punibilità, ha vissuto vicende espansive finanche al suo interno, investendo non soltanto la determinazione della pena, ma persino la decisione della sua

---

<sup>56</sup> A. FIORELLA, *ult. op. cit.*, p. 14

<sup>57</sup> G. RUGGIERO, *op. cit.*, v. p. 90 ss.

<sup>58</sup> A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili di dissociazione fra reato e pena*, Milano, 1998

<sup>59</sup> A. FIORELLA, *ult. op. cit.*, p. 604. In questi termini, espressamente, Cass. Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 13681, *Tushaj*: «Il nuovo istituto è esplicitamente, indiscutibilmente definito e disciplinato come causa di non punibilità e costituisce dunque figura di diritto penale sostanziale. Esso persegue finalità connesse ai principi di proporzione ed *extrema ratio*; con effetti anche in tema di deflazione. Lo scopo primario è quello di espungere dal circuito penale fatti marginali, che non mostrano bisogno di pena e, dunque, neppure la necessità di impegnare i complessi meccanismi del processo. Proporzione e deflazione s'intrecciano coerentemente».

In passato, si era espresso per l'introduzione di una causa di irrilevanza dei fatti bagatellari, richiamando proprio il carattere di *extrema ratio* del diritto penale, C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

<sup>60</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2017, p. 792. La causa di non punibilità in esame non costituisce una novità assoluta nel panorama normativo, ma è stata ispirata dal diritto penale minorile (art. 27 d.P.R. n. 448 del 1988) – nel quale contesto non si procede per i casi di tenuità del fatto e di comportamento occasionale – e dal sistema dei reati di competenza del giudice di pace (art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000) – ove la punibilità è esclusa quando il fatto è particolarmente tenue e il comportamento occasionale, tenuto conto del grado della colpevolezza.

stessa adozione; e ciò oltre la valutazione di politica criminale sull'incriminazione di un certo fatto di reato.

Il principio di proporzionalità è stato spesso invocato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità in relazione agli elementi accidentali del reato.

In particolare, esso ha funto da criterio ermeneutico per la corretta ricostruzione contenutistica di alcune circostanze aggravanti, in linea con il principio di offensività, per cui un maggiore sanzione deve rispondere a una maggiore incidenza del fatto sul bene giuridico protetto. Si è ritenuto che l'incremento sanzionatorio deve seguire la progressione dell'offesa e soltanto in quanto il singolo accadimento dimostrerà siffatta accentuazione dei profili di dannosità o pericolosità sarà possibile ritenere integrata la relativa circostanza. Ne discende che l'interprete non può fare riferimento ad automatismi o presunzioni assolute, ma deve procedere a un'attività di attenta selezione concreta in ordine a quegli aspetti empirici che qualificano ulteriormente l'offesa tipica del reato commesso<sup>61</sup>.

Si aggiunga che la proporzionalità può anche rappresentare un requisito ai fini della sussistenza di una circostanza attenuante, come accade per la c.d. provocazione in ordine al rapporto tra fatto ingiusto e reazione dell'adirato (art. 62 n. 2)<sup>62</sup>. Senza considerare, poi, i nessi tra proporzionalità della pena e intervento riparativo sulle conseguenze del reato, sulle quali si tornerà oltre (in questo capitolo, par. 9).

---

<sup>61</sup> Per la giurisprudenza costituzionale: Corte cost. 26 marzo 2015, n. 48; 23 luglio 2013, n. 231; 29 marzo 2013, n. 57; 18 aprile 2012, n. 110; 12 dicembre 2011, n. 331; 8 luglio 2010, n. 249.

Per la giurisprudenza di legittimità: Cass., Sez. Un., 15 luglio 2021, n. 40275, *Cardellini*; Cass., Sez. Un., 18 luglio 2013, n. 40354, *Sciuscio*, in *Dir. pen. cont.*, 3 ottobre 2013, con nota di G. ROMEO, *Le sezioni unite sull'aggravante del mezzo fraudolento nel furto in supermercato*; Cass., Sez. un., 27 aprile 2017, n. 34090, in *Dir. pen. cont.*, 13 settembre 2017, con nota di A. GIUDICI, *Furto con destrezza e distrazione del proprietario: le sezioni unite scelgono la via più restrittiva*. Corte cost., 18 aprile 2012, n. 110; 25 maggio 2010 n. 265; 17 luglio 2002, n. 354; 17 ottobre 1996, n. 370.

<sup>62</sup> Invero, sulla necessità della proporzione al fine della operatività dell'attenuante in questione non v'è concordia di opinioni fra gli interpreti, posto il silenzio del legislatore – a differenza di quanto accade per le scriminanti della legittima difesa e dello stato di necessità. La giurisprudenza propone una soluzione intermedia, valorizzando i casi di sproporzione grave e manifesta per escludere lo stato d'ira ovvero il nesso eziologico tra antecedente e conseguente, là dove il fatto ingiusto altrui costituirebbe una mera occasione e non la causa della reazione: *ex multis*, v. Cass., Sez. I, 20 marzo 2018, n. 15529, in *Dir. e giust.*, 2018.

### 2.3. *Proporzionalità e misure di prevenzione post e ante o praeter delictum.*

La genesi della proporzionalità nell'ambito del diritto amministrativo è significativa della funzione di limite che il principio in analisi può assolvere nei confronti degli strumenti di prevenzione degli illeciti.<sup>63</sup> Appare evidente come non solo le pene o le sanzioni in generale debbano essere proporzionate rispetto al fatto, ma anche le misure di sicurezza rispetto alla manifestazione di pericolosità sociale, tenuto conto anche dell'episodio criminoso o quasi-criminoso verificatosi. Rispetto alla pena, dunque, cambia il parametro del sindacato di proporzionalità, ciò che ne costituisce il fattore discriminante; nondimeno, spesso le due conseguenze restrittive si appalesano connesse<sup>64</sup>.

Una conferma si rinviene nella comparazione, alla luce dell'espresso disposto dell'art. 6.2 cod. pen. spagnolo del 1995, il quale stabilisce per le misure di sicurezza il limite della maggior durata della pena astrattamente applicabile al fatto commesso e di quanto strettamente necessario per prevenire la pericolosità dell'autore.

D'altra parte, il richiamo alla proporzionalità si rende necessario anche al fine di evitare gli "ergastoli bianchi", cioè l'applicazione di misure per periodi lunghi o indefiniti, a fronte di fatti che, invece, denotano un disvalore ridotto<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Per l'appartenenza delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione a un unico *genus*, si cfr. Corte cost., 16 febbraio 1980, n. 177, p. 4.

<sup>64</sup> G. RUGGIERO, *op. cit.*, 156 ss.; W. FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 3-4/2014, traduzione a cura di C. Bongiorno, p. 4 ss.

<sup>65</sup> Di recente, anche la Corte costituzionale ha richiamato il principio di proporzionalità anche per le misure di sicurezza: Corte cost., 21 ottobre 2021, n. 197, con nota di A. MASSARO, *La proporzionalità-congruità e il finalismo rieducativo delle misure di sicurezza salvano l'applicazione dell'art. 41-bis ord. penit. agli internati*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 765. La pronuncia ha riguardato il vaglio di legittimità costituzionale del cumulo tra internamento presso una casa di lavoro e regime *ex art. 41-bis ord. penit.* A giudizio della Corte il riferimento alle «restrizioni necessarie» per il soddisfacimento delle esigenze di ordine e sicurezza e per impedire collegamenti con le associazioni criminali operanti sul territorio equivarrebbe a quello della "stretta necessità" della misura. Pertanto, ciò suggerisce che l'applicazione delle prescrizioni in esame debba sempre essere improntata ai principi di proporzionalità e di congruità, considerando la specifica condizione del soggetto. L'obbligatorietà di cui al comma 2-*quater* non ha inficiato tale requisito, giacché i principi di proporzionalità e di congruità impongono di verificare che, nel caso concreto, le restrizioni imposte a norma dell'art. 41-*bis ord. penit.* siano legittimate da una duplice condizione: la necessità, effettiva e attuale, di un regime differenziale e, quanto alle modalità esecutive, la miglior scelta possibile, nella prospettiva di un programma di recupero efficace. I principi costituzionali di riferimento, ricavabili in modo particolare dagli artt. 3 e 27, comma 3 Cost. e l'obbligo all'individualizzazione del trattamento *ex art. 13 ord. penit.*, condizionano, quindi, la stessa applicazione

Su questo solco si colloca l'art. 1, comma 1-*quater* d.l. n. 52 del 2014, il quale ha sostituito l'originaria indeterminatezza del massimo delle misure di sicurezza personali con la necessità di non travalicare il massimo sanzionatorio comminato dalla legge per il reato commesso.

Inoltre, non appaiono coerenti con il suddetto canone costituzionale e di civiltà giuridica gli automatismi afflittivi, che impongono il ricorso alle restrizioni di sicurezza precludendo al giudice qualsivoglia esame della pericolosità. Si fa riferimento alle fattispecie presuntive originariamente contemplate dal codice penale del 1930 (art. 204 c.p.), progressivamente venute meno per via delle dichiarazioni di incostituzionalità e della riforma del relativo sistema (l. n. 663 del 1986).

La limitazione del ricorso ai provvedimenti preventivi attraverso il canone della proporzionalità involge anche il contenimento dei rischi illeciti nella fase *ante delictum* o comunque *praeter delictum*<sup>66</sup>. Anzi, nel momento in cui si prescinde dall'accertamento di un reato, il momento della valutazione prognostica esige una ponderazione più attenta e approfondita della pericolosità personale e dei profili che la denotano<sup>67</sup>.

Sul piano della proporzionalità intrinseca del sistema della prevenzione<sup>68</sup>, si è sottolineato<sup>69</sup> come a tale fine occorra garantire la legalità della misura<sup>70</sup>, la stretta

---

delle restrizioni obbligatorie per il soggetto raggiunto da un decreto ministeriale *ex art. 41-bis* ord. penit., assicurando che, pur perseguendo i necessari obiettivi di ordine pubblico stabiliti dal legislatore, il trattamento conservi una efficacia rieducativa.

<sup>66</sup> L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, p. 65, sebbene l'A. ragioni con riguardo al parallelismo tra restrizioni cautelari e restrizioni non penali della libertà personale ai sensi dell'art. 13 Cost.

<sup>67</sup> FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, p. 297 ss. L'A. mette in luce come il canone della proporzione sia passato dalla funzione fondante la retribuzione a quella limitativa della prevenzione. Ovviamente, mentre con riferimento alla retribuzione si lega maggiormente al profilo della colpevolezza, questo collegamento viene meno in rapporto alla prevenzione, ove assume la funzione di giustificazione dei rapporti mezzo-scopo.

<sup>68</sup> A.M. MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzione*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 49 ss.

<sup>69</sup> G. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 171

<sup>70</sup> Così non era avvenuto per i presupposti e le prescrizioni generiche di cui agli artt. 1, lett. a), 8-75, comma 2 d.lgs. n. 159 del 2011, poi dichiarati incostituzionali da Corte cost., sentt. 24 gennaio 2019, nn. 24 e 25. Valorizza la interdipendenza tra determinatezza dei presupposti e proporzione G. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 169, poiché, come si ribadirà oltre, la proporzione si presenta instabile allorquando il decidente dispone di ampi margini di apprezzamento.



necessità di presidio di valori costituzionalmente rilevanti e la ricerca di un assetto equilibrato fra di essi e le libertà di chi subisce la misura<sup>71-72</sup>. È chiaro che la valutazione di proporzionalità della misura non assume come parametro il fatto – nemmeno inteso quale forma di manifestazione della pericolosità sociale del prevenuto – bensì le finalità preventive che la stessa intende assolvere<sup>73</sup>.

Va evidenziato che la misura non può mai trasmodare in un sostitutivo della sanzione e assumere carattere di repressione condotta su un binario accertativo agevolato: si tradirebbe la giustificazione genetica delle misure di prevenzione, conferendogli un ruolo che non gli appartiene. Allo stesso tempo, si violerebbe la Costituzione, che non consente l'impiego di forme surrettizie di incriminazione di un soggetto che rifuggano dalle forme necessarie ad assicurare una prova piena e definitiva della colpevolezza nonché il perseguimento di un risultato rieducativo del condannato.

È altrettanto vero che i confini operativi del test di proporzionalità diventano più labili a fronte dell'estensione dei margini di apprezzamento<sup>74</sup>. Tuttavia, si è osservato come un primo profilo per il mantenimento della congruità della misura sia proprio rappresentato dal rispetto della sua finalità fondamentale, per come sopra osservato. Molto semplicemente, dunque, che di prevenzione si tratti e non di repressione occulta.

In secondo luogo il fine preventivo deve essere approfondito rispetto alle esigenze del caso concreto e declinato in base al rischio specifico di offesa nei confronti dei beni protetti. Svolta questa attività di specificazione, dovrà procedersi attraverso la

---

<sup>71</sup> Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*

<sup>72</sup> La misura patrimoniale può incidere negativamente anche sulla posizione di soggetti terzi e di creditori, in relazione al quale il Titolo IV del Libro I d.lgs. n. 159 del 2011 e il codice della crisi d'impresa (d.lgs. n. 14 del 2019) cercano di trovare la giusta proporzione nel contemperamento degli interessi coinvolti. Sull'argomento, si v. M. BONTEMPELLI – R. PAESE, *La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca. Dalla giurisprudenza "Focarelli" e "Uniland" al nuovo codice della crisi d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 2/2019; R. BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 7-8/2019; B. ROMANO, *Dal diritto penale fallimentare al diritto penale della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Arch. Pen.*, 2/2019.

<sup>73</sup> E. SQUILLACI, *La prevenzione illusoria. Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale 'reale'*, Napoli, 2020, p. 91

<sup>74</sup> G. RUGGIERO, *op cit.*, p. 169

individuazione della misura più adeguata a fronteggiarlo, per poi commisurarne il contenuto e la portata rispetto al pericolo insorgendo. Questo tipo di valutazione non deve presentare soluzioni di continuità una volta provveduto all'adozione della misura, giacché occorrerà sempre e comunque osservare l'evoluzione del rischio e il ritaglio del provvedimento sulla giusta misura della situazione attenzionata<sup>75</sup>.

#### ***2.4. Rilievi conclusivi di sintesi sulla rilevanza del principio di proporzione nel sistema penale.***

Dalla rapida disamina sin qui condotta è emerso come il diritto penale, quale complesso di meccanismi restrittivi delle libertà con la più ampia intensità possibile, si presenta come integralmente innervato dal principio di proporzione, che riesce a trovare uno spunto di emersione o di condizionamento anche in rapporto a istituti che, quantomeno nell'immediato, non sembrano richiamarne una relazione di inerenza.

Cionondimeno, i fronti sui quali il canone di nostra attenzione assume una dimensione centrale e, soprattutto, una forte espansione evolutiva recente sono quelli delle scelte di criminalizzazione e sanzionatorie. Gli ambiti menzionati sono anche quelli che invocano due forme di manifestazione del canone della proporzionalità, intesa nella sua dimensione strutturale ovvero in quella quantitativa.

---

<sup>75</sup> Secondo G. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 173, una soluzione diversa si imporrebbe per quelle patrimoniali, in quanto, per un verso, la necessità si presenterebbe cogente rispetto allo scopo di colpire la criminalità del profitto, per un altro, l'ablazione apparirebbe esternamente sproporzionata, dato che si svolge fuori del processo penale per ipotesi di illeciti già commessi e investe anche altri beni nell'ipotesi "per sproporzione", secondo una logica sanzionatoria che non trova una base condannatoria. Si cfr. A.M. MAUGERI, *ult. op. cit.*, p. 53 ss. F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, II, Milano, 2018, p. 895.

### 3. *La proporzionalità in senso ‘strutturale’: le scelte di criminalizzazione.*

In una visione tradizionale il termine ‘proporzione’ è evocativo di un giudizio di misura, di carattere quantitativo, tipico, nel diritto penale classico, della valutazione in ordine alla non anti giuridicità dell’offesa cagionata, come nel caso della interazione tra pericolo e reazione difensiva nella legittima difesa, ovvero nel rapporto tra il reato commesso e la pena applicata. D’altra parte, la proporzione indica il conseguimento di una condizione di equilibrio nel soppesare gli interessi coinvolti; e l’attività di pesatura richiede il ricorso a strumenti di quantificazione, ancorati a misure certe sia nel parametro utilizzato che negli esiti raggiunti.

Senonché, in tempi più recenti il principio di proporzione si è emancipato da questa dimensione primordiale, legata soprattutto all’aspetto decisionale concreto, fino a condizionare anche l’operato del legislatore. Ciò è avvenuto sia attraverso la trasposizione del vaglio quantitativo in una sede prima caratterizzata da amplissima discrezionalità politica, sia mercé il coinvolgimento anche delle scelte di criminalizzazione.

Come osservato nel paragrafo precedente, emblematica di questa duplicazione dei volti della proporzione è l’esistenza nel linguaggio giuridico d’oltralpe di due espressioni ad essa riferibili. Difatti, mentre la proporzionalità quantitativa o in senso stretto è indicata con la locuzione *Proportionalität*, quella di tipo qualitativo è espressa con il termine *Verhältnismäßigkeit*<sup>76</sup>.

In particolare, la proporzionalità in senso qualitativo può essere accostata al nostro concetto di ragionevolezza, che ben evidenzia come l’approccio sia eminentemente qualitativo, rifuggente da approcci strettamente rigidi, per quanto comunque nei limiti della discrezionalità legislativa, onde evitare che si possa sfaldare il principio di separazione fra i diversi centri istituzionali di attribuzione<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> N. RECCHIA, *op. cit.*, 116

<sup>77</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, p. 172; R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Dir. Quest. pubb.*, 2002, p. 122 ss. Per il vero, in senso critico rispetto all’efficacia del vaglio di ragionevolezza sulle scelte di criminalizzazione si era espresso Franco

Resosi autonomo dal principio di eguaglianza<sup>78</sup>, il canone della ragionevolezza ha rappresentato il grimaldello attraverso il quale superare i timori di invasione della competenza legislativa<sup>79</sup>, non potendosi ammettere soluzioni normative illogiche o irrazionali<sup>80</sup>, sia pure entro il limite del *tertium comparationis*, imposto dal principio di legalità<sup>81</sup>.

Per lungo tempo circoscritto a un giudizio negativo sulla “non manifesta irragionevolezza”<sup>82</sup>, in seguito si è suggerita l’opportunità di una transizione verso un giudizio positivo sulla ragionevolezza intrinseca del sistema, che prendesse in considerazione come *tertium comparationis* anche un principio immanente del sistema<sup>83</sup>, in ciò ricomponendo i rapporti tra ragionevolezza e proporzione in senso stretto<sup>84</sup>.

In questa funzione di limite delle scelte di criminalizzazione, l’approccio dell’interprete attraverso la lente del principio di proporzionalità si articola in diverse fasi, non dissimili da quelle già ravvisate altrove<sup>85</sup>:

- a) Preliminarmente, occorre individuare la *ratio legis*, al fine di individuare l’interesse che dovrà essere oggetto del giudizio in esame;
- b) Dovendo svolgersi un giudizio di tipo triadico, la sua prima fase è quella della verifica di idoneità (anche minima) della misura allo scopo;
- c) In seguito, va appurata l’assenza di soluzioni alternative, ma meno invasive della situazione coinvolta;

---

Bricola: M. DONINI, *L’eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3/2012, p. 71, ove si rileva come l’Illustre Autore avesse sottolineato l’inattitudine del principio in questione a svolgere un ruolo di limite rispetto alle scelte di criminalizzazione, ma nel quadro del dibattito sul principio di proporzione sanzionatoria.

<sup>78</sup> M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità*, cit., p. 468

<sup>79</sup> V. CRISAFULLI, *Eguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 868 ss.

<sup>80</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1958, p. 715

<sup>81</sup> S. BARTOLE, *Interpretazione e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, p. 256

<sup>82</sup> Corte cost., 31 ottobre 2012; 21 aprile 2006, n. 169

<sup>83</sup> Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249; 5 dicembre 2003, n. 350

<sup>84</sup> Si cfr. G. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 204 ss.

<sup>85</sup> N. RECCHIA, *op. cit.*, 100 ss.

d) Infine, va verificata la proporzionalità in senso stretto, la quale impone che l'ingerenza nel diritto fondamentale non sia comunque sproporzionata rispetto all'importanza del raggiungimento dello scopo perseguito del legislatore. Questa fase, peraltro, per la sua corrispondenza piena con il concetto di proporzione, mostra delle similitudini forti con la proporzione in senso classico, con particolare riferimento a quella afferente alla relazione tra fatto e sanzione<sup>86</sup>.

Ad ogni modo, si tratta di una tecnica di giudizio, non di un concetto sostanziale, che richiede che alla limitazione di un diritto corrisponda un incremento di tutela di un altro diritto fondamentale o di un interesse generale<sup>87</sup>.

Se riferita alle opzioni di incriminazione la proporzione costituisce un corollario del più ampio principio di meritevolezza di pena, accanto al principio di sussidiarietà penale. Il suo ruolo è quello di evitare che si ricada in maniera agevole, immediata e frequente nell'adozione di strumenti estremi di tutela, che trasformino quelli presidiati in beni "tirannici" o, addirittura, che elevino a valori protetti interessi che, in realtà, non presentano alcuna esigenza di protezione indiretta<sup>88</sup>.

Alcuni Autori ritengono generalmente esistente una correlazione tra proporzionalità e sussidiarietà penale<sup>89</sup> ovvero che la sussidiarietà costituisca espressione del principio di proporzione<sup>90</sup>.

Altri ancora hanno preferito una ricostruzione autonoma del principio di proporzionalità, atteso che, pur essendo indubbia la funzione argomentativa e di indirizzo politico, sul piano della politica criminale, dei principi di sussidiarietà e offensività, sono

---

<sup>86</sup> *Ibidem*

<sup>87</sup> Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143, p. 7

<sup>88</sup> Corte cost., 16 dicembre 1986, n. 269; 25 gennaio 1995, n. 519. Si v. anche F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 104.

<sup>89</sup> M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 141 ss.

<sup>90</sup> A.M. MAUGERI, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), Milano, 2011, p. 67 ss., 75 ss., 85 ss.;

anch'essi concettualmente a sé stanti<sup>91</sup>, come dimostra la loro valutazione sul piano della ragionevolezza<sup>92</sup>. Dunque, la proporzionalità funge da criterio di controllo dell'equilibrio sanzionatorio, secondo la sua accezione formale.

Al di là delle diversità esistenti fra le due accezioni, in entrambi i casi viene disvelata un'ispirazione di fondo comune, che è quella di restringere quanto più possibile le forme di limitazione delle libertà individuali. Si tratta di riflessioni che, inoltre, aiutano a comprendere meglio la dimensione effettiva e autonoma del principio di proporzione inteso in chiave sanzionatoria. Già agli albori del costituzionalismo penale, una dottrina autorevole aveva notato l'intreccio esistente fra la proporzionalità in senso strutturale e proporzionalità della pena, la quale va messa in confronto non solo con le pene previste per gli altri reati – sulla base di un giudizio di tipo estrinseco alla norma penale – bensì innanzitutto con il rapporto di gerarchia intercorrente tra bene presidiato e libertà personale – e quindi attraverso un giudizio intrinseco alla stessa norma penale<sup>93</sup>.

#### 4. ***La proporzionalità quantitativa: la pena proporzionata.***

Come più volte anticipato, il concetto di proporzionalità nel diritto penale è tipicamente associato alla risposta sanzionatoria nei confronti del reato, tanto con riguardo alla fase di inflizione quanto in relazione a quella di esecuzione della pena<sup>94</sup>.

Innanzitutto, deve premettersi la differenza esistente fra i diversi controlli secondo proporzione: un conto è svolgere un raffronto tra fatto e tipologia della sanzione, in particolare quella penale; un altro è affiancare reato e sanzione.

---

<sup>91</sup> V. MANES, *Principio di proporzionalità*, cit.

<sup>92</sup> Per la sussidiarietà, si v. Corte cost., 18 luglio 1989, n. 409.

<sup>93</sup> Si v. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, 1973, p. 19 nt. 9.

<sup>94</sup> M. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *Giust. pen.*, 2/2012, p. 94

Il primo è un giudizio eminentemente qualitativo (proporzionalità in senso materiale)<sup>95</sup>, proiettato al futuro (*forward-looking*)<sup>96</sup>, poiché valuta la idoneità al perseguimento della finalità preventiva di tali fatti della scelta sanzionatoria. Il secondo è un giudizio rivolto al passato, cioè al reato commesso (proporzionalità in senso formale). Ed è differente il rispettivo fondamento costituzionale: nel primo caso il canone di proporzione media con i diritti aggrediti dalla pena; nel secondo, se manca un espresso riferimento positivo, la base viene ricavata dalla lettura sistematica di altre disposizioni costituzionali (artt. 3-27 Cost.)<sup>97</sup>.

La garanzia di proporzionalità della pena rappresenta un'applicazione specifica al ragionamento penologico di uno dei criteri coesenziali, più in generale, alla stessa struttura del ragionamento giuridico e della interpretazione del sistema<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2012, p. 118, il quale distingue tra (1) un principio di proporzionalità *materiale*, intimamente legato ad un (2) principio di necessità di pena; (3) di proporzionalità *formale*, (4) un principio di indispensabilità/necessità di pena. Si v. anche V. MANES, *op. cit.*, p. 114; L. BARON, *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di market abuse*, in *Arch. Pen. Fasc. Web 3/2019*, 8 ss.; C. SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. Pen 1/2019*

<sup>96</sup> Si cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit. p. 239 ss.

<sup>97</sup> N. RECCHIA, *op. cit.*, p. 233 ss.; S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2017, p. 11 ss.; Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, con nota di C. SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente "preso – troppo – sul serio?"*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 267 ss.

<sup>98</sup> L. BARON, *op. cit.*, p. 6; per il riferimento alla proporzione, si cfr. F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Milano, 2006, p. 33 ss.

#### 4.1. *Proporzionalità e funzioni della pena.*

La necessità della proporzionalità della pena è un'affermazione già rinvenibile nelle elaborazioni retributive originarie<sup>99-100</sup> e, anzi, ne costituisce il principale corollario nonché uno dei meriti tipicamente riconosciutogli<sup>101</sup>: assicurare un rapporto di equivalenza tra il male inflitto attraverso la reazione ordinamentale<sup>102</sup> e il male cagionato dall'illecito<sup>103</sup>.

Le finalità del presente lavoro non rendono possibile riprendere in questa sede tutte le ricostruzioni svolte attorno alla tematica della retribuzione. Ciò che interessa è mettere in luce la connessione esistente fra il canone oggetto di esame e la ricerca delle funzioni assolute dalla pena<sup>104</sup>.

---

<sup>99</sup> In base alla c.d. teoria retributiva, la pena è un'afflizione volta a compensare il male arrecato attraverso il reato. La necessità di una perfetta corrispondenza tra offesa e pena emerge già nella celebre affermazione per cui *malum passionis quod infligitur ob malum actionis* (U. GROZIO, *De jure belli*, II, cap. XX, § 1, 1). I portati attuali della concezione retributiva sono: a) il principio di proporzionalità della pena, secondo il quale essa deve corrispondere alla gravità del fatto e al grado dell'offesa da essa prodotto; b) il principio di personalità della pena, poiché il male retributivo deve essere inflitto al suo autore; c) l'inderogabilità della pena, quale imperativo categorico (I. KANT, *La metafisica dei costumi*, VIII, § 49 E I, p. 164.).

<sup>100</sup> Anzi, essa ne rappresenta un criterio afferente anche all'*an* della punizione, giacché l'inflizione di pene sproporzionate comporterebbe più che il rafforzamento il seppellimento dell'Autorità statale: G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1982, p. 739. V. anche W. HASSEMER, *Perché punire è necessario: difesa del diritto penale*, trad. it. a cura di D. Siciliano, Bologna, 2012, p. 75; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 132. F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2018, p. 29 ss.; S. MOCCIA, *op. cit.*, p. 93; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984, p. 5; M. RONCO, *Il problema della pena*, Torino 1996, p. 202; nonché F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 755; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2021, p. 47; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2020, p. 10; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 127

<sup>101</sup> A. FIORELLA, *Le strutture*, cit., p. 30

<sup>102</sup> In questa guisa, il concetto di giustizia era inteso in senso 'assoluto', fondato su un imperativo categorico e caratterizzato da diversi risvolti, come ricordato dagli scritti di I. KANT. Per una interessante critica all'idea del forte nesso fra retribuzione e proporzionalità della pena, si v. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, p. 35-36, il quale osserva che dovrebbe piuttosto discutersi di canone di "equivalenza", piuttosto che di "proporzione". L'A. rileva anche l'inadeguatezza di tale concezione rispetto ad alcune tipologie di crimini, là dove si ravvisa un difetto di omogeneità tra reato e pena; e mette in luce anche la povertà di contenuti relazionali della pena in rapporto al male cagionato, per come attualmente concepita, con una sensibile differenza con il ruolo compensativo, invece, assolto dal risarcimento per le ipotesi di responsabilità civile.

<sup>103</sup> Peraltro, alle teorie retributive corrisponde anche il concetto di proporzionalità in senso forte, sul quale si v. oltre.

<sup>104</sup> Si è osservato che l'idea moderna di proporzione, connessa alle funzioni della pena, nasce con l'immagine del Purgatorio, in cui la pena proporzionata serve a una re-inclusione del condannato nella comunità; mentre, al contrario, quella infernale rappresenta una sanzione sterile sul piano teleologico, quale



Peraltro, fermo restando che la logica retribuzionista è sopravvissuta in parte ancora oggi, quantomeno nella dimensione basilare della pena, come confermato dai criteri determinativi menzionati dall'art. 133 c.p. e dall'evoluzione più recente svoltasi di pari passo al principio di colpevolezza<sup>105</sup>, occorre smentire l'equivoco secondo cui di proporzionalità non possa discutersi anche in rapporto alle altre finalità della pena<sup>106</sup>.

Difatti, come già evidenziato, di proporzione può ragionarsi anche in rapporto al diritto della prevenzione; anzi, essa ne ha rappresentato l'ambito di genesi, al fine di limitare le ingerenze del potere nella sfera di libertà<sup>107</sup>. Naturalmente, restano ferme le differenze tra prevenzione e punizione. Ciò che si vuole mettere in risalto è la compatibilità tra la proporzionalità di una risposta sanzionatoria alla quale sono assegnate delle finalità preventive.

Nondimeno, possono rinvenirsi alcune differenze con la logica retributiva, rispetto alla quale l'individuazione del nesso appare maggiormente immediata e non necessita di particolari sforzi di approfondimento. Diversamente, ritrovare un collegamento tra prevenzione e proporzione può apparire più arduo, ma quanto sopra illustrato può già offrire un predellino valido per accelerare la ricerca di una soluzione di tale rapporto<sup>108</sup>.

---

pura afflizione: M. DONINI, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. Un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in *Sist. pen.*, 20 dicembre 2022, p. 7

<sup>105</sup> Di ruolo fondativo della proporzione in rapporto alla punizione può discutersi anche rispetto a correnti più moderne, come le teorie neoretribuzioniste o al *Sentencing* anglosassone: M. FRANKEL, *Lawlessness in Sentencing*, in A. VON HIRSCH – A. ASHWORTH – J.V. ROBERTS (a cura di), *Principled Sentencing*, Oxford, 2009, p. 237 ss.

<sup>106</sup> Anzi, secondo un'autorevole ricostruzione fondata sull'enfasi posta sul dialogo tra le finalità di politica criminale e le garanzie tradizionali del diritto penale, si è osservato che la determinazione della pena deve avvenire principalmente alla luce delle istanze di prevenzione speciale, salvo poi individuarne il limite nella colpevolezza: si v. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 168 ss.

<sup>107</sup> FR. MAZZACUVA, *op. cit.*, p. 298. Sulle varie teorie sulla pena, v. l'*excursus* approfondito condotto in G. COCCO – E. M. AMBROSETTI (a cura di), *Trattato breve di diritto penale, Parte generale II, Punibilità e pene*, Padova, 2018, p. 12 ss.

<sup>108</sup> La ricerca di una sintesi tra efficacia e giustizia della pena, con influenza limitatrice reciproca, può ritrovarsi in F. CARRARA, *Programma di diritto criminale*, Pisa, 1859, p. 42 ss. e 21. L'illustre criminalista, per un verso, notava che la pena ha un ruolo utilitaristico, perché tutela l'ordine assicurato dal rispetto della legge e dai diritti da questa presidiati; ma dall'altro richiedeva che essa reagisse nella giusta misura nei confronti della gravità del danno e del grado della sua forza morale, salvo i casi di impossibilità di biasimo.

Nella specie, il fulcro di tale connessione è rappresentato dalla funzione stessa, come accade, oltretutto, per tutti gli altri concetti di relazione: se di proporzione si discute, questa deve essere apprezzata in rapporto allo scopo, come congruità e non eccedenza. In altri termini, è possibile individuare un nesso sul piano funzionale, con garanzia dell'osservanza delle finalità preventive.

Spesso si osserva come l'idea della funzione preventiva della pena possa concentrare un'affermazione di verità e, al contempo, una legittimazione a forme di strumentalizzazione del condannato nell'interesse generale, ciò che rimanda alla sua origine utilitaristica<sup>109</sup>.

Senonché, si è osservato come in questo modo nulla si stia dicendo in ordine alla capacità della funzione preventiva di fondare il canone della proporzione, diversamente da quanto accade per la retribuzione. Piuttosto, quanto sopra evidenziato sembra mettere in luce soltanto il ruolo nucleare di limite generale della proporzione nei confronti delle diverse dimensioni finalistiche della pena.

Occorre domandarsi, dunque, quale sia la logica retrostante al tracciamento di tale linea di confine.

Si potrebbe rilevare che detto limite risieda già nell'attuale dimensione umana della pena. Il diritto penale moderno e costituzionalmente orientato è antropocentrico e ogni sua ricostruzione deve sempre tenere conto del presidio da assicurare nei confronti della persona umana. Quanto detto può condurre a risolvere istantaneamente il problema sopra posto: non è possibile giungere a pene sproporzionate in quanto ciò infrange il nucleo duro dell'intero sistema costituzionale, rappresentato dal principio metagiuridico della dignità della persona umana<sup>110</sup>.

Tuttavia, questo richiamo, per quanto pertinente, è stato ritenuto generico e semplicistico, poiché non sembra rivelare alcunché sul concetto di pena giusta<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 129

<sup>110</sup> G. DE VERO, *op. cit.*, p. 10

<sup>111</sup> F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 146

Nella dottrina straniera che ha approfondito la tematica sono molti i richiami svolti nell'ottica della salvaguardia della coerenza e credibilità del sistema, poiché una pena sproporzionata screditerebbe l'intero sistema penale<sup>112</sup>, mentre quella proporzionata assicurerebbe l'intellegibilità della correttezza comportamentale richiesta al condannato<sup>113</sup>.

In senso analogo, si è osservato che la credibilità morale del sistema e l'inflizione di pene proporzionate favorirebbero l'interiorizzazione del diritto penale e di precetti non ancora radicati nel senso morale comune, per innalzare l'attenzione al riguardo da parte della collettività. Si realizza un circuito armonico tra proporzione e prevenzione, giacché la prima consente di garantire l'efficacia ordinamentale<sup>114</sup>.

Questa impostazione è stata criticata, in quanto, per un verso, la proporzione garantisce la prevenzione solo se evita che la pena sia eccessivamente ridotta; per un altro: a) è evidente che la pena draconiana può favorire la stessa efficacia preventiva; b) gli indici di criminalità sono del tutto indipendenti dalle politiche sanzionatorie<sup>115</sup>.

Le difficoltà incrementano allorché si evoca la prevenzione speciale, anche se intesa nella dimensione rieducativa. Difatti, si è autorevolmente osservato che, come dimostrato soprattutto dalla legislazione moderna, anche pene sproporzionate per difetto e la rinuncia alla pena vengono riconosciute come idonee a tale scopo preventivo<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> H.L.A. HART, *Prolegomenon to the Principles of Punishment, in Punishment and Responsibility*, Oxford, 1969, p. 25

<sup>113</sup> C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2005, p. 37 ss.; v. anche E. DOLCINI, *ult. op. cit.*

<sup>114</sup> P.H. ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal*, Madrid, 2012, p. 211 ss.

<sup>115</sup> F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 151-152. Anche se va rilevato come in una direzione diversa si sia mosso il legislatore degli ultimi anni, sganciando del tutto le politiche sanzionatorie dal rispetto del principio di proporzione; anzi, sono stati alterati i rapporti di proporzionalità all'interno del sistema. Sul punto, si cfr. G. MANNOZZI – M. DELLI CARRI, *L'ago impalpabile della bilancia. Il peso del principio di proporzione nel sistema sanzionatorio: evidenze dall'analisi delle dinamiche sanzionatorie per la criminalità comune e dei «colletti bianchi»*, in R. BORSARI (a cura di), *La corruzione a due anni dalla «Riforma Severino»*, Padova, 2015, p. 209-210; F. COPPOLA, *Politica criminale e scelte sanzionatorie. Spunti per il recupero di razionalità dal Sentencing System inglese e dall'intelligenza artificiale*, Torino, 2022, p. 66 ss.

<sup>116</sup> F.C. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Furguele*, Mantova, 2017, p. 315

Per uscire da quest'*impasse* si è suggerito di ritornare alla domanda di partenza tipica del dibattito sul funzionalismo, e di riformularla come segue: “perché Tizio è stato punito?”<sup>117</sup> La risposta è che è stato punito per un reato, cioè per un fatto disapprovato dall'ordinamento e dalla società, perché dannoso nei suoi confronti<sup>118</sup>. Quindi, non si reagisce verso una mera disobbedienza, ma nei confronti di un'entità negativa, a sua volta graduabile in base alla intensità da questa assunta; al contempo, la medesima osservazione in termini di graduabilità può essere svolta in relazione all'entità 'sanzione', per come correlata all'infrazione<sup>119</sup>.

Quindi, a prescindere dall'idea della retribuzione, la proporzionalità costituisce un dato intrinseco alla pena: è la stessa logica interna della pena che impone il rispetto di vincoli strutturali di genesi teleologica<sup>120</sup>. Tra di essi v'è la proporzione, senza la quale la pena si ridurrebbe a una formula vuota; detto diversamente, essa non conserverebbe il suo sostrato essenziale, cioè l'essere la punizione di un reato<sup>121</sup>.

A questo punto, si può tentare di comprendere in che termini la proporzione possa conciliarsi con il perseguimento di finalità preventive. Fermo restando che alla prevenzione si confanno meglio misure diverse dalla pena<sup>122</sup>, occorre distinguere tra legittimazione del diritto penale come istituzione verso la collettività – quale strumento di prevenzione dei reati – e legittimazione della pena come misura privativa di diritti – in quanto tale non ingiusta nei loro confronti<sup>123</sup>. Quanto rilevato recupera la portata tradizionale della proporzionalità, quale meccanismo di garanzia del giusto equilibrio tra gli interessi in antinomia fra loro.

---

<sup>117</sup> F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 154 ss.

<sup>118</sup> *Ibidem*

<sup>119</sup> *Ivi*, p. 157

<sup>120</sup> *Ibidem*

<sup>121</sup> *Ivi*, p. 158

<sup>122</sup> *Ivi*, p. 159 e 304 ss.

<sup>123</sup> C. ROXIN – L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2020, § 3, nn. 1b e 51°, cit. in F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 158-159

La proporzionalità può essere apprezzata sia in rapporto alle finalità di tutela penale sia in relazione alla gravità del fatto commesso<sup>124</sup>. Nell'ipotesi di assunzione di una prospettiva funzionalista, il giudizio di proporzione acquista una connotazione prognostica, che guarda al futuro, secondo la logica del *punitur ne peccetur*<sup>125</sup>.

Diversamente a dirsi con riguardo all'ottica retrospettiva, orientata verso il disvalore espresso dal fatto commesso. In questo caso il vaglio è volto al passato, è di tipo diagnostico, secondo la logica del *quia peccatum est*<sup>126</sup>.

Quanto detto consente di distinguere tra pena ingiusta e pena eccessiva rispetto allo scopo: mentre nel primo caso la pena potrà risultare incongrua alla luce della finalità perseguita, nel secondo in ordine alla stessa potrà esprimersi un giudizio di ingiustizia per il fatto integrato. In questo si distingue tra pene e misure di sicurezza: solo in queste ultime c'è una valutazione di proporzionalità rispetto ai fini (preventivi); mentre per la pena la proporzionalità attiene al suo stesso momento giustificativo, posto che l'illecito e la sua gravità ne costituiscono la causa giuridica, la ragion d'essere<sup>127</sup>.

In ogni caso, proporzionalità della pena e perseguimento della finalità di prevenzione speciale restano collocati su piano diversi. Al contempo, però, essi entrano in sinergia fra loro, limitandosi reciprocamente. In questo senso, una pena potrebbe risultare proporzionata, ma non compatibile con la rieducazione – come accade, per es., per pene a durata indeterminata per delitti gravissimi che non consentono il reingresso del reo nella società. Dall'altro lato, il principio di proporzione evita che il principio rieducativo conduca a pene dalle qualità e quantità idonee al ricupero sociale del

---

<sup>124</sup> Corte cost., 8 luglio 2010, n. 250

<sup>125</sup> F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 117-118

<sup>126</sup> *Ivi*, 119-120, ove si richiama il giudizio retrospettivo (C. ROXIN, *op. cit.*, § 3 nn. 51 ss.), a cui fa riferimento anche la giurisprudenza costituzionale tedesca, riconducibile all'idea dell'adeguatezza alla colpevolezza, secondo cui la pena deve essere proporzionata al rimprovero, quindi, così riconoscendo un ruolo di limite alla colpevolezza.

<sup>127</sup> F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 120. Sulla proporzionalità come giustificazione del diritto penale, nella comparazione con Germania e Spagna, si v. V. MANES, *Principio di proporzionalità*, cit.

condannato, ma di durata indeterminata e comunque superiore rispetto alla gravità del reato commesso<sup>128</sup>.

Una volta riconosciuta la legittimità della scelta di criminalizzazione, rimane ferma la necessità di non confondere la proporzione con il criterio del “minimo sacrificio necessario”, il quale pone un vincolo di stretta necessità della pena rispetto ai suoi obiettivi di tutela, quale corollario del generale principio di proporzionalità orientato al futuro. Nondimeno, i due criteri entrano dialogano fra loro, perché la pena sarà incostituzionale sia se non sproporzionata rispetto al reato, se non strettamente necessaria, sia se sproporzionata, ancorché non sostituibile con un'altra meno gravosa<sup>129</sup>.

Così declinata la proporzionalità della pena in relazione alle diverse finalità da essa perseguita, deve procedersi con l'esame del modo attraverso il quale la stessa condiziona le scelte punitive.

Come già affermato, queste possono operarsi su due livelli: uno normativo e l'altro giudiziale. Ciò che, in generale, deve essere caratterizzato da proporzionalità è il momento di costruzione della pena. Tuttavia, questo non si esaurisce nella mera fase dell'inflizione, in cui il controllo è assicurato dal sistema delle impugnazioni, bensì si articola soprattutto nella elaborazione legale, che, anzi, assume carattere fondamentale, se si considera che la stessa condiziona fortemente la fase decisionale successiva. In questo caso il sistema di controlli è quello discendente dal sindacato del Giudice delle leggi, che pone il problema dei confini esistenti con la discrezionalità del legislatore nell'effettuare le scelte di politica criminale.

Ecco che la concezione moderna e a base costituzionale della proporzionalità della pena può apprezzarsi in una dimensione duplice: quella della proporzionalità in astratto e quella della proporzionalità in concreto.

---

<sup>128</sup> Si cfr. le osservazioni di F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, 247.

<sup>129</sup> *Ivi*, p. 253, ove si richiamano, in senso conforme, le osservazioni contenute in Corte cost., 7 giugno 2017, n. 179

## 5. *Proporzionalità in astratto e proporzionalità in concreto.*

Il principio in esame è indirizzato tanto al legislatore quanto al giudice, quale pilastro, fra i tanti, sul quale si regge il diritto penale inteso nella sua portata statutaria garantista. In entrambi i casi ci troviamo in presenza di due momenti intensamente discrezionali, rispetto ai quali la proporzione funge da confine di delimitazione degli spazi potestativi<sup>130</sup>.

Storicamente, il canone di proporzionalità è stato inteso nella sua ottica concreta, come dovere del giudice di proporzionare la pena e di non eccedere nella sanzione irrogata.

Segnatamente, da sempre il giudice ha il compito di «fare emergere la differenza tra le varie condotte tramite la graduazione della pena tra il minimo e il massimo edittale», qualora fattispecie dal diverso disvalore siano contemplate all'interno di una medesima norma<sup>131</sup>. In ciò già emerge il legame esistente con il principio di offensività: i principi dialogano sempre tra loro affinché possano essere in grado di esplicitare appieno la propria influenza nel sistema (in questo capitolo, par. 6). Nella specie, si evidenzia che il giudice penale deve ricostruire la *ratio* dell'incriminazione, anche alla luce della sua severità, e selezionare le condotte congeniali alla soglia di disvalore espressa dalla cornice, espungendo, nei limiti in cui sia consentito dal testo, i fatti incapaci di attagliarsi alla tipologia di lesione segnalata dalla tariffa di pena<sup>132</sup>.

Il procedimento attraverso il quale il giudice determina una pena proporzionata al caso concreto prende il nome di commisurazione della pena in senso stretto (si v. art. 133 c.p.). Quest'ultima va distinta da quella in senso lato, che attiene all'esercizio dei poteri

---

<sup>130</sup> Il giudizio di proporzionalità in astratto ha avuta larga diffusione negli orientamenti delle Corti costituzionali dei diversi Paesi. Per una ricostruzione in chiave comparata, si rinvia all'analisi condotta da F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, sugli orientamenti della Corte Suprema statunitense (p. 3 ss.) e di quella canadese (p. 38 ss.), nonché per le interessanti ricostruzioni su altri ordinamenti, europei e non (p. 98 ss.).

<sup>131</sup> Corte cost., 21 luglio 2011, n. 224

<sup>132</sup> V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 264 ss., il quale richiama il suddetto principio, così ricostruito, al fine di argomentare l'estraneità al delitto di estorsione di minacce implicite o 'ambientali'; v. anche *Id.*, *Il principio di proporzionalità*, cit.

del giudice, in fase di cognizione o in un'altra fase, che stabiliscono la pena da eseguirsi in concreto: rientrano in questo diverso momento, ad esempio, l'applicazione di sanzioni sostitutive o la concessione di misure alternative alla detenzione<sup>133</sup>.

### **5.1. La proporzionalità della pena legale nella giurisprudenza costituzionale.**

Sebbene entrambe le sfaccettature della proporzionalità si appalesino importanti, quella della proporzionalità in astratto merita un'attenzione primaria, per il rilievo sistematico-costituzionale che la stessa ha acquisito progressivamente, attraverso il superamento dei dogmi tradizionali.

In ciò, peraltro, emerge, la connessione intensa esistente fra la proporzionalità e altri principi costituzionali, quali quelli di ragionevolezza, offensività, colpevolezza e rieducazione, in un afflato che erode sensibilmente i margini valutativi propri del legislatore e che ha condotto a un incremento delle pronunce di incostituzionalità della pena o della sua misura edittale<sup>134</sup>.

Invero, in origine la giurisprudenza costituzionale ha ristretto fortemente le proprie possibilità di intervento sulla sanzione<sup>135</sup>, ancorandole ai casi di manifesta sproporzione

---

<sup>133</sup> Per questa distinzione, nella manualistica, si v., tra gli altri, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 638; F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2021, p. 555.

<sup>134</sup> Peraltro, la definizione delle cornici edittali entra in collegamento anche con il principio di legalità, posto che, come osservato in giurisprudenza, da esso si ricava il vincolo per il legislatore di contenere in termini ragionevoli la distanza tra minimo e massimo: così, Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653.

<sup>135</sup> Invece, non sono mancate in dottrina anche in passato le voci nel senso della configurabilità del sindacato pieno di proporzionalità sulle pene. Il primo a esprimersi in questo senso è stato A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, p. 203-207, il quale criticava la visione autolimitativa della Corte osservando che «sarebbe veramente il colmo se, dopo avere allentato non poco [...] le maglie della riserva di legge stabilita per la materia penale dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione, con l'ammissione delle norme penali in bianco, delle norme a fattispecie ampia, eccetera, la Corte volesse poi rifarsi alla esclusività della competenza del legislatore nella materia penale per dedurne una speciale limitazione del proprio potere di controllare la ragionevolezza delle norme da esso fissate».



o irrazionalità della stessa<sup>136</sup>. In questa fase, il vaglio di proporzionalità si è svolto essenzialmente alla luce del parametro della ragionevolezza (art. 3 Cost.) e del ricorso al c.d. *tertium comparationis* a rilievo vincolato<sup>137</sup>.

L'affermazione della giurisprudenza costituzionale tradizionale, oggi divenuta premessa costante del ragionamento della Corte sui limiti del sindacato di proporzionalità, è quella secondo la quale la scelta circa la fissazione della qualità e della quantità di pena rimane una prerogativa legislativa, apprezzabile esclusivamente nei limiti della manifesta irrazionalità<sup>138</sup>. Invero, quest'ultimo parametro nel corso del tempo si è fatto meno stringente, ampliando i margini di intervento sulle forbici sanzionatorie da parte del Giudice delle leggi.

Le prime pronunce di illegittimità costituzionale delle cornici legali hanno ruotato attorno al perno della irragionevolezza della sottoposizione al medesimo trattamento

---

<sup>136</sup> Questo tipo di approccio rappresenta un elemento frequente in molti ordinamenti e si spiega per ragioni di difficoltà di accertamento. Difatti, le Corti non hanno gli strumenti per stabilire quale sia la pena proporzionata per il caso concreto e quindi riconoscono discrezionalità al legislatore e al giudice di merito, riservandosi di intervenire se c'è evidente sproporzione: J. DRESSLER, *Substantive Criminal Law through the Looking Glass of Rummel v. Estelle: Proportionality and Justice as Endangered Doctrines*, 34 sw. L.J., 1981, p. 1109 ss. Tale premessa e le aggettivazioni delle clausole di apertura al sindacato sono largamente diffuse negli orientamenti giurisprudenziali dei vari Paesi, quale elemento emblematico della tensione esistente con il principio di legalità e il principio democratico: si v. le ricostruzioni e l'analisi di F. VIGANÒ, *ult. op. cit., passim*.

<sup>137</sup> Corte. cost., 23 marzo 2012, n. 68; 18 luglio 1989, n. 409; 13 luglio 1974, n. 218. Per una ricostruzione complessiva, v. Corte. Cost., 10 maggio 2019, n. 112

<sup>138</sup> Affermazione che si rinviene già in Corte cost., 27 giugno 1973, n. 122. In seguito, la Corte riaffermerà questo principio, tuttavia giungendo a un esito diverso, e cioè la prima declaratoria di incostituzionalità della pena: Corte cost., 27 giugno 1974, n. 218. Più di recente, la discrezionalità legislativa ha rappresentato l'ostacolo all'intervento della Corte pur a fronte del riconoscimento della incostituzionalità del trattamento sanzionatorio. Si cfr. Corte cost., 22 gennaio 2007, n. 22, che ha riguardato l'art. 14, comma 5-ter t.u. imm., che puniva fino a quattro anni lo straniero che non avesse lasciato il territorio nazionale nei cinque giorni successivi all'ordine di allontanamento impartitogli dal questore (pena poi dichiarata incompatibile con l'art. 49, par. 3 CDFUE dalla CGUE, sentenza 28 aprile 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU). La Corte costituzionale rinvenne il limite del proprio sindacato nella trasposizione di sanzioni penali da una fattispecie all'altra. Emblematico il titolo e le considerazioni svolte in D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale «vorrebbe ma non può» sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 183.

sanzionatorio di ipotesi meritevoli di differenziazione<sup>139</sup> ovvero, all'opposto, della diversità di regime rispetto a situazioni dal disvalore omogeneo<sup>140</sup>.

Peraltro, in origine, la tecnica di declaratoria di incostituzionalità ha disvelato un atteggiamento minimalista della Corte, che, nell'intento di oltrepassare il meno possibile il confine con gli spazi dedicati al legislatore, si è limitata a un mero intervento rimotivo della norma sanzionatoria<sup>141</sup>. Sarebbe spettato al Parlamento il compito positivo di reintegrare il sistema attraverso la previsione di una sanzione rispondente al canone di ragionevolezza. Soltanto più avanti, la Corte si spingerà ad utilizzare il trattamento sanzionatorio della fattispecie indicata quale *tertium comparationis* ai fini della individuazione del sostituto sanzionatorio<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> Si v. Corte cost., 27 giugno 1974, n. 218, che ha dichiarato l'incostituzionalità di una norma che sottoponeva irragionevolmente allo stesso trattamento sanzionatorio di chi avesse esercitato l'attività venatoria senza essere assicurato e chi, pur essendo assicurato, non fosse stato in grado di darne la prova a chi ne avesse fatto richiesta. Corte cost., 5 maggio 1979, n. 26, che ha ritenuto irragionevole la previsione dell'ergastolo da parte del codice penale militare di pace per la violenza consistente nell'omicidio, ancorché tentato, contro un superiore e per la violenza consistente nell'omicidio preterintenzionale e nelle lesioni gravi o gravissime a carico del superiore. Quest'ultima pronuncia rappresenta anche un primo esempio nella giurisprudenza costituzionale circa il raffronto tra il trattamento punitivo e le entità graduabili relative al reato, quali l'offesa e la colpevolezza. Al punto che da quest'affermazione, discenderebbe un vincolo costituzionale circa la differenziazione in base al differente disvalore espresso da tali elementi: si cfr. le osservazioni di F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 56.

<sup>140</sup> Si v. Corte cost., 12 luglio 1976, n. 176, ove si è dichiarata l'irragionevolezza della comminazione della multa e della revoca temporanea della licenza di caccia nei confronti di chi fosse stato sorpreso a trasportare senza motivo un fucile da caccia in una zona di ripopolamento, quando invece, all'epoca, l'esercizio abusivo costituiva soltanto un illecito amministrativo. Si v. anche, più avanti, le diverse sentenze della Corte costituzionale intervenute sui delitti in materia religiosa, nella parte in cui punivano più severamente le offese alla religione cattolica rispetto alle altre religioni. In tali sentenze viene fatto richiamo, oltre che all'art. 3, anche al parametro dell'art. 8 Cost: Corte cost., 10 novembre 1997, n. 329; 20 novembre 2000, n. 508; 1° luglio 2002, n. 327.

<sup>141</sup> Si v. Corte cost., 27 giugno 1974, n. 218; Corte cost., 12 luglio 1976, n. 176. Si v. anche Corte cost., 5 maggio 1979, n. 26, in cui, però, l'ablazione della pena prevista dal codice penale militare ha determinato la riespansione delle pene previste dal codice penale per le omologhe fattispecie comuni. L'attesa dell'intervento del legislatore fu vana, al punto da richiedersi ulteriori pronunce di incostituzionalità per ricomporre la coerenza con il sistema rispetto alle ipotesi residue di violenza contro il superiore, punite più severamente rispetto a quelle alle quali in quel momento si sarebbero applicate le norme previste dal codice penale comune Corte cost., 20 maggio 1982, n. 103. Per l'incostituzionalità delle residue ipotesi irragionevoli, si v. Corte cost., 14 giugno 1984, n. 173; Corte cost., 2 aprile 1985, n. 102. In maniera analoga, nelle pronunce in tema di offese alla religione, la Corte ha esteso il trattamento previsto per le altre religioni (Corte cost., 10 novembre 1997, n. 329; 1° luglio 2002, n. 327), tranne nella sentenza del 20 novembre 2000, n. 508, nel qual caso, rappresentando il vilipendio alla religione cattolica un *unicum* di criminalizzazione, la Corte si è limitata alla rimozione della fattispecie.

<sup>142</sup> Si cfr. Corte cost., 6 luglio 1989, n. 409.

Nondimeno, queste prime fasi segnalano la presa di coscienza da parte del Giudice delle leggi circa l'esistenza di un vincolo costituzionale ricadente sulle scelte sanzionatorie del legislatore. Se, per un verso, il percorso verso l'autonoma affermazione del principio di proporzionalità della pena è passato attraverso il canone della ragionevolezza, per un altro, vi sono talune ipotesi in cui i due principi sono rimasti perfettamente distinti. Il sindacato concernente la irragionevolezza, intesa come incoerenza intrasistematica del trattamento sanzionatorio, va tenuto totalmente distinto dal giudizio di proporzione, atteso che mentre quest'ultimo è giunto ad affermarsi quale garanzia individuale, il secondo opera nell'interesse della dell'ordinamento<sup>143</sup>. Rientrano in questa diversa direttrice le censure di incostituzionalità delle c.d. norme penali di favore, in cui la dichiarazione di illegittimità della pena comminata interviene *in malam partem*<sup>144</sup>.

In un momento successivo, all'indagine secondo ragionevolezza si è affiancata quella legata alla funzione rieducativa, ritenuta ostacolata nel caso di pene manifestamente sproporzionate, al fine di evitare che la percezione di ingiustizia potesse sfociare nella inattitudine della pena rispetto a tale scopo<sup>145</sup>. Il riferimento al terzo elemento di confronto è così venuto meno progressivamente, se non al solo scopo, laddove ciò fosse stato possibile, di agevolare la ricerca di un sostituto sanzionatorio nell'attesa di un intervento del legislatore<sup>146</sup>. Quanto illustrato ha continuato per lungo

---

<sup>143</sup> Si cfr. F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 61.

<sup>144</sup> Si v. la nota Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, che ha dichiarato l'incostituzionalità del trattamento più benevolo contemplato per una categoria di falsi elettorali, rispetto al trattamento più severo previsto per le generali ipotesi di falso punite dal codice penale. In senso analogo, si v. anche Corte cost., 7 novembre 2018, n. 236, che ha dichiarato l'illegittimità di una disposizione che attribuiva alla competenza del giudice di pace anziché del tribunale il delitto di lesioni personali lievissime dolose commesse a danno del figlio naturale, mentre il medesimo delitto, ove commesso a danno del figlio adottivo, era attribuito alla competenza del tribunale. Com'è noto, questa diversità di competenze incide anche sulle pene irrogabili, posto che la pena della reclusione non opera per i reati di competenza del giudice di pace.

<sup>145</sup> Nel senso della proporzione della pena quale presupposto per la rieducazione del condannato, si era già espresso E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 1979, p. 111. L'importanza di una pena proporzionata onde garantire la risocializzazione del condannato ed evitare effetti opposti e indesiderati, quali la desocializzazione o la ribellione, è stata messa in luce, poi, autorevolmente, anche da S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 99.

<sup>146</sup> Corte cost., 19 luglio 1994, n. 341, intervenuta sull'art. 341 c.p. nella parte in cui prevedeva come minimo edittale la reclusione per sei mesi.

tempo a rappresentare un limite del giudizio di legittimità costituzionale della pena, potendo risultare insufficiente finanche la manifesta sproporzione, qualora fosse mancata la segnalazione di una valida integrazione sistematica, onde evitare la creazione di un vuoto ordinamentale<sup>147</sup>.

Si trattava di un approccio che dimostrava la «*dipendenza ancillare*» del sindacato di proporzione dagli schemi della ragionevolezza-eguaglianza», con accessibilità limitata della Corte costituzionale di fronte alle articolazioni sanzionatorie legali<sup>148</sup>.

Il punto di svolta si è avuto allorché la Corte ha abbandonato il ricorso allo schema triadico puro per accogliere quello di tipo diadico, responsabilizzando maggiormente il ruolo del Giudice delle leggi nello scrutinio di proporzionalità intrinseca

---

<sup>147</sup> A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1436 ss.

<sup>148</sup> V. MANES, *Principio di proporzionalità*, cit. Nel senso dell'inesistenza di differenze di intensità del sindacato tra proporzionalità intrinseca ed estrinseca, però, F.C. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 350 ss., il quale osserva che «*l'individuazione del tertium comparationis presuppone sempre necessariamente un'operazione valutativa della fattispecie impugnata, poiché solo alla stregua di un determinato parametro valutativo gli elementi differenziali propri di quella fattispecie possono apparire tali da imporre ad esempio un diverso trattamento rispetto al tertium comparationis. La comparazione certamente agevola il giudizio in virtù proprio del carattere analogico dei processi valutativi. Ma in fondo i giudizi valutativi che si effettuano dopo l'individuazione del tertium sono sostanzialmente identici a quelli che si effettuano prima per l'individuazione stessa della fattispecie di riferimento*». In senso conforme, S. ZIRULIA, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche*, nota a Corte cost., 8 febbraio 2022, n. 63, in *Sist. pen.*, 25 marzo 2022

della sanzione<sup>149</sup>. Un passaggio fondamentale, che segna oggi l'affrancamento del principio di proporzione da quello di ragionevolezza anche sul piano terminologico<sup>150</sup>.

## 5.2. *Proporzionalità e 'mobilità' della pena edittale.*

Un primo profilo emerso in seno a questa evoluzione della proporzionalità della pena nel diritto costituzionale vivente è quello della necessaria individualizzazione del trattamento. In altri termini, la pena deve essere suscettibile di essere resa proporzionale rispetto alla gravità del fatto commesso. Già negli anni '60 – quindi ben prima che si affermasse il sindacato sulla costituzionalità della pena – la Corte costituzionale aveva riconosciuto che una caratteristica essenziale della pena edittale fosse rappresentata dalla sua 'mobilità': soltanto in questo caso la pena avrebbe potuto consentire il perseguimento delle finalità assegnate dalla Costituzione, nonché il rispetto del principio di eguaglianza<sup>151</sup>. Appare evidente come le misure fisse o connotate da automatismo non consentono di "dare a ciascuno il suo". Quanto evidenziato considera un aspetto non

---

<sup>149</sup> Capostipite di questo orientamento è stata Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, con nota di V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 6, p. 2105 ss., intervenuta sulla pena principale prevista per il delitto di alterazione di stato di cui all'art. 567 c.p., ove si è affermato che «*la tutela del principio di proporzionalità, nel campo del diritto penale, conduce a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni*», *la palese sproporzione del sacrificio della libertà personale imposto all'individuo comporta, per altro verso, "una vanificazione del fine rieducativo della pena prescritto dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione*».

Sulla importanza del cambio di impostazione, v. D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2017, p. 51 ss.; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1956 ss.; P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 176 ss.; S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 27 ss.; F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016.

<sup>150</sup> In questi termini, F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 238.

<sup>151</sup> Così, Corte cost., 8 maggio 1963, n. 67.

scontato che si colloca a monte della proporzionalità e che richiama la tematica delle pene fisse, sulle quali la Corte costituzionale ha avuto modo di soffermarsi, anche alla luce del canone della rieducazione del condannato<sup>152</sup>. Soltanto in presenza di una gamma di comportamenti costituenti quel reato, ancorché ampi, comunque non differenziabili fra loro, sarebbe possibile riconoscere legittimità a una comminatoria rigida<sup>153</sup>.

### **5.3. Il ruolo della funzione rieducativa nel percorso di emancipazione del principio di proporzione.**

Il secondo aspetto da mettere in luce riguarda il dialogo tra il principio di proporzionalità e gli altri principi costituzionali, al punto da riconoscergli un ruolo fondamentale, attraverso questa sinergia, per il funzionamento del sistema. Infatti, come osservato da una nota e recente sentenza della Corte costituzionale, la ricaduta in sperequazioni punitive, in eccesso o in difetto, rispetto alla gravità del fatto «*si risolve in un ostacolo alla sua funzione rieducativa*», in quanto «*percepita come ingiusta e inutilmente vessatoria e, dunque, destinata a non realizzare lo scopo rieducativo verso*

---

<sup>152</sup> Come già osservato, in quanto entrano in contatto delle entità graduabili, queste devono interagire secondo il canone della proporzionalità diretta. Ne deriva che, conformemente alla giurisprudenza costituzionale in materia, anche le pene ‘fisse’ possono reputarsi proporzionate al fatto, ma solo in quanto si tratti di reati non ‘graduabili’, nel senso che, pur a fronte di modalità diverse di emersione, essi esprimono il medesimo livello di gravità.

Sulla maggiore propensione della Corte costituzionale, prima della sent. n. 40 del 2019, a esprimersi sugli automatismi sanzionatori, piuttosto che sulla sproporzione delle cornici edittali in sé e per sé considerate, salvo che per quelle manifestamente discriminatorie: G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in *Libro dell'Anno del diritto*, 2018.

Sulle pene fisse, si v. Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222, nonché le storiche pronunce, della Corte cost., 2 aprile 1980, n. 50, 2 luglio 1968; n. 104 e 24 maggio 1963, n. 67.

In dottrina, sui profili di incostituzionalità delle pene fisse, si v., tra gli altri, C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 726 ss.; E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1 ss.; F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 208 e 249 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2002, p. 401. Con riguardo alle pene accessorie, nel senso che la ‘fissità’ delle medesime non le renda, per ciò solo, in contrasto con la Costituzione, P. PISA, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Milano, 1984, p. 185; C.F. GROSSO, voce *Responsabilità*, in *Novis. Dig. it.*, XV, 1968, p. 716 ss.

<sup>153</sup> Si cfr. Corte. cost., 2 aprile 1980, n. 50.

cui obbligatoriamente deve tendere»<sup>154</sup>. Invero, tale nesso<sup>155</sup> era già emerso nella giurisprudenza costituzionale degli anni '90<sup>156</sup>, sebbene poi sia mancata continuità nei richiami ai principi nelle pronunce successive<sup>157</sup>. Sicché la innovatività delle sentenze più recenti risiede nell'aver consolidato tale collegamento, fino a dare dignità di principio costituzionale autonomo alla proporzione della pena<sup>158</sup>.

---

<sup>154</sup> Corte cost., 23 gennaio 2019, n. 40. Con tale pronuncia la Corte è intervenuta sull'art. 73, comma 1, d.P.R. 309/1990, la cui pena comminata, per come risultante dalla sentenza n. 32/2014 della Corte Costituzionale, era pari a otto anni di reclusione. Il problema si era posto nel raffronto con il massimo edittale previsto per i fatti di lieve entità dal comma 5 della stessa disposizione (quattro anni di reclusione). Pertanto, il minimo edittale del fatto non lieve era pari al doppio del massimo edittale del fatto lieve. In un primo tempo la Corte (16 giugno 2016, n. 148) ha dichiarato l'inammissibilità della questione, sulla scorta dell'assenza di soluzioni "costituzionalmente obbligate" in una materia riservata alla discrezionalità del legislatore alla luce della mancata indicazione di un parametro sostitutivo da parte del giudice rimettente. In seguito, con la sentenza 19 luglio 2017, n. 179, il Giudice delle leggi, pur dichiarando la inammissibilità della questione per ragioni analoghe, ha lanciato un monito nei confronti del legislatore acciocché risanasse la frattura esistente fra le disposizioni citate.

Una volta superata l'impostazione relativa alle rime obbligate e riscontrato il difetto di un intervento legislativo, con la sentenza del 23 gennaio 2019, n. 40, il Giudice delle Leggi ha infine dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, co. 1, d.P.R. n. 309/1990, nella parte in cui, per effetto della sentenza n. 32 del 2014, prevede la pena minima edittale di otto anni anziché di quella di sei anni, introdotta con l'art. 4-bis del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272.

Su tale pronuncia, v. C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte Costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2019

<sup>155</sup> Avversato da Corte cost., 2 aprile 1985, n. 102, in quanto la rieducazione avrebbe riguardato il solo momento esecutivo della sanzione, mentre la comminatoria edittale avrebbe richiesto esclusivamente un giudizio di razionalità.

<sup>156</sup> Si tratta di Corte cost., 26 giugno 1990, n. 313, e, specialmente, di Corte cost., 20 luglio 1993, n. 343, che ha dichiarato l'incostituzionalità delle reiterate conseguenze sanzionatorie discendenti dall'omessa prestazione del servizio militare da parte di chi avesse dichiarato di rifiutare il servizio per motivi diversi da quelli previsti dalla legge allora vigente, ovvero non avesse reso nessuna dichiarazione, assieme all'omessa previsione dell'esonero di prestare il servizio una volta scontata la pena per il reato.

<sup>157</sup> Bisognerà attendere, infatti, Corte cost., 20 giugno 2012, n. 168, perché la Corte si rifaccia al combinato disposto degli artt. 3 e 27, comma 2 Cost. ai fini del sindacato sulle scelte punitive.

<sup>158</sup> Sottolineano il carattere attenuato della innovatività delle pronunce più recenti, F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit.; Id., *La proporzionalità della pena*, cit., p. 70 nt. 186; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena*, cit., 1959 ss.

Resta fermo che in taluni casi il nesso tra proporzionalità e ragionevolezza resta inestricabile, come allorquando la Corte censuri l'assenza di un fondamento giustificativo nella diversificazione del trattamento sanzionatorio tra reati comuni e reati previsti dal codice penale militare. Così, di recente, Corte cost., 19 ottobre 2022, n. 244, intervenuta in relazione alla mancata previsione di una riduzione della pena nel caso di lieve entità del danno per il reato di cui all'art. 167, comma 1 c.p. mil. pace.

#### **5.4. Dal giudizio di proporzionalità estrinseca al giudizio di proporzionalità intrinseca. Gli spazi residui per il c.d. sostituto sanzionatorio.**

Il terzo aspetto attiene al mutamento di ruolo assunto dal sostituto sanzionatorio. Al riguardo la nuova giurisprudenza costituzionale ha sottolineato che l'intervento rimotivo è comunque ammesso «quando le scelte sanzionatorie adottate dal legislatore si siano rivelate manifestamente arbitrarie o irragionevoli e il sistema legislativo consenta l'individuazione di soluzioni, anche alternative tra loro, che siano tali da «ricorrere a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze»<sup>159</sup>. Ne consegue l'abbandono della teorica della unicità della soluzione costituzionalmente vincolata; piuttosto, occorre valutare la mera idoneità dell'alternativa punitiva a sostituirsi a quella dichiarata illegittima. È sufficiente che le caratteristiche del *tertium*

---

<sup>159</sup> Corte cost., 23 gennaio 2019, n. 40, p. 4.2.

Il tema del sostituto sanzionatorio era stato già affrontato da Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222, che ha accolto la questione di legittimità costituzionale attraverso una soluzione diversa da quella prospettata dal rimettente. In particolare, in relazione all'art. 216, comma ultimo l. fall., questi aveva suggerito, semplicemente, di eliminare il riferimento alla durata fissa di anni dieci, giacché in questo caso sarebbe automaticamente riemersa la regola generale di cui all'art. 37 c.p., secondo cui «la pena accessoria ha una durata eguale a quella della pena principale inflitta», dedicato proprio ai casi di mancata predeterminazione legale della durata delle pene accessorie. Tuttavia, detta omogeneizzazione tra pena principale e pena accessoria avrebbe tradito lo scopo di garantire la personalizzazione del trattamento punitivo, in quanto si sarebbe transitato da un automatismo all'altro, senza considerare la diversa finalità perseguita dall'una e dall'altra pena. Difatti, considerato che le pene accessorie perseguono una funzione specialpreventiva, essa sarebbe stata frustrata laddove queste avessero seguito il regime temporale della pena principale, senza consentire una valutazione adeguata delle circostanze specificamente emerse. Perciò, proprio come accade in relazione alla durata delle pene principali, anche sulle pene accessorie deve consentirsi una valutazione giudiziale «caso per caso e disgiunta da quella che presiede alla commisurazione della pena detentiva, in base ai criteri individuati dall'art. 133 c.p. Con possibilità, oltretutto, che la durata della pena accessoria concretamente inflitta superi quella della pena principale irrogata, tenuto conto della eterogeneità dei rispettivi fini.

Secondo la Corte, sarebbe stato sufficiente ricomporre il sistema attraverso la ricerca di una soluzione costituzionalmente adeguata, ritrovata mercé il confronto con le pene accessorie previste per la bancarotta semplice e per il ricorso abusivo al credito, nel qual caso si rimette la quantificazione al giudice, ma «fino a» un massimo determinato dalla legge. Pertanto, in questo modo si è segnato il passaggio da una pena fissa di dieci anni a una pena determinabile entro dieci anni.

Sul tema sono successivamente intervenute anche le Sezioni Unite della Corte di cassazione, che hanno ritenuto che, all'esito della riformulazione dell'art. 216 l. fall. da parte della Corte costituzionale, la durata delle pene accessorie della bancarotta fraudolenta deve essere individuata in concreto dal giudice, fino a un massimo di dieci anni, sulla scorta dei criteri di cui all'art. 133 c.p. (Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2019, n. 28910).



*comparationis* siano rinvenibili rispetto a una norma avente identica struttura e *ratio*. In definitiva, si segna il passaggio dalla soluzione costituzionalmente obbligata, a binario unico, a una soluzione sistematicamente congrua e non arbitraria, in grado di sorreggere il quadro punitivo all'interno del quale la scelta sanzionatoria si inserisce<sup>160</sup>.

Ad ogni modo, la circostanza che essa non costituisca una opzione costituzionalmente obbligata, ma soltanto transitoria, nell'attesa dell'intervento legislativo, comporta l'ammissibilità di una scelta diversa operata dal Parlamento, fermo restando il rispetto del principio di proporzionalità<sup>161</sup>.

In ogni caso, quest'ultima evoluzione, lungi dal rimanere una mera questione di tecnica decisoria, incide anche sull'impostazione del giudizio di proporzionalità, non più ristretto al confronto con il sistema, ma in grado di incanalare intensamente il sindacato della Corte dentro la singola scelta normativo-punitiva. Si tratta del dialogo tra proporzionalità intrinseca ed estrinseca, come emergente già nella sentenza relativa all'art. 567, comma 2 c.p., nonché, ancor più oggi, da una recente pronuncia relativa all'art. 12, commi 1 e 3 lett. d), t.u. immigrazione, dichiarato incostituzionale nella parte in cui prevedeva un trattamento sanzionatorio quintuplicato nel minimo e triplicato nel massimo rispetto alla fattispecie base per chi avesse impiegato servizi internazionali di trasporto ovvero di documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti nella commissione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> Per un approccio fondato sul vaglio di proporzionalità intrinseca della sanzione, ancorché amministrativa, v. Corte cost. 9 marzo 2022, n. 95. Circa la conseguenza afflittiva prevista per gli atti contrari alla pubblica decenza, in seguito all'opera di depenalizzazione (sanzione pecuniaria da 5.000 euro a 10.000 euro), la Corte si è espressa per la sproporzione manifesta rispetto alla lieve gravità dell'infrazione. Ciò è avvenuto sia pure svolgendo un confronto generale coi livelli medi di sanzioni amministrative previste per illeciti di simile o maggiore gravità (si fa l'esempio del superamento dei limiti di velocità in centro abitato e si raffronta la fattispecie a quella – più grave, ma punita con lo stesso minimo edittale – di atti osceni dolosi in luogo pubblico). In tale vicenda il Giudice delle leggi ha ritenuto congrua la sanzione comminata per gli atti osceni colposi in luogo pubblico.

Ancora, nel ritenere sproporzionato il limite minimo di dieci volte dell'ammontare di euro 250 previsto dall'art. 53 l. n. 689 del 1981 per la determinazione della pena pecuniaria sostitutiva delle pene detentive brevi, la Corte ha accolto la soluzione della sostituzione con quello di euro 75, fermo il limite massimo di dieci volte la somma indicata dall'art. 135 c.p. (Corte cost., 1° febbraio 2022, n. 28).

<sup>161</sup> Per tutte, v. Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222, p. 8.4.

<sup>162</sup> Corte cost., 8 febbraio 2022, n. 63, in *Sist. pen.*, 23 marzo 2022, con nota di S. ZIRULIA, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che*

Di dialogo si disquisisce, e non di reciproca esclusione. Difatti, l'adesione all'un tipo di approccio, per quanto ampliativo del vaglio di costituzionalità delle geometrie punitive, non esclude che la Corte possa argomentare anche sulla base di riferimenti sistematici, alla ricerca di una coerenza del sistema, quando ciò risulti necessario o utile in base allo specifico contesto normativo nel quale opera la verifica di legittimità<sup>163</sup>. In questo modo, la Corte può servirsi del modello decisorio tradizionale per ricucire un certo gradualismo degli interessi coinvolti e dei tipi criminologici, specie in ambiti disciplinatori in cui l'avvicinarsi tra diverse riforme ha fatto perdere di vista la coerenza

---

parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche

<sup>163</sup> Corte cost., 8 febbraio 2022, n. 63. Osserva la Corte che, mentre le altre ipotesi aggravate «sono volte anzitutto, anche se non esclusivamente, a tutelare le persone trasportate, che spesso versano in stato di bisogno, anche estremo» (p. 4.3.) – ciò che giustifica lo scarto sanzionatorio significativo con la fattispecie base – per gli «[...] scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti», ciò che non è estensibile: a) né a quella dell'impiego dei servizi di trasporto internazionale, che «non offende alcun bene giuridico ulteriore rispetto a quello tutelato dal comma 1 (l'ordinata gestione dei flussi migratori), né rappresenta una modalità di condotta particolarmente insidiosa o tale da creare speciali difficoltà di accertamento alla polizia di frontiera» (p. 4.4.1.); b) né a quella dell'utilizzo di documenti contraffatti, per la quale si osserva che (p. 4.4.2.): «Per quanto la fattispecie aggravata in esame configuri un reato complesso, la previsione di una pena minima di cinque anni, e di una massima di quindici anni di reclusione per un fatto ordinariamente punibile con la reclusione da uno a cinque anni, solo in ragione dell'utilizzazione di documenti contraffatti, alterati o anche soltanto illecitamente ottenuti presenta, dunque, tratti di assoluta anomalia "intrasistemica" rispetto alle scelte sanzionatorie tanto del codice penale, quanto della legislazione di settore. Una simile anomalia non può che tradursi in una valutazione di manifesta sproporzione del trattamento sanzionatorio previsto per l'ipotesi aggravata all'esame». Nel complesso, si rileva nella sentenza che (p. 4.5.): «la Corte ha infatti osservato che «le fattispecie criminose cui la presunzione in esame è riferita possono assumere le più disparate connotazioni: dal fatto ascrivibile ad un sodalizio internazionale, rigidamente strutturato e dotato di ingenti mezzi, che specula abitualmente sulle condizioni di bisogno dei migranti, senza farsi scrupolo di esporli a pericolo di vita; all'illecito commesso a tantum da singoli individui o gruppi di individui, che agiscono per le più varie motivazioni, anche semplicemente solidaristiche in rapporto ai loro particolari legami con i migranti agevolati, essendo il fine di profitto previsto dalla legge come mera circostanza aggravante». [...] i due "tipi" criminologici sono tenuti ben distinti [...]. Rispetto al favoreggiamento "individuale", o "altruistico", abbracciato nella legge italiana dall'art. 12, comma 1, t.u. immigrazione, lo straniero il cui ingresso illecito viene facilitato compare quale soggetto nella sostanza "beneficiario" della condotta illecita, i suoi interessi restando comunque estranei al fuoco della tutela apprestata dalla disposizione, tutta incentrata sul bene giuridico dell'ordinata gestione dei flussi migratori. Rispetto invece a svariate ipotesi aggravate previste dai commi 3, 3-bis e 3-ter, lo straniero assurge indubitabilmente a titolare degli altri beni giuridici di volta in volta tutelati, costituendo anzitutto la "vittima" della condotta criminosa: esposta ora a pericolo per la propria vita o incolumità, ora a trattamenti inumani e degradanti, ora al rischio di essere avviata alla prostituzione o sfruttata in attività lavorative, e comunque – nel caso ordinario in cui la condotta sia compiuta con finalità di profitto – costretta a sborsare ingenti somme di denaro in cambio dell'aiuto a varcare le frontiere. Ebbene, la parificazione ai fini sanzionatori delle due condotte ora all'esame di questa Corte – utilizzo di servizi internazionali di trasporto, e di documenti contraffatti, alterati o illecitamente ottenuti – a numerose altre condotte coerenti con la tipologia criminosa del traffico internazionale di migranti costituisce una scelta legislativa manifestamente irragionevole».

del sistema<sup>164</sup>. Un metodo di giudizio che si presenta, quindi, molto meno neutrale rispetto agli atteggiamenti assunti in passato<sup>165</sup>.

### **5.5. Legalità e proporzionalità della pena nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE. Il tema della c.d. doppia pregiudizialità.**

Più di recente, le due collocazioni, astratta e concreta, del giudizio di proporzionalità sono venute a confluire su di uno stesso livello a fronte dell'intervento della Corte di Giustizia dell'UE, quantomeno con riguardo alle materie di competenza sovranazionale. Si tratta di un intervento che, potenzialmente, dà la stura a dichiarazioni di illegittimità decentrate e diffuse delle cornici edittali, con la possibilità per ogni giudice degli Stati membri dell'UE di individuare la pena giusta per il disvalore espresso dalla fattispecie esaminata<sup>166</sup>.

In particolare, secondo i Giudici di Lussemburgo il requisito di proporzionalità delle sanzioni previsto sovente dalle direttive<sup>167</sup> e dall'art. 49, par. 3 CDFUE ha carattere imperativo, incondizionato, in quanto sancisce il divieto di sanzioni sproporzionate, senza eccezioni, e sufficientemente preciso, atteso che limita la discrezionalità dello Stato membro nel recepimento della direttiva, con possibilità di invocazione da parte di qualsiasi soggetto interessato e di controllo da parte di ogni giudice nazionale<sup>168</sup>.

---

<sup>164</sup> In questo senso, S. ZIRULIA, *op. cit.*

<sup>165</sup> *Ibidem*

<sup>166</sup> Il collegamento stretto tra la proporzionalità come vincolo costituzionale puro e la proporzionalità come diritto fondamentale dell'UE era già emersa in Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, sia pure in una diversa funzione: dare autonomia al principio di proporzionalità della pena rispetto al mero canone della ragionevolezza.

<sup>167</sup> Segnatamente, nella vicenda *NE* su cui è intervenuta la Corte si trattava dell'articolo 20 direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, alla luce della sanzione pecuniaria inflitta per diverse violazioni di disposizioni austriache in materia di diritto del lavoro.

<sup>168</sup> CGUE, Grande Sezione, sent. 8 marzo 2022, C-205/20, *NE*, § 31, con nota di F. VIGANÒ, *La Proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione Europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta, alla luce di una recentissima sentenza della Corte di Giustizia, in Sist. pen.*, 26 aprile 2022

All'uopo, secondo la Corte, per rispettare il principio di primazia unionale, è sufficiente procedere a una disapplicazione parziale della disposizione nazionale, senza "scavalcarla" integralmente, in relazione al dato edittale che si presenta sproporzionato, in maniera tale da adeguare il risultato affittivo a quello imposto dalla disciplina europea<sup>169</sup>.

Ciò non collide con i principi della certezza del diritto, che esige la chiarezza e la precisione della disciplina affinché i consociati possano comportarsi di conseguenza, senza a ciò possa essere ostativo l'obbligo di garantire la proporzionalità della pena, principio generale del diritto dell'UE<sup>170</sup>. Né tantomeno con il principio di legalità dei reati e delle pene, che inibisce solo l'aggravamento del trattamento sanzionatorio, ma appare cedevole a fronte di pene sproporzionate<sup>171</sup>. Né, infine, al principio di parità di trattamento, in quanto esso impone che situazioni eguali siano regolate in modo eguale e che situazioni diverse lo siano in maniera differenziata<sup>172</sup>.

Senonché, da un lato, questa innovazione consente di rafforzare il principio di proporzionalità con riguardo all'intero diritto punitivo, avvicinando l'ingresso al vaglio di compatibilità con tale canone all'operato di ciascun giudice; dall'altro, si riapre la tematica della c.d. doppia pregiudizialità<sup>173</sup>, relativa alle ipotesi di violazione contestuale del diritto costituzionale e del diritto dell'UE, con particolare riguardo ai diritti fondamentali. Questione che, dopo alcuni pronunciamenti della Corte costituzionale in

---

Si tratta di un *overruling* della stesa Corte, che ha rimeditato l'orientamento espresso in una pronuncia di poco precedente. Nella specie, CGUE, 4 ottobre 2018, C-384/17, *Link Logistic* ha escluso l'effetto diretto del principio di proporzionalità, poiché tale criterio conferisce agli Stati membri ampia discrezionalità, senza stabilire il parametro in base al quale svolgerne una valutazione. Nondimeno ha rilevato che i giudici nazionali hanno l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti da una direttiva, anche attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme o della disapplicazione di ogni altra disposizione che conduca a un risultato contro il diritto europeo.

<sup>169</sup> CGUE, Grande Sezione, sent. 8 marzo 2022, C-205/20, *NE*, § 42-44

<sup>170</sup> CGUE, Grande Sezione, sent. 8 marzo 2022, C-205/20, *NE*, § 46

<sup>171</sup> CGUE, Grande Sezione, sent. 8 marzo 2022, C-205/20, *NE*, § 48. L'effetto *in bonam partem* della disapplicazione, che conduce a una pena illegale ma proporzionata, consente di differenziare l'applicazione di tale principio a quello della c.d. saga Taricco, come osservato da F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*

<sup>172</sup> CGUE, Grande Sezione, sent. 8 marzo 2022, C-205/20, *NE*, § 53-56

<sup>173</sup> Per una sintesi sul tema della doppia pregiudizialità, si veda A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *Questione giustizia*, 6 febbraio 2020.

senso attrattivo verso se stessa<sup>174</sup>, si è assestata verso il riconoscimento di una scelta libera da parte del giudice rimettente, in base ai profili di opportunità ravvisati nella specifica vicenda<sup>175</sup>.

In questo quadro, nondimeno, sembra spesso adombrarsi la preferibilità per la via del giudizio di costituzionalità, in specie allorquando il dubbio di legittimità afferisca a materie particolarmente importanti, come sarebbe quella punitiva, al punto da imporre una pronuncia unitaria ed *erga omnes*, eventualmente rimotiva in via definitiva della disposizione censurata, in coerenza con i bisogni di prevedibilità delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta<sup>176</sup>. Non sarebbe coerente con le esigenze di trattamento paritario che la pena venga considerata proporzionata o sproporzionata a seconda dell'ufficio giudiziario che se ne occupi; né tantomeno collimerebbe con l'indipendenza dei giudici e la loro soggezione alla legge una soluzione secondo cui la dichiarazione di sproporzione adottata da taluno di essi si risolve in un condizionamento delle proprie valutazioni, quasi a introdurre una sorta di *stare decisis* del tutto estraneo alla nostra tradizione.

Oltretutto, la predilezione della via del sindacato di costituzionalità non esclude che la questione venga rimessa alla Corte di Giustizia, ben potendo la stessa Corte costituzionale sollevare una questione pregiudiziale europea nel dialogo con il Giudice europeo, nel suo ruolo di interlocutore istituzionale privilegiato ormai affermatosi negli ultimi decenni nel pieno rispetto del principio di collaborazione.

---

<sup>174</sup> Corte cost., 7 novembre 2017, n. 269, con nota di A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3/2017; 23 gennaio 2019, n. 20, con nota di A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in *ConsultaOnline*, Studi 2019/I, p. 113 ss.

<sup>175</sup> Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, con nota di G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; 6 marzo 2019, n. 117 con nota di G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*. In senso conforme, Corte cost., 11 marzo 2022 n. 67.

<sup>176</sup> Così anche F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*

## 6. *Dialogo tra principi: proporzionalità e offensività.*

L'analisi condotta nel paragrafo precedente ha tratto l'abbrivio dalla duplice declinazione della proporzionalità nel diritto penale odierno: in astratto e in concreto.

Questo percorso evolutivo, accostato, peraltro, alle evoluzioni giurisprudenziali sul sindacato esercitabile in ordine alle scelte legislative, legittima un parallelismo con un altro principio costituzionale, inerente al diritto penale, a fondamento implicito<sup>177</sup>: il principio di offensività<sup>178</sup>.

La partizione tra declinazione in astratto e declinazione in concreto, infatti, è comune anche all'altro cardine del sistema penale<sup>179</sup>. Inoltre, giova sottolineare come la sollecitazione forte dell'aspetto concreto della proporzione tra reato e pena è andata incontro a critiche analoghe nell'una e nell'altra ipotesi. Ebbene, nel momento in cui si attribuisce al controllo una sfera di operatività di tipo casistico, per un verso, esso può apparire un'ovvietà, giacché l'applicazione alle specifiche ipotesi delle norme implica inevitabilmente la necessità di adeguarle al caso concreto, e al contempo presentare tutti i vantaggi che afferiscono all'osservazione delle peculiarità di ogni singolo accadimento, confidando nella percezione che di esso si è avuto. Per un altro verso, questo tipo di valutazione si presenta difficoltosa, incerta e imprevedibile, con il rischio che si trascenda l'intuizionismo fino a mutare nell'arbitrio, senza che siano riconosciuti, in sede di valutazione della legittimità delle decisioni giurisdizionali, margini adeguati di sindacato<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> Sul carattere implicito del principio di offensività e del divieto di *bis in idem*, si v. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 1980, 193;

<sup>178</sup> F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit.; A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1987, p. 770 ss.; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 1 ss.; M. GALLO, voce *Dolo*, cit., 786 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit.; V. MANES, *ult. op. cit.*

<sup>179</sup> Corte cost., 29 marzo 1986, n. 62; 11 luglio 1991, n. 333; 14 giugno 1995, n. 360; 21 maggio 2014, n. 139; 20 maggio 2016, n. 109; 7 giugno 2019, n. 141

<sup>180</sup> F.C. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 335, osserva che la stessa distinzione tra offensività in astratto e in concreto ha consentito, attraverso quest'ultimo canone, con valenza generale, di evitare il controllo di costituzionalità della norma impugnata; inoltre, sempre lo stesso III. Autore osserva a che il controllo sul contenuto offensivo della fattispecie sarebbe stato «*politicamente quanto mai imbarazzante*» (p. 358). In merito, G. FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria*

Inoltre, in senso critico verso la valutazione di proporzionalità in concreto, si è sottolineato come ciò sottragga al giudice costituzionale quel ruolo di vigilanza dell'attività del legislatore, senza garantire, peraltro, una soluzione definitiva ed *erga omnes*. Ne discende che la fattispecie non viene attinta sul piano astratto, talché la stessa continua a esplicare effetti sociali e culturali di stigmatizzazione della condotta. Infine, posto che la sede di discussione è quella del processo penale, di regola essa non permette il contraddittorio processuale con lo Stato<sup>181</sup>.

Tuttavia, non vuole limitarsi detto accostamento tra offensività e proporzione in una sterile constatazione di somiglianza declinatoria delle formule. Piuttosto, l'aspetto fondamentale attiene, come per tutti gli altri principi costituzionali, al confronto dialogico. Come emerso in più occasioni finora, il principio di proporzionalità non è in grado di "parlare da solo" perché possa essere compreso integralmente, ma necessita del sostegno offerto da altri principi costituzionali.

Appare evidente, infatti, come la proporzione debba esprimersi in ordine al disvalore del fatto di reato e debba tenere conto del danno criminale fra i diversi parametri di determinazione della pena (art. 133 c.p.).

Si dimostra meno palese, forse, ma non meno importante, la rilevanza che la congiunzione tra l'offensività e la proporzionalità ha in relazione alla selezione dei fatti

---

*del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, p. 70 ss., qualifica l'offensività in concreto come «*espedito sostitutivo di una dichiarazione di incostituzionalità*», adoperato allorché «*la Consulta non ritiene opportuno o non ha il coraggio di procedere in questo senso*». Si cfr. V. MANES – V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, p. 1 ss. ove si discorre di «*declino del giudizio incidentale di costituzionalità*».

<sup>181</sup> N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 337 ss., il quale riconosce comunque un vantaggio alle tecniche decisorie decentrate: quello di conseguire direttamente, cioè senza l'intervento della Corte costituzionale, e immediatamente l'inapplicabilità ovvero la riduzione dell'ambito di applicazione della fattispecie. Ciò anche perché le questioni di conflitto con il legislatore sono complesse e delicate e in questo modo si affida tale compito a un soggetto meno esposto all'attenzione pubblica, più propenso a esercitare in modo pervasivo il vaglio di proporzionalità. Per questo l'A. auspica un ritorno al controllo accentrato, poiché i limiti delle tecniche decentrate supererebbero i vantaggi. Si aggiunge (p. 354 ss.) la predilezione per un intervento della Corte non radicale e netto – che pur soddisferebbe meglio esigenze di legalità/determinatezza – bensì (per quanto creativo) legato al caso concreto, in maniera tale da lasciare degli spazi di intervento successivi da parte del legislatore, in maniera non dissimile da quanto accaduto con la tecnica dell'incostituzionalità prospettata (per es., nel noto caso Cappato).

punibili. Difatti, ambo i principi possono fungere da canone interpretativo allo scopo di comprendere quale classe di situazione si presenti meritevole di punizione, ricostruendo, secondo logiche frammentarie, gli spazi di tutela penale.

Infine, un impiego analogo del principio di proporzione, in uno con quello di offensività, afferisce all'operatività delle circostanze del reato, in quanto la possibilità che alcune caratterizzazioni del fatto possano esitare in una diversificazione sanzionatoria dalla fattispecie base richiede che vi sia uno spostamento nel grado di incisività per il bene giuridico presidiato<sup>182</sup>.

Tra l'altro, questa interazione si ravvisa anche per la proporzionalità in astratto. Ancorché intervenute sul *quantum* della pena, alcune pronunce di incostituzionalità hanno richiamato proprio l'offensività, come quelle relative al peso attribuito alla recidiva reiterata nel bilanciamento delle circostanze, per incompatibilità col modello del diritto penale del fatto<sup>183</sup>.

## **7. Il concetto di proporzionalità della pena.**

Si è avuto modo di rilevare in più occasioni come il concetto di proporzionalità risulti difficilmente afferrabile in astratto e in via definitiva, costituendo un principio di relazione, che può fungere da tecnica di giudizio ovvero da limite dell'esercizio dei poteri restrittivi delle libertà singolari. Solo le nozioni dotate di un sostrato assoluto sono in

---

<sup>182</sup> Per quanto la giurisprudenza non si esprima sempre richiamando anche il principio di proporzionalità, tra le righe può emergere qualche spunto nel senso indicato: si cfr. Cass., Sez. Un., 15 luglio 2021, n. 40275, *Cardellini*; Cass., Sez. Un., 18 luglio 2013, n. 40354, *Sciuscio*, in *Dir. pen. cont.*, 3 ottobre 2013, con nota di G. ROMEO, *Le sezioni unite sull'aggravante del mezzo fraudolento nel furto in supermercato*; Cass., Sez. un., 27 aprile 2017, n. 34090, in *Dir. pen. cont.*, 13 settembre 2017, con nota di A. GIUDICI, *Furto con destrezza e distrazione del proprietario: le sezioni unite scelgono la via più restrittiva*. Corte cost., 18 aprile 2012, n. 110; 7 luglio 2010, n. 265; 10 luglio 2002, n. 354; 2 novembre 1996, n. 370.

<sup>183</sup> Corte cost., 5 luglio 2010, n. 249; 15 novembre 2012, n. 251; 14 aprile 2014, nn. 105 e 106; 24 maggio 2017, n. 207; 8 luglio 2021, n. 143. Valorizza questa connessione fra proporzionalità e offensività anche F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 250-251.



grado di essere fotografate una volta per tutte e di trovare un'applicazione ripetuta nel tempo, tendenzialmente mantenendo ferme le proprie caratteristiche di fondo.

Di proporzionalità, invece, si discute in diversi sensi, a seconda del contesto in cui ci si trovi, delle finalità dell'indagine e degli elementi che vengono presi a confronto fra di loro.

Ci si è già soffermati sulla distinzione fra le diverse declinazioni della proporzionalità a seconda dell'ambito preventivo o repressivo ovvero ancora del destinatario di tale principio. In questa sede, però, ci si vuole soffermare sulle diverse accezioni che la proporzionalità può assumere in rapporto all'entità della pena.

Nulla si è detto, ancora, in relazione alla pena, con riguardo al concetto di "giustizia" della stessa, sia pure più volte impiegato nel corso di questa prima fase del lavoro<sup>184</sup>.

In realtà, è bene precisare che un conto è discutere di "pena giusta"; un altro è fare riferimento, come preferisce fare la dottrina più recente, alla "pena non ingiusta". Ebbene, nel primo senso, si pretenderebbe di spiegare razionalmente la pena, cioè quale sia la ragione giustificatrice della pena comminata per un determinato reato (perché il furto è punito da sei mesi a tre anni); nel secondo senso, si preferiscono pene, per l'appunto, non eccessive per difetto o per eccesso rispetto alla gravità del danno effettivo o potenziale<sup>185</sup>.

Altra distinzione, questa volta meritevole di maggiore approfondimento, è quella intercorrente tra proporzionalità in senso ordinale e quella in senso cardinale, elaborata nel quadro delle teorie neoretribuzioniste in Germania<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> Il nesso fra giustizia e pena non sproporzionata è evidenziato da W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., p. 154.

<sup>185</sup> F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 159 e F.C. PALAZZO, *Corso* (2018), cit., p. 33. Per certi versi, può operarsi un'analogia con l'approccio eurounitario in tema di proporzionalità, là dove si preferisce discutere di mero divieto di sproporzione, secondo un'accezione negativa del principio (art. 49, par. 3 CDFUE).

<sup>186</sup> A. VON HIRSCH, *Past or Future Crimes*, Manchester, 1985, p. 39 ss. Utilizza una diversa coppia concettuale F.C. PALAZZO, *ult. op. cit.*, p. 33 discorrendo di proporzionalità assoluta e relativa. A ben guardare, la proporzionalità c.d. assoluta è quella ancorata al principio di eguaglianza-ragionevolezza e alla giustizia distributiva pura; invece, quella c.d. relativa evoca una relazione diretta tra gravità del reato e severità della pena e chiama in causa l'idea di intrinseca giustizia della reazione rispetto al reato.

Attraverso la proporzionalità c.d. ordinale si richiede una classificazione dei reati e delle pene secondo due scale parallele, ordinate secondo la loro rispettiva gravità (reati) e severità (pene): sta a significare che alla gravità X risponde la severità X quanto a tipologia e e/o intensità (ricerca della *parity*, con ordine crescente secondo il c.d. *rank-ordering* e lo *spacing of penalties*)<sup>187</sup>.

In senso critico si è obiettato che questa ricostruzione si presenta povera sul piano dei criteri utilizzabili per valutare l'entità assoluta della pena applicabile al reato commesso. Inoltre, essa non si esprime sulla severità complessiva delle pene in un dato ordinamento, in particolare per i reati di maggiore gravità, al fine di fissare uno standard di riferimento al quale dovranno adeguarsi tutte le pene previste per i reati meno gravi; pertanto, non consente di rendere una spiegazione compiuta della proporzionalità<sup>188</sup>.

Peraltro, occorre tenere conto anche delle peculiarità normative di ciascun ordinamento, giacché ciascuno di essi, come dimostra la comparazione, può dotarsi di diverse tipologie o di misure massime consentite per la pena maggiormente afflittiva<sup>189</sup>.

Nella logica della proporzionalità ordinale o relativa la determinazione della pena segue valutazioni discrezionali e, pertanto, sorge l'esigenza di limitare l'intuizionismo (*guessing*) e le visioni politico-criminali del giudice.

Per tale ragione i principali ordinamenti di *Common Law*<sup>190</sup> hanno adottato le *sentencing guidelines*, con un'ingerenza del potere esecutivo<sup>191</sup>, il quale individua delle

---

<sup>187</sup>A. VON HIRSCH – A. ASHWORTH, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, Oxford, 2005, p. 139 ss.

<sup>188</sup> Così, F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 160 ss., il quale osserva che, alla stregua di questo angolo visuale, non ha senso domandarsi se trent'anni per la rapina a mano armata siano giusti, se non mediante il confronto con le pene previste per una violazione analoga o di maggiore o minore gravità.

<sup>189</sup> *Ibidem*, per tutte le critiche alla visione ordinale della proporzionalità.

<sup>190</sup> Si fa riferimento agli ordinamenti nordamericani e al Regno Unito, che ha recepito questo meccanismo, sia pure con qualche peculiarità. Tali riferimenti *Ivi*, p. 162

<sup>191</sup> Nell'ordinamento inglese, mentre la paternità delle prime guidelines era da riferirsi agli stessi giudici, a partire dal 1998 è iniziato un procedimento di emancipazione della loro formazione dal potere giudiziario, e in particolare dalla competenza delle Corti d'appello. In una prima fase (*Crime and Disorder Act 1998*) è stato creato un organo indipendente, chiamato *Sentencing Advisory Panel*, che avrebbe operato su attivazione da parte della stessa Corte, la quale conservava, comunque, il potere sulla decisione finale. In seguito, il *Criminal Justice Act 2003* ha trasferito il duplice ruolo di iniziativa e di approvazione finale in capo a un ulteriore organo indipendente, denominato *Sentencing Guidelines Council*. Per tali riferimenti e ulteriori approfondimenti, si rinvia a F. COPPOLA, *Politica criminale e scelte sanzionatorie*, cit., p. 133

sottofattispecie più puntuali all'interno di una stessa fattispecie con assegnazione di un determinato punteggio, che, interagendo con un altro inerente alla storia criminale del singolo, restringe il *range* temporale della sanzione rispetto a quello dettato dalla legge. All'interno di esso verrà individuata la pena in concreto, salvo che intenda discostarsene in alto o in basso, con adeguata motivazione<sup>192</sup>.

Tuttavia, questo sistema reca con sé la difficoltà di ridurre con precisione tutti gli indicatori in all'interno di un valore unitario, cioè le unità sanzionatorie di vario tipo, se si considera che la gravità di ogni reato può investire fattori eterogenei tra loro<sup>193</sup>. Esso presenta un limite fisiologico quando si tratti di fatti per i quali è comminata la pena massima<sup>194</sup>, là dove sorge la criticità di conciliarli con le esigenze di giustizia distributiva<sup>195</sup>. A ciò si aggiunga che, come già evidenziato, non è possibile fissare un livello di severità complessiva e sistema punitivo<sup>196</sup>.

---

ss. Similmente, negli USA, nel 1984 il *Sentencing Reform Act* ha attribuito il compito di elaborare le *guidelines* a un'Agenzia federale indipendente, la *U.S. Sentencing Commission*. Tali linee guida sono state adottate nel 1987 e nel 1991, rispettivamente, per le persone fisiche e per le persone giuridiche, salvo poi ricevere diversi aggiornamenti nel corso degli anni.

<sup>192</sup> *Ivi*, p. 162-163

<sup>193</sup> *Ivi*, p. 164

<sup>194</sup> *Ivi*, p. 165

<sup>195</sup> Corte cost., 4 luglio 2018, n. 197, pronuncia interessante perché, pur riferendosi alla rimozione del magistrato, svolge delle riflessioni parallele sull'ergastolo, richiamando proprio il concetto di proporzionalità intrinseca, al p. 8: «Al riguardo, non può non rilevarsi preliminarmente che, ogniquale volta la legge preveda la sanzione massima applicabile in un dato settore di disciplina per una pluralità di fattispecie astratte, sarebbe irragionevole pretendere – sulla base del principio di eguaglianza – che tutte quelle fattispecie siano connotate da un disvalore tra loro esattamente comparabile. Mutatis mutandis, la stessa pena massima prevista dall'ordinamento penale – l'ergastolo – è stabilita oggi per una pluralità di fattispecie di reato disomogenee quanto a disvalore: la pena perpetua è, ad esempio, prevista per l'omicidio aggravato di una persona (art. 576 e 577, primo comma, cod. pen.), così come per la strage che ha causato la morte di più persone (art. 422, primo comma, cod. pen.), la quale è evidentemente ipotesi delittuosa più grave, non foss'altro che in ragione del maggior numero di vittime. Essenziale e sufficiente a garantire il rispetto del principio di eguaglianza è, in tali ipotesi, che anche la fattispecie di illecito meno grave tra quelle che comportano l'applicazione della sanzione massima prevista dai diversi rami dell'ordinamento, isolatamente considerata, sia pur sempre connotata da un grado di disvalore tale da rendere (sotto il profilo "intrinseco") non manifestamente sproporzionata la comminatoria della sanzione massima. A prescindere, dunque, dalla sua eventuale minore gravità rispetto alle altre fattispecie accomunate dalla medesima sanzione massima». V. anche 29 maggio 2019, n. 133.

<sup>196</sup> *Ivi*, p. 166. Tra le altre criticità, si è notato che i corollari di cui sopra – in particolare lo *spacing of penalties* – hanno condotto a inasprimenti sanzionatori, il che si presta ad abusi per ragioni di convenienza elettorale.

Appare evidente la differenza di approccio rispetto agli ordinamenti dell'Europa continentale<sup>197</sup>, i quali preferiscono prestabilire dei criteri a cui si rifà il giudice nell'esercizio di una potestà discrezionale.

Una differenza evidente attiene al punto di partenza della determinazione della pena, nella misura in cui non è predeterminato da linee guida, bensì è individuato, nella prassi, sulla base di una convenzione, che teoricamente dovrebbe rispondere al medio edittale, quale soglia di media gravità del reato, da lì procedendo per l'aumento o la diminuzione a seconda della sua gravità concreta<sup>198</sup>.

Senonché, la giurisprudenza italiana preferisce partire dal minimo edittale, stante il particolare rigore delle cornici previste dalle norme incriminatrici. È noto, infatti, anche l'ampio ricorso anche alle circostanze generiche, qualora il fatto dimostri una gravità più ridotta rispetto al proprio disvalore ordinario<sup>199</sup>.

Differentemente, la proporzionalità in senso cardinale consente di rispondere alla domanda sulla proporzionalità in maniera autonoma, a prescindere dal confronto con la pena prevista per altri reati. Questa ricostruzione ovvia alle criticità della precedente, posto che prende come parametro di riferimento proprio la pena contemplata da ciascun sistema per i reati di maggiore gravità. In altri termini, la proporzionalità cardinale legittima lo svolgimento di un sindacato maggiormente pervasivo, qual è quello intrinseco, sulle opzioni sanzionatorie.

Nondimeno, potrebbe darsi il caso che anche la pena cardine si presenti sproporzionata. Certo, in merito il legislatore è dotato di ampia discrezionalità, ma si è rilevato che, in casi siffatti, l'intero sistema punitivo dovrebbe collassare: dall'eccessività della pena massima discenderebbe una violazione della proporzionalità cardinale del

---

<sup>197</sup> Principalmente, l'Italia e la Germania.

<sup>198</sup> Per l'ordinamento tedesco, v. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 55 ss.

<sup>199</sup> Stante anche la doppia valutazione degli elementi *ex art. 133 c.p.*: si cfr. Cass., sez. II, 11 ottobre 2013, n. 933, secondo cui ciò sarebbe possibile alla luce della diversa finalità della valutazione. Diversamente, però, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit. p. 570, secondo cui, però, non si potrebbe tener conto dello stesso elemento ai fini della commisurazione della pena-base: si cfr. Cass., sez. VI, 23 gennaio 2002, n. 20818.

complesso delle pene<sup>200</sup>, quantunque ciascuna di esse fosse correttamente stabilita da un punto di vista ordinale<sup>201</sup>.

La proporzionalità in senso cardinale è stato oggetto di accostamento in dottrina alle logiche decisorie dei giudici degli ordinamenti continentali<sup>202</sup>. Difatti, secondo questa visione la quantificazione della pena è primariamente frutto dell'impulso dato dall'intuizione soggettiva, che segue il senso di giustizia del decidente, per poi essere adeguata e motivata alla luce delle indicazioni normative<sup>203</sup>. In questo contesto, la proporzionalità cardinale è utile per lo più a limitare la punizione secondo la logica della pena non sproporzionata, tenuto conto del senso di giustizia comune.

Si è sottolineato anche che il vantaggio della proporzionalità cardinale risiede nel superamento dell'idea di giustizia distributiva, le cui criticità sono state sopra espresse, la quale non tiene conto della pena come afflizione verso chi la subisce e come costo per l'ordinamento. Invece, tale ricostruzione conserva l'ottica della sanzione come risposta a un fatto dannoso per l'ordinamento e ricerca di ristabilire un rapporto di congruità tra il supplizio penale e l'entità dell'offesa verso la società, in difetto del quale la pena non potrà considerarsi ammissibile<sup>204</sup>.

Un'ultima distinzione concettuale che si suole operare, rispondente alle diverse teorie sulla pena, è quella che riguarda la proporzionalità in senso debole e la proporzionalità in senso forte<sup>205</sup>.

La configurazione forte trova fondamento nelle impostazioni retributive, nelle teorie della pena puntuale o perfettamente compensativa della colpevolezza o ancora nel

---

<sup>200</sup> A. VON HIRSCH, *op. cit.*, p. 43, 141 ss.

<sup>201</sup> Si è osservato che questa distinzione corrisponde, sia pure con un'inversione, a quella tra proporzionalità assoluta e relativa, sulla quale v. sopra: F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 161; F.C. PALAZZO, *ult. op. cit.*, p. 33.

<sup>202</sup> F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 167 ss.

<sup>203</sup> F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 168; F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1745 ss.; D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 659

<sup>204</sup> F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 170

<sup>205</sup> *Ivi*, p. 214; G.J. BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2019, p. 97; Y. LEE, *The Constitutional Right against Excessive Punishment*, in *Virginia Law Review*, 2005, p. 704

neoretribuzionismo tedesco, per cui la proporzione costituisce l'unico criterio di commisurazione della pena, essendone anche la finalità<sup>206</sup>.

Nell'ottica debole la proporzionalità funge da limite nelle scelte comminatorie o applicative della pena, quindi, tanto per il legislatore quanto per il giudice<sup>207</sup>.

Questa funzione di limite può essere assolta secondo due modalità, a seconda che si tratti dell'approccio minimalista o massimalista<sup>208</sup>. La prima tesi è ancorata alla proporzionalità quale limite minimo alla pena concreta. Nella specie, subito dopo il secondo conflitto mondiale, la giurisprudenza tedesca costruisce la c.d. *Spielraumtheorie*, secondo cui per ogni reato esisterebbe un intervallo tra una pena ancora corrispondente alla colpevolezza e una pena già corrispondente alla colpevolezza, all'interno del quale il giudice potrebbe essere legittimamente guidato da considerazioni preventive nella determinazione della pena da applicare nel singolo caso, secondo l'idea del mero difetto di sproporzione, né in eccesso né in difetto<sup>209</sup>.

Se intesa come limite massimo, quindi come non eccessività della pena, la proporzionalità segue la colpevolezza e abilita il giudice a un discostamento dai minimi di riferimento, senza che questi assumano una portata ostativa e a prescindere da valutazioni di carattere preventivo<sup>210</sup>.

---

<sup>206</sup> A. VON HIRSCH, *Doing justice: The Choice of Punishments*, New York, 1976, p. 73; G.J. BASSO, *ivi*, rispettivamente, p. 235 ss. e 126 ss. 218 ss. Nell'affermare un diritto fondamentale alla proporzionalità, richiama l'accezione forte, in quanto corrispondente a un interesse generale, F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 228 ss.

<sup>207</sup> G.J. BASSO, *op. cit.*, p. 97

<sup>208</sup> F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 215

<sup>209</sup> G.J. BASSO, *op. cit.*, p. 83 ss.

<sup>210</sup> Per questa tesi, v. E. DOLCINI, *La commisurazione*, cit.; D. PULITANÒ, *Sulla pena*, cit., p. 641 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit.; F.C. PALAZZO, *Corso* (2018), cit., p. 577 ss.

## 8. *I parametri della proporzionalità.*

Chiaro che, se di concetto relativo si tratta, la proporzionalità deve essere espressa in relazione a qualcosa.

Si è già rilevato che cambia il modo di osservazione ai fini della proporzionalità se muta il parametro di valutazione alla quale la stessa è ancorata, a seconda che si segua la logica finalistica, quindi prognostica, ovvero quella sanzionatoria pura, quindi di tipo retrospettivo<sup>211</sup>.

Si è osservato altresì come il primo tipo di approccio connoti il vaglio di proporzionalità in senso qualitativo, tenuto conto dell'interesse specifico che si intende presidiare e della tripartizione delle fasi del giudizio esercitabile<sup>212</sup>.

In questo senso, se l'indagine in chiave di proporzionalità assume una base finalistica, il parametro della proporzionalità si presenta variabile, insuscettibile di essere individuato a monte, poiché legato allo scopo che si vuole perseguire o al bene che si intende proteggere. Ciò che resta immutata è la partizione degli *step* del giudizio di congruità.

Invece, nel confronto con il reato, al di là di quanto già osservato per la distinzione fra proporzionalità ordinale e cardinale, occorre tenere conto della gravità da esso espressa. Ma il grado di gravità e quindi di meritevolezza di pena va commisurato secondo i diversi criteri che la legge e la prassi offrono al fine di restringere la discrezionalità del giudice; per quanto, come si riconosce in dottrina, essi risultino per lo più affidati

---

<sup>211</sup> *Supra*, par. 4; F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 117 ss.

<sup>212</sup> N. RECCHIA, *op. cit.*, p. 233 ss.

all'intuizionismo individuale<sup>213-214</sup>. Infatti, le indicazioni legislative nei confronti del giudice circa lo svolgimento di questo giudizio non aiutano a evitare l'estensione della discrezionalità giudiziale. Lo stesso art. 133 c.p. è stato tacciato di "vuoto dei fini", giacché la stessa finalità di individualizzazione nulla dice sui criteri che devono indirizzare la scelta del *quantum* di pena da irrogare<sup>215</sup>.

D'altra parte, la discrezionalità giudiziale risulta vincolata, con conseguente obbligo motivazionale del giudice (art. 132), la prassi ha spesso dimostrato come questo momento decisivo sia quello maggiormente sottratto al controllo esterno<sup>216</sup>.

---

<sup>213</sup> Per quanto si soglia richiamare la stessa proporzionalità allo scopo di restringere i margini decisionali del giudice, nel rilevare l'incompletezza della teoria della commisurazione della pena, si è evidenziata l'opportunità di rifonderla su logiche di carattere riparativo, rilevando l'illusione della funzionalità della mera proporzione a fini limitativi: «*Non si pensi che la proporzione, che è vuota di contenuti ed ha preteso di fondare per secoli la pena retributiva come raddoppio del male, a cominciare dalla pena di morte – che "è" la storia del diritto penale – ed ora si può e vuole riconvertire in un parametro più "chiaro" (!) di delimitazione ("non sproporzione"), anziché di duplicazione del dolore, sia un criterio scientifico solo perché costituzionalmente ancorato a livello nazionale e internazionale. Certo è più argomentabile di una ragionevolezza priva del tertium comparationis ancorata a certezze intuitive, ma in ogni caso resta anch'essa un parametro ad applicazione molto contingente e relativistica, la cui politicità è meno pronunciata di criteri di scopo là dove sia fondato su scale almeno anche quantitative*». In questo senso, M. DONINI, *Septies in idem. Dalla «materia penale» alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2298-2299

<sup>214</sup> Occorre dare atto che la determinazione della pena in fase di cognizione è spesso influenzata da istituti processuali, come nel caso dell'accesso a riti alternativi. I benefici che ne conseguono potrebbero apparire in grado di intaccare la proporzionalità della pena sulla scorta di logiche meramente deflative del carico giudiziario. Tuttavia, in dottrina si è osservato che in tali casi la pena «*nasce giurisdizionalmente adeguata al caso (...) seppure venga poi tradotta in termini concreti sulla base di (...) esigenze deflative estranee alle finalità della pena, ma facenti pur sempre parte delle prevedibili regole del 'gioco' processuale*» (F. COPPOLA, *Politica criminale e scelte sanzionatorie*, cit., p. 87).

<sup>215</sup> Si v. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 34. Al punto da suggerirne una lettura costituzionalmente orientata: Id., *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 425. Si cfr. anche M. GALLO, *La chiave di vetro*, in *Arch. pen.*, 1/2022, p. 7 ss. D'altro canto, diversi progetti di riforma del codice penale hanno colto questa istanza (E. DOLCINI, *Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 847 ss.). Per una formulazione alternativa dell'art. 133 c.p., riferita alla «*colpevolezza del fatto*» ovvero alla «*quantità dell'illecito colpevole*», M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 2012, p. 357 ss., spec. p. 358.

<sup>216</sup> Dopo alcune oscillazioni verso soluzioni esattamente contrapposte (si v. la ricostruzione di E. DOLCINI, *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, cit., p. 403 ss.), l'orientamento attualmente prevalente in seno alla giurisprudenza legittimità è quello che riconosce un rapporto di proporzionalità inversa tra rigore motivazionale e vicinanza al minimo edittale. In particolare la tendenza è quella di ammettere motivazioni sintetiche – ma non formali e apparenti (Cass., sez. V, 10 maggio 2022, n. 18444) – per la individuazione di una pena vicina al minimo edittale (Cass., sez. IV, 20 marzo 2013, n. 21294) o per l'applicazione della pena pecuniaria nel caso di pene alternative (Cass., sez. I, 18 novembre 2014, n. 8560); mentre l'onere motivazionale si intensifica man mano che ci si allontana dal minimo edittale (Cass., sez. III, 14 dicembre 2016, n. 10505; Cass., sez. I, 13 marzo 2013, n. 24213) ovvero se la specie di pena scelta è quella detentiva (Cass., sez. IV, 21 ottobre 2014, n. 4361). Di recente, si è ribadito che «*il*



Tornando alla gravità del reato, anch'essa rappresenta un concetto relativo. Quindi, in base a che cosa può individuarsi la soglia di disvalore riferibile al fatto commesso?

Sul punto, viene in ausilio la ripartizione della proporzionalità, secondo il diverso modo di valutazione della gravità del reato<sup>217</sup>, nella sua manifestazione oggettiva (*Tatproportionalität*) e in quella soggettiva (*Schuldgleichheit*), in ordine alle quali si discute sul peso da attribuirvi, rispettivamente; a esse si affianca anche l'eventuale valutazione della storia criminale del reo<sup>218</sup>.

L'incidenza dell'elemento soggettivo sulla determinazione della pena è un aspetto che ha considerato anche il legislatore, come si desume dall'art. 133 c.p., il quale, oltretutto, ha incluso la graduazione della componente psicologica proprio fra i criteri inerenti alla gravità del reato.

Che il nesso tra proporzionalità e colpevolezza<sup>219</sup> sia forte e profondo<sup>220</sup> è ormai assodato e comprovato dai più recenti interventi della Corte costituzionale, che hanno fatto leva sull'accezione intrinseca della proporzionalità, proprio richiamando l'esigenza

---

*giudice assolve al relativo obbligo di motivazione se dà conto dell'impiego dei criteri di cui all'art. 133 c.p. o richiama alla gravità del reato o alla capacità a delinquere, essendo, invece, necessaria una specifica e dettagliata spiegazione del ragionamento seguito soltanto quando la pena sia di gran lunga superiore alla misura media di quella edittale»* (Cass., sez. IV, 23 gennaio 2023, n. 2654).

<sup>217</sup> F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 171 ss.

<sup>218</sup> Questa rilevanza conferita anche al momento soggettivo, assente in Beccaria 1764, VII, che discorre solo di danno, si ritrova in F. CARRARA, *Programma*, cit., § 187, ove si richiama sia il danno c.d. mediato che il danno c.d. immediato: il primo, rappresentato dall'impatto sulla opinione che la collettività ha della propria sicurezza, dipenderebbe dalla forza morale del reato, che si compone essenzialmente della cognizione della legge, della previsione degli effetti dell'azione, della libertà di scegliere e della volontà di agire.

<sup>219</sup> E. DOLCINI, *ult. op. cit.*, p. 258, discorre di colpevolezza con riguardo non solo alla rimproverabilità del fatto, ma anche al fatto rimproverabile, comprensivo di tutti gli elementi oggettivi del reato abbracciati dalla colpevolezza: ergo, questa servirebbe a circoscrivere la gravità del reato a tutti quegli elementi di natura oggettiva che hanno un nesso di ascrizione psicologica e a escludere tutti gli altri.

<sup>220</sup> Come rilevato da G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 481: «la funzione risocializzatrice [...] esige [...] che la risposta penale non superi mai, nell'an e nel quantum, la misura della colpevolezza individuale». Si tratta del ruolo antagonistico-limitativo che tale binomio ha assunto nelle visioni preventive: v. F. ANGIONI, *op. cit.*, p. 163. Che detto legame emerga anche rispetto alla concezione preventivo-integrativa della pena, si ricava anche dagli autorevoli rilievi di S. MOCCIA, *op. cit.*, p. 90 ss., che discorre di limite agli eccessi del bisogno di punizione, e di G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 845, il quale sovrappone pena "giusta" e pena "utile". Si cfr. anche G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, 1988, p. 18 ss., e D. PULITANÒ, *Sulla pena*, cit., p. 650 ss.

di personalizzazione del trattamento punitivo<sup>221</sup>: soltanto allorché la pena sarà proporzionata anche alla entità del rimprovero individuale potrà ritenersi che la stessa rispecchi la riprovazione specifica del fatto commesso<sup>222</sup>. Ecco che il principio di colpevolezza non si riduce a mero fattore condizionante la possibilità di sottoporre taluno alle conseguenze giuridico-penali del proprio comportamento, ma assurge altresì a elemento influente sul piano della commisurazione delle stesse<sup>223-224</sup>, anche al fine di

---

<sup>221</sup> A partire da Corte cost. 10 novembre 2016, n. 236, passando per Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222, fino ad arrivare a Corte cost., 23 gennaio 2019, n. 40, sempre attraverso il richiamo congiunto della irragionevolezza intrinseca e della funzione rieducativa della pena, alla luce della necessità di assicurare una corrispondenza piena con la responsabilità personale. Con ciò è stato seguito l'auspicio della dottrina, onde ampliare lo spettro del sindacato di costituzionalità: V. MANES, *Principio di proporzionalità*, cit. Corte cost., 7 aprile 2020, n. 73, ha sottolineato che «il quantum di disvalore soggettivo del reato dipende in maniera determinante non solo dal contenuto della volontà criminosa (dolosa o colposa) e dal grado del dolo o della colpa, ma anche dall'eventuale presenza di fattori che hanno influito sul processo motivazionale dell'autore, rendendolo più o meno rimproverabile [...] tra tali fattori si colloca, in posizione eminente, proprio la presenza di patologie o disturbi significativi della personalità [...] come quelli che la scienza medico-forense stima idonei a diminuire, pur senza escluderla totalmente, la capacità di intendere e di volere dell'autore del reato. In tali ipotesi, l'autore può sì essere punito per avere commesso un reato che avrebbe pur sempre potuto [...] evitare, attraverso un maggiore sforzo della volontà; ma al tempo stesso merita una punizione meno severa rispetto a quella applicabile nei confronti di chi si sia determinato a compiere una condotta identica, in condizioni di normalità psichica».

<sup>222</sup> Occorre precisare sin d'ora che non è questo il punto di ancoraggio del principio di proporzionalità più volte richiamato a livello sovranazionale, là dove il principio di colpevolezza non rappresenta un «diritto fondamentale nell'ordinamento comunitario» e, più in generale, europeo: si cfr. A.M. MAUGERI, *Il principio di proporzione*, cit., p. 120-124. Cionondimeno, secondo L. BARON, *op. cit.*, p. 8, tale binomio il binomio proporzionalità-colpevolezza può ravvisarsi anche in tale sede, quale momento di riequilibrio della possibile sproporzione discendente dal ricorso a scelte sanzionatorie variegata.

Appare anomalo agli occhi di molti, peraltro, che il principio di proporzionalità sia stato ricollegato al divieto di *bis in idem* da parte della giurisprudenza sovranazionale più recente (si v., in questo capitolo, par. 10, nonché il capitolo successivo).

<sup>223</sup> A. ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts-systematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974, p. 2 ss.; G. VASSALLI, *ult. op. cit.*, p. 18; E. DOLCINI, *ult. op. cit.*, p. 257 ss.

<sup>224</sup> Sia pure distinguendosi proporzione e colpevolezza da un punto di vista concettuale, come sottolineato da R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, p. 9-10: «[...] la colpevolezza esprime l'esigenza che il reato sia espressione del reo, mentre la proporzione esige che vi sia corrispondenza tra la gravità del fatto di reato e il quantum di pena». Distinzione rilevante con riguardo alla funzione della pena, poiché – evidenzia ancora l'A. – la colpevolezza c.d. fondante non è compatibile con le esigenze preventive, a differenza della colpevolezza graduante, ragion per cui quest'ultima assume un oggetto valutativo più ampio, comprensivo della vita pregressa e della condotta susseguente al reato. Inoltre, «altrettanto plausibile è l'idea che, nel momento in cui la colpevolezza si considera una componente essenziale del reato, la pena, per essere proporzionata, debba essere commisurata tenendo conto altresì del rapporto psichico che il soggetto ha non solo con il fatto, ma anche con la legge: il disvalore del reato muta, ad esempio, sia che il soggetto abbia agito con dolo intenzionale o eventuale, sia che abbia agito conoscendo oppure potendo conoscere il precetto».

Si esprime nel senso di una reciproca limitazione tra la colpevolezza e le finalità preventive della pena, C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 168 ss.

garantire la piena comprensione della punizione nella prospettiva di risocializzazione<sup>225- 226</sup>.

Sul piano oggettivo, invece, ai fini della valutazione dell'offesa in senso proprio, si tiene conto del rango degli interessi tutelati, dell'intensità danno cagionato ovvero della grandezza del pericoloso e della probabilità di progressione verso il danno<sup>227- 228</sup>.

Si è detto che, eventualmente, potrebbe aversi riguardo anche alla storia delinquenziale del reo e ogni altro fattore espressivo della propria capacità a delinquere. Invero, la prospettiva presa in considerazione è quella rivolta verso il passato, in quanto imperniata sul fatto verificatosi, e, in quanto tale, dovrebbe essere scevra da giudizi sulla persona, diversamente da quanto accadrebbe laddove si trattasse di prevenire la pericolosità dell'autore.

Cionondimeno, il giudizio su tali fattori può essere funzionale anche all'approfondimento del grado di rimproverabilità dell'agente, tenuto conto delle possibilità offerte al soggetto al momento della decisione di delinquere<sup>229</sup>.

Non rientra tra i criteri di commisurazione, invece, la 'sofferenza', fisica, morale o economica, avvertita dal colpevole a cagione della commissione del reato, quale 'pena naturale' già subita dal soggetto a causa delle particolari circostanze in cui il fatto si è

---

<sup>225</sup> Nel teorizzare un diritto fondamentale alla proporzionalità, F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 302 ss., seguendo la celebre affermazione secondo cui non esistono «*diritti tiranni*» (si cfr. Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, p. 9), ne sostiene la sottoposizione a bilanciamento, anche alla stregua dell'art. 52, par. 1 CDFUE, secondo cui può aversi limitazione di tutti i diritti fondamentali entro il canone della proporzionalità. Tuttavia, diversamente vale per la colpevolezza – come per altre garanzie alle quali si ricollega, cioè l'irretroattività (si cfr. art. 15 CEDU) e il *ne bis in idem* (Corte cost. 31 maggio 2016, n. 200) – che assume una portata assoluta.

<sup>226</sup> In senso critico nei confronti dell'idea della funzione limitativa della colpevolezza all'interno del giudizio sulla determinazione della pena, attese le difficoltà di commisurazione di tale parametro, si v. M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Quest. giust.*, 29 ottobre 2020, p. 13

<sup>227</sup> F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 187 ss.

<sup>228</sup> In senso critico verso l'idea tradizionale di proporzionalità della pena rispetto al male cagionato, atteso che ne raddoppierebbe sempre la misura, si v. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1162 ss., nonché Id., *Pena agita e pena subita*, cit., p. 12-13.

<sup>229</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Manuale*, cit., p. 806. Per il nesso tra colpevolezza e capacità a delinquere, v. Corte cost., 23 luglio 2015, n. 185; Cass., Sez. Un., 24 settembre 2020, n. 3585. Si tratta della particolare rilevanza della colpevolezza graduante, come rilevato da R. BARTOLI, *op. loc. ult. cit.* V. anche F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 188.

inverato. Laddove accanto alla ‘pena giuridica’ si volesse dare rilievo anche a questa forma di afflizione, la situazione non sarebbe dissimile da quella del *bis in idem*, giacché richiederebbe di seguire una logica di detrazione del “pre-sofferto” da parte del condannato, potendo persino esitare nella totale astensione del giudice dal pronunciare una sentenza di condanna. La complessità della tematica intreccia il tema dei rapporti tra discrezionalità legislativa e proporzione e del possibile fondamento giuridico-costituzionale di tale afflizione naturale, tale da essere stata oggetto di una recente questione di legittimità costituzionale<sup>230</sup>.

### **8.1. Proporzionalità delle pene patrimoniali e capacità di sopportazione del reo.**

L’incidenza delle pene pecuniarie sul patrimonio del reo rende necessario integrare il procedimento commisurativo attraverso una valutazione sulla persona del condannato, e in particolare sul suo patrimonio.

Mentre le pene restrittive della libertà personale ricadono su un oggetto corporale – di guisa che la loro graduazione in sede di inflizione non può che riguardare il fattore temporale – il coinvolgimento da parte di una pena consistente in danaro non può trascurare le condizioni economiche e patrimoniali in cui versa il condannato. In altri termini, la libertà personale non pone le stesse esigenze di individualizzazione di un’entità misurabile qual è il patrimonio, posto che, in astratto, l’inflizione di pena detentiva è in grado di produrre gli stessi effetti nei confronti di chi la subisce. Diversamente, la capacità

---

<sup>230</sup> Trib. Firenze, ord.. 20 febbraio 2023, in *Sist. pen.*, 18 aprile 2023, con nota di A. AIMI, *Alla Corte costituzionale un’inedita questione in tema di proporzionalità della “pena naturale” nell’omicidio colposo realizzato ai danni di un prossimo congiunto*. La vicenda trae abbrivio da un omicidio colposo commesso in contesto lavorativo in danno di un prossimo congiunto. Il giudice ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell’art. 529 c.p.p.. “nella parte in cui, nei procedimenti relativi a reati colposi, non prevede la possibilità per il giudice di emettere sentenza di non doversi procedere allorché l’agente, in relazione alla morte di un prossimo congiunto cagionata con la propria condotta, abbia già patito una sofferenza proporzionata alla gravità del reato commesso”.

di sopportazione della pena pecuniaria muta in base alle disponibilità economiche del condannato<sup>231</sup>.

Una valutazione ristretta ai criteri tradizionali della gravità del reato e della capacità a delinquere del colpevole darebbe luogo non sarebbe sufficiente a rendere la pena coerente con il principio di proporzionalità in concreto<sup>232</sup>.

Per questa ragione la l. n. 689 del 1981 ha introdotto l'art. 133-*bis* c.p., che impone al giudice di tenere conto delle condizioni economiche del reo in sede di commisurazione pecuniaria, in aggiunta ai criteri di cui all'art. 133 c.p.; con eventuale incremento o decremento della misura massima o minima stabilita al fine di garantire l'effettività della pena (comma 2)<sup>233</sup>.

Peraltro, di recente, il d.lgs. n. 150 del 2022, entrato in vigore il 30 dicembre 2022, ai sensi dell'art. 99-*bis*, introdotto dal d.l. n. 162 del 2022, conv. con modificazioni in l. n. 199 del 2022, ha aggiunto la necessaria valutazione, a tali fini, delle condizioni patrimoniali del reo. L'esigenza a cui si è cercato di rispondere risiede nella ricerca di un trattamento sanzionatorio effettivamente proporzionato, attraverso la inclusione nel

---

<sup>231</sup> F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 200; si cfr. L. GOISIS, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata*, Milano, 2008, p. 35 ss.; M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 369, che discorrono di «*perequazione dell'afflittività*».

<sup>232</sup> Si v. Corte cost., 1° febbraio 2022, n. 28, p. 6.2., nella quale si osserva che l'adeguamento della pena alle condizioni economico-patrimoniali del reo «*deve ritenersi imposto dal principio di eguaglianza, da cui discende il compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini (art. 3, secondo comma, Cost.). Nella prospettiva di un'eguaglianza "sostanziale" e non solo "formale", il vaglio che questa Corte è chiamata a compiere sulla manifesta sproporzione della pena pecuniaria non potrà che confrontarsi con il dato di realtà del diverso impatto del medesimo quantum di una tale pena rispetto a ciascun destinatario. Tale diverso impatto esige di essere "compensato" attraverso uno di quei rimedi cui aveva fatto cenno la sentenza n. 131 del 1979, in modo che il giudice sia posto nella condizione di tenere debito conto – nella commisurazione della pena pecuniaria – delle condizioni economiche del reo, oltre che della gravità oggettiva e soggettiva del reato*». Come rilevato dalla stessa sentenza citata, l'esigenza che la proporzionalità delle pene pecuniarie debba essere apprezzata anche con riguardo alla situazione personale del condannato è emersa anche negli orientamenti giurisprudenziali d'oltreoceano (*SC of Canada, R. v. Boudreault, [2018] 3 R.C.S. 599*).

<sup>233</sup> In giurisprudenza ricorre l'affermazione per cui l'imputato ha soltanto l'onere di difendersi sul possibile aumento, mentre è la pubblica accusa a dover provare la particolare elevata consistenza patrimoniale del reo (Cass., sez. I, 4 novembre 2004, n. 45482, *Zheng*). In merito alla diminuzione, invece, spetta all'imputato l'onere di allegazione di una situazione economica disagiata (Cass., sez. IV, 13 gennaio 2000, n. 2558). Per la natura non circostanziale di tale previsione, si v., tra le altre, Cass., sez. I, 4 novembre 2004, n. 45482, *Zheng*.

giudizio anche del valore dei beni facenti parte del patrimonio del condannato. Tale modifica è stata ispirata anche dall'esigenza di rendere omogenei tali criteri con quelli indicati agli artt. 71 e 103 l. n. 689 del 1981, modificati dallo stesso d.lgs. n. 150 del 2022, in tema di insolvibilità del condannato alla pena pecuniaria.

Proprio per garantire il rispetto di tale principio, già prima della interpolazione del 2022, si era ritenuto che la determinazione della pena non dovesse essere limitata all'aspetto reddituale, ma che dovesse involgere la complessiva situazione patrimoniale del destinatario dell'afflizione, sia pure solamente laddove tale valore avesse superato degli standard ordinari, onde evitare una forma surrettizia di confisca<sup>234</sup>.

Senonché, l'istanza di una pena pecuniaria proporzionata non ha ancora trovato una piena soddisfazione. La rilevanza della situazione economico-patrimoniale del reo continua a integrare il sistema di commisurazione monofasico e 'a somma complessiva' di cui all'art. 133 c.p., e non ne rappresenta, invece, una fase ulteriore e successiva rispetto a quella incentrata sui criteri tradizionali.

Al contrario, da tempo la dottrina sottolinea che il sistema bifasico della determinazione della pena per 'tassi o quote giornalieri' consentirebbe di realizzare al meglio tali esigenze, poiché pone su due piani diversi la commisurazione comune, volto a determinare l'importo dei tassi o delle quote, e quella speciale o di tipo economico, concernente l'importo delle quote<sup>235</sup>. Sicché, solo rendendo autonomo il giudizio sulle

---

<sup>234</sup> S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, p. 915; G. DE VERO, *op. cit.*, p. 852; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Manuale*, cit., p. 815; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 746; anche se di situazione economico-patrimoniale discuteva già la giurisprudenza: si cfr. Cass., sez. III, 8 ottobre 1996, n. 9575, *Paterno*; Cass., sez. I, 4 novembre 2004, n. 45482, *Zheng*).

<sup>235</sup> G. DE VERO, *op. cit.*, p. 851-852; L. GOISIS, *op. cit.*, p. 44 ss.; M. MIEDICO, *La pena pecuniaria. Disciplina, prassi e prospettive di riforma*, Milano, 2008, p. 169 ss.; E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, cit., p. 13.

Nella relazione di accompagnamento alla Riforma "Cartabia" del 2022 – che, pur riformando la pena pecuniaria, non ha coinvolto il meccanismo commisurativo – si è evidenziata l'esigenza di una profonda e complessiva rivisitazione della stessa, coinvolgendo, tra i vari profili, anche l'adozione del sistema dei tassi o delle quote giornaliere (si cfr. p. 266).

condizioni economiche-patrimoniali si potrebbe assicurare una risposta effettivamente proporzionata alla capacità di sopportazione del reo<sup>236</sup>.

In questa direzione si è mosso il d.lgs. n. 231 del 2001, che ha recepito il giudizio bifasico ‘per quote’ nella determinazione della sanzione centrale e indefettibile del relativo sistema, qual è la sanzione pecuniaria. Nondimeno, esso non rappresenta una piena adesione ai modelli d’oltralpe, poiché la sanzione pecuniaria non si atteggia a una misura di durata, bensì viene comunque determinata all’interno di una rigida cornice edittale (si v., più approfonditamente, al cap. V, par. 3.1).

## **9. *Proporzionalità, premialità e riparazione.***

Al diritto, in generale, e al diritto penale, in particolare, può essere riconosciuta una funzione promozionale<sup>237</sup>; nel senso che gli strumenti sanzionatori dell’ordinamento giuridico sono impiegati non soltanto per reprimere comportamenti e garantire la propria conservazione, bensì anche e soprattutto per incoraggiare dei comportamenti conformi alle norme e ai valori che lo costituiscono. Il diritto non assolve il proprio ruolo promozionale esclusivamente attraverso la minaccia dell’inflizione di sanzioni giuridiche negative, bensì anche mercé la previsione di sanzioni di tipo positivo<sup>238</sup>. Già in epoca illuministica si era efficacemente osservato che la prevenzione dei crimini passasse, oltre

---

<sup>236</sup> Corte cost., 16 novembre 1979, n. 131, che ha dichiarato incostituzionale il sistema di conversione originariamente previsto dall’art. 136 c.p. e ha richiamato in motivazione il meccanismo dei tassi giornalieri previsto in altri ordinamenti europei (p. 4). Più di recente, si v. anche Corte cost., 1° febbraio 2022, n. 28.

<sup>237</sup> N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma, 2007, p. 3 ss.; Id., *Verso una teoria funzionalistica del diritto*, *ivi*, p. 69-70

<sup>238</sup> Id., *Sulla funzione promozionale*, *cit.*, p. 3 ss.

che dalla loro punizione, anche da un sistema di premi e ricompense per gli atteggiamenti virtuosi<sup>239</sup>.

Ciò non significa che il diritto penale rinunci alla propria essenza di diritto punitivo per trasformarsi in un diritto esclusivamente premiale: promozionalità e premialità restano concetti distinti, data la maggiore ampiezza del primo, in grado di inglobare anche l'impiego di mezzi repressivi e intimidatori<sup>240</sup>. La pena tradizionale, quale paradigma delle sanzioni negative, rimane pur sempre un presupposto irrinunciabile per indurre la generalità dei consociati a una condotta coerente con i valori presidiati dal sistema; al contempo, le sanzioni positive non possono esistere isolatamente, ma, ai fini della corretta realizzazione del fine promozionale, entrano in rapporto di reciproca integrazione con la sanzione negativa, in un complesso dialogo tra afflizione e premio<sup>241</sup>.

Il ricorso al premio si è presentato storicamente in linea con i diversi scopi riconosciuti alla pena<sup>242</sup>. Ne è dimostrazione la propria genesi nella visione retributiva, come risposta omogenea alla contro-condotta tenuta dal reo, che non ne ha impedito la conservazione all'interno delle concezioni preventive<sup>243</sup>.

Quale che sia la logica di fondo, la premialità dimostra delle forti connessioni con il principio di proporzionalità della pena, sia pure non ravvisabili d'acchito. Anzi, *prima facie*, potrebbe sembrare in rapporto di contraddizione con tale canone, atteso che la parametrizzazione dell'afflizione sul disvalore obiettivo e soggettivo del fatto cristallizzato nel passato viene rimodulata alla luce di condotte che nulla hanno a che vedere con il reato in sé e per sé considerato. La sanzione positiva, dunque, opera come elemento erosivo della sanzione negativa, incidendo sulla sua irrogazione o esecuzione,

---

<sup>239</sup> «Un altro mezzo di prevenire i delitti è quello di ricompensare la virtù»: C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., XLIV, p. 87. Nella propria prospettiva utilitaristica, di un sistema di sanzioni e ricompense discusse anche il filosofo Jeremy Bentham.

<sup>240</sup> F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto premiale*, in Id., *Scritti di diritto penale*, vol. I, cit., p. 1409 ss.

<sup>241</sup> *Ivi*, p. 1412 ss.

<sup>242</sup> C. RUGA RIVA, voce *Premialità (dir. pen.)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, p. 4421 ss.

<sup>243</sup> M. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistica nel d.lgs. 231/2001*, Torino, 2022, p. 50



aggiungendo elementi di valore che risollevarono il giudizio di disvalore incentrato sull'illecito commesso.

Al più, la giustificazione del trattamento più benevolo per via delle condotte *post factum* potrebbe essere inquadrata all'interno della sola prospettiva della prevenzione speciale, posto che il trattamento proporzionato al fatto risulta eccessivo se visto nell'ottica dell'obiettivo della rieducazione del reo, che ha già dimostrato segnali di recidiva<sup>244</sup>.

Ovvero, al limite, si potrebbe considerare non derogatorio della proporzionalità della pena laddove a questa venisse riconosciuta la funzione di fissarne la misura massima, ma non anche nel senso di circoscriverne la determinazione al solo criterio della gravità del reato, aprendo all'ingresso di parametri ulteriori<sup>245</sup>.

In realtà, la combinazione tra premi e afflizioni all'interno del potere punitivo può ritenersi espressione del principio di proporzionalità. Ciò si ricava non solo dalla sua elaborazione originaria nel quadro della teoria retributiva, assieme all'idea di proporzionalità, ma è reso evidente da quelle condotte successive che contribuiscono a ricostituire il sistema di valori violato dalla precedente trasgressione.

Tali comportamenti incidono su quella primaria entità graduabile rappresentata dalla gravità dell'offesa<sup>246</sup>, spesso eliminabile o quantomeno riducibile attraverso quei comportamenti che mirano a ripristinare il bene giuridico sulla quale è gravata<sup>247</sup>.

Sebbene l'offesa fotografata nel momento storico della sua realizzazione non sia suscettibile di essere rimossa *tout court*, «*il compimento di una condotta di significato contrario da parte dello stesso agente potrà certamente attenuare quelle impressioni, lanciando un messaggio di rassicurazione alle vittime e all'intera collettività circa la perdurante vigenza della norma violata, che ora viene riconosciuta dal reo*»<sup>248</sup>.

---

<sup>244</sup> F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 192

<sup>245</sup> *Ibidem*

<sup>246</sup> M. DONINI, *Pena agita e pena subita*, cit., p. 20 ss.

<sup>247</sup> F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 193

<sup>248</sup> *Ibidem*

Anzi, la riparazione del reo potrebbe configurare un'anticipazione della stessa sanzione fondata su una propria iniziativa e commensurabile alla stregua della lesione del bene tutelato e degli interessi della vittima<sup>249</sup>. D'altra parte, il delitto riparato non rappresenta una negazione del precetto violato, ma ne rappresenta una vera e propria riaffermazione ad opera dell'autore del reato<sup>250</sup>. In questa guisa, la valutazione positiva di tali comportamenti entra in reciproco annullamento con quella negativa relativa al reato, giustificando la riduzione della pena che poteva apparire proporzionata, ma che non è più tale, perché occorre operare un saldo fra le due misure di valore<sup>251</sup>.

Questa lettura appare confortata anche dal nesso esistente da proporzionalità e rieducazione. Se la pena sproporzionata non è in grado di assolvere alla propria funzione rieducativa, e se la proporzionalità rappresenta una garanzia dettata per lo stesso individuo in funzione (non della sua esclusione dalla società, ma) della sua re-inclusione<sup>252</sup>, è chiaro che non avrebbe alcuna giustificazione la parte di pena in eccedenza rispetto a quella da scomputarsi per effetto della condotta riparatoria<sup>253</sup>.

La visione illustrata ha poi il merito di enfatizzare il ruolo della vittima all'interno delle teorie sulla funzione della pena e sulla sua determinazione, rimarcando ulteriormente il proprio ruolo di co-protagonista delle vicende penali che, dopo secoli di emarginazione, si è vista riconoscere in tempi più recenti<sup>254</sup>.

La combinazione tra le finalità promozionali in chiave preventiva e il ricorso continuo ai meccanismi premiali spicca all'interno della disciplina del d.lgs. n. 231 del 2001. In effetti, il sistema della responsabilità da reato degli enti si presenta caratterizzato da una costante ricerca della *compliance*, a cui fa riscontro una logica di graduale

---

<sup>249</sup> Si cfr. M. DONINI, *Pena agita e pena subita*, cit., p. 6 ss.

<sup>250</sup> Si v. il dibattito tra la posizione di D. PULITANÒ, *Sulla pena*, cit., p. 654 ss.; Id., *Il penale tra teoria e politica*, in *Sist. pen.*, 9 novembre 2021, p. 1 ss., e quella di M. DONINI, *Pena agita e pena subita*, cit., p. 11.

<sup>251</sup> F. VIGANÒ, *op. loc. ult. cit.*

<sup>252</sup> Si cfr. M. DONINI, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE*, cit., p. 7, rispetto alla genesi della proporzione nell'immagine religiosa del Purgatorio.

<sup>253</sup> Si cfr. Corte cost., 7 giugno 2017, n. 179, che ha ricondotto la riparazione nell'alveo della funzione rieducativa della pena ex art. 27, comma 3 Cost. (p. 4.4).

<sup>254</sup> Si cfr. F. VIGANÒ, *op. loc. ult. cit.*

attenuazione delle reazioni punitive a fronte di un progressivo ritorno alla legalità da parte dell'ente (Cap. V, par. 9).

#### **10. Proporzionalità e diritto punitivo.**

La ricostruzione introduttiva in ordine al carattere generale e interdisciplinare del principio di proporzione ha già consentito di mettere in luce la sua influenza in relazione all'intero diritto punitivo e non soltanto al diritto penale strettamente inteso (si v. sopra, par. 1). Come evidenziato, tutte le sfaccettature delle misure a vocazione sanzionatoria-punitiva devono rispondere a esigenze di congruità, dato il suo carattere di acquisizione di civiltà giuridica, per come affermato tanto a livello interno quanto in sede sovranazionale<sup>255</sup>.

D'altro canto, va considerato che ciò che accomuna le diverse tipologie di sanzioni punitive la reattività rispetto a un illecito, che costituisce la causa giuridica della risposta limitativa di diritti e libertà. Pertanto, al fine di mantenere tale relazione giustificatrice, è necessario osservare un rapporto di congruità tra la protasi e l'apodosi giuridica per le sanzioni civili, la responsabilità erariale, le altre sanzioni contabili, quelle disciplinari e

---

<sup>255</sup> Sul diritto civile punitivo, per tutti, basti citare Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601 sulla possibilità di delibare le sentenze straniere aventi ad oggetti i c.d. *punitive damages* e i relativi presupposti corrispondenti all'ordine pubblico c.d. internazionale.

Per un recente riferimento generalizzato all'intero diritto punitivo, v. Corte cost., 9 marzo 2022, n. 95.

D'altra parte, l'elaborazione europea del principio ha preso le mosse proprio dalla materia delle sanzioni nel contesto degli illeciti concorrenziali: A. DER MOOR – VAN VUGT, *Administrative sanctions in EU Law*, in O. JANSEN, (a cura di), Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, p. 636, cit. in FR. MAZZACUVA, *op. cit.*, p. 302

tutte le sanzioni amministrative punitive; ciò che è imposto, in particolare, dall'art. 3 Cost., pena l'irragionevolezza della restrizione dei diritti<sup>256-257</sup>.

Quanto illustrato permette di operare una distinzione netta ed evidente, oltre che ovvia, in ordine al fondamento costituzionale per il diritto penale e per il diritto punitivo del principio di proporzionalità. Difatti, l'art. 27 Cost. si riferisce solo e soltanto alle pene in senso stretto, donde non è possibile che tale garanzia condizioni anche le sanzioni di natura diversa, per le quali resta applicabile la garanzia di cui all'art. 3 Cost.<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> In questo senso, Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112, poi ribadita in Corte cost., 9 marzo 2022, n. 95. L'importanza della sent. 112/2019 può apprezzarsi se si tiene della peculiarità della vicenda che ha condotto alla pronuncia nonché dell'oggetto che la stessa ha avuto, ovverosia il ricorso alle ablazioni patrimoniali come afflizioni in senso stretto. La sentenza ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 187 *sexies* t.u.f., nella parte in cui prevedeva, nel testo riformato nel 2005, la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto e dei beni utilizzati per commettere il reato, e non del solo profitto, nonché del prodotto, nel testo riformato dal d.lgs. 107/2018, in quanto conducente a risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati, vista la combinazione con una sanzione pecuniaria di eccezionale severità, che non consentiva all'autorità amministrativa e poi al giudice alcuna modulazione quantitativa. La violazione avrebbe riguardato il principio di proporzionalità ex art. 3 Cost., nonché l'art. 27, comma 3 Cost., ma soprattutto il *ne bis in idem*, atteso che mentre l'ablazione del profitto ha carattere ripristinatorio della situazione patrimoniale precedente, quella del prodotto o dei beni utilizzati (es. strumenti acquistati o somme investite) hanno un effetto peggiorativo rispetto alla situazione patrimoniale del trasgressore, con conseguente assunzione di una connotazione punitiva, perché infliggono all'autore una limitazione al diritto di proprietà assai superiore a quella che deriverebbe dalla mera ablazione dell'ingiusto profitto). Come sottolineato da V. MONGILLO, *Confisca proteiforme e nuove frontiere della ragionevolezza. Il banco di prova degli abusi di mercato*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 3343 ss., si tratta della prima occasione in cui il Giudice delle leggi ha richiesto la proporzionalità della risposta sanzionatoria complessiva per il medesimo illecito, con applicazione dell'art. 49, par. 3 e le coordinate ermeneutiche confluite nella pronuncia della CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Garlsson e altri*. Quest'applicazione dell'art. 49, par. 3 CDFUE anche tali tipologie di sanzioni è confermata anche dalle Spiegazioni della stessa disposizione sovranazionale, da cui si ricava la sua *ratio* storica di garantire la proporzionalità delle sanzioni sostanzialmente penali previste in materia di concorrenza, onde evitare i fenomeni di *mislabellings*.

In relazione all'influenza futura della proporzione proprio con riferimento alle forme speciali e obbligatorie di ablazione patrimoniale, v. F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 211-212, il quale menziona il caso peculiare e improprio di riparazione pecuniaria ex art. 323 *quater* c.p. e la sua applicazione combinata con la confisca obbligatoria ex art. 323 *ter* c.p.

<sup>257</sup> Inoltre, in dottrina (F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*) è stata proposta l'estensione orizzontale del c.d. diritto fondamentale alla proporzionalità, ovverosia in favore delle sanzioni non penali di natura punitiva (p. 294-295). Ciò che richiede (non l'esame di necessità, idoneità e proporzionalità in senso stretto rispetto allo scopo, valevole per le comuni misure amministrative che restringono i diritti della persona, bensì) il riscontro (di tipo retrospettivo) della congruità della reazione sanzionatoria rispetto alla gravità dell'illecito. Ne restano escluse quelle sanzioni con funzione ripristinatoria (demolizione, allontanamento straniero) o preventiva (sospensione dall'impresa per chi è assoggettato a misure cautelari per determinati reati), poiché, pur avendo eventuale esito afflittivo, non si connotano per la suddetta finalità (p. 298).

<sup>258</sup> V. le stesse pronunce sopra citate, nonché Corte cost., 20 novembre 2013, n. 281 e 19 giugno 2013, n. 169. Si cfr. F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 86

In ciò è possibile rinvenire una differenza con il lessico utilizzato dall'art. 25, comma 2 Cost., il quale riferimento al verbo “punire” consente di imporre le garanzie in esso cristallizzate nei confronti di tutte quelle misure che assumano, tra le altre, una dimensione punitiva<sup>259</sup>.

Resta fermo che se alle sanzioni è riconosciuta natura sostanzialmente penale, ancorché diversamente qualificate, anche alle medesime vanno estese tutte le garanzie vevoli per il diritto penale. Si tratta di un'acquisizione che, per quanto non acquisita appieno per un certo periodo in seno alla giurisprudenza costituzionale<sup>260</sup>, è stata ottenuta in tempi più recenti<sup>261</sup>, dando la stura a un sindacato maggiormente pervasivo nei confronti delle soluzioni adoperate dal legislatore<sup>262</sup>. Al più, potrebbe prospettarsi una flessibilizzazione di tali garanzie, nel senso di stabilire un rapporto di proporzionalità diretta tra gravità delle conseguenze giuridico-penali e intensità dei presidi di garanzia applicabili, secondo un modello di tutela “a cerchi concentrici”<sup>263</sup>. In altri termini, le garanzie troveranno un'applicazione forte ogni qualvolta la risposta punitiva assume una particolare afflittiva nei confronti di beni primari, come la libertà personale, mentre il

---

<sup>259</sup> Corte cost., 26 maggio 2010, n. 196, p. 3.1.5., che ha osservato che tale disposizione può essere interpretata «nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (...), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato». Si cfr. anche Corte cost., 14 aprile 2014, n. 104; 10 gennaio 2017, n. 43; 7 febbraio 2017, n. 68; 25 ottobre 2018, n. 223. Nel senso della necessaria preventiva tipizzazione degli illeciti amministrativi, proprio in base al testo dell'art. 25, comma 2 Cost., già Corte cost., 15 giugno 1967, n. 68. In senso più tradizionale, invece, ha richiamato l'art. 23 Cost., a fini della sufficiente tipizzazione degli illeciti amministrativi, Corte cost., 25 marzo 1988, n. 447.

<sup>260</sup> Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193; 24 febbraio 2017, n. 43; 7 febbraio 2017, n. 68;

<sup>261</sup> Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, che ha esteso a tali sanzioni anche la garanzia della retroattività favorevole, ma richiamando il principio di proporzionalità; com'era già avvenuto per il divieto di irretroattività sfavorevole (68/2017 e 223/2018) e per i principi di tassatività-sufficiente precisione (121/2018 e 134/2019).

<sup>262</sup> L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018; FR. MAZZACUVA, *op. cit.*; F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1773 ss.; N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, 2017

<sup>263</sup> Per questa impostazione, F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017, p. 21. L'A. si era espresso in senso analogo già in precedenza: F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1334 ss. Posizione accostabile a quella adottata da alcune pronunce della Corte EDU, che hanno richiamato l'attinenza o meno della misura al c.d. nocciolo duro del diritto penale: Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*; 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*.

rigore protettivo si attenuerà progressivamente man mano che si riduce l'attitudine restrittiva della sanzione, colpendo beni diversi oppure assumendo una qualificazione legale diversa da quella penale<sup>264</sup>; oppure ancora, quando dovesse venire in rilievo uno strumento privo di finalità punitiva, benché connotato da una dimensione afflittiva<sup>265</sup>.

In ogni caso, come anche emerso nelle prime pagine di questo lavoro, il principio di proporzionalità non risente di questa frammentazione dei presidi fondamentali. Al contrario, alla luce non solo della propria vocazione interdisciplinare, bensì della stretta inerenza ai diritti e alle libertà giuridicamente riconosciute, esso rappresenta una costante dei vari livelli sanzionatori. È chiaro che lo standard minimo di garanzie che ogni intervento nei confronti della sfera giuridica altrui deve rispettare include anche il rispetto del principio di proporzione, non a caso definito come un'acquisizione di civiltà giuridica<sup>266</sup>.

L'esigenza di proporzionalità preclude anche in questo ambito gli automatismi sanzionatori, che escludono qualsivoglia intervento di adeguamento al caso specifico da parte del giudice, quando difettino elementi ricorrenti, secondo l'*id quod plerumque accidit*<sup>267</sup>, che siano idonei a giustificare l'omogeneità delle conseguenze afflittive<sup>268</sup>.

---

<sup>264</sup> F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso*, cit., p. 21 ss.

<sup>265</sup> V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 988 ss.

Di recente, si v. Corte cost. 26 luglio 2022, n. 198, che, respingendo la tesi del rimettente, ha escluso la natura penale dell'incameramento della cauzione provvisoria dovuta dalle imprese partecipanti a una procedura a evidenza pubblica ai sensi dell'art. 48, comma 1 d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto privo di finalità punitiva e, al contempo, non particolarmente afflittivo. Dalla qualificazione operata dai giudici costituzionali è dipesa la conferma della irretroattività del regime di cui all'art. 93, comma 6 d.lgs. n. 50 del 2016, che ha previsto il rilascio di una garanzia per il solo caso di aggiudicazione definitiva, a copertura della mancata stipulazione del contratto di appalto.

<sup>266</sup> Si cfr. *Ivi*, *passim*.

<sup>267</sup> Corte cost. 2 aprile 1980, n. 50; 25 settembre 2018, n. 222

<sup>268</sup> Si richiama l'automatismo della sospensione della patente di guida, in cui la Corte ha richiamato i precedenti in tema di pene fisse. In questa prima pronuncia (19 febbraio 2019, n. 88), la Corte non dichiara mai la natura punitiva della misura in esame, ma pare darla per assunta vista la sua afflittività e la sua inflizione con la condanna penale in via accessoria, ma lo dichiarerà nella successiva pronuncia sull'inefficacia del giudicato in seguito all'incostituzionalità (16 aprile 2021, n. 68, con nota di M. SCOLETTA, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, in *Sist. pen.*, 20 aprile 2021. In seguito, la Corte ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 213 cod. strada nella parte in cui prevede l'automatica applicazione della sanzione accessoria della revoca della patente in caso di circolazione del custode con un'autovettura sequestrata, senza possibilità per la Prefettura di valutare la gravità della violazione dei doveri di custodia (Corte cost., 9 dicembre 2022, n. 246).

In definitiva, sembra assodato che il principio di proporzionalità investa, in tutte le sue dimensioni, tutte quegli strumenti che, a prescindere dall'inquadramento giuridico, sono classificabili, finalisticamente, tra i provvedimenti sanzionatori in senso stretto. Rimane il diverso atteggiarsi del principio di proporzione a seconda che la sanzione negativa in questione abbia natura punitiva oppure no.

Emblematica la questione della proporzionalità della confisca, rispetto alla quale risulta decisivo il punto di vista qualificatorio in cui ci si colloca<sup>269</sup>. Se la confisca tradizionale, infatti, viene considerata come pena, allora non muteranno i parametri di riferimento rispetto ad ogni altra misura punitiva. Analogamente, qualora si dovesse trattare di una confisca falsamente intesa come misura di sicurezza e risolvendosi in una vera e propria pena patrimoniale, sulla scorta di un approccio sostanzialistico<sup>270</sup>.

Al contrario, se essa viene inquadrata tra gli strumenti di natura ripristinatoria degli acquisti illecitamente conseguiti in virtù della commissione di un reato – sia che le si

---

Ancora, più di recente Corte cost., 11 gennaio 2023, n. 40 ha dichiarato la incostituzionalità della sanzione amministrativa fissa prevista dall'art. 4 d.lgs. n. n. 297 del 2004, comminata, nella materia della protezione della denominazione e dell'origine dei prodotti agroalimentari, in relazione a illeciti di disvalore radicalmente diverso.

<sup>269</sup> In un'ottica comparatistica, appare significativo l'evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema statunitense e normativa in tema di proporzionalità della confisca (come riportata in F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 30 ss.). Il divieto di *excessive fines* fu applicato per la prima volta rispetto alla confisca in *Alexander v. United States*, 509 U.S. (1993), per una confisca *in personam* di natura penale, e poi in *Austin v. United States*, 509 U.S. 602 (1993), per una confisca *in rem*, di natura formalmente civile. In entrambi i casi, la Corte Suprema ha rinviato al giudice di merito per la valutazione circa la eccessività della pena, senza specificarne i parametri. Nella *concurring opinion* di Scalia di questa seconda pronuncia (*Austin*, 628) si è evidenziato che l'analisi dell'eccessività non avrebbe dovuto riguardare il rapporto tra entità della confisca e gravità del reato, ma esclusivamente l'esistenza o meno di una relazione sufficientemente stretta tra bene e reato. La Corte intervenne nuovamente con *Bajakajian v. United States*, 524 U.S. 321 (1998), ove una confisca penale dell'intera somma posseduta da un soggetto in uscita dagli Usa e non dichiarata, in violazione della legge federale – che si aggiungeva anche all'irrogazione di una pena pecuniaria, oltre a quella detentiva – è stata reputata grossolanamente sproporzionata alla gravità del reato commesso: sia perché non era vietato il trasporto, ma solo obbligatoria la dichiarazione della somma; sia perché non c'era stato alcun mancato introito per lo Stato; sia perché l'ammontare era di gran lunga sovrachante quello del massimo della pena pecuniaria prevista dalla legge federale. Da questa pronuncia, scaturirono diverse altre pronunce che cercarono di definire meglio i criteri di valutazione della eccessività. In seguito, nella disciplina generale della confisca è stato innestato il § 983 del Titolo 18 dell'U.S. Code, che ha introdotto la possibilità per l'interessato di richiedere un esame circa il carattere "*constitutionally excessive*" della misura, ai fini della sua riduzione. Ancora una volta, le entità da mettere in relazione sono state individuate nel valore dei beni confiscatagli e nella gravità del reato presupposto.

<sup>270</sup> Come avvenuto rispetto alla confisca dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 112 del 2019, cit. Si cfr. V. MONGILLO, *Confisca proteiforme e nuove frontiere della ragionevolezza costituzionale. Il banco di prova degli abusi di mercato*, in *Giur cost.*, 6/2019, p. 3356.

voglia riconoscere natura civile sia che le si attribuisca comunque natura penale – la proporzionalità sarà *in re ipsa* nell’ablazione del relativo profitto<sup>271</sup>; e ciò quand’anche si tratti di confisca per equivalente, sempre che sussista un nesso di consequenzialità immediata tra il reato e l’oggetto dell’ablazione.

In chiusura, qualche cenno separato merita la confisca urbanistica, in ordine alla quale sono emersi, anche in sede sovranazionale, diversi dubbi in punto di proporzione. Inclusa dalla Corte EDU all’interno delle ‘pene’<sup>272</sup>, ai sensi dell’art. 7 CEDU, la confisca resta assoggettata così al relativo statuto di garanzie, imponendo soprattutto un preventivo giudizio di responsabilità del destinatario ai fini della sua applicazione<sup>273</sup>. A giudizio dei Giudici europei, la misura si espone a dei dubbi di proporzionalità ai sensi dell’art. 1 prot. 1 CEDU. Quest’ultima, infatti, deve essere vagliata alla stregua: a) della possibilità di adottare misure meno restrittive, quali la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l’annullamento del progetto di lottizzazione; b) della natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi; c) del grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, del rapporto tra la loro condotta e il reato in questione<sup>274</sup>.

---

<sup>271</sup> T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020, p. 419; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 203-204.

In merito a questa tematica, Corte cost., 15 novembre 2012, n. 252, intervenuta sulla confisca di cui all’art. 187-*sexies*, commi 1 e 2 t.u.f., ha osservato che la confisca è sempre una misura ‘fissa’, posto che la stessa, se non è obbligatoria, al più, può essere applicabile o non applicabile; ma se è disposta, deve colpire il bene o i beni che ne sono oggetto nella loro interezza (p. 4).

<sup>272</sup> Il *leading case* è rappresentato da Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi srl e altri c. Italia*. Per la natura penale di una particolare forma di confisca dei proventi del reato, invece, già Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*.

<sup>273</sup> Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, che, in tema di prescrizione del reato e quindi di assenza di condanna, ha concordato con quanto affermato da Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, che, a sua volta, ha “corretto” quanto espresso da Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, ritenuta non qualificabile come “diritto consolidato”. Per un commento della sent. n. 49 del 2015, si v. F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 333 ss.

<sup>274</sup> Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, § 303



Seguendo tali parametri, si è ritenuto che l'automatismo della confisca in caso di lottizzazione abusiva fosse «*in contrasto con questi principi in quanto non consente al giudice di valutare quali siano gli strumenti più adatti alle circostanze specifiche del caso di specie e, più in generale, di bilanciare lo scopo legittimo soggiacente e i diritti degli interessati colpiti dalla sanzione*»<sup>275</sup>.

Tale affermazione non ha condotto, per il momento, a pronunce di incostituzionalità, nonostante i tentativi di individuare una volta per tutte dei sostituti sanzionatori<sup>276</sup>, posto che non è stata disapprovata la confisca *tout court*, ma le modalità della sua applicazione. Piuttosto, si è preferita la via dell'interpretazione convenzionalmente conforme<sup>277</sup>, con affidamento al giudice del caso concreto del compito di ritagliare lo strumento agli interessi specificamente emergenti, eventualmente

---

<sup>275</sup> Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, § 303

<sup>276</sup> E. ADDANTE, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa, 2020, p. 112-113, che evidenzia come la proposta del sostituto sanzionatorio, come misura restrittiva, possa essere quella della previsione di un ordine di adeguamento (l'art. 98, comma 3 t.u. edilizia prevede, in alternativa all'ordine di demolizione a seguito della violazione della normativa antisismica, la possibilità di impartire le prescrizioni necessarie per conformarvi le opere, fissando un termine).

<sup>277</sup> Corte cost., 8 luglio 2021, n. 146 ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale della confisca urbanistica, perché il richiesto intervento comporterebbe l'immissione nell'ordinamento di una novità che implicherebbe di scelte normative non spettanti alla Corte. Difatti, sarebbe necessario disciplinare il raccordo tra autorità amministrativa e autorità giurisdizionale, quanto meno al fine di valutare il tipo di interventi ripristinatori e la loro conformità alle regole della pianificazione urbanistica, atteso che il giudice penale non ha competenza 'istituzionale' per compiere l'accertamento di conformità delle opere agli strumenti urbanistici. Secondo il Giudice delle leggi divieto di automatismi non comporta che ciò debba necessariamente condurre all'attribuzione al giudice di uno strumento idoneo a trasformare alla radice la sanzione della confisca urbanistica e ad attenuarne la portata e gli effetti rispetto al reato di lottizzazione abusiva cui essa accede, sovvertendone così la funzione individuata dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità. Oltretutto, la misura è stata considerata giustificata all'interno del sistema sanzionatorio apprestato in presenza di una fattispecie grave come quella di lottizzazione abusiva, idonea a dar luogo a un'alterazione strutturale – se non irreversibile delle caratteristiche morfologiche e funzionali del territorio. Conseguenza discendente in via tendenzialmente suppletiva solo laddove a tale esito non si sia giunti per effetto della previa adozione, da parte del Comune, dei provvedimenti previsti dall' art. 30, commi 7 e 8, del d.P.R. n. 380 del 2001 e delle altre, eventuali, determinazioni dell'autorità amministrativa.

Inoltre, la Corte non ha aderito alla prospettazione sopra richiamata della sostituzione con quanto previsto dall'art. 98, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001, poiché reputato del tutto eccentrico rispetto al sistema degli illeciti urbanistici.

Per un commento della pronuncia: A. QUATTROCCHI, *La confisca urbanistica non è incostituzionale (per il momento)*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, p. 10

reputando eccessivo e superfluo il ricorso la confisca medesima<sup>278</sup>. Nello specifico, il giudice deve valutare se la misura ablatoria risulti l'unica misura necessaria e adeguata a realizzare il risultato ripristinatorio dell'area in aderenza all'assetto urbanistico<sup>279</sup>.

In questo caso, fino ad ora, si è preferita la strada dell'adeguamento concreto al crisma della congruità, semplicemente rimuovendo qualsiasi legittimazione al ricorso ad automatismi, con una maggiore responsabilizzazione del giudice a motivare le ragioni alla base del percorso risolutivo prescelto. Un approccio che nel suo nucleo di fondo appare non dissimile da quello che si è seguito in tempi recenti in tema di proporzionalità complessiva delle sanzioni, secondo la *fiction iuris* di unicità che è stata elaborata per il rispetto del *ne bis in idem* convenzionale.

## **11. Proporzionalità e ne bis in idem: cenni e rinvio.**

Proprio in relazione al diritto punitivo non penale, o meglio, alla c.d. materia penale, è stata elaborata la configurazione più moderna in sede giurisprudenziale europea, con riguardo al principio del *ne bis in idem* (art. 4 prot. 7 CEDU; artt. 50-54 CDFUE), che ha trasformato la tutela convenzionale da spiccatamente processuale a principalmente sostanziale<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> Cass., sez. III, 20 novembre 2020, n. 3727, sulla quale v. S. FINOCHIARO, *La Cassazione sulla proporzionalità della confisca "urbanistica" in caso di lottizzazione abusiva "negoziante"*, in *Sist. pen.*, 4 febbraio 2021; Cass., sez. III, 5 febbraio 2020, n. 12640.

<sup>279</sup> Lo strumento processuale attraverso il quale valutare la conformità convenzionale della confisca già disposta è stato individuato nell'incidente di esecuzione: Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2020, 13539, *Perroni*.

<sup>280</sup> Si è affermato che questa conclusione non collima con l'enunciazione in chiave processuale delle garanzie convenzionali: così N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, p. 221; FR. MAZZACUVA, *op. cit.*, p. 330.

Si v. anche A. F. TRIPODI, *Ne bis in idem e insider trading: dalla Cassazione i criteri per una risposta sanzionatoria proporzionata*, in *Giur. It.*, Aprile 2020, p. 934, ove si osserva che «l'approccio sintomatologico delle corti europee, fondato sulla ricorrenza di una serie di indici ovvero di requisiti dimostrativi della conformità del sistema normativo alla garanzia, abbia in qualche modo sfumato la questione del ne bis in idem in una faccenda di proporzione sanzionatoria».

Questo approdo, mosso per lo più da istanze di mediazione fra le esigenze di politica criminale ed efficientismo del sistema, da un lato, e salvaguardia delle garanzie basilari degli ordinamenti europei, ha sollevato subito qualche perplessità in ordine alla connessione esistente tra le dimensioni dei due principi, per come tradizionalmente intesi<sup>281</sup>. Difatti, il divieto di un doppio procedimento, vuole evitare plurime persecuzioni verso la stessa persona per lo stesso fatto, come garanzia individuale (certezza soggettiva)<sup>282</sup>, e soddisfa l'interesse generale alla certezza e definitività delle decisioni giudiziarie (certezza oggettiva)<sup>283</sup>.

Il collegamento tra il *ne bis in idem* sostanziale e il principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio, invece, è concepibile, già nel diritto penale in senso tradizionale, nella misura in cui si è voluto argomentare in dottrina, in relazione alle concezioni pluralistiche in tema di concorso apparente di norme, in tensione con le finalità di tutela penale, per la sussistenza di un fondamento ultimo dei criteri di individuazione dell'illecito integrato. Si fa riferimento, in particolare, a quelle teorizzazioni che hanno tentato di volgere lo sguardo al di là del mero dato strutturale ovvero testuale e che – per quanto contrastate dalla giurisprudenza – hanno voluto scongiurare che un fatto espressivo di un'unica base di riprovazione potesse condurre alla proliferazione dei reati<sup>284</sup>.

---

<sup>281</sup> Alcuni Autori hanno discusso di *ne bis in idem* 'di seconda generazione': così F. CONSULICH – C. GENNONI, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in *Giur. pen. web*, 2018, p. 17, nonché F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del giudice eurounitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 7 p. 949 ss.

<sup>282</sup> Si cfr. P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 479; M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, in G. CONSO – V. GREVI – M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2020, p. 910; E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012, p. 406 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 421

<sup>283</sup> Si cfr. T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, in *Enc. Dir.*, Annali, 2010, III, p. 861 ss.; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 1205, con riguardo all'idea della turbativa dell'equilibrio socio-psichico collettivo.

<sup>284</sup> Parlano di proporzionalità e colpevolezza B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, Milano, 1996, 280 ss., che richiama come riferimento costituzionale l'art. 27 Cost., e A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 551 con riguardo al criterio dell'assorbimento.

Sul *ne bis in idem* sostanziale come parametro di affermazione del concorso apparente di norme, v., tra gli altri, A. MORO, *Unità e pluralità di reati – Principi*, Padova, 1951, p. 38 ss.; F. MANTOVANI, *ult.*

Peraltro, non è mancato chi ha suggerito di articolare diversamente i rapporti tra proporzionalità e *ne bis in idem* nel discutere del fondamento costituzionale, non limitandosi a considerare il primo un buon interprete dell'identità del secondo, ma spingendosi verso la piena riconduzione di quest'ultimo nell'alveo del principio costituzionale di proporzionalità<sup>285</sup>.

Nella visione più recente ci si trova innanzi a un bisogno di analogo tenore.

L'ordinamento si presenta ormai come una stratificazione di risposte punitive<sup>286</sup> che, nelle ripetute scelte politico-criminali, non saziano mai la fame di reazioni afflittive, tuttavia, così ritrovandosi agevolmente in presenza di un'indigestione che mette a repentaglio la conservazione delle garanzie penalistiche fondamentali, assimilate dalla civiltà giuridica odierna. In questo quadro si inserisce la moltiplicazione dei binari sanzionatori nonostante la medesimezza dei fatti commessi, che soddisfano quei crismi di efficacia e dissuasività delle conseguenze punitive, ma che, così strutturate, trascurano di tenere conto della posizione rivestita da parte del destinatario di tale fascio di effetti.

Quindi, come antidoto al rischio di riduzione a mero oggetto della persona su cui ricadono le sanzioni, interviene proprio il *ne bis in idem* sostanziale, che, ciononostante, non trova un'applicazione nettamente preclusiva e a monte di tale tecnica di normazione. O, quantomeno, non è di per sé ostativo a forme di *double-track*, purché sussistano tutta una serie di requisiti che recuperino *ex post* l'originaria duplicazione a una dimensione unitaria.

---

*op. cit.*, 592 ss.; G. VASSALLI, voce *Reato complesso*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 835; G. NEPPI MODONA, *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 204; A. VALLINI, *Unità e pluralità di reati*, in AA.VV. (a cura di), *Introduzioni al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, p. 377; *Id.*, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. pen. e proc.* 4/2018, p. 529 ss.

<sup>285</sup> A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1081. Sul punto, v. anche A. MATTARELLA, *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem: un'occasione per riflettere anche sulla progressiva emersione del principio di proporzionalità della pena nel sistema multilivello delle fonti*, in *Cass. pen.*, 12/2017, p. 4587.

<sup>286</sup> M. DONINI, *Septies in idem*, cit., p. 2284-2301; sulla critica alla moltiplicazione delle risposte punitive, anche teleologicamente convergenti, si v. P. PISA, *Le pene accessorie*, cit., p. 167, con riferimento alle sanzioni interdittive, di natura penale e amministrativa.

Tale divieto, che si presenta trasfigurato in questa dimensione innovativa del principio di proporzionalità<sup>287</sup>, non osta a che diversi fatti conducano ad apodosi sanzionatorie di natura eterogenea. Piuttosto, nel tentativo di bilanciare la tutela sanzionatoria degli interessi coinvolti e meritevoli di presidio, così assicurando il rispetto delle direttive di cui sopra, sulla scorta di diversi parametri<sup>288</sup>, tra cui emerge quello della proporzionalità delle sanzioni<sup>289</sup>, osserva tali derivazioni punitive in un'ottica complessiva, onde ricostruirne la congruità al disvalore che specificamente connota l'*idem factum*<sup>290</sup>.

Questo tipo di approccio, sebbene con qualche criticità<sup>291</sup>, costituisce un primo approdo equilibrato sul quale la dottrina sta elaborando una ricostruzione moderna dei rapporti fra le diverse sanzioni e i limiti all'ingerenza statale nella sfera dei singoli. Soprattutto, trarre l'abbrivio dalla presente impostazione e confrontarsi con gli sviluppi che la stessa ha avuto e potrà avere in futuro apparirà utile al fine di analizzare le ricadute applicative che le nuove concezioni della proporzione possono avere rispetto al territorio che per eccellenza si trova ai confini del diritto penale<sup>292</sup>: quello della responsabilità da reato dell'ente (sul quale, si v. capitolo VI dello scritto).

---

<sup>287</sup> A. GAITO, *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, in *Arch. pen.*, 1/2019

<sup>288</sup> C. SILVA, *La deriva del ne bis in idem*, cit., p. 38, osserva che si tratta del criterio principale, ma non l'unico utilizzabile, dovendosi valutare anche la prevedibilità del cumulo sanzionatorio, la complementarietà finalistica delle discipline, la sussistenza di meccanismi di coordinamento sia materiali sia temporali fra i procedimenti; solo alla fine potrà svolgersi il test di proporzionalità: si cfr. L. BARON, *op. cit.*, p. 25.

<sup>289</sup> L. BARON, *op. cit.*, p. 24; C. SILVA, *op. cit.*, p. 32 ss.

<sup>290</sup> A. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., p. 1047 ss.; A. MATTARELLA, *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem*, cit., p. 4578 ss.; FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 328

<sup>291</sup> Sulle quali ci si soffermerà nel capitolo successivo. Per il momento si rinvia a: L. BARON, *op. cit.*, p. 49; V. FELISATTI, *Il ne bis in idem domestico. Tra coordinazione procedimentale e proporzionalità della sanzione*, in *Riv. trim. Dir. Pen. Cont.* 3/2018, p. 141; F.M. MAGNELLI, *Sulla (in)compatibilità del sistema repressivo degli illeciti fiscali con lo statuto transnazionale del ne bis in idem: tra proporzionalità e 231*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 12; F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2018; A.F. TRIPODI, *op. cit.*, p. 935. Criticità analoghe, specie in relazione al vizio dell'incertezza delle soluzioni, sono state espresse anche con riguardo all'applicazione della proporzione nell'ambito del concorso apparente di norme: M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997, p. 755 ss.

<sup>292</sup> Si prende in prestito l'efficace intitolazione della relativa sezione VIII del *Manuale* di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, 2015, p. 757



## CAPITOLO II

### IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE NEI BINARI SANZIONATORI MULTIPLI

#### **1. *Il divieto di bis in idem.***

##### **1.1. *Generalità ed evoluzione storica.***

Il divieto di *bis in idem* fa parte dei principi generali dell'esperienza penalistica e costituisce un ulteriore presidio per gli individui di fronte alla onnipotenza sanzionatoria dello Stato.

Si vuole evitare che possa operare la duplicazione di giudicati (ed eventualmente di sanzioni, per quanto concerne il *ne bis in idem* sostanziale) di fronte ad elementi soggettivi e oggettivi che presentino elementi di totale e sostanziale coincidenza (*eadem persona e idem factum*).

Tale moltiplicazione di strumenti repressivi degli illeciti rispecchiava la logica inquisitoria di una tipologia di Stato che permetteva che i propri poteri punitivi si potessero esprimere in modo illimitato. La possibilità di una forza repressiva continua da parte dell'ordinamento lede innanzitutto la dignità della persona umana, principio centrale, meta-costituzionale, da cui si dipanano tutte le libertà connesse allo sviluppo della personalità individuale, nonché il principio di proporzionalità della pena. Ma è chiaro che la moltiplicazione di forme repressive ingiustificate mina al nocciolo duro di qualunque libertà fondamentale giuridicamente riconosciuta e meritevole di protezione.

Il *ne bis in idem* assurge, così, a garanzia di per sé qualificabile quale vero e proprio diritto fondamentale dell'individuo<sup>293</sup>, di livello costituzionale, ancorché priva di un qualsiasi espresso riferimento positivo<sup>294</sup>. Esso trova fondamento, a livello processuale, negli artt. 24, comma 1 e 111, comma 2 Cost.<sup>295</sup>, mentre sul terreno strettamente penalistico vengono in rilievo logiche di giustizia sostanziale e di rispondenza alla colpevolezza dell'agente; pertanto, trova ancoraggio negli artt. 3-27 Cost.<sup>296</sup>

Trascurandone, per il momento, il fondamento sovranazionale, giova soffermarsi brevemente sull'evoluzione storica del principio, le cui origini sono abbastanza risalenti.

Nel diritto romano – là dove processo civile e processo penale rimanevano pressoché indivisi – emergeva una connotazione processuale del divieto, tale da precludere la proposizione di una nuova azione giudiziale per il medesimo fatto e contro la stessa persona. Si trattava del divieto di *rem actam agere*, ricollegato al tema dell'autorità di cosa giudicata, al fine di garantire la stabilità dell'ordinamento giuridico.

A quest'esigenza, che si manifesta come una costante storica, si aggiungono le istanze di tutela del soggetto già giudicato, che portano la legislazione francese, prima

---

<sup>293</sup> Discorre di “diritto al *ne bis in idem*” Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149. Lo qualifica come diritto individuale dell'uomo A. PAGLIARO, *Principi penalistici e dogmatica del reato*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1623.

<sup>294</sup> A differenza di quanto accade in altre Costituzioni, come quella tedesca (art. 103), quella statunitense (V emendamento: «*nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb*») e quella giapponese (art. 39).

<sup>295</sup> Così Corte cost., 13 novembre 2000, n. 501, che afferma, in relazione al *ne bis in idem* processuale, che «*tale esigenza di definitività e certezza costituisce un valore costituzionalmente protetto, in quanto ricollegabile sia al diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24 della Costituzione) [...]; sia al principio della ragionevole durata del processo, ora assunto a rango di precetto costituzionale alla luce del secondo comma dell'art. 111 della Costituzione*». Anche Corte cost. 31 maggio 2016, n. 200 ha sottolineato che il divieto in questione corrisponde ad un principio di civiltà giuridica che travalica il solo valore del giudicato e che investe la sfera dei diritti individuali, così trovando fondamento negli artt. 24 e 111 Cost. In senso conforme: Corte cost., 12 aprile 1967, n. 48; 25 gennaio 1973, n. 1; 14 gennaio 1976, n. 6; 25 marzo 1976, n. 69; 27 marzo 1987, n. 115; 13 novembre 2000, n. 501; 30 luglio 2003, n. 284. Più di recente, si v. Corte cost., 26 maggio 2020, n. 145.

<sup>296</sup> A maggior ragione una volta consolidato il collegamento con il principio di proporzionalità, come si avrà modo di constatare nel prosieguo. Parzialmente difforme la tesi di A.F. TRIPOLI, *Cumuli punitivi*, cit., p. 1067, che valorizza il principio di colpevolezza, ma esclude possa entrare in gioco la ragionevolezza. Altri Autori argomentano, invece, per la rilevanza di entrambi i principi: A. MATTARELLA, *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem*, cit., p. 4587; A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, cit., 528 e ss. Detta connessione viene valorizzata incidentalmente anche da A. PAGLIARO, *ult. op. cit.*, p. 1623.



(artt. 255 e 426 *Code Merlin*, 1795; artt. 246 e 360 *Code d'instruction criminelle*, 1808)<sup>297</sup>, e, sotto la loro influenza, quella italiana preunitaria e unitaria (art. 518 c.p.p. 1865)<sup>298</sup>, poi, a vietare un secondo giudizio per il medesimo fatto per il quale taluno sia stato assolto (o destinatario di un non luogo a procedere). Il divieto sancito espressamente soltanto con riguardo alle pronunce di tipo liberatorio rispecchiava l'impronta politico-giuridica dello Stato liberale di diritto.

Allo stesso modo, più in là, la preclusione veniva ribadita dall'art. 435 c.p.p. 1913, che la estendeva al caso in cui il fatto fosse stato «diversamente definito per titolo, grado o quantità di reato». Pur mancando un riferimento alle sentenze di condanna, la stabilità della *res iudicata* e il *ne bis in idem* venivano implicitamente sanciti agli artt. 586 c.p.p. 1865 e 555 c.p.p. 1913 in materia di esecuzione: titolo esecutivo sarebbe stata soltanto la sentenza irrevocabile<sup>299</sup>. Non solo: in dottrina si assumeva il divieto di doppia sanzione per lo stesso fatto, per cui se ne ricavava, a monte, il divieto di doppio giudizio<sup>300</sup>.

Una disciplina unitaria per le due categorie di pronunce si ebbe con il codice di procedura penale del 1930 (artt. 90 e 576 c.p.p.). Connotato da un'impronta autoritaria, lo stesso sistema processuale teneva conto anche della finalità cognitiva del processo penale, sebbene volta più all'affermazione imperativa di una verità fattuale e giuridica assoluta e insindacabile<sup>301</sup>.

Questa idea inizia a vacillare con la crisi dello Stato fascista e la fine della seconda guerra mondiale<sup>302</sup>. Con la Costituzione del 1948 e l'interpretazione costituzionalmente

---

<sup>297</sup> Per una ricostruzione approfondita, si rinvia ad A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato*, Padova, 2022, p. 30 ss.

<sup>298</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1203

<sup>299</sup> Per le differenze tra le varie formulazioni, si v. *Ivi*, p. 1204.

<sup>300</sup> V. MANZINI, *Trattato di procedura penale e di ordinamento giudiziario*, Torino, 1920, p. 542, cit. in E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 8

<sup>301</sup> Così, E.M. MANCUSO, *op. cit.*, cit., p. 8 ss.; G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, p. 167 ss.; A. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale. La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in *Id.*, *Opere giuridiche*, II, Roma, p. 207 ss., cit. in E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 8 ss.

<sup>302</sup> Con riguardo alla revisione dei giudizi rispetto alle sentenze di condanna del Tribunale per la difesa dello Stato, a tutela delle istituzioni od organi del regime o in applicazione delle leggi razziali, v.: d.lgt. nn. 159 del 1944, 316 del 1944; d.l. n. 25 del 1945; d.lgt. n. 105 del 1945.

orientata del codice del 1930 è ritornata l'idea garantista e liberale che aveva ispirato già in passato il divieto in esame.

Questa trasformazione si compie sul piano legislativo con il codice di procedura penale del 1988 e l'art. 649 c.p.p., verso un sistema penale adesivo a una «*dimensione dinamica della certezza del diritto*», aperto alla tutela di esigenze di giustizia sostanziale e mettendo in primo piano la tutela dei diritti della persona<sup>303</sup>.

## **1.2. Le diverse declinazioni del divieto.**

### **1.2.1. Ne bis in idem interno e internazionale: cenni.**

Quando si discute in generale di *ne bis in idem*, occorre tenere conto anche della distinzione fra la declinazione interna e quella internazionale. Il *ne bis in idem* interno è un divieto espresso con riferimento al medesimo ordinamento giuridico di riferimento titolare della potestà punitiva.

Invece, il divieto di doppio giudizio non dovrebbe operare, secondo il codice penale del 1930, nei rapporti internazionali, con possibilità di un nuovo giudizio per un soggetto, nonostante questi fosse stato già destinatario di procedimento penale per il medesimo fatto in un altro ordinamento. Norma di riferimento era – e sarebbe ancor oggi, trattandosi di norma vigente – l'art. 11 c.p. Questa norma risponde alle logiche di universalità della legge penale, per cui si intendeva massimizzare lo spazio di operatività della giurisdizione penale italiana. Tuttavia, una volta intervenuta l'evoluzione dell'ordinamento verso

---

<sup>303</sup> Così, E.M. MANCUSO, *op. cit.*, cit., p. 17; la collocazione sistematica in chiave garantista è evidenziata anche da G. RANALDI – F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. pen.*, 1/2017, p. 8

l'anteposizione della tutela dell'individuo a quella delle prerogative degli Stati, tale divieto verrà sancito, poi, da accordi internazionali<sup>304</sup>.

Per quanto riguarda l'ordinamento dell'Unione Europea, dopo la risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 1984, esso venne enunciato nella Convenzione di Bruxelles sul *ne bis in idem* del 25 marzo 1987 – che, però, presentava alcune esclusioni applicative abbastanza ampie<sup>305</sup> e delle quali, tra l'altro, si avvalse il nostro Paese – che l'Italia ha ratificato con l. n. 350 del 1989.

Oggi, il riferimento normativo internazionale è dato dall'Accordo di Schengen, adottato da Francia, Germania e Benelux il 14 giugno 1985, poi confluito nella “Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen” del 19 giugno 1990<sup>306</sup>, ratificata dall'Italia con l. n. 388 del 1993. Norma rilevante è l'art. 54, che stabilisce che una persona già giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o che sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge della Parte contraente di condanna, non possa più essere eseguita<sup>307–308</sup>.

Guardando alle sole comuni fonti sovranazionali, l'art. 4 prot. 7 CEDU ha una dimensione esclusivamente domestica; contrariamente, l'art. 50 CEDU include anche il *ne bis in idem* in senso transnazionale<sup>309</sup>.

---

<sup>304</sup> Inizialmente, lo stabilirono i contraenti della “Convenzione tra gli Stati partecipanti al Trattato Nord Atlantico sullo statuto delle forze armate”, firmata il 19 giugno 1951 a Londra, e della “Convenzione unica sugli stupefacenti”, stipulata a New York il 30 marzo 1961. Va segnalata, soprattutto, la “Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi”, adottata il 28 maggio 1970 all'Aja, ma non ratificata dall'Italia.

<sup>305</sup> Corrispondenti, in sostanza, al contenuto del nostro art. 11 c.p.

<sup>306</sup> Vi hanno aderito, oltre ai firmatari originari, Italia (1990), Spagna e Portogallo (1991), Grecia (1992), Austria (1995), Danimarca, Finlandia e Svezia (1996).

<sup>307</sup> R. CALÒ, *Ne bis in idem: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1120 ss., 1222 ss.;

<sup>308</sup> Per un'analisi dei rapporti tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE, si rinvia a N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale. Brevi riflessioni alla luce della sentenza della Corte di giustizia Spasic*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 3/2015.

<sup>309</sup> Così, E.M. MANCUSO – F. VIGANÒ, *sub art. 4 prot. 7*, in G. UBERTIS – Id., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p. 485.

### ***1.2.2. Ne bis in idem sostanziale e processuale: distinzione e fondamento costituzionale e sovranazionale.***

L'altra coppia concettuale è quella che riguarda la declinazione sostanziale ovvero processuale del divieto.

Nel primo senso, si fa riferimento al divieto di doppia sanzione; in altri termini, è precluso che uno stesso soggetto possa essere destinatario di più risposte sanzionatorie del medesimo tipo per uno stesso fatto da sé compiuto. Pertanto, l'autore di una condotta che integri gli estremi di un reato, non potrà essere punito due volte per un unico comportamento<sup>310</sup>. Inteso nella sua dimensione processuale, il divieto ostacolerebbe alla possibilità di iniziare un altro procedimento, quindi l'esercizio di una nuova azione penale, allorquando lo stesso imputato sia stato già giudicato, indipendentemente dall'esito, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto (si cfr. art. 649 c.p.p.).

A questo punto, può apparire utile ricostruire i rapporti intercorrenti tra le due prospettive del divieto.

Innanzitutto, la violazione dell'uno non comporta necessariamente la violazione dell'altro. Difatti, se venisse violato il *ne bis in idem* processuale instaurando un nuovo procedimento penale per il medesimo fatto per cui l'imputato è stato precedentemente condannato, questo non necessariamente porterà ad una nuova condanna e, quindi, a un'ulteriore sanzione. Viceversa, questi potrebbe essere assolto nel primo procedimento e condannato nel secondo, così rimanendo integro il *ne bis in idem* processuale.

A sua volta, il *ne bis in idem* sostanziale potrebbe essere violato attraverso l'irrogazione di una doppia sanzione – per uno stesso fatto e nei confronti dello stesso

---

<sup>310</sup> Di *ne bis in idem* si discute anche con riferimento all'esigenza di evitare la duplicazione della rilevanza delle fattispecie circostanziali, tanto in senso peggiorativo quanto in senso migliorativo del trattamento punitivo. Rispetto alla concessione delle circostanze attenuanti generiche, la giurisprudenza si esprime nel senso della inoperatività del divieto «*per negare che il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, possa utilizzare più volte lo stesso fattore, per giustificare le scelte operate in ordine agli elementi la cui determinazione è affidata al suo prudente apprezzamento*» (*ex multis*, Cass., sez. VI, 29 novembre 2013, n. 47537).

autore – nel quadro del medesimo procedimento penale, evitandosi, in questo modo, la duplicazione dei processi<sup>311</sup>.

Sul fondamento costituzionale implicito di tali garanzie si è già detto. Ebbene, in questa sede occorre approfondire questo profilo. Sul piano processuale si aggiunge che si vuole evitare che possa venir meno l'effettività della giurisdizione, minacciata dall' "incertezza" che connoterebbe il giudicato nel caso in cui si potesse giudicare nuovamente lo stesso soggetto per il medesimo fatto<sup>312</sup>. A ciò si affiancherebbe la protrazione di procedimenti penali non utili, visto che un accertamento definitivo vi è già stato, con un dispendio di energie per lo Stato e per l'imputato che porterebbe a delle lungaggini illogiche e difformi dal principio della «ragionevole durata» (art. 111, comma 3 Cost.). Pertanto, nella dimensione processuale attuale vengono coniugate tanto istanze pubblicistiche di certezza, economia ed efficientismo processuale quanto anche ragioni di equità sostanziale che vogliono inibire la moltiplicazione dei giudizi su uno stesso fatto<sup>313</sup>.

Nel caso del *ne bis in idem* sostanziale, in disparte quanto osservato sulla dignità della persona, la norma costituzionale di riferimento è, innanzitutto, l'art. 3 Cost., nella veste del principio di 'eguaglianza-ragionevolezza'. Difatti, risponde a criteri di giustizia sostanziale l'esigenza di scongiurare una duplicazione di punizioni omogenee per un medesimo comportamento. Il divieto trova una base anche nelle norme costituzionali volte a proteggere tutti quei diritti e quelle libertà che vengono lese quando viene irrogata una sanzione penale (es., l'art. 13 Cost., che tutela la libertà personale). Va aggiunto che può venire in rilievo anche l'art. 25, comma 2 Cost., che sancisce il principio di legalità

---

<sup>311</sup> M. BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.* 1/2015, p. 5; e già G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, p. 101 nt. 54

<sup>312</sup> Le esigenze di certezza oggettiva, connesse all'intento di evitare il conflitto pratico di giudicati, sono state valorizzate dalla dottrina tradizionale: G. CONSO, *op. loc. ult. cit.*; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1205; G. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Milano, 1974, p. 67 ss.; T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, p. 861 ss.

<sup>313</sup> D. FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazionale europeo*, in *Arch. pen.* 1/2017, p. 69; G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit. p. 69

dei reati e delle pene in via ‘materiale’, contro ogni forma di elusione, comprese le ipotesi delle c.d. frodi delle etichette. Ci si riferisce al caso in cui una sanzione sostanzialmente penale sia mascherata attraverso l’attribuzione di una diversa qualificazione: amministrativa, civile, disciplinare, ecc.<sup>314</sup>

Al di là dell’ancoraggio a disposizioni costituzionali, comunque riconducibili al c.d. nucleo duro dei valori fondamentali<sup>315</sup>, il principio in esame ha ottenuto nuova linfa anche grazie alle Carte dei diritti adottate a livello internazionale o sovranazionale, rilevanti, come noto, quali fonti ‘interposte’ ai sensi dell’art. 117, comma 1 Cost., per come riformato nel 2001<sup>316</sup>. Le norme dell’Unione europea, invece, trovano fondamento non solo nell’art. 117, comma 1 Cost., bensì primariamente in uno dei principi fondamentali, qual è l’art. 11 Cost.<sup>317</sup>. Ciò comporta la superiorità delle norme dell’Unione rispetto a quelle interne<sup>318</sup>, comprese quelle costituzionali, ad eccezione del c.d. nucleo duro di

---

<sup>314</sup> Sulla base, si intende, dei requisiti *Engel* sopra richiamati. Per l’estensione delle garanzie nel caso di pene sostanziali, ancorché diversamente qualificate: si cfr. Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63. Si cfr. anche Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112, poi ribadita in Corte cost., 9 marzo 2022, n. 95.

<sup>315</sup> C. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, ora in A. BARBERA – Id., “*Una e indivisibile*”, Milano, 2007, p. 216

<sup>316</sup> Questa superiorità nella gerarchia delle fonti e il riconoscimento a livello costituzionale comportano l’incostituzionalità delle norme ordinarie eventualmente contrastanti con gli obblighi in questione. Nelle sentenze c.d. “gemelle” del 2007 (sentt. nn. 348 e 349 del 2007), la Corte costituzionale ha affermato che le norme della CEDU – e dei protocolli allegati, che, in generale, hanno lo stesso valore giuridico dei trattati internazionali – sono norme “interposte”, che si frappongono, cioè, tra le norme ordinarie e quelle costituzionali. Da ciò deriva che, nel caso di contrasto, il giudice comune dovrà valutare la possibilità di un’interpretazione “convenzionalmente orientata”, di modo che si tenti di risolvere il contrasto in via puramente ermeneutica, senza ricorrere alla questione incidentale di legittimità costituzionale, che rimarrà la via da percorrersi necessariamente nel caso in cui il conflitto rimanga insuscettibile di un tal tipo di composizione. Fermo restando che il giudice comune rimarrà legittimato «*a verificare se la norma della Convenzione, come da quella Corte interpretata – norma che si colloca pur sempre ad un livello sub-costituzionale – si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione: ipotesi eccezionale nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato*». Così Corte Cost., 22 ottobre 2007, nn. 348-349, in questo modo rimanendo intatto il sistema diffuso di “verifica” di costituzionalità, che spetta, quindi a tutti i giudici dell’ordinamento; diverso dal “controllo” di costituzionalità, che è accentrato, poiché proprio, solo ed esclusivamente, del Collegio costituzionale.

<sup>317</sup> Norma, in realtà, concepita per legittimare l’adesione all’Organizzazione delle Nazioni Unite, ma che fu, comunque, considerata in grado di svolgere il ruolo di riferimento costituzionale per gli atti giuridici adottati nell’Unione Europea, a partire da Corte Cost., 24 febbraio 1964, n. 14. I rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell’Unione sono stati meglio definiti in altre pronunce (su tutte, v. sentt. nn. 232 del 1975, 170 del 1984), nel quadro di una diatriba a “colpi di sentenze” con la Corte di Giustizia dell’Unione Europea (a partire dalla sent. del 15 luglio 1964, *Costa c. Enel*, causa 6/64).

<sup>318</sup> Nel caso di contrasto di una norma interna subordinata con una norma dell’ordinamento dell’Unione, questo andrà risolto diversamente a seconda che la norma sia direttamente applicabile o meno;

valori intangibili, comprensivo dei principi fondamentali, nonché dei diritti e libertà riconosciuti e tutelati nella Parte I della Carta<sup>319</sup>.

Il riconoscimento del principio del *ne bis in idem* a livello convenzionale è avvenuto con l'adozione del prot. 7 CEDU<sup>320</sup> e, in particolare, con il suo art. 4. Questa norma, rubricata "Diritto a non essere giudicato o punito due volte", stabilisce che «Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato». Inoltre, si tratta di una garanzia 'forte', sottratta alla clausola di deroga di cui all'art. 15 CEDU<sup>321</sup>, per come precisato dal par. 3 dell'art. 4 cit. Questo sta a significare che il *ne bis in idem* viene considerato un principio di elevatissima importanza, al pari del diritto alla vita (art. 2), del divieto di tortura (art. 3), del divieto di schiavitù o servitù (art. 4, par. 1) e del principio *nulla poena sine lege* (art. 7)<sup>322</sup>.

---

in altri termini, si fa riferimento alla possibilità che la norma UE possa trovare piena operatività nell'ordinamento interno, senza bisogno di alcun atto nazionale di recepimento. Nel primo caso, la norma interna andrà disapplicata nel caso concreto – anche se la norma UE è successiva a quella interna, poiché si tratta di applicare il criterio di competenza, secondo la visione originaria della Corte costituzionale – alla luce della primazia del diritto UE: così, CGUE, sent. del 15 luglio 1964, Costa c. Enel, causa 6/64; nel secondo caso, se la norma non produce effetti diretti – cioè se non è possibile ricevere comunque tutela giurisdizionale attraverso la stessa e senza recepimento del legislatore interno – dovrà ricorrersi alla questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 11 e 117, comma 1 Cost. L'attuale lettera dell'art. 117, comma 1 Cost. è dovuta alla l. cost. n. 3 del 2001. Costituisce, pertanto, un riferimento successivo rispetto all'art. 11 Cost., che non ha fatto altro che rendere esplicito ciò che è implicito in questa norma fondamentale (così, Corte cost., 4 luglio 2007, n. 284). Tuttavia, il limite alla funzione legislativa è «solo uno degli elementi rilevanti del rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione [...], che trova ancora "sicuro fondamento" nell'art. 11 Cost. Restano, infatti, ben fermi, [...] tute le conseguenze che derivano dalle limitazioni di sovranità, che solo l'art. 11 Cost. consente, sul piano sostanziale e sul piano processuale, per l'amministrazione e i giudici». Così, Corte cost. 21 giugno 2010, n. 227.

<sup>319</sup> La c.d. teoria dei controlimiti, affermata da Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238, sia pure con riguardo alle norme internazionali cogenti.

<sup>320</sup> La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con l. n. 848 del 1955. Il Protocollo citato è stato adottato nel 1984 ed è entrato in vigore nel 1988; invece, l'Italia vi ha dato esecuzione con l. n. 98 del 1990. Segnalano che attraverso la sua introduzione è stata colmata una vera e propria lacuna del diritto CEDU, E.M. MANCUSO – F. VIGANÒ, sub art. 4 prot. 7, cit., p. 483.

<sup>321</sup> Condizione per la sua attivazione è la «Guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione» (art. 15, par. 1).

<sup>322</sup> Va aggiunto che, al momento di quest'ultima ratifica, l'Italia ha apposto una riserva, ove ha dichiarato che «les articles de 2 à 4 du protocole ne s'appliquent qu'aux infractions, aux procédures et aux décisions qualifiées pénales par la loi italienne». Questa, però, va considerata come non apposta, atteso che l'art. 57 CEDU esclude la validità di riserve di carattere generale, categoria alla quale essa va ascritta.

Come è accaduto per altre disposizioni convenzionali, quella in esame rappresenta una sintesi tra la tradizione giuridica di *civil law* e quella di *common law*. Difatti, al *double jeopardy* anglosassone è affidata una efficacia preclusiva nei confronti del potere dell'accusa, mentre il *ne bis in idem* nostrano attribuisce tale valore al giudicato<sup>323</sup>.

Altri accordi internazionali fanno riferimento al principio in esame. Su tutti, l'art. 14, par. 7 del "Patto internazionale sui diritti civili e politici"<sup>324</sup> stabilisce che «Nessuno può essere sottoposto a nuovo giudizio o a nuova pena, per un reato per il quale sia stato già assolto o condannato con sentenza definitiva in conformità al diritto e alla procedura penale di ciascun paese». Lo riconosce anche l'art. 20 dello "Statuto della Corte penale internazionale", tanto con riferimento al giudicato interno alla propria giurisdizione, quanto nei rapporti tra la propria e quella degli altri Stati<sup>325</sup>.

Dal punto di vista 'unionale', viene in rilievo l'art. 50 della CDFUE<sup>326</sup>, il quale prevede che «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

Per quanto riguarda la portata della Carta, l'art. 51 stabilisce che essa si applica esclusivamente «nell'attuazione del diritto dell'Unione» e non introduce nuove competenze, tantomeno estende quelle esistenti<sup>327</sup>.

In relazione ai rapporti con la CEDU, interviene l'art. 52, par. 3, che stabilisce che nel caso di tutela di diritti e libertà corrispondente tra le due «il significato e la portata

---

Così, Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, § 204-211, che ha respinto la tesi difensiva del Governo italiano.

<sup>323</sup> E.M. MANCUSO – F. VIGANÒ, *op. loc. ult. cit.*

<sup>324</sup> Adottato a New York nel 1966, entra in vigore nel 1976.

<sup>325</sup> Individuando, al par. 3, delle ipotesi eccezionali in cui il giudicato degli Stati può essere superato, senza alcuna violazione del *ne bis in idem*, dall'instaurazione di un procedimento davanti alla Corte.

<sup>326</sup> Adottata a Nizza il 7 dicembre del 2000 come atto meramente politico, poi riadottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 e riconosciuta come avente pari efficacia rispetto ai Trattati dal Trattato di Lisbona, che introdusse tale previsione nell'attuale art. 6, par. 1 TUE.

<sup>327</sup> Tant'è vero che le questioni pregiudiziali fatte valere con riferimento all'art. 50 CDFUE e la disciplina del doppio binario in materia di omesso versamento di ritenute certificate – che non rientra nella competenza UE e per il quale pure si è posto un problema di compatibilità con tale principio – sono state respinte al mittente: così, CGUE, ord. 15 aprile 2015, *Burzio*, causa C-497/14. Diversamente è avvenuto nel caso di omesso versamento IVA, trattandosi di materia correlata agli interessi finanziari dell'Unione.



degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione». Ciò non toglie che il diritto UE possa stabilire una tutela più estesa<sup>328</sup>.

L'art. 50, inoltre, è norma direttamente applicabile, che impone al giudice nazionale di disapplicare la normativa interna con essa contrastante<sup>329-330</sup>.

### 1.2.3. *Fonti interne: l'art. 649 c.p.p.*

Dopo aver accennato alle fonti interne in apertura ai fini di una breve ricostruzione storica, giova ora riprendere l'art. 649 c.p.p. al fine di esaminarlo.

Il legislatore ha introdotto una causa di improcedibilità, che opera allorché si verificano i presupposti ivi indicati: a) sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili<sup>331</sup>; b) medesimezza della persona destinataria; c) identità del fatto. L'ipotesi viene integrata, perciò, nel momento in cui lo stesso fatto<sup>332</sup> venga addebitato alla stessa persona, anche in sede di sola iscrizione nel registro delle notizie di reato. In questi casi, il giudice deve adottare, in ogni stato e grado del giudizio, sentenza di proscioglimento o non luogo a procedere<sup>333</sup>.

---

<sup>328</sup> Sulla lettura dell'art. 52 CDFUE, alla luce dell'art. 4 prot. 7 CEDU, si v. oltre, in questo capitolo, al par. 4

<sup>329</sup> Così già CGUE, sent. 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, § 43-48

<sup>330</sup> Tant'è che per un certo tempo una parte della dottrina ha sollecitato la risoluzione dei problemi legati al doppio binario sanzionatorio proprio attraverso la diretta applicazione della Carta. Su tutti, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 28 settembre 2015.

<sup>331</sup> Al contrario, il *double jeopardy* statunitense ha portata più ampia rispetto al *ne bis in idem* italiano, posto che il primo riconduce gli effetti preclusivi, nel *jury trial*, alla selezione e al giuramento dei giudici popolari, nel *bench trial*, al giuramento del primo testimone dell'accusa e, infine, nell'ipotesi di *guilty plea*, alla condanna in primo grado. Per una ricostruzione della giurisprudenza statunitense sul *double jeopardy*, si rinvia a G.G. MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, Padova, 2018, p. 157 ss.

<sup>332</sup> La nozione di “medesimo fatto” sarà analizzata più avanti (in questo capitolo, par. 3).

<sup>333</sup> Precisa accuratamente la norma, in coerenza con il suo antecedente del 1913 (v. sopra), che il *bis in idem* sussiste anche se il fatto viene considerato diversamente per il «titolo», – ovvero sia la qualificazione giuridica del “fatto” – il «grado», – cioè la progressione della condotta criminosa (reato tentato, piuttosto che consumato, ecc.) – o le «circostanze» – ci si riferisce al reato circostanziato.

Pur nel silenzio della legge, tale garanzia appare applicabile anche all'ente, stante il carattere generale e storico del divieto di *bis in idem* e le clausole di estensione di cui agli artt. 34 e 35 d.lgs. n. 231 del 2001, rispetto alle quale non si ravvisano elementi di incompatibilità o di eterogeneità sui quali fondare l'applicazione di un regime differenziato.

Tornando a quanto previsto in via generale dalla norma in esame, il *ne bis in idem* processuale sembrerebbe avere come principio retrostante quello di preclusione, per cui, com'è noto, si estingue o si consuma un potere processuale<sup>334</sup>. Tra le ipotesi che determinano la perdita del potere si annoverano quella in cui questo è già stato oggetto di esercizio e, nel caso specifico qui analizzato, l'effetto consuntivo si produce rispetto all'azione di cui è titolare il Pubblico Ministero, in quanto già esercitato rispetto ad una fattispecie che consta dei medesimi termini oggettivi e soggettivi rispetto a quanto è stato oggetto di giudizio divenuto irrevocabile. Questo è quanto emerge da un pronunciamento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione<sup>335</sup>, che hanno ancorato il divieto di doppio giudizio al vincolo di legalità presente nell'obbligatorietà dell'azione penale stabilita dall'art. 112 Cost., che renderebbe questa irretrattabile e non reiterabile da parte del medesimo ufficio della pubblica accusa, se non nei casi previsti dalla legge<sup>336</sup>.

In questo modo, per la particolarità del caso affrontato dalla Suprema Corte, sembrerebbe che questa abbia ricollegato il divieto all'esercizio dell'azione, piuttosto che

---

<sup>334</sup> M. BONTEMPELLI, *op. cit.*, p. 16; Cass., Sez. Un. 28 giugno 2005, n. 34655, *Donati*

<sup>335</sup> Come rilevato da A. PROCACCINO, *I bis in idem*, cit., p. 100 nt. 183, l'affermazione di questo principio in composizione autorevole è stata anticipata da alcune pronunce di legittimità: si cfr. Cass., sez. VI, 11 febbraio 1999, n. 512; Cass., sez. VI, 18 novembre 2004, n. 1892; Cass., sez. I, 1° marzo 2013, n. 27834.

<sup>336</sup> Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, *Donati*: «la figura della preclusione-consumazione offre la chiave per risolvere la questione relativa all'applicabilità della regola del *ne bis in idem* alle situazioni di litispendenza, in fasi o in gradi diversi, di procedimenti dinanzi a uffici della stessa sede giudiziaria. Insuperabili esigenze di ordine logico e sistematico impongono di ritenere che lo stesso ufficio del pubblico ministero che ha esercitato l'azione penale in relazione ad una determinata imputazione non possa successivamente promuovere un nuovo processo contro la stessa persona per il medesimo fatto, per la semplice ragione che, restando immutati i termini oggettivi e soggettivi della regiudicanda, è definitivamente consunto il potere di azione di cui quell'ufficio è titolare. Di talché, sussistendo tali condizioni, il vincolo di legalità insito nel carattere di obbligatorietà ex art. 112 Cost. rende l'azione penale non solo irretrattabile, ma anche non reiterabile, se non nei casi previsti dalla legge, ad opera del medesimo ufficio della pubblica accusa».

al provvedimento irrevocabile, come apparirebbe ricavabile dalla disposizione; ma tale approccio ha consentito di risolvere, nel caso concreto, il problema dell'instaurazione del doppio procedimento all'interno di una stessa sede giudiziaria. La preoccupazione delle Sezioni Unite è stata quella di evitare il contrasto di giudicati, anche se questa celava implicitamente anche l'esigenza di assicurare una tutela nei confronti dell'individuo<sup>337</sup>.

Il riferimento a questa pronuncia della Cassazione può essere utile soprattutto perché ha dato una chiave di lettura nuova del concetto di «giudicato» di cui all'art. 649 c.p.p., tale da conferirgli una venatura più processuale, che sostanziale<sup>338-339</sup>.

#### **1.2.4. Ne bis in idem sostanziale e concorso di illeciti.**

Rivolgendo l'analisi al piano sostanziale, qui il divieto ha un contenuto ben diverso, riferendosi a tutte le ipotesi in cui uno stesso soggetto venga sanzionato più volte per un medesimo fatto<sup>340</sup>: 'condanna' (o 'sanzione') e non 'giudizio'. Per cui, per salvaguardare questo principio, è opportuno predisporre dei meccanismi che impediscano la doppia inflizione in relazione al medesimo fatto di reato<sup>341</sup>.

---

<sup>337</sup> Si cfr. A. PROCACCINO, *I bis in idem*, cit., p. 102-103

<sup>338</sup> In altri termini, il giudicato viene inteso come irretrattabile attraverso i mezzi di impugnazione ordinaria, in ragione dell'esaurimento del potere impugnatorio, legato al suo completo esercizio ovvero alla decorrenza dei termini (art. 648 c.p.p.). Per 'giudicato sostanziale', invece, ci si riferisce all'oggetto vero e proprio dell'accertamento realizzato nella sentenza penale, capace di spiegare effetti anche 'extrapenali'.

<sup>339</sup> Va aggiunto che l'art. 649 c.p.p. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 200 del 2016, «nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale». Atteso che la pronuncia della Consulta, resa rispetto alla questione sollevata nel corso del processo c.d. "Eternit-bis", tocca il tema della "medesimezza del fatto", verrà approfondita meglio oltre (par. 3).

<sup>340</sup> M. BONTEMPELLI, *op. cit.*, p. 5; G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, pubblicato in *Rivista AIC*, 3/2015, p. 25 ss. Per la natura esclusivamente processuale e non sostanziale del *ne bis in idem* convenzionale, si v. Corte cost., 8 marzo 2016, n. 102: «è infatti pacifico che il divieto di bis in idem ha carattere processuale e non sostanziale» (p. 6.1.).

<sup>341</sup> Per la nozione di medesimo fatto di reato e le differenze di orientamento tra giurisprudenza nazionale ed europea, si v. oltre. Per il momento, basta rilevare che mentre la giurisprudenza nazionale ha in un primo tempo adottato un orientamento più restrittivo, ancorato all'*idem* legale, (Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, n. 246953; Cass., sez. V, 1° luglio 2010, n. 247895), la giurisprudenza europea ha aderito

In primo luogo, interviene il ‘concorso apparente di norme’, che fa leva sul principio di specialità *ex art. 15 c.p.*, sulle clausole di sussidiarietà e sulla regola della consunzione.

Il principio di specialità prevede l’applicazione della sola norma speciale, allorquando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, come noto, sulla base del criterio per specificazione o di quello per aggiunta<sup>342</sup>. Invero, la specialità può essere declinata in valoriale, naturalistica o strutturale.

La prima tiene conto dell’identità del bene giuridico<sup>343</sup> o comunque di una naturale compenetrazione degli interessi in gioco, ritenendo del tutto insufficiente un giudizio improntato su basi di carattere formale-strutturale<sup>344</sup>.

Senonché, questo gruppo di impostazioni è stato criticato perché dà la stura a un giudizio di carattere indefinito e lo affida all’ampia discrezionalità del singolo interprete,

---

all’idea dell’*idem* fattuale: v. Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Sergey Zolotoukhin c. Russia*, che ha espresso un orientamento ormai pienamente consolidato nelle pronunce successive. Per il vero, come visto sopra, le Sezioni Unite della Corte di cassazione avevano espresso l’idea secondo la quale l’identità fattuale sussisterebbe quando vi sia «*corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona*» (Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, *Donati*). Il contrasto interpretativo tra la giurisprudenza nazionale e quella europea è stato colto da Corte cost., 31 maggio 2016, n. 200, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 649 c.p.p. «*nella parte in cui, secondo il diritto vivente, esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale*».

Esclude che dal *ne bis in idem* europeo e dal principio di proporzionalità della pena possano discendere dei vincoli di applicazione di un’unica norma incriminatrice L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Torino, 2022, p. 198 ss.

<sup>342</sup> Quest’ultima impostazione è quella prevalente in giurisprudenza. Per una sintesi delle diverse impostazioni in tema di concorso apparente e di reati: C. SILVA, *Ne bis in idem (sostanziale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 2018, p. 443 ss.

<sup>343</sup> G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 652; E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, I, Milano, 1934, p. 194; U. FERRARI, *Concorso di leggi e concorso di reati nel codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 4, 1933, p. 540; G. SABATINI, *Il reato specifico nel sistema di concorso di norme giuridiche*, *La Scuola pos.*, 1932, p. 194; V. SPIEZIA, *Il reato progressivo*, Udine, 1937, p. 57; E. JANNITTI PIROMALLO, *Corso di diritto criminale*, Roma, 1932, p. 37.

<sup>344</sup> A. MORO, *op. cit.*, p. 59; V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplici*, Padova, 2002, p. 384-385

sia nella ricerca degli interessi sia nell'applicazione del criterio, contaminando un principio a fondamento logico-formale qual è quello di specialità<sup>345</sup>.

La lettura naturalistica del principio di specialità, ricollegata all'impostazione di tipo monista, prende in esame, ai fini del concetto di «stessa materia», il fatto per come concretamente verificatosi. Ciò in quanto la specialità costituisce un principio di base logica, immanente al sistema giuridico. Allora, la disposizione di cui all'art. 15 c.p. innoverebbe il sistema attraverso la ricomprensione di fatti concreti riconducibili a norme tra le quali difetta una relazione di specialità in senso proprio, con applicazione della fattispecie che comprende il maggior numero di elementi o che qualifica meglio il fatto commesso<sup>346</sup>.

Tuttavia, quest'angolo visuale crea il rischio che la maggior parte delle ipotesi di concorso di reati venga fagocitata dal concorso apparente di norme<sup>347</sup>, oltre a sdoppiare il principio di specialità in due conformazioni, ancorché esso sia stato espresso in maniera unitaria<sup>348</sup>, oltretutto finendo per estenderlo a situazioni a esso estranee<sup>349</sup>. Per di più, non sarebbe individuabile alcun criterio attraverso il quale individuare la norma speciale sul

---

<sup>345</sup> F. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1948, p. 3; Id., *Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme*, in *Giust. pen.* 1942, II, p. 612; R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971, p. 257 ss.; A. MORO, *op. cit.*, p. 58; M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nel diritto penale italiano*, Milano, 1961, p. 31 e 79; G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, p. 7, che osserva come, oltretutto, sia proprio l'elemento specializzante spesso a far mutare l'oggettività giuridica; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., p. 119 ss.; V.B. MUSCATIELLO, *op. cit.*, cit., p. 388.

<sup>346</sup> F. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, cit., p. 1 ss. M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 10; M. GALLO, *Diritto penale italiano*, I, cit., p. 219 ss.; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Milano, 1993, p. 209 ss.; R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Torino, 1967, I, p. 222; A. DALL'ORA, *Falso nummario e truffa in argomento di concorso di norme e di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1949, p. 356 ss.; L. CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, *Novissimo Dig.*, III, Torino, 1959, p. 1013; F. DEAN, *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Milano, 1967, p. 49 ss.

Per l'applicazione analogica dell'art. 15 c.p., si v. G. DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1976, p. 109.

<sup>347</sup> G. LOZZI, *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell'unità e pluralità di reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 943 ss.

<sup>348</sup> F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., p. 138; A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, cit., p. 547, nt. 8

<sup>349</sup> C. SILVA, *Ne bis in idem (sostanziale)*, cit., p. 455

piano concreto, risultando inconferenti e incerti tanto l'approccio quantitativo quanto quello qualitativo; tant'è che alle volte si è fatto riferimento alla sola norma più grave<sup>350</sup>.

Pertanto, l'opinione prevalente predilige un approccio di tipo strutturale, fedele al concetto di «materia» impiegato dalla disposizione che riconosce valore al principio di specialità e più coerente con il principio di legalità e con le esigenze di certezza e uniformità delle decisioni. Per di più, in questo modo il criterio risolutivo risulta omogeneo sia in chiave sincronica sia in chiave diacronica, essendo stato studiato e applicato anche con riferimento al fenomeno della successione di norme penali nel tempo<sup>351</sup>. Tra l'altro, l'allineamento operativo del criterio strutturale nell'uno e nell'altro caso si presenta totale, se si considera che le uniche forme di specialità in senso proprio che vengono prese in considerazione sono quelle della specialità per specificazione o per aggiunta, purché unilaterale<sup>352</sup>.

L'altro strumento è dato dalla clausola di sussidiarietà, presente nell'*incipit* della norma penale (c.d. sussidiarietà espressa) e, per i fautori della tesi pluralistica<sup>353</sup>, dalla

---

<sup>350</sup> Per questa critica, si v. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 489

<sup>351</sup> R. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007, p. 81-82 e 123 ss.; E.M. AMBROSETTI, *Abolition criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2004, p. 213 ss.; A. DI MARTINO, *Successione di norme penali: modifiche strutturali e giudizi di valore*, *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 536-537; M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, p. 25 ss.; G.L. GATTA, *Abolition criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, p. 195 ss.; D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme incriminatrici*, Torino, 2006; A. NAPPI, *Specialità per specificazione e specialità per aggiunta nella successione di norme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1062 ss.; T. PADOVANI, *Tipicità e successioni di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1354 ss.; D. PULITANÒ, *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1270 ss.; M. SCOLETTA, *L'abolition criminis "parziale" tra vincoli costituzionali e aporie processuali*, in G. BELLANTONI – D. VIGONI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, III, Piacenza, 2010, p. 531.

<sup>352</sup> Le ipotesi di "specialità reciproca" – per cui le fattispecie potrebbero entrare in rapporto di specialità qualora contengano vicendevolmente elementi generali e speciali – non costituiscono delle vere e proprie relazioni di specialità, secondo l'opinione più diffusa, ma danno luogo, piuttosto, a situazioni di eterogeneità, venendo in considerazione, al più, una specialità fra elementi e non fra norme: così S. CAMAIONI, *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, in *Giust. pen.*, p. 230; L. CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, cit., p. 1014; M. GALLO, *Diritto penale italiano*, I, cit., p. 162; G. LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p. 83 ss. M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme*, cit., p. 122 ss.

<sup>353</sup> La giurisprudenza tradizionale a Sezioni Unite è solida nel sostenere l'unicità del criterio risolutivo del concorso apparente di norme, qual è quello della specialità in astratto per specificazione o comunque per aggiunta di tipo unilaterale. Per la giurisprudenza, che richiama, oltre al dato legale, i principi di legalità e di prevedibilità, vulnerati dall'incertezza recata da criteri valutativi o sostanziali – sia pure con

sussistenza di “rapporti di rango”, che si concretizza allorquando le figure di reato apparentemente concorrenti presentino una diversa gravità (c.d. sussidiarietà tacita)<sup>354</sup>.

Invece, il criterio della consunzione determina l’applicazione della figura di reato più grave, che ricomprende e fagocita quella meno grave, a cui appare funzionale la realizzazione della fattispecie concorrente (art. 84 c.p.)<sup>355</sup>.

Oltre all’ipotesi del concorso apparente di norme, una sola azione od omissione, quindi un’unica condotta, potrebbe dar vita ad un concorso formale di reati, se sono integrate più figure incriminatrici, con applicazione del c.d. cumulo giuridico delle pene. Difatti, il bilanciamento fra le esigenze di tutela penale, recate dalle norme incriminatrici violate, e quelle di temperamento del trattamento punitivo, alla luce della unicità della condotta, conduce verso la unificazione della risposta sanzionatoria, benché incrementata in base ai reati commessi.

I problemi del concorso possono porsi anche in relazione agli illeciti di natura diversa da quella penale, che si accentuano nella misura in cui questi siano ascrivibili alla nozione di ‘materia penale’ elaborata dalla Corte di Strasburgo<sup>356</sup>, soprattutto con riferimento agli illeciti amministrativi, nonostante il legislatore abbia spesso mutuato il principio di specialità anche nei rapporti tra i due diversi ambiti sanzionatori<sup>357</sup>. In via generale, la previsione del principio di specialità come forma di risoluzione dei rapporti

---

qualche commistione con i medesimi talora – si v. Cass., Sez. Un., 12 settembre 2017, n. 41588, *La Marca*; Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2017, n.20664, *Stalla*; Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2011, n. 1235; Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2011, n.1963; Cass., Sez. Un., 27 aprile 2007, n.16568, *Carchivi*; Cass., Sez. Un., 9 novembre 2018, n. 51063, *Murolo*. Per la dottrina, si v. G. DE FRANCESCO, *op. cit.*, p. 48 ss.; *Id.*, *Diritto penale*, 2, *Forme del reato*, Torino, 2013, p. 39 ss.; si cfr. poi T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1983, p. 151 ss.; *Id.*, *Diritto penale*, cit., p. 446 ss.; C. SOTIS, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 473 ss.

<sup>354</sup> A. MORO, *op. cit.*, p. 74 ss. e 469 ss.; R.A. FROSALI, *op. cit.*, p. 469 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 721 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, p. 491 ss.

<sup>355</sup> G. DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Id.*, *Diritto penale, raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, p. 503 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 722 ss.; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 202 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, I, p. 184 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 495 ss.

<sup>356</sup> Per la prima volta in Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*

<sup>357</sup> Art. 9, l. n. 689 del 1981; art. 19, d.lgs. n. 74 del 2000. Per una sintesi del principio di specialità in materia amministrativa, anche alla luce della giurisprudenza europea, v. E. PENCO, *Il principio di specialità “amministrativa”. tra declinazioni interne “formali” e spinte europee “sostanziali”*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3/2015, p. 64 ss.

tra illecito penale e illecito amministrativo (art. 9 l. n. 689 del 1981) si inserisce come tassello ulteriore all'interno di quel percorso volto a modellare il secondo sullo statuto tradizionalmente riferibile al primo<sup>358</sup>.

Benché di fondamentale importanza, la formulazione del testo legislativo, difforme dall'art. 15 c.p. sia per l'utilizzo dell'espressione «stesso fatto» sia per l'assenza di una clausola di salvezza<sup>359</sup>, pone alcuni problemi interpretativi.

Sebbene fossero state sollevate alcune voci nel senso della specialità in concreto<sup>360</sup>, è prevalsa successivamente l'impostazione a sostegno della omogeneità della lettura del principio di specialità rispetto all'ambito penalistico<sup>361</sup>. A tal fine sono stati valorizzati tanto l'impiego del participio passato «punito» quanto l'equivalenza tra il sintagma «stesso fatto» e quello di fattispecie astrattamente prevista dalla norma venuta in considerazione<sup>362</sup>; fermo restando che l'unica specialità rilevante è ritenuta quella

---

<sup>358</sup> Innesto importante, se si considera che in origine si concludeva per il cumulo sanzionatorio, non potendosi ammettere un concorso apparente fra due illeciti di natura eterogenea: C. SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, p. 231 ss.

<sup>359</sup> L'assenza della clausola di riserva, invece, è stata recepita come chiara scelta di esclusione da parte del legislatore di ogni altro criterio risolutivo. In senso critico, in dottrina: R. BAJNO, *Il concorso apparente di illeciti: principio di specialità*, in AA.VV., *L'illecito penale amministrativo. Verifica di un sistema (Profili penalistici e processuali)*, Atti del Convegno di Modena, 6-7 dicembre 1985, Milano, 1987, p. 155; C.E. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Milano, 1988, p. 310; A. ROSSI VANNINI, *Illecito depenalizzato-amministrativo. Ambito di applicazione*, Milano, 1990, p. 52; S. PATANÉ, *Concorso apparente di norme e, criteri selettivi. La legge 24 novembre 1981, n. 689, e il suo art. 9 per le sanzioni amministrative e i reati*, in *Giust. pen.*, 1982, 7, p. 222; M. DALLACASA, *Principio di specialità e nascita di un sistema di diritto dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1984, p. 51; E. DOLCINI, sub art. 9, in AA.VV., *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, Milano, 1982, p. 59-60.

Per il ricorso al criterio della consunzione, anche sulla base del canone del *ne bis in idem* sostanziale, si v. C. SILVA, *Ne bis in idem (sostanziale)*, cit., p. 467; Ead., *Sistema punitivo e concorso apparente*, cit., p. 32 ss., 55 ss., che opina per la prevalenza del regime sanzionatorio più severo, stante la difficoltà di distinguere gli illeciti penali e amministrativi sulla base di interessi tutelati ovvero tra grado di lesione o messa in pericolo di interessi tutelati.

<sup>360</sup> M. SINISCALCO, sub art. 9 L. 24/11/1981 n. 689, in *Legisl. pen.*, 1982, p. 225-226; Id., *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, p. 96-97; Id., voce *Depenalizzazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 10; S. VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689*, Padova, 1983, p. 72-73; R. BAJNO, *op. cit.*, p. 153-154; G. DE ROBERTO, *Principio di specialità e rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa nella l. 24 novembre 1981 n. 689*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1590-1591; A. ROSSI VANNINI, *op. cit.*, p. 50.

<sup>361</sup> Corte cost., 3 aprile 1987, n. 97

<sup>362</sup> Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2011, n. 19639, *Di Lorenzo*, che ha concluso per la sussistenza del rapporto di specialità fra l'illecito amministrativo di cui all'art. 213, comma 4 C.d.s. e il delitto punito dall'art. 334 c.p.



unilaterale, risolvendosi quella reciproca, anche in questo caso, in un rapporto di eterogeneità che esita nel cumulo punitivo<sup>363</sup>.

Stante la maggiore frequenza dell'ipotizzabilità di un concorso fra illecito penale e amministrativo, il legislatore si è preoccupato di introdurre il principio di specialità solo per tale confronto. Resta il problema di comprendere se il principio possa essere riferito o meno anche in presenza di altri illeciti extrapenalici, come quelli disciplinari<sup>364</sup> – le cui sanzioni sono state storicamente inscrivibili nella materia penale europea<sup>365</sup> – e quelli civili presidiati da sanzioni pecuniarie<sup>366</sup> – specie all'esito dell'opera di depenalizzazione, che ha dato luogo a un modello nuovo di illecito, sia pure ispirato a quello penalistico (di recente, d.lgs. nn. 7-8 del 2016)<sup>367</sup>. Richiamandosi il *ne bis in idem* sostanziale, si

---

<sup>363</sup> Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2011, n. 19639, *Di Lorenzo*: «È evidente, nel caso di specialità bilaterale, la maggior difficoltà di applicare il principio di specialità perché non esistono criteri, se non di ordine logico, idonei a spiegare in modo inequivoco che cosa si intenda per norma speciale».

<sup>364</sup> Sulla giurisprudenza in punto di *ne bis in idem* e sanzioni disciplinari, si v. Cass. pen., sez. II, 15 dicembre 2016, n. 9184, con nota di E. ZUFFADA, *La Corte di Cassazione alle prese con i principi stabiliti dalla Corte europea in materia di ne bis in idem in relazione al "doppio binario" sanzione penale – sanzione disciplinare (penitenziaria)*, in *Dir. pen. cont.*, 21 aprile 2017. Trib. di Brindisi, 17 ottobre 2014, n. 2881 aveva dichiarato di non doversi procedere penalmente per un soggetto sanzionato in sede disciplinare, sanzione ritenuta sostanzialmente penale. Tuttavia, la Cassazione ha annullato la sentenza, ritenendo sussistente la connessione sufficientemente stretta richiesta dal nuovo orientamento della Corte di Strasburgo, nel contempo sopravvenuto. Cass. civ., sez. II, 19 ottobre 2016, n. 2927, intervenuta in giudizio disciplinare nei confronti di un notaio, già punito per gli stessi fatti a titolo di peculato e truffa, ha escluso la natura sostanzialmente penale della sanzione disciplinare, atteso che il precetto deontologico ha come destinatari gli appartenenti a un ordine professionale ed è preordinato all'effettivo adempimento dei doveri inerenti al corretto esercizio dei compiti assegnati al professionista dall'ordinamento. Analogamente, Cass. Sez. Un. 20 novembre 2018, n. 29878, in tema di illeciti disciplinari dell'avvocato.

Qualche peculiarità può emergere in tema di sanzioni disciplinari irrogate dal datore di lavoro. Cass., sez. lav., 26 ottobre 2017, n. 25485, in tema di pubblico impiego, in un caso in cui era intervenuta una condanna penale per i reati di truffa aggravata e di peculato, ha negato la natura sostanzialmente penale delle sanzioni disciplinari perché espressive di una potestà privatistica e non pubblicistica, legata all'inadempimento contrattuale e alle esigenze organizzative dell'ente, non di interessi della collettività. Il *ne bis in idem*, invece, è stato ritenuto valevole nel caso di procedimenti disciplinari per lo stesso fatto: Cass., sez. lav., 26 ottobre 2017, n. 25485. Si v. anche Corte EDU, 19 febbraio 2013, *Müller-Hartburg c. Austria*

<sup>365</sup> Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*

<sup>366</sup> A. GARGANI, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di "riforma della disciplina sanzionatoria" (art. 2 L. 28.4.2014 N. 67)*, in *Legisl. pen.*, 2015; *Id.*, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 577; *Id.*, voce *Illecito civile punitivo*, in *Enc. dir.*, Annali, X, Milano, 2017, p. 487; G.L. GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2016

<sup>367</sup> FR. MAZZACUVA, *L'incidenza della definizione "convenzionale" di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3/2015, p. 11; N. SELVAGGI, *La depenalizzazione e le altre politiche deflattive nelle più recenti iniziative di riforma, (con particolare*

suggerisce, come d'altra parte accadeva prima dell'opera di depenalizzazione nei rapporti fra ingiuria e oltraggio, di applicare il criterio di specialità, quantunque in assenza di specifico richiamo<sup>368</sup>.

## 2. Il concetto di *matière pénale*.

Spesso il legislatore ha fatto ricorso in numerosi ambiti al c.d. doppio binario sanzionatorio, espressione che si riferisce al fatto di aver previsto due sanzioni tipologicamente diverse per una stessa fattispecie. In teoria, qui non dovrebbero sorgere problemi di violazione del *ne bis in idem*, quantomeno se ricorressimo all'idea della qualificazione normativa della sanzione, elemento da cui dipende, a sua volta, la natura dell'illecito. Ciò secondo la nozione 'formale' di diritto penale, che fa discorrere di reato (delitto o contravvenzione che sia) laddove il precetto sia accompagnato dalla minaccia sanzionatoria dell'ergastolo, della reclusione, dell'arresto, della multa o dell'ammenda<sup>369</sup>. Se la conseguenza della violazione viene indicata secondo una delle etichette appena citate, allora saremo di fronte ad un illecito penale. Differentemente, l'utilizzo di forme diverse determina la presenza di un illecito di tipo diverso.

Per quanto riguarda il *ne bis in idem*, sulla base di questo criterio, il divieto varrebbe rispetto alla doppia comminatoria di una sanzione penale, tale perché così formalmente qualificata, in relazione ad uno stesso fatto e ad uno stesso autore.

---

riferimento alle novità introdotte dalla l. 28 aprile 2014, n. 67), in *Arch. pen.*, 2/2014, p. 429. Si cfr. anche P. VENEZIANI – M. CELVA, *Commento all'art. 2, La delega per la "riforma della disciplina sanzionatoria" nell'art. 2 l. 67/2014*, in *Leg. pen.*, 2014, p. 478

<sup>368</sup> Specie una volta riconosciuta la natura di illecito para-penale: si v. ancora C. SILVA, *Ne bis in idem (sostanziale)*, cit., p. 468, che si esprime anche nel senso della operatività generale del criterio di consunzione. Per la natura di principio generale dell'ordinamento: P. PISA, *Le pene accessorie*, cit., p. 166-167; A. ROSSI VANNINI, *op. cit.*, p. 52, nt. 66, e p. 231 ss.

<sup>369</sup> Dal dato normativo interno (art. 25 Cost; art. 1 c.p.) emergerebbe una nozione formale di diritto penale; in tal senso Ufficio del Massimario (a cura di), *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, Rel. n. 26/2017, Roma, 21 marzo 2017, p. 6. Per la distinzione tra "diritto criminale" e diritto penale in senso ampio, comprensivo della violazione di precetti amministrativi: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 4 ss.

Tuttavia, come spesso accade, è la vera natura delle cose che conta, piuttosto che la loro veste. Se valesse il criterio formale sinora indicato, si concederebbe al legislatore nazionale la possibilità di trasformarsi nel Leviatano dall'illimitato potere sanzionatorio a cui dovrebbe fungere da argine, invece, il diritto penale. Difatti, basterebbe attribuire a una fattispecie una qualificazione giuridica lontana dall'ambito penalistico per escludere l'applicazione del sistema di garanzie intessuto nella disciplina penalistica nazionale e convenzionale.

Proprio allo scopo di dar luogo ad un'applicazione effettiva di queste garanzie, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha espresso un orientamento sostanzialistico-contenutistico nel riferimento all'ontologia del diritto penale, attraverso l'elaborazione di una nozione diversa e più elastica, qual è quella ormai celebre di *matière pénale*.

Il *leading case* di tale orientamento corrisponde alla sentenza adottata l'8 giugno 1976 nel caso *Engel e altri c. Paesi Bassi*. In questa pronuncia, la Corte di Strasburgo indica tre criteri alternativi – quindi, non cumulativi – sulla base dei quali una sanzione va riferita alla materia penale:

- la qualificazione giuridica dell'illecito compiuta dal diritto interno;
- la natura oggettiva dell'illecito e della misura applicata;
- la natura della sanzione e il suo grado di severità<sup>370</sup>.

Con riguardo a quest'ultimo criterio, si può sin da subito notare come l'appartenenza dell'illecito a un dato ambito rimanga sempre legata alla conseguenza

---

<sup>370</sup> Detti criteri sono stati ribaditi da Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*; 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*; 30 agosto 2007, *Sud Fondi c. Italia*; oltre che dalle pronunce in tema di *ne bis in idem* che si esamineranno oltre.

Criteri analoghi ai fini dell'applicazione delle garanzie penalistiche erano già stati formulati dalla Corte Suprema USA. Si tratta dei c.d. criteri "Kennedy", elaborati in *Kennedy v. Mendoza-Martínez*, 372 U.S. 144 (1962), poi meglio precisati in *United States v. Ward*, 448 U.S. 242 (1980). Sulla nozione di 'materia penale' nella giurisprudenza statunitense, si rinvia a L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 122 ss.

Sui criteri Engel, si v. C.E. PALIERO, "*Materia penale*" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione classica a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss.; L. MASERA, *op. cit.*, *passim*; FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., *passim*.

sanzionatoria, che continua, pertanto, a svolgere una funzione in sé e per sé decisiva a stabilire il riferimento al diritto penale o a una disciplina diversa da quella penale.

Cambia, però, il *quomodo*. Infatti, non è più la sua denominazione giuridica che conta, bensì il suo contenuto, la sua natura, alla luce della funzione assolta e del proprio grado di afflittività<sup>371</sup>. Dunque, se la conseguenza dell'illecito dovesse essere presentata con l'etichetta della sanzione amministrativa o illecita o disciplinare, ma celasse l'appartenenza alla materia penale proprio per il perseguimento di fini prettamente punitivi e per la sua gravità, allora saremmo di fronte ad una pena vera e propria, tale da determinare l'applicazione delle garanzie che ne fanno parte; prima fra tutte il divieto di *bis in idem*<sup>372</sup>. Dunque, è da evitarsi la duplicazione da parte del legislatore nazionale del

---

<sup>371</sup> V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 995 ss.

<sup>372</sup> In dottrina sono state sollevate molti dubbi sulla conformità all'art. 6 CEDU del procedimento sanzionatorio svolgentesi innanzi alla Consob per gli abusi di mercato, con particolare riferimento ai principi di imparzialità del giudice, di parità delle armi, del contraddittorio e della pubblicità delle udienze (Così, G. M. FLICK – V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza*, cit., p. 4 ss.; *Id.*, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., p. 3 ss.; si cfr. M. ALLENA, *Interessi procedurali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonomia di tutela?*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2015, p. 67 ss., M. MANETTI, *Il paradosso della Corte EDU, che promuove la Consob (benché non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di market abuse*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2944; sul rispetto delle garanzie penalistiche nel procedimento Consob, anche alla luce dei particolari poteri che la stessa concentra su di sé, si v. D. FONDAROLI, *L'attività di vigilanza della Consob tra tutele e violazioni delle garanzie fondamentali*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Fiorella*, Roma, 2021, p. 1595 e p. 1611). Questa carenza è stata ravvisata anche dalla Corte di Strasburgo nel caso *Grande Stevens c. Italia*; tuttavia, la Corte ha ritenuto non violato l'art. 6 CEDU, poiché ai fini dell'osservanza della garanzia è sufficiente che si possa attivare un controllo giurisdizionale pieno (tanto sul fatto, quanto sul diritto) sui quanto contestato, cosa assicurata dal procedimento di opposizione sopra descritto: nello stesso senso e proprio nel quadro della vicenda *Grande Stevens*, si v. Cass., Sez. Un., 30 settembre 2009, n. 20935. Tuttavia la Corte EDU si esprime in maniera solida nel senso della compatibilità con l'art. 6 CEDU del differimento dell'intervento giurisdizionale, purché sia assicurata la c.d. *full jurisdiction*: per tutte, Corte EDU, 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*, in tema di sanzioni irrogate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Dal punto di vista procedimentale, qualche problema di compatibilità con il quadro sovranazionale è emerso in relazione al c.d. diritto al silenzio (D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 1600 ss.). Difatti, se a detta sanzione deve essere riconosciuta l'appartenenza alla materia penale, il procedimento applicativo dovrebbe essere presidiato da garanzie analoghe a quelle minimamente connotanti il procedimento penale<sup>372</sup>. Invece, l'art. 187-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58 del 1998, nel testo introdotto dall'art. 9, comma 2, lettera b), della legge n. 62 del 2005, prevedeva: «Fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Consob ovvero ritarda l'esercizio delle sue funzioni è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquantamila ad euro un milione». Posto che la Consob, ai sensi dell'art. 187-*octies*, comma 3, lettera c) t.u.f., può «procedere ad audizione personale» nei confronti di «chiunque possa essere informato sui fatti», la disposizione sopra citata sembrava estendersi anche all'ipotesi in cui l'audizione personale fosse stata disposta nei confronti di colui che la Consob avesse già individuato come il possibile autore di un illecito il cui accertamento ricade entro la sua competenza.

seguito sanzionatorio per le stesse fattispecie, allorquando questo possa riferirsi alla *matière pénale* alla stregua dei criteri su indicati.

---

Intervenuta in seguito al rinvio operato dalla Corte costituzionale con ordinanza 5 marzo 2019, n. 117, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE, Grande sezione, 2 febbraio 2021, in causa C-481/19, *D. B. contro Consob*) ha statuito che «*[l]’articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE [...], e l’articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014 [...], letti alla luce degli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, devono essere interpretati nel senso che essi consentono agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica, la quale, nell’ambito di un’indagine svolta nei suoi confronti dall’autorità competente a titolo di detta direttiva o di detto regolamento, si rifiuti di fornire a tale autorità risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale*».

Riconoscendo il diritto al silenzio in tutti i procedimenti volti all’adozione di sanzioni sostanzialmente punitive, alla luce degli artt. 24 Cost., 6 CEDU e 47-48 CDFUE, per come interpretati dalla CGUE, nonché da una lettura conforme a quella europea dell’art. 14, par. 3, lett. g) del Patto Internazionale dei diritti civili e politici, la Corte costituzionale lo ritiene applicabile anche ai procedimenti avviati dalla Consob per tali illeciti (Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84).

Nella specie, il diritto al silenzio preclude di sanzionare una persona fisica la quale, richiesta di fornire informazioni alla Consob nel quadro dell’attività di vigilanza svolta da quest’ultima e funzionale alla scoperta di illeciti e alla individuazione dei responsabili ovvero nell’ambito di un procedimento sanzionatorio formalmente aperto nei suoi confronti, si sia rifiutata di rispondere a domande, formulate in sede di audizione o per iscritto, per evitare di incorrere in responsabilità. Aggiunge la Corte, nel rigettare un rilievo dell’Avvocatura generale dello Stato, che «*Non può condividersi [...] la lettura restrittiva [...] secondo cui l’operatività di tale garanzia andrebbe riservata al momento della decisione circa la sussistenza dell’illecito, o comunque ad un momento successivo alla contestazione formale di esso, quando l’autorità sia in grado di «valutare se le dichiarazioni doverosamente rese dall’incolpato siano utilizzabili al fine di accertare a sua carico una violazione sanzionata*». Una tale lettura condurrebbe, infatti, a negare l’essenza stessa del diritto al silenzio, che consiste – precisamente – nel diritto di rimanere in silenzio, ossia di non essere costretto – sotto minaccia di una sanzione, come quella comminata dalla disposizione in questa sede censurata – a rendere dichiarazioni potenzialmente *contra se ipsum*, e dunque a rispondere a domande dalle quali possa emergere una propria responsabilità. Tale garanzia deve potersi necessariamente esplicare anche in una fase antecedente alla instaurazione del procedimento sanzionatorio, e in particolare durante l’attività di vigilanza svolta dall’autorità, al fine di scoprire eventuali illeciti e di individuarne i responsabili» (p. 3.6.).

Resta fermo che il diritto al silenzio non ricomprende comportamenti ostruzionistici che cagionino indebiti ritardi allo svolgimento dell’attività di vigilanza della Consob, come il rifiuto di presentarsi ad un’audizione prevista da tali autorità, ovvero manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell’audizione stessa. Né, ancora, vi rientrano l’omessa consegna di dati, documenti, registrazioni preesistenti alla richiesta della Consob, formulata ai sensi dell’art. 187-*octies*, commi 3 e 4 t.u.f.

In conclusione, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 187-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58 del 1998, nel testo introdotto dall’art. 9, comma 2, lettera b), della legge n. 62 del 2005 e vigente al momento del fatto addebitato al ricorrente nel processo a quo, nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato. La Corte ha chiarito altresì che spetta al legislatore la più precisa declinazione delle ulteriori modalità di tutela del diritto al silenzio – non necessariamente coincidenti con quelle che vigono nell’ambito del procedimento e del processo penale – rispetto alle attività istituzionali della Banca d’Italia e della Consob, in modo da meglio calibrare tale tutela rispetto alle specificità dei procedimenti che di volta in volta vengono in considerazione, nel rispetto dei principi discendenti dalla Costituzione, dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e dal diritto dell’Unione europea.

Nel caso che ha portato alla pronuncia in questione della Corte EDU, sono state irrogate delle sanzioni disciplinari incidenti sulla libertà personale all'esito di procedimenti pressoché sommari nei confronti di alcuni militari olandesi. Il Collegio giudicante ha riconosciuto la natura penale delle sanzioni adottate nei confronti di due dei cinque ricorrenti in relazione al loro tono di severità, cioè sulla base della loro durata, ritenuta eccessiva per il campo disciplinare. Pertanto, avrebbero trovato applicazione le garanzie convenzionali proprie del diritto penale (artt. 6 e 7 CEDU).

Successivamente, con riguardo all'art. 6 CEDU, la Corte ha precisato la differenza nel rigore operativo dei diritti presidiati, a seconda che la sanzione sia inscrivibile oppure no nel "nocciolo duro" del diritto penale<sup>373</sup>.

Il problema della 'materia penale' è diffuso in tutto il sistema degli strumenti che hanno ricadute afflittive verso gli autori di un illecito, costellato da misure di diversa qualificazione e portata, nella continua ricerca da parte della società di risposte adeguate verso fenomeni meritevoli di disapprovazione. Nondimeno, per la maggiore intensità e frequenza degli interventi sovranazionali nonché per l'importanza dei loro risvolti sul diritto interno, ai fini del presente lavoro si preferisce focalizzare l'attenzione sui rapporti con le sanzioni amministrative<sup>374</sup>.

---

<sup>373</sup> Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*; 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*

<sup>374</sup> Ad ogni modo, meritano ugualmente un cenno le diverse ipotesi in ordine alle quali pure è stata adombrata la riconduzione alla 'materia penale' europea.

In primo luogo, qualche discussione è emersa attorno all'incandidabilità prevista dal d.lgs. n. 235 del 2012 (conosciuto come "Legge Severino"), che deriva dalla condanna penale subita in primo grado per determinati reati (per es. associazione di tipo mafioso, peculato, concussione, corruzione, abuso d'ufficio, ecc.). Tale istituto è stato ritenuto avente natura sanzionatoria da una parte della dottrina: Il dibattito verte sulla possibilità che l'incandidabilità sia qualificata come un "antecedente" o un "effetto" della condanna: F.S. MARINI, *La "legge Severino" tra le Corti: luci e ombre dell'incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, che fa leva anche sulle sentenze della Corte EDU *Pierre-Bloch c. Francia*, 21 ottobre 1997 e *Matyiek c. Polonia*, 30 maggio 2006; si v. anche V.N. D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è - La presunta retroattività della 'legge Severino', tra derive assiomatiche e suggestioni moralistiche*, in *Arch. pen.*, 1/2014, p. 25 ss.. Questa idea non è stata condivisa dalla Corte costituzionale (20 ottobre 2015, n. 236), secondo cui il legislatore non avrebbe introdotto o inasprito fattispecie sanzionatorie con il d.lgs. n. 235 del 2012, ma avrebbe soltanto esercitato il proprio potere di fissazione dei requisiti di eleggibilità, riservatigli dall'art. 51, comma 1 Cost.; la condanna penale sarebbe, secondo il Giudice delle Leggi, «mero presupposto oggettivo cui è ricollegato un giudizio di indegnità morale a ricoprire determinate cariche elettive: la condanna stessa viene, cioè, configurata quale requisito negativo ai fini della capacità di assumere e di mantenere le cariche medesime». Nello stesso senso, Corte

---

cost., 23 marzo 1994, n. 118. A. MANNA, *L'incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare e l'irretroattività della norma penale*, in *Arch. pen.*, 1/2014, p. 10 ss.

Sulla questione è stato proposto un ricorso alla Corte di Strasburgo (*Berlusconi c. Italia*), poi conclusosi anticipatamente per rinuncia al ricorso (Corte EDU, Grande Camera, 26 novembre 2018). Di recente, hanno escluso la natura sanzionatoria Corte EDU, *Galan c. Italia*, 17 giugno 2021 e Corte EDU, *Miniscalco c. Italia*, 17 giugno 2021. Per un commento: P. BRAMBILLA, *Il decreto "Severino" al vaglio della Corte di Strasburgo: escluso il "carattere penale" dell'incandidabilità parlamentare e del divieto di ricoprire cariche elettive regionali*, in *Sist. pen.*, 8 luglio 2021.

Altro problema è quello delle sanzioni disciplinari, – che sono ricollegate alla titolarità di poteri di particolare supremazia a cui è soggetto il destinatario – per le quali è indubbia la possibilità che siano qualificate di natura penale, poiché lo stesso caso *Engel* era inerente all'irrogazione di provvedimenti di questo tipo. In quella sentenza la Corte di Strasburgo diede rilevanza al terzo criterio, quello della gravità della sanzione. Perciò, se alla trasgressione di un illecito disciplinare si ricollega una sanzione avente un grado di afflittività tale da rientrare nella materia penale e la stessa condotta integri, concretamente, anche un'ipotesi di reato, potrebbero presentarsi dei profili di contrasto con la Convenzione.

Tali sanzioni possono ritrovarsi soprattutto in ambito professionale (pubblico e privato), militare e penitenziario. Mentre nel primo ambito si è esclusa la natura penale (atteso che il procedimento disciplinare va inteso come una questione puramente interna all'organizzazione professionale di riferimento, si v. Corte EDU, 19 febbraio 2013, *Müller-Hartburg c. Austria*), è soprattutto in ambito penitenziario che vengono in rilievo i dubbi sulla natura penale, in specie con riferimento a quelle sanzioni che comportano un aumento del periodo di detenzione ovvero una mancata riduzione di tale periodo per perdita di benefici; mentre per le sanzioni non privative della libertà personale, sebbene sempre incidenti sui diritti del detenuto, la soluzione è stata spesso opposta: Così Corte EDU, 8 novembre 2007, *Štilić c. Croazia*, Corte EDU, 20 maggio 2008, *Gülmez c. Turchia*; *Contra*, con riferimento alla sanzione disciplinare dell'isolamento, Trib. di Brindisi, 17 ottobre 2014, n. 2881, che in giudizio per danneggiamento aggravato ha ritenuto violato il *ne bis in idem* processuale poiché l'isolamento doveva ritenersi avente natura penale; per questo motivo, ha adottato un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p., adottando una pronuncia di improcedibilità.

In materia di appalti pubblici, di recente, si v. Corte cost. 26 luglio 2022, n. 198, che, respingendo la tesi del rimettente, ha escluso la natura penale dell'incameramento della cauzione provvisoria dovuta dalle imprese partecipanti a una procedura a evidenza pubblica ai sensi dell'art. 48, comma 1 d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto privo di finalità punitiva e, al contempo, non particolarmente afflittivo. Dalla qualificazione operata dai giudici costituzionali è dipesa la conferma della irretroattività del regime di cui all'art. 93, comma 6 d.lgs. n. 50 del 2016, che ha previsto il rilascio di una garanzia per il solo caso di aggiudicazione definitiva, a copertura della mancata stipulazione del contratto di appalto.

La questione della natura penale è stata posta in chiave dubitativa anche con riguardo alle sanzioni civili introdotte dal d.lgs. n. 7 del 2016 in sede di depenalizzazione (A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell'ordinamento multilivello*, Torino, 2023, p. 53 ss.).

Nel settore delle misure di prevenzione, invece, la giurisprudenza europea e quella interna di legittimità hanno costantemente affermato la non appartenenza alla materia penale, in quanto aventi, appunto finalità prettamente preventiva e di neutralizzazione e, pertanto, non sarebbero nemmeno riconducibili alla categoria delle sanzioni: Cass., sez. VI, 16 luglio 2014, n. 32715, *Muià e altri*; per la giurisprudenza europea in merito, si v. Corte EDU, 1 luglio 1961, *Lewless c. Irlanda*; Corte EDU, 18 giugno 1971, *De Wilde e altri c. Belgio*; Corte EDU, 6 gennaio 1980, *Guzzardi c. Italia*; Corte EDU, 22 giugno 1986, *Ciulla c. Italia*; con riguardo alla misura della confisca, si v. Commissione, 15 aprile 1991, *Marandino*; Corte EDU, 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*; Corte EDU, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*; Corte EDU, 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*; Corte EDU, 5 luglio 2001, *Arcuri c. Italia*; Corte EDU, 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*; Corte EDU, 5 gennaio 2010, *Bongiorno c. Italia*; 26 luglio 2011, *Pozzi c. Italia*; Corte EDU, 17 maggio 2011, *Capitani e altro c. Italia*. Anche se una parte della dottrina ha rilevato che si potrebbe opinare diversamente allorché la medesima confisca viene estesa all'intero patrimonio di valore sproporzionato, a titolo di sanzione per la presunta illecita accumulazione dello stesso, come duplicazione della sanzione penale, ma in un'ottica deformalizzata: così, tra gli altri O. MAZZA, *Dalla confisca di prevenzione alla pena patrimoniale*, in *Arch. pen.* 2/2019; G. GRASSO, *Le misure di*

Occorre rilevare che, sebbene la nozione di *matière pénale* sia stata recepita da parte della giurisprudenza interna, anche costituzionale, l'applicazione delle garanzie ad essa riconducibili può assumere una estensione diversa, a seconda che si tratti di quelle convenzionali ovvero di quelle costituzionali. Queste ultime possono assicurare una protezione ben più estesa del livello minimo stabilito dalle Carte sovranazionali dei diritti. È chiaro che, laddove possano essere attivabili le tutele interne, si dovrà fare riferimento a queste ultime ai fini della valutazione di legittimità delle norme prese in considerazione<sup>375</sup>.

### **2.1. L'eterno ritorno tra illecito penale e illecito amministrativo e la ricerca di una base ontologica della distinzione.**

Come sopra accennato, la galassia penalistica ha stretto legami con quella amministrativa in modo sempre più crescente. Dall'era della depenalizzazione a quella della ridefinizione della sua stessa definizione, l'esame di alcuni settori del diritto penale

---

*prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in *Sist. pen.*, 14 febbraio 2020. Per la natura "civile" della confisca di prevenzione, si v. Corte EDU, 12 maggio 2015, *Gogitidze e altri c. Georgia*, che con questa qualificazione ha evocato la figura della *civil forfeiture* statunitense: si rinvia a S. FINOCCHIARO, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture. Alla ricerca di un modello sostenibile di confisca senza condanna*, Milano, 2022. Nel senso dell'applicabilità del principio di prevedibilità di cui all'art. 7 CEDU alla custodia di sicurezza tedesca, tra le diverse pronunce in merito, si v. Corte EDU, 17 dicembre 2009, *M. c. Germania*. Sul tema delle misure di prevenzione e della nozione di 'materia penale', alla luce della prassi, si v. E. SQUILLACI, *La prevenzione illusoria*, cit., p. 120 ss.; nonché, in relazione alla *ne bis in idem* e ai rapporti tra procedimento penale e quello di prevenzione, *Ivi*, p. 457-458.

Sulla natura penale della confisca c.d. urbanistica si è già detto (si v. cap. I, par. 10).

Non sembra che possa assumere natura sanzionatoria l'interdittiva antimafia, essendo misura volta a prevenire forme di 'inquinamento' dell'ordine pubblico economico nella instaurazione dei rapporti amministrativi: si cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743. In senso contrario A. LONGO, *La «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *Federalismi.it*, 2019. Sul tema, si v. anche R. BORSARI, *Le misure interdittive antimafia. Profili penali*, in AA.VV., *Misure di prevenzione interdittive antimafia e procedimento*, Milano, 2022, p. 734 ss. e 744 ss.; F. MAZZACUVA, *La natura giuridica delle misure interdittive antimafia*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, 57 ss.

<sup>375</sup> L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. XIV-XV; E. SQUILLACI, *La prevenzione illusoria*, cit., p. 117 ss.



appare inscindibile da quello dell'illecito amministrativo<sup>376</sup>. Questo anche considerando che, nell'operazione di depenalizzazione che ha realizzato a partire dagli anni '80, il legislatore ha ricostruito il sistema dell'illecito amministrativo, mutuando molti elementi strutturali del diritto penale (si v. l. n. 689 del 1981).

A maggior ragione, quando si indaga sulla natura di una sanzione e sulla effettiva qualificazione dell'illecito applicando i criteri sostanzialistici della sentenza *Engel*, che indica anche la natura oggettiva dell'illecito e il grado di afflittività della sanzione (che, fra gli altri, è quello solitamente decisivo), si deve, in primo luogo, individuare una linea direttrice che evidenzii il percorso da seguire per accertare la materia di appartenenza dell'offesa. Dunque, vanno poste delle domande di fondo in relazione a ciò che è diritto penale e ciò che è diritto amministrativo, chiedendosi quali siano gli elementi sostanziali caratterizzanti l'una e l'altra tipologia di illecito<sup>377</sup>.

L'individuazione della categoria di illecito ascrivibile ad un fatto dannoso per la società è figlia della comune sensibilità sociale in un dato momento storico. La storia della legislazione punitiva italiana è piena di fenomeni di contrazione e riespansione, al punto da potersi discutere di "eterno ritorno" tra illecito penale e amministrativo<sup>378</sup>.

---

<sup>376</sup> Per una ricostruzione dei rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo nel quadro normativo odierno, si v. L. FOFFANI, *I mobili confini fra sanzione penale e amministrativa nel contesto della politica criminale europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, p. 541 ss., il quale distingue quattro modelli di intervento punitivo: 1) quello classico dell'illecito amministrativo quale strumento di deflazione dell'ipertrofia della legge penale; 2) il "doppio binario"; 3) l'illecito amministrativo quale alternativa all'illecito penale, come nel diritto antitrust; 4) l'illecito amministrativo fungibile all'illecito penale, come nel caso della responsabilità degli enti.

<sup>377</sup> L'idea formalistica che ancora la categoria di illecito alla qualificazione legale della sanzione è ormai ritenuta anacronistica e abbandonata dalla giurisprudenza europea. Già dopo la sentenza *Grande Stevens* autorevole dottrina si era domandata se non fossero maturi i tempi per la costruzione di una nuova «teoria generale dell'illecito»: così, G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., p. 12, che indica la strada di una «combinazione "virtuosa" delle due prospettive: e ciò anche in vista del ruolo del principio di legalità di supporto agli interventi del diritto dell'Unione europea finalizzati all'adozione di strumenti di tutela penale da parte degli Stati membri. Il canone, di rilievo costituzionale, di legalità formale rappresenta [...] una "valvola di garanzia" aggiuntiva, correlata all'esigenza della "legittimazione democratica" del soggetto investito del potere di normazione in subiecta materia».

<sup>378</sup> A partire dalla legge n. 317 del 1967 ("Modificazioni al sistema sanzionatorio delle norme in tema di circolazione stradale e delle norme dei regolamenti locali", abrogata, peraltro, dall'art. 42 della legge n. 689 del 1981), che depenalizzava illeciti contravvenzionali in materia di circolazione stradale seguendo il criterio della sanzione inflitta (c.d. criterio formale di depenalizzazione), in particolar modo l'ammenda, che veniva sostituita da una sanzione amministrativa pecuniaria di eguale valore. Rimanevano

La confusione dei rapporti fra i due illeciti si è accentuata nell'ultimo ventennio, ove si è assistito alla creazione di sistemi a “doppio binario” sanzionatorio, con la previsione di fattispecie spesso sovrapponibili, se non del tutto coincidenti, distintamente punite in via amministrativa o come reati. In molte di queste ipotesi, l'integrazione dell'illecito amministrativo comporta delle conseguenze significativamente afflittive.

Allo scopo di smascherare la c.d. frode delle etichette (*mislabelling* o *Etikettenschwindel*)<sup>379</sup>, è stata elaborata la nozione europea di materia penale. Pertanto, a

---

esclusi, inoltre, taluni reati che, ancorché puniti con la pena dell'ammenda, manifestavano una particolare pericolosità.

Un secondo intervento normativo (l. n. 950 del 1967) depenalizzava le “contravvenzioni in materia di polizia forestale”, seguito dalla prima depenalizzazione di carattere generale, con la legge n. 706 del 1975, che ha riguardato tutte le contravvenzioni punibili solo con l'ammenda, salvo alcune esclusioni espressamente individuate, come tutte quelle presenti nel codice penale, nel Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza e altre relativi a determinati settori (es. lavoro, urbanistica, alimenti e bevande).

L'esigenza di una disciplina unitaria e generale dell'illecito amministrativo porterà alla legge n. 689 del 1981, sulla cui portata innovativa e sistematica si è già detto sopra.

La trasformazione dettata da questa legge ha riguardato tutti i reati puniti solamente con ammenda o multa (ancora una volta seguendo il criterio formale di depenalizzazione). Non solo: il legislatore l'ha estesa anche ad alcuni reati del codice penale puniti alternativamente con l'arresto o l'ammenda.

Quindi, restavano fuori dall'opera di depenalizzazione i reati perseguibili a querela di parte, quelli punibili alternativamente o congiuntamente, quando aggravati, con la pena detentiva, nonché le fattispecie espressamente escluse, come i reati previsti dal codice penale, eccetto le ipotesi di cui all'art. 33, lett. a).

In seguito, nel decennio 1990-2000 si sono succeduti una serie di interventi di depenalizzazione: l. n. 561 del 1993, relativa ad alcuni reati “bagatellari”; d.lgs. n. 211 del 1994, d.lgs. n. 666 del 1994 e d.lgs. n. 758 del 1994 su previdenza e lavoro; d.lgs. n. 480 del 1994, riguardante il t.u.l.p.s.; d.lgs. nn. 471-472-473 del 1997, in materia tributaria; d.lgs. n. 507 del 1999, che intervenuto su una scala più ampia di illeciti. L'ultima trasformazione in ordine di tempo ha avuto luogo nel 2016, con i d.lgs. nn. 7-8 cit., che porta con sé un elemento di novità, cioè la sostituzione della sanzione penale con la sanzione civile, come nel caso dell'ingiuria (art. 594 c.p., abrogato).

Parallelamente alla riduzione del diritto penale si è mosso l'ampliamento del penalmente rilevante, fenomeno inarrestabile che, nonostante gli sforzi di depenalizzazione, segna ormai la continuità dell'ipertrofia del sistema penale italiano; così come, in alcuni casi, vi sono state delle “ripenalizzazioni” (vedi, per esempio, il caso del rifiuto a sottoporsi a test alcolimetrici, depenalizzato con legge n. 160 del 2007 e ripenalizzato con la legge n. 125 del 2008, che ha convertito con modifiche il d.l. n. 92 del 2008).

In senso critico sulle modalità degli interventi di depenalizzazione: G. RUGGIERO, *Contributo allo studio della capacità penale. Lo “statuto” della persona fisica e degli enti*, Torino, 2007, p. 135.

Sugli interventi di depenalizzazione più recenti, si v. N. SELVAGGI, *La depenalizzazione e le altre politiche deflattive nelle più recenti iniziative di riforma*, cit.

<sup>379</sup> Espressione utilizzata in dottrina per indicare i casi in cui il legislatore qualifichi in modo diverso un istituto del diritto penale, con l'effetto di sottrarlo alle maggiori garanzie che si dovrebbero applicare conformemente alla sua natura. Inizialmente, con tale dizione la penalistica italiana si è riferita al tema delle misure di sicurezza e al doppio binario del sistema italiano: soii v. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *op. cit.* p. 714 ss. Tuttavia, si confà anche al tema della ‘materia penale’ e alle “truffe” legislative scoperte attraverso i criteri *Engel*: si v. Ufficio del Massimario (a cura di), *Ne bis in idem*, cit., p. 4; si v. anche par. 21 *dissenting opinion* alla sentenza *A e B c. Norvegia* del giudice Pinto de Albuquerque.

Sull'estensione delle garanzie penalistiche nel caso di “truffa delle etichette”, si cfr. M. DONINI, *Sussidiarietà penale e subsidiarietà comunitaria*, cit., p. 122

fronte di un ampio ricorso alla depenalizzazione e all'introduzione di illeciti amministrativi, si è assistito a una penalizzazione mascherata, che, pur non avendo ampliato formalmente l'area delle fattispecie accompagnate dalla sanzione penale, ha comportato di fatto tale risultato e, nel caso del doppio binario, la violazione sistematica del divieto di *bis in idem*<sup>380</sup>.

Secondo l'impostazione tradizionale<sup>381</sup> la sanzione amministrativa<sup>382</sup> va individuata in via residuale rispetto alle sanzioni civili e penali, quale conseguenza della trasgressione di una norma o di un provvedimento amministrativo<sup>383</sup> e irrogata nell'esercizio di potestà amministrative<sup>384</sup>, a contenuto pecuniario, interdittivo o accessorio<sup>385</sup>.

Tale sanzione si distingue da quella penale sotto vari aspetti. In primo luogo, non può toccare beni per i quali la Costituzione preveda una riserva di giurisdizione; ne consegue che le sanzioni amministrative non possono in alcun modo intaccare la libertà personale (art. 13 Cost.), che gode di tale riserva, accanto a una rigida riserva di legge<sup>386</sup>.

Per quanto riguarda l'Autorità competente a conoscere delle sanzioni amministrative, si tratta di materia del giudice ordinario, del giudice penale nei casi *ex art. 24 l. n. 689 del 1981* e del giudice amministrativo nei casi di giurisdizione esclusiva

---

<sup>380</sup> F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato*, cit.

<sup>381</sup> G. VASSALLI, voce *Potestà punitiva*, cit., p. 796-801. In questo senso, v. E. CASSETTA, *Manuale*, cit., p. 363; ancora, Id., voce *Illecito amministrativo*, cit., p. 90, Id., voce *Sanzione amministrativa*, cit., p. 598, E. CANNADA-BARTOLI, voce *Illecito amministrativo*, cit., p. 112 ss. L'opinione è il portato della visione "formalistica" degli Autori della distinzione tra gli illeciti.

<sup>382</sup> Per sanzione amministrativa *stricto sensu* si intende quella misura che è diretta solo a punire chi ha violato un dato precetto. Non vi rientrano, quindi, le misure ripristinatorie dell'interesse pubblico stravolto dall'illecito: C.E. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 5; *contra* G. RUGGIERO, *Contributo allo studio della capacità penale*, cit., p. 133.

La distinzione fra i due provvedimenti è alla base anche del riparto di giurisdizione sulla loro contestazione: si cfr. Cons. Stato, 21 novembre 2016, n. 485; Cass., Sez. Un., 14 ottobre 2004, n. 20252.

<sup>383</sup> Sostiene che l'illecito amministrativo consegue alla trasgressione mera di un precetto ordinario: F. SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1983, p. 256

<sup>384</sup> Si è sostenuto, altresì, che la potestà punitiva in questione sia un diritto soggettivo della pubblica amministrazione, espressione della propria potestà di autotutela, quale capacità di tutela immediata dei propri interessi: così, G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, p. 38 ss.

<sup>385</sup> E. CASSETTA, *Manuale*, cit., p. 363

<sup>386</sup> C. SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., p. 58.

(o di sanzioni da questo irrogate: si cfr. art. 26 c.p.a.), mentre solo il giudice penale può conoscere delle sanzioni penali<sup>387</sup>.

Inoltre, va aggiunto che le pene possono essere stabilite solo dalla legge statale, mentre gli illeciti e le sanzioni amministrative possono essere stabilite, entro determinati limiti, anche da leggi regionali e provinciali.

Sanzione penale e amministrativa presentano, poi, delle caratteristiche comuni:

- a) sono entrambe dissuasive, minacciando il legittimo sacrificio di beni individuali di fronte ad una trasgressione di un precetto normativamente individuato;
- b) si tratta di conseguenze afflittive, perché alla loro inflizione conseguono delle conseguenze negative per la posizione giuridica del destinatario;
- c) retribuiscono la commissione di una violazione, in modo corrispondente alla sua gravità, al punto da restare assoggettate al principio di proporzione<sup>388</sup>.

Accanto a questi aspetti comuni è chiaro che si pongono, però, delle differenze. In primo luogo, sul piano funzionale, la pena deve tendere alla rieducazione del condannato (art. 27, comma 3 Cost.). Dalla condanna penale, poi, discendono tutta una serie di conseguenze (per es., la recidiva, l'iscrizione del reo al casellario giudiziale, ecc.), non operanti nel caso di inflizione di una sanzione amministrativa.

---

<sup>387</sup> La competenza a conoscere delle violazioni finanziarie amministrative e, addirittura, delle contravvenzioni punite solo con l'ammenda da parte dell'intendente di finanza (art. 21, n. 1, l. n. 4 del 1929), organo dell'amministrazione, è venuta meno con l. n. 358 del 1991 e Corte cost., 27 marzo 1969, n. 60, rispettivamente.

<sup>388</sup> Corte cost., 9 marzo 2022, n. 95; Cons. Stato, sez. II, 7 novembre 2019, n. 7598; Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2019, n. 7185. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 294 ss.

La dottrina ha spesso rinunciato a individuare una differenza sostanziale tra le due categorie di sanzioni<sup>389</sup>, trovando conferma nella giurisprudenza costituzionale<sup>390</sup> e nell'approccio della legislazione<sup>391</sup>.

Una prima osservazione che può trarsi immediatamente dal quadro normativo odierno è che l'illecito amministrativo non appare necessariamente rappresentativo di doveri generali collegati all'ordine della pubblica amministrazione<sup>392</sup>, posto che spesso le sanzioni vengono minacciate a tutela di interessi generali di altro tipo, in modo analogo a quanto avviene per il diritto penale. Difatti, anche gli illeciti amministrativi possono essere posti a presidio di beni giuridici<sup>393</sup>.

Dunque, l'intervento di depenalizzazione non segue la declassificazione dell'interesse protetto, bensì, al limite, una rivalutazione del grado di meritevolezza di protezione che ad esso si intende assegnargli. Una valutazione strettamente politica, salvi i limiti che possono ricondursi ai principi di sussidiarietà e proporzione dell'intervento di criminalizzazione.

---

<sup>389</sup> G. VASSALLI, voce *Potestà punitiva*, cit., p. 796-801; E. CANNADA-BARTOLI, *op. cit.*, p. 112 ss.

<sup>390</sup> La Corte costituzionale ha affrontato la questione con la sentenza n. 6 del 1956, quando si è trattato di discutere della potestà normativa penale delle Regioni, ha indicato tre criteri distintivi: il carattere intrinseco della sanzione, l'organo chiamato ad applicarla, il procedimento da seguirsi per l'applicazione e le sue conseguenze giuridiche. Recita Corte cost., 15 giugno 1956, n. 6: «*La distinzione fra norme penali e norme contenenti sanzioni amministrative va riportata non tanto al carattere della materia a cui la norma si riferisce nel comminare una determinata sanzione, ma va piuttosto riferita al carattere intrinseco della sanzione stessa, all'organo che è chiamato ad applicarla, al procedimento da seguirsi nell'applicazione, alle conseguenze giuridiche di essa. Ora nella specie non solo è comminata come sanzione l'ammenda, che è compresa fra le pene previste nel Codice penale, ma viene nettamente distinta la fase della contestazione e della eventuale definizione in via amministrativa dalla fase giudiziaria in cui la sanzione viene applicata e che è devoluta al giudice ordinario, con la conseguente convertibilità della pena pecuniaria in pena detentiva in caso di insolvibilità del condannato*».

<sup>391</sup> Peraltro, al riguardo, può essere menzionata anche la l. n. 4 del 1929 in tema di violazioni delle leggi finanziarie, che ha previsto la distinzione tra reati e illeciti amministrativi sul piano meramente nominalistico-formale, nonché in relazione all'organo giurisdizionale di devoluzione della conoscenza dell'illecito.

<sup>392</sup> E. DOLCINI, *Sanzione penale e amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it.dir. proc. pen.*, 1984, p. 383

<sup>393</sup> Per la tutela di beni giuridici anche da parte della sanzione amministrativa, *Ivi*, p. 377.

Pertanto, si può dire che la depenalizzazione, così come la decriminalizzazione<sup>394</sup>, è frutto di una rivalutazione da parte del legislatore del disvalore di una fattispecie, che muta in relazione ad ogni periodo storico e al sentimento della stessa società nei confronti di un dato valore sociale protetto e che porta alla trasformazione della sanzione o alla sua totale eliminazione.

Peraltro, può osservarsi come sovente l'opera di depenalizzazione abbia coinvolto norme incriminatrici predisposte alla tutela anticipata dei beni giuridici, con la previsione di illeciti di pericolo astratto o, addirittura, 'ostacolo'. Lo stesso si potrebbe dire prendendo come esempio i primi interventi di depenalizzazione, che hanno mirato alla trasformazione di illeciti contravvenzionali punibili esclusivamente in via pecuniaria: anche in questo caso la legge ha ritenuto che la lesione non superasse quella soglia di importanza tale da chiedere il ricorso alla sanzione penale. A eguali conclusioni può giungersi guardando ad alcuni casi in cui sono state previste sanzioni tipologicamente differenti applicabili ad un'infrazione oggettivamente corrispondente, a seconda della collocazione della violazione al di sopra o al di sotto di una soglia di punibilità.

Tutto ciò, tra l'altro, vede l'attività di riforma guidata dal principio di sussidiarietà, che chiede che la sanzione penale sia prevista solo come *extrema ratio* per proteggere l'ordine sociale, quindi che sia necessaria. Nel momento in cui si potrà utilizzare un altro adeguato mezzo sanzionatorio o anche non sanzionatorio per tutelare in modo efficace il valore che si vuole proteggere, si dovrà abbandonare il diritto penale<sup>395</sup>.

---

<sup>394</sup> Depenalizzazione e decriminalizzazione hanno differenti significati. Con il primo termine ci si dovrebbe riferire al mutamento di sanzione: il comportamento conserverebbe il suo disvalore sotto altri aspetti (dalla sanzione penale alla sanzione amministrativa); con l'altro, invece, si dovrebbe descrivere la totale trasformazione di un comportamento illecito in uno lecito. In questa sede si vuole intendere secondo queste accezioni. Invero, spesso la dottrina li utilizza con significati pressoché differenti e, talvolta opposti: si v. F. GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, in G. VASSALLI, (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, p. 191, che distingue tra depenalizzazione in senso stretto (intesa come coincidente con la decriminalizzazione) e depenalizzazione in senso lato o "secca" (cioè, eliminazione radicale dell'illecito). Alternativa la visione di P. PITTARO, voce *Depenalizzazione*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Agg., Roma, 2007, p. 1, che intende per depenalizzazione il passaggio dal delitto alla contravvenzione.

<sup>395</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 12 ss.; A. FIORELLA, *Le strutture*, cit., p. 11 ss.

Ecco che ritorna in queste riflessioni anche il principio proporzione, che chiede che si mantenga un certo equilibrio nel rapporto tra costi e benefici; il fatto deve collocarsi oltre una certa soglia di gravità e rispetto ad un bene giuridico particolarmente rilevante perché possa comminarsi una pena per una data infrazione, di modo che ci si muova in modo proporzionale al grado di disvalore del fatto, rispetto ai mezzi di tutela a cui fare riferimento<sup>396</sup>.

Si tratta di due principi che arginano l'attività legislativa, trovando fondamento costituzionale, rispettivamente, negli artt. 13 (per quanto concerne le pene che toccano, direttamente o indirettamente, la libertà personale) e 27 Cost., in quanto in quest'ultimo caso si profilerebbe l'impossibilità del condannato di comprendere la pena sproporzionata inflittagli, di guisa che non verrebbe raggiunto lo scopo rieducativo della sanzione. E sono proprio questi principi ad aver direzionato l'attività di depenalizzazione degli ultimi cinquant'anni<sup>397</sup>.

Quanto detto trova avallo in una Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1984<sup>398</sup>: *«Fondamentalmente, la scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa deve ispirarsi a due principi concorrenti: quello di proporzione e quello di sussidiarietà. Il primo esige che la reazione all'illecito corrisponda alla sua gravità. Tale principio può ritenersi implicitamente costituzionalizzato [...] dall'art. 27 comma 3° della Costituzione, non potendosi perseguire alcuna azione rieducativa mediante un trattamento sanzionatorio sproporzionato alla gravità del fatto. Il principio di sussidiarietà giustifica il ricorso alla sanzione penale solo in mancanza di tecniche di controllo sociale provviste di un analogo grado di efficacia. Tale principio [...] può essere ricollegato all'art. 13 comma 1° della Costituzione che considerando in linea di principio "inviolabile" la libertà personale [...] offre un'implicita, ma significativa*

---

<sup>396</sup> *Ibidem*; Corte cost., 16 dicembre 1986, n. 269; 25 gennaio 1995, n. 519. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 104

<sup>397</sup> Si cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 13 ss. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 172, che ritiene che l'illecito amministrativo presidia gli stessi beni protetti dalle norme incriminatrici, ma nel caso di offesa più lieve.

<sup>398</sup> In *Gazz. Uff.* n. 22/1984, suppl. ord., sulla quale si v. T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 100

*indicazione a favore dell'impiego di questa sanzione come ultima ratio, quando cioè sia esaurita qualsiasi possibilità di tutela attraverso strumenti sanzionatori che non incidano su un bene di rango così elevato. Come si è accennato, i due principi debbono considerarsi entrambi condizionanti per il ricorso alla sanzione penale; nel senso che questa deve corrispondere sia ad un criterio di proporzione, sia ad un criterio di sussidiarietà. Basterà quindi che essa risulti o sproporzionata alla gravità dell'illecito o sostituibile con una sanzione amministrativa dotata di pari efficacia perché l'adozione della sanzione penale non sia giustificata».*

La funzione limitativa dell'attività legislativa di criminalizzazione da parte di questi principi è stata più volte confermata anche dalla Corte costituzionale<sup>399</sup>. Un caso di spicco è quello che ha portato alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 670 c.p. (abrogato poi nel 1999), che prevedeva il reato di "Mendicità", con riferimento a quella "non invasiva", «*alla luce del canone della ragionevolezza, non potendosi ritenere in alcun modo necessitato il ricorso alla regola penale*»<sup>400</sup>. Qui la Corte ha utilizzato il parametro della ragionevolezza, alla stregua del quale può essere censurata l'attività discrezionale del legislatore nella scelta del mezzo sanzionatorio a cui ricorrere<sup>401</sup>.

Tuttavia, al di là delle affermazioni di principio, la linea tra vincoli giuridici e libere scelte politiche non è agevolmente tracciabile. Spesso la legge penale si occupa di fatti che, per gli interessi protetti e l'anticipazione della tutela, sembrano manifestare le caratteristiche tipicamente riconosciute a un illecito amministrativo. Nondimeno, per ragioni politiche se ne predilige la conservazione nell'area di rilevanza. Sussiste una vera e propria striscia (più che di confine) di confusione tra illeciti penali e illeciti amministrativi: quella degli illeciti minori, che per funzione e struttura sono

---

<sup>399</sup> Oltre alle pronunce sopra citate, si v. Corte cost., 21 febbraio 1996, n. 52.

<sup>400</sup> Così, Corte cost., 15 dicembre 1995, n. 519. Analogamente Corte cost. 8 febbraio 1984, n. 25.

<sup>401</sup> Corte cost., 15 dicembre 1995, n. 519, p. 1



indistinguibili da quelli amministrativi; previsioni che una rilettura in chiave di opportunità punitiva e rieducativa potrebbero essere oggetto di depenalizzazione<sup>402</sup>.

D'altronde, è arduo spiegare la previsione tanto dell'illecito penale quanto di quello amministrativo allorché il fatto e il relativo disvalore rimangano omogenei. Non solo: sovente la sanzione denominata come "amministrativa", in tali casi, cela elementi sanzionatori di tipo criminale. Sono situazioni in cui il legislatore vuole rafforzare il sistema, almeno sul piano astratto, attraverso la totale copertura sanzionatoria di fenomeni offensivi della società<sup>403</sup>. In situazioni siffatte la ricerca di una differenza sostanziale fra le due categorie di illecito sembra sfumare. Tuttavia, pur in assenza di un gradualismo immediatamente ravvisabile, sulla scorta degli approdi della giurisprudenza europea, come si vedrà oltre, anche in questo caso è possibile tracciare una linea di confine quantomeno ai fini dell'applicazione delle garanzie della 'materia penale'.

In definitiva, sembra che la distinzione sul piano sostanziale tra le due tipologie di illecito, per quanto difficilmente tracciabile, debba essere ricercata in base alle funzioni riconoscibili alla sanzione prevista e alla incidenza della stessa sulla sfera del destinatario. Dunque, non è tanto il nucleo di illiceità, quanto piuttosto la sanzione che assume il ruolo di elemento qualificante della distinzione. La ricerca della connotazione sostanziale che la stessa assume è un'indagine imposta dalla stessa giurisprudenza europea, sicuramente non scevra da incertezza, ma comunque resa necessaria dall'insoddisfazione data dalle mere scelte formali operate sul piano politico-legislativo.

---

<sup>402</sup> Si cfr. i rilievi di M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, p. 234.

<sup>403</sup> G. M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., p. 1, che discorrono di «*afflato efficientistico*».

### **2.1.1. La responsabilità da reato dell'ente nel "buco nero" della 'materia penale'.**

Appare inevitabile volgere lo sguardo oltre la persona fisica per sviluppare qualche considerazione già in questa sede sulla natura giuridica delle conseguenze punitive che coinvolgono l'ente.

In disparte la natura delle sanzioni da illecito amministrativo in senso proprio, molti dubbi sono emersi in ordine alla qualificazione della responsabilità dell'ente da reato, alla luce anche dell'aggettivazione in chiave "amministrativa" impiegato dal legislatore.

Com'è noto, questa scelta sarebbe stata imposta dall'esigenza di aggirare l'ostacolo rappresentato dall'idea tradizionale dell'inconciliabilità fra l'universo penalistico e un ruolo da protagonista, anche secondario, delle persone giuridiche. Il bisogno di punizione anche verso chi "non poteva delinquere" ha spinto fortemente verso la direzione opposta, annunciando nella terminologia utilizzata che l'unico profilo penalistico di collegamento sarebbe stato l'elemento costitutivo offerto dal "reato" della persona fisica.

Avventurarsi nel mondo penalistico è apparso rischioso per il legislatore, conscio della difficoltà di concepire il diritto penale e le sue garanzie di fondo senza l'umanità dei suoi destinatari.

Ma se la vita «*non sa di nomi*»<sup>404</sup>, è evidente che l'impiego di un'insegna legale non poteva eliminare a monte il dibattito sulla reale natura della responsabilità<sup>405</sup>.

Progressivamente, la lettura adesiva al testo normativo ha trovato sempre più voci dissonanti in dottrina e in giurisprudenza, poiché il sistema della responsabilità dell'ente, vista anche la base penalistica di partenza, si presentava agli occhi degli interpreti come una costruzione di un 'diritto penale per l'ente', con richiami e adeguamenti rispetto a quanto era già contemplato per la persona fisica. In questo senso non depone solo la teoria più radicale della natura penale della responsabilità, ma anche quella più cauta del *tertium*

---

<sup>404</sup> L. PIRANDELLO, *Uno, nessuno e centomila*, libro VIII, capitolo IV

<sup>405</sup> Sul quale ci si soffermerà più approfonditamente nel capitolo successivo.

*genus*, recepita dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, come momento di coniugazione dei tratti essenziali delle due tipologie di responsabilità<sup>406</sup>.

I punti di contatto con il diritto penale sono tali e tanti che la necessità di richiamare il concetto di *matière pénale* per disvelare la “frode delle etichette” è stata avvertita in maniera meno intensa. Nondimeno, l’approccio sostanzialistico che ormai pervade l’intero diritto punitivo può risultare utile per confutare l’inquadramento amministrativo della responsabilità dell’ente. D’altra parte, fra i criteri utilizzati dalla giurisprudenza europea non viene richiamato quello ‘sogettivo’, cioè dei destinatari della sanzione. Infine, anche le pronunce giurisprudenziali intervenute per negare la violazione del *ne bis in idem* nei rapporti tra persona fisica e persona giuridica, nel negare la medesimezza del soggetto coinvolto, sembrano aver dato per presupposto l’appartenenza delle sanzioni alla materia penale europea<sup>407</sup>.

Se si aderisce a questa ricostruzione (si v. cap. III, par. 3.1) e si ritiene che l’ente sia titolare anche del diritto fondamentale corrispondente al *ne bis in idem* (si v. cap. IV), il pericolo della violazione della garanzia può venire in rilievo in tutti quei casi in cui questo sia reso destinatario, alla stessa stregua della persona fisica, di conseguenze sanzionatorie meritevoli di qualificazione penalistica.

## **2.2. Il “doppio binario” sanzionatorio e procedimentale.**

Da quanto illustrato in relazione alla materia penale deriva una conseguenza: laddove nell’esame delle ipotesi illecite formalmente diverse, ma sovrapponibili nella costruzione, si constatasse l’unitarietà della pretesa punitiva da parte dello Stato, ne deriverebbe la sostanziale coincidenza delle due, con conseguente possibilità della

---

<sup>406</sup> Cass., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, *Espenhahn e altri*. Tesi, peraltro, già prospettata nella *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001*, n. 231, p. 12, § 1.1

<sup>407</sup> CGUE, cause C-217/15 e C-350/15 - *Orsi e Baldetti*, 5 aprile 2017; Corte EDU, 20 maggio 2014, *Pirttimaki c. Finlandia*

violazione del *ne bis in idem* se tale funzione sanzionatoria dovesse essere ascrivibile a quella delle sanzioni appartenenti alla materia penale.

Questo rischio può verificarsi nei casi di doppio binario sanzionatorio e procedimentale, là dove alla sanzione penale, minaccia forte verso la collettività con carattere maggiormente stigmatizzante, si affianca quella amministrativa per agevolare e velocizzare la punizione dei responsabili, senza dover osservare le garanzie tipiche del processo penale<sup>408</sup>.

Al fine di escludere che si potesse parlare di una vera e propria duplicazione sanzionatoria (ancorché ammessa, se quella amministrativa non viene qualificata come avente natura penale), spesso il legislatore ha strutturato le fattispecie in modo apparentemente diverso, attraverso l'inserimento di alcuni elementi di distinzione dei precetti. Ciò sicuramente non può fare parlare di identità degli illeciti sul piano normativo astratto, benché in buona parte sovrapponibili (e, in alcuni casi, in rapporto di continenza); ma può far discutere di coincidenza sul piano concreto (che è quello che conta, secondo la giurisprudenza della Corte EDU), posto che le condotte da esse generalmente integrate sono sussumibili sotto entrambe le previsioni normative<sup>409</sup>. In tali contesti, peraltro, a nulla è valso il principio di specialità sopra esaminato, che il legislatore aveva richiamato in via generale proprio allo scopo di scongiurare il concorso di illeciti. Difatti, come si vedrà poco oltre, l'approccio della giurisprudenza è stato nel senso di ritenere eterogenei, quindi concorrenti, gli illeciti, così autorizzando la partenza di entrambi i treni collocati sui percorsi ferroviari paralleli, costruiti in via normativa.

Analizziamo ora le ipotesi di spicco e di interesse europeo in cui il legislatore ha previsto entrambe le tipologie sanzionatorie per fattispecie corrispondenti.

---

<sup>408</sup> Sulla maggiore efficacia della sanzione amministrativa, la stessa circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, 19 dicembre 1983, già cit. Si cfr. anche C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 1023 ss. Di recente, si è osservato efficacemente che l'intento del legislatore è quello di incamerare in modo celere la somma di danaro corrispondente alla sanzione irrogata A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 18.

<sup>409</sup> F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato*, cit.

### 2.2.1. *Gli abusi di mercato.*

Una prima disciplina che viene in rilievo è quella degli abusi di mercato; in particolare, si fa riferimento all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione di mercato<sup>410</sup>.

Tali reati costituiscono il presupposto anche della responsabilità dell'ente. Difatti, la l. n. 62 del 2005 ha introdotto l'art. 25-*sexies* all'interno del d.lgs. n. 231 del 2001, il quale prevede la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote per entrambe le ipotesi di reato, con possibilità di incremento fino a dieci volte il prodotto o il profitto nei casi in cui questo sia di rilevante entità. Si ricordi, peraltro, che accanto alla responsabilità da reato, il legislatore ha posto una peculiare ipotesi di responsabilità da illecito amministrativo, imperniata sugli stessi presupposti di cui agli artt. 5, 6 e 7 d.lgs. n. 231 del 2001 (art. 187-*quinquies* t.u.f.).

La figura penalmente rilevante di abuso di informazioni privilegiate è ora disciplinata dall'art. 184 del d.lgs. n. 58 del 1998, che precede la incriminazione della

---

<sup>410</sup> Un primo intervento a tutela dei mercati finanziari è avvenuto a livello comunitario, con la direttiva 89/592/CE in tema di *insider trading*, che mirava a far sì che gli Stati membri adottassero una disciplina adeguata e omogenea a riguardo. Tale direttiva è stata recepita dall'Italia con l. n. 157 del 1991, che all'art. 2 prevedeva la fattispecie delittuosa in questione, mentre all'art. 5 prevedeva il delitto di aggio relativo ai valori mobiliari, in coordinamento con la fattispecie prevista all'art. 501 c.p. di "Rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio". Invero, in origine l'*insider trading* strutturava un sostanziale divieto penale di operare sul piano finanziario una volta acquisita una informazione privilegiata (c.d. *disclose or abstain rule*). I dubbi di costituzionalità sollevati dalla dottrina e la scarsa applicazione pratica della fattispecie ha fatto sorgere numerose istanze di riforma, confluite nell'adozione del d.lgs. n. 58 del 1998, il T.U. in materia di intermediazione finanziaria, che ha introdotto le ipotesi penali di *market abuse* agli artt. 180-187. Più precisamente, l'art. 180 t.u.f. sanzionava l'abuso di informazioni privilegiate, mentre l'art. 181 l'aggio sugli strumenti finanziari; quest'ultima norma è stata abrogata, poi, dall'art. 8 del d.lgs. n. 61 del 2002, in seguito al cui intervento l'art. 2637 c.c. ha incluso la disciplina relativa ad una figura generale di aggio, relativa tanto agli strumenti finanziari quotati, quanto a quelli quotati e comprensiva dell'aggio bancario. Il fuoco della nuova fattispecie è stato spostato dall'obbligo di astensione al divieto di sfruttamento dell'informazione. Le principali riforme del testo unico hanno avuto luogo con la l. n. 62 del 2005 (c.d. legge Comunitaria 2004), adottata in recepimento della direttiva 2003/6/CE (c.d. MAD I), nonché con il d.lgs. n. 107 del 2018, attuativo della l. delega n. 163 del 2017, adottato al fine di recepire la direttiva 2014/57/UE (c.d. MAD II). Per approfondimenti, si rinvia a S. GIAVAZZI, *L'abuso di informazioni privilegiate*, in G. CANZIO – L. LUPÁRIA DONATI, *Diritto e procedura penale delle società*, Milano, 2022, p. 753 ss. Sul punto, tra gli altri, si v. anche E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012, p. 67 ss. e, in generale, *passim*.

manipolazione di mercato di cui all'art. 185. Non solo: la riforma del 2005 ha aggiunto, in adempimento alla direttiva europea, due illeciti amministrativi paralleli a quelli penali, ugualmente rubricati, agli artt. 187-*bis* e 187-*ter*, rispettivamente<sup>411</sup>.

L'art. 184 t.u.f. stabilisce che «è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro tre milioni chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate<sup>412</sup> in ragione della sua qualità di membro di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente, della partecipazione al capitale dell'emittente, ovvero dell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio: a) acquista, vende o compie altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi, su strumenti finanziari utilizzando le informazioni medesime; b) comunica tali informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio; c) raccomanda o

---

<sup>411</sup> Come anticipato nella nota precedente, l'altra modifica più rilevante è quella realizzata con l. n. 262 del 2005, che per lo più ha aumentato le sanzioni penali previste da tali norme. Infine, la direttiva 2014/57/UE (c.d. MAD II) e il regolamento 596/2014 (c.d. MAR) hanno previsto un adeguamento della normativa dei Paesi dell'Unione in materia di *market abuse*; per quanto riguarda la direttiva, il Governo italiano non ha adottato alcun decreto di recepimento, ancorché la l. n. 114 del 2015 (la legge di delegazione europea del 2014) avesse chiesto con l'art. 11 che l'Esecutivo adeguasse l'ordinamento italiano a tali cambiamenti.

<sup>412</sup> La cui nozione è specificata all'art. 181 t.u.f., che recepisce, in sostanza, quella formatasi nella dottrina e nella giurisprudenza riguardo all'*insider trading*: «per informazione privilegiata si intende un'informazione di carattere preciso, che non è stata resa pubblica, concernente, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti strumenti finanziari o uno o più strumenti finanziari, che, se resa pubblica, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di tali strumenti finanziari»; il secondo comma continua, dicendo che: «In relazione ai derivati su merci, per informazione privilegiata si intende un'informazione di carattere preciso, che non è stata resa pubblica, concernente, direttamente o indirettamente, uno o più derivati su merci, che i partecipanti ai mercati su cui tali derivati sono negoziati si aspettano di ricevere secondo prassi di mercato ammesse in tali mercati». Al comma 3 viene specificato, poi, il carattere preciso dell'informazione, tale se: «a) si riferisce ad un complesso di circostanze esistente o che si possa ragionevolmente prevedere che verrà ad esistenza o ad un evento verificatosi o che si possa ragionevolmente prevedere che si verificherà; b) è sufficientemente specifica da consentire di trarre conclusioni sul possibile effetto del complesso di circostanze o dell'evento di cui alla lettera a) sui prezzi degli strumenti finanziari»; il quarto comma definisce l'informazione che, se resa pubblica, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di strumenti finanziari come «un'informazione che presumibilmente un investitore ragionevole utilizzerebbe come uno degli elementi su cui fondare le proprie decisioni di investimento». In un caso specifico, che è quello delle persone incaricate dell'esecuzione di ordini relativi a strumenti finanziari, per informazione privilegiata si intende, ai sensi del comma 5: «anche l'informazione trasmessa da un cliente e concernente gli ordini del cliente in attesa di esecuzione, che ha un carattere preciso e che concerne, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti di strumenti finanziari o uno o più strumenti finanziari, che, se resa pubblica, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di tali strumenti finanziari».

induce altri, sulla base di esse, al compimento di taluna delle operazioni indicate nella lettera a)». Il comma 2 prevede, invece, un'autonoma figura di reato riguardante chi violi i divieti di cui al comma 1, ma avendo il possesso dell'informazione a motivo della preparazione o esecuzione di attività delittuose.

Non rientra tra gli obiettivi di questo lavoro addentrarsi troppo nell'esame della fattispecie menzionata. Giova indugiare, piuttosto, sulla comparazione tra l'illecito penale e il corrispondente illecito amministrativo. L'art. 187-*bis*, comma 1, nella versione che ha preceduto la riforma del 2018, stabiliva che: «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro ventimila a euro tre milioni chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione della sua qualità di membro di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente, della partecipazione al capitale dell'emittente, ovvero dell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio: a) acquista, vende o compie altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi su strumenti finanziari utilizzando le informazioni medesime; b) comunica informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio; c) raccomanda o induce altri, sulla base di esse, al compimento di taluna delle operazioni indicate nella lettera a)». Il comma seguente, inoltre, prevedeva che: «La stessa sanzione di cui al comma 1 si applica a chiunque essendo in possesso di informazioni privilegiate a motivo della preparazione o esecuzione di attività delittuose compie taluna delle azioni di cui al medesimo comma 1». Ancora, il comma 4 sanzionava allo stesso modo «chiunque, in possesso di informazioni privilegiate, conoscendo o potendo conoscere in base ad ordinaria diligenza il carattere privilegiato delle stesse, compie taluno dei fatti» indicati nel primo comma<sup>413</sup>.

---

<sup>413</sup> Il potere di vigilanza e sanzionatorio spetta all'Autorità di settore, la Consob, previa contestazione degli addebiti agli interessati. Questa va effettuata entro centottanta giorni (trecentosessanta se l'interessato risiede o ha la sede all'estero). A loro volta, i destinatari possono, entro trenta giorni dalla contestazione, presentare deduzioni e chiedere di essere personalmente ascoltati in sede istruttoria, eventualmente assistiti da un avvocato (art. 187-*septies*, comma 1 t.u.f.). Tale procedimento sanzionatorio è retto dai principi del

La riforma del d.lgs. n. 107 del 2018 ha modificato la costruzione dell'illecito amministrativo, dandogli una conformazione prettamente sanzionatoria. In particolare, il nuovo art. 187-*bis* t.u.f. punisce genericamente «chiunque viola il divieto di abuso di informazioni privilegiate e di comunicazione illecita di informazioni privilegiate di cui all'articolo 14 del regolamento (UE) n. 596/2014». Il carattere scarno della fattispecie impone di ricostruirne i contenuti attraverso il riferimento a diverse disposizioni del MAR, come gli artt. 8 e 14, che si occupano di definire i due divieti di cui all'art. 14<sup>414</sup>. Nondimeno, al mutamento di formulazione non ha fatto riscontro quello della sostanza dell'illecito; nessuna differenza, infatti, è ravvisabile rispetto al passato<sup>415</sup>.

Leggendo i primi due commi, si può sin da subito notare come la fattispecie penale e quella amministrativa allora vigenti fossero completamente sovrapponibili, salvo il caso delle violazioni colpose, fuori dal penalmente rilevante. Altra esclusività dell'illecito amministrativo risiede nell'equiparazione tra tentativo e consumazione (comma 6) e tra i soggetti attivi (*insiders* primari e secondari).

La norma debutta, oggi come allora, con l'espressione «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», ciò che, da un lato, sembra ammettere che il fatto possa non costituire reato; dall'altro, riconosce la possibilità di un concorso dei due trattamenti sanzionatori<sup>416</sup>. Difatti, il principio di specialità di cui all'art. 9 della l. n. 689 del 1981

---

contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie (comma 2).

È possibile opporsi a tale provvedimento tramite la proposizione di ricorso alla Corte d'appello nella cui circoscrizione è la sede legale o la residenza dell'opponente, salvo il caso in cui l'opponente non abbia la sede legale o la residenza nello Stato, nel qual caso è competente la Corte d'appello del luogo in cui è stata commessa la violazione; in via residuale, è competente la Corte d'appello di Roma (comma 4). L'opposizione non sospende l'esecuzione del provvedimento, ma il giudice dell'opposizione, se ricorrono gravi motivi, può disporre la sospensione con ordinanza non impugnabile.

Tale grado di giudizio può concludersi con una sentenza di accoglimento o di rigetto, ricorribile per cassazione.

Sui dubbi di incompatibilità convenzionale di tale procedimento, si v. sopra.

<sup>414</sup> Per una critica alla tecnica di rinvio adoperata, si v. L. FOFFANI, *Gli incerti confini della "materia penale" e i poteri della Consob*, in AA.VV., *Studi in onore di Alessio Lanzì*, Roma, 2020, p. 386.

<sup>415</sup> Si cfr. S. GIAVAZZI, *L'abuso di informazioni privilegiate*, cit., p. 843.

<sup>416</sup> Conseguenza che, nella precedente formulazione, sarebbe già discesa dalla preclusione per il principio di specialità determinata dalla quasi piena sovrapposizione delle fattispecie, secondo A.F. TRIPODI, *L'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate*, in F. SGUBBI – D. FONDAROLI – A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Abuso di informazioni privilegiate*,



non trova possibilità di applicazione<sup>417</sup>, anche in ragion della (quasi) completa identità dei due precetti sanzionatori<sup>418-419</sup>.

Procedendo con l'esame dell'altra fattispecie, la manipolazione di mercato, l'art. 185 t.u.f. punisce: «Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari [...] con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro cinque milioni (comma 1)».

Con la l. n. 62 del 2005 è stato introdotto l'art. 187-ter, che ha previsto il corrispondente illecito amministrativo di manipolazione di mercato. Al comma 1 veniva strutturata la fattispecie di "manipolazione informativa": «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro ventimila a euro cinque milioni chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari». Il comma 3 prevedeva, poi, la fattispecie di "manipolazione operativa": «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria di cui al comma 1 chiunque pone in essere: a) operazioni od ordini di compravendita che forniscano o siano idonei a fornire indicazioni false o fuorvianti in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo di strumenti finanziari; b) operazioni od ordini di compravendita che consentono, tramite l'azione di una o di più persone che agiscono di concerto, di fissare il prezzo di mercato di uno o più strumenti finanziari ad un livello anomalo o artificiale; c) operazioni od ordini di compravendita

---

*manipolazione di mercato, ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob, falso in prospetto. Lezioni, Padova, 2008, p. 82.*

<sup>417</sup> F. MUCCIARELLI, *L'abuso di informazione privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 1473

<sup>418</sup> Ufficio del Massimario (a cura di), *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., p. 20

<sup>419</sup> Da rilevare che vengono sanzionati solo in via amministrativa gli *insider* secondari, prima del 2005 penalmente rilevanti, cioè quelle condotte realizzate da parte di chi abbia il possesso dell'informazione privilegiate, ma non in ragione di una determinata posizione di cui si abusa, bensì sulla sola base della conoscenza del suo carattere privilegiato o della possibilità di farlo con l'ordinaria diligenza: F. MUCCIARELLI, *L'abuso di informazione privilegiate*, cit., p. 1473-1474

che utilizzano artifici od ogni altro tipo di inganno o di espediente; d) altri artifici idonei a fornire indicazioni false o fuorvianti in merito all’offerta, alla domanda o al prezzo di strumenti finanziari».

Anche in questo caso ha inciso la riforma apportata con il d.lgs. n. 107 del 2018, che ha conferito una dimensione meramente sanzionatoria anche all’art. 187-ter t.u.f., il quale, nella versione odierna, rinvia al divieto di manipolazione del mercato di cui all’art. 15 del regolamento (UE) n. 596/2014. Tuttavia, anche tale formulazione rende necessaria un’opera di ricostruzione delle condotte vietate attraverso il richiamo di una congerie di disposizioni del regolamento MAR<sup>420</sup>. In sintesi, l’illecito amministrativo si caratterizza per la natura di illecito di pericolo astratto, posto che prescinde dalla verifica in concreto dell’idoneità decettiva, e ricomprende anche le condotte colpose<sup>421</sup>.

Analizzando le fattispecie sul piano astratto, possono essere riscontrate delle differenze con la norma penale sopra esaminata. In primo luogo, mentre il reato si configura come di pericolo concreto, qui parliamo di una condotta astrattamente pericolosa: manca, infatti, il riferimento alla concreta idoneità di alterazione del prezzo degli strumenti finanziari. Inoltre, anche in questo caso la differenza opererebbe sul piano soggettivo: dolo per il reato; anche la colpa per l’illecito amministrativo<sup>422</sup>. In relazione, poi, alla condotta di manipolazione c.d. operativa, la norma amministrativa è molto più dettagliata di quella penale, anche se questo aspetto non sposta i termini della questione<sup>423</sup>.

Anche in questo caso, per regolare i rapporti tra i due illeciti viene utilizzata la formula «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», sì precludendo l’operatività del principio di specialità di cui all’art. 9 della l. n. 689 del 1981<sup>424</sup>.

---

<sup>420</sup> Per approfondimenti, si rinvia a F. D’ALESSANDRO, *L’aggiotaggio e la manipolazione di mercato*, in G. CANZIO – L. LUPÁRIA, *Diritto e procedura penale delle società*, cit., p. 925 ss.

<sup>421</sup> *Ivi*, p. 928. Sulle difficoltà ricostruttive delle condotte rilevanti solo sul piano amministrativo, si v. *Ivi*, p. 925 ss.

<sup>422</sup> G. LUNGHINI, *La manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1478

<sup>423</sup> Si cfr. *Ibidem*

<sup>424</sup> *Ibidem*. Difformemente C.E. PALIERO, “Market abuse” e legislazione penale: un connubio tormentato, in *Corr. mer.*, 2005, p. 811, che sostiene che l’incipit non derogherebbe al principio di

Infatti, con riferimento agli illeciti relativi ai mercati finanziari, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto applicabili entrambe le sanzioni in virtù di tale dato testuale, giacché appare disporre univocamente l'operatività di entrambe le norme e il cumulo delle relative sanzioni<sup>425</sup>. Va dato atto, comunque, di come sia stata postulata un'interpretazione diversa al fine di risolvere il problema della trasgressione del *ne bis in idem* leggendola in un altro senso, cioè come una clausola di specialità evocante il concorso apparente di norme nel caso in cui il fatto costituisca anche reato e di stabilire, in tal caso, la sola applicazione della norma penale in quanto dotata di elementi specializzanti rispetto all'illecito amministrativo<sup>426</sup>.

Invero, non sembra si possa adottare un'interpretazione diversa da quella puramente letterale, dal cui dato emerge una clausola espressa di doppia procedibilità in deroga al principio di cui all'art. 9 della l. n. 689 del 1981<sup>427</sup>.

---

specialità; si applicherebbe, così, la sola sanzione amministrativa, salvi i casi di concorso formale, laddove varrebbe il principio di consunzione, con operatività, dunque, della sola sanzione penale. Per una critica, si v. F. D'ALESSANDRO, *L'aggiotaggio e la manipolazione di mercato*, cit., p. 933 ss.

<sup>425</sup> Peraltro, era stata sollevata una questione di legittimità costituzionale che aveva proposto la sostituzione di tale espressione con una clausola di sussidiarietà («Salvo che il fatto costituisca reato»): così Cass., sez. V., 10 novembre 2014, n. 1782, *Chiaron*. Corte cost., 8 marzo 2016, n. 102 ha dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza la questione così proposta, dato che nel procedimento (penale) si discuteva dell'applicazione del reato di cui all'art. 184 e non dell'art. 187-bis t.u.f., che disciplina l'illecito amministrativo di "abuso di informazioni privilegiate". La Corte costituzionale ha altresì respinto la tesi del rimettente secondo cui la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 187-bis produrrebbe effetti positivi per l'imputato in virtù dell'art. 30, comma 4, l. 87/1953, in ragion del fatto che la conseguenza sarebbe data dalla revoca della sanzione amministrativa pecuniaria. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., sostiene che la Corte qui abbia "deciso di non decidere", alla luce della prossimità, all'epoca, dell'esercizio della delega legislativa (l. 114/2015). Aggiunge, inoltre, come la pronuncia potesse fornire occasione di responsabilizzazione dei giudici comuni e suggerendo le proposte di soluzione a cui ricorrere.

<sup>426</sup> Ufficio del Massimario (a cura di), *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., p. 25

<sup>427</sup> Clausole di questo tipo le ritroviamo in altre normative: a) art. 3 l. n. 898 del 1986, con riferimento alle frodi in danno al Fondo europeo agricolo di garanzia; b) art. 174-bis l. n. 633 del 1941; c) art. 44 d.P.R. n. 380 del 2001; d) artt. 50-59 d.lgs. n. 504 del 1995. Inoltre, si applicano congiuntamente alle sanzioni penali previste per i reati stradali le sanzioni amministrative accessorie della sospensione e della revoca della patente (art. 222 d.lgs. n. 285 del 1995) Si dovrebbe dire diversamente per gli illeciti in materia di trattamento di dati personali, ove una clausola siffatta manca, ma, nonostante ciò, la duplicazione delle risposte sanzionatorie è data per implicita dall'art. 167 d.lgs. n. 196 del 2003, nella parte in cui, al comma 6, stabilisce una diminuzione di pena per il caso di riscossione della sanzione amministrativa da parte del Garante, così neutralizzando il principio di specialità ex art. 9 l. n. 689 del 1981. Principio, quest'ultimo, che potrebbe essere anche oggetto di disapplicazione per incompatibilità con l'art. 83, par. 5, lett. a) del Regolamento GDPR (L. DEAGLIO, *Il compendio sanzionatorio della nuova disciplina privacy sotto la lente del ne bis in idem sovranazionale e della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2019, p. 205; V.

La giurisprudenza si è mossa quasi unanimemente proprio in questa direzione<sup>428</sup> e ha comunque individuato degli elementi di differenziazione tra l'uno e l'altro illecito. Per esempio, con riferimento alla manipolazione di mercato si è affermato che l'illecito amministrativo (art. 187-ter t.u.f.) ha una struttura improntata sul pericolo astratto e sulla tutela anticipata, mentre quello penale richiederebbe una «sensibile alterazione dei prezzi degli strumenti finanziari»; inoltre, l'integrazione della fattispecie amministrativa non necessita di comportamenti truffaldini o artificiosi, connotazione esclusiva della fattispecie penale.

### 2.2.2. *Gli illeciti tributari*

La materia degli illeciti tributari è stata investita da diversi interventi riformatori ed è stata caratterizzata da sempre dal dialogo tra le due qualificazioni degli illeciti; al punto che sin dal 1929 il legislatore ha avvertito il bisogno di disciplinare i due “binari” punitivi<sup>429</sup>.

---

MANES – FR. MAZZACUVA, *GDPR e nuove disposizioni penali del Codice privacy*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 177; A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 69 ss.).

<sup>428</sup> In senso contrario, si cfr. Cass., sez. VI, 16 marzo 2006, n. 15199, *Labella*, dove la Corte ha affrontato anche il tema della ‘ragionevolezza’ dell’intervento normativo della l. n. 62 del 2005 e ne ha pronosticato la problematicità: «l'intero intervento sanzionatorio nella materia dei c.d. market abuse (...) si caratterizza per una ricorrente replica di norme incriminatrici penale in identici illeciti amministrativi (...), secondo una tecnica legislativa inconsueta, destinata a creare sicuramente notevoli problemi applicativi».

<sup>429</sup> La prima disciplina relativa agli illeciti finanziari risale alla l. n. 4 del 1929, contenente “Norme generali per la repressione delle violazioni finanziarie”. Come dichiarato nel titolo della legge, questa doveva valere come statuto normativo di riferimento per tutti gli illeciti tributari, attraverso la individuazione di regole generali in materia di sanzioni e dei relativi procedimenti. È a questa normativa che si deve il doppio binario in materia tributaria tra le due tipologie di sanzioni; quelle amministrative, in particolare modo, consistevano in un’obbligazione civile avente ad oggetto il pagamento di una somma di danaro: a) la pena pecuniaria, di carattere afflittivo e alternativa a quella penale, perché commisurata alla personalità del trasgressore; b) la soprattassa, di carattere risarcitorio e cumulativa con la pena pecuniaria e con la sanzione penale.

Una regola importante in relazione al rapporto tra il processo penale e il procedimento amministrativo veniva, poi, stabilita per i tributi diretti dal capoverso dell’art. 21: la c.d. pregiudiziale tributaria. Più precisamente, essa consisteva nella sospensione della proposizione dell’azione penale fintantoché non fosse divenuto definitivo il procedimento di accertamento del tributo.

Gli illeciti che interessano il problema del “doppio binario” per le persone fisiche sono quelli in materia di riscossione. L’art. 10-*bis* d.lgs. n. 74 del 2000 sanziona penalmente l’omesso versamento di ritenute dovute o certificate, prevedendo la pena della reclusione da sei mesi a due anni per «chiunque non versa entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta ritenute dovute sulla base della stessa dichiarazione o risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti, per un ammontare superiore a centocinquantamila euro per ciascun periodo d’imposta». L’art. 10-*ter* d.lgs. cit. punisce l’omesso versamento dell’IVA, applicando la pena della reclusione da sei mesi a due anni per «chiunque non versa, entro il termine per il versamento dell’acconto relativo al periodo d’imposta successivo, l’imposta sul valore aggiunto dovuta in base alla dichiarazione annuale, per un ammontare superiore a euro duecentocinquantamila per ciascun periodo d’imposta».

---

Un primo importante intervento di riforma si ebbe nel 1982 con la l. n. 516: lo scopo era quello di rafforzare il sistema sanzionatorio penale e la sua applicazione per dare un segnale deciso nei confronti dell’evasione fiscale (la stessa legge era stata definita, a titolo di slogan, come “Manette agli evasori”). Per fare questo si abolì la pregiudiziale tributaria, che aveva, nella sostanza, evitato l’applicazione delle sanzioni penali e, per far sì che il giudice penale non fosse costretto ad occuparsi di accertamenti fiscali, si sanzionarono le inosservanze da parte del contribuente di obblighi strumentali all’adempimento fiscale: i c.d. reati prodromici all’evasione (così, però, secondo una parte della dottrina, «[...] dimenticando i principi di offensività e di extrema ratio dell’intervento penale», così G. M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2014). Invece, la sanzione amministrativa si sarebbe occupata dell’evasione in sé e per sé considerata.

Senonché, la riforma scatenò un effetto opposto a quello della pregiudiziale tributaria, provocando un’inondazione di notizie di reato che colpì gli uffici delle Procure italiane. Da qui, la “depenalizzazione di fatto” o “di prassi” realizzata dai giudici italiani, cioè la conduzione in prescrizione di tali reati per ritardata trattazione dei casi: prassi riferita *Ivi*, p. 2

Verso la fine degli anni ’90 sarà adottata una corposa riforma in materia tributaria, ancor oggi vigente, degli illeciti amministrativi (d.lgs. nn. 471-472-473 del 1997), seguita dal d.lgs. n. 74 del 2000 in materia di illeciti penali. Attraverso questi interventi vengono depenalizzati i reati prodromici della l. n. 516 del 1982 e si punta lo sguardo verso le lesioni al bene giuridico finale, punendo i reati in materia di dichiarazione e prevenendo delle soglie di punibilità.

Ma un sistema siffatto preoccupava, perché poteva non disincentivare alla commissione di condotte evasive; vennero, allora, introdotte nel 2004 (l. n. 212 del 2004, vigente dal 1° gennaio 2015) e nel 2006 (d.l. n. 223 del 2006, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 248 del 2006) nuove figure di reato accanto ad altre già punite con la riforma degli anni ‘80. Si trattava, in particolare, dei reati in materia di riscossione, come l’omesso versamento di IVA (art. 10-*ter*, D.lgs. n. 74 del 2000). *Ivi*, p. 2-3

Un’ultima riforma in materia di reati tributari si è avuta con il D.lgs. n. 158 del 2015, che ha apportato delle modifiche alla frode fiscale (artt. 2 ss.), al sistema sanzionatorio, in modo tale da renderlo maggiormente conforme al principio di proporzionalità, e alle soglie di punibilità. Inoltre, ha introdotto una nuova causa di esclusione della punibilità per il pagamento del debito tributario, che sarà analizzata più avanti

Trasferendo l'esposizione illustrativa all'illecito amministrativo di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 471 del 1997, questo si presenta così strutturato: «Chi non esegue, in tutto o in parte, alle prescritte scadenze, i versamenti in acconto, i versamenti periodici, il versamento di conguaglio o a saldo dell'imposta risultante dalla dichiarazione, detratto in questi casi l'ammontare dei versamenti periodici e in acconto, ancorché non effettuati, è soggetto a sanzione amministrativa pari al trenta per cento di ogni importo non versato, anche quando, in seguito alla correzione di errori materiali o di calcolo rilevati in sede di controllo della dichiarazione annuale, risulti una maggiore imposta o una minore eccedenza detraibile».

Confrontandola con i due illeciti su esaminati, si può notare anche in questo caso la loro prevalente sovrapposizione, mentre le differenze sarebbero presenti in misura ridotta. Innanzitutto, l'omesso versamento di ritenute certificate presenta il requisito della "certificazione" e il momento consumativo del reato sarebbe fissato con riferimento a un termine annuale, mentre quello dell'illecito amministrativo è mensile. Analogamente, per l'omesso versamento dell'IVA il reato si consuma secondo un termine annuale, mentre è mensile o trimestrale quello rilevante ai fini dell'illecito amministrativo. Naturalmente, un'altra differenza sta nelle soglie di punibilità previste per i casi penalmente rilevanti.

La sanzione tributaria si sostanzia in una soprattassa, corrispondente al trenta per cento della somma dovuta e non versata, che, pertanto, viene così maggiorata.

La situazione degli illeciti tributari si presenta differente da quella degli artt. 187-*bis* e 187-*ter* t.u.f., non essendo prevista un'analoga clausola di salvezza delle norme penali. Pertanto, in linea teorica non dovrebbero esserci ostacoli all'applicabilità del principio di specialità.

Senonché, in giurisprudenza ha prevalso una lettura diversa, che ha neutralizzato il possibile intervento risolutivo del principio di specialità<sup>430</sup>. In particolare, si è

---

<sup>430</sup> M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in *Dir. pen. cont.*, 9 febbraio 2016; si v. anche E. MUSCO – F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2013, p. 337 ss.

Conclusioni analoghe sono state espresse con riguardo ad altre materie, come, tra gli altri casi, nei rapporti tra illeciti amministrativi ambientali e getto pericoloso di cose o comunque nel caso di

evidenziato che gli illeciti in materia di riscossione starebbero tra loro in “rapporto di progressione illecita”, poiché la norma penale contiene e presuppone l’integrazione di quella amministrativa. Ciò in quanto, come visto, gli artt. 10-*bis* e 10-*ter* del d.lgs. n. 74 del 2000 prescrivono un mancato pagamento inseritosi in un quadro temporale annuale, mentre l’art. 13 del d.lgs. n. 471 del 1997 ne parla con riferimento a dei termini più brevi<sup>431</sup>. La differenza decisiva a escludere il rapporto di specialità tra le norme sarebbe rinvenibile sul piano temporale.

Da questo deriva anche l’esclusione della medesimezza del fatto nel raffronto tra le due fattispecie, cosa che farebbe ritenere rispettato il divieto di doppia sanzione o quello di doppio giudizio nello stesso fatto<sup>432</sup>.

In realtà, ciò sarebbe vero soltanto nella misura in cui ammettessimo che il “fatto” a cui è necessario fare riferimento è il fatto concreto, mentre è certo che la soluzione adottata dalla Suprema corte è frutto di un confronto in astratto. Come visto, questo è il modo di valutazione dell’applicazione del principio di specialità secondo l’impostazione più accreditata ed è quella che si intende condividere in questa sede. Tuttavia, può osservarsi che non sembra essere questo l’approccio prediletto dalla giurisprudenza europea ai fini dell’affermazione della medesimezza fattuale<sup>433</sup>, là dove emergerebbe il criterio della valutazione del fatto concreto<sup>434</sup>. Detto diversamente, l’impostazione è sicuramente corretta per vagliare l’applicabilità del principio di specialità e,

---

sovrapposizione tra tali illeciti e la violazione della regola cautelare a base del reato colposo. Per tali spunti, si v. A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 73 ss.

<sup>431</sup> Cass., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37425, *Favellato*, Cass., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37424, *Romano*; Cass., sez. III, 8 aprile 2014, n. 20266, *Zanchi*; *Contra* Cass., sez. III, 8 febbraio 2012, n. 18757, *Germani*, ove la Suprema corte ha ritenuto sussistente tra le condotte dell’omesso versamento di ritenute certificate e l’illecito di cui all’art. 13 d.lgs. n. 471 del 1997 una sostanziale identità.

<sup>432</sup> Si v. la nota precedente.

<sup>433</sup> In primo luogo con Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Sergey Zolotoukhin c. Russia*

<sup>434</sup> Per una visione opposta, si v. Cass., sez. III, 8 febbraio 2012, n. 18757, *Germani*

eventualmente, individuare la disposizione applicabile<sup>435</sup>; ma non vale ad escludere l'identità tra le situazioni fattuali in gioco ai fini dell'intervento del *ne bis in idem*<sup>436</sup>.

### **2.2.2.1. L'estensione della responsabilità dell'ente per i reati tributari.**

In origine e fino a poco tempo addietro i reati tributari non fungevano da presupposto per l'attivazione della responsabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001. Con il d.l. n. 124 del 2019, conv. con mod. in l. n. 157 del 2019, il legislatore ha esteso tale responsabilità ai reati previsti dagli artt. 2-3-10-11 d.lgs. n. 74 del 2000, aggiungendo l'art. 25-*quinquiesdecies*<sup>437</sup>. Più di recente, l'operazione di riforma è stata completata con un ulteriore ampliamento degli illeciti tributari rispetto ai quali può integrarsi la responsabilità dell'ente. Difatti, il d.lgs. n. 75 del 2020 ha incluso anche i reati di cui agli artt. 4-5-10-*quater*, ma solo «*se commessi nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri e al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro*» (art. 5, comma 1, lett. c)<sup>438</sup>.

---

<sup>435</sup> Nel senso della non estensibilità della concezione naturalistica europea al confronto fra le norme e al principio di specialità: M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche*, cit., p. 38; D. BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica*, Torino, 2000, p. 114-115.

<sup>436</sup> Per la tesi secondo cui tanto la specialità in concreto, quanto quella in astratto conducono alla medesimezza delle fattispecie confrontate in materia di omesso versamento, si v. M. BONTEMPELLI, *op. cit.*, p. 10 ss.

<sup>437</sup> Per un quadro complessivo si v. S. FINOCCHIARO, *Le novità in materia di reati tributari e di responsabilità degli enti contenute nel c.d. decreto fiscale (d.l. 124/2019)*, in *Sist. pen.*, 18 novembre 2019; G. RUTA, *La riforma dei reati tributari, una prima lettura*, in *Questione Giustizia*, 12 dicembre 2019.

<sup>438</sup> Per un quadro complessivo, si v. D. PIVA, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema*, in *Sist. pen.*, 15 settembre 2020.



L'intervento si è innestato su una tematica molto discussa in dottrina, qual era quella della estensione della responsabilità dell'ente anche alla materia penal-tributaria<sup>439</sup>, alla luce, altresì, di alcune recenti prese di posizione della giurisprudenza<sup>440</sup>.

In questo modo, l'innovazione legislativa – discendente dagli impulsi sovranazionali veicolati dalla direttiva UE/2017/1371 (c.d. PIF)<sup>441</sup> – ha aderito all'idea della meritevolezza di punizione dell'ente nel cui interesse o vantaggio viene commesso il reato tributario.

Invero, già precedentemente la violazione tributaria poteva determinare conseguenze sanzionatorie dirette in capo all'ente; infatti, l'ordinamento ha consentito, senza attivare le risorse di cui al d.lgs. 231/2001, di configurare la responsabilità del soggetto collettivo attraverso altri congegni.

In particolare, il quadro normativo pregresso può essere così riassunto schematicamente: a) in primo luogo, sarebbe stato possibile fare ricorso agli strumenti sanzionatori del d.lgs. n. 231 del 2001 sulla scorta di altri presupposti<sup>442</sup>, quali i reati di false comunicazioni sociali, di associazione per delinquere e di autoriciclaggio<sup>443</sup>; b) in

---

<sup>439</sup> In senso positivo, si v. E. BASILE, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in *Dir. pen. cont.*, Fasc. 12/2017, p. 72; P. IELO, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 3/2007, p. 7 ss.; in senso negativo, si v. C. SANTORIELLO, *I reati tributari nella responsabilità da reato degli enti collettivi: ovvero dell'opportunità di configurare la responsabilità amministrativa delle società anche in caso di commissione di reati fiscali*, in *Arch. Pen.* 1/2017, p. 7 ss.; I. CARACCIOLI, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2007, p. 155. Per una sintesi del dibattito, si v. F.M. MAGNELLI, *Sulla (in)compatibilità del sistema repressivo degli illeciti fiscali con lo statuto transnazionale del ne bis in idem: tra proporzionalità e 231*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 12, p. 12 ss.

<sup>440</sup> Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10561, *Gubert*; per un commento, v. C.E. PALIERO – F. MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche. Ancora a proposito di Cass., sez. un. pen., 30 gennaio 2014 (dep. 5 marzo 2014), n. 10561*, *Pres. Santacroce, Rel. Davigo, Imp. Gubert*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2015; si v. anche R. BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto. Dialogando con la sentenza Gubert e Mario Romano*, in *Dir. pen. cont.*, 20 ottobre 2016.

<sup>441</sup> Il cui articolo 6 ha obbligato gli Stati membri ad adottare «le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili di uno dei reati di cui agli articoli 3, 4 e 5 commessi a loro vantaggio da qualsiasi soggetto, a titolo individuale o in quanto membro di un organo della persona giuridica». Per degli spunti critici, si v. E. BASILE, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, cit., p. 72.

<sup>442</sup> R. BARTOLI, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in *Sist. pen.*, 3/2020, p. 223; F. PIERGALLINI, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, in *Sist. pen.*, 3/2020.

<sup>443</sup> Invero, nel senso della non impossibilità di invocare fattispecie “strumentali”, quale quella di associazione per delinquere, se non con riferimento a delitti-scopo già contemplati tra i reati presupposto

secondo luogo, poteva attivarsi la confisca, alla luce della pronuncia con la quale, nel 2014, le Sezioni Unite ne hanno affermato l'applicabilità (intendendola come diretta, in quanto avrebbe avuto ad oggetto beni fungibili) nei confronti dell'ente nel caso della commissione di un reato tributario<sup>444</sup>; c) in terzo luogo, si sarebbe applicata la sanzione amministrativa tributaria nel caso di commissione dell'illecito *ex art. 11 d.lgs. n. 472 del 1997*, peraltro posta esclusivamente a carico dell'ente personificato *ex art. 7, comma 1 d.l. n. 269 del 2003, conv. in l. n. 326 del 2003*.

In sintesi, il sistema previgente non creava “zone franche” rispetto all'ente al quale fosse correlabile ad ogni modo la commissione degli illeciti rientranti nella classe in esame, il quale sarebbe andato incontro comunque a reazioni ordinamentali.

Nel complesso, l'introduzione di tali reati tra quelli che attivano la responsabilità dell'ente è stata ritenuta opportuna e necessaria da parte della dottrina<sup>445</sup>, sia per esigenze di disciplina organica sia per adempiere l'obbligo di recepimento della Direttiva PIF, che ha vincolato l'incriminazione delle frodi IVA.

Come può notarsi, benché la direttiva avesse fatto riferimento a tutti i reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE, resta fuori dal catalogo l'ipotesi meno grave dell'omesso versamento dell'IVA, posto che il legislatore ha deciso di concentrarsi, per lo più, sulle fattispecie connotate da fraudolenza.

---

della responsabilità dell'ente: si v. Cass., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635; ma, proprio con riferimento ai reati tributari, in relazione alla possibilità del sequestro preventivo, la giurisprudenza successiva ha affermato l'autonomia del profitto del delitto associativo rispetto a quello dei delitti-scopo, in quanto coincidente con il risultato complessivo di quello ricavato da questi ultimi: si v. Cass., sez. III, 14 ottobre 2015, n. 46162; conf. Cass., sez. VI, 17 aprile 2018, n. 38243.

<sup>444</sup> Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10561, *Gubert*

<sup>445</sup> R. BARTOLI, *ult. op. cit.*, p. 225, seppur ritiene non vi fosse alcun vuoto di tutela, alla luce degli alternativi strumenti messi a disposizione dall'ordinamento pre-riforma; C.E. PALIERO, *La società punita. Del come, del perché, e del per cosa*, Riv. it. dir. proc. pen., 2008, p. 1529 ss., per la tripartizione tra reati “propri” dell'ente - espressione della volontà collettiva dello stesso - reati meramente strumentali della politica d'impresa e reati espressivi di un modello organizzativo adeguato, cit. in F. PIERGALLINI, *ult. op. cit.*, p. 4, che, in base alle modalità di commissione, ascrive i reati tributari alla prima o alla seconda classe.

Al contrario G. FLORA, *Prime riflessioni sulle problematiche penalistiche del recepimento della “direttiva PIF” nel settore dei reati tributari e della responsabilità “penale” degli enti*, in AA.VV., *Studi in onore di Alessio Lanzì*, cit., p. 381-382, sollevava alcune perplessità circa tale estensione, posto che ciò avrebbe creato il rischio di duplicazioni procedimentali e sanzionatorie, in frizione con la stessa Direttiva PIF.

Ciò non elimina l'interesse dell'intervento per la tematica dei binari sanzionatori multipli e del *ne bis in idem*, ancorché per la persona fisica il dibattito abbia riguardato le fattispecie di inadempimento qualificato sopra citate. Difatti, la costruzione sistematica attuale si articola in una pluralità di risposte punitive nei confronti dell'ente, già destinatario della sanzione amministrativa discendente dall'illecito in quanto parte del rapporto tributario, quale esclusivo referente se munito di personalità giuridica (artt. 11 d.lgs. n. 472 del 1997 e 7 d.l. n. 269 del 2003, conv. in l. n. 326 del 2003)<sup>446</sup>. Basti pensare alla sovrapposizione che può realizzarsi tra le violazioni di cui al d.lgs. n. 471 del 1997 commesse attraverso l'uso di documenti falsi o per operazioni inesistenti, o ancora attraverso condotte simulatorie o fraudolente (art. 1, comma 3; 5, comma 4-*bis*; 6, comma 9-*bis*), da un lato, e l'omologa fattispecie di cui all'art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000<sup>447</sup>.

In questi casi, oltretutto, non trova operatività il principio di specialità di cui all'art. 19, comma 1 d.lgs. n. 74 del 2000, posto che il comma 2 di tale ultima disposizione salvaguarda l'applicazione delle sanzioni nei confronti di soggetti diversi dalle persone fisiche ai sensi dell'art. 11 d.lgs. n. 472 del 1997. Ne consegue l'inapplicabilità agli enti anche del meccanismo della inesigibilità temporanea *ex* art. 21, comma 2 d.lgs. n. 74 del 2000, che eccettua dal meccanismo sospensivo proprio i soggetti di cui all'art. 19, comma 2.

#### **2.2.2.2. Meccanismi normativi di coordinamento dei “binari”.**

Proseguendo con l'esame del sistema degli illeciti tributari verso la persona fisica, va osservato che l'art. 20 d.lgs. n. 74 del 2000 riconosce espressamente il “doppio

---

<sup>446</sup> Si cfr. P. VENEZIANI, *Problemi attuali in tema di responsabilità dell'ente da reato tributario*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 4003.

<sup>447</sup> Come accaduto nella vicenda *DHL Suplly Chain (Italy) S.p.a.*, oggetto del decreto di archiviazione adottato dalla Procura di Milano il 9 novembre 2022, pubblicate in *Sist. pen.*, 25 novembre 2022, [https://www.sistemapenale.it/pdf\\_contenuti/1669375886\\_procura-milano-9-novembre-2022-archiviazione-caso-dhl-reati-tributari-responsabilita-ente-231-ne-bis-in-idem.pdf](https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1669375886_procura-milano-9-novembre-2022-archiviazione-caso-dhl-reati-tributari-responsabilita-ente-231-ne-bis-in-idem.pdf).

binario” procedimentale, fissando l’impossibilità di sospensione del procedimento amministrativo per il sol fatto della pendenza del processo penale sullo stesso fatto. Sospensione, invece, che riguarda l’esecutività della sanzione eventualmente irrogata in sede tributaria, che si trasformerà in ineseguibilità nel caso in cui dovesse essere accertata la responsabilità penale del sanzionato (art. 21). Com’è stato osservato, l’Amministrazione finanziaria si precostituisce un titolo da mettere in azione nel caso in cui il processo penale si concluda con l’attestazione della sussistenza del fatto di reato<sup>448</sup>.

In realtà, spesso il pagamento della sanzione potrebbe avvenire ben prima della definizione del processo penale, anche nella forma della rateizzazione del debito tributario. In questo caso, potrebbe entrare in gioco la causa di non punibilità di cui all’art. 13 del d.lgs. 74 del 2000, introdotta dal d.lgs. n. 158 del 2015 di riforma dei reati tributari<sup>449</sup>.

In origine tale disposizione prevedeva una circostanza attenuante legata al pagamento dei debiti tributari e delle sanzioni connesse intervenuto prima dell’apertura del dibattimento di primo grado. Con la riforma del 2015 il legislatore ha optato per la via della non punibilità e ha spostato la circostanza attenuante (ora applicabile fuori dei casi di non punibilità) all’art. 13-*bis*. La riforma ha posto al centro del sotto-sistema punitivo tributario una logica di recupero dell’oggetto della riscossione nel più breve tempo possibile<sup>450</sup>.

L’attuale art. 13, comma 1 prevede che: «I reati di cui agli articoli 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater*, comma 1, non sono punibili se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a

---

<sup>448</sup> G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., p. 11

<sup>449</sup> Sulla recente introduzione di una causa speciale di non punibilità per i delitti di cui agli artt. 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater*, comma 1 d.lgs. n. 74 del 2000 (art. 23 d.l. n. 34 del 2020) e per le differenze rispetto all’art. 13, si v. GATTA G.L., *“Tregua fiscale” e nuova causa di non punibilità dei reati tributari attivabile fino al giudizio d’appello. E il PNRR?*, in *Sist. pen.*, 12 aprile 2023, il quale critica la previsione sotto il profilo del rispetto del principio di precisione; F. CAGNOLA – F. BONCOMPAGNI, *Reati tributari: la “nuova” causa di non punibilità introdotta dal d.l. 30 marzo 2023, n. 34*, in *Sist. pen.*, 13 aprile 2023.

<sup>450</sup> F. CONSULICH, *Il diritto di Cesare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1373

seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, nonché del ravvedimento operoso»; per quello che ci interessa, continua il comma 3: «Qualora, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il debito tributario sia in fase di estinzione mediante rateizzazione, anche ai fini dell'applicabilità dell'articolo 13-*bis*, è dato un termine di tre mesi per il pagamento del debito residuo. In tal caso la prescrizione è sospesa. Il Giudice ha facoltà di prorogare tale termine una sola volta per non oltre tre mesi, qualora lo ritenga necessario, ferma restando la sospensione della prescrizione».

Il primo comma stabilisce che il giudice deve dichiarare la non punibilità del reato nel caso in cui il debito tributario (comprensivo delle sanzioni irrogate nel relativo procedimento e degli interessi) sia stato integralmente adempiuto, purché sia rispettato un termine: l'apertura del dibattimento di primo grado. Tale pagamento potrà aver luogo anche attraverso le procedure conciliative tra contribuente e Amministrazione finanziaria e l'istituto dell'accertamento con adesione; è ricompresa anche l'ipotesi del ravvedimento operoso, che determina una riduzione percentuale delle sanzioni amministrative.

Il legislatore delegato non ha dimenticato la possibilità che il pagamento debito tributario sia dilazionato mediante rateizzazione: l'art. 13, comma 3 cit. ha così previsto la possibilità che sia la causa di non punibilità che la circostanza attenuante operino nel caso in cui il pagamento sia ancora in corso per tale ragione al momento dell'apertura del dibattimento di primo grado, purché la rateizzazione sia stata chiesta prima. In tal caso, però, il debito dovrà estinguersi entro tre mesi (prorogabile facoltativamente dal giudice

per un tempo non superiore ad altri tre mesi)<sup>451</sup>. In questo periodo rimane sospesa la prescrizione del reato<sup>452</sup>.

Di recente, la l. n. 157 del 2019 ha ampliato la portata della causa di non punibilità, attraverso l'estensione della rilevanza positiva del ravvedimento operoso ai delitti di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2) e di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici (art. 3).

Come si vedrà più avanti, il sistema del doppio binario negli illeciti tributari presenta oggi diversi meccanismi che assicurano, quantomeno rispetto alle persone fisiche, la possibilità di recuperare a valle quella compatibilità con le garanzie convenzionali di cui si potrebbe dubitare a monte.

---

<sup>451</sup> In assenza di una disciplina transitoria, si è generato un contrasto interpretativo in ordine all'applicabilità ai procedimenti in corso. Secondo un primo orientamento, che ha dato luogo a una lettura estensiva dell'art. 13 cit., l'esclusione della non punibilità avrebbe potuto giovare anche ove l'adempimento fosse avvenuto dopo l'apertura del dibattimento (Cass., sez. III, 17 gennaio 2018, n. 37083). Secondo questa tesi ciò sarebbe stato imposto dal principio di uguaglianza-ragionevolezza e dall'esigenza di non frustrare la funzione rieducativa della pena. In senso opposto, Cass., sez. III, 12 aprile 2017, n. 30139 ha esteso la causa di non punibilità ai procedimenti in corso al momento della sua entrata in vigore, ma ha richiesto che il pagamento venisse ultimato prima dell'apertura del dibattimento. Difatti, l'individuazione della fase processuale è oggetto di una diversa previsione rispetto a quella che introduce la non punibilità e, pertanto, soggiace a un diverso regime temporale, cioè quello del principio *tempus regit actum*. Anzi, colliderebbe con l'art. 3 Cost. farne beneficiare in via generalizzata tutti gli imputati rispetto a coloro che avessero già definito la propria posizione.

<sup>452</sup> Da sottolineare che tale norma è stata oggetto di questione di legittimità costituzionale, proposta da Trib. di Treviso, 23 febbraio 2016, n. 205, con riguardo all'impossibilità di attribuire un termine ulteriore superiore a tre mesi per il pagamento del debito tributario (nel caso in questione, oggetto di estinzione tramite concordato preventivo, con il pagamento che avrebbe dovuto protrarsi per altri ventidue mesi). Questione che appare rilevante, a detta del giudice, in ragion della richiesta della parte di rinvio dell'udienza oltre il termine, alla quale osterebbe la norma. I termini e l'ordine previsto dal concordato preventivo, naturalmente, non possono venire disattesi in favore del Fisco, per evitare conseguenze inique nei confronti del debitore. La questione non è stata ritenuta manifestamente infondata, dato che il termine massimo semestrale è apparso incongruo e molto ridotto rispetto ai tempi di favore per il contribuente piuttosto larghi concessi dalla legislazione finanziaria. Si è ritenuto in contrasto, inoltre, con la *ratio* della norma, che, come si legge nella relazione illustrativa, è quella di consentire al contribuente di eliminare la rilevanza penale della propria condotta attraverso una soddisfazione piena dell'Erario prima del processo penale. L'irragionevolezza si sarebbe palesata anche sul piano giuridico, oltre che logico, atteso che l'imputato potrebbe o meno fruire della causa di non punibilità in base alla velocità (precluso) o lentezza (consentito) dell'esperimento dell'azione penale. Soprattutto, l'irragionevolezza sarebbe stata ravvisabile nella disparità tra coloro che hanno aderito solo alla rateizzazione e coloro che, invece, vi abbiano aderito nel quadro di un concordato preventivo.

Senonché, Corte cost., 8 novembre 2017, n. 256, ha rigettato la questione perché inammissibile, alla luce dell'indeterminatezza e dell'ambiguità del *petitum*: il giudice *a quo* non avrebbe chiarito per quali specifiche ipotesi andrebbe prevista la possibilità di accordare l'ulteriore proroga per un termine superiore. La Corte ha, quindi, ritenuto che l'intervento richiesto avrebbe portato a soluzioni incerte e manipolabili; la materia, poi, delle cause di non punibilità dovrebbe essere oggetto della discrezionalità legislativa.

Senonché, pur in un quadro che recupera una certa congruità nella costruzione sistematica, resta ferma una criticità. Difatti, appare inspiegabile, nell'ottica della proporzione e della ragionevolezza, l'irrilevanza totale dell'intervenuto pagamento di quanto dovuto ai fini della determinazione complessiva della sanzione nei confronti dell'ente che debba rispondere di tale illecito.

### **3. *Il concetto di idem factum tra doppi binari sanzionatori e concorso formale di reati.***

Sia che operi sul piano processuale, sia che lo si intenda dal punto di vista sostanziale, il cuore pulsante del divieto di doppio giudizio e quello di doppia condanna è rappresentato dall'*idem factum*.

Il termine *idem* rappresenta, invero, un'espressione di sintesi, che raggruppa tanto il profilo soggettivo, dato dal coinvolgimento dell'*eadem persona*, quanto quell'oggettivo, costituito dalla medesimezza fattuale che fonda l'integrazione degli illeciti contestati. In sostanza, si vuole evitare che si colpisca due volte lo stesso soggetto per lo stesso fatto da sé realizzato.

Ma in che termini deve essere declinata la medesimezza fattuale? È evidente che al fine di indagare fino in fondo su tale concetto occorre comprendere cosa si debba intendere per 'fatto' nel diritto e nel processo penale.

In ambito penalistico il 'fatto' può essere inteso secondo due accezioni: si può, infatti, fare riferimento al fatto individuato a livello normativo, ovvero alla fattispecie astratta costruita dal legislatore, che consta degli elementi costitutivi dell'illecito penale; ma il fatto può anche essere l'accadimento naturalistico che si è verificato, inteso come comportamento umano effettivamente posto in essere dall'agente, il quale ha determinato, poi, l'integrazione della fattispecie criminosa.

L'interpretazione in un senso o nell'altro della nozione comporta delle conseguenze non è di poco conto. Difatti, nel caso in cui si aderisca all'idea astratta di "fatto", sarebbe possibile iniziare un nuovo procedimento o irrogare una sanzione ulteriore per una figura incriminatrice differente nei confronti di chi sia già stato giudicato o sanzionato per un altro reato, ma con riferimento allo stesso comportamento oggettivo; invece, facendo riferimento all'altra concezione di *idem factum* si precluderebbe l'azione o la sanzione penale anche in presenza di una diversa qualificazione giuridica degli stessi elementi di fatto precedentemente considerati.

All'interno di questa contrapposizione fra poli estremi si inseriscono alcune visioni correttive della medesimezza fattuale, che tengono conto del legame che può intrecciarsi tra il fatto e la decisione del giudice. Secondo una prima linea ricostruttiva, il fatto coinciderebbe con la condotta esteriore presa in considerazione nella precedente sentenza, per cui rimarrebbe fuori dallo stesso ogni altro elemento della fattispecie legale<sup>453</sup>. Un'altra impostazione identifica il fatto con la c.d. fattispecie giudiziale, cioè il processo di astrazione compiuto dal giudice al fine di verificare la corrispondenza del fatto alla norma incriminatrice<sup>454</sup>.

Al di là delle considerazioni generali, qualche divergenza lessicale emerge in relazione alla disciplina interna e sovranazionale. Il dato normativo interno è offerto dall'art. 649 c.p.p., il quale discute di «medesimo fatto». Quello sovranazionale di cui all'art. 4, prot. 7 CEDU, invece, utilizza l'espressione «*same offence*» (o «*même infraction*»), sostanzialmente corrispondente a quella di "stesso reato". Nello stesso senso recita l'art. 50 CDFUE.

Rimanendo per il momento sul piano puramente interno, l'art. 649 c.p.p. chiarisce che il divieto opera anche se il fatto stesso «viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze». La norma, pertanto, dà un indizio molto importante per

---

<sup>453</sup> A. PAGLIARO, *Fatto e diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 964

<sup>454</sup> G. DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi alla cosa giudicata penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 202



direzionare l'attività ermeneutica, distinguendo il "fatto" dal "diritto", il dato storico-naturalistico da quello normativo: quest'ultimo coinciderebbe con il «titolo» del reato, cioè la sua qualificazione giuridica. Ci si riferisce non al reato, ma al fatto che costituisce reato, cosa ben diversa dal primo, che consiste nella sussunzione della condotta sotto la fattispecie astratta.

Il riferimento al «grado», invece, vuole evitare un nuovo procedimento per un diverso momento di progressione della stessa condotta criminosa (delitto consumato e delitto tentato, ecc.)<sup>455</sup>; la parola «circostanze» fa operare il divieto anche con riguardo al reato circostanziato.

L'utilizzo di un'espressione riconducibile a quella di "reato" in sede convenzionale potrebbe far pensare che il 'fatto' per cui è precluso il doppio giudizio o la doppia sanzione sia quello puramente normativo, atteso che la nozione di reato coincide con quella di fatto anti-giuridico e colpevole al quale il legislatore ricollega una conseguenza sanzionatoria penale (formalmente o sostanzialmente tale). Diversamente, invece, per l'art. 649 c.p.p., dal quale sembra desumersi un'accezione di fatto in senso storico-naturalistico. Paradossalmente, gli orientamenti giurisprudenziali dei vari livelli ordinamentali hanno seguito delle direttrici diametralmente opposte.

In un primo tempo e sino al 2009 la Corte EDU ha opinato in senso strettamente adesivo al dato letterale di fonte convenzionale, escludendo l'*idem* nel caso di mancata coincidenza degli illeciti sul piano normativo-astratto (*legal characterisation*), sia per i differenti elementi costitutivi oggettivi delle fattispecie, che per l'elemento soggettivo<sup>456</sup>.

---

<sup>455</sup> *Contra* Cass., sez. V, 30 ottobre 2014, n. 247895, secondo cui tale dizione si riferirebbe al grado della colpevolezza. Nel senso dell'inclusione dell'elemento psicologico nel termine "titolo", si v. F. CAPRIOLI, *Il principio del ne bis in idem*, in F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, p. 85.

<sup>456</sup> Su tutte, la sentenza *Rosenquist c. Svezia* del 14 settembre 2004, dove la Corte EDU aveva rigettato un ricorso per violazione del *ne bis in idem* affermando, nel caso a sé sottoposto, la diversità tra illecito penale e amministrativo tributario.

In realtà, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo appariva già oscillante su tale aspetto: v., a titolo esemplificativo, Corte EDU, 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Austria*, dove il giudice propende per l'accezione storico-naturalistica («stesso comportamento»); nello stesso senso di *Rosenquist*, invece: Corte EDU, 30 luglio 1998, *Oliveira c. Svizzera*; 2 luglio 2002, *Göktan c. Francia*; 24 giugno 2003, *Gauthier c. Francia*; 10 ottobre 2006, *Ongun c. Turchia*

Il giudizio della Corte di Strasburgo è cambiato con la celebre sentenza *Zolotoukhin c. Russia*, resa dalla Grande Camera 10 febbraio 2009<sup>457</sup>, secondo la quale il fulcro del divieto è rappresentato dal fatto storico preso in ogni sua componente, «*inextricably linked together in time and space*». Tra l'altro, quanto espresso nella stessa pronuncia, inoltre, può dirsi oggi espressione di “diritto consolidato”<sup>458</sup>, dato che, al di là della provenienza autorevole, è stato posto alla base di tutte le decisioni successive in cui la stessa Corte si è trovata ad affrontare il tema del *ne bis in idem*<sup>459-460</sup>.

Questa pronuncia ha segnato un cambiamento di giurisprudenza rispetto al passato, che muove dal bisogno di dare uniformità di indirizzi nonché di ampliare la portata del divieto, seguendo un'impostazione interpretativa teleologicamente orientata.

---

<sup>457</sup> Nel 2002, il ricorrente aveva rivolto delle parole offensive nei confronti di una dipendente di una stazione di polizia di un ufficiale mentre versava in stato di ubriachezza. Il ricorrente ha ignorato gli avvertimenti rivoltigli e, dopo aver tentato di scappare, veniva arrestato. Con lo stesso comportamento si era reso autore sia di illeciti amministrativi che penali. La Costituzione russa prevede che «nessuno può essere condannato nuovamente per lo stesso reato» e il codice di procedura penale stabilisce che il procedimento penale deve essere interrotto se esiste una sentenza definitiva contro l'indagato o l'imputato, concernente le stesse accuse. Dopo aver ritenuto penale la sanzione detentiva inflitta al ricorrente e aver affermato la necessità di individuare un criterio univoco di esame dell'identità del fatto per tutelare la certezza del diritto CEDU, la Grande Camera rifiuta ogni tipo di interpretazione volta a dare un'applicazione restrittiva del principio e ribadisce che la Convenzione deve essere interpretata e applicata in un modo da rendere i diritti in essa sanciti pratici ed efficaci, non teorici e illusori, quindi alla luce del loro oggetto e lo scopo e anche in conformità con il principio di effettività. Sulla base di ciò, la Corte dà rilevanza al comportamento posto in essere dall'agente e che ha dato origine alla doppia incriminazione: viene pertanto constatata la violazione dell'art. 4, prot. 7, CEDU.

<sup>458</sup> Per il riferimento alle pronunce della Corte EDU espressione di “diritto consolidato”, si v. Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49. Di recente, il tema è stato riaffrontato, con riguardo alla questione della tutela spettante ai c.d. fratelli minori dei ricorrenti vittoriosi di fronte alla Corte di Strasburgo: si v. Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2019, n. 8544.

<sup>459</sup> Fra le altre, si v. Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, § 219-229: «[...] *The Court's inquiry should therefore focus on those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings*».

<sup>460</sup> Nella sua giurisprudenza successiva la Corte ha precisato che l'*idem factum* difetta nel caso di concorso materiale: si cfr. Corte EDU, 12 aprile 2016, *Dungveckis c. Lituania*, § 44. Nel senso che l'ampia formula impiegata dai giudici europei potesse includere anche alcune ipotesi di concorso materiale, come nel caso di reati avvinti dal vincolo della continuazione: R. CALÒ, *Divieto di doppio processo. La dimensione costituzionale del divieto di doppio processo*, in *Giur. it.*, 1° ottobre 2016, p. 2247

Per quanto riguarda la Corte di Giustizia dell'Unione europea, invece, questa ha da sempre fatto riferimento al fatto storico, affermando che il divieto opera nel caso in cui si constati «*l'identità dei fatti, l'unità di reato e l'unità del bene giuridico tutelato*»<sup>461</sup>.

In seguito, la Corte di Lussemburgo si è espressamente allineata e accodata alla sentenza *Zolotoukhin*, anch'essa citata ogniqualvolta si discute del divieto<sup>462</sup>.

Dal canto proprio, il quadro giurisprudenziale italiano anteriore al 2016 si presentava vario.

In alcuni casi, infatti, secondo la Suprema corte non è precluso per il giudice procedere contro la stessa persona prendendo in esame lo stesso fatto storico su cui si fosse precedentemente formato il giudicato e valutandolo con riguardo ad altra figura di reato; quindi, se fosse cambiato il *nomen iuris*, il reato non sarebbe stato lo stesso. Difatti, secondo quest'orientamento l'identità fattuale dovrebbe essere intesa sia in una dimensione storico-naturalistica quanto giuridica<sup>463</sup>. È abbastanza evidente la contraddizione in termini esistente in quest'orientamento: non appare conciliabile l'affermazione nel senso della storicità del concetto di “fatto” e, contestualmente, l'idea secondo cui influirebbe sul mutamento il dato nominalistico-giuridico.

Un caposaldo della linea interpretativa volta a comporre i rapporti tra il dato normativo e quello empirico è dato dalla sentenza *Donati* del 28 giugno 2005 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui l'identità fattuale sussiste quando vi sia «*corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona*»<sup>464</sup>. Questa sentenza sembrerebbe segnare

---

<sup>461</sup> CGUE, 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland e a.*, causa C-204/00P, 205/00P, 211/00P, 213/00P, 217 / 00P, 219/00P, p. 338

<sup>462</sup> A partire da, CGUE, Grande Sez., 26 febbraio 2013, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*

<sup>463</sup> Cass., sez. II, 6 febbraio 2015, n. 19712; Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, n. 246953; Cass., sez. V, 1° luglio 2010, n. 247895

<sup>464</sup> Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, *Donati*, che ha posto alla base del proprio orientamento la visione del *ne bis in idem* come principio generale dell'ordinamento. La pronuncia è intervenuta per affermare la preclusione processuale in relazione al problema della “litispendenza” nel processo penale, circoscritta al caso di coinvolgimento della stessa sede giudiziaria. Tuttavia, come rilevato da A.

una propensione per l'*idem factum* piuttosto che per l'*idem* legale, pur richiamando gli elementi costitutivi del reato, onde circoscrivere il novero di aspetti ai quali dare rilievo. Sennonché, le pronunce successive del Supremo collegio, ancorché abbiano richiamato proprio quest'orientamento delle Sezioni Unite, hanno espresso una preferenza per l'*idem* in senso normativo<sup>465</sup>.

Tuttavia, non sembra questa la lettura più in linea con il dato legale, atteso che in senso contrario indizia la preclusione del secondo giudizio anche se il medesimo fatto storico viene «diversamente considerato per il titolo», ovverosia per la qualificazione giuridico-normativa attribuita all'accadimento. Pertanto, il fatto sarà differente solo qualora sia legato ad un'attività che si sia realizzata diversamente nello spazio e nel tempo, rispetto a quella accertata nel provvedimento giudiziale divenuto definitivo.

Una volta intervenuta la sentenza *Zolotoukhin* della Corte EDU, la Corte di cassazione non ha fatto altro che prendere atto di tale nozione di “medesimo fatto”, che ha confermato la correttezza e la conformità alla *ratio* del divieto così come ricostruito dalla sentenza *Donati*. Ciononostante, la giurisprudenza non ha ritenuto operante il principio nel caso di concorso formale di reati. Quindi, qualora il giudicato fosse già intervenuto per uno dei reati integrati dalla medesima azione od omissione, secondo quest'orientamento si sarebbe dovuta escludere la coincidenza fra i fatti esaminati nei diversi giudizi<sup>466</sup>.

A ciò ha posto rimedio la Corte costituzionale con la sentenza n. 200 del 2016, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., per violazione

---

PROCACCINO, *I bis in idem*, cit., p. 44, la sentenza non è riuscita ad offrire una compiuta categorizzazione del requisito dell'*idem factum*.

<sup>465</sup> Cass., sez. IV, 6 dicembre 2012, n. 4103, *Guastella*; Cass., sez. II, 21 marzo 2013, n. 255837, *Cuffaro*

<sup>466</sup> Cass., sez. I, 29 gennaio 2014, n. 12943. Per una lettura *sui generis*, si v. Cass. sez. III, 15 aprile 2009, n. 25141, la quale fa salva l'ipotesi di assoluzione nel primo procedimento perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso. Rileva la contraddittorietà di tali affermazioni F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1186. In senso contrario all'orientamento giurisprudenziale menzionato, oltre all'A. citato, si v. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 463 ss.; E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 44 ss; T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 873.

dell'art. 117, comma 1 Cost., nella parte in cui, così come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità, si è escluso che il fatto sia il medesimo nel caso di concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale<sup>467</sup>.

I giudici costituzionali, poi, analizzando la questione nel merito, hanno respinto la tesi del rimettente secondo la quale, alla luce dell'idea di "medesimo fatto" inteso come *idem factum* e non come *idem legale* espressa dalla giurisprudenza di Strasburgo, sarebbe stato inevitabile farlo coincidere con la sola condotta, escludendo la rilevanza di ogni altra nota materiale essenziale. Secondo la Corte, sulla base di quanto detto dai giudici europei, il fatto storico-naturalistico «*rileva secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento [...] Fatto, in questa prospettiva, è l'accadimento materiale, certamente affrancato dal*

---

<sup>467</sup> La pronuncia scaturisce dal secondo procedimento relativo al caso *Eternit*, riguardante i gravi danni alla salute che l'amianto aveva cagionato sia alla popolazione delle zone circostanti, che ai lavoratori di alcuni stabilimenti di lavorazione dello stesso materiale, in ragione delle sue modalità di trattamento, stoccaggio e smaltimento e dei mancati investimenti e cautele per tutelare coloro che ne erano soggetti ad esposizione. Veniva, dunque, sottoposto a procedimento penale per disastro innominato doloso, aggravato dalla verifica dell'evento (art. 434, comma 2, c.p.) e omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, aggravata dalla verifica di infortuni (art. 437, comma 2, c.p.) l'amministratore della società Stephan Ernst Schmidheiny, che aveva assunto la responsabilità della gestione proprio nel periodo incriminato. Il Tribunale di Torino condannava l'imputato per i reati a lui ascritti, mentre la Corte d'appello proscioglieva l'imputato per il reato di omissione dolosa di cautele per intervenuta prescrizione, ma aumentava la pena inflitta per l'altro reato. Va segnalato che i giudici di primo grado avevano configurato il disastro innominato aggravato dall'evento come una figura autonoma di reato (un reato di evento, cioè il disastro); per cui era da questo momento che doveva decorrere la prescrizione. Il disastro, poi, si era verificato permanentemente nel caso concreto, perciò in alcuni casi il reato aveva cessato la consumazione nel momento della chiusura degli impianti, mentre in altri risultava ancora in corso: in queste ultime ipotesi, il reato non si era prescritto. In appello, invece, il disastro veniva considerato coincidente con il "fenomeno epidemico" cagionato dalle condotte dell'imputato, perciò il reato si considerava consumato soltanto nel momento della cessazione dell'eccesso numerico di casi di soggetti deceduti o ammalati rispetto agli attesi: la prescrizione veniva, quindi, esclusa per tutti gli stabilimenti.

La Corte di cassazione annullava tale sentenza e dichiarava prescritto anche il reato di disastro innominato, poiché il termine di prescrizione era intervenuto prima che venisse pronunciata la sentenza di primo grado, per l'irrilevanza, ai fini dell'individuazione del *dies a quo*, dei successivi decessi o lesioni pur riconducibili al disastro (così, Cass., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, *Schmidheiny*). Il giorno successivo alla sentenza della Suprema corte, la Procura di Torino presentava richiesta di rinvio a giudizio nei confronti dello stesso soggetto prosciolto per i medesimi fatti, ma per un evento differente: il capo di imputazione aveva così ad oggetto l'omicidio volontario plurimo e aggravato.

Ritenuta non esperibile né la via della pregiudiziale europea – non trattandosi di materia di competenza unionale – né quella dell'interpretazione costituzionalmente orientata, il GUP di Torino promuoveva questione di legittimità costituzionale dello stesso art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in ragione della difformità con l'art. 4, prot. 7 CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo.

giogo dell'inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un'addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi»<sup>468</sup>. Il Collegio afferma che il fatto può ricomprendere anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto e l'evento naturalistico o il mutamento della realtà conseguenti dalla condotta dell'agente; con la precisazione che, tuttavia, ciò non comporta la riemersione dell'*idem* legale, ivi avvertato<sup>469-470</sup>.

---

<sup>468</sup> Corte cost., 31 maggio 2016, n. 200, cit., p. 5

<sup>469</sup> «Non vi è, in altri termini, alcuna ragione logica per concludere che il fatto, pur assunto nella sola dimensione empirica, si restringa all'azione o all'omissione, e non comprenda, invece, anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, l'evento naturalistico che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente. È chiaro che la scelta tra le possibili soluzioni qui riassunte è di carattere normativo, perché ognuna di esse è compatibile con la concezione dell'*idem factum*. Questo non significa che le implicazioni giuridiche delle fattispecie poste a raffronto comportino il riemergere dell'*idem legale*. Esse, infatti, non possono avere alcun rilievo ai fini della decisione sulla medesimezza del fatto storico. Ad avere carattere giuridico è la sola indicazione dei segmenti dell'accadimento naturalistico che l'interprete è tenuto a prendere in considerazione per valutare la medesimezza del fatto»; in tal senso, Corte cost., 31 maggio 2016, n. 200, p. 4.

<sup>470</sup> Svolgendo alcune considerazioni di indirizzo connesse alla specifica vicenda, la Corte evidenzia che dal punto di vista materiale l'evento morte di una persona è da tenersi distinto da quello di altre persone; diverso elemento concreto, diverso fatto: su questo piano, nessun contrasto opera tra art. 649 c.p.p. e CEDU, poiché l'evento naturalistico è parte del fatto storico individuato dalla Corte di Strasburgo. Nel caso del concorso formale di reati, invece, il contrasto sussiste, nella misura in cui viene esclusa la medesimezza del fatto per il sol fatto della ricorrenza del concorso formale di reati tra *res iudicata* e *res iudicanda*. Questo implica che il giudice dovrà valutare caso per caso se sussista o meno la violazione del divieto, atteso che nel concorso formale di reati la condotta rimane sempre unica e da questo semplice elemento non discende la medesimezza del fatto considerato; sarà necessario fare riferimento anche all'oggetto fisico della condotta, al nesso causale e all'evento, così come affermato dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento alle componenti del fatto storico. Sulla base di tali ragioni, si conclude per la declaratoria di illegittimità.

Sulla base di quanto detto nella sentenza del Giudice delle Leggi, il GUP di Torino, infatti, il 29 novembre 2016 con ordinanza ha affermato la mancata violazione dell'art. 649 c.p.p. di recente riformulazione e ha disposto il rinvio a giudizio dell'imputato, riqualificando l'incriminazione da omicidio volontario a omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento (artt. 589, ult. cpv. e 61 n. 3 c.p.). Il rinvio a giudizio di fronte al Tribunale di Torino è valso per soli due casi di omicidio (per altri casi è stata dichiarata l'estinzione del reato per prescrizione), mentre per altre ipotesi ancora il giudice si è dichiarato incompetente e ha richiesto la trasmissione degli atti ai Pubblici Ministeri dei fori competenti. In seguito alla traslazione del processo di fronte al Tribunale di Vercelli, è stato disposto il rinvio a giudizio dell'imputato secondo l'originaria qualificazione giuridica oggetto di contestazione.

In dottrina si era tentato un pronostico alla stregua del riferimento alle istruzioni date, in via esemplificativa, dalla Corte costituzionale: «Non dovrebbe esservi dubbio, ad esempio, sulla diversità dei fatti, qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio, e dunque un nuovo evento in senso storico». Si poteva ritenere, pertanto, che il giudice avrebbe dichiarato il *ne bis in idem* con riguardo a coloro che erano stati individuati come offesi anche nel primo procedimento, mentre avrebbe potuto continuare per gli altri: così, S. ZIRULIA, Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit-bis prosegue), in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2016. Sennonché, proprio con riferimento all'ipotesi di persone offese figuranti come tali anche nel precedente procedimento, i giudici costituzionali avevano affermato che si sarebbe dovuto accertare se la morte o la lesione fossero «già state specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta

Dunque, a giudizio della Corte non sussiste alcun rapporto di equivalenza tra concorso formale e *idem factum*; di conseguenza, non ricorre nessun automatismo in favore dell'improcedibilità in esame laddove i reati oggetto dei due giudizi dovessero essere accomunati dalla medesima condotta. Che debba essere così, d'altra parte, lo suggerisce anche il dato sistematico, rappresentato dall'art. 671 c.p.p., che consente di applicare il cumulo giuridico delle pene in fase esecutiva e che, quindi, presuppone che vi possano essere casi in cui due giudicati si siano formati legittimamente su reati formalmente concorrenti<sup>471</sup>.

Per arrivare a queste conclusioni, la Corte ha negato, come visto, la sufficienza dell'unicità della condotta. Difatti, pur aderendo alla lettura storico-naturalistica di fatto, il Giudice delle leggi non si è limitato ad aderire all'elaborazione della Corte EDU<sup>472</sup>, bensì ha cercato di comporre le opposte impostazioni, attraverso l'esame del fatto nel suo rispecchiamento normativo e la ricerca della sua effettiva essenza<sup>473</sup>. Da questo approccio discende la necessità di apprezzare quegli aspetti materiali essenziali ai fini della esistenza del reato e della connotazione specifica della violazione, quali sono, oltre all'oggetto materiale, il rapporto causale e l'evento naturalistico<sup>474</sup>.

---

dell'imputato», al fine di valutare se il fatto già giudicato fosse il medesimo dal punto di vista dei suoi elementi empirici (Corte cost., 31 maggio 2016, n. 200, cit., p. 12).

Per questo lo stesso Autore ha osservato come il Giudice delle Leggi avesse costruito una nozione di fatto storico abbastanza singolare, i cui limiti erano abbastanza sottilmente confinanti – quasi tangenti in modo strisciante – con l'*idem* legale, dato che il fatto da prendere come riferimento è sì quello storico-naturalistico analizzato nel secondo giudizio, ma così come ritagliato dalle fattispecie della prima incriminazione (in questo caso, artt. 437, comma 2 e 434, comma 2, c.p.), anche se la stessa Corte si era preoccupata di tenere ben lontano il criterio da sé evidenziato dal territorio dell'*idem* legale.

<sup>471</sup> F. CAPRIOLI, *Sui rapporti*, cit., p. 1183; in senso conforme B. LAVARINI, *Il 'fatto' ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Processo penale e giustizia*, 1/2017

<sup>472</sup> Notano e criticano la diversità tra l'*idem factum* europeo e quello costituzionalmente imposto: B. LAVARINI, *op. cit.*; D. FALCINELLI, *Il fatto di reato*, cit., p. 63-81

<sup>473</sup> Al contrario, sembra aver dato rilievo alla sola sovrapposizione delle condotte, con irrilevanza del profilo eventistico, Corte EDU, 8 ottobre 2020, *Bajčić c. Croazia*, intervenuta in relazione alla doppia sanzione per l'illecito amministrativo connesso alla violazione dei limiti di velocità in materia stradale e quello penale discendente dalla causazione dell'evento morte.

<sup>474</sup> Nel tentativo di bilanciare fra l'esigenza di evitare vuoti di tutela penale e quella di scongiurare letture contrarie all'art. 649 c.p.p. – finalità da cui è stata mossa la stessa pronuncia della Corte costituzionale – parte della dottrina ha ritenuto che sarebbe stato preferibile ricondurre all'*idem factum* la sola condotta, purché qualificata dall'oggetto "fisico" su cui essa incide: B. LAVARINI, *op. cit.*, che menziona il caso del reato progressivo, come ipotesi rispetto alla quale la lettura della Corte potrebbe

Strutturata la medesimezza su basi empiriche, l'elemento psicologico non dovrebbe assumere carattere qualificante del fatto oggetto di analisi, attesa la sua afferenza alla dimensione interiore dell'individuo, per quanto composta di aspetti oggettivi e soggettivi<sup>475</sup>. Ciò sarebbe confermato tanto dalla locuzione «*titolo*», contenuta nella parte delucidativa di cui all'art. 649 c.p.p., quanto perché altrimenti sarebbe sempre legittima la nuova azione penale nel caso di concorso formale per la semplice diversità della volontà dell'agente<sup>476</sup>. Peraltro, se si riconoscesse al dolo o alla colpa una rilevanza discriminante tra i fatti, ciò significherebbe presupporre che solo la finalità diretta a un unico fatto di reato possa mantenere l'unicità della condotta<sup>477</sup>. In altri termini, si riesumerebbe, sia pure per qualificare il fatto sul piano processuale<sup>478</sup>, la teoria finalistica dell'azione di welzeliana memoria<sup>479</sup> – della quale quella appena esposta rappresenta un'applicazione<sup>480</sup> – la cui incompiutezza dogmatica è stata evidenziata da tempo dalla dottrina italiana<sup>481</sup>. A ogni modo, se è vero che anche alcuni elementi di rilievo soggettivo possono essere oggetto di studio ai fini della tipicità, sul piano della struttura del reato,

---

legittimare la duplicazione procedimentale, ancorché l'art. 649 c.p.p. la precluda alla luce della mera diversità di qualificazione per il "grado".

<sup>475</sup> Ciò si ricaverebbe dalla stessa pronuncia della Corte. Peraltro, ancorché in maniera non esplicita, sembra ribadire tale irrilevanza Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149. Ma in questo senso si era già espressa buona parte della dottrina: si v. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1125; S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, Padova, 2015, p. 142.

<sup>476</sup> J. EPIFANI, *Quid de nocte? Un apparente passo indietro nel dialogo tra Cassazione e Corte costituzionale per la definizione dei rapporti tra concorso formale e divieto di bis in idem processuale*, in *Arch. pen.* 3/2019, p. 5 ss., che sottolinea come, benché ontologicamente anche la volontà costituisca un atto umano, fondare la diversità fattuale sull'elemento psicologico sarebbe contrario al dato teleologico antipersecutorio ricavabile dall'art. 649 c.p.p. consentire continue riletture di tale componente da parte del potere punitivo. Conformemente, v. A.F. TRIPODI, *L'ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori*, in *Sist. pen.*, 28 dicembre 2020, p. 16.

<sup>477</sup> G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986, p. 689 e 695

<sup>478</sup> Lo rilevano J. EPIFANI, *op. cit.*, p. 9, e A.F. TRIPODI, *op. cit.*, p. 16.

<sup>479</sup> H. WELZEL, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951; M. GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1950; A. PAGLIARO, *Teleologismo e finalismo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 31 e ss.

<sup>480</sup> Criticata da A. MORO, *Unità e pluralità*, cit., p. 137-138

<sup>481</sup> Sia pure con alcuni meriti che ne fanno conservare attualità: per una sintesi, si v. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, p. 166 ss.



non sembra sostenibile che i flussi psicologici dell'agente possano trasformare l'identità materiale del fatto in senso storico-naturalistico.

### **3.1. *Idem factum ed eadem persona nei rapporti tra persona fisica e persona giuridica.***

Quanto esposto non esclude che talora la costruzione di alcuni elementi costitutivi della responsabilità da reato possa influenzare la conformazione dell'accadimento specificamente realizzatosi. Se ciò non accade per la persona fisica, diversamente, questo problema potrebbe porsi per l'ente collettivo, in ordine al quale il reato rappresenta soltanto il punto di partenza della ricostruzione in termini di fondatezza della contestazione. In questo contesto, in cui la conseguenza sanzionatoria è ancorata all'integrazione di una fattispecie complessa, è la colpa d'organizzazione che, eventualmente, potrebbe conferire una caratterizzazione diversa al fatto dell'ente rispetto a quello commesso dalla persona fisica.

Nel rinviare questa indagine al capitolo successivo, il riferimento all'ente costituisce uno spunto utile per completare la trattazione sul *ne bis in idem*. Come osservato in partenza, l'*idem* rappresenta una sintesi della componente fattuale e di quella personale. Ma quand'è che si è in presenza della stessa persona?

La risposta è scontata quando si prende a esame la persona fisica, salvo porre il problema in chiave metafisica od ontologica<sup>482</sup>; ciò che non è nelle aspirazioni e nelle possibilità del presente lavoro.

Piuttosto, è proprio nell'ottica della comprensione dei rapporti fra persona fisica e giuridica che l'interrogativo assume un interesse giuridico, chiedendosi in che termini la

---

<sup>482</sup> Si rinvia ad A. TOMASETTA, *Persone umane. Teorie contemporanee in metafisica analitica*, Roma, 2015.

persona giuridica possa essere ‘vestita’ sulla persona fisica e sul suo agire e quindi coincidere, eventualmente, con essa.

La tematica non pone dubbi ormai sulla inesistenza di un *bis in idem* in presenza di un reato che sfoci nelle due responsabilità, proprio perché ente e persona fisica costituiscono entità diverse, ciascuna dotata di una propria soggettività, di un proprio patrimonio e di diverse ‘strutture’ decisionali<sup>483</sup>. Al punto che si esclude che possa operare la preclusione all'esercizio dell'azione penale di cui all'art. 649 c.p.p. per la persona fisica qualora sia stata già irrogata nei confronti dell'ente una sanzione formalmente amministrativa ma avente carattere sostanzialmente penale ai sensi della CEDU, allorquando non vi sia coincidenza fra la persona chiamata a rispondere in sede penale e quella sanzionata in via amministrativa<sup>484</sup>.

Qualche dubbio può emergere in relazione alle imprese individuali – per le quali può discutersi del tutto che possano rientrare nel concetto di “ente” ai sensi dell’art. 1 d.lgs. n. 231 del 2001 – e alle società unipersonali nonché comunque agli enti di dimensioni modeste, là dove la sovrapposizione soggettiva sembra farsi più nitida, al punto da delinarsi una veste puramente formale dell’operato delle persone fisiche.

Su quest’ultima problematica tanto la giurisprudenza interna<sup>485</sup> quanto quella europea<sup>486</sup> si esprimono nettamente nel senso dell’eterogeneità dei soggetti coinvolti, tuttavia glissando sulle ragioni specifiche della indifferenza delle dimensioni dell’ente ai fini della risoluzione della questione. Difatti, in tutte le pronunce, intervenute anche sul tema delle sanzioni amministrative ma sostanzialmente penali, si dà per assunto che

---

<sup>483</sup> Per il superamento delle tradizionali obiezioni sul *bis in idem* si rinvia a G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Napoli, 2012, p. 224

<sup>484</sup> Così, Cass., sez. II, 25 febbraio 2016, n. 13901; Cass., sez. III, 24 ottobre 2014, n. 43809

<sup>485</sup> Corte cost., 24 gennaio 2018, n. 54. Cass., sez. III, 26 febbraio 2019, n. 25734; Cass. civ., sez. trib., 30 ottobre 2018, n. 27564; Cass., sez. VI, 25 luglio 2017, n. 49056; Cass., sez. III, 26 aprile 2016, n. 48591; Cass., sez. III, 24 ottobre 2015, n. 43809; G.I.P. Trib. Milano, 12 Marzo 2008; Trib. Milano, Sez. penale-riesame XI, 7 maggio 2008

<sup>486</sup> CGUE, cause C-217/15 e C-350/15 - *Orsi e Baldetti*, 5 aprile 2017, con nota di M. SCOLETTA, *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 4/2017, p. 333-336. Corte EDU, 20 maggio 2014, *Pirttimaki c. Finlandia*.

persona fisica, che funge da rappresentante legale, e l'ente che agisca per mezzo di questo costituiscono centri di imputazione diversi. Quindi, le Corti, rimanendo fedeli alle categorizzazioni giuridiche, aderiscono a un'idea formale di 'soggettività', per cui non vi sarebbe alcuna coincidenza sul lato personalistico nei fatti contestati.

Che questa possa essere la soluzione più in linea con l'effettività e con la moderna teorica dello statuto garantista del *ne bis in idem* – che ripudia il mero formalismo negli approcci ermeneutici – è dato dubitare, come d'altra parte fa una buona parte della dottrina<sup>487</sup>. Sull'argomento si tornerà più approfonditamente quando si analizzerà la compatibilità del sistema della responsabilità dell'ente con il principio del *ne bis in idem* (capitolo III, par. 4).

#### **4. L'evoluzione giurisprudenziale europea in materia di market abuse e illeciti tributari: dall'incompatibilità sistemica all'approccio casistico.**

Le criticità del sistema del “doppio binario” sono state più volte messe in luce da parte della Corte di Strasburgo, specie negli ultimi anni, sia pure con differenti approcci nel corso di un tempo ristretto.

Una delle pronunce più recenti che ha riaperto il dibattito sulla *double jeopardy* ha riguardato proprio l'Italia e la tematica dei *market abuse*, attraverso la condanna per violazione dell'art. 4, prot. 7 CEDU: la sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia* del 4

---

<sup>487</sup> F. CENTONZE, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, in F. CENTONZE - M. MANTOVANI (a cura di), Bologna, 2016, p. 106; L. DE MARTINO, *La colpa di organizzazione nel prisma del diritto penale liberale*, Relazione al convegno “Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuzioni nella contemporaneità”, Certosa di Pontignano (SI), 24-25 maggio 2019, pubblicato il 30 aprile 2020, in *disCRIMEN*, p. 15; C. PIERGALLINI, *ult. op. cit.*, p. 358. Con riguardo al socio unico, si v. T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della oggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Torino, 2018, p. 61; discorre di “confine labile” tra interesse dell'ente e della persona fisica nelle società unipersonali F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato delle società unipersonali nel d.lgs. 231/01*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, p. 153

marzo 2014<sup>488</sup>. Con questa importante sentenza la Corte ha rinvenuto tale violazione nella mancata chiusura del procedimento penale, dopo l'acquisita definitività dei provvedimenti adottati dalla Consob relativi ai medesimi soggetti e ai medesimi fatti per sanzioni di natura penale. Giova chiarire che, essendo ancora pendente il procedimento penale al momento dell'intervento della decisione, i Giudici europei hanno ricostruito il *ne bis in idem* convenzionale nella sua dimensione prettamente processuale, affermando la preclusione dell'apertura di un nuovo procedimento per un illecito penale per il quale un soggetto sia già stato giudicato in via definitiva<sup>489</sup>.

---

<sup>488</sup> Il caso prende le mosse dalla contestazione indirizzata dalla Consob nei confronti di Franco Grande Stevens, ad alcuni dirigenti di Exor s.p.a. e della Giovanni Agnelli s.a.a., la quale attestava la commissione dell'illecito amministrativo di "manipolazione del mercato", dovuta alla diffusione di un comunicato stampa falso (allo scopo di aumentare il prezzo delle azioni FIAT). Venivano, poi, irrogate delle sanzioni amministrative abbastanza gravose (tra gli € 500.000 e 4.500.000), oltre a sanzioni interdittive per le persone fisiche e alla confisca applicata. Veniva proposta opposizione di fronte alla Corte d'appello di Torino, che si limitava a ridurre alcune delle sanzioni irrogate. In seguito al rigetto del ricorso avverso tale pronuncia da parte della Corte di Cassazione, le sanzioni divenivano definitive.

Nelle more del giudizio di legittimità, le stesse persone coinvolte venivano rinviate a giudizio davanti al Tribunale di Torino per il reato di "manipolazione di mercato" (art. 185 t.u.f.) per la medesima diffusione dello stesso comunicato stampa per cui era intervenuta la Consob. Gli imputati venivano assolti in primo grado, per poi essere condannati in sede di giudizio di rinvio dalla Corte d'appello di Torino (che assolveva, invece, gli enti), in seguito all'annullamento della prima sentenza da parte della Suprema Corte, adita *per saltum*. Veniva ancora proposto ricorso per Cassazione, proponendo il rilievo di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 649 c.p.p. e le norme del t.u.f. prevedenti gli illeciti per cui era intervenuta la condanna, per contrasto con il *ne bis in idem*.

Mentre pendeva il giudizio di primo grado, veniva avanzato ricorso di fronte alla Corte EDU.

Su tale pronuncia, tra gli altri, A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 855 ss.; F. BRIZZI, *Sentenza Grande Stevens e processo di prevenzione: prime indicazioni del Giudice di legittimità*, in *Arch. pen.*, 3/2014; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3-4/2014, p. 201 ss.; G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? ("materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. AIC*, 11 luglio 2014; B. LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 82 ss.; A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in materia di manipolazione di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2015; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1196.

<sup>489</sup> Nella specifica vicenda, il recupero del rispetto della garanzia convenzionale è stato perseguito attraverso la dichiarazione di estinzione per prescrizione il reato di manipolazione di mercato. Tuttavia, la scelta della modalità di chiusura del procedimento, in luogo del proscioglimento per divieto di secondo giudizio (art. 649 c.p.p.), ha destato perplessità dal punto di vista del diritto interno. La chiusura per prescrizione non è totalmente scevra da conseguenze lesive per il prosciolto, anche avuto riguardo al disposto dell'art. 673 c.p.p., che stabilisce la revoca anche della sentenza passata in giudicato di proscioglimento per l'intervento di una causa estintiva del reato nel caso di *abolitio criminis*. Si cfr. G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit.

L'orientamento in questione ha trovato poco dopo conferme nella sentenza del 20 maggio 2014, *Nykanen c. Finlandia*, in materia tributaria<sup>490</sup>.

Anche in questo caso e sull'esperienza, tra l'altro, dei propri precedenti, la Corte ha ricercato la natura dell'illecito e della sanzione (con riferimento, naturalmente, ai criteri *Engel*)<sup>491</sup>.

L'interpretazione dell'art. 4 prot. 7 CEDU operata dalla Corte in questa vicenda si presenta ancora una volta legata alla sua dimensione prettamente processuale, ma con la precisazione, allo stesso tempo, che la compresenza di due procedimenti paralleli non contrasta con la Convenzione, a condizione che il secondo venga interrotto nel momento in cui il primo sia divenuto definitivo. A tal proposito, ha constatato come nel caso esaminato le due sanzioni fossero state inflitte nell'ambito di procedimenti che, in mancanza di qualsiasi meccanismo di coordinamento, sono del tutto indipendenti l'uno dall'altro. Inoltre, è stato censurato il difetto di interazione tra le diverse Autorità sia nell'accertamento del fatto sia nella quantificazione della sanzione punitiva, poiché si era tenuto conto della sanzione già inflitta<sup>492</sup>. In questa pronuncia, che pur mantiene, di fondo, la declinazione rigida e processuale del divieto di *bis in idem*, inizia a guadagnare spazio un nuovo criterio di indagine della violazione, estraneo alla vicenda *Grande Stevens c.*

---

<sup>490</sup> Nella vicenda in questione, il sig. Nykanen veniva reso destinatario prima di una soprattassa dalle autorità fiscali per aver ricevuto in modo occulto dei dividendi e poi condannato penalmente per frode fiscale, all'interno di un procedimento di successiva instaurazione. Nella pronuncia la Corte richiama una precedente condanna verso la Finlandia proprio in materia di sanzioni tributarie, resa dalla Grande Camera il 23 novembre 2006 nel caso *Jussila c. Finlandia*, dove è stata riconosciuta la violazione dell'art. 6 CEDU, stante la natura penale delle soprattasse imposte dalle autorità fiscali. In quest'ultimo caso, la Corte aveva dato rilievo determinante alla natura della violazione, affermando che la soprattassa non costituisce un semplice risarcimento dei danni, ma una pena avente finalità preventive e repressive, nonostante il carattere tenue della conseguenza sanzionatoria

<sup>491</sup> Corte EDU, 20 maggio 2014, *Nykanen c. Finlandia*, § 38-41

<sup>492</sup> Corte EDU, 20 maggio 2014, *Nykanen c. Finlandia*, § 47-54

*Italia*, che diventerà il protagonista della fase inaugurata dalla sentenza del 15 novembre 2016 della Grande Camera resa nel ricorso *A e B c. Norvegia*<sup>493-494</sup>.

In quest'ultima pronuncia la Corte, sebbene confermi l'applicabilità del divieto anche nel caso di procedimenti paralleli per il medesimo fatto, una volta che uno di essi si concluda con un provvedimento definitivo<sup>495</sup>, prende atto dei propri precedenti in cui è stato espresso il criterio della "sufficiente connessione spaziale e temporale" in materia di guida senza patente<sup>496</sup>. Queste vicende si erano concluse con il rigetto i ricorsi, perché l'accertamento compiuto non poteva essere considerato duplice, atteso che l'Autorità amministrativa si limitava a prendere atto della condanna penale. Tale criterio, poi, è stato

---

<sup>493</sup> Che ha fatto discutere di *revirement* in tema di *ne bis in idem*: Ufficio del Massimario (a cura di), *Ne bis in idem*, Rel. n. 26/2017, Roma, 21 marzo 2017; si cfr. F. VIGANÒ, *A Never-Ending Story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2016; F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016.

È bene chiarire anche il contesto politico nel quale è intervenuto il mutamento di giurisprudenza. Difatti, in questa vicenda si sono costituiti in giudizio ben sei Governi degli Parti contraenti della CEDU, a riprova dell'interesse attuale della questione per molti Stati europei, che hanno fatto ricorso al doppio binario sanzionatorio anche in materia tributaria.

<sup>494</sup> Il sig. A, primo ricorrente, viene arrestato nel 2007 per aver compiuto alcune transazioni all'estero in modo poco trasparente, la cui esistenza viene ammessa in senso all'interrogatorio a cui verrà sottoposto, pur negando ogni responsabilità penale. Nel 2008 inizia il procedimento penale a suo carico. Nel novembre dello stesso anno, l'amministrazione finanziaria gli commina una sanzione (una soprattassa) per lo stesso fatto e sulla base delle dichiarazioni da lui rese in sede d'arresto; il procedimento in questione si conclude in seguito al pagamento del dovuto. Poco dopo, nel marzo 2009 viene condannato in sede penale per frode fiscale aggravata, non avendo dichiarato la somma ricavata dalle transazioni all'estero; inoltre, nella commisurazione della pena il tribunale dichiara di aver tenuto conto della sanzione tributaria già inflitta all'imputato, tra l'altro già pagata.

Anche il sig. B viene coinvolto nella stessa indagine che ha riguardato il primo ricorrente e viene sanzionato in via amministrativa proprio sulla base delle dichiarazioni rese nel corso dell'indagine. Anche B paga quanto dovuto, in questo modo determinando la conclusione del procedimento amministrativo nel dicembre 2008.

Nel novembre 2008 viene promossa l'azione penale nei suoi confronti, che porta ad una sentenza di condanna, nella cui determinazione della pena si terrà conto della sanzione già inflittagli dall'amministrazione finanziaria.

<sup>495</sup> Corte EDU, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, § 60-65

<sup>496</sup> Corte EDU, *R.T. c. Svizzera*, 30 maggio 2000; Corte EDU, *Nilsson c. Svezia*, 13 dicembre 2005; Corte EDU, *Maszni c. Romania*, 21 settembre 2006; Corte EDU, *Boman c. Finlandia*, 17 febbraio 2015; Corte EDU, *Rivard c. Svizzera*, 4 ottobre 2016. In tali precedenti, però, la Corte non ha mai specificato i contenuti di tale connessione.

richiamato in altre sentenze, dove, al contrario, la Corte ha riscontrato la mancanza o l'insufficienza di tale connessione<sup>497</sup>.

La pronuncia in esame, invece, si apprezza per aver approfondito il fondamento di tale criterio e i parametri in base ai quali svolgere il *test* di compatibilità con la garanzia convenzionale.

Preso atto della diffusione nei Paesi europei del sistema del doppio binario, i Giudici europei hanno affermato che l'art. 4 prot. 7 CEDU non ne preclude *tout court* il ricorso, purché le risposte sanzionatorie così accumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato. È compito della Corte valutare se tali meccanismi violino il *ne bis in idem* oppure rappresentino il «*prodotto di un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata, nel quadro di una strategia unitaria*»<sup>498</sup>. Piuttosto, occorre svolgere un bilanciamento tra gli interessi dell'individuo e degli interessi protetti proprio dalla legislazione “sanzionatoria”; per cui la Corte ha ritenuto di dover accertare la violazione attraverso una lente valutativa peculiare, già indicata dalla Corte Suprema norvegese nello stesso procedimento che aveva dato adito al ricorso<sup>499</sup>. Tale sufficiente connessione sarebbe pienamente soddisfatta qualora vi fosse un meccanismo in grado di unificare, in qualche stadio della

---

<sup>497</sup> Corte EDU, 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*; 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*. Come visto, invece, nel caso *Grande Stevens e altri c. Italia* non c'è traccia di tale parametro.

<sup>498</sup> Corte EDU, 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, § 122

<sup>499</sup> Difatti, i giudici norvegesi hanno ritenuto che il divieto di cui all'art. 4 prot. 7 CEDU abbia una valenza assoluta solo rispetto ai procedimenti consecutivi tra loro (il che si verifica allorché il secondo procedimento venga avviato dopo la conclusione del primo), mentre andrebbe declinato in maniera meno stringente nell'ipotesi in cui i due procedimenti siano paralleli; tali erano quelli del caso in esame. Partendo dai citati precedenti della Corte EDU in tema di violazioni stradali e tributarie, la Corte Suprema ha evidenziato come tra i due procedimenti (tributario e penale) esistesse nel caso di specie una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” tale da far considerare le due sanzioni come parti di un'unica reazione sanzionatoria apprestata dall'ordinamento contro l'illecito rappresentato dall'evasione fiscale. Nessuna duplicazione di procedimenti, dunque.

In dottrina si è sottolineato come la Corte suprema norvegese, forte dell'esperienza recente europea in materia di *ne bis in idem*, abbia abilmente costruito la propria pronuncia proprio per reggere di fronte alla Corte di Strasburgo. Difatti, i giudici di ultima istanza si adattano alla sentenza *Zolotoukhin*, così distaccandosi dal precedente proprio orientamento in tema di *idem factum*, per poi respingere le doglianze proprio sulla base di argomenti espressi nella giurisprudenza europea; si v. F. VIGANÒ, *La Grande Camera*, cit.

procedura, i due procedimenti sanzionatori: cosicché, complessivamente, unico rimarrà il procedimento e unica rimarrà l’Autorità che irroga le sanzioni.

Ecco, allora, che la Corte elenca una serie di fattori da tenere in considerazione per valutarne la sussistenza<sup>500</sup>:

- i procedimenti previsti devono avere scopi complementari e riguardare differenti profili della medesima condotta antisociale<sup>501</sup>;

- il doppio procedimento deve essere una conseguenza prevedibile della condotta<sup>502</sup>;

- questi devono procedere in modo tale da evitare, per quanto possibile, ogni duplicazione nella valutazione e raccolta delle prove, attraverso un’adeguata interazione tra le Autorità e in modo da far sì che l’accertamento dei fatti realizzato in uno dei procedimenti sia utilizzato nell’altro<sup>503</sup>;

- la sanzione irrogata per prima deve essere tenuta in considerazione nell’altro procedimento, in modo tale da rispettiva, nel complesso, la proporzionalità delle pene inflitte.

Ultimo requisito è la connessione cronologica tra i procedimenti, cosa che non implica la conduzione perfettamente parallela degli stessi, ma vuole evitare che la possibilità del secondo procedimento possa pendere in maniera indefinita come una “spada di Damocle” sul capo del soggetto già sanzionato: è qui che si manifesta la

---

<sup>500</sup> Corte EDU, 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, § 133. Inoltre, in questo passaggio viene ripresa una distinzione risalente a Corte EDU, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia* (inerente all’equo processo di cui all’art. 6 CEDU), in cui si è ravvisata la distanza dalla violazione del *ne bis in idem* dell’ipotesi di illeciti non facenti parte dello “stigma sociale” del diritto penale; diversamente, ci si avvicina alla violazione tanto, quanto più si converge verso i caratteri stigmatizzanti del procedimento penale

<sup>501</sup> Nel senso che tale indice può creare un rischio di esiti incoerenti rispetto allo stesso giudizio sulla natura penale della sanzione, A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 136-137.

<sup>502</sup> Indice ricondotto al rispetto del principio di legalità di matrice convenzionale e considerato ininfluenza da una parte della dottrina, che non esclude, però, la possibile oscurità del dato legale, specialmente allorquando il cumulo sanzionatorio discenda dall’imprevedibile esclusione del rapporto di specialità tra gli illeciti da parte della giurisprudenza: così *Ivi*, p. 137.

<sup>503</sup> Là dove si pone il problema, nei rapporti con il procedimento amministrativo, del rispetto della regola di giudizio del processo penale (*Ivi*, p. 138; nonché § 62 *dissenting opinion*, sulla quale si v. oltre).



violazione del principio. Per queste ragioni la Corte apre a due procedimenti consecutivi, purché non si profili alcuna incertezza sulla situazione dei soggetti coinvolti<sup>504</sup>.

Peraltro, appare importante anche il passaggio in cui la Corte ha concluso per la diversità di funzioni delle sanzioni irrogate: in particolare, quella formalmente amministrativa avrebbe tanto carattere deterrente, tipico delle punizioni in senso proprio, quanto scopi compensatori-risarcitori degli sforzi sostenuti dall'AF per ricercare e sanzionare le violazioni nell'interesse della collettività, mentre quelle penale avrebbero un contenuto prettamente punitivo e di rimprovero per un comportamento connotato da frode<sup>505</sup>. Ne discende che anche in termini sostanziali la sovrapposizione non sarebbe sempre e comunque piena, ciò che apre alla possibilità di una convergenza dei risultati sanzionatori.

Seguendo i fattori elencati, la Corte ha sostenuto la prevedibilità da parte dei ricorrenti della doppia sanzione e del doppio procedimento, nonché il carattere parallelo e interconnesso degli stessi, soprattutto alla luce del fatto che nel procedimento amministrativo si fosse tenuto conto delle dichiarazioni rese in sede di indagine penale; dall'altro lato, in sede di quantificazione della pena, è stata considerata la sanzione già irrogata<sup>506</sup>. Sulla base di questi presupposti, non viene ritenuto violato in alcun modo l'art. 4, prot. 7 CEDU<sup>507</sup>.

---

<sup>504</sup> Corte EDU, 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, § 134. Nel caso che ha coinvolto i ricorrenti la lunghezza totale dei due procedimenti era stata pari a circa cinque anni, e i procedimenti penali erano continuati soltanto per due anni dopo che la sanzione tributaria era diventata definitiva.

<sup>505</sup> Corte EDU, 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, § 144

<sup>506</sup> Corte EDU, 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, § 146

<sup>507</sup> Tesi avversata nella propria *dissenting opinion* dal giudice Pinto de Albuquerque, sia sul piano storico sia giuridico, ricercando la *ratio* del divieto, che ha ormai assunto il rango di norma consuetudinaria di diritto internazionale, e le contraddizioni con le precedenti pronunce dello stesso Collegio. In primo luogo, critica la scelta dei legislatori nazionali del ricorso al doppio binario: si tratterebbe di un modo attraverso il quale garantire la punizione in tempi brevi attraverso il ricorso a sanzioni amministrative in via mascherata, ma sostanzialmente penali: una vera e propria «*mislabelling*», cioè una “frode delle etichette” (§ 21 *dissenting opinion*). Si afferma, dunque, come gli Stati non abbiano piena discrezione nella qualificazione normativa delle sanzioni; ragione per la quale è necessario garantire delle forme di controllo esterno ad opera della stessa Corte attraverso il ricorso a dei criteri qualificatori sostanzialistici, come quelli della sentenza *Engel* del 1976. Ma, soprattutto, ciò che costituisce oggetto di critica è il mutamento di prospettiva da *pro persona* della sentenza *Zolotoukhin* (sebbene questa avesse avuto a oggetto solo la configurabilità dell'*idem* e non anche il *bis* procedimentale) a quello espresso nella pronuncia contestata. In particolar modo, il criterio della “sufficiente connessione” si dimostrerebbe aleatorio, al punto tale da

L'orientamento della Grande Camera, confermato da molte pronunce successive<sup>508</sup>, è stato oggetto di adesione da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nell'interpretazione, *ex art. 267 TFUE*, dell'art. 50 CDFUE<sup>509</sup>.

---

rischiare di essere manipolato dall'interprete<sup>507</sup>. Le applicazioni del criterio della "sufficiente connessione" apparivano diverse tra varie pronunce della stessa Corte, precedenti, tra l'altro, richiamati dalla stessa per dare maggior fondamento alla motivazione della sentenza *A e B* (§ 41-47 *dissenting opinion*). Questi criteri, poi, rischierebbero di portare a una semplificazione procedimentale (soprattutto in relazione all'ambito probatorio): si potrebbe ipotizzare la possibilità di una manipolazione del procedimento penale attraverso il dovere di collaborazione operante nel procedimento amministrativo (§ 62 *dissenting opinion*). Quando si parla dei due procedimenti, poi, è come si desse per scontato che questi avranno esiti convergenti, ma non è detto che sia così, vista la differenza tra gli standard probatori richiesti nell'uno e nell'altro (§ 64 *dissenting opinion*). Infine, viene avversata la tesi del carattere compensativo della sanzione tributaria (che, ricordiamo, è pari al 30% dell'importo evaso): da un lato, infatti, lo scopo sarebbe quello di ripagare i costi sostenuti per garantire il funzionamento dei meccanismi di controllo, che arriverebbero a far gravare una responsabilità collettiva solo su alcuni contribuenti (§ 52 *dissenting opinion*); dall'altro lato, non può distinguersi tra una finalità meramente deterrente delle sanzioni amministrative in questione e quella retributiva propria della pena. La sanzione, poi, manifesterebbe un grado di afflittività tale da considerarsi penale (§ 53 *dissenting opinion*).

<sup>508</sup> Sia pure con esiti diversi. Nel senso della violazione del divieto: Corte EDU, 18 maggio 2017, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, con nota di F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 5/2017, p. 392 ss.; Corte EDU, 16 aprile 2019, *Bjarni Ármannsson c. Islanda*; Corte EDU, 6 giugno 2019, *Nodet c. Francia*, con nota di M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte Edu sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2019; Corte EDU, 16 giugno 2022, *Golundris e Vardinogianni c. Grecia*; con una precisazione sul concetto di "decisione definitiva", Corte EDU, Grande Camera, *Mihalache c. Romania*, 8 luglio 2019, con nota di A. CARERI, *I presupposti della garanzia convenzionale al ne bis in idem: dalla Grande Camera nuove precisazioni*, in *Sist. pen.*, 12 dicembre 2019; Corte EDU, 21 luglio 2020, *Velkov c. Bulgaria*, con nota di G. CANESCHI, *Ne bis in idem: una garanzia ancora in cerca di identità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020; per il carattere assorbente dell'insussistenza della connessione sostanziale, si v. Corte EDU, 6 aprile 2021, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria*, con nota di G. ARDIZZONE, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria: un'occasione per riflettere sulla portata del ne bis in idem "europeo"*, in *Sist. pen.*, 14 luglio 2022; Corte EDU, 31 agosto 2021, *Milošević c. Croazia*. Nel senso della esclusione della trasgressione: Corte EDU, 29 settembre 2020, *Faller e Steinmetz c. Francia*; Corte EDU, 8 ottobre 2020, *Bajčić c. Croazia*; Corte EDU, 30 novembre 2021, *Galović c. Croazia*,

<sup>509</sup> La Corte di Giustizia ha avuto modo di esprimersi in tema di *ne bis in idem* ben prima delle pronunce della Corte EDU sul tema. Nella sentenza *Walt Wilhelm e a. c. Bundeskartellamt (Causa 14/68)* resa il 13 febbraio 1969 è stata esclusa la violazione del *ne bis in idem* allorquando i procedimenti siano finalizzati a conseguire degli scopi differenti e nell'un procedimento si tenga conto della sanzione già irrogata nell'altro. Si trattava della materia della tutela del mercato concorrenziale e della convivenza di un meccanismo nazionale e comunitario (oggi, dell'Unione).

Più in là, la Corte ha avuto modo di confrontarsi più volte con casi concernenti la compatibilità del divieto con i due livelli procedimentali e sanzionatori in materia concorrenziale. Nella sentenza del 7 gennaio 2004 *Alborg Portland e a. c. Commissione (Cause C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P E C-219/00)* si è affermato che la valutazione del rispetto del *ne bis in idem* «è soggetta a una triplice condizione di identità dei fatti, di unità del contravventore e di unità dell'interesse giuridico tutelato. Tale principio vieta quindi di sanzionare lo stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo stesso bene giuridico». Nel caso concreto, veniva esclusa l'identità dei fatti oggetto dei due procedimenti perché diverso era l'oggetto delle due intese sanzionate.

Altra importante pronuncia in materia concorrenziale è quella del 14 febbraio 2012 *Toshiba co. e a. (Causa c-17/10)*, dove sono stati applicati ancora gli stessi criteri della sentenza *Allborg Portland* appena citata ed è stata esclusa la medesimezza dei fatti oggetto dei due procedimenti sulla base della diversità

Invero, nella sentenza della Grande sezione del 20 marzo 2018, cause riunite C-524/15, *Menci*, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e a.*, e C-596/16, *Di Puma e Zecca*, dopo aver fatto richiamo ai criteri consolidati nella giurisprudenza della Corte EDU in tema di natura delle sanzioni e di identità fattuale<sup>510</sup>, si dà luogo a un'approfondita interpretazione dell'art. 52, par. 1 CDFUE e solo in minima parte dell'orientamento espresso poco tempo prima dalla Corte di Strasburgo in *A e B c. Norvegia*. Sulla base di questa disposizione, che sancisce il principio di proporzione nella limitazione dei diritti tutelati dalla Carta, la Corte ha ritenuto che il cumulo di sanzioni non sia, di per sé, astrattamente contrario al divieto di *bis in idem*, perché potrebbe trattarsi, rispettando talune condizioni, di una 'limitazione' e non di una 'violazione' dell'art. 50 CDFUE.

I criteri enunciati sono i seguenti:

---

territoriale degli accertamenti della Commissione (che interviene su una portata più estesa delle intese) e dell'Autorità nazionale.

In materia di abusi di mercato e illeciti finanziari, due importanti sentenze risalgono sempre a prima della pronuncia della Corte EDU sul caso *Grande Stevens*: la sentenza resa nel caso *Spector Photo Group e Van Raemdonck (causa C-45/08)* del 23 dicembre 2009, in cui la Corte ha messo in guardia gli Stati membri dal rischio che le sanzioni adottate nel recepimento della direttiva 2003/6 (MAD 1) potessero avere natura penale, e quella del caso *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson (causa C-617/10)*, pronunciata dalla Grande sezione il 26 febbraio 2013, in cui si afferma la legittimità del ricorso al sistema del "doppio binario", rimanendo ferma, tuttavia, la necessità che le sanzioni amministrative non celino, in realtà, dietro la propria maschera, sanzioni penali. Quest'ultima pronuncia ha fatto residuare dei dubbi in ordine alla diretta applicabilità dell'art. 50 cit. Infatti, i Giudici di Lussemburgo hanno sì ricordato il potere-dovere del giudice interno di dare piena efficacia al diritto dell'Unione, anche disapplicando, se necessario, una norma interna, sia essa anteriore o posteriore, contrastante con il medesimo; hanno ricordato che, nel caso di incertezza, il giudice nazionale può sempre far valere il rinvio *ex art. 267 TFUE*; ma nulla hanno detto sulla possibilità di evitare il *bis in idem* fondando la decisione sulla base della norma interpretata. Questo dubbio ha generato una situazione di incertezza interpretativa nelle aule giudiziarie italiane, tale da portare a sollevare altre questioni pregiudiziali relative all'art. 50 (Tribunale di Torino, ordinanza del 27 ottobre 2014, in tema di omesso versamento di ritenute certificate; Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, ordinanze del 23 aprile e del 23 giugno 2015, nell'ambito di procedimenti penali instaurati per fatti di omesso versamento IVA; Tribunale di Bergamo, ordinanza 16 settembre 2015. Cass. civ., sez. trib., ordinanza 20 settembre 2016 e Cass. civ., sez. II, ordinanza 15 novembre 2016, che hanno condotto alla pronuncia della Grande Sezione del 2018).

Per delle recenti pronunce in tema di illeciti concorrenziali, si v. CGUE, Grande Sezione, 22 marzo 2022, *bPos* (C-117/20), sul rapporto tra il procedimento antitrust e il procedimento di *enforcement* di norme settoriali, e *Nordzucker* (C-151/20), sul rapporto tra procedimenti di Autorità antitrust di Stati membri diversi sulla stessa fattispecie. Segnatamente, nel superare la propria giurisprudenza pregressa, la Corte ha ritenuto che l'*idem factum* abbia un fondamento materiale e prescinda dall'interesse giuridico tutelato.

<sup>510</sup> CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15, § 34-39; CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, causa C-537/16, § 36-41; CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca*, cause C-596/16 e C-597/16, § 26

- 1) il rispetto del principio di proporzionalità (art. 52, par. 1), rispettato laddove le norme limitative siano giustificate dal perseguimento di obiettivi di interesse generale;
- 2) la chiarezza e la precisione delle disposizioni sanzionatorie che prevedono il cumulo;
- 3) la regolamentazione di un coordinamento fra i due procedimenti;
- 4) l'osservanza del principio di proporzione della pena.

Spetterà al giudice del rinvio – dice la Corte – verificare la corrispondenza tra la normativa interna e i suddetti criteri.

La Corte di Lussemburgo risponde ai quesiti fatti valere in via pregiudiziale sulla base delle stesse indicazioni.

Nella Causa *C-524/15, Menci*, in tema di illeciti tributari, la Corte ha ravvisato:

- 1) la compatibilità col principio di proporzionalità, atteso il livello di importanza dell'obiettivo della tutela degli interessi finanziari dell'Unione e l'assenza di una disciplina eurounitaria di armonizzazione; qui gli Stati membri hanno discrezionalità nella scelta del sistema sanzionatorio. Inoltre, gli oneri derivanti in capo alla persona sottoposta ai due procedimenti sono apparsi limitati allo stretto necessario per il perseguimento di tale obiettivo (attraverso la previsione di soglie di punibilità in materia penale)<sup>511</sup>;
- 2) la prevedibilità del cumulo, alla luce della chiarezza e della precisione della normativa<sup>512</sup>;
- 3) il rispetto del principio di proporzione, posto che la disciplina attenzionata prevede non solo sanzioni adeguate alla tutela delle finalità e rispettose del criterio del minor sacrificio necessario, ma anche la sospensione dell'esecuzione coattiva delle sanzioni amministrative durante il procedimento penale (art. 21 d.lgs. n. 74 del 2000) e la

---

<sup>511</sup> CGUE, *Grande Sezione*, 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15, § 44-47

<sup>512</sup> CGUE, *Grande Sezione*, 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15, § 42-43

fattispecie di cui all'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000 nel caso di pagamento del debito di tributario<sup>513</sup>.

La Causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e a.* concerne, invece, il tema del “doppio binario” in materia di abusi di mercato. La vicenda prende le mosse dal procedimento amministrativo per l'accertamento dell'illecito amministrativo di manipolazione di mercato rispetto a dei soggetti che avevano già definito la propria posizione in sede penale tramite patteggiamento. Qui la Corte ha ritenuto che:

- 1) il principio di proporzionalità fosse rispettato, anche in virtù dell'assenza di una disciplina eurounitaria di armonizzazione<sup>514</sup>;
- 2) la chiarezza e la precisione delle disposizioni consentisse la prevedibilità del cumulo<sup>515</sup>;
- 3) il livello di afflittività della sanzione penale fosse tale da poter tutelare adeguatamente da sola i mercati finanziari dell'Unione e la fiducia negli strumenti finanziari; il cumulo non avrebbe consentito di rispettare il criterio del “minor sacrificio necessario”<sup>516</sup>.

Il principio affermato dalla Corte è il seguente: «*L'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna,*

---

<sup>513</sup> CGUE, *Grande Sezione*, 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15, § 52-57.

In dottrina si è dubitato della fondatezza del richiamo all'art. 21 cit., considerato che tale meccanismo presuppone l'esistenza di un rapporto di specialità fra gli illeciti, il quale, proprio nella materia tributaria, è stato alla base dell'insorgenza del problema del cumulo punitivo: in questi termini, A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 160. Diversamente, secondo FR. MAZZACUVA, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia*, in *disCrimen*, 3 agosto 2020, p. 11, non sarebbe esclusa di per sé un'interpretazione 'asistematica' tale da applicare l'art. 21 al di là della sussistenza di un rapporto di specialità tra gli illeciti considerati.

<sup>514</sup> CGUE, *Grande Sezione*, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, causa C-537/16, § 46-50

<sup>515</sup> CGUE, *Grande Sezione*, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, causa C-537/16, § 53-54

<sup>516</sup> CGUE, *Grande Sezione*, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, causa C-537/16, § 58-63

*tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva».* Inoltre, essa ha riconosciuto la diretta applicabilità, dell'art. 50 CDFUE e del diritto fondamentale connesso al *ne bis in idem*.

È ancora il tema degli abusi di mercato ad essere affrontato nella Causa *C-596/16, Di Puma e Zecca*, sebbene coinvolga una dinamica alternativa rispetto a quelle consuete: l'irrogazione di una sanzione amministrativa nei confronti di persone fisiche assolti in sede penale in relazione allo stesso fatto (abuso di informazioni privilegiate). La CGUE si è interrogata, così, sulla compatibilità tra l'art. 654 c.p.p. e l'art. 14, par. 1, dir. 2003/6/CE<sup>517</sup> e, sempre attraverso l'applicazione dei criteri sopra menzionati, ha concluso:

- 1) per il rispetto del principio di proporzionalità, con riguardo all'obiettivo di tutela dei mercati finanziari e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari, che giustificerebbe la limitazione dell'art. 50 CDFUE<sup>518</sup>;
- 2) per la chiarezza e la precisione delle disposizioni rende prevedibile il cumulo;
- 3) per la incongruità dell'applicazione della sanzione amministrativa per lo stesso fatto in relazione al quale gli stessi soggetti siano stati assolti in sede penale<sup>519</sup>.

In definitiva, l'art. 14, par. 1 dir. 2003/6/CE, letto alla luce dell'articolo 50, «*va interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale in forza della quale un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale non può essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti che possono costituire una violazione della*

---

<sup>517</sup> Il quale stabilisce che «Fatto salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali, gli Stati membri sono tenuti a garantire, conformemente al loro ordinamento nazionale, che possano essere adottate le opportune misure amministrative o irrogate le opportune sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili del mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva. Gli Stati membri sono tenuti a garantire che tali misure siano efficaci, proporzionate e dissuasive».

<sup>518</sup> CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca*, cause C-596/16 e C-597/16, § 42

<sup>519</sup> CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca*, cause C-596/16 e C-597/16, § 43-45

*normativa sugli abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento, non erano provati».*

Tirando le fila delle diverse statuizioni, la Corte di Lussemburgo ha dato soluzione alle questioni sollevate attraverso un'autonoma interpretazione della Carta, nel combinato disposto degli artt. 50-52 CDFUE, guardando alla possibilità che il legislatore nazionale possa "limitare" il divieto di *bis in idem*, sulla base anche di una imposizione di derivazione europea. In qualche modo, sembra che la Corte abbia guardato più alla "forza" dell'accertamento dei due giudicati, piuttosto che al "coordinamento" e alla costruzione dei rapporti tra i due procedimenti – utilizzato come punto di riferimento soltanto nel caso *Menci*. Nondimeno, quello che traspare dall'esame delle pronunce adottate a livello sovranazionale è una sostanziale convergenza di idee<sup>520</sup>. Questo anche in ragion del fatto che l'art. 52, par. 3 della Carta di Nizza stabilisce che laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato sarà altrettanto corrispondente, sempreché la Carta stessa non preveda una tutela più estesa. Fermo restando, comunque, che la Corte di Lussemburgo non può dare interpretazione in alcun modo alle norme della Convenzione<sup>521</sup>, atteso che la medesima non fa parte del diritto dell'Unione<sup>522</sup>.

I diversi giudici europei si muovono parallelamente già dalla sentenza *Spector Photo Group* e nella sentenza della Grande sezione, per quanto l'orientamento qui espresso appaia "nuovo" sul piano contenutistico rispetto a quello della sentenza *A e B*, guardando prevalentemente al quadro normativo eurounitario, non è emersa alcuna contraddizione con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo; anzi: come detto, nel caso

---

<sup>520</sup> Sia pure con alcune differenze, atteso che la Corte di Giustizia riafferma la garanzia al *ne bis in idem*, valutando l'ammissibilità di una sua limitazione a tutela di interessi generali: si cfr. A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 170 ss. Per la distinzione tra *ne bis in idem* come regola – così declinato in sede convenzionale – e come principio – così in sede unionale – si v. N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, in *Eurojus.it*, 22 marzo 2018.

<sup>521</sup> Così, CGUE, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, p. 44

<sup>522</sup> In verità, l'art. 6, par. 2 TUE, da un lato, e l'art. 59 (emendato dal Prot. 14 CEDU), dall'altro, hanno previsto l'adesione dell'Unione alla CEDU, sinora non avvenuta per la mancata conclusione di un accordo *ad hoc*.

*Menci* vi è un implicito allineamento in tema di coordinamento procedimentale<sup>523</sup> e di congruità del sistema del doppio binario con l'art. 50 CDFUE<sup>524</sup>, pur mancando ogni riferimento alla connessione temporale<sup>525</sup>. Prospettiva recentemente ribadita con riguardo al doppio “binario” francese in materia tributaria, là dove si è affermata la legittimità del cumulo sempre che sia garantita la proporzionalità complessiva della risposta sanzionatoria rispetto alla gravità del fatto<sup>526</sup>.

In conclusione della rassegna sin qui svolta, sembra che si possano tracciare le linee caratteristiche del nuovo volto del *ne bis in idem* europeo complessivamente considerato.

Di fronte alle difficoltà dei vari ordinamenti di rinunciare al regime del doppio binario per ragioni di efficientismo punitivo, la giurisprudenza sovranazionale ha scelto di abbandonare il giudizio di incompatibilità sistemica per prediligere un approccio casistico. Più precisamente, secondo quest'orientamento il rispetto del principio del *ne bis in idem* può essere comunque assicurato laddove il complesso sanzionatorio irrogato sia tale da essere meritevole di qualificazione unitaria, anche alla luce delle relazioni sviluppatesi tra i due procedimenti, secondo il criterio della “connessione temporale e sostanziale sufficientemente stretta”.

Come visto sopra, si tratta di un'elaborazione che ha condotto a una flessibilizzazione del *ne bis in idem*, incentrato più sul profilo sostanziale che su quello procedimentale e con innesto di un approccio sostanziale anche sul concetto di *bis*<sup>527</sup>. Difatti, dapprima questo appariva l'unico elemento sul quale la Corte EDU non aveva espresso l'esigenza di disancorarsi dal dato esteriore; la valutazione appariva semplice: due i procedimenti, due le sanzioni; indubbia la dualità osteggiata dal divieto.

---

<sup>523</sup> Osserva che tale criterio è valutato soltanto in termini astratti N. RECCHIA, *ult. op. cit.*

<sup>524</sup> Si v. CGUE, *Grande Sezione*, 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15, § 54-57. Si cfr. anche le osservazioni sulla peculiarità del bilanciamento operato dalla Corte fra l'interesse al mantenimento del cumulo e il diritto al *ne bis in idem*, anche con riguardo al rilievo della proporzionalità, formulate da A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 165.

<sup>525</sup> Ciò che renderebbe più elevato lo standard di tutela convenzionale: si cfr. A.F. TRIPODI, *ult. op. cit.*, p. 176.

<sup>526</sup> CGUE, 5 maggio 2022, C-570/20.

<sup>527</sup> Di ‘logica fuzzy’ discorre A.F. TRIPODI, *ult. op. cit.*, p. 183.



Oggi, invece, in un universo costellato da plurime ricadute afflittive per uno stesso illecito difficilmente rinunciabili da parte degli Stati europei, si ricerca la reale essenza dell'intera reazione ordinamentale. Si dà adito a una *fiction iuris* di unicità: la sanzione (e i procedimenti) conserva(no) un'unica identità, come due sfaccettature di ciò che è giusto che l'agente subisca per la trasgressione commessa.

Con ciò non si vuole affermare che la sola proporzione possa garantire l'ossequio della garanzia del *ne bis in idem*, che, per quanto evolutasi in seguito a tale innovazione interpretativa, perderebbe la sua essenza se si prescindesse dalla sua generale valenza preclusiva delle duplicazioni punitive e procedimentali.

D'altro canto, la stessa giurisprudenza sovranazionale ha declinato la connessione attraverso l'esame cumulativo di indici (oltre che quantitativi) teleologici, temporali e probatori-procedimentali. Nondimeno, appare difficilmente confutabile il ruolo di rilievo acquistato dal principio di proporzione all'interno di tale *test*, quale criterio definitivo attraverso il quale verificare, sul piano punitivo, se "uno più uno continui a fare uno"<sup>528</sup>.

Affinché possa constatarsi la mera apparenza della duplicazione sanzionatoria, dunque, devono risultare osservate tutte le condizioni enumerate dalla Corte, tra le quali risalta la proporzionalità del risultato punitivo finale<sup>529</sup>.

Ecco che nel quadro giuridico odierno il principio di proporzione costituisce non soltanto un parametro di verifica della costituzionalità della scelta edittale del legislatore, bensì anche un modo di esame dell'unicità sostanziale della risposta sanzionatoria formalmente duplicata<sup>530</sup>. E ciò può avvenire anche con interventi *ex post* del giudice nazionale che assicurino il temperamento degli effetti pregiudizievoli discendenti dal cumulo ipotizzato, tale da ricondurlo a congruità, attraverso il dialogo fra i diversi provvedimenti.

---

<sup>528</sup> Si prende in prestito il titolo del contributo di A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due*, cit.

<sup>529</sup> V. FELISATTI, *Il ne bis in idem domestico*, cit., p. 141

<sup>530</sup> Per la riconduzione del *ne bis in idem* al principio costituzionale di proporzionalità, si v. A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., p. 1081. Lo stesso A. teorizza la configurabilità di una 'sanzione integrata': Id., *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 287 ss.

## 5. *Le reazioni del diritto interno.*

L'avvicendamento delle varie pronunce della giurisprudenza europea in tema di *ne bis in idem* ha acceso l'attenzione degli studiosi e degli operatori pratici sulle modalità attraverso le quali adeguare il diritto interno ai principi sovranazionali.

Invero, la prima “soluzione” data dalle Corti sui “binari doppi” ha infervorato il dibattito sugli strumenti più idonei a fronteggiare il rischio di nuove condanne verso l'Italia. Difatti, nonostante la rigidità e la nettezza del pronunciamento reso in *Grande Stevens*, questo ha accentuato la situazione di incertezza degli interpreti in merito alla conclusione da dare al secondo procedimento, dopo che lo stesso soggetto fosse stato già destinatario in via definitiva di un procedimento al quale doveva attribuirsi natura penale<sup>531</sup>.

Sebbene in alcune vicende fosse stata esclusa, addirittura, la violazione del principio<sup>532</sup>, in seguito si è cercato di comporre il contrasto, talora applicando

---

<sup>531</sup> Già nella stessa vicenda dei ricorrenti, come visto sopra, alla luce della dichiarazione di intervenuta prescrizione.

<sup>532</sup> Cass., sez. III, 8 aprile 2014, n. 20266, *Zanchi*; Cass., sez. III, 14 gennaio 2015, n. 31378, *Ghidini*, con riferimento alle soprattasse. Da segnalare, inoltre, quell'orientamento della Suprema Corte secondo il quale la valutazione della sussistenza o meno del *bis in idem* richiederebbe un nuovo accertamento del fatto, precluso in sede di legittimità: Cass., sez. III, 11 febbraio 2015, n. 19334, *A.M.*; Cass., sez. III., 15 aprile 2015, n. 20887.

direttamente il *ne bis in idem*<sup>533-534</sup>; talaltra ricercando una definizione da parte della Corte costituzionale<sup>535</sup> o della Corte di Giustizia dell'Unione<sup>536</sup>.

Anche la dottrina si è manifestata sensibile a ricomporre il sistema punitivo e processuale, in attesa di un eventuale intervento specifico del legislatore. In questo quadro si è proposta la via dell'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p.<sup>537</sup> – difficilmente praticabile per via della *littera legis*<sup>538</sup> – ovvero quella della diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE, in relazione all'art. 4, prot. 7 CEDU, come letto dalla

---

<sup>533</sup> Trib. di Asti, 7 maggio 2015, n. 717; Trib. di Terni, 12 giugno 2015, n. 674. Per un'interpretazione convenzionalmente orientata, invece, dell'art. 649 c.p.p., sebbene in materia di sanzioni disciplinari: Trib. di Brindisi, 17 ottobre 2014, n. 2881. In senso analogo, di recente e in materia di illeciti alimentari, Trib. di Novara, 20 dicembre 2022, n. 1376.

<sup>534</sup> In una guisa diversa, c'è anche chi ha ipotizzato una rinuncia alla propria potestà punitiva dell'Amministrazione finanziaria (possibilità riconosciuta come utopica dallo stesso sostenitore), la quale si limiterebbe, così, a recuperare il *quantum debeatur* dell'obbligazione tributaria e a trasmettere la *notitia criminis* alla Procura della Repubblica: M. DOVA, *op. cit.*, p. 15.

<sup>535</sup> In materia tributaria: Trib. di Bologna, 21 aprile 2015, n. 136, nella quale vicenda la Corte cost., 8 marzo 2016, n. 112 ha restituito gli atti al rimettente dando atto dell'intervento del d.lgs. n. 158 del 2015, ai fini della valutazione della rilevanza della modifica; Trib. di Treviso, 23 febbraio 2016, n. 205; Trib. di Monza, 30 giugno 2016, n. 236, con ulteriore restituzione al giudice a *quo* (sent. n. 43 del 2018) perché riesaminasse la questione alla luce del mutamento di giurisprudenza della Corte EDU avutosi con la sentenza *A e B c. Norvegia*.

In materia di abusi di mercato: Cass. civ., sez. trib., 6 novembre 2014, n. 950, *Garlsson*; Cass., sez. V., 10 novembre 2014, n. 1782, *Chiaron*, in cui Corte cost., 8 marzo 2016, n. 102 ha ritenuto priva di rilevanza la questione relativa all'art. 187-bis t.u.f. e ha respinto quella riguardante l'art. 649 c.p.p. perché non adeguatamente motivata.

<sup>536</sup> Cass. civ., sez. II, 15 novembre 2016, n. 23232; Cass., sez. trib. civ., 20 settembre 2016, n. 20675, che hanno condotto alla sentenza del 20 marzo 2018 della Grande sezione.

<sup>537</sup> A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due*, cit., il quale discorre di 'interpretazione estensiva'; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario*, cit.

<sup>538</sup> M. BONTEMPELLI, *op. cit.*, p. 14 ss. Come riconosciuto dallo stesso F. VIGANÒ (Id., *Ne bis in idem e contrasto*, cit., p. 191-192, qui autore di un *revirement*: si cfr. Id., *Sanzione penale, sanzione amministrativa e ne bis in idem*, in *Il libro dell'anno del diritto 2015 Treccani*, 2015). Si cfr. Cass., sez. V., 10 novembre 2014, n. 1782, *Chiaron*; Cass., sez. trib. civ., 6 novembre 2014, n. 950, *Garlsson*.

Corte EDU, sulla base dell'art. 52, par. 3 CDFUE<sup>539</sup> – tuttavia, non scevra da incertezze<sup>540-541</sup>.

La dottrina ha ritenuto, non a torto, che le soluzioni più ragionevoli dovessero provenire da un intervento legislativo<sup>542-543</sup>, per esempio differenziando le fattispecie

---

<sup>539</sup> Diretta applicabilità poi confermata da CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, causa C-537/16.

<sup>540</sup> Per cui, sia nel caso in cui venisse disapplicata la seconda norma sanzionatoria, sia qualora dovesse essere disapplicata la norma processuale, che investe la disapplicazione della sanzione, il tutto sarebbe affidato a fattori contingenti, in base al procedimento conclusosi per primo. Lo nota E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, (Nota a Trib. di Milano, Sez. I Penale, ord. 6 dicembre 2016, Pres. Fazio, Giud. Curami e De Luca), in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016, p. 7; sul carattere aleatorio di tale soluzione si v. anche, sebbene con riferimento alla materia tributaria, Trib. di Monza, 30 giugno 2016, n. 236.

<sup>541</sup> Un'altra possibilità sarebbe quella della diretta applicazione dell'art. 4, prot. 7 CEDU (F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto*, cit., p. 196-197). Tale prospettiva muove dalla piena e intera esecutività del protocollo nel nostro ordinamento data dalla l. di ratifica n. 98 del 1990, che dovrebbe, così, essere applicato integralmente nel nostro ordinamento, comprensivo del contenuto normativo derivante dal diritto vivente dei giudici di Strasburgo (si cfr. G. GRASSO – F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte Europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2015, p. 15). La diretta applicabilità della norma CEDU in quanto norma interna è stata riconosciuta talora anche dalla giurisprudenza di legittimità, che ha affermato come queste attribuiscono al singolo la possibilità di ottenere la tutela dei diritti e delle libertà ivi garantite, alla stessa stregua delle norme costituzionali precettive; rimarrebbero escluse, naturalmente, quelle norme generiche al punto da richiedere un intervento attuativo da parte del legislatore (Cass., Sez. Un., 23 novembre 1988, *Polo Castro*; Cass., sez. I, 12 maggio 1993, *Medrano*; Cass., Sez. Un., 14 luglio 2011, n. 27918, *De Francesco*). Nel caso dell'art. 4, prot. 7 CEDU non si tratterebbe di norma generica, sull'assunto che il suo contenuto è stato specificato dall'interpretazione della Corte EDU. Questa visione, secondo chi la sostiene, non contrasterebbe con quanto detto dalle sentenze gemelle della Corte costituzionale (sentt. nn. 348-349 del 2007), poiché, parallelamente alle norme costituzionali, potranno sempre fungere da parametro di legittimità costituzionale delle norme contrastanti. E questo giudizio sarà inevitabile nel momento in cui tale collisione tra le norme interne e le norme CEDU vi sia, per violazione dell'art. 117, comma 1 Cost., proprio sulla base di quanto detto nelle pronunce sopra menzionate.

<sup>542</sup> Non è mancato chi ha sostenuto l'opportunità dell'eliminazione del doppio binario e la depenalizzazione degli illeciti di omesso versamento: G.M. FLICK, *Reati fiscali*, cit., p. 17. Al contrario, c'è chi ha sottolineato come tale opzione sia difficilmente praticabile, sicché la via preferibile e di più facile attuazione resterebbe quella dell'integrazione fra le sanzioni (L. FOFFANI, *I mobili confini fra sanzione penale e amministrativa nel contesto della politica criminale europea*, cit., p. 552).

<sup>543</sup> Un'occasione si sarebbe presentata con la direttiva MAD II (dir. 2014/57/UE), che ha obbligato gli Stati membri ad adottare e adeguare la propria disciplina in materia di *market abuse* ai criteri ivi contenuti. La novità della direttiva sta nell'aver previsto l'obbligo di introduzione (o mantenimento) delle sole sanzioni penali (per i fatti più gravi, purché dolosi), mentre la precedente direttiva MAD I (dir. 2003/6/UE) sanciva l'obbligatorietà del sistema sanzionatorio amministrativo. A ciò si accompagna quanto previsto dall'art. 30 del regolamento MAR (reg. n. 596/2014 UE), che svincola i Membri dall'obbligo di introduzione/mantenimento delle sanzioni amministrative per tali illeciti se già sanzionati penalmente. Non solo: la direttiva MAD II prevede anche l'obbligo degli Stati membri di «garantire che l'irrogazione di sanzioni penali per i reati ai sensi della presente direttiva e di sanzioni amministrative (...) non violi il principio del *ne bis in idem*».

In un primo tempo il legislatore non ha recepito la direttiva; in linea generale, la legge di delegazione europea del 2014 (l. n. 114 del 2015) ha ritenuto l'ordinamento normativo italiano già in linea con quanto richiesto (senza far menzione dell'incompatibilità con la CEDU); e, difatti, il disegno di legge governativo

penali e amministrative che integrano degli abusi di mercato<sup>544</sup> – laddove non potesse operare il principio di specialità – ovvero introducendo una causa di non punibilità per il pagamento della sanzione amministrativa.

In questo quadro, la riforma operata con il d.lgs. n. 107 del 2018 ha rivisto i rapporti fra le sanzioni in maniera tale da garantire, da un lato, l'adeguamento ai canoni imposti dal MAR e dalla MAD II e declinati dalla CGUE e, dall'altro, la ristrutturazione del “doppio binario” secondo le indicazioni provenienti dai giudici di Strasburgo<sup>545</sup>. Posto

---

che era stato presentato al Parlamento nel febbraio 2015 (d.d.l. n. S-1758) non prevedeva alcunché sul piano delle modifiche. Sarà soltanto dopo l'audizione parlamentare del presidente della Consob che si arriverà alla previsione di modifiche al d.lgs. n. 58 del 1998, tra le deleghe conferite al Governo. Tra di esse, per quanto ci interessa rileva l'art. 11 lett. m), che richiede che sia evitata «la duplicazione o il cumulo di sanzioni penali e sanzioni amministrative per uno stesso fatto illecito, attraverso la distinzione delle fattispecie o attraverso previsioni che consentano l'applicazione della sola sanzione più grave ovvero che impongano all'autorità giudiziaria o alla Consob di tenere conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate». Le soluzioni proposte dal Parlamento possono così essere riassunte in via schematica: a) distinguere le fattispecie normative in modo tale da tentare di evitare l'*idem factum*; b) evitare il *bis in idem* sostanziale, determinando l'applicazione di una sola sanzione (per es., quella più grave); c) imporre all'Autorità chiamata a pronunciarsi sulla sanzione a tenere conto della sanzione già irrogata (anche in questo caso si eviterebbe la violazione del divieto in ambito sostanziale).

In seguito è intervenuto il d.lgs. n. 107 del 2018, sul quale si v. oltre.

Per una critica all'art. 11 lett. m) cit., si v. F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina*, cit., p. 320; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto*, cit., p. 201

<sup>544</sup> Si è proposto di fare riferimento al carattere colposo o doloso della condotta, che, però, darebbe luogo a un accertamento complesso (qual è quello relativo all'elemento psicologico dell'illecito) nel quadro del procedimento amministrativo per fattispecie che sul piano criminale hanno, invece, un rilievo abbastanza esiguo. Da segnalare, l'opinione di E. FUSCO, *op. cit.*, il quale ha prospettato quattro possibili strade percorribili da parte del legislatore italiano, sovrapponibili a quelle sin qui analizzate: 1) prevedere solo la sanzione penale; 2) prevedere la sanzione amministrativa per le condotte colpose; 3) tipizzare distintamente i comportamenti sanzionati penalmente e quelli sanzionati in via amministrativa; 4) utilizzare, come criterio distintivo, quello della gravità.

Ad ogni modo, è da escludersi un eventuale rinvio al giudice del compito di individuare i casi gravi, in quanto incompatibile con i principi di tassatività o sufficiente determinatezza della norma penale. Tantomeno si potrebbe immaginare la possibilità di negoziare l'azione processuale tra Autorità amministrativa e PM, attesa l'obbligatorietà dell'azione penale, prevista all'art. 112 Cost. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto*, cit., p. 201-202

<sup>545</sup> Da segnalare che subito dopo il *revirement* di *A e B c. Norvegia* un'ordinanza del Tribunale di Milano ne ha effettuato una prima applicazione (Tribunale di Milano, I, ord. 6 dicembre 2016, con nota di E. FUSCO, *op. cit.*). Con tale provvedimento sono state rigettate le richieste degli imputati del reato di manipolazione di mercato, soggetti già sanzionati, per lo stesso fatto, dalla Consob. La motivazione fa leva sull'integrazione dei presupposti indicati dalla giurisprudenza europea. In particolare, i giudici di merito ritenevano soddisfatta la connessione sostanziale per via dell'interazione tra le due Autorità in termini di materiale utilizzabile ai fini della decisione e del disposto dell'art. 187-terdecies t.u.f., *ratione temporis* vigente. Analogamente poteva dirsi rispetto alla connessione temporale, posto che la Corte EDU ha ammesso anche la consecutività dei procedimenti, ferma restando la prevedibilità di tale vicenda.

Un'altra delle prime applicazioni, sia pure in materia tributaria, è ravvisabile in Cass., sez. III, 22 settembre 2017, n. 6993, che ha valorizzato la sola connessione temporale.

che la giurisprudenza ha suggerito di far dialogare le sanzioni in maniera tale che potessero esprimere un'unica risposta, mercé la nuova fattispecie di cui all'art. 187-terdecies t.u.f., il legislatore ha colto l'occasione per legittimare il confronto e la eventuale compensazione fra le stesse.

In origine tale disposizione era circoscritta alle pene pecuniarie, mentre la riforma ne ha espanso l'ambito applicativo a ogni misura punitiva, obbligando l'Autorità giudiziaria o la Consob a tenere conto di quanto già irrogato. In questa ampia dizione possono rientrare le pene detentive, alla luce dell'intenzione del legislatore della riforma e, soprattutto, dell'autonomia della ipotesi di limitazione della sanzione da irrogare alla parte da riscuotere. Inoltre, dovrebbe concludersi anche per la sussunzione delle pene accessorie e della confisca *ex art. 187 t.u.f.* nell'alveo di operatività della disposizione in esame, alla luce della genericità del dato letterale e del pieno parallelismo fra le conseguenze sanzionatorie penalistiche e amministrative<sup>546</sup>.

Proprio attraverso la disposizione in analisi si sono formate le varie applicazioni giurisprudenziali del divieto di *bis in idem* elaborato nel 2016, che, di fatto, hanno finito anch'esse per concentrare l'attenzione sulla "connessione sostanziale"<sup>547</sup>. In sintesi, la Corte di cassazione, preso atto della trasformazione della garanzia convenzionale<sup>548</sup>, ha ritenuto prevalente il processo penale e la pena ivi irrogata per adeguare il trattamento sanzionatorio complessivo al caso concreto, anche con la disapplicazione delle norme che prevedono le sanzioni formalmente amministrative; del tutto eccezionale, invece,

---

<sup>546</sup> In senso positivo sulle misure ablatorie si v. Cass., sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999, con nota di A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem e insider trading*, cit. Sulle sanzioni accessorie, conformemente, L. BARON, *op. cit.*, p. 37, ove si accenna all'inclusione delle sanzioni amministrative accessorie nella materia penale europea da parte di Corte EDU, 11 giugno 2009, *Dubus S.A. c. Francia*, § 37. *Contra* Trib. di Milano n. 14767 del 2018; F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, cit., p. 21. Sulla possibilità dello scomputo tra sanzioni omogenee e tra sanzioni che siano tali nel genere, ma non nella specie, si v. A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 242 ss.

<sup>547</sup> Si cfr. Cass., sez. V, 1° febbraio 2022, n. 3555.

<sup>548</sup> Lo riconosce Cass., sez. V, 21 giugno 2018, n. 45829, *Franconi e a.*, con nota di F. MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2018.

l'eventualità della disapplicazione della norma penale<sup>549</sup>. Partendo dalla ricostruzione dei rapporti tra l'art. 133 c.p. e l'art. 187-*terdecies*, la Suprema Corte ha ritenuto la seconda una norma speciale settoriale, che specifica quanto è già implicito all'interno della prima, norma generale. Difatti, l'art. 133 c.p., attribuisce al giudice il potere discrezionale di determinare la pena, ma pur sempre con il vincolo di rispettarne la legalità, nonché la sua proporzione rispetto al fatto concreto, tenuto conto degli elementi ivi indicati. Il giudizio che il giudice penale deve svolgere laddove, secondo l'ipotesi più frequente, dovesse intervenire di fronte a una sanzione amministrativa già inflitta, va plasmato sui criteri dell'art. 133 c.p. (che trova il suo omologo nell'art. 11 l. n. 689 del 1981 per le sanzioni amministrative)<sup>550</sup> e deve avere riguardo a quegli aspetti punitivi non compresi nella valutazione già compiuta dalla prima Autorità, sulla base degli elementi oggettivo e soggettivo dell'illecito, così come configurato e alla luce dell'interesse protetto, nonché degli indici relativi alla capacità a delinquere<sup>551</sup>. Peraltro, considerato che talora le fattispecie sono sovrapponibili quasi completamente e attesa l'ampiezza degli indici di determinazione della sanzione amministrativa, detta disapplicazione potrebbe anche essere totale<sup>552</sup>, quando la sanzione già irrogata risultasse completamente esaustiva dei profili di disvalore a cui l'ordinamento intende reagire<sup>553</sup>. Si è poi chiarito che per valutare a proporzionalità e adeguatezza delle sanzioni deve considerarsi la pena concretamente irrogata e non quella edittale, con compito del giudice di merito di operarne la relativa

---

<sup>549</sup> Così Cass., sez. V, 2 settembre 2018, n. 49869, *Chiaron Chiusoni*, con nota di N. MADIA, *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*, in *Cass. pen.*, 2/2019, p. 643. Sulla sindacabilità della proporzionalità del trattamento sanzionatorio in sede di legittimità, con applicazione dell'art. 620 comma 1 lett. l) c.p.p., si v. Cass., sez. V, 21 giugno 2018, n. 45829, *Franconi e a.*, cit. Conformemente, si v. anche Cass., sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999, cit.; Cass., sez. V, 22 novembre 2019, n. 397; Cass., sez. II, 22 maggio 2018, n. 41007; Cass. civ., sez. trib., 9 luglio 2018, n. 27564, con nota di N.M. MAIELLO, *Alla ricerca dell'identità perduta: la Cassazione ribadisce la natura "relativa" del ne bis in idem*, in *Giur. comm.* 6/2019, p. 1318.

<sup>550</sup> Per i rapporti tra queste due disposizioni nel quadro della integrazione della sanzione complessiva, si v. A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 300 ss.

<sup>551</sup> Dunque, resta fuori la possibilità di riesaminare profili già considerati in sede di determinazione della sanzione amministrativa, sì da produrre un incremento della sanzione penale successivamente irrogata (Id., *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 308).

<sup>552</sup> Id., *Ne bis in idem e insider trading*, cit., p. 938

<sup>553</sup> Come sembra emergere in Cass., sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999.

rideterminazione<sup>554</sup>. Con ciò si è aperta la via alla irrogazione di una pena non legale in quanto proporzionata, con prevalenza del secondo principio sul primo<sup>555</sup>.

L'indicazione della via della non applicazione della pena legale per ottemperare a quanto dettato dai giudici europei ha aperto anche a soluzioni innovative da parte della giurisprudenza di merito, che si è spinta fino al ricorso all'art. 135 c.p. in funzione di conversione della pena pecuniaria quando strumentale a rendere congruo il trattamento sanzionatorio<sup>556</sup>.

I rilievi sin qui svolti consentono altresì di rilevare che per pervenire a una sanzione complessivamente proporzionata è possibile ricorrere ai tradizionali parametri propri

---

<sup>554</sup> Cass., sez. V, 30 ottobre 2018 n. 27564, adottata nel caso Ricucci, che ha ravvisato l'esistenza di una sufficiente connessione tra il procedimento penale e quello amministrativo, parallelamente avviati, per il resto rinviando alla Corte d'appello affinché si esprimesse in ordine al trattamento sanzionatorio. Si è rilevato, inoltre, che la sanzione, oltre a poter essere annullata o confermata, possa essere ridotta al fine di ricondurre la condanna complessivamente valutata nei limiti della efficacia proporzionalità e dissuasività.

<sup>555</sup> Ciò che sembrerebbe legittimato, più in generale, quando la norma interna contrasti con il principio di proporzionalità di cui all'art. 49, par. 3 CDFUE nel caso di materia di interesse eurounitario (si cfr. CGUE, Grande Sezione, 8 marzo 2022, C-205/20, *NE*); con i problemi consequenziali che sono stati illustrati. Secondo una parte della dottrina i problemi di contrasto con il principio di legalità sarebbero temperati a fronte del nesso esistente tra tale principio e il *favor libertatis*, trattandosi di disapplicazione *in bonam partem* (A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 333 ss.).

<sup>556</sup> Trib. di Milano, 15 novembre 2018, con nota di F. MUCCIARELLI, "Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2019, e con nota di FR. MAZZACUVA, *Il ne bis in idem dimezzato: tra valorizzazione delle istanze di proporzione della sanzione e smarrimento della dimensione processuale*, in *Giur. commerc.* 2020, p. 933, che, nel condannare alla pena della reclusione per un anno e quattro mesi e alla pena pecuniaria di € 40.000 per il reato di manipolazione di mercato (punito nel minimo con due anni di reclusione), ha ritenuto di dover operare la conversione della pena pecuniaria in detentiva rispetto alla sanzione risultata in eccesso. Nel caso di specie la sanzione amministrativa irrogata dalla Consob era pari a € 100.000. Pertanto, si è ritenuto che, per un verso, la somma corrispondente alla multa non dovesse essere versata, poiché l'art. 187-*terdecies* t.u.f. limita la riscossione alla parte eccedente quella già ottenuta. Per un altro verso, i restanti € 60.000 potevano essere convertiti in otto mesi di pena detentiva, da detrarre rispetto ai due anni di reclusione corrispondenti al minimo sanzionatorio penale.

Questa soluzione ha destato anche alcune perplessità, attesa la possibilità di favorire i meno abbienti e di rendere ineffettiva la pena detentiva a fronte di sanzioni pecuniarie particolarmente elevate: si v. F. MUCCIARELLI, *ult. op. cit.*, p. 3; L. DEAGLIO, *Il perimetro operativo del ne bis in idem nella giurisprudenza sovranazionale e nazionale. È tempo di bilanci*, in *Dir. proc. pen.*, 2019, p. 1443. Si v. anche F. CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2020, p. 63, che ha giudicato discutibile l'applicazione di tale criterio, essendo stato escogitato dopo la commissione del fatto e senza alcun precedente sintomo applicativo. Tale pericolo di ingiustizia sociale, pur paventato da altra parte della dottrina, viene riconsiderato se si tiene conto delle materie coinvolte, quali gli abusi di mercato e gli illeciti tributari, peraltro rilevanti penalmente oltre una certa soglia di punibilità (A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 344 ss.).



della determinazione della pena, che circoscrivono la discrezionalità del decidente, facendola divenire “vincolata”. La ricostruzione dei rapporti tra l’art. 187-*terdecies* e l’art. 133 c.p. in termini di specialità, nonché quanto già esposto in relazione al carattere generale del principio di proporzione conducono a osservare come il giudice sia tenuto a garantire la proporzionalità della risposta punitiva intesa nella sua integrità sempre e comunque ancorché in assenza di una disposizione *ad hoc*. Tale dovere deriva da un principio generale di giustizia sostanziale che riguarda l’intero diritto punitivo (artt. 3-27 Cost.) e che trova espressione nell’art. 133 c.p. e in ogni altra disposizione di analogo tenore, fra cui può annoverarsi l’art. 11 d.lgs. n. 231 del 2001 per la responsabilità degli enti, come si avrà modo di evidenziare meglio oltre.

A ben guardare – come osservato dagli Autori espressi in senso critico rispetto alla nuova dimensione casistica del *ne bis in idem* sovranazionale<sup>557</sup> – di fronte a una visione quale quella illustrata rimangono le criticità connesse alla integrale rimessione del controllo di proporzionalità al singolo giudice<sup>558</sup>, che dà la stura a un sindacato “diffuso” di legittimità della sanzione<sup>559</sup>. A ciò si aggiungano i rischi retrostanti alla neutralizzazione della sanzione penale attraverso la corresponsione del *quantum debeatur* pecuniario, in specie quella detentiva, con messa in crisi della inderogabilità delle conseguenze giuridico-penali<sup>560</sup>. Senza tenere conto, poi, nel caso di disapplicazione totale della pena, della tensione tra proporzione e legalità in senso istituzionale, giacché

---

<sup>557</sup> L. BARON, *op. cit.*, p. 149; V. FELISATTI, *Il ne bis in idem domestico*, cit. p. 141; F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati*, cit.; A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem e insider trading*, cit., p. 935.

<sup>558</sup> Svalutando, peraltro, gli altri elementi del vaglio di “connessione stretta”. In relazione all’elemento temporale, la giurisprudenza si è sforzata di giustificare la grande distanza di tempo fra i diversi procedimenti. Sul punto, si v. Cass., sez. III, 4 febbraio 2021, n. 4439; Cass., sez. V, 15 aprile 2021, n. 31507, *Cremonini*; Cass., sez. fer., 27 agosto 2020, n. 24589, *Rosi*.

<sup>559</sup> Con il rischio ulteriore che si escluda la violazione del *ne bis in idem* benché in assenza degli elementi atti a realizzare una connessione sufficiente: così, E. BINDI, *La delimitazione dei confini del ne bis in idem: dall’automatismo alla discrezionalità del giudice*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, p. 275 ss., in *giurcost.org*.

<sup>560</sup> F. MUCCIARELLI, “Doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato, cit., p. 3; L. DEAGLIO, *Il perimetro operativo del ne bis in idem*, cit. p. 1443.

si consentirebbe al giudice di inibire l'attuazione delle scelte di politica criminale retrostanti all'adozione del "doppio binario" sanzionatorio<sup>561</sup>.

Pertanto, rinviare al giudice per compensare le sanzioni può risultare il modo migliore rispetto ai mezzi attualmente disponibili, ma non esime il legislatore dal ricercare delle soluzioni alternative che siano in grado di conferire maggiore prevedibilità in ordine alle conseguenze del doppio binario<sup>562</sup>.

Un diverso approccio alla problematica può riscontrarsi in un recente intervento della Corte costituzionale<sup>563</sup>. In questo caso, l'effetto della duplicazione è disceso dall'aver affiancato alle fattispecie penali in materia di violazione del diritto d'autore fattispecie amministrative omogenee, generate dal 'pigro' richiamo alle prime contenuto nell'art. 174-bis l. n. 633 del 1941. Dunque, per la commissione di un illecito in ambito autoriale, oltre alle sanzioni penali di cui agli artt. 171 ss., è comminata, singolarmente e per ogni esemplare duplicato o riprodotto, la «sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del prezzo di mercato dell'opera o del supporto oggetto della violazione, in misura comunque non inferiore a euro 103,00» o «[...] da euro 103,00 a euro 1032,00», se non è facilmente determinabile.

La tecnica legislativa utilizzata, consistente nell'addizione di un'ulteriore conseguenza sanzionatoria a dei precetti rimasti immutati nella loro collocazione e formulazione, rende pressoché evidente l'incidenza su di un medesimo fatto da parte di tali punizioni<sup>564</sup>. Una coincidenza che, peraltro, è apprezzabile già, oggettivamente, con la lente dell'*idem* legale e che si riflette sul piano dell'*idem factum* in senso storico-naturalistico di acquisizione convenzionale.

---

<sup>561</sup> In questi termini, A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 337.

<sup>562</sup> Rileva M. SCOLETTA, *Il principio europeo di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2021, p. 180 ss., che, ancorché la portata originaria del *ne bis in idem* risulti indebolita, può apprezzarsi la sua attitudine contenitiva dei risvolti della ricerca dell'efficienza da parte degli ordinamenti giuridici nazionali e di quello eurounitario.

<sup>563</sup> Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149

<sup>564</sup> *Ibidem*

Queste considerazioni sull'*idem* legale possono valere quantomeno se si osservano le fattispecie limitatamente alla loro veste oggettiva, con riguardo alle condotte sanzionate, mentre diversamente dovrebbe dirsi per l'elemento psicologico. Difatti, mentre gli illeciti penali hanno una struttura esclusivamente dolosa, quelli amministrativi, coerentemente al proprio sistema punitivo generale (art. 3 l. n. 689 del 1981), seguono la regola dell'indifferenza tra dolo e colpa del tipo di atteggiamento psicologico dell'agente (si cfr. anche art. 172 l. n. 633 del 1941, rispetto ai fatti di cui all'art. 171).

Cionondimeno, come si è già rilevato nell'analisi dell'*idem factum* (in questo capitolo, par. 3), la sua accezione storico-naturalistica non consente di attribuire rilevanza anche a questa componente della fattispecie, giacché la stessa si appalesa estranea a un'indagine incentrata solo sull'accadimento esteriore. Pur non essendo stato dichiarato espressamente, detta prospettiva sembra essere stata seguita anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 149 del 2022<sup>565</sup>.

Per di più, sul piano sanzionatorio, il legislatore ha impiegato una clausola simile rispetto a quella prevista in materia di abusi di mercato, mantenendo «Ferne le sanzioni penali applicabili». Una formula che, come nel t.u.f., ha la funzione di sterilizzare l'eventuale intervento del principio di specialità di cui all'art. 9 l. n. 689 del 1981, sia pure limitatamente proprio ai rapporti tra fattispecie dolose e fattispecie colpose; per il resto, può osservarsi che manca del tutto la necessità di svolgere un confronto strutturale, a causa del mero rinvio svolto dall'art. 174-*bis*.

Come nella materia dei *market abuse*, la vicenda sanzionatoria formalmente amministrativa è collocabile nell'ampio contenitore della *matière pénale*, ricostruzione

---

<sup>565</sup> Prospettiva che sembra già desumersi nella pregressa giurisprudenza della Corte (Corte cost., 31 maggio 2016, n. 200). Anche Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149 ripudia l'idea della incidenza, a fini distintivi, della diversa base psicologica delle fattispecie penali e amministrative. Invero, non mancano alcune espressioni di dubbia interpretazione che possono far sostenere che l'idea della Giudice delle leggi sia diversa, come quando ritiene sovrapponibili tali fatti in quanto «*in concreto commessi con dolo*». Ma deve ritenersi che la terminologia utilizzata dalla Corte sia indirizzata a valorizzare la vicenda che ha conferito rilevanza all'incidente di costituzionalità. Poco oltre, la stessa pronuncia aggiunge che deve considerarsi non dirimente la rilevanza solo amministrativa delle ipotesi colpose anche perché queste sono dotate «*di rilievo poco più che teorico*» nell'illecito di cui all'art. 171-*ter*, lettera b).

che il Giudice delle leggi opera attenzionando la finalità della sanzione, riconoscendola come dissuasiva, e quindi «*in tutto e per tutto sovrapponibile a quella caratteristica delle sanzioni penali*». A tali fini, la sentenza valorizza i criteri di quantificazione sopra indicati, che strutturano una sanzione pecuniaria proporzionale, il cui coefficiente di base è il doppio del prezzo di mercato dell'oggetto della violazione, legata al numero di esemplari riprodotti, «*in modo da infliggere al trasgressore un sacrificio economico superiore al profitto ricavato dall'illecito*»<sup>566</sup>. Una misura punitiva, e non meramente restitutoria, come già evidenziato da parte del giudice rimettente<sup>567</sup>.

Tale finalità si evince anche «*dalla relazione al disegno di legge A.S. 1496, poi sfociato nella legge n. 248 del 2000 alla quale si dovette l'introduzione dell'art. 174-bis. In tale relazione si sottolinea come l'obiettivo perseguito dalla novella fosse quello di "incrementare il grado di dissuasività delle misure di contrasto" alle violazioni del diritto d'autore, attraverso sanzioni amministrative "che appaiono dotate di autonoma deterrenza in quanto rapidamente applicabili", "a prescindere [...] dai "benefici" che si possono ottenere in sede penale"*»<sup>568</sup>.

Pertanto, la Corte valorizza la natura "oggettiva" dell'illecito prendendo le mosse dalla sanzione a esso dedicata e qualificandola come "sostanzialmente penale", per lo scopo spiccatamente deterrente che ha voluto perseguire la riforma che ne ha determinato l'introduzione. Peraltro, può osservarsi come a ciò si sarebbe potuti pervenire anche per l'elevato grado di afflittività della sanzione, che può raggiungere degli importi significativamente elevati<sup>569</sup>; criterio forse ancor più dirimente della semplice finalità

---

<sup>566</sup> Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149

<sup>567</sup> Trib. Verona, ord. 17 giugno 2021

<sup>568</sup> *Ibidem*

<sup>569</sup> Nel caso che ha attivato la questione di costituzionalità, l'imputato era già stato sanzionato dalla Prefettura, per un importo pari € 5.974, ottenuto dalla moltiplicazione del doppio della sanzione minima (€ 103) per venticinque libri di testo, dei quarantanove totali, dal prezzo non determinabile, e aggiungendo l'importo massimo previsto per le opere il cui prezzo di vendita era conosciuto.

D'altra parte, si v. Corte cost. 26 luglio 2022, n. 198, che, respingendo la tesi del rimettente, ha escluso la natura penale dell'incameramento della cauzione provvisoria dovuta dalle imprese partecipanti a una procedura a evidenza pubblica ai sensi dell'art. 48, comma 1 d.lgs. n. 163 del 2006, facendo richiamo al proprio basso grado di afflittività, dopo aver escluso che tale misura avesse una finalità punitiva.

punitiva, che, invero, rappresenta un elemento di comunanza delle sanzioni amministrative in senso stretto e di quelle penali.

Ad ogni modo, l'impostazione della Corte si spiega nel senso di aver voluto evidenziare come la scelta legislativa sia stata determinata da un intento esclusivamente repressivo, volto a intensificare la capacità generalpreventiva del sistema già congegnato. Un atteggiamento tipico dell'introduzione di norme incriminatrici, come sottolineato dalla pronuncia, mentre non è stato possibile riconoscere delle funzioni ulteriori, come quelle che, invece, sono riscontrabili in materia tributaria<sup>570</sup>.

Alla luce di quanto affermato, le valutazioni della sentenza si spostano sul fronte della verifica della violazione del *ne bis in idem*, secondo quella lettura finzionistica volta alla ricerca di una “*sufficiently close connection in substance and time*” adottata dalla giurisprudenza sovranazionale più recente.

Già riconosciuti – e quindi ribaditi – la piena sovrapposizione delle fattispecie e il difetto di scopi complementari e preso atto dell'assenza di meccanismi normativi di raccordo istruttorio e temporale<sup>571</sup>, nonché di strumenti che consentano al giudice penale di tenere conto della sanzione già irrogata, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. per violazione del *ne bis in idem*<sup>572</sup>.

Dunque, la sentenza constata l'impossibilità a monte di svolgere qualsiasi condizione che possa unificare, in concreto, i due “binari” e conclude per una censura

---

<sup>570</sup> Si cfr. Corte EDU, 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, § 144, che sottolinea che la sanzione tributaria è destinata anche a compensare gli sforzi recuperatori dell'A.F. Nel senso che questa considerazione non sarebbe esprimibile in rapporto al sistema sanzionatorio tributario italiano, G. MELIS – M. GOLISANO, *Il livello di implementazione del principio del ne bis in idem nel processo tributario*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 3/2020, p. 590; A. F. TRIPODI, *L'ente nel doppio binario punitivo*, cit., p. 24.

<sup>571</sup> Nella vicenda che ha dato impulso alla questione di costituzionalità, tra la definitività della sanzione amministrativa e la celebrazione della prima udienza del processo penale è intercorso un tempo superiore a cinque anni.

<sup>572</sup> Per la natura additiva della pronuncia, perché estensiva della portata dell'art. 649 c.p.p., si v. R. RUDONI, *Ancora a proposito di giurisdizione costituzionale, cumuli punitivi eterogenei e ne bis in idem (riflessioni a partire da Corte cost., sent. n. 149/2022 relativa al 'doppio binario' in materia di diritto d'autore)*, in *Nomos*, 2/2022, p. 3. L'A. rileva altresì che la pronuncia non ha aggiunto, però, un principio creatore di quel coordinamento di cui è constatata la mancanza, bensì ha reciso alla radice il “doppio binario” (p. 18).

totale, in astratto, dell'art. 649 c.p.p. Sennonché, questa non coinvolge tale disposizione in maniera generalizzata in rapporto alle ipotesi di *double-track*, ma solo nell'applicazione che ne discende in virtù del sotto-sistema della l. n. 633 del 1941, per come scarnamente edificato dal legislatore<sup>573</sup>. Un atteggiamento, comunque, interventista e cauto al tempo stesso<sup>574</sup>, il cui filo conduttore è quello di evitare di dare la stura a forme di sindacato diffuso dei giudici nazionali<sup>575</sup>, con ampliamento della discrezionalità delle decisioni giudiziarie a discapito della legalità costituzionale<sup>576</sup>.

---

<sup>573</sup> Rimane comunque un cambiamento di prospettiva rispetto alla già citata Corte cost., 8 marzo 2016, n. 102.

<sup>574</sup> Un'impostazione parzialmente diversa è quella adottata da Corte cost., 26 maggio 2020, n. 145. In questa pronuncia è stato esaminato il "doppio binario" in materia di assegno di mantenimento. In questo caso, la Corte è intervenuta in relazione alla combinazione tra la sanzione amministrativa pecuniaria destinata alla Cassa delle ammende di cui all'art. 709-ter, comma 2 c.p.c., e le pene irrogate con sentenza passata in giudicato nei confronti dello stesso genitore per il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o scioglimento del matrimonio. Pur riconoscendo la sovrapponibilità e non complementarietà tra le sanzioni, dotate entrambe di funzione deterrente e specialpreventiva, l'imprevedibilità della duplicazione e l'insufficienza del controllo di proporzionalità complessiva, la Corte ha preferito operare una interpretazione restrittiva della fattispecie extrapenale. Difatti, tale pronuncia, che si inquadra nelle sentenze c.d. interpretative di rigetto, ha espunto da essa l'ipotesi di mancato versamento dell'assegno di mantenimento in favore della prole. Per un commento, si v. E. MALFATTI, La Corte torna sul divieto di bis in idem con una singolare interpretativa di rigetto. A margine della sentenza n. 145/2020, in *Osservatorio cost.*, 6/2020, p. 222 ss.

<sup>575</sup> Con l'affermazione netta dell'illegittimità per il contrasto sistemico con il *ne bis in idem* il Giudice delle leggi definisce ancora una volta il proprio ruolo di Garante dei diritti fondamentali in un sistema di tutela 'multilivello'. La Corte non arretra di fronte agli spazi interpretativi di competenza della CGUE offerti dal valore vincolante della Carta di Nizza, che avevano visto riconoscere di recente a Lussemburgo il potere di disapplicazione diffusa delle norme sanzionatorie perché venisse assicurata la proporzionalità della pena (CGUE, Grande Sezione, 8 marzo 2022, C-205/20, NE). Un'affermazione, questa, che riaccendeva la tematica della c.d. doppia pregiudizialità e che, tuttavia, aveva visto prediligere in dottrina la strada della questione di costituzionalità, vista l'importanza generale della materia punitiva, nella quale i bisogni di prevedibilità delle conseguenze esigono l'intervento di una pronuncia *erga omnes* (F. VIGANÒ, *La Proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione Europea*, cit.).

Nella vicenda in analisi, il tema viene posto all'attenzione della Corte costituzionale con un'eccezione dell'Avvocatura dello Stato, che ha segnalato come la competenza europea in tale settore (si cfr. direttiva 2001/29/CE) avrebbe dovuto condurre alla disapplicazione, anche parziale, della norma sanzionatoria interna, a norma dell'art. 50 CDFUE. Sul punto, la Corte conferma la propria giurisprudenza più recente e rileva che, per offrire una tutela maggiore ai diritti fondamentali, i due rimedi concorrono fra loro in maniera simmetrica, senza che l'uno assuma una prelazione rispetto all'altro. Non solo: in coerenza con la dottrina citata, la Corte chiosa con una preferenza del sindacato accentrato sulle questioni sul *ne bis in idem*, per garantire certezza e uniformità della tutela in tutto l'ordinamento, cioè «che è tanto più essenziale in una materia, come quella penale, dominata dal principio di stretta legalità».

<sup>576</sup> Questa è la ragione per la quale la Corte ha optato per una pronuncia perimetrata alla sola materia del diritto d'autore, rispetto a quella più ampia prospettata nel *petitum* del rimettente, poiché la declaratoria integrale di incostituzionalità avrebbe legittimato i giudici nazionali al compimento della complessa verifica della natura penale e della connessione sostanziale e temporale: si cfr. M. SCOLETTA, Uno più uno anche

Questa valutazione limitata alla disciplina sanzionatoria in esame si è riverberata sulle conclusioni che la Corte costituzionale ha tratto ai fini della declaratoria di illegittimità, che è rimasta confinata all'instaurazione del procedimento penale per uno dei delitti dell'art. 171-ter in conseguenza della irrogazione definitiva della sanzione amministrativa (ma sostanzialmente penale) di cui all'art. 174-bis.

Un approccio che, peraltro, si presenta, *in parte qua*, coerente con l'applicazione giurisprudenziale interna del *test* di “connessione temporale e sostanziale” rilevante ai sensi dell'art. 4, prot. 7 CEDU, ma che ne diverge per l'enfasi omogenea posta sui diversi indici che la Corte di Strasburgo ha chiesto di comparare, senza che la verifica resti tutta incentrata sulla proporzionalità della sanzione complessivamente inflitta<sup>577-578</sup>.

Difatti, se, come già visto, la dottrina ha ravvisato la tendenza della giurisprudenza nazionale di esaurire il *ne bis in idem* europeo nel mero controllo di proporzione sanzionatoria, la sentenza n. 149 del 2022 sembra rinvigorire il divieto, recuperandone una dimensione autonoma e più ampia<sup>579</sup>, coerente con la sua tradizionale logica processuale<sup>580</sup>.

---

*a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in *Sist. pen.*, 23 giugno 2022. Critico sul punto, però, R. RUDONI, *op. cit.*, p. 24-25.

<sup>577</sup> Si cfr. M. SCOLETTA, *ult. op. cit.*, che sottolinea il carattere ‘riduttivo’ di tale approccio.

Invero, il giudice rimettente ha evidenziato delle difficoltà ai fini della commisurazione coordinata della sanzione penale, non potendo tenere conto di quella già inflitta se non entro quanto concesso dall'art. 133 c.p., posto che questa superava la misura del doppio del minimo edittale comminato per l'illecito penale.

<sup>578</sup> Del resto, la stessa Corte aveva già rilevato che la proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo «*pur costituendo un criterio di preminente importanza, non può rappresentare l'unica ragione giustificatrice, in assenza di una stretta connessione sotto il profilo sostanziale, della duplice repressione di un medesimo fatto. La possibilità di irrogare una sanzione proporzionata costituisce, invero, un posteriorius rispetto alla valutazione in ordine alla connessione stretta tra diverse sanzioni per lo stesso fatto*» (Corte cost., 26 maggio 2020, n. 145).

<sup>579</sup> Per le diverse dimensioni del *ne bis in idem* odiernamente individuabili – processuale pura, processuale attenuata, sostanziale pura e sostanziale degenerata – si v. J. DELLA VALENTINA, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection. Osservazioni a margine di Corte Cost., sent. n. 149/2022*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3/2022, p. 233.

<sup>580</sup> M. SCOLETTA, *ult. op. cit.* Si legge, infatti, nella sentenza che: «*la garanzia convenzionale in parola mira – lo si è già poc'anzi osservato – a tutelare l'imputato non solo contro la prospettiva dell'inflizione di una seconda pena, ma ancor prima contro la prospettiva di subire un secondo processo per il medesimo fatto: e ciò a prescindere dall'esito del primo processo, che potrebbe anche essersi concluso con un'assoluzione. La ratio primaria della garanzia – declinata qui non quale principio ordinamentale valenza oggettiva, funzionale alla certezza dei rapporti giuridici, ma quale diritto*

Proprio in quest'ottica, tuttavia, la stessa Corte costituzionale sottolinea come permangano delle criticità all'interno del sistema.

La prima attiene all'eventualità in cui il procedimento penale trovi definizione precedentemente alla chiusura di quello amministrativo; situazione che, benché meno frequente, non può trovare soluzione nell'art. 649 c.p.p.

La seconda riguarda la possibilità di svolgimento parallelo dei due procedimenti, di fronte ai quali l'unica possibilità è quella di attendere la conclusione di quello amministrativo per poi invocare la pronuncia della Corte, ma non anche di arrestarne uno in corso di svolgimento<sup>581</sup>.

Per questo la sentenza contiene anche un monito rivolto al legislatore, che si spinge fino a suggerire *«un'auspicabile rimediazione complessiva dei vigenti sistemi di doppio binario sanzionatorio alla luce dei principi enunciati dalla Corte EDU, dalla Corte di giustizia e da questa stessa Corte»*.

La censura sembra riferirsi, allora, sia pure velatamente, all'intero novero dei modelli punitivi a “doppio binario”, al fine di attivare l'attenzione del legislatore sull'opportunità della loro configurazione attuale, per garantire un coordinamento e un'integrazione maggiore a garanzia dell'individuo che ne subisce le ricadute vessatorie<sup>582</sup>.

---

*fondamentale della persona – è dunque quella di evitare l'ulteriore sofferenza, e i costi economici, determinati da un nuovo processo in relazione a fatti per i quali quella persona sia già stata giudicata»*. Si esprime nel senso di un rinvigorismento della tradizionale dimensione processuale del *ne bis in idem*, A. PROCACCINO, *I bis in idem*, cit., p. 387. In senso analogo A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari*, cit., p. 277-278.

<sup>581</sup> Per i dubbi più radicali di legittimità del “doppio binario” procedimentale, anche a fronte del principio del giusto processo: *Ibidem*.

<sup>582</sup> Monito che spingerebbe non a interventi settoriali, ma ad una rivisitazione a tutto dei sistemi a “doppio binario” (A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 282). Secondo R. RUDONI, *op. cit.*, p. 19, posta l'esistenza di alternative valide alla tecnica decisoria adottata dalla Corte, tale sentenza costituirebbe *«un ulteriore esempio di pronuncia di incostituzionalità manipolativa adottata non 'a rime obbligate'»*. Difatti, secondo l'A., una soluzione adeguata potrebbe essere individuata in una pronuncia “additiva di principio”, funzionale ad evitare di invadere gli spazi di discrezionalità del legislatore e, al contempo, affidare ai giudici il potere di risolvere in concreto i problemi del doppio binario, in attesa dell'intervento legislativo (p. 26-27). L'A. non manca di rilevare la possibile insorgenza di frizioni con le esigenze di certezza e uniformità degli esiti in virtù di una tecnica siffatta, ma ritiene che tali criticità potrebbero essere superate attraverso una formulazione sapiente e puntuale dei contenuti del principio (p. 28). Per una comparazione con la giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*, si v. *Ivi*, p. 26, nt. 101.



Spostando l'attenzione verso gli illeciti tributari, va sottolineato sin da subito come in questo caso non dovrebbero valere le notazioni svolte per gli abusi di mercato in punto di specialità, atteso che, per i primi, detto principio è sancito espressamente dall'art. 19 d.lgs. n. 74 del 2000. Tale previsione è stata dettata proprio allo scopo di evitare la duplicazione sanzionatoria per lo stesso fatto ed è prevista altresì l'esclusione della pena nel caso di adempimento del debito tributario.

Sennonché, la giurisprudenza di legittimità ha negato la riconducibilità dei casi di “omesso versamento IVA” e “omesso versamento di ritenute certificate” all'ipotesi dell'applicazione della sola norma speciale (come visto al par. 2)<sup>583</sup>.

Nonostante la possibile duplicazione, si ritiene che la nuova impostazione delle Corti europee debba far escludere l'illegittimità *a priori* della disciplina sanzionatoria tributaria<sup>584</sup>. Difatti, è possibile realizzare quel processo di integrazione dei binari secondo gli indici delineati a partire dalla sentenza *A e B c. Norvegia* del 2016.

---

<sup>583</sup> Cass., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37425, *Favellato*, Cass., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37424, *Romano*; Cass., sez. III, 8 aprile 2014, n. 20266, *Zanchi*; Cass., sez. III, 9 ottobre 2014, n. 10475, *Calderone*. Per il vero, questi criteri sono stati abbandonati dal Supremo collegio a partire da Cass., sez. III, 11 febbraio 2015, n. 19334, *A.M.*; si v. anche Cass., sez. III., 15 aprile 2015, n. 20887. Tuttavia, in questi casi la Corte ha altresì escluso la possibilità di dedurre la violazione del *ne bis in idem* in sede di giudizio di legittimità, in quanto ciò richiederebbe un nuovo accertamento di fatto.

*Contra* Trib. di Terni, 12 giugno 2015, n. 674, che si esprime in chiave critica nei confronti dell'orientamento succitato. In particolare, il Tribunale ha rinvenuto nell'art. 19 cit. la *ratio* del divieto di *bis in idem*, così affermando, l'applicazione della sanzione “speciale”, qui ritenuta tale quella amministrativa (già eseguita). Da segnalare, inoltre, che in questa pronuncia viene affermata anche la possibilità di un'applicazione diretta delle norme della CEDU qualora fosse necessario, senza dover comunque ricorrere alla Corte costituzionale. Proprio sulla base del principio di specialità, questa necessità mancherebbe nel caso in questione. Si v. anche Tribunale di Torino, ord. 27 ottobre 2014, che però ha declinato la specialità risolutiva in un'ottica “in concreto”. Parzialmente critico M. BONTEMPELLI, *op. cit.*, p. 12, che ha evidenziato come alla stessa soluzione si sarebbe potuti pervenire abbracciando la specialità in astratto, essendo le fattispecie in rapporto di continenza.

Pur riconoscendo l'originalità della soluzione, in realtà accompagnata da una motivazione piuttosto scarna, una parte della dottrina l'ha ritenuta ‘traballante’, non solo perché non conforme alla tesi della ‘progressione illecita’ sostenuta dalla Corte di cassazione, bensì anche e soprattutto perché dovrebbe risultare speciale la norma penale e non quella amministrativa: la prima, infatti, contiene e presuppone l'integrazione della fattispecie amministrativa, aggiungendo qualche elemento in più (su tutti, il quadro temporale più ampio). Così S. CONFALONIERI, *Ancora in tema di omesso versamento di IVA e ne bis in idem: il Tribunale di Terni dichiara di non doversi procedere per la sanzione penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2 dicembre 2015.

<sup>584</sup> In questo senso, proprio nel caso *Menci*, Corte cost., 15 luglio 2019, n. 222. Per i commenti alla prima pronuncia, si v. E. APRILE, *La Corte costituzionale chiarisce quali sono i criteri per valutare la compatibilità con il divieto di bis in idem di un sistema normativo che prevede il “doppio binario sanzionatorio”, penale e amministrativo, per lo stesso fatto*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 596 ss.; E. BINDI, *La*

Una previsione strumentale alla realizzazione del coordinamento fra le diverse Autorità è offerta dall'ipotesi sospensiva già esaminata di cui all'art. 21 d.lgs. n. 74 del 2000. La contestualità dell'avvio dei procedimenti, poi, è garantita dagli obblighi di comunicazione reciproci degli illeciti tributari da parte della Guardia di Finanza all'autorità giudiziaria (art. 331 c.p.p. e art. 36 d.P.R. n. 600 del 1973), nonché in capo a quest'ultima nei confronti dell'Agenzia delle entrate (art. 14, comma 4 l. n. 537 del 1993). A ciò si aggiunge la comunicabilità del materiale istruttorio raccolto nei diversi procedimenti, in maniera reciproca, in base agli artt. 63, comma 1, del d.P.R. n. 633 del 1972, 33, comma 3, del d.P.R. n. 600 del 1973 e 220 delle Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, con utilizzabilità del materiale in sede penale ai sensi degli artt. 234 o 238-*bis* c.p.p.<sup>585</sup>.

Ma il meccanismo principale in grado di superare il contrasto ordinamentale, anche alla luce del nuovo approccio sovranazionale, sembra essere quello introdotto dal d.lgs. n. 158 del 2015 all'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000. Non sembrano sussistere, perciò, possibili violazioni del *ne bis in idem* nello spazio di applicazione di questa norma, che introduce un meccanismo abbastanza adeguato a evitare che possa integrarsi il cumulo sanzionatorio, dopo che il soggetto ha già pienamente subito la sanzione amministrativa, sebbene con i limiti temporali indicati<sup>586</sup>. Su questo piano, perciò, le incompatibilità con il sistema europeo verrebbero meno su ogni lato, se, naturalmente, tra i due procedimenti

---

*delimitazione dei confini del ne bis in idem*, cit., p. 275 ss.; A. DE LIA, *La Consulta sul bis in idem in materia tributaria. Un breve commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 222/2019*, in *Forum Quad. cost.*, 31 dicembre 2019; M. SCOLETTA, *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 2649 ss. In senso conforme, si v. Corte cost., 20 maggio 2020, n. 114; Corte cost., 10 giugno 2021, n. 136.

<sup>585</sup> *Ex plurimis*, Cass. civ., sez. trib., 14 novembre 2012, n. 19859; Cass. civ., sez. trib., 20 marzo 2013, n. 6918; Cass. civ., sez. trib., 3 dicembre 2010, n. 24587; Cass. civ., sez. trib., 22 maggio 2015, n. 10578; Cass., sez. III, 24 settembre 2008, n. 39358; Cass., sez. III, 28 ottobre 2015, n. 1628; Cass., sez. III, 23 ottobre 2018, n. 54379

<sup>586</sup> Si cfr. A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 249, il quale riconduce, invece, alle misure di 'compensazione indiretta' l'attenuante di cui all'art. 13-*bis* d.lgs. n. 74 del 2000.

si potrà configurare la “*sufficiently close connection*” richiesta dai recenti arresti della Corte EDU.

È innegabile, certo, che per scongiurare ogni possibile violazione dell’art. 4, prot. 7 CEDU e dell’art. 50 CDFUE il legislatore avrebbe potuto operare in modo più radicale, abolendo il sistema del “doppio binario”; ma va comunque riconosciuto che quella adottata con l’art. 13 cit. costituisce una buona soluzione di compromesso tra l’interesse al mantenimento della “muscolatura” del sistema (che ricollegiamo alla ricerca dell’efficientismo penale, insito nella *ratio* del “doppio binario”), da un lato, e la difesa dei principi del diritto penale nella sua dimensione liberale e garantista, dall’altro. E le soluzioni di bilanciamento sono proprio quelle per le quali la Corte EDU ha manifestato adesione nelle sue pronunce più recenti, senza vincolare al compimento di scelte più radicali.

Tale intervento di riforma ha costituito, perciò, un primo, seppur importante, passo compiuto dal legislatore italiano, anche nell’ottica dell’introduzione di un’analogia disciplina anche in materia di abusi di mercato<sup>587</sup>.

D’altra parte, non va trascurata logica del bilanciamento tra efficientismo sanzionatorio e garanzie fondamentali che dovrebbe porsi come criterio direttivo di ogni intervento legislativo e che nel caso del “doppio binario” può aiutare a risolvere in maniera adeguata i problemi a esso connessi. Tuttavia, è proprio l’assenza di una valutazione ponderata fra queste sponde, sfociante soprattutto nella mancata estensione della non punibilità ad altri ambiti, che spesso genera le doglianze degli interpreti nel caso di moltiplicazione delle afflizioni, come si avrà modo di constatare in tema di responsabilità degli enti.

---

<sup>587</sup> Anche se va constatato come nel settore degli abusi di mercato possa mancare lo stesso *input* che ha connotato la riforma in materia tributaria, là dove l’interesse dello Stato si appunta sulla riscossione del debito tributario.

Come visto, la stessa Corte costituzionale ha avvisato il legislatore sui rischi di incongruità di un sistema punitivo ‘cinico’, imperniato esclusivamente sul *leit motiv* dell’efficienza.

Ed è proprio in attesa di un recupero di costruzioni legislative rispettose dei principi costituzionali e sovranazionali che detta pronuncia potrebbe inaugurare la via demolitoria<sup>588</sup> di quei “percorsi ferroviari”<sup>589</sup> che non assicurano quelle modalità di raccordo consustanziali a un complesso infrastrutturale penalistico rispettoso dei diritti fondamentali<sup>590</sup>.

## **6. *Il principio di proporzione nei casi di cumulo punitivo: oltre il ne bis in idem.***

Agli occhi di una parte della dottrina e – da quanto sembra ricavarsi dall’ultima pronuncia esaminata – della più recente giurisprudenza costituzionale, la sinergia tra proporzione e *ne bis in idem* è apparsa in grado di affievolire la portata assoluta della

---

<sup>588</sup> Principalmente, come auspicio rivolto al legislatore: S. SEMINARA, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 1395 ss.

<sup>589</sup> Un altro esempio potrebbe rinvenirsi nella materia del trattamento illecito dei dati personali, ove, alla luce del quadro normativo vigente, non sembra ravvisabile quella connessione richiesta dalla giurisprudenza sovranazionale ai fini della unificazione delle conseguenze sanzionatorie e procedurali: L. DEAGLIO, *Il compendio sanzionatorio della nuova disciplina privacy sotto la lente del ne bis in idem sovranazionale e della Costituzione*, cit., p. 208 ss.; V. MANES – FR. MAZZACUVA, *GDPR e nuove disposizioni penali del Codice privacy*, cit., p. 177 ss.

Analogamente, nel caso di illeciti alimentari, sui quali si v. nella nota successiva.

<sup>590</sup> Con una verifica di costituzionalità (non generalizzata, ma) specificamente rivolta a ciascun sotto-sistema: si cfr. A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 276.

Di recente, invece, il Tribunale di Novara ha ritenuto di poter dichiarare direttamente la improcedibilità ai sensi dell’art. 649 c.p.p. in una vicenda relativa alla contestazione di una contravvenzione in materia alimentare (art. 5 lett. b) l. n. 283 del 1962), dopo che la stessa persona era incorsa, per lo stesso fatto storico-naturalistico, in una sanzione amministrativa, da ritenersi, però, di natura penale. Difatti, nel caso di specie, come osservato nella motivazione del provvedimento, la sanzione amministrativa avrebbe addirittura raddoppiato quella irrogata in sede in penale. Ritenuta l’assenza di un coordinamento sostanziale e temporale tra i procedimenti, il Tribunale ha concluso per la sentenza di improcedibilità alla luce di una interpretazione costituzionalmente conforme dell’art. 649 c.p.p., alla luce delle coordinate ermeneutiche offerte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 149 del 2022. Si v. Trib. di Novara, 20 dicembre 2022, n. 1376, in *Giurisprudenza penale web*, 9 marzo 2023, con nota di V. LOGRILLO, *Una sentenza del Tribunale di Novara in tema di ne bis in idem e reati alimentari*.

seconda garanzia. Tipicamente caratterizzato dall'essere immediatamente preclusivo di qualsivoglia seguito, specialmente nella sua dimensione processuale, il divieto è stato visto trasformarsi in un principio flessibile, in un mero canone di indirizzo, quale istanza sottoposta a valutazioni discrezionali e non rigide del giudicante.

In questa progressiva fagocitazione, il principio di proporzione è sembrato assorbire integralmente la forza del *ne bis in idem*, che ne usciva svuotato dei suoi contenuti radicali tradizionali e, quindi, grandemente indebolito. Un paradosso del dialogo fra principi: da un lato, la proporzione sta vivendo un percorso di continua intensificazione, consentendo alle Corti di svolgere un sindacato maggiormente pervasivo sulle scelte legislative; dall'altro, questa sua capacità espansiva ha rischiato di annichilire un altro baluardo fondamentale per l'individuo, quale il divieto di doppia condanna e di doppio procedimento.

Per quanto il collegamento tra le due garanzie, specialmente sul terreno sostanziale resti innegabile, la ricorrenza di un cumulo punitivo per il medesimo fatto dovrebbe segnare il punto di confine in cui la proporzione si arresta per lasciare spazio al divieto di duplicazioni.

Il problema sorge in quei casi in cui questa linea non è agevolmente tracciabile in maniera netta. O meglio, si dovrebbe dire, allorquando si possa discutere di cumulo punitivo nei confronti di uno stesso soggetto per fatti sovrapponibili, ma senza poter invocare l'esistenza di un *idem factum*.

Per chiarire quest'ultimo passaggio, si può anticipare per cenni quanto verrà meglio approfondito nei capitoli seguenti in tema di responsabilità da reato degli enti (cap. III, par. 4 e cap. VI, par. 1.3.2 e 1.4.2). In particolare, se quest'ultima dovesse essere ritenuta strutturata, oltre che sul reato, anche e soprattutto su un 'fatto di cattiva organizzazione' del soggetto collettivo, è chiaro che questa non potrà essere considerata sovrapponibile rispetto al mero reato della persona fisica. Ne discende che laddove la persona giuridica dovesse sopportare, in chiave punitiva, le sanzioni previste per un corrispondente illecito

(formalmente) amministrativo, esattamente coincidente con il reato c.d. presupposto per il quale viene invocata la propria responsabilità ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, non si potrebbe discutere di *bis in idem*<sup>591</sup>.

Nondimeno, resta ferma la convergenza di esiti sanzionatori su di uno stesso soggetto, promananti dal medesimo nucleo di illiceità: l'illecito amministrativo, in un caso, e il reato-presupposto, nell'altro. In casi siffatti, è la garanzia a portata rigida che deve arrestarsi: nessuno spazio può residuare per il *ne bis in idem* in difetto dei suoi elementi costitutivi.

Ci si può domandare se in queste ipotesi possa riespandersi il principio di proporzione, inteso in quella dimensione ampia riconducibile a uno dei criteri enucleati dalla giurisprudenza sovranazionale, ovvero sia con riguardo alla sanzione complessivamente inflitta. In questi termini, l'emancipazione del *ne bis in idem* dalla proporzione sarebbe bilaterale; la proporzione potrebbe ritrovare degli spazi di operatività a garanzia dei soggetti coinvolti lì dove non può arrivare il *ne bis in idem*.

Che sussista un'esigenza di coordinamento fra la molteplicità di conseguenze sanzionatorie che possono scaturire da illeciti parzialmente sovrapposti o riconducibili ad un unico nucleo di disvalore è un dato rinvenibile anche nella giurisprudenza costituzionale. Alcuni punti di collegamento, infatti, possono ravvisarsi rispetto al tema, affrontato dalla Corte costituzionale negli anni '90, della c.d. spirale di condanne in tema di reati previsti dal codice penale militare di pace<sup>592</sup>.

Invero, non si disconosce che quest'ultima situazione differisce da quella sopra illustrata. La "spirale di condanne" riguarda la possibilità che un soggetto si possa ritrovare soggetto a una pluralità di provvedimenti restrittivi della libertà nel corso del tempo ogniqualvolta venga cessi l'esecuzione della pena, in virtù del suo costante rifiuto all'adempimento di un obbligo per il quale non sia prevista alcuna causa di esonero<sup>593</sup>. In

---

<sup>591</sup> Sul tema delle garanzie di cui gode l'ente, invece, si v. il Cap. IV.

<sup>592</sup> Corte cost., 18 novembre 1993, n. 422; Corte cost., 20 luglio 1993, n. 343

<sup>593</sup> La mancanza di tale previsione avrebbe determinato il protrarsi della violazione sino al raggiungimento del quarantacinquesimo anno di età da parte del soggetto obbligato.

questo caso, dunque, ci si trova in presenza di situazioni che non possono rientrare nello spettro applicativo del *ne bis in idem*, giacché il fatto che viene preso in considerazione nei diversi giudizi si rinnova ed è sempre eterogeneo rispetto a quelli per i quali sia già intervenuta condanna. La situazione, dunque, è certamente diversa da quella di una pluralità di condanne per fatti parzialmente sovrapponibili, ma diversi.

Ciononostante, può ravvisarsi una somiglianza di fondo fra i due contesti. Nell'uno come nell'altro caso, infatti, il soggetto resta esposto al rischio di una moltiplicazione della risposta sanzionatoria a causa della impotenza del *ne bis in idem*, ma i fatti che ne stanno alla base, benché diversi, sono pur sempre riconducibili a un'unica ragione di illiceità.

Ebbene, nelle due pronunce citate in materia di rifiuto di prestare servizio militare, la Corte costituzionale ha richiamato proprio il principio di proporzionalità della pena, alla luce del sacrificio sproporzionato della libertà personale e totale pretermissione del fine rieducativo della pena prescritto dall'art. 27, comma 3, «*che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione*»<sup>594</sup>. La causa di esonero dal servizio avrebbe costituito una garanzia sufficiente a mantenere il trattamento sanzionatorio entro i limiti della proporzione, giacché in grado di scongiurare il rischio che al protrarsi della commissione del reato potesse seguire la reiterazione delle condanne; con una pena complessiva che, di fatto, avrebbe assunto una durata ben più lunga rispetto al massimo edittale previsto per la singola violazione<sup>595</sup>.

Dunque, alla proporzionalità si riconosce una portata più ampia, non essendo stretta dai rigidi confini dell'*idem factum*, ancorché inteso nella sua dimensione storico-naturalistica, in grado di rispondere, più in generale, al bisogno di un temperamento concreto del rigore sanzionatorio che deriva da “binari punitivi asimmetrici”.

L'applicazione del principio può esitare nella totale incostituzionalità dell'assenza di un meccanismo preclusivo (es. la mancanza della clausola di esonero), quando il

---

<sup>594</sup> Così, Corte cost., 20 luglio 1993, n. 343, p. 6

<sup>595</sup> Principi poi ribaditi da Corte cost., 18 novembre 1993, n. 422.

disvalore non sia in grado mostrare profili di diversità o novità nel tempo, come nei casi esaminati dalla Corte. In alternativa, in presenza di strumenti normativi adeguati, il principio può condurre a una rimodulazione del complessivo trattamento punitivo nella specifica vicenda. Ciò può accadere allorquando residuino dei profili di illiceità che mantengono una condizione autonoma e che non vengano coperti dalla prima sanzione, come nel caso di fattispecie parzialmente sovrapponibili<sup>596</sup>.

D'altronde, si tratta di un'istanza ben conosciuta al sistema, là dove consente di unificare il trattamento sanzionatorio attraverso il 'cumulo giuridico' delle pene, nonostante la pluralità dei reati commessi. Tale istituto non rappresenta una deroga al principio di proporzione, ma, al contrario, l'ordinamento considera la pena scaturente dal cumulo materiale superiore al disvalore che i fatti presentano se la condotta o il disegno criminoso si presentano unitari<sup>597</sup>. Il legislatore non ha ritenuto giustificato parificare sul piano sanzionatorio tali situazioni con il concorso materiale puro, scevro dal vincolo della continuazione. Proprio tali aspetti giustificano il ricorso a dei meccanismi di contenimento della pena finale, in virtù di una colpevolezza ridotta rispetto a quella che connoterebbe dei fatti completamente scollegati fra loro<sup>598</sup>.

---

<sup>596</sup> D'altra parte, questa istanza è emersa anche nella disciplina degli Stati nordamericani in tema di *punitive damages* e di pluralità di danneggiati da una medesima violazione. È chiaro che il coinvolgimento di diversi soggetti rende ciascun illecito autonomo rispetto all'altro sotto il profilo del danno subito da ciascuno. Ma il diritto d'oltreoceano prevede anche la possibilità di chiedere la condanna ai c.d. *exemplary damages*. Il rischio è quello che l'impresa condannata in un primo giudizio rimanga esposta a una "spirale di condanne" per i danni punitivi da parte dei vari soggetti coinvolti. Ebbene, alcuni Stati hanno introdotto dei meccanismi di scomputo del quantum di *punitive damages* previsto dalla precedente condanna, come previsto nello Stato del Missouri (MO. ANN. STAT. §510.263 (4)).

<sup>597</sup> Più in generale, per la correlazione tra il problema del concorso di reati e il principio di proporzione, si v. L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, cit., p. 111 ss.

<sup>598</sup> Si colloca in questo solco una recente pronuncia in tema di sanzioni amministrative irrogate dall'Autorità Garante per la concorrenza e il mercato (Cons. Stato, 20 dicembre 2022, n. 1159). In particolare, sebbene per gli illeciti amministrativi punitivi non sia contemplato un istituto corrisponde alla continuazione, il Collegio ha ritenuto sproporzionata la sanzione determinata sulla base del c.d. cumulo materiale in casi siffatti, posto che tale criterio darebbe luogo ad un automatismo che non consente di adeguare la sanzione al disvalore complessivo espresso da illeciti amministrativi tra loro significativamente collegati. Pur non essendo previsto il criterio della continuazione ai fini del cumulo giuridico delle sanzioni amministrative, nel caso di intese incidenti su mercati tra loro interconnessi da intendersi avvinte tra loro dal nesso della continuazione, allorquando la configurazione di un duplice illecito sia dipesa solo dalla circostanza, del tutto estrinseca rispetto all'impresa sanzionata. In tali casi, pur non essendo previsto dalla legge, il criterio della continuazione deve orientare la commisurazione della sanzione da parte dell'Autorità



Per di più, l'esigenza di giungere a una statuizione sanzionatoria complessivamente proporzionata è stata richiamata dalla più recente giurisprudenza di legittimità con riguardo al rapporto tra le condanne inflitte per reati non sovrapponibili sul piano eventistico – e quindi non riconducibili all'*idem factum* per come interpretato dalla Corte costituzionale – nonché in relazione di incompatibilità fra loro<sup>599</sup>. In tali casi, la prima inflizione per l'evento di minore gravità non potrà essere trascurata nel giudizio sull'evento ulteriore, meritevole di maggiore riprovazione. In questo senso, il rispetto del c.d. principio di detrazione, mediante lo strumento tradizionale dell'art. 133 c.p., consentirà di assicurare la proporzionalità complessiva della punizione irrogata.

---

indipendente, mitigandone la quantificazione, emarginando il cumulo materiale a criterio identificativo del limite insuperabile.

<sup>599</sup> Cass., sez. V, 25 ottobre 2021, n. 1363, intervenuta con riguardo a un'ipotesi concernente l'avvicinarsi tra loro di un procedimento per lesioni e un altro per omicidio preterintenzionale, là dove il secondo giudice aveva ridotto la pena compensandola con quella precedentemente inflitta.



### CAPITOLO III

#### LA RESPONSABILITÀ DA REATO DELL'ENTE. DALL'AFFERMAZIONE DEL *SOCIETAS DELINQUERE ET PUNIRI POTEST* ALLA RICERCA DI UN FATTO PERSONALE DELL'ENTE

##### ***1. Profili introduttivi e cenni storici. La crescente insofferenza verso un brocardo di antica tradizione.***

Il problema della elaborazione di un sistema di responsabilità da reato dell'ente ha assillato costantemente la scienza penale nel corso di diversi secoli, eternamente oscillante tra soluzioni negative e permissive.

Il diritto – e il legislatore, in particolare – segue i bisogni degli uomini e cerca delle risposte adeguate ad ogni loro scelta di azione e di organizzazione sociale. Così, se il diritto privato, e il diritto commerciale, in particolare, si sono occupati del modo attraverso il quale pervenire alla strutturazione di fenomeni complessi e autonomi dai rispettivi componenti, nel diritto penale ci si è interrogati in ordine alla possibilità di evitare forme di deresponsabilizzazione attraverso lo schermo societario, colpendo le relative compagini a fronte di illeciti commessi all'interno del loro contesto.

Prima fra queste risposte registrate lungo la storia del diritto è stata quella riconducibile a un noto brocardo, che per lungo tempo ha riecheggiato quale formula volta a impedire ogni riflessione nel merito: *societas delinquere non potest*<sup>600</sup>.

---

<sup>600</sup> Benché detto principio personalistico venga attribuito al diritto romano, il brocardo viene originato in tempi più recenti (fa riferimento al periodo illuministico F. D'URSO, *Persona giuridica e*

Una volta sviluppatasi l'idea di personalità giuridica delle *universitas* (per lo più concepita con riguardo a soggetti che oggi definiremo di diritto pubblico), distinte dalle persone fisiche che le compongono, da parte dei canonisti e dei postglossatori medievali<sup>601</sup>, si è tratto l'abbrivio per le elaborazioni teoriche sul delitto corporativo, coltivate costantemente dalla dogmatica europea<sup>602</sup> fino al progressivo tramonto della

---

*responsabilità penale. Note storico giuridiche a proposito di recenti riforme*, in *Quad. fiorentini*, 2000, p. 518; in chiave dubitativa circa la paternità romanistica ovvero agli studiosi del XVIII secolo, A. FALZEA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Milano, 1981, p. 145). Non si deve pensare che in epoca romana sia stata rifiutata radicalmente la punibilità degli enti, considerate l'essenzialità del diritto criminale dell'epoca nonché, soprattutto, l'estraneità del concetto di persona giuridica ai giureconsulti dell'epoca, che piuttosto si riferivano agli agglomerati di soggetti come tali. Il dubbio sulla soluzione data in quell'epoca storica emerge dalla lettura di alcuni passi del Digesto in tema di pene private. La soluzione nel senso della irresponsabilità delle corporazioni si ricava dall'esclusione da parte di Ulpiano dell'esperibilità dell'*actio de dolo malo* nei confronti del *municipium*, che non poteva aver agito dolosamente e che quindi poteva essere esposto soltanto a conseguenze restitutorie (l. 15 § 1 D. *de dolo malo* 4, 3). Tuttavia, in senso contrario si è valorizzato un altro passo (l. 9 §§ 1 e 3 D. *quod metus causa* 4, 2), nel quale lo stesso giureconsulto ammetteva la proposizione dell'*actio quod metus causa* nei confronti di una città, i cui abitanti avevano estorto l'ottenimento di una promessa scritta.

Analogamente, il diritto germanico viene richiamato sovente per indicare un modello storico di apertura alla responsabilità penale degli enti collettivi, mentre, in realtà, operava una piena identificazione del singolo come parte della comunità di appartenenza – sempre da intendersi come complesso dei propri componenti – che fungeva da referente della responsabilità penale (la quale poteva sfociare, com'è noto, nella faida).

<sup>601</sup> Concetto che nasce con la logica finzionistica dottrinale di Sinibaldo Fieschi, poi divenuto Papa Innocenzo IV, che inizialmente esclude la possibilità di scomunica delle *universitas* (ciò che confluirà in un divieto sancito dal Concilio di Lione del 1245); in seguito, pare che l'Illustre Pontefice abbia poi aperto a una capacità di delinquere di tali soggetti nel caso di mandato alla persona fisica autrice del fatto illecito ovvero di ratifica del suo operato. Dall'idea in esame prese le mosse Bartolo da Sassoferrato per argomentare in favore della punibilità delle *universitas*, attraverso la distinzione fra *delicta propria* (ipotesi di omissione della prevenzione o del perseguimento di reati, nonché fatti propri della collettività che rientravano negli scopi della corporazione) e *delicta impropria* (fatti dei singoli, compiuti nell'esercizio di un mandato per conto della stessa e da questa poi ratificati) dell'*universitas*. Le pene applicabili sarebbero consistite essenzialmente nella dimensione pecuniaria (Bartolo) o comunque nella confisca o nella distruzione dell'ente (Oldrado, Giovanni Andrea), tenuto conto di decisioni adottate nel Basso Medioevo dagli imperatori tedeschi o dal Parlamento di Parigi nei confronti dei Comuni, nonché della celebre vicenda che segnò la fine dell'Ordine dei Cavalieri Templari.

Il richiamo alla finzione per concludere in favore di una criminalità corporativa viene valorizzato per sostenere come non siano incompatibili tale teoria e l'affermazione di una responsabilità penale dell'ente: G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., p. 45-46, al quale si rinvia, più in generale, per tutti i riferimenti storici ivi raccolti.

<sup>602</sup> Sulla scia dei commentatori medievali, i criminalisti Claro e Farinaccio (il quale ultimo si occuperà anche di approfondire il tema della colpevolezza dell'ente) influenzarono gli studi e la legislazione di altri territori continentali a partire dal XVI secolo, fino ad arrivare alla fine del XVIII secolo.

figura, messa in discussione dal contesto culturale che faceva da contorno tanto all'assolutismo quanto al liberalismo illuministico<sup>603</sup>.

Un ritorno favorevole alle forme di economia collettiva si è avuto con l'avvento della borghesia ottocentesca e la propria crescente domanda di autonomia dai vincoli delle Autorità, con la conseguente affermazione normativa ed economica, specie nel periodo della Rivoluzione industriale, della società per azioni, figura, invero, di elaborazione seicentesca<sup>604</sup>. Ed è su questa tipologia di enti, non più sulle *universitas* medievali, che si concentrerà il dibattito scientifico successivo.

La innovazione della c.d. teoria finzionistica<sup>605</sup> ha rappresentato il culmine di questo ritorno all'idea dell'incapacità penale degli enti collettivi. Il concetto di responsabilità presuppone esseri senzienti, in grado di esprimere una propria volontà, ciò che non è risultato ravvisabile in presenza di entità esclusivamente patrimoniali, le quali possono essere solo rappresentate nei rapporti civili, ma non a fini penalistici.

Inoltre, in seguito è apparso irrazionale sostenere che tali soggetti, che agiscono in quanto riconosciuti sulla base del perseguimento di scopi leciti, potessero rispondere per un illecito dei propri componenti, il quale si sarebbe dovuto collocare inevitabilmente

---

<sup>603</sup> L'uno avversava ogni forma di autonomia nello Stato, mentre l'altro vedeva nei fenomeni corporativi una restrizione delle libertà della persona: così R. SCHMITT, *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, Stuttgart, 1958, p. 27 ss., come riportato in G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 52; A. GARGANI, *Individuale e collettivo nella responsabilità della societas*, in *Studi senesi*, 2006, p. 241 ss. Invero, le corporazioni sopravvissero quali istituzioni dell'epoca dell'assolutismo puro, mentre furono gli ideali illuministi che favorirono un sistema produttivo imperniato sulla libera concorrenza, con l'abbandono dell'economia urbana "chiusa" dei Comuni, al quale si affiancò, d'altra parte, anche il rafforzamento degli Stati centralizzati. Ciò condusse alla disgregazione delle corporazioni, poi abolite con i decreti Rivoluzionari e trascurate deliberatamente dal Codice Napoleonico (G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 450). Questo contesto favorì, evidentemente, la negazione di una capacità penale degli enti collettivi, sostenuta in uno scritto di Julius Friedrich Von Malblanc del 1793, nel quale si sottolineò l'ingiustizia della pena per coloro il cui ingresso nella collettività fosse successivo alla commissione dell'illecito (argomento già utilizzato in passato e ripreso negli sviluppi ottocenteschi).

<sup>604</sup> F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976, p. 63

<sup>605</sup> Teoria ripresa da F.C. VON SAVIGNY (*Sistema del diritto romano attuale*, trad. di V. Scialoja, I, Torino 1888), che, a differenza dei commentatori medievali, non la discusse di finzione dottrinale, bensì giuridica, costituita dal legislatore: F. GALGANO, *Persona giuridica*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 1 edizione online.

fuori dal contesto collettivo<sup>606</sup>. Idee, queste, che troveranno uno sbocco all'interno di alcune codificazioni dei primi decenni dell'Ottocento<sup>607</sup>, per poi divenire opinione acquisita – al punto da non ritenere necessario esplicitarla in sede legislativa<sup>608</sup> – recepita più in là anche dai classici<sup>609</sup> e dai positivisti italiani<sup>610</sup>.

Tornando a far muovere la lancetta del dibattito in direzione opposta, la c.d. teoria realistica<sup>611</sup> ha contribuito alla rivitalizzazione della responsabilità penale della persona giuridica<sup>612</sup>. Ciò ha condotto gli interpreti a riprendere le discettazioni in ordine alla

---

<sup>606</sup> Ci si vuole riferire alla teorica del Feuerbach, il quale, in realtà, inizialmente richiamò ancora una volta il rischio che la sanzione ricadesse su soggetti diversi dall'autore del reato; successivamente, utilizzò l'argomento dell'eterogeneità dei contesti come riportato nel testo: per maggiori approfondimenti sul seguito della teoria in esame, si rinvia a G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 56 ss.

<sup>607</sup> Spiccano l'art. 49 del codice bavarese del 16 maggio 1813, alla cui stesura partecipò proprio il Feuerbach, e i lavori preparatori per il codice penale prussiano. Previsioni dal contenuto analogo sono rinvenibili in codificazioni ispirate a quella bavarese, come il codice greco del 1834 (art. 505) e quello di Lucerna (§ 37) del 1861, nonché nel codice di Hannover del 1840 (art. 56) ed in quello del Granducato d'Assia del 1841 (art. 44).

<sup>608</sup> Infatti, riguardo alla legislazione italiana, E. PESSINA (*Elementi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1882, p. 165) sostenne proprio come il principio personalistico *societas delinquere non potest* fosse desumibile dallo stesso silenzio del legislatore in merito, atteso che l'intera codificazione presupponeva la sola imputabilità e punibilità degli individui.

<sup>609</sup> F. CARRARA, *Programma*, cit., p. 75, che sostenne il ruolo esclusivo dell'uomo nel diritto criminale, unico capace di volontà intelligente, sebbene al fine di escludere la soggettività degli animali. Tuttavia, lo stesso Illustre criminalista sembrò poi esprimersi nel senso della configurabilità di delitti dell'*universitas* e della relativa punibilità (p. 384 ss.), sia pure incidentalmente nella trattazione concernente le ipotesi di complicità, richiamando quanto già sostenuto da G. CARMIGNANI, *Elementi del diritto criminale*, Napoli, 1854, p. 80. Pertanto, non appare chiaro se il Carrara abbia voluto negare o meno la responsabilità delle persone giuridiche: si cfr. G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 65.

Invece, si è già detto come in senso oppositivo si fosse espresso il Pessina (*op. cit.*, p. 162 ss.), il quale sviluppò gli argomenti tipici della teoria finzionistica.

<sup>610</sup> Anche gli esponenti del positivismo criminologico si rifecero alle tradizionali motivazioni della tesi negativa, ai quali aggiunsero l'incompatibilità logica tra la individualizzazione della pena e le sanzioni collettive: E. FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, vol. I, pt. I, Milano, 1906, p. 272 ss.; E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 210 ss.

<sup>611</sup> O. V. GIERKE, *Das deutsche genossenschaftsrecht*, Berlin, 1868, nella cui fondamentale opera negò che la persona giuridica potesse essere qualificata come una mera finzione giuridica, dovendo considerarsi, piuttosto, come un'entità della realtà, in grado di esprimere una volontà e di agire per tramite dei propri organi, nell'ambito della loro competenza, e quindi anche di commettere fatti illeciti. Come si osserverà autorevolmente, se la teoria della finzione concepì l'ente, attraverso l'istituto della rappresentanza, quale centro di imputazione di situazioni giuridiche, la teoria della realtà consentì di tramutarlo anche in centro di imputazione di attività giuridiche: così, A. FALZEA, *La responsabilità*, cit., p. 152 ss.

<sup>612</sup> Sebbene tale posizione restò minoritaria per molto tempo. Uno dei sostenitori di tale impostazione fu F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1911, p. 127 ss., che ragionò sull'equivalenza tra capacità di agire nel diritto civile e capacità di azione nel diritto penale, nonché sulla titolarità dell'ente di beni aggredibili da parte della sanzione penale, quali quelli patrimoniali.

Benché tale impostazione non ottenne una notevole eco nella dottrina tedesca dell'epoca, qualche apertura in tal senso provenne dalla Spagna, con il progetto Silvela del 1884 (art. 25), poi confluito nell'art.

ricerca di una volontà di tali organizzazioni<sup>613</sup> o comunque sull'influenza sul rischio illecito esercitata da parte delle stesse<sup>614</sup>. La tesi ampliativa dei soggetti attivi di diritto penale ha trovato terreno fertile nel contesto politico e sociale dei due dopoguerra<sup>615</sup>, ma

---

44 del codice penale del 1928. Invero, tale disposizione mantenne l'idea della responsabilità del solo individuo, ma introdusse l'applicabilità agli enti di misure come la sospensione e lo scioglimento.

<sup>613</sup> Posto che l'argomento fondamentale a sostegno della irresponsabilità degli enti era stato rappresentato dall'incapacità volitiva degli stessi (V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, 1933, p. 475; G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, I, Bologna, 1932, p. 357), si tentò di ricostruire una volontà dell'illecito a loro ascrivibile sulla scorta dei moduli organizzativi e deliberativi che gli sono propri per esprimersi, autonomamente rispetto ai propri componenti, in un contesto lecito (E. HAFTER, *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, Berlin, 1903, pensiero che poi rinnegherà in *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts*, Berlin, 1926, là dove sosterrà la mera possibilità di sottoposizione a misure di sicurezza). Alcuni Autori tentarono di superare il *societas delinquere non potest* in relazione ad alcune categorie di reato. Così, G. JELLINEK (*Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. a cura di G. Vitagliano, Milano, 1912) segnalò come il problema della volontà non si ponesse in relazione agli illeciti di mera disobbedienza, come le contravvenzioni di polizia, intendendo, però, il relativo elemento soggettivo in un'ottica "minimalista". Idea poi ripresa in materia di diritto amministrativo punitivo da parte di G. ZANOBINI, *Le sanzioni*, cit., p. 140 ss.

<sup>614</sup> R. BUSCH (*Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, Leipzig, 1933) fece leva sull'inefficacia della mera responsabilità individuale, sulla comunanza del destino tra persona fisica e giuridica e sul criterio dell'aumento del rischio penale, ma la sua tesi incontrò critiche feroci in dottrina e venne trascurata dal regime nazionalsocialista.

<sup>615</sup> Per quanto concerne il primo dopoguerra, si è osservato che le evoluzioni in materia furono favorite sia dalla crescita della legislazione in ambito economico e sociale sia, soprattutto, dall'ammissione della responsabilità internazionale degli Stati: G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 84-85. Inoltre, nel periodo del "ventennio fascista" ci si prodigò nel senso di reprimere le forme di aggregazione sociale tentando di superare il dogma della non punibilità degli enti: F. BRICOLA, *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli Enti nei paesi della CEE*, in Id., *Scritti di diritto penale*, cit., vol. II, t. II, p. 3063 ss.

Un'occasione che infervorì nuovamente il dibattito fu poi offerta dal II Congresso internazionale di diritto penale (Bucarest, 1929), in cui si confrontarono le opposte impostazioni sul tema, ciò che portò, tuttavia, a far comprendere che fosse comunque viva l'esigenza di adottare delle misure di difesa sociale efficaci (*Ibidem*).

Nel secondo dopoguerra si susseguirono una serie di interventi normativi riaccessero il dibattito. Si trattò di tre *ordonnances* emanate nel 1945 dal Governo provvisorio francese e di alcune disposizioni del diritto d'occupazione, che prevedeva sanzioni per enti collettivi; queste ultime, in particolare, furono ritenute di natura penale da parte del *Bundesgerichtshof* nel 1953 (c.d. "*Berliner Stahlhändlerurteil*", *BGHSt* 5, 28). Ciononostante, la dottrina dell'epoca continuò ad ammettere, tutt'al più, il solo ricorso a misure di sicurezza (G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 95-98). Mentre la dogmatica continentale si presentava ancora oscillante, ma prevalentemente propendente per l'irresponsabilità degli enti (per le conclusioni manifestate nel corso dei diversi congressi, sempre *Ivi*, 98-103), intervenne una pronuncia dirompente del *Bundesverfassungsgericht* (nota come "*Bertelsmann-Lesering-Beschluß*", 1966, *BVerfGE* 20, p. 323 ss.) che affermò, sia pure in un *obiter dictum*, che la colpevolezza dell'organo potesse essere fonte di imputazione della stessa anche alle persone giuridiche.

con la sopravvivenza delle resistenze dogmatiche, in specie in Germania<sup>616</sup> e in Italia<sup>617</sup>, ancora legate a una visione antropomorfa della materia<sup>618-619</sup>.

L'ostacolo rappresentato dalle costruzioni dogmatiche della teoria generale del reato<sup>620</sup> ha dovuto gradualmente cedere il passo alle spinte della politica criminale, anche di provenienza internazionale<sup>621</sup>, a fronte di una realtà sempre più complessa,

---

<sup>616</sup> Si è già detto in una nota precedente delle aspre critiche rivolte alla tesi di R. BUSCH, pubblicate nel primo dopoguerra.

<sup>617</sup> D'altra parte, questa la soluzione ricavabile implicitamente anche dal codice penale del 1930, anche alla luce del confronto fra gli artt. 196-197 c.p. (M. SPASARI, *Diritto penale e costituzione*, Milano, 1966, p. 77). Rimarranno minoritarie le posizioni di chi, richiamando ancora una volta gli argomenti della tesi realista (G. MESTICA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Roma, 1933, p. 87 ss.) ovvero spostando il problema sul terreno della scelte discrezionali del legislatore in ordine alla creazione di finzioni giuridiche (G. DEL VECCHIO, *Il soggetto attivo e passivo del reato nel diritto e nella procedura*, vol. I: *Il soggetto attivo del reato nel diritto positivo vigente e nel Progetto "Rocco"*, Milano, 1930, p. 201), cercò di scardinare l'atteggiamento negativo ormai acquisito.

<sup>618</sup> Le resistenze dimostrate nei Paesi dell'Europa continentale non si riscontrano, invece, nelle culture angloamericane. Paradossalmente inizierà a discutersi di responsabilità penale molti secoli dopo rispetto a quanto accaduto nei Paesi di *Civil law*, ovverosia nel XIX secolo. Fino ad allora ci si occupò solo della dimensione civile dei diritti e degli illeciti delle persone giuridiche, riprendendo le elaborazioni medievali sulla finzione di personalità. L'interesse per i crimini delle *corporations* si riaccese vivamente nel corso della Rivoluzione industriale. La ragione di questa differenza di evoluzione è rinvenibile nel diverso approccio allo studio e all'elaborazione degli istituti giuridici. Nel diritto continentale questo ha come punto di partenza le norme e la tradizione teorica; nel secondo, al contrario, dei problemi pratici concreti da risolvere, la quale necessità, spesso, in assenza di soluzioni "pronte e immediate", richiama logiche di buon senso: cfr. G. RUGGIERO, *Contributo allo studio della capacità penale*, cit., p. 102-103.

<sup>619</sup> Anche Corte cost., 14 maggio 1966, n. 40 si esprimerà nel senso della incapacità penale dell'ente. V. anche Cass., sez. I, 10 ottobre 1985, *Caico*.

<sup>620</sup> Nonché dall'art. 27, comma 1 Cost., secondo taluni: v. G. BETTIOL, *Dolo e responsabilità penale nel quadro dei principi costituzionali*, in Id., *Scritti giuridici (1966-1980)*, Padova, 1980, p. 83; M. ROMANO, *Societas delinquere non potest. (Nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1036; *contra* G. PECORELLA, *Societas delinquere potest*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, IV, p. 367.

Tuonerà più avanti, nel senso dello stravolgimento del volto tradizionale del processo penale, da reale a meramente apparente, anche F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, p. 232 ss.: «*sarebbe un finto processo se il pubblico ministero perseguisse fantasmi intellettuali, diavoli ovvero santi, cose inanimate, bestie, persone giuridiche, enti collettivi, cadaveri. Bisogna che l'imputazione evochi una persona fisica, esista o no in carne ed ossa*».

<sup>621</sup> Ci si riferisce principalmente alla Raccomandazione n. 18 del 28 ottobre 1988 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa; fino ad allora altre due Raccomandazioni del Consiglio d'Europa erano intervenute più blandamente in merito (nn. 28 del 1977, 12 del 1981 e 15 del 1982). Anche nel diritto dell'Unione Europea, inizialmente, non sono emerse soluzioni decise in tale direzione: la CGCE ha ritenuto che l'introduzione di una responsabilità penale dell'ente ai fini della tutela degli interessi comunitari non fosse imposta dai Trattati (CGCE, 1° ottobre 1991, Causa C-7/90). In questo novero possono includersi anche la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (P.I.F.) del 19 giugno 1997 e la 'Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri' del 17 dicembre 1997, che, però, non imponevano la previsione di una responsabilità penale delle persone giuridiche (C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 237). Inoltre, anche altri legislatori europei si erano mobilitati in questa direzione, come accaduto specialmente con il *Code pénal* francese del 1994 – fermo restando che la prima esperienza continentale era già rinvenibile



caratterizzata dalla diffusione sempre maggiore della delinquenza economica e ambientale. Nella coscienza sociale si è sviluppata l'identificazione di una vera e propria "criminalità d'impresa", in cui è lo stesso ente interamente inteso – e non la singola persona fisica che abbia agito per suo tramite – che deve considerarsi autore di quel reato, di guisa che anche ad esso deve essere indirizzata la relativa reazione punitiva.

Invero, il codice penale vigente ha preso in considerazione l'estensione verso le persone giuridiche degli effetti sanzionatori della vicenda criminosa – segno di una sensibilità avvertita da tempo – sia pure circoscrivendoli ad altro ambito, quale quello civilistico. Dunque, da un lato, le organizzazioni complesse non sono risultate completamente estranee allo scenario penalistico; dall'altro lato, sono state coinvolte in misura secondaria e marginale, quali referenti civilistici del reato inteso come fonte di obbligazioni.

In questo quadro si annoverano diversi ruoli dell'ente: l'ente responsabile del fatto altrui, l'ente civilmente obbligato e talora questo risente anche ad altro titolo delle affezioni destinate alla persona fisica.

È abbastanza evidente come la mera responsabilità civile possa essere in grado di soddisfare esigenze di garanzia del conseguimento del risarcimento dovuto, ma non sia idoneo a corrispondere adeguatamente i sentimenti collettivi di giustizia penale nei confronti delle persone giuridiche.

Altrettanto inidonee, nel tempo, si sono dimostrate quelle forme "ibride" di coinvolgimento dell'ente, a metà tra la pena e le conseguenze civili vere e proprie, come accaduto in relazione all'obbligazione della pena pecuniaria nei casi di insolvenza del condannato.

---

nell'intervento olandese del 1976 – ma anche in altri Paesi (Finlandia, 1995; Danimarca, 1996; Belgio, 1999).

Rileva che l'avvicendamento di tali interventi abbia accelerato l'introduzione di una disciplina in merito O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, p. 7. Non è mancato in dottrina chi ha sottolineato la "frettolosità" nel licenziare il testo del d.lgs. n. 231 del 2001, proprio per l'esigenza di ottemperare ai vincoli sovranazionali (G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 941 ss.).

Il meccanismo di cui agli artt. 196 e 197 c.p.<sup>622</sup> pone a carico della persona rivestita dell'autorità o incaricata della direzione o vigilanza dell'autore del reato e delle persone giuridiche delle quali lo stesso sia amministratore, rappresentante o dipendente<sup>623</sup> (eccettuati lo Stato e gli altri enti territoriali) l'obbligazione della somma corrispondente alla pena pecuniaria irrogata, con funzione di garanzia dell'adempimento nei casi di insolvenza del condannato.

Conseguenza civilistica accessoria e sussidiaria<sup>624</sup>, prevista in rapporto all'ente nei casi di violazione degli obblighi inerenti alla qualità rivestita dal colpevole o qualora sia

---

<sup>622</sup> Che trova un precedente negli artt. 9 e 10 della l. n. 4 del 1929. La scelta del codice del 1930 si presenta difforme da quella del suo predecessore del 1889, il cui art. 60 contemplava la responsabilità penale dell'autorità o incaricata della direzione o vigilanza qualora fossero state infrante delle disposizioni che la stessa era tenuta a far osservare, sempre che ciò fosse ascrivibile a una proprio omesso impedimento "negligente". Ipotesi, quest'ultima, sulla cui natura giuridica, in termini di responsabilità diretta ovvero indiretta, si è discusso molto in dottrina: G. VASSALLI, *Sull'obbligazione civile per le ammende inflitte a persona dipendente*, nota a Corte cost., 14 maggio 1966, n. 40, in *Giur. cost.*, 1966, p. 709 ss.

In origine, essa era stata contemplata per la sola ammenda, probabilmente proprio alla luce della sua elaborazione all'interno del sistema della inosservanza delle leggi finanziarie. Successivamente, la l. n. 689 del 1981 l'ha estesa anche alla multa.

<sup>623</sup> Quindi, anche in assenza di un rapporto di immedesimazione organica e in virtù di un collegamento meramente funzionale: v. A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1983, p. 109 e C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 321. Peraltro, l'inquadramento dell'autore nell'una o nell'altra categoria può servire anche a comprendere se si tratti di responsabilità diretta o indiretta: il fatto dell'amministratore sarà inscrivibile nell'ambito dell'immedesimazione organica, mentre ciò non sarebbe sostenibile in relazione al dipendente: G. DE SIMONE, *op. cit.*, cit., p. 254-255, che richiama quanto detto da G. VASSALLI, *Sull'obbligazione*, cit., p. 715.

<sup>624</sup> In realtà, non sono mancati i sostenitori della natura penale della responsabilità: in questo senso F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. I, Roma, 1946, p. 138, che ha discusso di responsabilità per fatto altrui. Tuttavia, in senso favorevole al carattere civilistico della previsione depongono il dato letterale («somma pari all'ammontare»), quello topografico (il titolo VII è intitolato alle sanzioni civili), la condizione dell'irresponsabilità penale dell'obbligato (art. 196 c.p.) e la sottrazione al regime delle pene da conversione: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Vol. I, a cura di C.F. Grosso, Milano, 2007, p. 848; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 856; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 878 ss.; V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 866; G. MARINI, *Lineamenti*, cit., p. 90 e 1063; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 372; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 721. Oltre alla conferma perveniente dai *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, pt. I<sup>a</sup>, Roma, 1929, p. 242, a ciò si aggiungerebbe anche la natura sussidiaria della responsabilità, incompatibile con il canone della intrasmissibilità delle punizioni: Corte cost., 14 maggio 1966, n. 40. In passato, si era richiamata anche la circostanza che tale afflizione coinvolgesse anche la persona giuridica, la quale non poteva rispondere penalmente: in questi termini, sempre Corte cost., 14 maggio 1966, n. 40. Ma se ne è sostenuta anche la natura amministrativa, sull'assunto che esse scaturissero da un "illecito di diritto pubblico" e si innestassero comunque su un rapporto pubblicistico: così R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, pt. I, *Diritto penale sostanziale*, vol. III, Torino, 1958, p. 693; in senso conforme, più di recente, A. DE CARO, *Persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 508.

commesso nell'interesse del medesimo<sup>625</sup>, la disposizione ha funto da soluzione pratica di compromesso volta a oltrepassare le discussioni dottrinarie in punto di configurabilità di una responsabilità da reato dell'ente<sup>626</sup>.

Senonché, tralasciando i dubbi di costituzionalità<sup>627-628</sup>, questa non ha riscosso particolare successo applicativo<sup>629-630</sup>, frutto dei limiti operativi della previsione, che non solo può essere ovviata attraverso una disponibilità economica anticipata da parte della

---

<sup>625</sup> Locuzione che richiama quella oggi prevista all'art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001 e che, di fatto, pone gli stessi dubbi ermeneutici.

<sup>626</sup> Nella Relazione del Guardasigilli (*Lavori preparatori*, cit., vol. V, pt. I<sup>a</sup>, p. 242) si osservò proprio come questa soluzione potesse sopire il dibattito in ordine alla configurabilità di una responsabilità degli enti.

<sup>627</sup> Dubbi che sorgono per la sospettata collisione con il principio di personalità della pena e con il principio di eguaglianza, quest'ultimo vulnerato attraverso la distinzione irragionevole fra condannati insolubili garantiti e non garantiti: A. ALESSANDRI, *op. cit.*, p. 126.

<sup>628</sup> A questi si accompagnano anche i problemi di compatibilità con il *ne bis in idem* – fermo restando che l'istituto non ha riscontrato un'applicazione diffusa nella prassi. Già nei *Lavori preparatori*, cit., p. 241, il Guardasigilli aveva posto detta questione con riferimento alle persone fisiche, per le quali l'art. 196 c.p. ha escluso il concorso di responsabilità penale e responsabilità civile sussidiaria. Tuttavia, lo stesso interrogativo potrebbe sorgere oggi in rapporto alle persone giuridiche, dopo l'intervento del d.lgs. n. 231 del 2001, ancorché quella di cui all'art. 197 c.p. sia una misura civile, posto che attiene pur sempre al peso economico della pena; con un'intensificazione della problematica nei casi di doppio binario sanzionatorio, penale e amministrativo: G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 260-261. Del problema dei rapporti con la responsabilità autonoma dell'ente si è fatto carico il Progetto Grosso, che ha eliminato il riferimento al criterio dell'interesse.

<sup>629</sup> Al punto da proporre l'eliminazione con il Progetto del 1949.

<sup>630</sup> Anche se nel corso del tempo sono state introdotte delle ipotesi che, nel tentativo di aggirare il brocardo "*societas delinquere non potest*", hanno dato la stura a una sorta di obbligazione civile da pena pecuniaria di fatto (G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 242). Così è avvenuto in materia di sollecitazioni del pubblico risparmio, là dove l'art. 18, comma 6 d.l. n. 95 del 1974, conv. in l. n. 216 del 1974 (ipotesi prima depenalizzate – art. 1, comma 1 lett. m) l. n. 561 del 1993 – e poi abrogate – art. 191 d.lgs. n. 58 del 1998) prevedeva un'ammenda «da un quarto alla metà del valore totale dell'operazione», volta a ricadere nei confronti dell'impresa in virtù degli importi molto elevati che le operazioni, e quindi le sanzioni, potevano raggiungere.

Inoltre, ad essa è sembrata ispirarsi, in materia di illeciti amministrativi, la previsione di cui all'art. 6, comma 3 l. n. 689 del 1981 della responsabilità solidale dell'ente per la sanzione amministrativa inflitta nei confronti del rappresentante, del dipendente di essa o comunque dell'imprenditore, che abbia commesso il fatto nell'esercizio delle proprie incombenze. In realtà, le due disposizioni differiscono. Intanto, si tratta di responsabilità solidale non sussidiaria, caratterizzata dall'*eadem res debita* a fronte della pluralità di obbligati (C.E. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione*, cit. p. 210 ss.) e scevra dall'insolubilità del sanzionato, prevista a carico finanche degli enti privi di personalità giuridica e dell'imprenditore individuale. Per di più, si è ritenuta legittima l'ordinanza-ingiunzione adottata nei confronti del coobbligato ancorché non sia stato individuato l'autore materiale dell'illecito, sempre che ciò non denoti il difetto di prova sulla responsabilità ovvero l'incertezza sulla sussistenza dell'illecito o sul nesso soggettivo tra la commissione del fatto e le funzioni o i compiti attribuiti allo stesso (Cass. civ., sez. II, 13 maggio 2010, n. 11643; Cass. civ., sez. II, 17 novembre 2009, n. 24249; Cass. civ., sez. II, 15 maggio 2007, n. 11115; Cass. civ., sez. II, 25 gennaio 2012, n. 1040; Cass. civ., sez. VI, 25 maggio 2011, n. 11481; Cass. civ., sez. II, 28 novembre 2007, n. 24725; critico G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 265-266).

persona giuridica, ma, soprattutto, resta una misura inefficace<sup>631</sup>. Difatti, questa ha un funzionamento sussidiario, è confinata a reati di minore gravità, o comunque a una porzione della pena inflitta, ed è ancorata a una pena commisurata alle condizioni economiche del reo, sì restando insoddisfatte le più pressanti richieste di copertura punitiva, con notevole vantaggio per il potenziale obbligato<sup>632-633</sup>.

Di certo, la capacità dell'ordinamento di fronteggiare la criminalità d'impresa colpendo i soli individui appariva alquanto ridotta. Benché l'ente non fosse completamente estraneo alle vicende punitive, direttamente o indirettamente<sup>634</sup>, non può

---

<sup>631</sup> Ciononostante, il meccanismo e la formulazione dell'art. 197 c.p. sono stato mutuati dal sistema degli illeciti amministrativi tributari (art. 11 d.lgs. n. 472 del 1997, sul modello della solidarietà prevista all'art. 6 l. n. 689 del 1981), ma svincolando l'operatività della sanzione dall'insolvenza; anche se, in quel caso, la persona giuridica è l'esclusivo referente del rapporto obbligatorio discendente dalla sanzione (art. 7, comma 1 d.l. n. 269 del 2003, conv. in l. n. 326 del 2003).

<sup>632</sup> A. ALESSANDRI, *op. cit.*, p. 119 ss.

<sup>633</sup> Nonostante la sua marginalità nella prassi applicativa, l'istituto ha destato notevole interesse per i vari progetti di riforma del codice penale.

Nel Progetto Pagliaro (art. 51) esso si presenta sostanzialmente immutato, salva la previsione volta a colpire il profitto maggiore conseguito dall'impresa in ragione della commissione del reato. Più innovativo il Progetto Riz (art. 157), che ha esteso il meccanismo anche allo Stato e agli enti pubblici territoriali e ha previsto la sottoposizione del condannato insolubile alle pene da conversione. Profilo che manca nel Progetto Grosso (art. 73), che, a parte quanto evidenziato sopra, è intervenuto, piuttosto, sui presupposti della misura, indicandola anche per i casi di reato commesso con violazione dei doveri o abuso dei poteri connessi alla prestazione svolta nell'ambito dell'ente.

<sup>634</sup> Innanzitutto, viene in considerazione l'ente quale destinatario materiale delle pene accessorie contemplate per la persona fisica. Così, spesso la legislazione più recente ha comminato delle pene accessorie in grado di riverberarsi verso l'ente, attraverso la inibizione della prosecuzione dell'attività imprenditoriale. Per i delitti di cui agli artt. 515, 516, 517 c.p. che abbiano ad oggetto alimenti o bevande la cui denominazione di origine o geografica o le cui specificità sono protette dalle norme vigenti e quando il fatto sia di particolare gravità o in caso di recidiva specifica, L'art. 517-bis, comma 2, c.p. legittima il giudice a disporre la chiusura dello stabilimento o dell'esercizio in cui il fatto è stato commesso da un minimo di cinque giorni a un massimo di tre mesi oppure la revoca dei provvedimenti amministrativi che abilitano lo svolgimento dell'attività commerciale nello stabilimento o nell'esercizio stesso. Analogamente e nello stesso settore penalistico, l'art. 12-bis, comma 1 l. n. 283 del 1962, che prevede tanto la revoca quanto la chiusura, questa volta definitiva, nel caso di condanna per i reati previsti dagli artt. 5, 6 e 12 l. cit., allorché sussista anche un pericolo per la salute derivato dal fatto stesso o se il fatto è posto in essere da persona già condannata irrevocabilmente per reato commesso con violazione delle norme in materia di produzione, commercio e igiene degli alimenti e delle bevande e quando anche i fatti previsti dagli stessi artt. 5, 6 e 12 costituiscano un più grave reato in base ad altre disposizioni di legge.

Invero, in dottrina si era anche tentato di estendere la pena accessoria dell'art. 32-ter c.p. ("Incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione"), introdotta con la l. n. 689 del 1981, nei confronti delle persone giuridiche, atteso che la misura avrebbe potuto riferirsi soltanto all'imprenditore, poiché se fosse stata riferita all'amministratore, la sanzione sarebbe stata agevolmente eludibile da parte della compagine societaria (così, con riferimento all'art. 57 del d.d.l. n. 1799/C che ne prevedeva l'introduzione, G. PECORELLA, *Societas*, cit., p. 366). In senso contrario, si è rilevato che tale lettura appariva una forzatura del dato legale, che non si riferisce alle imprese, nonché di quello intenzionale, atteso che risultava non poco anomalo che il legislatore dell'epoca volesse introdurre una responsabilità penale dell'ente, in totale

dirsi che l'ordinamento lo avesse dichiarato titolare di capacità penale, verso il cui riconoscimento, però, muovevano numerose istanze, espressione dell'insofferenza nutrita nei confronti del ricorso a forme surrettizie di attrazione del medesimo al rapporto sanzionatorio.

Non è apparsa perseguibile nemmeno la suggestione risalente dell'applicazione delle sole misure di sicurezza, volta a soddisfare le richieste di prevenzione della criminalità d'impresa sulla base della sua "pericolosità oggettiva"<sup>635</sup>, ma non anche sufficiente, ancora una volta, ad affrontare "di petto" e in maniera realmente innovativa – pur nel suo contenuto originale – la questione della punibilità degli enti<sup>636</sup>.

Le peculiarità connotanti il reato inscrivibile all'interno di un agire organizzato hanno portato a rilevare l'inidoneità di soluzioni tradizionali 'adattate' per le persone giuridiche. Queste sono dotate di strutture articolate, che portano a un *modus agendi* complesso, frutto dell'interazione dei diversi ruoli rivestiti dai singoli all'interno della

---

contrasto con le costruzioni dogmatiche: G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 237, che nota, nondimeno, come questa interpretazione avesse avuto anche il merito di mettere in luce come tali misure fossero alquanto inefficaci nei confronti dell'ente, che continuava a versare in una condizione discriminatoria per sé vantaggiosa.

Inoltre, si è evidenziato come spesso l'eliminazione delle conseguenze del reato, quale condizione per l'esito estintivo della sospensione condizionale della pena ovvero per l'accesso all'oblazione discrezionale, ricada inevitabilmente sull'impresa, quando venga in considerazione un'attività illecita della medesima (G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 243).

A ciò si aggiunga l'evoluzione normativa in materia di sanzioni amministrative (sulle quali v. più approfonditamente oltre), rispetto ai quali sono venute meno più rapidamente le remore all'estensione di conseguenze punitive nei confronti degli enti.

<sup>635</sup> Tesi autorevolmente sostenuta negli anni '70 da F. BRICOLA (*Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 1015, anche in *Id.*, *Scritti*, cit., vol. II, t. II, p. 2975 ss.

; per una ricostruzione di tale angolo visuale, si v. C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 316 ss.) e rimasta isolata nel panorama dottrinale, che ha destinato a questa diverse critiche nel merito (G. PECORELLA (*Societas*, cit., p. 363 ss.). Per una ricostruzione del dibattito, si rinvia a G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 207 ss.

<sup>636</sup> Non tanto perché ciò si risolverebbe nel riconoscere alle misure di sicurezza natura amministrativa, secondo una concezione ormai abbandonata (cfr. G. RUGGIERO, *Contributo allo studio della capacità penale*, cit., p. 161), quanto, soprattutto, perché la soluzione è stata offerta proprio onde superare il problema del rispetto del principio di personalità della responsabilità penale, nelle difficoltà di ricostruire una colpevolezza dell'ente e di sostituirla con la sua dimostrata "disorganizzazione".

In alcuni ordinamenti si è optato proprio per l'applicazione delle misure di sicurezza nei confronti degli enti (così per la confisca nel codice penale turco, in base all'art. 20, comma 2). Inoltre, l'ipotesi che lo stesso legislatore del d.lgs. n. 231 del 2001 avesse approntato un "doppio binario" pecuniario e interdittivo, analogo a quello previsto per le persone fisiche dal codice penale del 1930, è stata sottoposta a verifica dagli interpreti, sebbene poi sia stata esclusa per la constatazione di una finalità generalpreventiva: G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 342-343.

compagine di appartenenza, nonché generanti una diversa sensibilità percettiva nei confronti della comminatoria di una sanzione.

Appare chiara, dunque, la ragione dell'avvertita esigenza di ideare un apparato sanzionatorio dedicato specificamente all'ente, al quale il reato possa essere riferibile secondo degli appositi criteri di imputazione che ne giustifichino l'assoggettamento, in maniera tale da poter spingerlo a contribuire alla prevenzione dei reati<sup>637</sup> e da muovere un rimprovero nei suoi confronti nei casi di mancata partecipazione a tale obiettivo<sup>638</sup>.

## **2. Profili comparatistici e modelli di responsabilità: cenni.**

Le difficoltà perenni incontrate dagli studiosi e dai legislatori dei vari ordinamenti giuridici sono state quelle relative alla ricerca di una capacità di azione sul piano penalistico di soggetti esistenti solo nelle costruzioni giuridiche e di criteri validi per giustificare l'imputazione dell'illecito in capo all'ente.

Le ricerche svolte sulla configurazione di un diritto sanzionatorio dedicato direttamente all'ente sono sfociate nella elaborazione di soluzioni eterogenee, che hanno dato vita a diversi modelli di invocazione della responsabilità delle persone giuridiche.

Tali modelli sono improntati sui rapporti intercorrenti con le persone fisiche, secondo tre diverse prospettive: una "antropocentrica o dipendente", che dà rilievo al ruolo della persona fisica all'interno dell'ente; un'altra, all'opposto, "antropomorfa o

---

<sup>637</sup> Si cfr. A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, Torino, 2018, p. 18: «(...) oggi probabilmente si direbbe (o almeno si aggiungerebbe) che scopo di un'impresa è pure quello di contribuire alla prevenzione di quei crimini gravi che possono essere connessi all'attività organizzata, partecipando così di obiettivi che fino a qualche tempo fa sarebbero stati concepiti soltanto rispetto allo Stato».

<sup>638</sup> La Relazione della Commissione Grosso per la riforma del codice penale ha evidenziato come l'introduzione di una responsabilità da reato degli enti apparisse «condizione necessaria per la razionalizzazione di diversi istituti del diritto penale d'impresa», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 600 ss.

indipendente”, incentrata sulla dimensione organizzativa; un’altra ancora, infine, “mista o dualistica”, che tenta una sintesi dei primi due<sup>639</sup>.

A partire dagli anni ’70 si è tentato di saltare l’ostacolo problematico del difetto di volontà e di capacità di azione attraverso il modello di responsabilità “per ascrizione”, imperniato sull’idea dell’imputazione per derivazione della volontà del singolo agente agli enti<sup>640</sup>.

Tuttavia, in senso critico si è evidenziato che tale soluzione colliderebbe con il contenuto minimo del carattere personale della responsabilità discendente da un illecito penale, qual è il divieto di responsabilità per fatto altrui<sup>641</sup>.

Nell’indagine sui criteri di imputazione della responsabilità, nel diritto angloamericano una prima impostazione è stata rappresentata dalla teoria della responsabilità vicaria (*vicarious liability*), che si basa sull’idea della immedesimazione della volontà dell’ente in quella di tutti i propri componenti. Il reato sarà imputabile all’ente se commesso nell’esercizio dell’attività di un dipendente con la finalità, anche non esclusiva, di fargli conseguire un vantaggio<sup>642</sup>.

---

<sup>639</sup> R. BARTOLI, *Un’introduzione alla responsabilità punitiva degli enti*, in *Sist. pen.*, 25 ottobre 2021, p. 5 ss.; Id., *Il criterio di imputazione oggettiva*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Torino, 2020, p. 172 ss.; Id., *Alla ricerca di una coerenza perduta ... o forse mai esistita*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, p. 13 ss.; A. GARGANI, *Individuale*, cit., p. 239 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in C.F. GROSSO – T. PADOVANI – A. PAGLIARO (dir.), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008, p. 17 ss.; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2017, p. 309 ss.

<sup>640</sup> B. ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personem im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, Frankfurt, 1984, p. 216 ss.; R. SCHOLZ, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, in *ZRP*, 2000, p. 438 ss.; K. TIEDEMANN, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 627 ss.; Cfr. H.J. SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, 1993, p. 177 ss.

<sup>641</sup> M. BAJO-FERNÁNDEZ, *Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español*, in AA.VV., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2012, p. 21 ss.; C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*, in Id., *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, 2006, p. 96 ss.

<sup>642</sup> C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 146 ss. Soluzione sostenuta dalla giurisprudenza statunitense sin dai primi del ‘900 (*New York Central & Hudson R.R. Co. v. U.S.*, 212 U.S., p. 481, 494) e che trae ispirazione da un principio responsabilizzante del diritto privato (*respondeat superior*): A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 202

La tesi in esame è stata oggetto di un'evoluzione restrittiva da parte della teoria dell'identificazione o *alter-ego doctrine*, che ha circoscritto la responsabilità ai comportamenti di chi dirige l'ente e ne manifesta all'esterno la volontà: gli organi e i soggetti apicali, nei quali l'ente, per l'appunto, si identifica. La variante ricostruttiva è stata mossa dall'intento di evitare soluzioni reputate ingiuste, per la difficoltà degli enti di certe dimensioni di dominare l'attività svolta da tutti i dipendenti<sup>643</sup>.

Più di recente, tale impostazione è entrata in crisi rispetto alle “*hybrid offences*”, reati la cui dimostrazione è caratterizzata da un'inversione a carico del suo autore dell'onere della prova della colpa. Questo contesto ha favorito la ricerca di una responsabilità dell'ente in chiave autonoma rispetto a quella della persona fisica e coerente con una logica di colpevolezza propria<sup>644</sup>. Tali sforzi hanno condotto dapprima all'elaborazione dei concetti di “colpevolezza aggregata”, frutto dell'agglomerazione della colpevolezza dei componenti, e di “colpevolezza d'impresa”, coincidente con i difetti di controllo e organizzazione, fino ad arrivare alla teoria della *reactive fault*, in cui si esamina la mancata adozione degli strumenti di rimozione dell'illecito, successivamente alla sua commissione.

Nella dottrina dell'Europa continentale tenta di riconciliarsi con un modello di responsabilità per fatto proprio quello ancorato all'idea dell'immedesimazione organica. In particolare, si è tratto spunto da tale costruzione per affermare che la condotta dell'organo è di duplice appartenenza: dunque, l'ente avrebbe dovuto rispondere direttamente per il reato, in concorso con la persona fisica<sup>645</sup>.

---

<sup>643</sup> Anche in questo caso si trae l'abbrivio da una soluzione resa in ambito privatistico dalla giurisprudenza inglese (*Lennard's Carryng Co. Ltd. v. Asiatic Petroleum Co. Ltd., 1915, A.C. 705*), poi recepita in ambito penalistico (*R. v. I.C.R. Haulage Ltd., 1944, 1 K.B. 551*). Questa visione si scompone in due ulteriori sotto-orientamenti, l'uno ampliativo e l'altro restrittivo, a seconda che si ritenga l'ente responsabile solo dei reati commessi dagli organi nell'esercizio delle loro incombenze ovvero di qualsiasi reato commesso in nome dell'ente.

<sup>644</sup> C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 64 ss.; R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005, p. 94 ss.

<sup>645</sup> A. ALESSANDRI, *op. cit.*, p. 54 ss.; Id., *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 43 ss.; F. BRICOLA, *ult. op. cit.*, p. 958 ss.; C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 345 ss.



Il rilievo critico secondo cui in questo modo si dovrebbe concludere per l'irresponsabilità della persona fisica, la cui condotta verrebbe fagocitata dal contesto collettivo<sup>646</sup>, oltre a essere indesiderabile sul piano della politica criminale, ha incontrato, in chiave di risposta, l'opposizione secondo cui sarebbe possibile cumulare la responsabilità di chi agisce direttamente e quella del soggetto a cui è riferibile quella data condotta<sup>647</sup>.

Altra teoria elaborata dalla dottrina d'oltralpe è quella del "dominio di organizzazione funzional-sistematica", che diversifica i criteri di imputazione in base a un rischio tipico d'impresa variabile alla luce dell'attività svolta; l'ente risponderà ogni qualvolta il reato rappresenti la concretizzazione di un aumento di quel rischio, riconducibile a una decisione degli organi di gestione. L'aggettivo funzionale serve anche a indicare che le componenti della colpevolezza debbano essere funzionalizzati rispetto alla conduzione dell'attività d'impresa<sup>648</sup>.

Alcune opinioni hanno fatto leva su un rimprovero all'ente per aver favorito la commissione del reato, anche da parte di soggetti non rivestenti la qualifica di organo o di soggetti apicali, mercé un proprio "difetto organizzativo", che qui assurge a fondamento oggettivo della responsabilità, prima ancora che quale colpevolezza dell'ente<sup>649</sup>. Quest'ultima si identifica in un'omissione, concernente l'adozione delle misure preventive occorrenti per assicurare una gestione corretta dell'impresa; quindi, essa viene intesa in maniera analoga a alla figura tradizionale dell'*actio libera in causa*<sup>650</sup>.

---

<sup>646</sup> Così O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 22 ss.; F. VIGNOLI, *Societas puniri potest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 908; C.F. GROSSO, voce *Responsabilità*, cit., p. 712 ss.

<sup>647</sup> B. SCHÜNEMANN, *Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación*, in ADPCP, 2002, p. 26

<sup>648</sup> G. HEINE, *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung – nationale Konsequenzen*, in *ÖJZ*, 1996, p. 211 ss.

<sup>649</sup> K. TIEDEMANN, *op. cit.*, p. 625 ss.

<sup>650</sup> K. TIEDEMANN, *Die "Bebubung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *NJW*, 1988, p.1169 ss.

L'idea del difetto di organizzazione è richiamata anche nella teoria dei “sistemi di illecito”<sup>651</sup>, elaborata allo scopo di superare i problemi inerenti alla configurabilità di una capacità di azione in capo agli enti; in seguito, in luogo della stessa, il padre di tale impostazione riconoscerà a tali soggetti una “capacità di organizzazione”<sup>652</sup>.

Il concetto di fondo di tale orientamento è dato dai sistemi sociali, in cui gli individui che li compongono si relazionano interagendo reciprocamente; sono “sistemi di illecito” allorché tali relazioni sono organizzate in vista di scopi illeciti. Viene elaborata la distinzione fra sistemi d'illecito “semplici” (es. coautoria) e “strutturati”, che si identificano con realtà istituzionali durevoli dotate di una base statutaria (es. associazioni criminali, imprese potenzialmente criminali e Stati criminalmente perversi). Nell'ambito delle imprese potenzialmente criminali – che si distinguono dalle associazioni criminali per l'accidentalità del fatto di reato rispetto all'attività svolta – si differenziano gli illeciti della sfera aziendale, commessi dal singolo approfittando di tale contesto, e quelli ascrivibili alla sfera di organizzazione o alla filosofia dell'impresa, là dove l'illecito assume una dimensione sistemica. In questi ultimi casi il delitto, che in relazione all'ente va inteso come evento, è stato determinato o favorito da un difetto della capacità organizzativa dell'impresa<sup>653-654</sup>.

Di tale capacità ha discusso un'altra interessante teoria, che ha rinvenuto, così, il fatto proprio dell'ente proprio nel vizio afferente all'esercizio della libertà di organizzazione<sup>655</sup>. Questa trova esplicitazione all'interno dei confini del rischio consentito da parte dell'ordinamento giuridico, come accade per qualsiasi libertà; sicché l'ente dovrebbe rispondere del reato una volta che il difetto di organizzazione si collochi al di

---

<sup>651</sup> E.-J. LAMPE, *Systemunrecht un Unrechtssysteme*, in *ZStW*, 1994, p. 683 ss.

<sup>652</sup> E.-J. LAMPE, *Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts*, in *Th. Weigend/G. Küpp er, Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Berlin-New York, 1999, p. 94

<sup>653</sup> E.-J., LAMPE, *Systemunrecht*, cit., p. 728 ss. L'A. sostiene altresì la responsabilità dei membri dell'impresa titolari di una posizione di garanzia volta a impedire infiltrazioni criminogene (p. 733).

<sup>654</sup> Per una critica al criterio di imputazione ivi esposto, v. G. RUGGIERO, *Contributo allo studio*, cit., p. 121 ss.

<sup>655</sup> C. GÓMEZ JARA DÍEZ, *La culpabilidad de la empresa*, Madrid, 2005, p. 220 ss.

là di questa soglia di rischio<sup>656</sup>. Secondo questa concezione, definita costruttivista, la colpevolezza dell'ente consisterebbe nella creazione di una cultura d'impresa difforme dal diritto.

Una ricostruzione alternativa, sul presupposto dell'autonomia soggettiva dell'ente rispetto alla persona fisica, attrae la responsabilità delle *corporations* alla tematica del concorso di persone nel reato<sup>657</sup>, paragonando le decisioni dell'ente alle forme di contributo morale<sup>658</sup>. Il concorso si presenta necessario e unidirezionale, in quanto senza la commissione del fatto da parte della persona fisica l'ente non potrebbe rispondere dell'illecito. L'apporto dell'ente deve presentarsi come accessorio rispetto alla condotta della persona fisica e deve sussistere un nesso funzionale tra i due fattori<sup>659</sup>.

Senonché, se confrontata con il quadro normativo italiano, tale tesi non è apparsa conciliabile né con la disciplina codicistica del concorso di persone né, tantomeno, con quanto previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001<sup>660</sup>.

---

<sup>656</sup> C. GOMEZ JARA DÌEZ, *¿Imputabilidad de las personas jurídicas?*, in M. BAJO FERNÁNDEZ – A. JORGE BARREIRO – C. SUÁREZ GONZÁLEZ (coords.), *Libro Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005 p. 437 ss.

<sup>657</sup> Già M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 400 ss., aveva discusso di forma “anomala” di compartecipazione nel reato.

<sup>658</sup> Così, peraltro, concludendo per la natura genuinamente penale della stessa C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F.C. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 25 ss.; D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2019, p. 224; per un parallelismo tra art. 110 c.p. e art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001, si v. N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Napoli, 2012. Si v. anche Cass., Sez. Un., 2 luglio 2008, n. 26654. Di recente, si v. M. SCOLETTA, *Sulla struttura «concorsuale» dell'illecito punitivo delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano*, in R. DE VICENTE MARTINEZ – D. GÓMEZ INIESTA – T.M. LÓPEZ – M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO – A. NIETO MARTÍN (eds): *Libro homenaje al prof. Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, Madrid, I, p. 659 ss.

<sup>659</sup> C.E. PALIERO, *La società punita*, cit., p. 1536. Tesi che si vuole dimostrare, confrontandola col sistema italiano, attraverso il richiamo all'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001, che fa rimanere ferma la responsabilità dell'ente ancorché l'autore del reato sia risultato non individuabile o non punibile, sempreché sussista un reato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Inoltre, tale visione è stata riproposta al fine di risolvere le problematiche relative all'asimmetria delle vicende premiali tra persona fisica e giuridica: C. PIERGALLINI, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, in *Sist. pen.*, 3/2020, p. 18.

<sup>660</sup> A. MELCHIONDA, *Brevi appunti sul fondamento dogmatico della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi*, in F.C. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest*, cit., p. 227 ss., secondo il quale le fattispecie di responsabilità dell'ente dovrebbero considerarsi in maniera a sé stante rispetto al reato commesso dalla persona fisica. In senso critico anche A. ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 1003 ss., evidenzia l'assenza del contributo concorsuale eziologicamente rilevante nel presupposto di cui all'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001. Va

Sul piano delle scelte normative, il panorama si presenta frastagliato già solo volgendo lo sguardo ai Paesi europei.

Questa diversità emerge, intanto, sotto il profilo nominalistico, se si considera che molte esperienze normative discorrono di responsabilità penale e collocano la disciplina all'interno del codice penale (Olanda, Francia, Portogallo, Belgio, Danimarca, Finlandia, nonché Svizzera e Spagna, più di recente), mentre altre rimangono legate a un apparato di sanzioni amministrative (Germania, Svezia, Bulgaria, Grecia).

Tra quelli continentali, desta particolare interesse il modello francese (art. 121 c.p.), fondato sulla logica della responsabilità *par ricochet*, cioè "indiretta" o "da rimbalzo", che corrisponde alla mera commissione del reato "per suo conto" da parte di suoi organi o rappresentanti. Risulta evidente come una responsabilità così articolata, al di là dei problemi pratici a cui va incontro<sup>661</sup>, entra in rotta di collisione con il divieto di responsabilità per fatto altrui<sup>662</sup>, al punto che la dottrina e la giurisprudenza francesi si sono spinte fino a esigere un ulteriore elemento, dato dall'individuazione di un fatto distinto dell'ente che assuma quantomeno carattere agevolativo della integrazione del reato<sup>663</sup>. In questo modo, si è anche scongiurato il rischio dell'irresponsabilità nei casi di fatti coinvolgenti (non il singolo, ma) l'organizzazione nel suo complesso e di difficoltà della identificazione dell'autore dell'illecito, come nei reati colposi<sup>664</sup>.

---

dato atto che altri rilievi critici dell'A. prendono le mosse dal dogma dell'unicità del titolo di reato concorsuale, proprio alla luce della diversità sia dell'elemento soggettivo sia degli illeciti commessi dalla persona fisica e dalla persona giuridica. Così anche in F. SGUBBI – Id., Sub Art. 5, in M. LEVIS-A. PERINI (dir.), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2004, p. 146.

<sup>661</sup> Sui quali si v. C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 352-353, la quale osserva come questo criterio, compatibile con un'organizzazione di tipo tradizionale, articolata su di un unico centro di potere e un'organizzazione verticale, non si concilia il volto attuale della realtà imprenditoriale, fortemente frammentata, complessa e fondata sulla logica della specializzazione. Rileva l'A. che «*L'attuale struttura delle imprese impedisce spesso che il singolo abbia consapevolezza di quel che capita al di fuori del proprio ambito di attività; a maggior ragione non si può pretendere che riesca ad immaginare che il suo comportamento, sommato a quello degli altri, sia fonte di reato. Ed ecco il corollario: il mancato accertamento del reato in capo alla persona fisica impedirà che si passi alla fase successiva, relativa all'accertamento del reato a carico dell'impresa*».

<sup>662</sup> C.E. PALIERO, *La società punita*, cit., p. 1524 ss.

<sup>663</sup> F. DESPORTES – F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Paris, 2003, p. 564. Per approfondimenti, si rinvia a S. GIAVAZZI, *La responsabilità delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 563 ss.

<sup>664</sup> C.E. PALIERO, *ult. op. cit.*, p. 1524

Ciononostante, si è notato come nell'interpretazione della disciplina francese in tema di responsabilità delle organizzazioni complesse non si sia pervenuti a una ricostruzione compiuta della colpa delle medesime, con il ricorso, sovente, a presunzioni che hanno conservato, di fatto, il meccanismo del "rimbalzo" a cui si è fatto cenno<sup>665</sup>.

Diversamente, il codice penale svizzero ha configurato due modelli di responsabilità da contravvenzioni. Il primo, che segue un paradigma debole, dà luogo a una responsabilità sussidiaria, esclusiva e per difetto di organizzazione ed è inerente a qualsiasi tipo di reato commesso nell'esercizio della propria attività, per la mancata individuazione dell'autore dell'illecito (art. 102, comma 1 c.p.). Invece, il secondo viene predisposto per i più gravi reati in materia economica e si attiva in presenza di una responsabilità primaria e originaria dell'ente, per non aver adottato le misure organizzative necessarie ed esigibili, con possibilità di cumulo con la responsabilità della persona fisica (art. 102, comma 2 c.p.)<sup>666</sup>.

Peculiare è anche il sistema olandese, quello più risalente nella memoria dell'Europa continentale (in particolare, al 1976; art. 51 c.p.), che, pur cumulando la responsabilità penale della persona fisica e della persona giuridica, esige che quella relativa a quest'ultima sia previamente accertata, secondo la concezione funzionale di autore; solo in seguito si procederà a indagare la responsabilità dei dirigenti o di altri organi decisionali<sup>667</sup>.

---

<sup>665</sup> *Ivi*, p. 1525; S. GIAVAZZI, *op. cit.*, p. 563 ss.; E. VILLANI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche per gli infortuni sul lavoro in Francia*, in A.M. STILE – A. FIORELLA – V. MONGILLO, Napoli, 2014 (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione, dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, p. 513 ss.

<sup>666</sup> Per approfondimenti, si rinvia a P. BERNASCONI, *Introdotta anche in Svizzera la responsabilità penale dell'impresa*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 4043. Dubbio è se la disciplina svizzera abbia dato la stura a una responsabilità personale o per fatto altrui, se si considera che il difetto di una disposizione analoga all'art. 27 d.lgs. n. 231 del 2001 ha fatto discutere in ordine alla possibilità che la sanzione ricada sul patrimonio dei singoli soci di una società di persone, con ricadute sul rispetto dei principi costituzionali: A.M. GARBARSKI, *La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes*, Genève-Zurich-Bâle, 2006, p. 407 ss., richiamato in G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 344.

<sup>667</sup> Si rinvia a J.E.A. VERVAELE, *La responsabilità penale della persona giuridica nei Paesi Bassi*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 375 ss.

Anche la Spagna ha collocato la disciplina all'interno del codice penale del 1995 (art. 31-*bis*, con la *Ley Orgánica* 22 giugno 2010, n. 5)<sup>668</sup>. In primo luogo, il regime di responsabilità rimprovera agli enti i delitti commessi in suo nome o per suo conto e a proprio vantaggio diretto o indiretto dai rappresentanti legali e da coloro che sono autorizzati a prendere decisioni in loro nome o che svolgono funzioni di amministrazione e controllo. In secondo luogo, la responsabilità è attivata dalla commissione di un delitto nell'esercizio di attività sociali e per conto e a vantaggio diretto o indiretto della persona giuridica da soggetti subordinati ai primi, se l'accadimento è stato reso possibile da gravi inosservanze di questi ultimi dei doveri di supervisione, vigilanza e controllo.

Con una formula che richiama quella della legge italiana, l'ente risponde se ricorrono tutta una serie di condizioni, tra cui l'adozione efficace dei modelli di organizzazione<sup>669</sup>. La responsabilità dell'ente è autonoma, diretta ed eventualmente concorrente con quella della persona fisica, nel quale ultimo caso l'art. 31-*ter* prevede una compensazione tra i due importi, al fine di garantire il rispetto del principio di proporzionalità rispetto alla gravità dei fatti e del *ne bis in idem*<sup>670</sup>.

In Germania si è prediletta la via del diritto amministrativo punitivo, con il § 30 dell'*Ordnungswidrigkeitengesetz* del 1968, che prevede che l'ente risponde dell'illecito commesso dai soggetti apicali in violazione di obblighi propri dell'ente ovvero a suo vantaggio. Una volta licenziata la Seconda Legge sulla lotta alla criminalità economica nel 1986 (2. WIKG 1986), la sanzione amministrativa pecuniaria dell'ente viene trasformata da conseguenza accessoria a risposta autonoma nei confronti della persona

---

<sup>668</sup> Nonostante la collocazione e il lessico impiegato dal legislatore spagnolo, resta dibattuta la natura giuridica della responsabilità: G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 141, nt. 124

<sup>669</sup> Discusso è anche il tema dell'onere della prova, che la dottrina che qualifica tale previsione quale fatto impeditivo fa gravare sulla persona giuridica, mentre altra parte della dottrina e la giurisprudenza spagnola lo ascrivono alla pubblica accusa.

<sup>670</sup> Disposizione introdotta nel solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale spagnola, poi divenuta oggetto di 'riduzione teleologica' da parte della dottrina in favore delle piccole imprese: J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, p. 358 ss. Sul tema, v. anche D.I. CARPIO BRIZ, *Il cammino spagnolo per l'imputazione della responsabilità da reato*, in L. LUPÁRIA – L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Torino, 2018, p. 92 ss.

giuridica. Dunque, la responsabilità è distinta da quella della persona fisica e, peraltro, integra un illecito a sé stante l'omesso controllo, organizzazione e vigilanza – ivi comprese la scelta, la nomina e la supervisione del personale di sorveglianza – da parte degli organi competenti in relazione al fatto commesso da un dipendente, che l'ente aveva la possibilità di prevenire.

Il modello tedesco viene inquadrato nell'ambito della responsabilità diretta per ascrizione, anche se buona parte della dottrina ha tentato di ricostruire una responsabilità legata alla colpa d'organizzazione<sup>671</sup>. Nonostante il mancato riferimento all'adozione dei modelli organizzativi, infatti, buona parte della dottrina d'oltralpe ha inteso attribuire rilevanza alla sua valutazione ai fini dell'affermazione della responsabilità<sup>672</sup>. Inoltre, molti progetti di riforma gli hanno riconosciuto una funzione di attenuazione della sanzione<sup>673</sup>.

È recente (giugno 2020) l'approvazione di un progetto di legge in materia da parte del Governo federale volto a fondare una disciplina autonoma della responsabilità degli enti<sup>674</sup>. L'atteggiamento assunto nel progetto è ancora neutrale, senza che siano date indicazioni sulla natura della responsabilità, che si attiva in ragione della commissione di un reato con violazione di obblighi da parte della persona giuridica o dal quale questa abbia ricavato o avrebbe dovuto ricavare un vantaggio<sup>675</sup>. I criteri di attribuzione della responsabilità, dunque, non mutano, mentre l'obiettivo principale della riforma è quello di regolamentare in via autonoma e in conformità con il principio di legalità il sistema sanzionatorio e di incrementare l'efficacia preventiva del sistema, incoraggiando le

---

<sup>671</sup> M. ROMANO, *La responsabilità*, cit., p. 406 ss.

<sup>672</sup> V. SCALIA, *La corruzione: a never ending story. Strumenti di contrasto e modelli di tipizzazione nel panorama comparato e sovranazionale*, Torino, 2020, 251 ss.

<sup>673</sup> *Ivi*, 253 ss.

<sup>674</sup> Si tratta del progetto di legge per il "rafforzamento dell'integrità nell'economia" (*Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*).

<sup>675</sup> Secondo L. FOFFANI, *I mobili confini fra sanzione penale e amministrativa nel contesto della politica criminale europea*, cit., p. 551, invece, l'approvazione di tale progetto di legge potrebbe muoversi nel riconoscimento della natura penale della responsabilità dell'ente nell'ordinamento tedesco.

imprese a una politica di prevenzione degli illeciti e di collaborazione per il loro accertamento<sup>676</sup>.

Il diritto dei Paesi anglosassoni ha conosciuto la responsabilità penale delle persone giuridiche con largo anticipo rispetto agli altri Paesi europei.

Nel Regno Unito la giurisprudenza riconobbe tale responsabilità già nel corso del XIX secolo<sup>677</sup>, mentre solo nel 1889 il Parlamento inglese precisò all'interno dell'*Interpretation Act* che l'espressione «*person*», utilizzata nelle leggi in materia di crimini, salvo previsione contraria, avrebbe dovuto intendersi riferita anche alle *corporations*.

Una grande innovazione legislativa è stata rappresentata dal *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act*, adottato il 26 luglio 2007, la cui gestazione è dovuta all'inadeguatezza che i criteri di imputazione di precedente elaborazione avevano dimostrato in alcuni disastri navali fra gli anni '80 e '90. In base a tale disciplina l'organizzazione risponde per l'omicidio colposo di taluno se alla stessa possa essere rimproverata la violazione grave di una regola di diligenza.

Dunque, si tratta di un modello fondato su una responsabilità diretta per colpa della organizzazione, quando tale violazione sia ascrivibile alle modalità di gestione dell'impresa da parte del suo *senior manager*<sup>678</sup>.

Altrettanto interessante è l'impostazione inaugurata dal *Bribery Act* del 2010, che, nel dettare una disciplina di contrasto alla corruzione, ha previsto un'autonoma fattispecie di responsabilità degli enti per omessa prevenzione della corruzione, commessa da una persona che agisce nell'interesse o per conto della società al fine di acquisire o mantenere per l'ente medesimo un'attività economica o un vantaggio nella sua gestione.

---

<sup>676</sup> Per una schematizzazione del progetto di riforma, si rinvia a G. DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 43.

<sup>677</sup> *R. v. Great North of Eng. Rly. Co.*, 1846

<sup>678</sup> C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 159; A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 206.



Analogamente alla formulazione dell'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001, l'ente ha l'onere di provare di aver adottato delle procedure funzionali alla prevenzione di tali reati.

Fuori da tali ipotesi, la responsabilità delle persone giuridiche nell'ordinamento britannico si presenta come improntato sulla *vicarious liability* e sulla teoria dell'identificazione, che operano diversamente a seconda delle categorie di reato. Nel caso di *strict liability offences*, ai fini dell'imputazione è sufficiente ricorrere alla responsabilità vicariale. Diversamente, si applica il principio dell'identificazione nel caso di *mens rea offences*, le quali contemplano l'elemento soggettivo.

Nel caso delle *hybrid offences*, o *strict liability offences with due diligence*, invece, i due criteri vengono combinati con il principio della responsabilità colpevole, con la possibilità di prova liberatoria attraverso la *due diligence defense*<sup>679</sup>.

Anche negli Stati Uniti l'acquisizione della responsabilità penale delle persone giuridiche ha origini giurisprudenziali<sup>680</sup>, salvo poi avvertire in dottrina l'esigenza di una regolamentazione, espressa con il *Model Penal Code* adottato dall'*American Law Institute* nel 1962, che ha recepito le tendenze interpretative di quegli anni<sup>681</sup>. Questo ha contemplato, per alcuni reati, una responsabilità di tipo vicariale, ma con il limite della "*due diligence defense*"<sup>682</sup>. Per altri reati la responsabilità è stata connessa alla violazione di uno "*specific duty*", che avrebbe dato luogo a una vera e propria "*strict liability*". Infine, la responsabilità delle *corporations* è stata prevista per tutti i reati la cui

---

<sup>679</sup> J. GOBERT – M. PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, London, 2003, p. 205 ss., i quali evidenziano la scomposizione della *defense* in *due diligence* e *reasonable precautions*, come messo in luce in *Rotherdam Metropolitan Borough Council v. Raysun (UK) Ltd* (1988) BTLC 292, ivi cit. Mentre le *reasonable precautions* consistono nelle procedure adottate per scongiurare la commissione di determinati illeciti e garantire la *compliance*, la *due diligence* riguarda la corretta implementazione del sistema preventivo in senso proporzionato alla gravità degli obblighi indirizzati alla società.

<sup>680</sup> *New York Central and Hudson River Rail Road Co. v. US*, 1909, ove la Suprema Corte affermò la compatibilità con la Costituzione della normativa che poneva una serie di vincoli alle imprese ferroviarie, reputando non accettabile una loro "immunità di fatto".

<sup>681</sup> Là dove si era cercato di apportare dei correttivi alla *vicarious liability*, dimodoché venisse personalizzato maggiormente il regime di responsabilità: G. MARINUCCI, "Societas puniri potest": *Uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 1211.

<sup>682</sup> C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 23 ss.

commissione fosse stata approvata da un *high managerial agent*, e che quindi fossero espressione di una politica aziendale<sup>683</sup>.

Al fine di fornire dei criteri di determinazione giudiziale della sanzione – principalmente pecuniaria – in base al grado di colpevolezza dell’ente, nel 1991 le *Federal Sentencing Guidelines* hanno richiesto la predisposizione di *compliance programs* in funzione della prevenzione dei reati<sup>684</sup>. Nel modello statunitense i *compliance method* hanno dei risvolti “premiali” peculiari, giacché non escludono la responsabilità, ma conducono alla sola riduzione della sanzione irrogata, in un’ottica generalpreventiva incentivante<sup>685-686</sup>. Modelli che connotano una modalità di approccio alla criminalità economica in senso spiccatamente preventivo, che ha trovato un’evoluzione nella prassi con le forme di “giustizia negoziale”<sup>687</sup>.

---

<sup>683</sup> *Ivi*, p. 24-25. Invero, nella prassi si assiste alla contestazione della responsabilità secondo il modello vicariale per lo più nei confronti delle piccole e medie imprese, mentre in presenza di enti di grandi dimensioni si fa maggiormente ricorso agli accordi predibattimentali (A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall’«utile» al «giusto»*, cit., p. 124). Per l’arbitraria selettività di questo sistema, si v. W.S. LAUFER, *The missing Account of Progressive Corporate Criminal Law*, in NYU J. L. & Bus. 95, vol. 14, 2017, p. 137 ss.

<sup>684</sup> C. DE MAGLIE, *L’etica*, cit., p. 64 ss., 71 ss.

<sup>685</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 849 ss.; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001, p. 1143, nt. 30

<sup>686</sup> A un modello analogo fanno ricorso gli organi della Banca Mondiale, i quali, nella prassi, seguono uno schema di responsabilità vicariale, ma con possibilità di essere ammessi alla “*due diligence defense*”. Inoltre, l’adozione o la correzione della struttura di contenimento dei rischi illeciti costituisce un fattore rilevante ai fini del temperamento della risposta punitiva. Per questi riferimenti e per l’analisi di tale sistema sanzionatorio, v. A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall’«utile» al «giusto»*, cit., p. 96 ss.

<sup>687</sup> Innanzitutto, hanno avuto una larga diffusione i *deferred prosecution agreements*, al punto da oltrepassare l’oceano per essere recepiti nel Regno Unito con il *Crime and Courts Act* del 2013. Tali accordi vengono stipulati prima della iscrizione della notizia di reato, con il vaglio preventivo del giudice, in base al quale si rinvia l’esercizio dell’azione penale per sottoporre l’impresa a un “periodo di osservazione” finalizzato a recuperare un’organizzazione coerente con l’ordinamento giuridico (in tema, si v. FED. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell’esperienza anglo-americana. Alcuni spunti de iure condendo*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2/2016, p. 80 ss.).

Diversamente, il *public prosecutor* non esercita l’azione penale qualora siano conclusi dei *non prosecution agreements*, definiti una volta che questi abbia espresso una prognosi favorevole sull’efficacia preventiva dei *compliance programs* (R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d’impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in Dir. pen. cont., 12 ottobre 2015; si cfr. altresì L. LUPÁRIA, *Contrasto alla criminalità economica e ruolo del processo penale: orizzonti comparativi e vedute nazionali*, in Proc. pen. giust., 5/2015, p. 1 ss.).

Si tratta di modelli che hanno avuto diffusione anche in altri Paesi, anche europei, come dimostra l’esperienza francese della *convention judiciaire d’intérêt public* (art. 41-1-2 c.p.p.). Per un esame e una critica di tale meccanismo, si v. V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., p. 271 ss.

Desta interesse anche il sistema adottato in Australia nel 2001, con il *Criminal Code Act*, che compone la teoria dell'identificazione con quella della colpevolezza per cultura d'impresa<sup>688</sup> e, analogamente al Regno Unito, distingue fra categorie di reati a seconda della imputazione soggettiva od oggettiva del fatto. In tale regolamentazione, la *corporate culture* funge da integrazione della immedesimazione organica per i reati dolosi e da vera e propria forma di imputazione colpevole autonoma per i reati colposi<sup>689</sup>. In quest'ultimo caso, se non è stata accertata la responsabilità individuale, il rimprovero nei confronti dell'ente segue l'idea della colpa "aggregata", che tiene conto della combinazione dei comportamenti delle persone fisiche che ne fanno parte.

La constatazione tratta dalla rassegna sin qui svolta è quella dell'estrema frammentazione del quadro dogmatico e normativo. Questo prova come la "sfida" della responsabilità penale delle persone giuridiche sia rimasta ancora aperta per la sua complessità elevata, data dall'esistenza continua di insidie a ogni tentativo di definizione da parte della dottrina.

La domanda di una soluzione che partisse dal presupposto positivo della possibilità di far rispondere l'ente di un reato, generata dall'evoluzione socio-economica degli ultimi secoli, si è fatta più pressante e non ha consentito ai vari Stati di sottrarvisi.

Tuttavia, l'eterno confronto teorico ha rappresentato la fonte delle incertezze di fronte alle quali si sono trovati i legislatori dei vari Paesi, anche di diverse culture giuridiche, come indica la eterogeneità delle scelte in termini di strutturazione della responsabilità.

---

Sulle forme concordate di giustizia nei riguardi degli enti nel sistema americano e sulle criticità che questo solleva, si v. N. SELVAGGI, «*Negotiated settlements*» e responsabilità da reato dell'ente. *L'esperienza americana e le prospettive di evoluzione del sistema in Italia*, in L. LUPÁRIA – L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente*, cit., p. 215 ss.

<sup>688</sup> Definita alla div. 12.3, par. 6 come «*an attitude, policy, rule, course of conduct or practice existing within the body corporate generally or in the part of the body corporate in which the relevant activities takes [sic] place*».

<sup>689</sup> G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 397; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 80

Con l'auspicio di uno sviluppo scientifico e legislativo continuo sul tema, in grado di scovare risposte sempre più congrue, occorre prendere atto che gli ordinamenti giuridici sono ancora ai loro "primi passi" lungo tale percorso.

Percorso che per l'Italia è stato inaugurato con la l. n. 300 del 2000 e il d.lgs. n. 231 del 2001.

### ***3. La responsabilità da reato delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano.***

Il d.lgs. n. 231 del 2001 ha determinato la rottura di un tabù della penalistica italiana<sup>690</sup> che difficilmente sarebbe potuto sopravvivere a lungo; con tale intervento si è assistito alla fine del dogma *societas delinquere non potest* nell'ordinamento penale italiano<sup>691</sup>.

A differenza di quanto avvenuto in molti Paesi europei (Francia, Belgio, Svizzera, Spagna, Portogallo, ecc.), nonché di quanto suggerito in alcuni progetti di ricodificazione o di riforma del codice penale (quelli redatti dalla Commissione Grosso nel 2001 e, più avanti, dalla Commissione Pisapia nel 2007), la disciplina della responsabilità degli enti è stata introdotta all'interno di un corpo normativo a sé stante, facente parte della legislazione complementare.

La ragione della opzione risiede soprattutto nell'agnosticismo del legislatore, consapevole delle difficoltà dogmatiche di qualificazione, nelle quali tale potere preferisce non intromettersi, nel rispetto di una logica di separazione di competenze. Una mancata scelta di campo radicale che è dato rinvenibile nelle numerose espressioni caute impiegate dalle disposizioni del decreto: responsabilità "amministrativa" o "per gli illeciti

---

<sup>690</sup> G. MARINUCCI, "Societas puniri potest", cit., p. 1193 ss.

<sup>691</sup> C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 571 ss.

amministrativi”, responsabilità “dipendente da reato”, “sanzioni”, ecc.<sup>692</sup>. Ma vi sono anche altre spiegazioni, come la presenza di disposizioni che non si interessano di fenomeni strettamente penalistici, come quelle inerenti alle vicende modificative dell’ente (artt. 28 ss.), nonché quelle di tipo procedimentale e processuale<sup>693</sup>.

Cionondimeno, questa operazione di fuga dal codice si è risolta nella elaborazione di uno statuto punitivo e processuale autonomo rispetto a quello del codice penale, per quanto a esso contiguo, al punto da potersi reputare quale sistema o sotto-sistema di responsabilità delle persone giuridiche<sup>694</sup>.

Difatti, la disciplina individua l’ente nelle sue caratteristiche essenziali (art. 1) e vede eretti attorno a sé tutta una serie di principi, che, per quanto di ispirazione penalistica, sono richiamati espressamente con una formulazione autonoma – quali il principio di legalità e il *numerus clausus* dei reati-presupposto (art. 1), i principi concernenti l’efficacia della legge nel tempo (art. 2), il *locus commissi delicti* (art. 4). A ciò si aggiunga – al di là degli elementi costitutivi della responsabilità – un apparato sanzionatorio dedicato alle persone giuridiche, che si distanzia dal codice penale finanche nella tipologia a questo comune, cioè la sanzione pecuniaria (artt. 10-12), là dove è adottato un sistema “per quote” – che per le persone fisiche è conosciuto, invece, dall’ordinamento tedesco e da altri Paesi nordeuropei – e nella confisca, che trova una regolamentazione a sé stante (art. 19). Profili di eterogeneità spiccano anche nell’istituto della prescrizione (art. 22). Per non parlare della disciplina processuale, che assume un ruolo integrativo di quanto già estensibile sulla base dei due rinvii esterni di cui agli artt. 34-35.

---

<sup>692</sup> Atteggiamento analogo può riscontrarsi in Austria, la cui *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* del 2006 è parsa ispirarsi alla disciplina italiana, eccezion fatta che per la mancata menzione dei modelli organizzativi e la circoscrizione dell’apparato sanzionatorio solo a risposte di tipo pecuniario. Rilievi simili possono svolgersi per la l. n. 6 del 2010 della Repubblica di San Marino. Tali riferimenti in: G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 312.

<sup>693</sup> Si cfr. *Ivi*, p. 313, nt. 60.

<sup>694</sup> Così, G. PAOLOZZI, *Modelli atipici a confronto. Nuovi schemi per l’accertamento della responsabilità degli enti [I]*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 108 ss. Si utilizza l’espressione “mini-codice” in C. PIERGALLINI, *ult. op. cit.*, p. 571, e “micro-codice” in F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1327; analogamente, C. DE MAGLIE, *L’etica*, cit., p. 327. Di “codice” discorre G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 311.

In definitiva, ci si trova di fronte a un regime di responsabilità che è autenticamente “autonomo”, come recita, sia pure ad altri fini, l’art. 8, che ha costituito una «forte innovazione sistematica»<sup>695</sup> nonché «dell’immaginario penalistico»<sup>696</sup> e ha offerto nuovi stimoli per il dibattito degli studiosi nell’ambito di quel “sistema” nuovo, e ancora sconosciuto fino in fondo, che da tempo ruotava intorno alla galassia penalistica.

### 3.1. *Il dibattito sulla natura giuridica.*

Com’è stato osservato, il percorso che la legislazione si era trovata a dover percorrere si presentava ispido già nelle prime fasi elettive del nuovo *corpus* normativo. Nonostante i numerosi interventi europei di sovrapposizione della nuova realtà a quella del diritto penale, la scelta dei legislatori deleganti e delegato è stata nel senso di prevenire dubbi di incostituzionalità<sup>697</sup>, nonché di evitare che potesse essere trasmesso un

---

<sup>695</sup> D. PULITANÒ, *La responsabilità da “reato” degli enti: i criteri d’imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 416

<sup>696</sup> M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004, p. 45

<sup>697</sup> Una volta inaugurata la stagione del “costituzionalismo penale”, a partire dagli anni ’60 del secolo scorso, la dottrina contraria alla configurabilità di una responsabilità penale degli enti ha acquisito argomenti nuovi e più forti a sostegno della propria tesi (si cfr. G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 114-115). Ciononostante, non sono mancate voci di segno contrario (F. BRICOLA, *Il costo*, cit., p. 1011; F.C. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 440 ss.; G. PECORELLA, *Societas*, cit., p. 367). Pertanto, il legislatore voleva evitare di strutturare una disciplina in contrasto con la Costituzione, e in particolare con l’art. 27, comma 1: si cfr. A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1104.

Sui problemi di legittimità costituzionale, si esprime diversamente la *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, § 1.1*, che così recita: «(...) dal punto di vista teorico, non si sarebbero incontrate insuperabili controindicazioni alla creazione di un sistema di vera e propria responsabilità penale degli enti. Sul punto può dirsi oltretutto superata l’antica obiezione legata al presunto sbarramento dell’art. 27 Cost., e cioè all’impossibilità di adattare il principio di colpevolezza alla responsabilità degli enti. Come risulterà meglio nella parte della relazione dedicata a questo aspetto, appare ormai recessiva una concezione “psicologica” della colpevolezza, che ne esaurisce cioè il contenuto nel legame psicologico tra autore e fatto; di contro, la rinnovata idea di una colpevolezza intesa (in senso normativo) come rimproverabilità sembra perfettamente attagliarsi al fenomeno nei termini in cui è stato poc’anzi descritto. Potrebbe anzi affermarsi che proprio la mancata previsione di una forma di responsabilità della persona giuridica in relazione a comportamenti in linea o comunque discendenti dalla politica aziendale, in uno con il suaccennato costume di rinnovare frequentemente e sistematicamente i centri di imputazione formali all’interno della stessa, si risolvesse - paradossalmente - nell’aggiramento di quel principio di “responsabilità personale” che ha rappresentato la remora più sensibile all’adozione da parte dell’Italia

messaggio di riprovazione paragonabile a quella propria dell'estensione del campo del penalmente rilevante<sup>698</sup>.

Se la neutralità dell'opzione nominalistica può risultare fisiologica, non sembra che ciò debba comportare la rinuncia dell'interprete a compiere ogni indagine necessaria a "squarciare il velo di Maya".

Lungi dall'essere una questione meramente speculativa<sup>699</sup>, il dibattito sulla natura giuridica dell'ente ha assunto una notevole rilevanza pratica. Difatti, la previsione di numerose garanzie discendenti dal diritto penale, benché possa anche far escludere la finalità di rifuggire dal rispetto del "nucleo duro" del medesimo, non sembra sia in grado di rispondere a tutti gli interrogativi che possono insorgere sul terreno dell'applicazione della disciplina sulla responsabilità degli enti.

Basti pensare all'identificazione del complesso di parametri costituzionali a cui fare riferimento<sup>700</sup> tanto per vagliare la legittimità degli interventi normativi quanto per scovare le soluzioni ermeneutiche più in linea con la Carta fondamentale<sup>701</sup>. Inoltre, rilievi analoghi possono svolgersi in relazione alla tutela sovranazionale in materia penale, sostanziale e processuale<sup>702</sup>.

---

*di nuovi modelli sanzionatori. Ciò nondimeno, il legislatore delegante ha preferito, comprensibilmente, ispirarsi a maggior cautela, ed ha optato per un tipo di responsabilità amministrativa».*

<sup>698</sup> Onde ridurre la percezione di una maggiore invasività dello Stato nel mondo economico: R. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2006, p. 99 ss.; D. PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., p. 417.

<sup>699</sup> *Ivi*, p. 416 ss.; Id., *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. VI, Milano, 2002, p. 953 ss.; A. ALESSANDRI, *Note*, cit., p. 57 ss.; Id., *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 50; C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 328; C. PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1365; Id., *Societas*, cit., p. 598 ss.

<sup>700</sup> G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità da reato degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 159 ss.; G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 326 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità*, p. 45 ss.; R. GUERRINI, *La responsabilità*, cit., p. 35 ss.

<sup>701</sup> Per non parlare del corretto inquadramento della colpa d'organizzazione: si cfr. E. FUSCO – C.E. PALIERO, *L' "happy end" di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo. Nota a a Cass., sez. VI, sent. 11 novembre 2021 (dep. 15 giugno 2022), n. 23401, Pres. Fidelbo – rel. Rosati*, in *Sist. pen.*, 27 settembre 2022.

<sup>702</sup> V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Supplemento a *Cass. pen.*, 6/2003, p. 31 ss.

Si tratta di aspetti fondamentali ai fini della ricerca svolta in questa sede, per comprendere se e in che termini il sistema delineato dal legislatore si appalesi compatibile con il principio di proporzione in materia penale e il *ne bis in idem*.

A questi rilievi si aggiunge anche l'esigenza di ritrovare un solido ancoraggio per colmare le lacune della disciplina sostanziale, atteso che il decreto legislativo si è limitato a prevedere due rinvii esterni solo in ambito processuale<sup>703-704</sup>.

L'importanza della tematica è dimostrata dall'attualità di un dibattito che si dimostra ancora vivo, in un confronto tra opinioni disperate in dottrina e in giurisprudenza, tanto da moltiplicare gli angoli visuali di qualificazione della

---

<sup>703</sup> Per esempio, la legge tace in relazione alla responsabilità nel contesto di gruppi societari (R. GUERRINI, *op. cit.*, p. 44 ss.; E. SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006, p. 252 ss.; G. DE VERO, *ult. op. cit.*, p. 310 ss.), all'estinzione in senso stretto dell'ente (P. CARAVIGLIO, *Nemmeno la cancellazione fisiologica dell'ente determina l'estinzione della responsabilità ex D.Lgs. n. 231/2001*, in *Le soc.*, 10/2022, p. 1083; R. BORSARI, *Responsabilità da reato degli enti e fallimento*, in *Dir. pen. proc.*, 10/2013, p. 1218; I. GUERINI, *Il fallimento della società non determina l'estinzione della sanzione a carico dell'ente. Nota a Cass., Sez. V Sent., 26 settembre 2012, n. 44824*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2013, p. 940; V. NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati*, cit., p. 307 ss.) e all'applicabilità della disciplina nel caso di reato commesso in Italia dagli enti stranieri (G. PRINCIPATO, G. CASSINARI, *La (imperfetta) sovrapponibilità della giurisdizione per le persone fisiche e per gli enti stranieri: riflessioni a margine di una sentenza della Cassazione sull'art. 4 d.lgs. 231/2001*, in *Sist. pen.*, 6 maggio 2022; M.F. CARRIERO – V. CAMURRI, *La Cassazione sul "disastro di Viareggio": l'aggravante antinfortunistica e la giurisdizione sugli enti stranieri*, in *Arch. pen.*, 1/2022; M. GROTTTO, *La responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001 degli enti stranieri*, *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2021, p. 437; C. PIERGALLINI, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex crimine delle multinazionali*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Fiorella*, cit., p. 1743 ss.; E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 120, nt. 110; M. ARENA – G. CASSANO, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2007, p. 130 ss.; G. CAPECCHI, *La responsabilità amministrativa degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: note di inquadramento sistematico e problematiche operative*, in *Dir. comm. int.*, 2006, p. 108 ss.; E. GARAVAGLIA, *La responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche: i primi anni di applicazione giurisprudenziale*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 406/II ss.; G. RUGGIERO, *Brevi note sulla validità della legge punitiva amministrativa nello spazio e sulla efficacia dei modelli di organizzazione nella responsabilità degli enti derivante da reato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 989 ss.).

<sup>704</sup> Peraltro, anche in materia processuale residua qualche dubbio, come per l'ammissibilità della sospensione del processo con messa alla prova e l'annosa questione della costituzione di parte civile da parte del danneggiato nei confronti dell'ente. Sulla questione della natura giuridica non ha inciso l'intervento della Corte di Giustizia in materia di costituzione di parte civile (12 luglio 2012, C-79/11, par. 45 ss., 48), la quale si è limitata a constatare che il diritto dell'UE (art. 9, par. 1 decisione quadro 2001/220/GAI) non ha imposto tassativamente di introdurre una responsabilità di tipo penale a carico degli enti (sul punto, si v. F. VIGANÒ – A. VALSECCHI, *Secondo la Corte di Giustizia UE, l'inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex d.lgs. 231/01 non è in contrasto col diritto dell'Unione*, in *Dir. pen. cont.*, 6 settembre 2012); mentre l'Avvocato generale si era espresso per la natura penale della responsabilità (F. VIGANÒ – A. VALSECCHI, *Costituzione di parte civile contro l'ente imputato: le conclusioni dell'Avvocato generale presso la Corte di giustizia UE nel caso Giovanardi*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2012).



responsabilità. Un fronte di contrapposizione che ha superato il bipolarismo tra l'etichetta amministrativa e la sostanza penale, per arrivare a concezioni ibride, più o meno oscillanti verso l'uno o l'altro settore dell'ordinamento.

La tesi più fedele alle rubriche normative è quella della natura (non solo formalmente, ma anche) realmente amministrativa della responsabilità dell'ente<sup>705</sup>. Secondo quest'orientamento, che pure valorizza fortemente il carattere vincolante del dato letterale<sup>706</sup>, non si tratterebbe di una "frode nominalistica", ma vi sarebbero diversi indizi a sostegno della reale ricorrenza di un illecito amministrativo dipendente da reato<sup>707</sup>.

L'argomento sistematico principale è rappresentato dalle disposizioni in materia di prescrizione, che ricalcano quelle della regolamentazione generale dell'illecito amministrativo punitivo in senso stretto. Nella specie, la previsione di un unico termine quinquennale (art. 22, comma 1 d.lgs. n. 231 del 2001), analogamente a quanto previsto dall'art. 28, comma 1 l. n. 689 del 1981, e la cristallizzazione dell'effetto interruttivo – generato dalla richiesta di misure cautelari interdittive e dalla contestazione dell'illecito – fino alla conclusione del giudizio, in maniera corrispondente a quanto si ricava dal

---

<sup>705</sup> Nella giurisprudenza di merito: Trib. Milano, G.i.p. Forleo, ord. 9 marzo 2004, con nota di C.F. GROSSO, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 1335 ss.; Trib. Milano, G.i.p. Tacconi, ord. 25 gennaio 2005, *Italaudit s.p.a.*, con commento di S. BARTOLOMUCCI, *Inammissibile la costituzione di parte civile dell'ente imputato ex D.lgs. n. 231/2001*, in *Le Soc.*, 11/2005, p. 1443; Trib. Milano, sez. X pen., ord. 3 marzo 2005, p. 3; Trib. Milano, G.i.p. Varanelli, ord. 18 gennaio 2008; Trib. Torino, II Corte di Assise, 15 aprile 2011, *Espenhahn e altri*; Trib. Milano, G.i.p. Salemme, ord. 8 marzo 2012. Nella giurisprudenza di legittimità: Cass., Sez. Un., 22 settembre 2011, n. 34476, *Deloitte & Touche s.p.a.*; Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2014, *Gubert*, n. 10561; Cass., sez. IV, 25 giugno 2013, n. 42503, *Ciacchi*; Cass., sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192, *Barla*. In dottrina: G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 90 ss.; G. MARINUCCI, *Societas*, cit., p. 1201 ss.; Id. – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 763; F.C. PALAZZO, *Corso*, cit., p. 47 ss.; M. ROMANO, *La responsabilità*, cit., p. 398 ss.; G. RUGGIERO, *Contributo allo studio della capacità penale*, cit., p. 153 ss.

<sup>706</sup> G. MARINUCCI, *Societas*, cit., p. 1202 ss.

<sup>707</sup> Per una ricostruzione in chiave "non penale" della responsabilità e delle sanzioni, incentrata su una logica di mera specialprevenzione della criminalità d'impresa e sul disvalore per la "disorganizzazione", piuttosto che sul disvalore per il reato: M.A. MANNO, *Non è colpa mia! alla ricerca della colpevolezza perduta nella responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2/2018, p. 123 ss.

rinvio operato per l'illecito amministrativo all'art. 2945 c.c., farebbero deporre per una responsabilità autenticamente amministrativa<sup>708</sup>.

Altro aspetto che conforterebbe tali considerazioni è rappresentato dalla sezione dedicata alle vicende modificative dell'ente (Capo II, Sezione II), che, in deroga al principio della personalità della responsabilità<sup>709</sup>, ricalca i meccanismi di trasmissione delle obbligazioni di cui al Capo X del Titolo V del Libro V del codice civile<sup>710-711</sup>.

Oltretutto, se si propendesse per la natura penale della responsabilità, si esporrebbero numerose disposizioni al rischio della declaratoria di incostituzionalità.

Difatti, in disparte quanto già osservato per la modifica dell'ente, l'inversione dell'onere della prova che appare ricavabile dall'art. 6 e la legittimazione del Pubblico Ministero a disporre l'archiviazione senza il controllo giudiziale *ex art. 58* non risultano conformi, rispettivamente, alla presunzione di non colpevolezza<sup>712</sup> e alla obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale di fonte costituzionale<sup>713</sup>.

Tuttavia, gli argomenti sin qui adottati non persuadono un'altra parte degli interpreti.

In primo luogo, al dato letterale dev'essere disconosciuta la vincolatività a cui accenna il primo orientamento, poiché essa può assumere solo un valore di indirizzo che,

---

<sup>708</sup> *Ibidem*

<sup>709</sup> Si cfr. O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 15. Questa deroga appare ravvisabile specialmente nei casi di scissione e di fusione, atteso che nella trasformazione non si verifica alcun mutamento soggettivo (si cfr. M. FRASCARELLI, *Trasformazione, fusione, concentrazione e scissione di società*, Milano, 1992, p. 9), al punto che taluno ha sostenuto la superfluità della previsione (E. BUSSON, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 197).

<sup>710</sup> *Ibidem*; A. ALESSANDRI, *Riflessioni*, cit., p. 49

<sup>711</sup> A ciò si aggiunga anche l'anomalia nella fase dell'esecuzione della condanna alle sanzioni interdittive di cui alle lettere a) e b) dell'art. 9 nei confronti di una banca. In casi siffatti l'art. 97-bis, comma 3 t.u.b. prevede il coinvolgimento della Banca d'Italia – dunque di un'Autorità amministrativa indipendente – legittimata a proporre o adottare, pur a fronte del giudicato, l'amministrazione straordinaria, i provvedimenti straordinari e di liquidazione coatta amministrativa (artt. 69-bis ss. t.u.b.): cfr. G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 336; O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 16.

<sup>712</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 763

<sup>713</sup> La stessa *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., § 18, giustifica tale scelta richiamando la natura amministrativa e l'art. 18, comma 2 l. n. 689 del 1981.

Anche nella dottrina processualista si è paventata la possibile incostituzionalità della previsione: P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 225; A. BERNASCONI, *Indagini ed udienza preliminare*, in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, p. 346 ss.

in assenza di conforto pieno all'interno del corpo normativo, va trascurata a fini qualificatori.

Basti considerare che, come detto in apertura di questo paragrafo, la scelta del legislatore non è stata dettata da opzioni di inquadramento giuridico – come, d'altro canto, non potrebbe accadere, atteso che, giova rammentarsi, le legge disciplina, e non qualifica situazioni giuridiche – bensì è stata agnostica, con il rifiuto di entrare sul terreno delle discussioni di competenza degli interpreti.

Una situazione analoga è ravvisabile nell'esperienza delle misure di sicurezza nel codice penale del 1930. Com'è stato sottolineato magistralmente, “il giurista ha perduto memoria” dell'impiego della dizione “misure amministrative di sicurezza”<sup>714</sup>, utilizzata nel Titolo VIII del Libro I come soluzione di compromesso fra le visioni contrapposte dell'epoca<sup>715</sup>, ma che non ha ostato all'attrazione della materia al diritto penale; ciò che oggi non incontra opposizioni<sup>716</sup>.

D'altra parte, come si è già avuto modo di evidenziare (cap. II, par. 2.1.1.), il diritto penale attuale, arricchito dall'influenza sovranazionale, ripudia le etichette in nome della realtà e volge lo sguardo al modo con il quale il legislatore appronta una risposta punitiva nei confronti di un illecito<sup>717</sup>.

È altrettanto vero che l'opinione in questione enumera una serie di peculiarità dimostrate da alcuni istituti in tale ambito che sarebbe in grado di sostenere la *littera legis*.

---

<sup>714</sup> Così A. FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in G. LANCELOTTI (a cura di), *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Torino, 2003, p. 86. In senso conforme G. DE VERO, *ult. op. cit.*, p. 313.

<sup>715</sup> Com'è noto, l'introduzione del c.d. doppio binario da parte del codice “Rocco” è frutto di una soluzione mediana tra quanto sostenuto dalla Scuola classica, che reputava che afferissero al diritto penale le sole pene in senso stretto e non anche le misure di prevenzione, di competenza amministrativa, e la Scuola positiva, che riteneva che il diritto penale dovesse contenere la pericolosità sociale degli individui.

<sup>716</sup> Sulla natura penale delle misure di sicurezza, unanimemente riconosciuta in dottrina, da ultimo, si v. Corte cost., 27 gennaio 2022, n. 22.

<sup>717</sup> A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità “aggregata” del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3-4/2014, p. 107; A. FIORELLA, *From “Macro-anthropos” to “Multi-person Organisation” – Logic and structure of compliance programs in the corporate criminal liability*, in A. FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs – II. Towards a Common Model in the European Union*, Napoli, 2012, p. 384-385. In senso conforme, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit. p. 108.

Ponendosi l'attenzione sull'intero sistema della responsabilità da reato, effettivamente, emerge la commistione di molti profili penalistici e di alcune configurazioni tipiche del diritto amministrativo punitivo. Ma queste ultime sono bastevoli per poter escludere che il legislatore abbia costruito un diritto penale vero e proprio per l'ente?

Innanzitutto, si è dubitato dell'attitudine della disposizione sulla prescrizione a descrivere la natura della responsabilità, non costituendo un aspetto centrale del regime in analisi o, comunque, un dato non univoco<sup>718</sup>. Per di più, quand'anche ci si dovesse confrontare nel merito con questo rilievo, sarebbe revocabile in dubbio che il meccanismo adottato possa far propendere per la sua appartenenza al diritto amministrativo, considerato che il rafforzamento della risposta punitiva che ne discende, dato dal maggiore rigore rispetto a quanto contemplato dagli artt. 157 ss. c.p. – al di là dei dubbi di ragionevolezza di un modello siffatto<sup>719</sup> – ne enfatizzerebbe l'afferenza all'universo penalistico<sup>720</sup>.

Anche quanto dettato in relazione alle vicende modificative dell'ente non può far concludere in senso contrario, se si tiene conto della forte ispirazione politico-criminale che ne sta alla base. Si è trattato di una soluzione inevitabile per non offrire delle vie di fuga agevoli dalla sanzione, della quale l'ordinamento vuole garantire l'effettività<sup>721</sup>. Per di più, se si parte del presupposto che, sul piano privatistico, la fusione e la scissione sono forme di riorganizzazione dell'ente per esigenze proprie che non interrompono la continuità dei precedenti rapporti giuridici, la responsabilità rimarrebbe comunque giuridicamente “propria” della persona giuridica<sup>722</sup>.

---

<sup>718</sup> Così G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 333, che ritiene valorizzabile ad altri fini questo profilo sistematico, ovverosia per ricostruire il fatto nella responsabilità da reato dell'ente.

<sup>719</sup> Respinti da Cass., sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28299. In senso conforme Cass., sez. II, 27 settembre 2016, n. 52316. Ma sul punto si avrà modo di ritornare nel capitolo successivo.

<sup>720</sup> In questi termini G. DE VERO, *ult. op. cit.*, p. 320.

<sup>721</sup> Così già la *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., § 14.1; G. AMARELLI, *Profili*, cit., p. 170; R. GUERRINI, *op. cit.*, p. 244; E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 129. Qualche A. dubita della conformità all'art. 27, comma 1 Cost. di un siffatto regime: G. DE VERO, *ult. op. cit.*, p. 628 ss.

<sup>722</sup> Cfr. V. NAPOLEONI, *Le vicende modificative*, cit., p. 309 ss. Ma la questione resta molto controversa in dottrina. Su tale istituto sono stati sollevati anche dubbi di costituzionalità sotto il profilo dell'eccesso di delega, respinti da Cass., sez. VI, 12 febbraio 2016, n. 11442. In tema, si v. M. MASUCCI,

Infine, non convincono nemmeno i problemi sollevati di compatibilità con l'art. 27, comma 2 e l'art. 112 Cost.<sup>723</sup>.

Un'analisi attenta del disposto dell'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001 e il suo raffronto con la struttura del processo penale, che resta invariata – come conferma la giurisprudenza più recente – sono in grado di superare l'equivoco sulla regola di giudizio a cui dà adito la disposizione citata<sup>724</sup>.

Nemmeno il potere di archiviazione diretta del P.M. è idoneo a confutare la natura penale, giacché – in disparte la controllabilità della non arbitrarietà del suo esercizio da parte del Procuratore generale presso la Corte d'appello<sup>725</sup> – non è così pacifico che, alla luce dell'art. 112 Cost., il sindacato giudiziale sull'archiviazione sia indefettibile<sup>726</sup>; anzi, l'adesione a un modello di tipo accusatorio, ma con indipendenza del magistrato requirente, e le pregresse esperienze dell'ordinamento italiano possono far opinare diversamente<sup>727</sup>.

---

*È costituzionalmente legittima la responsabilità da reato dell'ente "modificato"? Una conferma e un caveat in un responso della Cassazione, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2016, p. 771.*

<sup>723</sup> Ciò sull'assunto che l'art. 112 Cost. è applicabile anche al procedimento *de societate*: H. BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Torino, 2018, p. 46 ss.; P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. giust.*, 29/2001, p. 9. *Contra* E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 333.

<sup>724</sup> Già Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn e altri* aveva messo in luce che «Nessuna inversione dell'onere della prova è (...) ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente, gravando comunque sull'accusa la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui al d.lgs. n. 231, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell'ente, che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria». In senso conforme Cass., sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735. Si è poi chiarito di recente, in una fondamentale pronuncia, che «(...) l'anzidetta previsione normativa non prevede alcuna inversione dell'onere probatorio. Essa è espressiva, piuttosto, del principio per cui il fondamento della responsabilità dell'ente è costituito dalla "colpa di organizzazione", essendo tale deficit organizzativo quello che consente la piana ed agevole imputazione all'ente dell'illecito penale. (...) vanno individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro e, quindi, gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità di quest'ultimo» (così Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401).

<sup>725</sup> Per la sufficienza di tale controllo a garantire l'esercizio obbligatorio dell'azione penale: G. PAOLOZZI, voce *Processo penale agli enti agli enti*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 2005, p. 1669. In senso contrario, *ex multis*, v. R.A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Torino, 2018, p. 83 ss.

<sup>726</sup> Ritiene che non sia indispensabile il controllo giudiziale, pur in base all'art. 112 Cost., M.L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Napoli, 2012, p. 103.

<sup>727</sup> Buona parte della dottrina, infatti, sostiene che l'obbligatorietà dell'azione penale sia un valore tendenziale, quale equivalente di "non arbitrarietà": *ex multis* E. MARZADURI, voce *Azione*, in *Enc. giur.*,

Smentita la ricostruzione in chiave amministrativa della responsabilità delle persone giuridiche, l'interpretazione opposta la riconduce all'alveo penalistico, sdoganando in tutto e per tutto il dogma della loro inattitudine a delinquere<sup>728</sup>.

In primo luogo, tale impostazione fa leva sulla centralità del reato, anche in forma tentata<sup>729</sup>, nella fattispecie di responsabilità, che rappresenta il presupposto da cui la stessa dipende<sup>730</sup>. Dunque, l'illecito dell'ente è pur sempre strettamente connesso a un reato, cioè a un fatto offensivo di beni giuridici meritevoli di tutela penale, che i criteri individuati dal d.lgs. n. 231 del 2001 consentono di ascrivere all'ente<sup>731</sup>. Illecito che ha

---

vol. IV, Roma, 1996, p. 20; R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, Torino, 2018, p. 58. Per un quadro delle oscillazioni dell'archiviazione nella storia del processo penale, si rinvia a R. GUERRINI, *op. cit.*, p. 231 ss.

<sup>728</sup> Cass., sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, *D'Azzo*; Cass., sez. VI, 22 aprile 2004, *Ribera*, con nota di P. DI GERONIMO, *La Cassazione esclude l'applicabilità alle imprese individuali della responsabilità da reato prevista per gli enti collettivi: spunti di diritto comparato*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4049 ss.), con la quale, peraltro, si è esclusa l'applicazione alle imprese individuali sulla base del divieto di analogia *ex art. 25*, comma 2 Cost.; in termini analoghi, nella giurisprudenza di merito più recente, v. Trib. di Ravenna, 24 maggio 2021, n. 1056. Per la natura penale, o quantomeno "para-penale", della responsabilità, in dottrina: A. CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002, p. 208; G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato della societas nell'ottica dei principi costituzionali*, in V. MONGILLO – A. M. STILE – G. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231 del 2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, p. 263; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 322 ss.; T. EPIDENDIO, *I principi costituzionali e internazionali e la disciplina punitiva degli enti*, in A. BASSI - T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, cit., p. 454 ss.; P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, cit., p. 8; Id., *Il processo penale contro gli enti*, cit., p. 224; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 165; A. FIORELLA, *Le strutture*, p. 652 ss.; Id., *Principi*, cit., p. 85 ss.; R. GUERRINI, *op. cit.*, p. 248 ss.; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 899; A. MANNA, *La c.d. responsabilità*, cit. p. 1103 ss.; C.E. PALIERO, *La responsabilità*, cit., p. 19 ss.; Id., *Il d.lgs. n. 231/2001: da ora in poi, societas delinquere (et puniri potest)*, in *Corr. giur.* 7/2001, p. 845 ss. T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 108; Id., *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Torino, 2004, p. 16 ss.; P. PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 186 ss.; C. PIERGALLINI, *Societas*, cit., p. 598; E. SCAROINA, *Societas*, cit., p. 124 ss.; A. TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d.lgs. n. 231/2000: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Le soc.*, 2001, p. 1305.

<sup>729</sup> G. AMARELLI, *Profili*, cit., p. 179

<sup>730</sup> G. DE VERO, *Struttura*, cit., p. 1157; Id., *La responsabilità*, cit., p. 312 ss; R. GUERRINI, *op. cit.*, p. 108 ss.

<sup>731</sup> Si v. l'autorevole rilievo di A. FALZEA, *La responsabilità*, cit., p. 141, che sottolinea come non sia tanto il soggetto passivo della risposta sanzionatoria, quanto piuttosto la tipologia di interessi violati che consente di svolgere un'operazione di qualificazione giuridica dell'illecito. In senso analogo: G. AMARELLI, *Profili*, cit., p. 171 ss.; Id., *Mito*, cit., p. 971; C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 328 s.; V. MAIELLO, *op. cit.*, p. 905; T. PADOVANI, *Il nome*, cit., p. 17; C.E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 845 ss.; P. PATRONO, *op. cit.*, p. 188.

una portata finanche extraterritoriale, ciò che avvicina la disciplina più alla logica universalistica della legge penale che non alle violazioni amministrative<sup>732</sup>.

D'altra parte, l'apparato sanzionatorio predisposto dal legislatore persegue finalità, oltre che preventive, anche repressive, e dimostra un elevato grado di afflittività, posto che coinvolge in negativo la possibilità per l'ente di perseguire i propri scopi<sup>733</sup>. Esse colpiscono, direttamente, se interdittive, o indirettamente, se pecuniarie, la propria libertà di iniziativa, che corrisponde a una forma di "autodeterminazione" dell'impresa (art. 41 Cost.)<sup>734</sup>. Per di più, la sanzione pecuniaria è commisurata 'per quote', in maniera analoga al meccanismo adottato in altri ordinamenti europei proprio nel diritto penale<sup>735</sup>.

Non è un caso che il legislatore si sia affannato nell'erigere un novero di garanzie tipiche del diritto penale e del diritto processuale penale, andando al di là, per esempio, del solo divieto di irretroattività sfavorevole dell'art. 1 della l. n. 689 del 1981<sup>736</sup>.

Peraltro, questa connessione fra i due illeciti emerge anche nella scelta di rendere unitaria la sede giurisdizionale di accertamento<sup>737</sup>: è il giudice penale che è munito di tali poteri (art. 36 d.lgs. n. 231 del 2001) e, soprattutto, è il Pubblico Ministero, cioè il titolare dell'azione penale, che ne contesta la commissione secondo le forme dell'art. 405, comma 1 c.p.p. (art. 59, comma 1), così differenziandosi tale regime da quello *ex art.* 24 l. n. 689

---

<sup>732</sup> R. GUERRINI, *op. cit.*, p. 222. Si cfr. anche G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 314

<sup>733</sup> Si cfr. A. MANNA, *La responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo: riflessioni rapsodiche su offensività, colpevolezza e sistema sanzionatorio*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, Torino, 2020, p. 10 ss. Tra l'altro, l'art. 80 d.lgs. n. 231 del 2001 ha introdotto l'anagrafe nazionale delle sanzioni amministrative dipendenti da reato. La disciplina degli artt. 80-82 è stata abrogata «art. 52 del d.P.R. n. 313 del 2002, che l'ha riprodotta in modo analogo nei titoli IV e V, con l'aggiunta anche dell'anagrafe dei carichi pendenti nei confronti degli enti. L'anagrafe, la cui regolamentazione ricalca quella dettata in materia di casellario giudiziale, è collocato proprio presso quello centrale del Ministero della Giustizia.

<sup>734</sup> R. GUERRINI, *op. cit.*, p. 197; C.E. PALIERO, *La responsabilità*, cit., p. 21

<sup>735</sup> G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 317 ss. Ci si riferisce alla Danimarca, alla Svezia, alla Finlandia, all'Austria, alla Francia e, soprattutto, al *Tagessatzsystem* della Germania (§ 40 *StGB*), che ha dato ampia diffusione alla pena pecuniaria, che corrisponde al 75% delle pene irrogate. Senonché, quello configurato dall'art. 11 d.lgs. n. 231 del 2001 non è in tutto e per tutto sovrapponibile agli istituti degli ordinamenti citati, giacché mentre in questi la commisurazione tiene conto dell'applicazione della sanzione in un'ottica di durata, l'art. 11, invece, ha riguardo a valori assoluti, all'interno di un minimo e di un massimo: si cfr. *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., § 5.1.

<sup>736</sup> R. GUERRINI, *op. cit.*, p. 223 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit. p. 314

<sup>737</sup> Spicca anche il favore emergente per il *simultaneus processus* (art. 38), in controtendenza con il codice di procedura penale del 1988.

del 1981<sup>738</sup>. L'ente diventa un altro protagonista della vicenda processuale, siede al "banco degli imputati" e subisce lo stigma tipico di questa condizione all'interno del processo penale<sup>739</sup>.

Inoltre, quest'ultima disposizione al comma 6 dispone la cessazione della giurisdizione penale in merito alla sanzione amministrativa se il reato è estinto o se interviene una causa di improcedibilità<sup>740</sup>. Invece, la giurisdizione penale nei confronti dell'ente non viene esclusa in tali casi, giacché la sua responsabilità è autonoma da quella della persona fisica, come risulta dall'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001.

Un'ulteriore conferma è data dalla predisposizione di "doppi binari" sanzionatori, uno dei quali denominato "amministrativo" dal legislatore. Esempi di questo tipo si ritrovano nella materia tributaria, ove l'ente è destinatario delle sanzioni amministrative per le violazioni commesse dalla persona fisica nel suo interesse (art. 11 d.lgs. n. 472 del 1997), nonché, in maniera più evidente, negli abusi di mercato, ove il legislatore affianca alla responsabilità da reato quella "dipendente da illecito amministrativo" (art. 187-*quinquies* t.u.f.). Si tratta di disposizioni che, anche per la povertà di garanzie nei meccanismi di imputazione, dimostrano che la responsabilità di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 si instrada su un "binario" costruito su un "terreno" contiguo a quello penalistico<sup>741</sup>.

Come esposto sopra (par. 2), non è mancato chi ha ricondotto la responsabilità dell'ente all'area del concorso di persone nel reato<sup>742</sup>. Sennonché, si è osservato che la

---

<sup>738</sup> G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 313

<sup>739</sup> G. AMARELLI, *Profili*, cit., p. 176 ss.; R. GUERRINI, *op. cit.*, p. 225 ss. e 231; V. MAIELLO, *La natura*, cit., p. 900 ss.; T. PADOVANI, *Il nome*, cit., p. 16 s.; C.E. PALIERO, *Il d.lgs.*, cit., p. 845. La scelta del legislatore di inserire l'ente all'interno di un contesto processualpenalistico è tesa a contemperare esigenze di efficienza, rappresentati dagli strumenti investigativi del P.M. e della polizia giudiziaria, e di massima garanzia, specie in confronto a quanto offriva la l. n. 689 del 1981: *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., § 15. D'altronde, la clausola *ex art. 35* è stata introdotta proprio allo scopo di scongiurare che l'ente "degradasse" a parte privata diversa dall'imputato, con una condizione processuale deteriore: si cfr. A. GIARDA, *Societas delinquere potest: o no?!*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 185.

<sup>740</sup> Così superandosi l'obiezione di G. MARINUCCI, *Societas*, cit., p. 1202 ss. Cfr. G. AMARELLI, *Profili*, cit., p. 178; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 321

<sup>741</sup> Si cfr. O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 15; E. SCAROINA, *Societas*, cit., p. 123

<sup>742</sup> C.E. PALIERO, *La responsabilità penale*, cit., p. 25 ss.; D. BRUNELLI, *Il diritto penale*, cit., p. 224; M. SCOLETTA, *Sulla struttura «concorsuale» dell'illecito punitivo delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano*, cit., p. 659 ss. Tesi rimasta minoritaria anche in giurisprudenza: Cass., Sez. Un.,



ricognizione di una fattispecie di tipo concorsuale non trova conforto nella disciplina degli artt. 110 ss. c.p. e nel modo in cui è costruita la responsabilità dell'ente<sup>743</sup>. Inoltre, il concorso presuppone l'unicità del fatto concorsuale, mentre in questo caso gli illeciti si presentano diversi, ciascuno connotato da elementi a sé stanti<sup>744</sup>. Al più, si potrebbero operare degli accostamenti alla figura tradizionale del concorso di persone nel reato, ma senza giungere a una piena identificazione all'interno di questo paradigma.

La commistione di aspetti tipici tanto del diritto penale quanto del diritto amministrativo punitivo ha condotto taluno all'elaborazione di soluzioni intermedie. Dunque, adoperando il criterio della combinazione, si è pervenuti a far coincidere l'ibridazione normativa con un'ibridazione nella qualificazione giuridica, sostenendo che la novità avesse dato la stura a un *tertium genus* di responsabilità<sup>745</sup>.

---

2 luglio 2008, n. 26654. Richiama un modello "para-concorsuale", come quello delineato dall'art. 57 c.p., sull'assunto che l'ente risponde per aver omesso le misure necessarie all'impedimento dei reati, D. PIVA, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità*, cit., p. 59. Effettua questo parallelismo con l'art. 57 c.p. anche M. PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli «punitivi» e prospettive di efficienza*, in *Legisl. pen.*, 2003, p. 3

<sup>743</sup> A. ASTROLOGO, *Concorso di persone*, cit., p. 1022 rileva che il concorso di persone esigerebbe un contributo causale, quantomeno agevolativo, che difetta nella struttura delineata dal d.lgs. cit.; così come mancherebbe anche la consapevolezza di cooperare nell'altrui reato colposo. Sul nesso di causalità, però, tra gli altri, si v. F. GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1/2004.

<sup>744</sup> F. SGUBBI – A. ASTROLOGO, *Sub Art. 5*, cit., p. 146.

<sup>745</sup> La tesi del *tertium genus* era già stata prospettata nella *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., § 1.1. Si tratta dell'orientamento che ha trovato maggiore condivisione nella giurisprudenza di legittimità: Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn e altri*; Cass., sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735; Cass., sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083; Cass. civ., Sez. Un., 30 settembre 2009, n. 20936. Nella giurisprudenza di merito, si v. Trib. Milano, G.i.p. Verga, ord. 24 gennaio 2008. La tesi è stata accolta anche nella giurisprudenza amministrativa: v. Cons. Stato, sez. IV, 20 ottobre 2015, n. 143. In dottrina, per il *tertium genus*: E.M. AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone. Persone giuridiche e responsabilità amministrativa da reato*, in M. RONCO (dir.), *Commentario sistematico al codice penale. La legge penale*, Bologna, 2006, p. 191; I. CARACCIOLI, *Osservazioni sulla responsabilità penale "propria" delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Gallo*, Torino, 2004, p. 86; O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 16 ss.; Ead., *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, in A. MANNA (a cura di), *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, Milano, 2004, p. 435; G. FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di «metamorfosi» della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1398 ss.; G. FORTI, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in C. DE MAGLIE – SEMINARA, *La riforma del codice penale. La parte generale*, Atti del Convegno di Pavia, 10-12 maggio 2001, Milano, 2002.

Il crogiuolo di elementi di provenienza giuridica disparata ha portato un'opinione isolata a sostenere che addirittura si fosse istituito un *quartum genus* di responsabilità, aggiungendosi a quella penale e amministrativa persino quella civile *ex delicto*<sup>746</sup>.

Tuttavia, se, da un lato, la compresenza di aspetti eterogenei è innegabile, alla luce anche delle suesposte istanze a cui il legislatore ha dovuto far fronte, dall'altro lato, la soluzione mediana sembra ricadere in quell'astensione che, se è comprensibile rispetto al ruolo del legislatore, non lo è altrettanto nei panni dell'interprete<sup>747</sup>. In altri termini, la formula del terzo binario, così espressa, appare vuota, priva di reali contenuti, sostituendo la lente della qualificazione con quella descrizione del dato normativo<sup>748</sup>.

Non sembra casuale che gli stessi fautori di tale conclusione finiscano per riconoscere la preponderanza di aspetti penalistici<sup>749</sup> o comunque il ricorso a soluzioni coerenti con i principi del diritto penale<sup>750</sup>. Come un pendolo che oscilla fra due poli, le opinioni ibride rischiano spesso di essere attratte verso l'uno o l'altro estremo, di guisa che si giunge a negare la loro essenza inizialmente dichiarata.

---

<sup>746</sup> Così S. VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito?*, in Id. – M. CERESA-GASTALDO – A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.Lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004, p. 190 ss. e 209 ss., il quale, tuttavia, parte dal presupposto che l'imputazione ex art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001 sia oggettiva.

<sup>747</sup> In realtà, la soluzione intermedia è espressione di un atteggiamento di cautela che possa consentire all'operatore pratico del diritto di attingere dal diritto penale o dal diritto amministrativo punitivo a seconda della soluzione che si intenda dare ogniqualvolta si presentino questioni non direttamente risolvibili sulla base del d.lgs. n. 231 del 2001: R. BARTOLI, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*, *Le soc.*, 2/2015, p. 219

<sup>748</sup> G. DE VERO, *Struttura*, cit., p. 1164 evidenzia che idee "centauresche" come la presente dovrebbero rappresentare l'*extrema ratio*. Sottolinea l'ambiguità della terminologia R. BARTOLI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 215 ss.

<sup>749</sup> Si cfr. O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 17, che, nel discorrere di responsabilità "geneticamente modificata", riconosce che il diritto penale ha una "presenza genetica dominante".

<sup>750</sup> La stessa Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn e altri*, sembra cadere in contraddizione quando, dopo aver discusso di "*tertium genus*" di responsabilità, afferma che «*parimenti non è dubbio che il complesso normativo in esame (...) abbia evidenti ragioni di continuità con l'ordinamento penale (...) sicché (...) è doveroso interrogarsi sulla compatibilità della disciplina legale con i principi costituzionali dell'ordinamento penale*». Lo mette in evidenza G. AMARELLI, *I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi: una grande aspettativa parzialmente delusa*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità*, cit., p. 368; si v. anche le annotazioni di R. BARTOLI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 215 ss., in part. p. 220 ss., che osserva come, secondo la giurisprudenza, la commistione non riguarda i principi. In questo senso si v. anche Cass., sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, nella quale, dopo aver ribadito la tesi del terzo binario, si conclude poi per la natura sostanzialmente penale della materia, con operatività, pertanto, dei principi costituzionali della materia penale.

Così, la responsabilità da reato degli enti, in un modo o nell'altro, si ritrova ad approdare sulle sponde del diritto penale, sia pure con la presenza di peculiarità innegabili, che seguono i connotati dell'ente e che ne differenziano il regime da quello delle persone fisiche. Ma ciò non toglie che si possa discutere di una responsabilità quantomeno "para-penale"<sup>751</sup>, di un *secundum genus*<sup>752</sup> interno a quella branca che da sempre coniuga le massime risposte punitive con il massimo livello di garanzie possibili.

### 3.2. *La struttura della fattispecie di responsabilità.*

Un altro passaggio arduo per il legislatore del 2001 è stato quello di costruire dei criteri di imputazione della responsabilità che consentissero di rispettare il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, in maniera tale che all'appartenenza (causale e psicologica) del fatto alla persona fisica si accompagnasse una strutturazione analoga per la persona giuridica<sup>753</sup>.

L'elaborazione della fattispecie di responsabilità nei rapporti fra i soggetti tradizionali del diritto penale e quelli di nuovo ingresso ha avuto alla base il compimento di scelte fondamentali al fine di stabilire il modello di responsabilità da adottarsi nell'ordinamento italiano.

---

<sup>751</sup> A. FIORELLA, *Le strutture*, cit., p. 653; Id., *Principi*, cit., p. 85 ss.

<sup>752</sup> L'espressione è di G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., p. 341.

<sup>753</sup> Nel senso che l'art. 27, comma 1 Cost. non avrebbe rappresentato un ostacolo all'introduzione della responsabilità delle persone giuridiche, M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 260 nt. 187: «*In realtà, a noi pare che l'art. 27, 1 co., Cost. sia stato essenzialmente pensato sul modello della responsabilità delle persone fisiche, sì da non poter costituire nessun vincolo costituzionale all'eventuale introduzione della responsabilità penale degli enti, che rispecchi comunque criteri di responsabilità per fatto proprio e colpevole autonomamente riconsiderati all'uopo*». Per le diverse proposte atte a evitare il contrasto con l'art. 27, comma 1 Cost., si v. G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 225 ss. Le possibili alternative vengono individuate: a) nell'indebolimento del principio di colpevolezza, ritenendo bastevole un concetto sociale, per cui l'ente è rimproverato per non essere stato all'altezza delle aspettative sociali, ciò che viene giustificato sulla scorta del mancato coinvolgimento, in questo caso, della libertà personale; b) nel riferire alle persone giuridiche il principio di proporzionalità, come limite alle sanzioni repressive per esse adottate, quale «*presupposto necessario (...) sia del principio di responsabilità per fatto proprio sia del principio di colpevolezza*» (p. 227).

Il complesso di criteri selezionati dal legislatore ha consentito di dare i natali a una responsabilità diretta, primaria<sup>754</sup> e autonoma<sup>755</sup>, atteso che questo risponde se il fatto è commesso nel suo interesse o vantaggio da un certo novero di soggetti interni alla sua sfera organizzativa, il difetto della quale deve avere avuto rilevanza determinante nella commissione del reato, in concorso con la persona fisica ovvero quantunque la stessa non sia individuabile, imputabile o punibile per estinzione del reato (fatta salva l'amnistia)<sup>756</sup>.

Il combinato disposto degli artt. 5-6-7 costituisce un'ibridazione fra il paradigma individualistico e quello olistico di responsabilità, in cui il fatto è ascritto all'ente non soltanto per l'esistenza di una connessione obiettiva, bensì anche sulla scorta di elementi che assurgono a fondamento di una responsabilità compiutamente distinta e personale per un *deficit* di organizzazione in vista del contenimento dei rischi criminali interni<sup>757</sup>.

Autonomia e carattere diretto della responsabilità vanno di pari passo, in quanto sostenere che questa deriva da quella della persona fisica<sup>758</sup> significherebbe sovrapporre i due profili e immaginare un'accessorietà che non trova riscontro nel dato legale, che anzi indica proprio la soluzione opposta<sup>759</sup>. È l'art. 8 che offre un'adeguata chiave di

---

<sup>754</sup> Mentre, come esposto sopra, l'art. 197 c.p. individua un modello accessorio e sussidiario.

<sup>755</sup> Una responsabilità diretta e autonoma, ispirata ai canoni di colpevolezza, sembrava già emergere nel regolamento 95/2988/CE.

<sup>756</sup> G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 344; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 501; G. DE VERO, *Struttura*, cit., p. 1127, 1132 e 1143; Id., *La responsabilità*, cit., p. 4, 10 e 24; C.E. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 49.

<sup>757</sup> Di modello "limitatamente individuale" discute la dottrina tedesca: v. il richiamo contenuto in G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 404, ad A. HAEUSERMANN, *Der Verband als Straftäter und Strafprozeßsubjekt*, Freiburg i. Br., 2003, p. 17. Segnala l'adesione al modello "misto o dualistico" da parte del legislatore italiano, R. BARTOLI, *Un'introduzione alla responsabilità punitiva degli enti*, cit., p. 17; Id., *Il criterio di imputazione oggettiva*, cit., p. 174.

<sup>758</sup> M. ROMANO, *La responsabilità*, cit., p. 404 ss., perché l'A. reputa che l'illecito dipenda da un reato del quale è richiesta la configurazione in tutti i suoi elementi strutturali.

<sup>759</sup> G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 344

lettura sistematica<sup>760</sup> della fattispecie legalmente delineata: questa dipende da un reato<sup>761</sup>, ma non anche dall'accertamento della responsabilità della persona fisica<sup>762</sup>.

Dunque, se l'ente risponde può rispondere anche la persona fisica<sup>763</sup>, onde evitare che questa possa giovare dello schermo offerto dalla struttura complessa nella quale

---

<sup>760</sup> Si cfr. G. COCCO, *L'illecito*, cit. p. 93 ss.; A. GARGANI, *Individuale*, cit., p. 273 ss.

<sup>761</sup> Il concetto di "reato" è rimasto di dubbia identificazione nel dibattito fra gli interpreti.

La *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., § 4, ritiene che sia richiesta la sua integrazione in tutti i propri elementi costitutivi. In questo senso anche alcuni Autori (M. ROMANO, *La responsabilità*, cit., p. 406; D. PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. VI, Milano, 2002, p. 963; di recente, si v. anche F. D'ARCANGELO, *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 316-317; Id., *La responsabilità dell'ente per reato commesso da autore ignoto*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2017, IV, p. 27) e la giurisprudenza (si cfr. Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654).

Altri Autori ritengono che la connessione fra l'illecito dell'ente e quella della persona fisica possa configurarsi in maniera più elastica. Secondo questa visione la locuzione "reato" deve intendersi nel senso di fatto tipico, antiggiuridico, ma non sempre colpevole. D'altra parte, anche il codice penale vigente spesso utilizza questo lemma in chiave eccedente rispetto al significato (es. artt. 57 e 110 c.p.): così O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 140.

In particolare, la completezza strutturale dell'illecito sarebbe richiesta solo una volta individuato il relativo responsabile, poiché l'unico caso in cui si esclude la necessità della colpevolezza è quello del difetto di imputabilità (G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 355; peraltro, ritiene sufficiente l'offesa al bene giuridico ascrivibile causalmente all'impresa F. VIGNOLI *Societas*, cit., p. 910). Ma non anche nel caso di difetto di identificazione, ciò che osterebbe a qualsiasi indagine sulla colpevolezza (così G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 353 ss.; R. GUERRINI, *La responsabilità*, cit., p. 123). Si tratta di una soluzione legislativa verso la quale non si è mancato di sollevare qualche perplessità (G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 356), per i vantaggi che offre in capo alla pubblica accusa (E.M. AMBROSETTI, *Efficacia*, cit., p. 208; *contra* F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 40), ma che trova una giustificazione politico-criminale e pragmatica intensa ed evidente.

Una opinione parzialmente diversa ritiene che sia indistintamente ammesso di prescindere dalla colpevolezza dell'autore, considerando l'art. 8 d.lgs. n. 231 espressione di una regola generale del sistema, al punto da fondare la responsabilità dell'ente solo sulla propria colpa d'organizzazione determinante il fatto commesso: C.E. PALIERO, *Il d.lgs.*, cit., p. 845; Id., *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in AA.VV., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Le soc.*, "Gli speciali", 2011, p. 17 ss.

In senso contrario, però, si è obiettato che l'incoerenza dell'art. 8 rispetto al sistema della responsabilità dell'ente non consentirebbe di andare oltre il suo dato letterale: E.M. AMBROSETTI, *ult. op. cit.*, p. 206-210. Oltretutto, si può aggiungere che nel caso di identificazione del responsabile verrebbe meno la giustificazione della rinuncia all'approfondimento dell'accertamento di responsabilità.

<sup>762</sup> F. GIUNTA, *Attività bancaria*, cit., p. 6. Rileva G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 345-346, che accessorietà e autonomia possono andare di pari passo, purché con espansione e riduzione reciproca a seconda dell'aspetto da enfatizzare, come dimostra il comparatistico. Infatti nel sistema francese, la responsabilità *par ricochet* si accompagna ad alcune ipotesi di responsabilità esclusiva della persona giuridica. Dall'art. 129 c.p. spagnolo sembra emergere l'applicazione di alcune pene accessorie solo purché sia punito in concreto l'autore individuale; ma la dottrina ha interpretato la disposizione nel senso di ritenersi sufficiente l'integrazione di un fatto tipico e antiggiuridico. Come visto sopra, invece, il modello svizzero è imperniato su una responsabilità (non accessoria, ma) sussidiaria.

<sup>763</sup> Cumulo che appare frutto del riconoscimento della «natura "mista" del reato d'impresa, che è spesso frutto di una combinazione tra politica d'impresa e scelte ideologiche individuali»: così C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 340.

opera<sup>764</sup>; ma se non è affermata la responsabilità o la punibilità della persona fisica, pur di fronte all'esistenza di un reato, l'ente risponde ugualmente, con risvolti vantaggiosi per l'efficienza sanzionatoria dell'ordinamento<sup>765</sup>.

In questo modo l'innovazione del 2001 è riuscita a coniugare le istanze politico-criminali, volte a evitare la creazione di “zone franche” della punibilità<sup>766</sup>, con quelle di garantire il rispetto del principio personalistico<sup>767</sup>, in quanto tale responsabilità può reggersi, in ogni caso, da sola sempreché sia ancorata a un fatto proprio<sup>768-769</sup>.

Gli elementi che consentono di fondare la responsabilità sull'appartenenza del fatto alla persona giuridica sono articolati su diversi livelli, corrispondenti alla sua commissione in termini di beneficio per l'ente da parte di soggetti in posizione qualificata (art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001) e alla sua derivazione da un difetto organizzativo e da modelli preventivi inadeguati, con colpevolezza dell'ente<sup>770</sup>.

---

<sup>764</sup> M. ROMANO, *Societas*, cit., p. 1038 ss.

<sup>765</sup> F. GIUNTA, *La punizione*, cit., p. 39 ss.

<sup>766</sup> Si cfr. G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 360 ss. Così anche la *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., § 4, specie con riferimento alla mancata individuazione del responsabile alla luce della complessità dell'organizzazione, una delle principali ragioni alla base dell'introduzione di una responsabilità delle persone giuridiche.

<sup>767</sup> Utilizza l'espressione “leggi-compromesso” con riguardo al d.lgs. n. 231 del 2001, G. AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo. Tracce di una razionalità inesistente*, in *Legisl. pen.*, 23 maggio 2016, p. 5, nt. 10.

<sup>768</sup> Si cfr. A. FALZEA, *La responsabilità*, cit., p. 157 ss.; C.F. GROSSO, *Responsabilità*, cit., p. 712 ss.

<sup>769</sup> Invero, si è sostenuto in dottrina che l'autonomia della responsabilità pare essere un'enunciazione di principio che si risolve, però, in alcune ipotesi eccezionali: mancata individuazione del responsabile, della sua non imputabilità o non punibilità per estinzione del reato. Per di più, la disciplina processuale sembrerebbe presupporre un cammino comune della persona fisica e della persona giuridica: si v. M.N. MASULLO, *Colpa penale*, cit., p. 234 e O. DI GIOVINE, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1335 ss.

<sup>770</sup> A. FIORELLA, *Le strutture*, cit., p. 654 ss. e 670; Id., voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., p. 5106 ss.

### 3.2.1. *La base minima dell'imputazione: il ruolo dell'interesse e del vantaggio.*

Innanzitutto, si richiede che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Si tratta della componente di collegamento tra fatto dell'individuo e persona giuridica, che richiama il rapporto di immedesimazione organica<sup>771</sup> e consente «*di identificare l'organizzazione come assoluta protagonista di tutte le vicende che caratterizzano la vita sociale ed economica dell'impresa e quindi anche come fonte di rischio di reato*»<sup>772-773</sup>.

La formulazione anodina dell'art. 5 ha dato adito a un fronte di discussione ancora aperto sul significato e sulla funzione da attribuire ai due criteri nell'economia della responsabilità dell'ente.

Secondo una prima lettura c.d. dualistica si tratterebbe di criteri distinti e alternativi di ascrizione del fatto all'ente, come si ricaverebbe dalla stessa Relazione, dall'impiego della disgiuntiva “o” e dalla eterogeneità dei concetti giuridici<sup>774</sup>. Difatti, mentre

---

<sup>771</sup> Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit., § 3.2. C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 331

<sup>772</sup> *Ivi*, p. 332

<sup>773</sup> Si tratta di criteri che trovano una certa diffusione nei vari sistemi giuridici. Si pensi che, come visto sopra, dopo la modifica apportata dalla l. n. 689 del 1981, anche l'art. 197 c.p. fa riferimento all'interesse ai fini dell'insorgenza dell'obbligazione civile in esame.

L'art. 121-2 c.p. francese richiede che il reato sia stato commesso “per conto” della persona giuridica. Il codice austriaco utilizza, invece, l'espressione “a suo vantaggio”. Nella disciplina sammarinese e nel codice spagnolo si trovano entrambe le espressioni “*per suo conto o a suo vantaggio*”, mentre il codice svizzero fa riferimento all'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale. In Germania il criterio di imputazione è quello dell'utilità ricavata o che avrebbe dovuto trarne. Qualche peculiarità è rinvenibile nella regolamentazione portoghese, ove si utilizza l'espressione “*in suo nome e nell'interesse collettivo*”, e nel sistema belga, ove si richiama un intrinseco legame tra il reato e la realizzazione del suo oggetto o la tutela dei suoi interessi ovvero ancora alla prova della loro commissione per suo conto. In Francia, Germania, Spagna e Portogallo, in mancanza di criteri soggettivi di imputazione, questa è imperniata soltanto su quelli indicati. Talora sono stati previsti alcuni meccanismi di differenziazione in base alla tipologia di reati, come nel caso della disciplina tedesca e austriaca, che esigono che l'illecito sia stato commesso attraverso la violazione di obblighi gravanti sull'ente.

<sup>774</sup> Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit., § 3.2. In dottrina: S. DOVERE, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro: un'innovazione a rischio di ineffettività*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, p. 97 ss.; Id., *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25 septies del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 322 ss.; G. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione*, Torino, 2009, p. 204; A. BASSI – T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 161 ss.; A. ASTROLOGO, *'Interesse' e 'vantaggio' quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. 231/2001*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 656 ss.; Id., *Brevi note sull'interesse e il vantaggio nel d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006, p. 192; G. GENTILE, *L'illecito colposo dell'ente collettivo. Riflessioni alla luce del Corporate Manslaughter*, Torino, 2009, p.

l'interesse va inteso in senso soggettivo e collocato a monte, al momento della condotta della persona fisica, il vantaggio ha carattere oggettivo e va accertato a valle del reato, come incremento della sfera della persona giuridica<sup>775</sup>.

All'opposto si colloca quella parte degli interpreti che sostiene la natura monistica dei criteri oggettivi di imputazione<sup>776</sup>. Secondo quest'opzione ermeneutica l'interesse e il vantaggio rappresenterebbero un'endiadi, con preminenza del primo sul secondo<sup>777</sup>. In altri termini, il vero criterio di attribuzione della responsabilità sarebbe dato dall'interesse<sup>778</sup>, maggiormente in linea con il principio personalistico, poiché teso a "fotografare la condotta nel suo momento genetico"<sup>779</sup>, ciò che costituisce la base di partenza per ricondurre il reato alla persona giuridica secondo l'immedesimazione organica.

---

219 ss. In giurisprudenza: Cass., sez. IV, 17 novembre 2020, n. 4480; Cass., sez. IV, 23 maggio 2018, n. 38363; Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn e altri*; Cass., sez. II, 17 marzo 2009, n. 13678, *Zaccaria*; Cass., sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, *Jolly Mediterraneo s.r.l.*; v. anche Trib. Milano, sez. XI, 20 dicembre 2004.

<sup>775</sup> Sebbene il concetto di "vantaggio" sia stato utilizzato in termini ampi, si ritiene che, data la natura dei soggetti coinvolti, che agiscono secondo una logica di profitto, questo dovrebbe essere inteso in un'accezione squisitamente economica: G. AMARELLI, *I criteri oggettivi di ascrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro dalla teorica incompatibilità alla forzata convivenza*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2013, p. 10.

<sup>776</sup> C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 332; M. GUERNELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo*, in *St. iur.*, 2002, p. 290 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 156 ss.; A. MANNA, *La responsabilità da reato degli enti*, in Id. (a cura di), *Diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, p. 55; Id., *La c.d. responsabilità*, cit., p. 1114; D. PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., p. 425 ss.; N. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, p. 28 ss.; Id., *L'interesse dell'ente quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato colposo*, in F. COMPAGNA (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, p. 355 ss.; T. VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 703 ss.

<sup>777</sup> G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 158; A. FIORELLA, *Le strutture*, cit., p. 655-656; Id., voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5107 ss.; D. PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., p. 425 ss.

<sup>778</sup> Non è un caso che anche nel Progetto Pisapia, all'art. 56, comma 1, lett c), si fosse fatto riferimento soltanto all'interesse.

<sup>779</sup> L'espressione è di A. FIORELLA, *Le strutture*, p. 654



Se si opinasse diversamente, si estenderebbe in maniera irragionevole l'ambito di applicazione del decreto, stante l'assenza di attitudine selettiva in capo al criterio del vantaggio<sup>780</sup>.

Intanto, quest'ultimo è indipendente rispetto all'atteggiamento complessivo dell'organizzazione, di guisa che risulterebbe violato l'art. 27, comma 1 Cost. nella sua accezione moderna<sup>781</sup>. Inoltre, ritenere anche il secondo un criterio valido potrebbe sfociare in un'affermazione di responsabilità ancorché si sia agito per interesse esclusivo proprio o altrui o finanche in danno dell'ente, salvo poi procurarvi casualmente un vantaggio<sup>782</sup>. A ciò si aggiunga la possibilità di imputare all'ente un reato commesso fuori dal contesto organizzato, ma che gli abbia procurato un beneficio; ovvero ancora potrebbe aprirsi alla responsabilità delle società del gruppo o della capogruppo per via del vantaggio realizzatosi in favore di una società controllata<sup>783</sup>.

Una conferma sarebbe rinvenibile sul piano sistematico, poiché l'art. 5, comma 2 esclude la responsabilità dell'ente se i soggetti che rivestono una posizione significativa «hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi»<sup>784</sup>. Dunque, se questa è la destinazione genetica dell'illecito<sup>785</sup>, l'ente non potrà risponderne, quantunque ne abbia ricavato un vantaggio, per la rottura del rapporto di immedesimazione organica<sup>786</sup>.

---

<sup>780</sup> Lo rilevano N. SELVAGGI, *L'interesse*, cit., p. 28, e P. IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. ent.*, 2008, p. 60.

<sup>781</sup> N. SELVAGGI, *L'interesse*, cit., p. 82 ss.

<sup>782</sup> A. FIORELLA, *Le strutture*, cit., p. 655

<sup>783</sup> Così, testualmente, N. SELVAGGI, *L'interesse*, cit., p. 28.

<sup>784</sup> G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 375

<sup>785</sup> Si utilizza ancora un'espressione di A. FIORELLA, *Le strutture*, cit., p. 670.

<sup>786</sup> G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 375; similmente, Cass., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627, *La Fiorita s.c.a.r.l.*, discorre di «vantaggio "fortuito", in quanto non attribuibile alla "volontà" dell'ente. (...) la responsabilità dell'ente è esclusa proprio perché viene meno la possibilità di una qualsiasi rimproverabilità al soggetto collettivo, dal momento che si considera venuto meno lo stesso schema di immedesimazione organica».

Secondo C.E. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 52, in casi siffatti sarebbe stato preferibile mantenere la responsabilità, sia pure con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria attenuata o della sola confisca del profitto.

Critico nei confronti di tale lettura del dato sistematico G. AMARELLI, *I criteri*, cit., p. 35 ss., che ritiene che l'art. 5, comma 2 costituisca più un'eccezione, che la regola, potendo valere per i soli reati dolosi, ma non anche per quelli colposi, in cui è difficile postulare una condotta illecita con la tensione finalistica che connota l'interesse. Difatti, nel caso di reati colposi espressione della criminalità d'impresa,

Altro elemento di riscontro è ravvisabile nell'art. 12, comma 1, lett. a), che contempla una riduzione della sanzione pecuniaria qualora il fatto sia stato commesso nell'interesse prevalente dell'autore o di terzi e l'ente non ne abbia ricavato un vantaggio oppure questo sia stato minimo<sup>787</sup>.

In questo modo non si giungerebbe necessariamente a uno svilimento del dato letterale<sup>788</sup>, giacché il vantaggio potrebbe mantenere comunque una propria validità sul piano probatorio, consentendo di dimostrare *ex post* l'esistenza dell'interesse<sup>789</sup>. Detto altrimenti, una volta appurato il vantaggio, ne dovrebbe conseguire un'inversione dell'onere della prova; o meglio, il rischio della prova della sussistenza di un interesse, presunto *iuris tantum*<sup>790</sup>, non graverà sulla pubblica accusa, ma sull'ente, che dovrà dimostrare che l'autore ha commesso il reato-presupposto nell'interesse esclusivo proprio o di terzi<sup>791</sup>.

Altri problemi sono sorti in ordine al significato dell'interesse *ex art. 5*, nel qual caso sono emerse due contrapposte visioni, una soggettiva e l'altra oggettiva.

---

secondo l'A., onde evitare di cadere in una presunzione di interesse per il sol fatto di agire all'interno dell'impresa, dovrebbe prevalere il requisito del vantaggio (in senso conforme, T. EPIDENDIO – G. PIFFER, *La responsabilità degli enti per reati colposi*, in *Le soc., Gli Speciali, D.lgs. 231: 10 anni di esperienze*, p. 201). La conferma della rilevanza del vantaggio sarebbe ricavabile anche dall'autonomia della responsabilità (art. 8), giacché, qualora l'autore materiale del fatto di connessione non sia stato individuato, l'unica possibilità per conservare l'indagine sulla responsabilità dell'ente sarebbe quella di fare leva sul vantaggio. Ciò tanto se l'interesse è inteso in senso soggettivo, quanto anche se si aderisce a una concezione oggettiva, poiché anche in questa ipotesi dovrebbe verificarsi l'elemento psicologico del soggetto qualificato: non si potrebbe accertare se il reato sia stato commesso da parte di un soggetto destinatario di regole cautelari, quindi, presumibilmente nell'interesse dell'ente.

<sup>787</sup> G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 376; M. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Napoli, 2009, p. 182.

<sup>788</sup> Diversamente, attribuisce al vantaggio soltanto un'efficacia esplicativa del significato "oggettivo" di interesse G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 161.

<sup>789</sup> G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 378 ss, che fa leva anche sull'art. 187-*quinquies*, comma 3 t.u.f., nel quale è previsto che l'ente non risponde se dimostra che gli autori hanno agito esclusivamente nell'interesse proprio e di terzi. Si v. anche Trib. Trani, sez. distaccata di Molfetta, 11 gennaio 2010, *Truck Center e altri*.

<sup>790</sup> Secondo D. PULITANÒ, *Responsabilità*, cit., p. 958, invece, il vantaggio fonderebbe una presunzione assoluta circa l'esistenza di un interesse proprio dell'ente.

<sup>791</sup> P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti*, cit., p. 231

Secondo la prima impostazione l'interesse corrisponderebbe alla finalità interna al soggetto agente che sorregge la propria condotta illecita, o quantomeno come consapevolezza di agire nell'interesse e in vista di un vantaggio per l'ente<sup>792</sup>.

L'orientamento prevalente predilige una lettura oggettiva, intendendo l'interesse quale proiezione finalistica della condotta, a questa riconoscibilmente connessa<sup>793</sup>, ovvero sia come qualità oggettiva che la caratterizza<sup>794</sup>. In questa guisa, l'interesse dovrebbe essere accertato attraverso i criteri tipici del tentativo *ex art. 56 c.p.*, quali l'idoneità e la univocità, purché rapportati al risultato favorevole per l'ente<sup>795</sup>.

Altrimenti opinando, se si tratta di reati dolosi, si giungerebbe ad ampliare lo spettro del dolo oltre la fattispecie tipizzata dalla norma che prevede il reato presupposto<sup>796</sup>; per di più, in presenza di reati colposi, si dovrebbe escludere ingiustificatamente la responsabilità per i reati commessi con colpa senza previsione dell'evento<sup>797</sup>. Infine, inteso soggettivamente l'interesse, si farebbe dipendere la responsabilità dalla rappresentazione dell'autore del fatto di connessione – la quale potrebbe anche essere

---

<sup>792</sup> C. SANTORIELLO, *Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 1/2008, p. 165 ss.; Id., *I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 3/2008, p. 55 ss.

<sup>793</sup> Così D. PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., p. 425. V. anche G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 476, mutuando la finalità dell'azione descritta autorevolmente da C. PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa*, (nota a *Cass. pen., sez. III, 25 ottobre 1949, Continenza*), in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, p. 259 ss, che richiama non quella figurata dall'agente, bensì «quella che le assegnerebbe, nella stessa situazione, un cittadino avveduto» (p. 261). Per la natura oggettiva, v. anche G. COCCO, *L'illecito*, cit., p. 95 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 160; F. GIUNTA, *Attività*, cit., p. 7; Id., *La punizione*, cit., p. 40; A. MANNA, *La c.d. responsabilità*, cit., p. 1114; M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, I, cit., p. 862 ss. In giurisprudenza, v.: *Cass.*, sez. II, 5 ottobre 2017, n. 295; *Cass.*, sez. II, 16 giugno 2015, n. 29512; *Cass.*, sez. V, 26 aprile 2012, n. 40380. Peculiare la posizione di *Cass.*, sez. VI, 25 settembre 2018, n. 54640, secondo cui la nozione di interesse ha una «prevalente connotazione soggettiva», ma dovrebbe comunque confrontarsi «con un parametro oggettivo, non rimesso esclusivamente ad intendimenti imperscrutabili dell'agente».

<sup>794</sup> P. IELO, *Lesioni gravi*, cit., p. 60

<sup>795</sup> G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 377-378. Similmente, per l'univocità, A. FIORELLA, *Responsabilità*, cit., p. 5102. V. anche N. SELVAGGI, *Infortuni*, cit., p. 527 ss., che discorre di «concreta realizzabilità dell'interesse collettivo».

Secondo G. AMARELLI, *I criteri*, cit. p. 38, al contrario, ciò dimostrerebbe l'insufficienza del criterio dell'interesse, posto che comunque la valutazione da compiere avrà come referente concettuale il vantaggio.

<sup>796</sup> Così *Ivi*, p. 377

<sup>797</sup> *Ibidem*; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 160

erronea – perché la sua mancata identificazione, che, invece, si ritiene preclusiva di un qualsivoglia accertamento dell'elemento soggettivo, non consentirebbe di verificare la sussistenza dell'interesse<sup>798</sup>.

Tuttavia, si riconosce che in alcuni casi la condotta può presentarsi equivoca (per es. false comunicazioni sociali)<sup>799</sup>, là dove l'unica possibilità per svelare la ricorrenza dell'interesse dell'ente sarebbe quella di ricostruire l'elemento soggettivo della persona fisica, per poi valutarne l'idoneità concreta<sup>800-801</sup>.

---

<sup>798</sup> Così G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 377. Si cfr. G. DE VERO, *ult. op. cit.*, p. 160; F. GIUNTA, *Attività*, cit., p. 7; Id., *La punizione*, cit., p. 40; M. PELISSERO, *La responsabilità*, cit., p. 865.

<sup>799</sup> M. FARINA, *I reati societari e la responsabilità delle persone giuridiche*, in *Banca borsa*, 2004, p. 145

<sup>800</sup> G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 378

<sup>801</sup> Una volta introdotto l'art. 25-*speties* nel 2007, si è posto il problema di interpretare i criteri di cui all'art. 5 in maniera tale da adattarli ai reati colposi. Difatti, che un fatto possa essere, contestualmente, non voluto e commesso nell'interesse di qualcuno è apparsa una contraddizione in termini (A. ALESSANDRI, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in N. ABRIANI – G. MEO – G. PRESTI (a cura di), *Società e modello «231»: ma che colpa abbiamo noi?*, in *AGE*, 2009, p. 342). Come si è visto, poi, la lettura in senso soggettivo non sarebbe conciliabile con le ipotesi di colpa priva della componente della previsione.

Secondo un primo orientamento l'unico criterio rilevante sarebbe quello del vantaggio, corrispondente a un risparmio di spesa o di tempi produttivi per l'omessa adozione delle misure cautelari richieste (R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida dir.*, 35/2007, p. 41; si è vista, inoltre, la valorizzazione dell'elemento del vantaggio da parte di G. AMARELLI, *I criteri*, cit., 35 ss.).

Un secondo orientamento distingue tra colpa con previsione, ove l'agente è consapevole del rischio generato dalla inosservanza delle regole cautelari, là dove l'interesse appare configurabile, e senza previsione dell'evento, ove l'unico criterio compatibile sarebbe quello del vantaggio (C. SANTORIELLO, *Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società*, cit., p. 171 ss.). Secondo T. VITARELLI, *Infortunati*, cit., p. 706, questa distinzione sarebbe difficilmente praticabile nella realtà; inoltre, i reati commessi con colpa con previsione sono più rare, specie in materia di sicurezza sul lavoro.

Altra tesi ritiene che sia necessario riformulare in via interpretativa l'art. 5, comma 1, sostituendo il reato come referente concettuale dell'interesse con la condotta che viola la regola prudenziale (D. PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., p. 426; Id., *Responsabilità*, cit., p. 958; Id., *Diritto penale*, cit., p. 570; Id., *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 102, nt. 1). Tesi sostenuta anche dalla giurisprudenza: Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn e altri*; Cass., sez. IV, 17 dicembre 2015, n. 2544; Trib. Trani, sez. distaccata di Molfetta, 11 gennaio 2010, *Truck Center e altri*; Trib. Milano, G.i.p. Salemme, ord. 8 marzo 2012. Secondo questa prospettiva sussiste l'interesse quando la persona fisica, sebbene nella contro-volontà dell'evento morte o lesioni, ha consapevolmente agito allo scopo di conseguire un'utilità per la persona giuridica (per es. la condotta è finalizzata al conseguimento di un risparmio di spesa). Ricorre un vantaggio per l'ente quando chi ha agito per suo conto, ha violato sistematicamente le norme prevenzionistiche, pur non volendo l'evento morte o lesioni, così realizzando una politica d'impresa trascurante del profilo della sicurezza sui luoghi di lavoro per consentire la massimizzazione del profitto per tramite del contenimento dei costi necessari.

In senso analogo si muove chi riferisce l'interesse o il vantaggio all'attività nel cui ambito la stessa viene posta in essere. Qui l'interesse risiede nello svolgimento di attività istituzionali e, dunque, si configura in via mediata, in quanto l'illecito è commesso nel contesto di quell'attività che persegue l'interesse dell'ente (G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 280; analogamente O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit.,

### 3.2.2. *La posizione qualificata dell'autore del fatto di connessione: cenni.*

L'autore del reato deve rivestire una posizione qualificata, apicale ovvero immediatamente subordinata alla prima; *tertium non datur*, poiché, in assenza di questo legame soggettivo, si darebbe la stura a una responsabilità per fatto altrui, in contrasto con l'art. 27, comma 1 Cost.<sup>802</sup>.

In primo luogo, nella categoria dei soggetti apicali rientrano gli amministratori<sup>803</sup> e coloro che svolgono funzioni di direzione, totale o parziale, dell'ente, come i direttori generali – che non sono organi, ma, al più, dipendenti della società – i cui poteri di gestione derivano dal contratto di lavoro e che sono sottoposti alle direttive del consiglio di amministrazione, ma che comunque spesso rivestono un ruolo operativo importante, specie nelle imprese medio-grandi<sup>804</sup>.

Altra funzione menzionata è quella di rappresentanza, da intendersi in chiave organica, poiché la figura del rappresentante volontario potrebbe rientrare fra le figure “para-apicali”, così, però, venendo fagocitate da quelle di amministrazione<sup>805-806</sup>.

---

p. 74. V. anche C. PIERGALLINI, *Persone giuridiche (responsabilità da reato delle)*, in F. GIUNTA (a cura di), *Dizionario sistematico di Diritto penale*, Milano, 2008, p. 112; discorre di attività compiuta in coerenza con gli obiettivi istituzionali e nell'ambito del mandato conferitogli dall'ente, M. RIVERDITI, *La responsabilità*, cit., p. 189). Nel senso che queste due ultime letture darebbe luogo a un'analogia *in malam partem*, G. AMARELLI, *Morti sul lavoro: arriva la prima condanna per le società (commento a Trib. Trani, sez. dist. di Molfetta, 11 gennaio 2010, Truck Center e altri)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 851 ss.; Id., *I criteri*, cit. p. 15-16; G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 386 ss., il quale auspica un intervento del legislatore in senso coerente con le interpretazioni avversate (p. 389-390). Sul tema, si v. S. DOVERE, *Interesse e vantaggio nei reati colposi. Soluzioni e criticità nel formante giurisprudenziale*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 290 ss.

<sup>802</sup> Si cfr. G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 149

<sup>803</sup> Gli unici che, a rigore, meriterebbero l'appellativo di soggetti apicali, secondo quanto rileva G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 363.

<sup>804</sup> *Ivi*, p. 364

<sup>805</sup> *Ivi*, p. 365; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 151; O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 58; *contra* N. PISANI, *Struttura dell'illecito e criteri di imputazione*, in A. D'AVIRRO – A. DI AMATO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2009, p. 77 ss.

<sup>806</sup> Non vi rientrano, invece, le funzioni di controllo proprie dei sindaci: C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 332; O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 60; A. FIORELLA, *Responsabilità*, cit., p. 5103; M. PELISSERO, *La responsabilità*, cit., p. 862. In senso critico verso la soluzione legislativa G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 154.

Accanto a questi, poi, si pongono coloro che esercitano, anche di fatto e cumulativamente<sup>807</sup>, la gestione e il dominio dell'impresa<sup>808</sup>, con conseguente comprensione del c.d. socio tiranno<sup>809</sup>.

La seconda categoria soggettiva è quella delle persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui sopra, sempre che venga in rilievo un'attività destinata a riversarsi nella sfera giuridica dell'ente<sup>810</sup>.

Mentre per la prima categoria è agevole rinvenire l'immediata imputazione del fatto all'ente sulla scorta del nesso di immedesimazione organica, per la seconda ciò appare più arduo<sup>811</sup>. Per tale ragione il legislatore ha richiesto l'ulteriore presupposto della inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza (art. 7, comma 1, d.lgs. 231 del 2001)<sup>812</sup>.

Pur non essendo necessario che tra l'ente e l'autore del fatto intercorra un rapporto di lavoro subordinato, occorre pur sempre la sottoposizione alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti in posizione apicale indicati nella lettera a) dell'art. 5<sup>813</sup>.

L'inquadramento nell'una o nell'altra categoria incide sui criteri soggettivi di imputazione, corrispondenti, per comune acquisizione, alla c.d. colpa

---

<sup>807</sup> M. PELISSERO, *La responsabilità*, cit., p. 863

<sup>808</sup> Quindi, esclusi anche in questo caso i sindaci: cfr. *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., § 3.2.

<sup>809</sup> G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 367

<sup>810</sup> Così, testualmente, la *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., § 3.2.

<sup>811</sup> G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 368

<sup>812</sup> *Ibidem*

<sup>813</sup> *Ibidem*

d'organizzazione<sup>814</sup>, diversamente articolata ai sensi degli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231 del 2001<sup>815-816</sup>.

### 3.2.3. *La responsabilità dell'ente al cospetto del principio di colpevolezza.*

Attraverso la previsione dell'accertamento della colpa d'organizzazione la strutturazione della fattispecie di responsabilità si presenta in linea con la versione massimizzata e moderna del principio di personalità della responsabilità penale<sup>817</sup>. Il rimprovero riguarda una carenza riferibile alla persona giuridica, in maniera del tutto

---

<sup>814</sup> In effetti, il dato normativo non si esprime mai in termini di colpevolezza dell'ente, a differenza dell'art. 102, comma 2 c.p. svizzero, che richiama la "rimproverabilità". Nondimeno, si riconosce in dottrina che il riferimento all'adozione ed efficace attuazione dei modelli organizzativi costituisca l'elemento soggettivo della responsabilità dell'ente. In questo senso depongono anche gli artt. 11, comma 1 e 13, comma 1, lett. a), che, rispettivamente, discorrono di "grado di responsabilità" e di "gravi carenze organizzative". Anche la *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., § 3.3, utilizza l'espressione "colpa d'organizzazione". Sul punto, v. G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 391 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 85; M. PELISSERO, *La responsabilità*, cit., p. 866 ss.; N. PISANI, *Struttura*, cit., p. 121 ss. In senso difforme, si è rilevato che non si tratterebbe di vera colpa se il reato è commesso dal vertice dell'impresa, poiché il dolo dell'autore svelerebbe la politica societaria (si cfr. T. PADOVANI, *Il nome dei principi*, cit., p. 18 ss.). A ciò si è obiettato, però, che, secondo l'art. 6, l'impresa può provare la propria dissociazione dalla condotta dei soggetti apicali (C.E. PALIERO, *La società punita*, cit., p. 1543 ss.; Id., *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2/2018, p. 194 ss.). In questo senso depone il comma 1, lett. c), là dove esclude la responsabilità per i casi di elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione e gestione ad opera del soggetto apicale, poiché indicativo di un contrasto tra la sua volontà e l'atteggiamento della collettività (A. FIORELLA, *Le strutture*, cit., p. 664, che aggiunge come sia implicitamente riconosciuta una "capacità di volere" in capo all'ente dalla previsione della desistenza volontaria e del recesso attivo *ex art. 26*; in senso analogo M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 48). In senso conforme, Cass., sez. IV, 15 febbraio 2022, n. 18413; Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401; Cass., sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735.

<sup>815</sup> Ma ciò non toglie che si esiga per entrambe le ipotesi una colpa d'organizzazione: cfr. O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 81.

<sup>816</sup> Si discute se la delega di funzioni debba ricondursi all'una o all'altra categoria, posto che il delegato può esercitare funzioni tipiche di un soggetto "apicale", ma, al contempo, resta destinatario della sorveglianza del delegante. Buona parte della dottrina ritiene debba farsi riferimento alla natura delle funzioni delegate (G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 370; N. PISANI, *Struttura*, cit., p. 88; T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, Milano, 2008, p. 164). Ma non manca chi inquadra sempre il delegato fra i soggetti sottoposti all'altrui vigilanza (C. BRUSCO, *La delega di funzioni alla luce del d.lg. n. 81 del 2008*, in *Giur. merito*, 2008, p. 2769).

<sup>817</sup> Ciò soprattutto se si aderisce alla tesi della natura penale o para-penale della responsabilità, stante l'applicazione dell'art. 27, comma 1 Cost.

autonoma rispetto al comportamento dell'autore materiale, così ripudiandosi il modello della responsabilità *par ricochet*<sup>818</sup>.

Che si tratti di vera e propria colpevolezza, pur in assenza di una terminologia inequivoca della legge in tal senso, è dimostrato sistematicamente dalle disposizioni che evocano un gradualismo del rimprovero verso l'ente (artt. 11, comma 1 e 13, comma 1, lett. a) e dalla possibilità di dissociazione del proprio atteggiamento dal volere dei soggetti apicali<sup>819</sup>, come accade nel caso dell'elusione fraudolenta (art. 6, comma 1 lett. c)<sup>820</sup>.

Peraltro, che all'ente venga riconosciuta una "capacità volitiva" è evincibile anche dalla disciplina del tentativo, là dove è prevista una disciplina premiale – unica ipotesi di non punibilità – per la desistenza volontaria o il recesso attivo (art. 26, comma 2)<sup>821</sup>.

---

<sup>818</sup> Diversamente, come visto, le evoluzioni più recenti dei sistemi angloamericani hanno predisposto dei meccanismi fondati sul rimprovero all'ente delle proprie carenze organizzative.

<sup>819</sup> In effetti, il dato normativo non si esprime mai in termini di colpevolezza dell'ente, a differenza dell'art. 102, comma 2 c.p. svizzero, che richiama la "rimproverabilità" dello stesso. Nondimeno, si riconosce in dottrina che il riferimento all'adozione ed efficace attuazione dei modelli organizzativi costituisca l'elemento soggettivo della responsabilità dell'ente. Anche la *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., § 3.3, utilizza l'espressione "colpa d'organizzazione". Sul punto, v. G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 391 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 85; M. PELISSERO, *La responsabilità*, cit., p. 866 ss.; N. PISANI, *Struttura*, cit., p. 121 ss. In senso difforme, si è rilevato che non si tratterebbe di vera colpa se il reato è commesso dal vertice dell'impresa, poiché il dolo dell'autore svelerebbe la politica societaria (si cfr. T. PADOVANI, *Il nome dei principi*, cit., p. 18 ss.). A ciò si è obiettato, però, che, secondo l'art. 6, l'impresa può provare la propria dissociazione dalla condotta dei soggetti apicali (C.E. PALIERO, *La società punita*, cit., p. 1543 ss.; Id., *La colpa di organizzazione*, cit., p. 194 ss.). In senso conforme, Cass., sez. IV, 15 febbraio 2022, n. 18413; Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401; Cass., sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735.

<sup>820</sup> Su tale istituto, si v. A.F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013, *passim*; nonché, Id., *L'elusione fraudolenta del modello. Ruolo e gestione ermeneutica del controverso inciso a venti anni dalla sua comparsa*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 230 ss.

<sup>821</sup> A. FIORELLA, *Le strutture*, cit., p. 664; in senso analogo M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 48.



### 3.2.3.1. *Dal superamento del dogma incapacitante all'apertura della "caccia alla colpevolezza" dell'ente.*

Con l'opzione per la punizione di un ente che risulti colpevole per l'illecito il legislatore italiano si colloca sulla scia dei vari ordinamenti giuridici che in epoca moderna hanno maturato la concezione di un ente capace di esprimere una colpevolezza e di farlo in termini essenzialmente propri e autonomi rispetto alla persona fisica.

La prima obiezione storica che è stato necessario superare è quella secondo cui l'ente, a differenza della persona fisica, non sarebbe in grado di agire colpevolmente e, pertanto, non potrebbe essere destinatario di un rimprovero<sup>822</sup>. Nelle *corporations* non si ravvisano l'autocoscienza e la competenza comunicativa tipica delle persone fisiche, non reputandosi sufficiente un complesso di regole interne sulla base delle quali esse esistono e operano, perché ne indicano una condizione di mera passività<sup>823</sup>. Come si è visto, questo dogma ha rappresentato anche la ragione dei dubbi di costituzionalità che hanno attanagliato il legislatore nel tempo nel ragionare della introduzione di una responsabilità autenticamente penale delle persone giuridiche, con l'ostacolo del principio personalistico nella sua accezione più lata<sup>824</sup>. Se non c'è crimine e non c'è pena in assenza di colpa, allora la società non può delinquere e non può essere punita<sup>825</sup>.

L'inibizione concettuale fondata sulla difficoltà di ragionare per l'ente in un'ottica psicologica, alla stessa stregua della persona fisica, viene meno – quantomeno a un primo sguardo – con l'adesione a una concezione normativa della colpevolezza, legata,

---

<sup>822</sup> Per i vari riferimenti alla dottrina d'oltralpe, si rinvia a G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 177-179

<sup>823</sup> Così, in tempi più recenti, G. JAKOBS, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, in C. PRITTWITZ – M. BAURMANN – K. GÜNTHER – L. KUHLLEN – R. MERKEL – C. NESTLER – L. SCHULZ (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden Baden, 2002, p. 570 ss.

<sup>824</sup> M. ROMANO, *Societas*, cit., p. 1036

<sup>825</sup> Nel senso che il *societas delinquere non potest* fosse manifestazione del *nullum crimen, nulla poena sine culpa*: E. HAFTER, *Lehrbuch*, cit., p. 72

primariamente, alla contrapposizione ordinamentale dell'atteggiamento del responsabile, sulla quale si basa il rimprovero mosso nei suoi riguardi<sup>826</sup>.

Il secondo passaggio fondamentale è stato quello di discernere la posizione dell'ente dalla condizione soggettiva dell'autore materiale del fatto di connessione, abbandonando l'equivoco di poter svolgere pianamente un rimprovero di riflesso per identificazione. In questo senso, a partire dagli anni '80 molti ordinamenti giuridici hanno avvertito sempre più la necessità di concepire la società come soggetto aggregato in sé e per sé e quindi autonomo nelle scelte operative rispetto all'individuo che ne fa parte<sup>827</sup>. Soggetto distinto, che è in grado di separarsi dalla persona fisica non solo patrimonialmente, bensì anche e soprattutto con le proprie iniziative; un'entità sulla quale

---

<sup>826</sup> In questo senso la *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., § 1.1. Conformemente, O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 31

<sup>827</sup> Quest'esigenza è stata avvertita dagli ordinamenti tanto di tradizione anglosassone quanto continentale a partire dagli anni '80. Per il sistema statunitense, si è già visto come il confronto scientifico abbia stimolato il riconoscimento legale di una colpa d'organizzazione. Sul punto, si rinvia a C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 30 ss. Nell'ordinamento tedesco sono stati notevoli gli sforzi del formante dottrinale per superare l'obiezione della incapacità di colpevolezza dell'ente. Se inizialmente si è tentato di battere la via apparentemente più agevole della colpevolezza derivata, sulla scia della immedesimazione organica (tra gli altri, A. HAEUSERMANN, *Der Verband als Straftäter und Strafprozeßsubjekt*, Freiburg i.Br., 2003, p. 151 ss.), a partire dagli anni '80 si assisterà all'elaborazione di una colpevolezza autonoma dell'ente, con il contributo di K. TIEDEMANN, *Die «Beußung» von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *NJW*, 1988, p. 1169 ss. Per questi riferimenti e per un esame approfondito delle diverse concezioni di colpevolezza dell'ente nella dottrina tedesca, si rinvia a G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 180 ss. e 183 ss.

va concentrata esclusivamente l'attenzione del sistema penale anche nella valutazione sulla ricorrenza di un proprio comportamento colpevole<sup>828-829</sup>.

---

<sup>828</sup> Nonostante la legislazione tedesca, rappresentata dal § 30 OWIG, si presenti più indietro rispetto ad altri Paesi sul terreno della responsabilità degli enti, ciò non ha costituito un freno per gli sviluppi della speculazione scientifica, che ha prodotto diverse teorizzazioni proprio in tema di colpevolezza delle persone giuridiche.

In disparte quanto rilevato nella nota precedente sulla colpevolezza accessoria o derivata, il primo tentativo di ricognizione di colpevolezza autonoma della persona giuridica è stato offerto proprio dalla teoria della colpevolezza d'organizzazione di K. TIEDEMANN (*Die «Bebußung»*, cit. p. 1169 ss.). Questi, partendo dallo spunto offerto dall'eliminazione del carattere "accessorio" della sanzione comminata dal § 30 OWIG, avvenuta nel 1986, ha applicato la concezione sociale e normativa in senso ampio di colpevolezza – che rappresentava il punto di arrivo più recente della dogmatica in materia – all'ente (p. 1172). Il rimprovero sarebbe mosso alla società per l'omessa adozione dei meccanismi necessari ad assicurare una corretta e sana gestione degli affari; dunque, questo si giustificerebbe in ragione dell'essersi posto l'ente in una condizione di difetto organizzativo che ha determinato la commissione del reato. Sul piano dogmatico, lo stesso A. ha associato l'atteggiamento dell'ente alla 'precolpevolezza', seguendo lo schema dell'*actio libera in causa* (p. 1172-1173).

In senso critico, si è rilevato che una siffatta ricostruzione rischia di dare adito a forme di responsabilità oggettiva "mascherata", giacché, intendendo il reato come sintomo della carenza organizzativa, potrebbe giungersi all'affermazione di una colpevolezza *in re ipsa*, peraltro costruita come profilo attinente più alla tipicità, senza possibilità di prova dell'assenza di colpa (V. MILITELLO, *La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, p. 110; Id., *Prospettive limiti di una responsabilità della persona giuridica nel sistema penale italiano*, in *St. juris*, 2000, p. 784; C.E. PALIERO – C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 3/2006, p. 171-172). Viene criticato anche il richiamo della 'precolpevolezza', poiché, si è osservato, ciò postulerebbe un «sindacato sull'adeguatezza della "condotta di vita" imprenditoriale progressa, difficilmente conciliabile con lo stesso principio di tassatività» (C.E. PALIERO – C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 178). Inoltre, viene ideato un collegamento surrettizio tra la norma penale e la regola cautelare che sta alla base della colpa d'organizzazione, la quale è, in realtà, una norma diversa (B. SCHÜNEMANN, *Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?*, in U. SIEBER – G. DANNECKER – U. KINDHÄUSER – J. VOGEL – T. WALTER (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht (Festschrift für Tiedemann)*, Köln-München, 2008, p. 437), oltre a essere dotata di natura procedimentale, alla quale, pertanto, non può che essere riconosciuta, al più, una funzione (non cautelare, ma) cautelativa (C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lgs 231/2001)*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, p. 2100).

Nonostante le diverse critiche a una teoria che è apparsa poco in linea con la colpevolezza in senso penalistico (E. VILLANI, *Alle radici del concetto di colpa di organizzazione nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli, 2016, p. 82), tale impostazione è stata recepita in diversi ordinamenti (G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 190), compreso quello dell'Unione Europea. Difatti, la Corte di Giustizia vi ha fatto riferimento in materia di sanzioni amministrative destinate alle persone giuridiche, posto che i regolamenti 2988/1995 e 1/2003 hanno richiesto, ai fini della loro irrogazione, quantomeno la "negligenza" (si rinvia a E. VILLANI, *Alle radici*, cit., p. 102, nt. 229; per un'analisi della disciplina sanzionatoria unionale e della relativa giurisprudenza, nonché per la necessaria "personalizzazione" della responsabilità, v. A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 110 ss.).

Mentre K. TIEDEMANN si è mosso in una prospettiva *de lege lata*, altra parte della dottrina d'oltralpe ha ricercato delle soluzioni *de lege ferenda*.

Primo fra questi è stato un allievo dell'A. cit., E. MÜLLER, che ha sviluppato la concezione sociale della colpevolezza con riguardo all'ente, ritenendolo rimproverabile per non essere stato all'altezza delle aspettative sociali di comportamento, alla luce della violazione dell'obbligo di predisporre un sistema di controllo idoneo a prevenire la commissione del reato (*Die Stellung der juristischen person in Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln, 1985). Nell'idea dell'A. resta ferma la possibilità di provare di avere

---

assolto a tale obbligo; pertanto, la colpa d'organizzazione appare presunta *iuris tantum* (e in ciò emergerebbe la differenza con la teoria del proprio maestro: G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 192, nt. 394).

Tuttavia, si è osservato che detta impostazione sovrappone due situazioni che dovrebbero rimanere distinte, quali la lesione del bene giuridico attinente al reato e la violazione dell'obbligo di controllo, cosicché la colpa d'organizzazione fungerebbe tanto da criterio di imputazione obiettivo quanto momento responsabilizzante in via autonoma l'ente (*Ibidem*).

Altra visione è quella della colpevolezza funzionale di G. JAKOBS (*Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976), secondo la quale, muovendo dalla teoria dei sistemi di N. LUHMANN (*Sociologia del diritto*, Roma-Bari, 1977), la colpevolezza sia un sottosistema che deriva dalla prevenzione generale e, pertanto, deve servire a tali finalità ordinamentali. Partendo da tali premesse, si esclude ogni differenza tra l'agire della persona fisica e della persona giuridica, in quanto, ai fini dell'azione tipica, interessa solamente verificare l'esistenza di un sistema e delle sue proiezioni esterne. In entrambi i casi ci si trova in presenza di comportamenti sistemici, valutabili dal diritto penale. Analogamente deve dirsi per la colpevolezza, in quanto tanto nell'una quanto nell'altra ipotesi la valutazione deve compiersi in base alle esigenze della prevenzione generale positiva. La persona giuridica, però, potrebbe valersi di scusanti per distinguere la propria condizione da quella della persona fisica, come nel caso di organo a essa imposto, poiché, pur rimanendo proprie le azioni compiute, non sarebbero ascrivibili a caratteristiche proprie della stessa (per altri riferimenti alla teoria di LUHMANN e a quella di JAKOBS, si rinvia a C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 365 ss., e G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 193 ss.).

Tale A. ha abbandonato in seguito tale orientamento, aderendo, anzi, a monte, all'idea della incapacità di agire delle persone giuridiche, prospettando l'applicazione di sanzioni legate alla loro pericolosità (G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 206, nt. 480). Al di là della sua rinnegazione da parte del proprio fautore, la tesi è stata criticata per i vizi di fondo che presenta per entrambi i soggetti, persone fisiche (G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, cit., p. 861-862) ed enti, posto che la colpevolezza perderebbe il proprio significato di argine alla prevenzione generale (G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 196).

Un ulteriore angolo visuale è quello offerto da E.-J. LAMPE e dal suo illecito di sistema (*Systemunrecht un Unrechtsysteme*, cit., p. 683 ss.). Rinviando per la descrizione della teorica in esame a quanto detto sopra, ci si sofferma in questa sede sui profili inerenti alla colpevolezza per il carattere dell'ente. In realtà, secondo lo stesso A., un problema di colpevolezza non si dovrebbe neppure porre, atteso che l'illecito consiste in una filosofia criminogena o in un'organizzazione difettosa e la colpevolezza coincide con una scorrettezza per un "cattivo carattere". Se per quest'ultima non è ammessa prova liberatoria per alcuno, ciò varrebbe anche per le persone giuridiche.

Da un lato, la teoria di Lampe ha avuto il merito di aver disegnato una fattispecie di responsabilità su misura dell'ente collettivo; dall'altro, tuttavia, si è avanzata ancora una volta una concezione sociale della colpevolezza senza approfondire i profili che avrebbero consentito una vera propria ascrizione personale del fatto all'ente (così, E. VILLANI, *Alle radici del concetto di "colpa di organizzazione"*, cit. p. 91). Questa teoria non va confusa con la *character theory* statunitense, che all'interno dell'indirizzo della *Rehabilitation*, promuove una funzione specialpreventiva della pena per gli enti.

Infine, viene in considerazione la teoria di G. HEINE del "dominio di organizzazione funzional-sistemica", alla quale si è già accennato sopra (*Die strafrechtliche*, cit.). Si è visto come la responsabilità dell'ente si fondi sul difetto nella gestione del rischio – condizione necessaria – sulla concretizzazione del rischio tipico d'impresa – da intendersi come condizione obiettiva di punibilità – e sul nesso di imputazione fra queste due condizioni. Quest'ultimo risponde a un adeguamento per l'ente della teoria dell'aumento del rischio. In particolare, si ritiene che vadano formulate delle regole tese alla prevenzione del rischio d'impresa, come obblighi di organizzazione, in orizzontale, e obblighi di delega di funzione e di controllo, in verticale, i quali si determinano in base alla concreta organizzazione dell'impresa. La loro violazione sta alla base del rimprovero mosso all'ente (p. 293). Inoltre, può venire in considerazione una colpevolezza per la gestione dell'impresa, con "responsabilità globale" della stessa, sulla base di un'inosservanza protrattasi nel tempo (p. 265). Sul piano processuale, posto che l'ente è titolare delle informazioni relative alla gestione del rischio, sarà questi a dover provare di aver operato in maniera tale da contenerlo quanto più possibile (p. 310).

Secondo taluno la cronologia della colpevolezza per la gestione dell'impresa proietta l'immagine di una responsabilità per un modo d'essere. In senso contrario, però, si è osservato che, per quanto in tale

---

teoria il fatto di connessione diventi evanescente, la persona giuridica non risponderebbe per una condotta di vita (ciò che sembra rifarsi alla *Täterschuld* elaborata negli anni '40 nella Germania nazionalsocialista), bensì per un fatto proprio, protrattosi nel tempo (per entrambe le visioni, si v. G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 197). Questo modello di rimprovero è stato seguito dal codice svizzero, il quale, dopo la riforma del 2003, distingue tra responsabilità per carente organizzazione, riguardante tutti i reati, e responsabilità per mancata adozione di tutte le misure necessarie ed esigibili, circoscritta ad alcune ipotesi criminose. Anche il progetto del *Nordrhein-Westfalen* per l'introduzione di un codice penale dell'ente è parso ispirarsi all'impostazione di G. Heine (E. VILLANI, *Alle radici del concetto di "colpa di organizzazione"*, cit., p. 96).

Per la denominazione di queste posizioni come "metaforiche", così definite perché tendenti a disegnare la colpevolezza dell'ente «*a immagine e somiglianza' del rimprovero tipico mosso in sede penale alla persona fisica*», si v. C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 186. L'A. contrappone tali ricostruzioni a quelle "analogiche", che spingono per l'adattamento alle peculiarità della persona giuridica delle categorie di imputazione tipiche delle persone fisiche (p. 187), evocando il concorso di persone nel reato, il reato omissivo improprio ovvero l'autoria mediata.

<sup>829</sup> I sostenitori dell'idea dell'incapacità di colpevolezza da parte dell'ente hanno criticato le costruzioni giuridiche che si sono mosse in direzione contraria, ritenendo tali sforzi inutili e comunque sfocianti in forme di responsabilità di riflesso e non realmente colpevole (E. VILLANI, *op. cit.*, p. 77). Pertanto, si è tentato di individuare delle soluzioni alternative per legittimare il ricorso alle sanzioni nei confronti della criminalità corporativa.

L'impostazione più risalente è quella che rinviene lo strumento più idoneo nelle misure di sicurezza, atteso che le medesime non presuppongono un giudizio di riprovazione, non essendo orientate al passato, bensì al futuro e, in particolare, pur nel rispetto del principio di proporzionalità, al raggiungimento di scopi preventivi della pericolosità sociale (per approfondimenti, si rinvia a G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 205; v. anche G. MARINUCCI, *Societas*, cit., p. 1203). Muovendo dalla premessa della rischiosità anche criminale intrinseca all'attività d'impresa, F. EXNER fu il primo a promuovere il ricorso a misure quali la dissoluzione, la revoca dei provvedimenti concessori o autorizzatori o ancora strumenti di carattere reale, come la confisca (*Die Theorie der Sicherungsmitteln*, Abhandlungen des Kriminologischen Instituts an der Universität Berlin, 1914, p. 53). Anche il "secondo" E. HAFTER, dopo aver abiurato circa il riconoscimento di una capacità di azione e di colpevolezza delle persone giuridiche, ammetterà il solo ricorso alle misure di sicurezza (*Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts*, AT, Berlin, 1926, p. 64-65). Questa visione ha avuto una larga diffusione alla fine degli anni '50 e ha continuato a dimostrarla anche in tempi più recenti (G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 206; si v. anche la teorica di G. JAKOBS, esposta nella nota precedente), alle volte venendo portata all'estremo, come nella ricostruzione di G. STRATENWERTH, secondo il quale l'ente non è una persona in senso stretto e, quindi, potrebbe essere strumentalizzata a fini di prevenzione generale (*Strafrechtliche Unternehmenshaftung?*, in K. GEPPERT – J. BOHNERT – R. RENGIER (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70 Geburtstag*, Tübingen, 1992, p. 304 ss.). Anche la dottrina italiana negli anni '70 del secolo scorso ha prospettato tale approccio risolutivo della tematica, con le autorevoli voci di F. BRICOLA e F.C. PALAZZO. Secondo Bricola, pur potendosi ammettere una capacità d'azione per le persone giuridiche, l'ostacolo dell'art. 27, comma 1 Cost. appare ostativo all'introduzione di una responsabilità autenticamente penale delle stesse, poiché non è possibile, sulla base della teoria organicistica, «*inventare per la società i presupposti su cui si fonda il giudizio di colpevolezza (o di rimproverabilità)*» (*Il costo*, cit., p. 3040). Diversamente, è apparsa percorribile la via delle misure di sicurezza, considerando il difetto organizzativo quale manifestazione della pericolosità oggettiva dell'impresa, nel senso di intendere la persona giuridica non come soggetto, bensì come oggetto pericoloso a disposizione delle persone fisiche (p. 3044). Ne consegue che la misura sarà applicata onde scongiurare che l'ente possa essere impiegato in futuro per il compimento di attività criminose. Parzialmente differente l'impostazione di Palazzo, il quale, pur ammettendo la configurabilità di una reale volontà in capo all'ente nonché il dovere del diritto penale di approntare una risposta efficace verso tali forme di delinquenza, ritiene difficilmente superabili le obiezioni in merito alla natura delle sanzioni (*Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, cit., p. 439 ss.). Secondo l'illustre A., non solo le misure di sicurezza non avrebbero trovato gli stessi stringenti limiti costituzionali della pena, ma avrebbero trovato addirittura legittimazione nell'art. 41, commi 2-3 Cost., quali strumenti volti a evitare che l'attività

La “caccia alla colpevolezza”<sup>830</sup> dell’ente ha stimolato poi l’elaborazione di diverse “forme di manifestazione” della stessa<sup>831</sup>, plasmate sui vari stadi patologici della gestione societaria<sup>832</sup>. In particolare, si sono formulate diverse concezioni di colpevolezza: derivante dalle scelte d’impresa; intesa come cultura d’impresa; quella di organizzazione; quella di reazione<sup>833</sup>.

La colpevolezza derivante dalle scelte d’impresa si identifica con una politica societaria di tipo criminale, in cui l’apparato interno, con abuso delle proprie prerogative, agisce direttamente in maniera criminale o comunque contribuisce, anche attraverso la propria tolleranza, alla commissione di reati, condizione gestoria che accresce la possibilità di fenomeni criminali interni.

---

d’impresa collidesse con altri valori fondamentali e per coordinarla al perseguimento di fini sociali (p. 440-441).

Tornando alla dottrina d’oltralpe, altra proposta che muove dalla premessa della inconsistenza teorica dei vari criteri di ascrizione è quella avanzata da B. SCHÜNEMANN, il quale legittima il ricorso alla sanzione in un primo momento sulla scorta dello “stato di necessità per i beni giuridici” e successivamente sulla base del “principio di causazione”. Per quanto concerne la prima base giustificativa, mutuata dall’omonimo istituto, l’A. ritiene possibile il ricorso alla sanzione penale allorquando siano state riscontrate l’impossibilità di accertare la responsabilità del singolo autore e la sussistenza di un difetto organizzativo che abbia agevolato il reato o comunque che ne abbia ostacolato la dimostrazione. In presenza di tali presupposti, per soddisfare le istanze di prevenzione, sarà possibile ricorrere a sanzioni assimilabili alle misure di sicurezza (*Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln-Berlin-BonnMünchen, 1979, p. 235 ss.). In seguito l’A. fonderà la responsabilità sull’attitudine criminale dell’impresa, alla quale reagire in via primaria, senza la condizione negativa della mancata individuazione del responsabile, e qualora l’illecito venga commesso nell’interesse dell’ente e siano state ravvisate delle carenze delle misure volte al suo impedimento (*Ist eine direkte strafrechtliche Haftung von Wirtschaftsunternehmen zulässig und erforderlich?*, in The Taiwan/ROC Chapter, International Association of Criminal Law (ed.), *International Conference on Environmental Criminal Law*, 1992, p. 464; Id., *Der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht*, in Id. – C. SUÁREZ GONZÁLEZ (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts (Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann)*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1994, p. 287). Sennonché, questa commistione fra funzioni generalpreventive e specialpreventive finisce per generare un’ibridazione fra pene e misure di sicurezza che non sembra possa prescindere dal principio di colpevolezza, perché se ne possa giustificare l’applicazione (G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 215).

<sup>830</sup> Per dirla à la C.E. PALIERO (*La colpa di organizzazione*, cit., p. 182).

<sup>831</sup> G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 182

<sup>832</sup> Così C. DE MAGLIE, *L’etica*, cit., p. 356

<sup>833</sup> *Ivi*, p. 355 ss. V. anche O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 68 ss.; G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 182 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 58 ss. È stato sottolineato che tali costruzioni enfatizzano l’atteggiamento complessivo dell’ente, ma finendo per tenere conto del solo ‘modo di essere’ dell’ente o addirittura della sua pericolosità generica: A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall’«utile» al «giusto»*, p. 198 ss.

L'idea di colpevolezza come cultura d'impresa – presa a modello dal *Criminal Code Act* australiano del 2001 – richiama la sussistenza inveterata, ed eventualmente mascherata, di un atteggiamento “ambientale” deviante.

Diversamente, quella della colpa d'organizzazione è una concezione che trae l'abbrivio dal disconoscimento in capo ai singoli individui di una capacità di controllo totale degli assetti societari più complessi<sup>834</sup> e dal riconoscimento, al contrario, in capo alla collettività strutturata della dominabilità, attraverso un'organizzazione adeguata, dei rischi criminali tipici dell'attività svolta. L'aspetto centrale di tale teorizzazione risiede nell'ambivalenza dell'aspetto organizzativo, che funge da elemento in grado di prevenire la commissione di illeciti e, al contempo, idoneo a fondare un rimprovero dell'ente per il mancato sfruttamento delle proprie potenzialità contenitive in tal senso.

L'ultima impostazione è quella della colpevolezza da reazione – da taluno ritenuta una sottospecie della colpa d'organizzazione<sup>835</sup> – che tiene conto dell'atteggiamento dell'ente posteriore al reato<sup>836</sup>. Nella specie, si deve verificare se la persona giuridica risponde alla commissione del reato attraverso la correzione delle carenze di neutralizzazione delle vicende criminali interne.

Tra quelli sin qui descritti, il modello opzionato dal combinato disposto degli artt. 6-7 d.lgs. n. 231 del 2001, come la maggior parte dei principali ordinamenti moderni, è quello di una forma peculiare di colpevolezza d'organizzazione, fortemente incentrata sul contenuto e sulle modalità di attuazione dei modelli adottati anteriormente alla commissione del reato<sup>837</sup>. In ciò il legislatore si è spinto oltre quanto indicato dalla legge delega, concretizzando quanto più possibile il richiamo generico ivi contenuto al “dovere

---

<sup>834</sup> C.E. PALIERO – C. PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione*, cit., p. 168

<sup>835</sup> G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 60, nt. 71

<sup>836</sup> Tesi elaborata da B. FISSE e J. BRAITHWAITE (*Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge University Press, 1993).

<sup>837</sup> Nel senso di un'ipotesi di “colpevolezza per scelte di politica d'impresa” per il fatto commesso da soggetti apicali: C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 333; F. GIUNTA, *Attività*, cit., p. 10

di vigilanza” con un meccanismo di rimprovero mutuato dall’ordinamento statunitense, ancorché inserito in un contesto funzionale parzialmente diverso<sup>838</sup>.

Conformemente alla impostazione di base a cui aderisce l’intervento legislativo, attraverso il ricorso ai *compliance programs* la colpa si presenta come un ‘Giano bifronte’, in cui si concentrano logiche preventive, di implementazione della legalità di impresa<sup>839</sup> e di verifica, in senso garantistico, della colpa societaria, che si presenta «*ipernormativa e oggettivizzata*»<sup>840</sup>, come evidenziato anche nella Relazione governativa<sup>841</sup>.

### **3.2.3.2. La funzione della colpa di organizzazione nella disciplina italiana.**

#### **3.2.3.2.1. Rilevanza della posizione dell’autore del fatto di connessione e onere della prova.**

Tornando al dato positivo degli artt. 6-7, le modalità di imputazione soggettiva dell’illecito all’ente appaiono distintamente costruite a seconda del profilo autoriale del fatto di connessione. Difatti, mentre l’art. 6 esclude tale nesso di appartenenza se l’ente prova di aver adottato, prima della commissione del fatto, modelli idonei a prevenire reati della stessa specie, l’art. 7, ai fini della responsabilità, esige che il Pubblico Ministero dimostri che la commissione del fatto è stata resa possibile dalla violazione degli obblighi di direzione o vigilanza.

---

<sup>838</sup> Si è visto che negli U.S.A. l’adozione e concreta attuazione dei *compliance programs* rileva ai fini della determinazione del trattamento punitivo, e non anche sul piano dell’esclusione del rimprovero. Sul punto, si v. C. DE MAGLIE, *op cit.*, p. 93 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 87 ss.

<sup>839</sup> C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale*, cit., p. 2050

<sup>840</sup> G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 391

<sup>841</sup> *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit.*, § 3.3: «È peraltro opportuno notare come i criteri di imputazione non svolgano soltanto un ruolo di filtro della responsabilità: non rispondano, cioè, esclusivamente ad una – sia pure importante – logica di garanzia. Essi, per come sono (puntualmente) descritti nello schema del decreto adempiono innanzitutto ad una insostituibile funzione preventiva»



L'eterogeneità della formulazione delle due disposizioni fa sorgere il dubbio sull'inquadramento del *deficit* di organizzazione all'interno dell'art. 6. In particolare, appare evidente che la commissione del reato da parte di soggetti "para-apicali" debba essere ricondotta all'ente in termini di colpa organizzativa in senso proprio, affinché questa possa rispondere. Al contrario, risulta problematico comprendere quale sia il ruolo dello stesso elemento allorché l'autore del reato si trovi in una condizione verticisticamente superiore. Ci si deve interrogare, cioè, se la carenza organizzativa qualificata conservi il suo ruolo di paradigma costitutivo in chiave ascrittiva ovvero se si atteggi quale mera causa di esclusione della colpevolezza o, ancora, di esclusione della punibilità.

L'aspetto che spicca nella complessità strutturale dell'art. 6, comma 1 è la protasi «se prova», alla quale è collegata l'apodosi «non risponde», che sembra, così, articolare un'inversione dell'*onus probandi*<sup>842</sup>. Anche la Relazione governativa si esprime in questi

---

<sup>842</sup> La questione evoca anche la tematica del riconoscimento agli enti dei diritti fondamentali della materia penale. In tema, si v. H. BELLUTA, *L'ente incolpato*, cit., p. 58 ss. e 95 ss.; Id., *Presunzione di innocenza e collaborazione nel processo agli enti*, in L. LUPÁRIA – L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente*, cit., p. 51 ss., il quale rileva che l'interpretazione costituzionalmente orientata dovrebbe condurre a escludere la responsabilità dell'ente qualora esso «decida di (e riesca a) produrre una prova sufficiente ad instillare nel giudice un dubbio ragionevole almeno in ordine alla insussistenza dei fatti costitutivi, cioè dia conto dell'esistenza di un modello idoneo e della presenza di un organismo di vigilanza, il cui controllo non sia stato omissso o insufficiente, oppure, al contrario, fornisca un principio di prova positiva in ordine all'esistenza di un fatto impeditivo, vale a dire l'elusione fraudolenta del modello organizzativo» (p. 54).

Per la incostituzionalità della soluzione dell'inversione dell'onere della prova: M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2017, p. 206; P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti*, cit., p. 223 ss.; S. LORUSSO, *La responsabilità «da reato» delle persone giuridiche: profili processuali del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2522 ss.; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d. lgs. n. 231/2001*, cit., p. 879 ss. Anche A. FIORELLA, *Responsabilità*, cit., p. 5109-5110 esprime dubbi di legittimità costituzionale al riguardo.

Nel senso che tale inversione configurerebbe un'ipotesi di "impoverimento della fattispecie per mano del legislatore" – così citando il lavoro di V.N. D'ASCOLA, *L'impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, Reggio Calabria, 2008, *passim* – essendo connessa a un *deficit* nella definizione del fatto che risponde a logiche di semplificazione probatoria; con il rischio di una responsabilità "senza fatto", ancor prima che "senza prova": G. FIORELLI, *Il diritto alla contestazione dell'illecito dipendente da reato*, in L. LUPÁRIA – L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 117 e 121; sul punto, Id., *La vocatio in iudicium dell'ente, tra istanze di semplificazione probatoria e forme di responsabilità "senza fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1258 ss.; la stessa A. aggiunge che tale fenomeno si inserisce nella tendenza a processualizzare le categorie sostanziali – così richiamando A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto*

termini, là dove afferma che la fattispecie di rimprovero si basa su di un ragionamento presuntivo, ritenuto empiricamente fondato: posto che il vertice esprime la politica d'impresa, ne discende che, in base all'immedesimazione organica, di regola, il requisito soggettivo potrà reputarsi sussistente<sup>843-844</sup>. Detto altrimenti, si immagina una perfetta identificazione tra la colpevolezza dell'individuo e quella della persona giuridica nel cui interesse opera<sup>845</sup>, salva l'ipotesi di dissociazione soggettiva rappresentata dall'elusione fraudolenta dei modelli (art. 6, comma 1 lett. c).

Anche tale soluzione si presenta come compromissoria tra visioni contrapposte, tra suggestioni di traslazione piena della colpevolezza e istanze di garanzia invocanti un meccanismo di massimizzazione della posizione colpevole dell'ente<sup>846</sup>.

La scelta composita del legislatore non ha sterilizzato il dibattito inerente al ruolo della colpevolezza e dei modelli di organizzazione nel sistema della responsabilità per fatto del vertice. In merito si sono sviluppate due prospettive ermeneutiche.

---

*e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio", in Legisl. pen., 2013, p. 839.*

Si v. anche la direttiva 2016/343/UE, che non ricomprende le persone giuridiche nella presunzione d'innocenza, perché, come emerge nel considerando 14, una disciplina di armonizzazione sul punto, a fronte della varietà di soluzioni offerte dai vari ordinamenti, è apparsa prematura. Questo non determinerà dei vuoti di tutela, giacché, come si ricava dal *considerando* 14, si potrà continuare a far riferimento ai principi espressi dalla giurisprudenza convenzionale. In realtà, la CGUE, pur pronunciandosi in materia di diritto al silenzio, non ha mai aderito a una nozione che la facesse derivare dalla presunzione di innocenza: così H. BELLUTA, *L'ente incolpato*, cit., p. 75, nt. 70, al quale si rinvia per i riferimenti giurisprudenziali principali.

<sup>843</sup> *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., § 3.4. Discorre di «regola di ragionevolezza per cui, secondo l'id quod plerumque accidit, vi è una 'coautoria' tra ente e individuo che ne forma le decisioni», o, comunque, di "norma di favore", che si atteggia a esimente nei casi di dissociazione tra ente e soggetto apicale, F. CONSULICH, *L'ente alla Corte. Il D.Lgs. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti*, in *Resp. amm. soc. ent.*, 4/2019, p. 38-39. Secondo taluni, tuttavia, si verterebbe in un'ipotesi di "colpevolezza per scelte di politica d'impresa": C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 333; F. GIUNTA, *Attività*, cit., p. 10

<sup>844</sup> Peraltro, taluno dubita della legittimità costituzionale dell'art. 6 sotto il profilo dell'eccesso di delega. Secondo questa prospettiva la disposizione in esame risulterebbe disallineata con l'art. 11, comma 1 lett. e) della legge delega, che avrebbe consentito l'introduzione della colpa d'organizzazione solo per i soggetti "para-apicali", giacché per gli apici della società sarebbe stato sufficiente il criterio organicistico: G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 167-169. La stessa *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., § 3.3, vuole fugare i dubbi di legittimità costituzionale, esponendo le ragioni della scelta legislativa.

<sup>845</sup> G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 392; D. PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., p. 430; G. COCCO, *L'illecito*, cit., p. 102; R. GUERRINI, *La responsabilità*, cit., p. 207 ss.

<sup>846</sup> Per le posizioni contrapposte emerse in seno alla Commissione, si rinvia ad A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, cit., p. 509.

Un primo orientamento valorizza il criterio organicistico<sup>847</sup> e giustifica la prova liberatoria di cui all'art. 6 qualificando l'adozione ed efficace attuazione del modello come causa di esclusione della colpevolezza dell'ente<sup>848</sup>.

Muovendo dal presupposto della sufficienza della imputazione soggettiva per immedesimazione organica, si è anche puntualizzato che se la valenza dei modelli è negativa – e non positiva – allora i medesimi dovrebbero rilevare all'interno della componente della punibilità, piuttosto che sul piano dell'illecito, quali cause di esclusione della stessa<sup>849</sup>.

In senso contrario, altra parte degli interpreti ha ritenuto che l'art. 6 avesse concepito, sia pure in maniera anodina, un vero e proprio elemento costitutivo, di natura soggettiva, della responsabilità. In questa prospettiva la legge mette in condizione l'ente di adottare una politica d'impresa in senso prevenzionistico di vicende illecite ai propri apici, con possibilità di offrire la prova della collocazione di tali comportamenti al di fuori dello spazio di controllo esigibile in capo all'impresa stessa<sup>850</sup>.

In questa guisa, l'art. 6 si differenzerebbe dall'art. 7 in un'ottica probatoria, per cui non vi sarebbe identificazione con la persona fisica, ma solo un elemento sintomatico forte della colpevolezza dell'ente, in grado di fondare una presunzione legale *iuris*

---

<sup>847</sup> Anche al fine di evitare l'eccesso di delega: si cfr. D. PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., p. 430.

<sup>848</sup> G. DE VERO, *Struttura*, p. 1135. Si cfr. anche Id., *La responsabilità*, cit. p. 180; G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 392; F. GIUNTA, *Attività*, cit., p. 10

<sup>849</sup> Sia pure parziale, poiché residuerebbe l'applicazione della confisca: così D. PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., p. 430; P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, cit., p. 8; A. MEREU, *La responsabilità "da reato"*, p. 64; G. RUTA, *Articolo 59. Contestazione dell'illecito amministrativo*, in M. LEVIS – A. PERINI (dir.), *La responsabilità*, cit., p. 1202; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti amministrativi da reato (Dal d.lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino, 2006, p. 53, che parla di scriminante *sui generis*, data la sopravvivenza della confisca; P.P. PAULESU, *L'accertamento della responsabilità "penale" degli enti: riflessioni in tema di dinamiche probatorie e regole decisorie*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità*, cit., p. 421 ss. che ritiene che si tratti di "scriminanti speciali", con onere di allegazione da parte della difesa e che, nel caso di dubbio sulla loro ricorrenza, devono condurre all'assoluzione dell'imputato. Peculiare la visione "processualcivilistica" di A. BASSI – T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 242 ss., secondo i quali i modelli di organizzazione rappresenterebbero dei "fatti impeditivi" dell'effetto responsabilizzante; similmente, C. FIORIO, *Presunzione di non colpevolezza e onere della prova*, in Id. (a cura di), *La prova nel processo agli enti*, Torino, 2016, p. 154

<sup>850</sup> C.E. PALIERO – C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 175

*tantum*<sup>851</sup>. Pertanto, nell'uno come nell'altro caso il mancato corretto assolvimento del vincolo organizzativo fungerebbe da componente positiva della responsabilità, ma il relativo onere probatorio sarebbe ripartito diversamente tra l'accusa e la difesa per la diversità del criterio autoriale di ascrizione<sup>852</sup>.

In realtà, discutere di unitarietà del criterio di imputazione assume una grande rilevanza sistematica, posto che disvela l'omogeneità del rimprovero nei confronti dell'ente, costituito dall'inosservanza del dovere di predisposizione di modelli adeguati, nel pieno rispetto del principio costituzionale di colpevolezza.

Ciò può consentire di revocare in dubbio anche la ricorrenza di una vera e propria presunzione legale nell'ipotesi *ex art. 6*. Ebbene, se la disposizione non ha una funzione processuale o probatoria, bensì di descrizione dell'elemento soggettivo della responsabilità dell'ente, ne consegue che, nel rispetto della natura penale della medesima, con questa non si è derogato al principio *ex art. 27*, comma 2 Cost. e all'art. 6, par. 2 CEDU, ma si è voluto assicurare la compatibilità con il primo comma dell'art. 27<sup>853</sup>.

Quindi, è possibile leggere l'espressione «*se prova*» alla luce «*dei criteri generali – e dunque alla stregua di un “se non è provata”, dal pubblico ministero, la sussistenza dei requisiti cumulativamente previsti dal dettato normativo e fermo restando l'onere di*

---

<sup>851</sup> Qualcuno ha ritenuto che tale inversione si tradurrebbe in una *probatio diabolica* se messa in relazione all'elusione fraudolenta del modello: P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità d'impresa*, cit., p. 80; S. GENNAI – A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2001, p. 48; A.F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 72-73. Analogamente, F. GIUNTA, *Attività*, cit., p. 9, il quale, per “salvare” la disposizione, ne suggerisce un'interpretazione sostanzialmente abrogatrice, nel senso di ritenere l'elusione fraudolenta «*implicitamente dimostrata con la prova dell'efficace attuazione del modello, il quale non può certo garantire anche contro le sue elusioni fraudolente*». Non dissimili le preoccupazioni mostrate da C. PIERGALLINI, *Societas*, cit., p. 590, nt. 53. A ciò si è obiettato che varrebbe comunque la regola generale secondo cui l'attività dei vertici deve intendersi come impegnativa per l'ente, regola alla quale risponderebbe anche l'elusione fraudolenta: A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, cit., p. 511.

<sup>852</sup> C.E. PALIERO, *La società punita*, cit., p. 1544; Id., *La colpa di organizzazione*, cit., p. 195-196; C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., p. 2050-2051

<sup>853</sup> Sempre inteso nella sua dimensione completa, comprensiva del principio di colpevolezza, secondo la lettura oggi condivisa unanimemente e avanzata autorevolmente da M. GALLO (in *Congresso di diritto penale tenuto dall'8 all'11 aprile in Trieste. Discorsi. Relazioni. Interventi. Discussioni*, Roma, 1953, p. 120).

allegazione del MOG a carico dell'ente<sup>854</sup> – sia possibile – e, anzi, opportuno – conquistare, laddove appunto un Modello Organizzativo esista, un paradigma imputativo di tipo propriamente colposo»<sup>855-856</sup>.

---

<sup>854</sup> Si aggiunge, peraltro, che si è osservato che la inesistenza del modello organizzativo non porrebbe problemi di riparto dell'onere probatorio, giacché si tratta di circostanza autoevidente: così C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 192-193.

<sup>855</sup> C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 196. I corsivi dell'A. sono riportati in tondo. In senso analogo, D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, Padova, 2016, p. 174 ss. Già Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn e altri* aveva messo in luce che «Nessuna inversione dell'onere della prova è (...) ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente, gravando comunque sull'accusa la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui al d.lgs. n. 231, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell'ente, che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria»; anche se in un altro passaggio di tale pronuncia si rileva una comunicazione di responsabilità dalla persona fisica all'ente «per rimbalzo»; ma la ricostruzione di un tale regime probatorio svela l'equivoco terminologico in un senso diverso rispetto a una responsabilità *par ricochet*. In senso conforme Cass., sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735. Si è poi chiarito di recente, in una fondamentale pronuncia, che «(...) l'anzidetta previsione normativa non prevede alcuna inversione dell'onere probatorio. Essa è espressiva, piuttosto, del principio per cui il fondamento della responsabilità dell'ente è costituito dalla "colpa di organizzazione", essendo tale deficit organizzativo quello che consente la piana ed agevole imputazione all'ente dell'illecito penale. (...) vanno individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro e, quindi, gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità di quest'ultimo» (così Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401).

In senso parzialmente critico verso questa soluzione giurisprudenziale, D. BIANCHI, *Verso un illecito corporativo personale. Osservazioni "umbratili" a margine d'una sentenza "adamantina" nel "magma 231"*, in *Sist. pen.*, 14 ottobre 2022, p. 11-12, che non è persuaso dall'idea secondo cui, intervenuta la prova dei presupposti *ex artt.* 5-6 da parte della pubblica accusa, l'ente avrebbe la possibilità di provare l'assenza di colpa organizzativa, poiché «o non vi è prova di quest'ultima, e allora la "prova liberatoria" non serve assolutamente a nulla, oppure non vi è nessuno spazio per provare una diligenza organizzativa che già è stata dimostrata come insussistente (sussistendo la colpa d'organizzazione)».

Tale interpretazione ha condotto una parte della dottrina a ipotizzare un onere di allegazione in capo all'ente: G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in V. MONGILLO – A. M. STILE – G. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 188.

Per una proposta tesa a superare ogni ambiguità, mercé la validazione preventiva dei modelli organizzativi, in grado di "re-invertire" l'onus probandi: si v. A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto*, cit., p. 117; Id., *Elasticità dei parametri di idoneità dei modelli preventivi e incertezze della 'pratica'*, in V. MONGILLO – A. M. STILE – G. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 359 ss.

Anche la giurisprudenza del *Tribunal Supremo* spagnolo ha ritenuto che sia l'accusa a dover provare la colpevolezza dell'ente, fermo restando l'attestazione dell'esistenza e delle caratteristiche del modello preventivo: STS del 29 febbraio 2016, n. 154; STS del 16 marzo 2016, n. 221; STS dell'11 ottobre 2017, n. 668. Per le difficoltà ricostruttive che con questo regime incontra l'accusa, in dottrina si dibatte circa la sua ammissibilità e se non sia più opportuna l'introduzione di un meccanismo presuntivo nei casi di reati commessi da soggetti apicali: A.M. NEIRA PENA (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, 2016.

<sup>856</sup> Lettura che – benché condivisa – viene qualificata come manipolatrice nel commento della pronuncia da ultimo citata: C.E. PALIERO – E. FUSCO, *L'happy end*, cit., p. 11 ss. V., in particolare, p. 11-12: «Al netto del fatto che si tratta di un'interpretazione antiformalista comunque in bonam partem (e nella nostra materia è ovviamente dato non indifferente), si dovrebbe considerare che la manipolazione del significato di un significante per se monosemantico, ma costituente una regola contraria a un principio,

D'altra parte, in questo senso depone l'esigenza di coerenza sistematica con la disciplina della decisione giudiziale, che in base al combinato disposto degli artt. 66 d.lgs. n. 231 del 2001 e 530 c.p.p. impone l'esito assolutorio in mancanza di prova della responsabilità o comunque allorquando tali elementi siano insufficienti o contraddittori<sup>857</sup>. In definitiva, se il quadro processuale resta in linea con l'impianto costituzionale, l'art. 6, comma 1 si limita a un ruolo sostanziale di identificazione degli elementi costitutivi – e di riflesso a quello processuale di segnalazione dell'oggetto della prova – ma non apporta alcunché di innovativo in ordine alla collocazione degli oneri dimostrativi<sup>858</sup>.

#### **3.2.3.2.2. Tra colpevolezza e colpa di organizzazione.**

L'analisi della questione della rimproverabilità dell'ente consente, in realtà, di operare la distinzione fra due diverse ipotesi, le quali denotano diverse forme e misure di riprovevolezza: la "scelta di disorganizzazione" e l'organizzazione inadeguata<sup>859</sup>.

---

*quest'ultimo di rango sovraordinato alla regola, null'altro rappresenta che il frutto di un'ermeneutica, se vogliamo dirlo così, ipernormativa. Un'ermeneutica cioè che esclude dai significati possibili dell'enunciato deontico quello che risulti estraneo allo spettro semantico immodificabilmente incluso nel perimetro normativo recintato dal reticolato dei principî costituzionali. 'Sostituendo' appunto tale espressione linguistico-deontica aliena con la più prossima, semanticamente, delle espressioni costituzionalmente consentite in quanto domestiche per il sistema dei principî costituzionali che sovrintendono la responsabilità punitiva». Esprime apprezzamenti verso l'accorgimento giurisprudenziale anche C. PIERGALLINI, Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo". Nota a Cass., Sez. VI, 11 novembre 2021 (dep. 15 giugno 2022), n. 23401, Pres. Fidelbo, Rel. Rosati, in *Sist. pen.*, 27 giugno 2022, p. 11.*

<sup>857</sup> Sul punto, H. BELLUTA, *Presunzione di innocenza e collaborazione nel processo agli enti*, cit., p. 49.

<sup>858</sup> Dubbioso sul punto P. FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, p. 709, il quale osserva che un conto è la regola di giudizio, un altro è la proposizione oggetto di prova. L'A. evidenzia, inoltre, la mancata ripetizione della formula sul dubbio circa l'esistenza dei c.d. fatti impeditivi della responsabilità (art. 530, comma 2 c.p.p.). Tuttavia, se si ritiene che l'art. 6, comma 1 introduce un elemento costitutivo della responsabilità dell'ente, qual è la colpa di organizzazione, il dubbio circa la sua esistenza dovrebbe rientrare nel comma 1 dell'art. 530 c.p.p., poiché il fatto non costituisce illecito.

<sup>859</sup> C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 192 ss.

Nella prima ipotesi, per la violazione della regola di organizzarsi riferibile ai vertici, l'ente sarebbe perfettamente consapevole del proprio agire<sup>860</sup>, al punto che la circostanza, in termini di prova, si presenta autoevidente, senza che ne possa uscire vulnerata la presunzione di non colpevolezza<sup>861</sup>.

Ebbene, si è osservato che qui, in luogo di una colpa specifica, possa essere constatata soltanto una “colpevolezza di organizzazione” di tipo funzionalistico, in contraddizione con le aspettative sociali di strutturazione dell'impresa in maniera da prevenire la commissione di illeciti, senza che possa dirsi rilevante l'approfondimento dell'indagine circa la condizione dolosa o colposa dell'ente<sup>862</sup>. Piuttosto, si tratterebbe di una responsabilità “da rischio di illecito”<sup>863</sup>, poiché la possibilità di commettere un reato – che qui fungerebbe da condizione obiettiva di punibilità – rientra nel patrimonio conoscitivo e deliberativo della società<sup>864</sup>.

Senonché, in senso contrario si è osservato che per garantire il pieno rispetto del principio di colpevolezza non si potrebbe far rispondere l'ente *etiam pro casu* per il proprio *versari in re illicita*, sicché anche in tal caso dovrebbe volgersi lo sguardo alla condizione di evitabilità del reato commesso alla luce del comportamento alternativo lecito<sup>865</sup>. Difatti, «*persino la assenza tout court del modello potrebbe non risultare*

---

<sup>860</sup> C.E. PALIERO, *ult. op. cit.*, p. 192; Id., *Das Organisationsverschulden*, in *Strafrecht und Wirtschaft – Fests. Tiedemann*, U. SIEBER – G. DANNECKER – U. KINDHÄUSER – J. VOGEL – T. WALTER (a cura di), München, 2008, p. 518 ss. Per la punibilità della mera scelta di disorganizzazione: Cass., sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083.

<sup>861</sup> C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 192-193. Si esprime per l'obbligatorietà dell'adozione del modello, facendo leva sugli artt. 2381 e 2403 c.c., C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., p. 2055. In senso analogo, A. SERENI, *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del controllo penale*, Torino, 2016, p. 55.

<sup>862</sup> *Ivi*, p. 193, che afferma che «*La mancata adozione del MOG, sia essa motivata da una volontà pervicace orientata alla massimizzazione del profitto (qui da intendersi essenzialmente come risparmio di spesa), piuttosto che frutto di una grossolana negligenza informativa o gestionale, non fa mutare il tipo/tasso di rimprovero. Questo è davvero un caso in cui il “puoi perché devi” kantiano trova ragionevole applicazione*». I corsivi dell'A. sono riportati in tondo.

<sup>863</sup> Propone, *de iure condendo*, una responsabilità dell'ente per assunzione consapevole del “rischio illecito” per la mancata adozione del modello, C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 534.

<sup>864</sup> *Ibidem*

<sup>865</sup> V. MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Studi in onore di A. Fiorella*, cit., 1644 ss.

dirimente, se ad esempio si accerta che quel reato si sarebbe comunque verificato (dunque non era evitabile) o se comunque il reato realizzato sarebbe stato eccentrico rispetto al cono proiettivo cautelare di un modello operativo ‘ben strutturato’ (dunque non era prevedibile nella sua concreta modalità attuativa); o, ancora se comunque l’organizzazione dell’ente, pur non formalizzata in un modello organizzativo, risulta comunque adeguata a prevenire quel rischio reato, in forza di ulteriori e diversi presidi preventivi previamente adottati, che potrebbero comunque deporre per un ente dimostratosi – per così dire – ‘di fatto’ compliant<sup>866</sup>».

Nella seconda ipotesi, il modello organizzativo è adottato, ma si palesa inefficace, in sé e per sé o perché non viene correttamente applicato<sup>867</sup>. Difatti, se l’omessa adozione

---

<sup>866</sup> *Ivi*, p. 1645, con riconoscimento, in questo caso, delle maggiori difficoltà difensive a carico dell’ente (nt. 78).

La tesi maggioritaria in dottrina propende per la facoltatività dei modelli, come evincibile dal dato letterale dell’art. 6, comma 3, la Relazione governativa, nonché la parzialità del fenomeno dei *compliance programs* fotografata dai modelli nelle grandi imprese: per tutti, si v. O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 214-215, che riconosce, però, come sul piano pratico le difficoltà difensive per l’ente privo di modello siano più elevate. Nel senso della possibilità di escludere la responsabilità dell’ente ancorché sia mancata la formale adozione del modello, stante l’esistenza di un’organizzazione comunque adeguata a fronteggiare il rischio del reato specificamente commesso: Trib. Milano, 26 maggio 2014; C. App. Brescia, 21 dicembre 2012; Trib. Torino, II Corte di Assise, 15 aprile 2011, *Espenhan e altri*. Si cfr. anche Trib. Catania, Sez. IV, 14 aprile 2016, n. 2133. Nella giurisprudenza di legittimità, si cfr. Cass. pen., sez. VI, ud. 25 settembre 2018, n. 54640, ove si legge che: «*In assenza di un modello organizzativo idoneo, la colpa di organizzazione risulta comunque sottesa ad un deficit di direzione o vigilanza – incentrata su un sistema di regole cautelari – che abbia in concreto propiziato il reato*». Di recente, nel senso della insufficienza della mancata adozione del modello ai fini dell’affermazione della responsabilità, proprio sulla scorta del principio di colpevolezza: Cass., sez. IV, 15 febbraio 2022, n. 18413; orientamento ribadito incidentalmente da Cass., sez. IV, 4 ottobre 2022, n. 570, in *Sist. pen.*, 2 marzo 2023, con nota di L. PARODI, *Illecito dell’ente e colpa di organizzazione. Una recente conferma della traiettoria garantista tracciata dalla giurisprudenza di legittimità*.

<sup>867</sup> Deve darsi atto di come nella prassi imprenditoriale si sia spesso fatto ricorso all’adozione dei modelli in via meramente formale: si cfr. A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall’«utile» al «giusto»*, cit., p. 156. Una tendenza figlia della c.d. *overcompliance*, dovuta anche alla distanza cronologica e logica tra la cautela e l’evento reato, con propensione per i giudizi di *ex post* di inadeguatezza dei modelli (O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 222-223). In particolare, tale difficoltà è maggiormente avvertita per i c.d. reati da decisione, tipicamente dolosi (es. corruzione, frodi, ecc.), rispetto a quelli “in attività”, più frequentemente colposi (es. violazione delle norme sulla sicurezza e salute sul lavoro, illeciti ambientali, ecc.); distinzione che si deve a C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale*, cit., p. 2085 ss.

Stigmatizzano la prassi della mera adozione formale dei modelli le Linee Guida di Confindustria di giugno 2021 (Confindustria, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, giugno 2021), che rilevano, icasticamente, come il modello debba “vivere nell’impresa” (p. 4).



del modello non è una base sufficiente per fondare la responsabilità, l'agire in senso opposto da parte della persona giuridica non è di per sé risolutivo nel senso di escluderla<sup>868</sup>.

### 3.2.3.2.3. *La colpa "dimezzata" e la ricerca di una simmetria.*

L'adesione all'idea dell'unicità del meccanismo di ascrizione della responsabilità, con indifferenza della qualificazione dell'autore e delle scelte basilari di organizzazione, apre la via a una ricostruzione compiuta del paradigma colposo della responsabilità in senso analogo a quello penalisticamente noto per le persone fisiche. Emerge la centralità del modello organizzativo quale parametro di orientamento<sup>869</sup> e di valutazione dell'atteggiamento del soggetto aggregato in relazione al reato-presupposto<sup>870</sup>, in maniera

---

Per la tendenza a operare una *compliance* solo di facciata da parte delle imprese statunitensi, dato lo smarrimento a cui ha condotto il rigore delle applicazioni del sistema punitivo, si v. W.S. LAUFER – N. SELVAGGI, *Responsabilità penale degli enti ed eccezionalismo americano*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2/2019, p. 67.

<sup>868</sup> Si cfr. C.E. PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione lassista o interpretazione costituzionalmente orientata?*, nota a GUP Trib. Milano, 17 novembre 2009, in *Le soc.*, 2010.

In questa pronuncia, relativa al caso "Impregilo", si è seguito un approccio diverso. L'ente è stato ritenuto non responsabile semplicemente per l'aver adottato un modello, senza che venisse approfondita l'idoneità preventiva. Tuttavia, tale esito è stato giustificato in virtù della contiguità temporale dell'entrata in vigore della disciplina e la commissione dei reati, come a ritenere inesigibile il comportamento alternativo da parte dell'ente. Si v. anche C. App. Brescia 14 dicembre 2011.

Di esigibilità delle misure organizzative discorre l'art. 102, comma 2 c.p. svizzero, mentre tale riferimento difetta negli artt. 6-7 d.lgs. n. 231 del 2001. Per questo taluno deduce che il regime attuale italiano sia imperniato su di una responsabilità senza colpa: si. cfr. G. DE SIMONE, *ult. op. cit.*, p. 230-231, nt. 606 e, soprattutto, p. 410.

<sup>869</sup> Anche se si è notato che la valutazione di idoneità del modello è stata svalutata, in favore di un'enfasi posta sulla indipendenza operativa e sui poteri dell'OdV: così A. GULLO, *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 255, che cita le vicende "Impregilo", "Ilva" e "Thyssenkrupp" come emblematiche di questo approccio. Per un'enfasi esclusivamente posta sui poteri dell'OdV, si v., di recente, la *Relazione illustrativa al Protocollo organizzativo e di coordinamento in tema di indagini ex d.lgs. n. 231/2001* della Procura di Potenza del 6 ottobre 2022, p. 5, disponibile sulla rivista *online Sist. pen.*: F. ZAZZARO, *Criteri di ascrizione della responsabilità da reato delle persone giuridiche: il protocollo organizzativo della Procura Generale di Potenza*, 7 dicembre 2022.

<sup>870</sup> Sulla sufficiente determinatezza dell'obbligo organizzativo da parte della legge, si da non porsi problemi di incostituzionalità, si v. Cass., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343, *Espenhahn e altri*.

non dissimile da quanto accade per le regole cautelari *ex art. 43 c.p.*<sup>871</sup>, ma con la peculiarità dell'essere queste autonormate e autotutelate dall'ente in base al rischio dell'illecito<sup>872</sup>.

D'altronde, dal punto di vista dogmatico, si è già accennato alla vicinanza dimostrata dal modello d'imputazione prescelto dal legislatore alla concezione normativa della colpevolezza<sup>873</sup>; impostazione, quest'ultima, che è apparsa anche lo strumento attraverso il quale scardinare le chiusure alla configurabilità della colpevolezza in capo alle persone giuridiche<sup>874</sup>.

---

<sup>871</sup> Si cfr. Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401

<sup>872</sup> *Ivi*, p. 194; Id., *La società punita*, cit., p. 1453. Si cfr. C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in C.E. PALIERO – S. MOCCIA – G. DE FRANCESCO – G. INSOLERA – M. PELISSERO – R. RAMPIONI – L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, p. 141 ss.; S.B. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1931 ss.; Id., *Che cosa genera il sonno del Leviatano? Modelli e movimenti dell'autonormazione nelle pieghe dell'ordinamento penale statale*, in *DisCrimen*, 15 giugno 2022; in argomento, si v. anche D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2022; V.B. MUSCATIELLO, *Il ruolo della autonormazione nel diritto penale della società del rischio L'euristica del prima, la maledizione del dopo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2/2020, p. 311. Rileva il rischio di inattendibilità dell'autonormazione: O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 83.

Sul processo di autonormazione, si cfr. anche Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, secondo cui nell'adempiere a tale dovere l'ente è l'unico in grado di strutturare un modello per sé adatto, essendovi «la necessità che il modello sia quanto più singolare possibile, perché, solamente se calibrato sulle specifiche caratteristiche dell'ente (dimensioni, tipo di attività, evoluzione diacronica), esso può ritenersi effettivamente idoneo allo scopo preventivo affidatogli dalla legge». L'idea di un modello "su misura" rende indicativi i codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti e comunicati al Ministero della Giustizia, per eventuali osservazioni di concerto con i Ministeri competenti (art. 6, comma 4). Questa previsione consente che siano forniti degli indirizzi alle imprese, ma ciò non significa che sia sufficiente recepirle, proprio perché ogni realtà imprenditoriale ha le sue esigenze. Donde né l'impresa né il giudice sono vincolati a tali criteri di orientamento; sicché ne è ammesso il discostamento, purché emerga la diversità delle linee-guida dalle regole cautelari, scritte o esperienziali, di settore. Sul punto, si v. anche V. MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Studi in onore di A. Fiorella*, cit., p. 1628. Per la necessità di elaborare un modello "su misura" e di una valutazione giudiziale in concreto sulla sua idoneità, v. l'efficace metafora di Id. – A.F. TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE – M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, p. 137 ss.

<sup>873</sup> Com'è noto, secondo la concezione normativa la colpevolezza rappresenta un atteggiamento riprovato dall'ordinamento per la contraddizione dimostrata con le norme giuridiche, ravvisabile tanto nel dolo quanto nella colpa: G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 84-85. La paternità di tale concezione viene attribuita a R. FRANK (*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Giessen-Festschr.*, 1907, p. 521 ss.).

<sup>874</sup> *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 12, § 1.1, e 18, § 3.3. Conformemente, O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 31.

Ne discende una considerazione: l'ente potrà essere ritenuto colpevole solo se la verifica concreta svolta sul modello abbia rivelato, sulla scorta dell'espedito della prognosi postuma, «la violazione di una regola di organizzazione idonea a prevenire il rischio di commissione del reato concretamente verificatosi»<sup>875</sup>. Tale idoneità non va negata per la mera constatazione della commissione del fatto-reato, poiché, così opinando, la previsione inerente al giudizio di adeguatezza del modello diventerebbe inutile e la responsabilità dell'ente si tramuterebbe in un'inammissibile ascrizione di tipo oggettivo<sup>876</sup>.

Si è osservato che mentre nella “scelta di disorganizzazione” il reato-presupposto si collocherebbe nell'area della punibilità, nell'ipotesi di organizzazione inadeguata questo è elemento costitutivo del tipo, quale evento dell'illecito dell'ente, di guisa che occorrerà provare la ricorrenza di un doppio rapporto di causalità<sup>877</sup>, naturalistico e normativo<sup>878</sup>. Dunque, sarà necessario appurare se la condotta aggregata, ovverosia la violazione della regola di “buona organizzazione”, abbia rappresentato la condizione per la realizzazione dell'evento di sostanza criminosa; in aggiunta<sup>879</sup>, andrà valutato se il reato commesso

---

<sup>875</sup> C.E. PALIERO, *ult. op. cit.*, p. 194 (i corsivi dell'A. sono riportati in tondo). Si cfr. anche C.E. PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, in *Le Soc.*, 2014, p. 475; G. GARUTI, *Profili giuridici del concetto di “adeguatezza” dei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. en.*, n. 3/2007, p. 13; F. VIGNOLI, *Il giudizio di idoneità del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001: criteri di accertamento e garanzie*, *ivi*, 2009, p. 10; G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, *cit.*, p. 182

<sup>876</sup> Si cfr. Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401

<sup>877</sup> C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione*, *cit.*, p. 194. Secondo L. PICOTTI, *Relazione tenuta al Convegno Antico e Moderno nella giustizia penale al principio del secolo XXI*, Padova, 24-25 settembre 2004, la verifica del rapporto causale tra violazione e reato sarebbe richiesta espressamente dal solo art. 7. Pertanto, se questo è commesso dagli apicali, l'ente potrebbe rispondere anche senza indagare la incidenza causale della colpa organizzativa su tale esito.

<sup>878</sup> Sulla misura oggettiva della colpa e sull'indagine relativa alla causalità in senso normativo, si v., tra gli altri, S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 21 ss.; D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1594 ss.; F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 86 ss.; P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1225.

<sup>879</sup> Verifica che andrà compiuta tenuto conto della relazione tra inosservanza e reato, e non prendendo in considerazione il modello in maniera globale: «Tale controllo, tuttavia, è sempre limitato alla verifica dell'idoneità del modello a prevenire reati della specie di quello verificatosi, sicché dev'essere escluso che il controllo giudiziario del compliance abbia una portata “totalizzante”, dovendo essere rivolto, invece, ad escludere la reiterazione degli illeciti già commessi. Il modello organizzativo, cioè, non viene testato dal giudice nella sua globalità, bensì in relazione alle regole cautelari che risultano violate e che

costituisca il rischio tipico che la corretta organizzazione intendeva scongiurare, se questo sia disceso da tale inosservanza e quindi se il ‘comportamento alternativo lecito’, rappresentato dall’adozione ed efficace attuazione dei modelli, avrebbe evitato quella specifica vicenda criminosa<sup>880-881</sup>.

Il parametro di tale giudizio è costituito dalla disciplina secondaria di settore e dalle prescrizioni della migliore scienza ed esperienza dello specifico ambito produttivo interessato, tenuto conto della realtà imprenditoriale specificamente considerata<sup>882</sup>, con la possibilità di codificazione nelle linee-guida – in quanto tali di indirizzo, non esaustive e non vincolanti – a cui rinvia l’art. 6, comma 4 d.lgs. n. 231 del 2001<sup>883</sup>.

---

*comportano il rischio di reiterazione di reati della stessa specie. È all'interno di questo giudizio che occorre accertare la sussistenza della relazione causale tra reato ovvero illecito amministrativo e violazione dei protocolli di gestione del rischio» (Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401).*

<sup>880</sup> Si cfr. Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401: «*Se l'evento realizzato a causa dell'inosservanza della regola cautelare risulta non evitabile, non vi è spazio per l'affermazione di colpa. Ne deriva che, nel caso in cui non sia possibile escludere con certezza il ruolo causale dei fattori di rischio considerati dalla norma cautelare, la responsabilità colposa non potrà essere affermata*». Sul punto, si v. anche V. MANES, *Realismo e concretezza*, cit., p. 1640 ss.

<sup>881</sup> *Ivi*, p. 194-195. L’A. osserva altresì che l’imputazione soggettiva dell’ente può presentare elementi di diversità a seconda che si tratti di reato degli apicali, dei “para-apicali” ovvero di soggetti non individuati o non punibili. In particolare, mentre l’art. 7 d.lgs. n. 231 del 2001 appare assimilabile alla colpa specifica per come sin qui descritta, il reato del vertice è comunque espressione della politica d’impresa, sicché la fattispecie di cui all’art. 6 potrebbe sembrare inquadrabile nel dolo, quantomeno in forma eventuale (p. 195). Sennonché, si è soggiunto che, considerato anche il decentramento orizzontale della responsabilità tipico delle organizzazioni complesse, l’art. 6 consente di dissociare la volontà dei due soggetti allorché l’ente abbia adempiuto al «*dovere di “organizzare l’organizzazione”*» contra crimina societatis», sicché in questo caso si potrebbe discutere di colpa in senso proprio dell’ente (p. 195-196; v. anche *Id.*, *La società punita*, cit., p. 1543 ss.). A maggior ragione, sono rintracciabili degli spazi di configurazione di una responsabilità colposa in senso proprio anche nell’ipotesi di mancata individuazione dell’autore-persona fisica, in cui è l’ente a rappresentare il centro di imputazione dei rischi tipici dell’attività svolta, che questa era tenuta a contenere con un’organizzazione adeguata. Analogamente a dirsi per l’ipotesi di non punibilità per cause “soggettive”, mentre nel caso di incertezza circa le componenti tipiche del reato-presupposto, non sarebbe possibile affermare la colpa di organizzazione, non potendo appurare la sussistenza dei nessi menzionati; salvo sostenere che ciò sia sintomatico della complessiva disorganizzazione dell’impresa (p. 197).

<sup>882</sup> Segnala G. DE SIMONE, *La colpevolezza dei soggetti metaindividuali: una questione tuttora aperta*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 910, che spesso il giudice fa ricorso all’accertamento peritale per la verifica dell’idoneità dei modelli organizzativi.

<sup>883</sup> C. PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in AA. VV., *Le soc.*, suppl. al n. 12: “*D. Lgs. n. 231/2001: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*”, 2011, p. 45 ss., che suggerisce che la conformità alle best practices aziendali debba far presumere la idoneità del modello, con onere di motivazione rafforzata da parte del giudice qualora si sostenga l’opposto. Si cfr. Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401.

Fermo restando quanto illustrato sulla colpa specifica dell'ente, occorre domandarsi se possa ritenersi che il criterio di imputazione elaborato dal legislatore si esaurisca in un modello essenzialmente normativo ovvero se questo possa assumere dimensioni maggiori, espandendosi verso una colpevolezza composta anche di sostanza "psicologica".

Tale quesito richiama i moniti lanciati dalla dottrina moderna, che ha avvertito la necessità di evitare l'allontanamento tra l'idea di colpevolezza quale elemento soggettivo e la colpa ricostruita in un'accezione normativa<sup>884</sup>. Se la colpa non è tale senza la violazione di regole cautelari, essa non si esaurisce nel rimprovero nei confronti di un atteggiamento antidoveroso, ma richiede anche la misura soggettiva, poiché partecipa di quel momento di affermazione della personalità della responsabilità che non può prescindere dalla verifica dell'attribuibilità dell'inosservanza<sup>885</sup>. Una colpevolezza intesa in senso esclusivamente normativo conduce a una responsabilità falsamente personale, nel senso logico e moderno dell'art. 27, comma 1 Cost., in quanto oggettiva<sup>886</sup>.

Conseguenza di tali riflessioni e dell'inquadramento penalistico della responsabilità è il seguente interrogativo: se la fisionomia reale della colpa d'organizzazione non sia quella di una responsabilità posta "altrimenti" a carico dell'agente – per utilizzare la formula dell'art. 42, comma 3 c.p. – sebbene con la maschera di un rimprovero legato alla divergenza della condotta rispetto alle norme cautelari; ovvero se si tratti di colpevolezza

---

<sup>884</sup> Si cfr. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 572.

<sup>885</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 327-328. Anche A. ALESSANDRI, *Note*, cit., p. 54 ss. segnala che la concezione normativa non prescinde da criteri di imputazione soggettiva. Si cfr. anche Id., *Reati d'impresa*, cit., p. 56, e *Riflessioni penalistiche*, cit., p. 47. Sulla necessità di ricercare anche la prevedibilità concreta dell'evento, si v. Cass., Sez. Un., 22 gennaio 2009, n. 22676, *Ronci*.

<sup>886</sup> Si cfr. A. FIORELLA, *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, in F. COMPAGNA (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, p. 269. Inoltre, favorisce un modello di controllo sistemico, che guarda al 'modo d'essere' dell'ente, privilegiando «una filosofia dell'efficienza» che tiene conto delle sole «astratte potenzialità scientifiche, tecnologiche e aziendalistiche del controllo (...) una colpevolezza assorbita dalla finalità di prevenzione criminale» (A. SERENI, *La colpa di organizzazione nella responsabilità dell'ente da reato. Profili generali*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 66 ss., spec. 67-68).

in senso realmente penalistico e costituzionalmente orientato<sup>887</sup>. In altri termini, seguendo una nota metafora letteraria, si deve comprendere se la colpa dell'ente si presenti "dimezzata", ovvero se possa ricongiungersi alla sua metà, fino a formare una colpa vera e propria, simmetrica all'identità dogmatica coerente con il quadro costituzionale.

Orbene, se la legge penale non ha l'obiettivo di riparare il danno conseguente al reato, né di reagire irrazionalmente e senza utilità alla sua commissione, ma assolve un ruolo di orientamento, laddove si prescindesse dal ricostruire l'appartenenza del fatto a chi è inflitta la sanzione verrebbe reciso ogni legame di coerenza con la sua funzione<sup>888</sup>.

Se si ritiene che ai fini della personalità del fatto, e quindi della colpevolezza per il fatto, occorra un giudizio di rimprovero per la violazione delle regole cautelari; e se si considera che «*Tale giudizio presuppone (la rappresentazione o almeno) la rappresentabilità che il proprio comportamento 'accresca' la misura del rischio sì da farlo sconfinare dai limiti del lecito*», la mera inosservanza delle norme di precauzione non è in grado di soddisfare «*la necessità di un compiuto giudizio di personalizzazione come base del rimprovero*»<sup>889</sup>. Al più, gli "schemi cautelari" possono essere il punto di partenza per l'indagine sulla colpevolezza per il fatto<sup>890</sup>.

Prendendo le mosse da tali premesse, deve concludersi che se il procedimento di accertamento della colpa d'organizzazione rinuncia a tale fase di verifica, allora ci si troverebbe di fronte a un'opera incompiuta, che riapre ogni fronte di discussione nei rapporti con il principio di colpevolezza dell'imputazione del reato agli enti<sup>891</sup>.

---

<sup>887</sup> Si cfr. A. ALESSANDRI, *ult. op. cit.*, p. 47; M. RIVERDITI, *La responsabilità*, cit., p. 210; N. SELVAGGI, *La prevenzione e il controllo del reato attraverso la 'compliance' nella piccola impresa*, in AA.VV. *Studi in onore di A. Fiorella*, cit., p. 1863-1864

<sup>888</sup> A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1291; per lo svolgimento di queste riflessioni in relazione agli enti collettivi, si v. A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 6 ss.

<sup>889</sup> A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, cit., p. 1315

<sup>890</sup> *Ivi*, p. 1316

<sup>891</sup> Si cfr. V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., p. 462 ss., sulla necessità di ancorare la responsabilità all'esigibilità della conformazione ai canoni imposti. Di esigibilità valutata in rapporto non all'ambito specifico in cui è stato commesso il reato, ma nel contesto di una valutazione complessiva dell'organizzazione dell'ente, parla O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 240.

D'altro canto, per quanto sia innegabile la vocazione spiccatamente preventiva del sistema della responsabilità da reato degli enti, questa non esaurisce le finalità perseguite dall'ordinamento giuridico. Piuttosto, è possibile introdurre nella lettura di tale "micro-codice" un concetto di retribuzione in senso garantista, che guardi a tali compagini come soggetti e non meri strumenti del diritto, sicché occorrerà garantire che le conseguenze giuridico-penali di un dato accadimento siano coerenti con il principio di proporzionalità e, quindi, con quello di colpevolezza<sup>892</sup>.

All'opposto, una concezione "ipernormativizzata" introdurrebbe un rischio penale dai contorni indefiniti e sproporzionato, disattento rispetto a quell'equo contemperamento degli interessi coinvolti tipicamente fondante la concezione normativa della colpevolezza<sup>893</sup>.

Per di più, un giudizio poco attento alla dimensione realmente colpevole dell'ente produce effetti negativi sulla motivazione delle imprese nel soppesare i costi e i benefici delle scelte organizzative, ponendo nel nulla lo scopo di prevenzione speciale che innerva l'intera disciplina<sup>894</sup>.

L'attrazione della responsabilità delle persone giuridiche ai canoni della responsabilità colpevole non è apparsa impossibile nel sistema delineato dal legislatore italiano, che, a differenza degli altri modelli responsabilizzanti di riferimento, non si limita a «trasformare il contesto illecito nel suo autore»<sup>895</sup>, ma valuta il modo con il quale si sia condotto l'ente, consentendo che sia dimostrata l'estraneità del reato alla sua politica

---

<sup>892</sup> A. SERENI, *La colpa di organizzazione nella responsabilità dell'ente da reato*, cit., p. 68. Sul nesso tra colpevolezza e proporzionalità, si v. cap. I, par. 8.

<sup>893</sup> *Ibidem*

<sup>894</sup> O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 220 ss., la quale, richiamando un'osservazione di F. CENTONZE (*Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgvo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 945 ss.), evoca il "dilemma del prigioniero" della teoria dei giochi, poiché per l'ignoranza circa la futura condotta altrui e la sfiducia reciproca che ne consegue, Stato e impresa non aderiranno alla scelta di azione migliore in assoluto (p. 221).

<sup>895</sup> Id. – N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto*, cit., p. 111

decisionale, e quindi al suo volere<sup>896</sup>. D'altra parte, è la stessa Relazione ad aver evidenziato un tentativo di “psicologizzare” la responsabilità dell'ente<sup>897</sup> attraverso il criterio della colpa d'organizzazione, che nelle intenzioni del legislatore è apparsa una forma di imputazione soggettiva dell'illecito<sup>898</sup>.

In particolare, il modello fondato sui *compliance programs* dà adito a una responsabilità realmente personale, tanto dal punto di vista oggettivo quanto da quello soggettivo<sup>899</sup>.

Sul piano oggettivo i modelli organizzativi denotano una capacità selettiva dei rischi illeciti imputabili all'ente. Infatti, è incontestato che questi agisce in un contesto rischioso, che, tuttavia, è ammesso dall'ordinamento per ragioni di utilità sociale, nei limiti dell'adozione di un modello organizzativo efficace<sup>900</sup>. In questa guisa i MOG possono accostarsi «*all'esercizio di una facoltà legittima; o, se si vuole, all'esercizio di un'attività secondo modalità penalmente non illegittime*»<sup>901</sup>.

La fattispecie legalmente modellata, però, non può accontentarsi della componente oggettiva della inosservanza delle regole cautelari, ai fini del giudizio sulla colpa, onde evitare di scadere in una responsabilità “non personale”<sup>902</sup>. Pertanto, occorre che la stessa venga arricchita di un momento soggettivo, sia pure tenendo conto delle peculiarità che connotano l'ente<sup>903</sup>.

Si è già detto di come possa inferirsi il riconoscimento normativo di una persona giuridica capace soggettivamente dalla disciplina della desistenza volontaria e del recesso

---

<sup>896</sup> Ivi, p. 114; A. FIORELLA, *Oggettivo e soggettivo nella definizione dell'efficacia dei c.d. modelli organizzativi*, in Id. – A.M. STILE (a cura di), *Corporate criminal liability and compliance programs. First colloquium*, Napoli, 2012, p. 58

<sup>897</sup> Id., voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5108

<sup>898</sup> Id., *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, cit., p. 270

<sup>899</sup> Id., *Le strutture*, cit., p. 662

<sup>900</sup> Id., *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, cit., p. 270

<sup>901</sup> *Ibidem*

<sup>902</sup> Id. – N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità “aggregata” del fatto*, cit., p. 113; V. MANES, *Realismo e concretezza*, cit., p. 1640

<sup>903</sup> A. FIORELLA, *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, cit., p. 272; V. MANES, *ult. op. cit.*, p. 1640



attivo (26, comma 2) e dall'ipotesi dell'elusione fraudolenta del modello (art. 6, comma 1 lett. c) (par. 3.2.3.).

Ebbene, emerge d'acchito la diversità delle conseguenze giuridiche discendenti dal recesso attivo nella responsabilità dell'ente e nella responsabilità per delitto tentato delle persone fisiche, posto che mentre nel secondo caso questa corrisponde a un'attenuazione della pena, mentre nel primo la sanzione viene esclusa *tout court*. La *ratio* della diversità di disciplina è rinvenibile in ciò, che «*Qui la controazione dell'ente è tempestiva e interna alla dinamica del fatto e ne scongiura la consumazione. (...) Se la responsabilità è attenuata in presenza di un post-fatto che reintegra per quanto possibile l'offesa, a maggior ragione deve essere esclusa quando ricorre un'azione che impedisce lo stesso accadimento dell'illecito*»<sup>904</sup>.

È la stessa disposizione a esigere, e contestualmente ad ammettere, che ciò avvenga «*volontariamente*»; e detta volontarietà sta a indicare che il fatto non può più ascrivere all'ente, giacché la controazione recide il nesso di appartenenza del medesimo, alla luce dell'atteggiamento dimostrato dal soggetto aggregato<sup>905</sup>.

A questa si aggiunge, ancora, la previsione che richiede, ai fini dell'esclusione della responsabilità, anche l'elusione fraudolenta del modello. Quest'ultima, benché problematica sul piano interpretativo e pratico<sup>906</sup>, offre uno spunto sistematico rilevante

---

<sup>904</sup> *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit., p. 44, § 12.2.*

<sup>905</sup> A. FIORELLA, *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, cit., p. 271

<sup>906</sup> Per le critiche espresse nei confronti di tale previsione e le consequenziali istanze di abrogazione: G. DE VERO, *Struttura*, cit., p. 1137-1142; Id., *La responsabilità*, cit., p. 184-189. Di recente, C. PIERGALLINI, *Aspettative e realtà della (ancor breve) storia del d.lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità da reato degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, p. 862 e p. 867; si v. inoltre E. FUSCO – C.E. PALIERO, *L'happy end*, cit., p. 18 ss., i quali osservano che l'elusione fraudolenta un "corpo estraneo" in un sistema di responsabilità a base colposa.

Si rinvia ancora al lavoro di A.F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., *passim.*; nonché Id., *L'elusione fraudolenta del modello*, cit., p. 230 ss.

In dottrina si contendono il campo due letture dell'elusione fraudolenta; dibattito, peraltro, attivato anche dalla sentenza del 2013 resa nella vicenda "Impregilo" (Cass., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677).

Una prima visione ne dà un'interpretazione oggettivista e, quindi, riconduce la fraudolenza alla decettività della condotta. In tal modo si che consente di provare anche la funzionalità del modello e l'effettività del controllo, ciò che assicura l'autonomia e indipendenza di cui deve dotarsi l'Organismo di Vigilanza (D. PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., p. 415 ss.; A. ALESSANDRI, *Riflessioni*, p. 25 ss., p. 41; A. BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in A. BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate*, Milano 2006, p. 55 ss.). L'orientamento contrario opina per

ai fini della consolidazione della costruzione di un paradigma integralmente colposo. Con essa si segnala il confine il cui superamento non può consentire di ritenere allineate la volontà dell'apice autore del fatto di connessione e quella della persona giuridica<sup>907</sup>.

Inoltre, la funzione dell'elusione fraudolenta è quella di "illuminare" in ordine alla qualità prevenzionistica che il modello presenta nei suoi contenuti e nella sua attuazione; nel senso che perché questo non impedisse la commissione di quel reato, si è reso necessario che l'autore lo eludesse fraudolentemente<sup>908</sup>.

Peraltro, con l'ancoraggio dell'elusione al reato in concreto la verifica della colpevolezza dell'ente rimane riferita al fatto commesso, così evitando che la valutazione

---

un'accezione soggettivista, secondo cui la fraudolenza esprimerebbe l'antagonismo degli apicali rispetto alle prescrizioni comportamentali provenienti dalla società (C. E. PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza*, cit.; in questi termini, si cfr. anche Confindustria (a cura di), *Linee Guida per la Costruzione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, [www.confindustria.it](http://www.confindustria.it), 2014, 15). Per un tentativo di mediazione, si v. A.F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta*, cit.

La giurisprudenza è orientata verso la lettura oggettivista (Cass., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677). Sull'interpretazione dell'elusione fraudolenta si v. anche, di recente, Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, secondo cui: «(...) il concetto di "elusione" implic(a) necessariamente una condotta munita di connotazione decettiva, consistendo nel sottrarsi con malizia ad un obbligo ovvero nell'aggiramento di un vincolo, nello specifico rappresentato dalle prescrizioni del modello; rafforzato poi dal predicato di "fraudolenza", contenuto nella norma, che, lungi dall'essere una mera ridondanza, vuole evidenziare l'insufficienza, a tal fine, della semplice e frontale violazione delle regole del modello, pretendendo una condotta ingannatoria. È necessario, piuttosto, (...) che si tratti di una «condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola», tale da frustrare con l'inganno il diligente rispetto delle regole da parte dell'ente. L'esonero dell'ente dalla responsabilità da reato, infatti, può trovare una ragione giustificativa solamente in quanto la condotta dell'organo apicale rappresenti una dissociazione dello stesso dalla politica d'impresa; in tale evenienza, dunque, il reato costituisce il prodotto di una scelta personale ed autonoma della persona fisica, realizzata non già per effetto di inefficienze organizzative, ma, piuttosto, nonostante un'organizzazione adeguata, poiché aggirabile, appunto, soltanto attraverso una condotta ingannevole. Ovviamente, da quanto appena detto, deriva che tale efficacia decettiva debba dispiegarsi all'interno della struttura organizzativa dell'ente, verso, cioè, gli organi e l'apparato di controllo dello stesso, e non nei confronti dei terzi estranei: l'elusione fraudolenta va valutata, infatti, in riferimento non al precetto penale, bensì alle prescrizioni del modello organizzativo, dovendo rappresentare una modalità esecutiva della condotta del soggetto apicale, non anche un elemento costitutivo del reato da questi commesso». Per una lettura critica dell'interpretazione resa da questa pronuncia, v. C.E. PALIERO – E. FUSCO, *L'happy end*, cit., p. 21 ss. Gli AA. hanno sottolineato, tra l'altro, che se, per un verso, la Suprema Corte è parsa privilegiare l'accezione oggettivista, per un altro verso, la stessa avrebbe introdotto un temperamento in senso soggettivista, allorché ha fatto riferimento alla valutazione dell'"atteggiamento interiore" dell'apicale-reo e a un "obbligo di fedeltà" da parte di questi nei confronti della società (così, p. 20).

<sup>907</sup> A. FIORELLA, *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, cit., p. 272

<sup>908</sup> In questi termini A.F. TRIPODI, *ult. op. cit.*, p. 27-28. Nel senso che il suo opposto, cioè «l'elusione non-fraudolenta», può annoverarsi tra i criteri di imputazione del reato all'ente: A. FIORELLA, *Responsabilità*, cit., p. 5106.

«(...) finisca per tradursi in una stigmatizzazione di una condotta di vita o di un modo di essere dell'ente medesimo (...)»<sup>909</sup>.

Così posta la necessità e, contestualmente, la possibilità di svolgere un'indagine circa la misura soggettiva della colpa di organizzazione, occorre individuare i criteri in base ai quali la medesima dovrebbe essere svolta.

Innanzitutto, deve escludersi che tale verifica possa essere condotta secondo un approccio "antropomorfo", alla stessa stregua di un giudizio di rimproverabilità sul singolo individuo agente, posto che la persona giuridica non è un 'macro-antropo', composto della stessa sostanza delle persone fisiche<sup>910</sup>. Difatti, altrimenti opinando, ci si scontrerebbe nuovamente con le obiezioni tradizionali della impossibilità di mettere sullo stesso piano la capacità di azione delle persone fisiche e quella delle persone giuridiche<sup>911</sup>.

Cionondimeno, non devono essere marginalizzate le condizioni in cui versano le persone fisiche che fondano il sostrato organizzativo dell'ente nella vicenda che viene in rilievo<sup>912</sup>.

Difatti, l'attività dell'ente consta di un'azione aggregata dei singoli soggetti che ne fanno parte, al punto che il loro comportamento può considerarsi, a un tempo, tanto individuale, quanto parte della condotta della collettività, frutto delle interazioni che si

---

<sup>909</sup> A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto*, cit., p. 114

<sup>910</sup> U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959, p. 114 e 120

<sup>911</sup> Si cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. italiana a cura di G. Treves, Milano, 1952, p. 102. Per questi rilievi, v. A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 192-193 e 211. Si cfr. anche V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., p. 471 ss.

<sup>912</sup> Per i modelli giurisprudenziali nordamericani e inglesi, rispettivamente, del *collective intent knowledge* e della *aggregated liability*, si v. C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 29 e 159. In questa prospettiva la colpa d'impresa si differenzia dalla colpa individuale per ragioni meramente quantitative, essendo costituita dalla mera sommatoria delle stesse; essa sconta il vizio di fondo di non discostarsi dalla umanità delle categorie penalistiche (p. 354). Sul punto, v. anche R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, cit., p. 151 ss. Per la teoria della *constructive fault*, si v. W.S. LAUFER, *Corporate Bodies and Guilty minds: The Failure of Corporate criminal liability*, Chicago-London, 2006, p. 68 ss.; Id., *Inautenticità del sistema della responsabilità degli enti e giudizio di colpevolezza*, in F. CENTONZE – M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti*, cit., p. 9 ss. Si è evidenziato che tali teorie «percepiscono (...) il fenomeno dell'«agire aggregato» e del suo rilievo nella soluzione dei problemi propri della responsabilità dell'ente (...)»: A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 196.

instaurano al suo interno<sup>913</sup>. Dunque, l'ontologia in senso separazionista dell'ente consiste in un fenomeno di derivazione giuridica della propria personalità e dei propri comportamenti dall'aggregazione della posizione attivamente assunta dai propri componenti<sup>914</sup>. Difatti, le unità individuali dell'organizzazione complessa cooperano in vista del perseguimento degli scopi sociali, tra i quali rientra, per integrazione legale, il contenimento del rischio di accadimenti criminosi<sup>915</sup>. In altri termini, gli esponenti dell'ente rappresentano il tramite attraverso il quale questo può inverare le proprie scelte d'azione.

Seguendo quest'angolo visuale, se la condotta dell'ente si identifica con quella che risulta dall'aggregazione dei diversi componenti, la valutazione della dominabilità del fatto alla base dell'illecito andrà effettuata tenuto conto della posizione rivestita da questi.

Occorre chiarire che non si vuole intendere che ci si debba limitare a un esame psicologico cumulativo. In questa guisa, assume centralità il concetto di "interazione aggregata", locuzione che evidenzia come la sfera soggettiva dell'ente sia enucleabile se vista nel suo momento relazionale e teleologicamente orientato<sup>916</sup>. È questo processo di connessione di azioni che consente di dar vita a un 'fatto metaindividuale', autonomo e proprio dell'ente e che ne giustifica la responsabilità secondo i canoni minimi dell'art. 27, comma 1 Cost.<sup>917</sup>.

Tale approccio restituisce importanza alla posizione psicologica i cui versano i singoli componenti – fuori dell'elemento che rispecchia la commissione del reato c.d. presupposto – in contiguità temporale con l'integrazione della vicenda criminosa<sup>918</sup>. Pertanto, la componente soggettiva della responsabilità colpevole dell'ente consiste nella rappresentabilità e prevenibilità di quei membri che si inseriscono in quella sequenza

---

<sup>913</sup> A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 192-193; A. FIORELLA, *From "Macro-anthropos" to "Multi-person Organisation"*, cit., p. 373 ss. Si cfr. W.S. LAUFER, *Corporate Bodies and Guilty minds: The Failure of Corporate criminal liability*, cit., p. 86.

<sup>914</sup> Prospettiva seguita in Id. – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 194

<sup>915</sup> A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 193

<sup>916</sup> *Ivi*, p. 206

<sup>917</sup> Cfr. *Ivi*, p. 211 ss.

<sup>918</sup> Cfr. *Ivi*, p. 209

organizzativa che conglopera funzioni decisionali e di controllo in cui si inserisce il fatto concretamente commesso, termine di relazione del giudizio di colpevolezza di organizzazione<sup>919</sup>.

Collocarsi nel solco di questa ricostruzione consentirebbe di contemperare le difficoltà di riconoscere una dimensione personale in senso stretto in capo all'ente e, contestualmente, di garantire un rimprovero personale secondo una strutturazione realistica dell'agire organizzato, ancorata a un'idea di colpevolezza che segue una logica olistica temperata, autonoma e attenta alla situazione concreta<sup>920</sup>.

#### ***4. Rilievi dogmatici sul fatto nella ricostruzione di una teoria generale dell'illecito dell'ente.***

L'*excursus* sin qui svolto ha consentito di constatare l'acquisita centralità del difetto organizzativo nella fattispecie illecita dell'ente, quale elemento che, in sinergia con i criteri di cui all'art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001, consente di imputare il reato c.d. presupposto alla persona giuridica.

Dall'esame del sistema della responsabilità "da reato" si ricava che i modelli di organizzazione sono un attore poliedrico di questa "commedia", in grado di giocare «*molti ruoli*» nella dinamica delle relative vicende punitive<sup>921</sup>.

---

<sup>919</sup> *Ivi*, p. 212

<sup>920</sup> Nel tentativo di armonizzare la disciplina dei Paesi dell'Unione Europea al fine di introdurre un sistema sanzionatorio che conciliasse esigenze preventivo-repressive in maniera efficace e, al contempo, che fosse rispettoso delle garanzie difensive necessarie, con la valorizzazione del preventivo atteggiamento colpevole dell'ente, vedi la proposta elaborata dal gruppo di ricerca, costituito dalle Università Roma Tre, Sapienza, Sorbonne, Castilla-La Mancha: in A. FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, cit.

<sup>921</sup> Così R. RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, in S. VINCIGUERRA – M. CERESA-GASTALDO – A. ROSSI (a cura di), *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, p. 81. Difatti, al di là del ruolo escludente la responsabilità, la corretta adozione e implementazione successiva all'illecito può temperare la risposta sanzionatoria (artt. 12, comma 2, 17 e 78) e limitare gli strumenti cautelari (artt. 45 e 49).

Questa pluralità funzionale del *deficit* organizzativo emerge anche all'interno della stessa fattispecie di responsabilità.

Difatti, il principio costituzionale di materialità (art. 25, comma 2 Cost.) fonda la responsabilità penale, innanzitutto, su un fatto: in assenza di un fatto realizzatosi esteriormente, in un contesto relazionale intersoggettivo, e che, quindi, sia oggettivamente riscontrabile, la sanzione penale non può giustificarsi<sup>922</sup>. Dunque, anche la responsabilità “para-penale” delle persone giuridiche deve essere la conseguenza di un comportamento proprio delle stesse, sicché occorre ricercare il fatto all'interno della struttura complessa delineata dalla “231”.

Invero, è evidente le difficoltà che incontra detta indagine già rimanendo sul terreno strettamente normativo<sup>923</sup> – quindi rimanendo in disparte il risalente dibattito circa la capacità di azione dell'ente. La poca chiarezza nella costruzione normativa dei criteri d'imputazione, che tanto ha attanagliato gli interpreti nella comprensione sul ‘come’ debba rispondere l'ente, incide anche sulla individuazione ‘di cosa’ debba rispondere l'ente<sup>924</sup>.

---

<sup>922</sup> G. MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 1209.

<sup>923</sup> Si cfr. D. BRUNELLI, *Divagazioni sulle “dimensioni parallele” della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2017, p. 24. Difficoltà che si incrociano anche con il problema dell'inversione dell'onere della prova. Partendo da tale presupposto, parte della giurisprudenza di merito ha ritenuto non necessario specificare i profili della colpa d'organizzazione nel capo d'imputazione: Trib. Milano, GUP 3 novembre 2010. In senso critico, si è rilevato che, così opinando, si darebbe la stura a una doppia imputazione del fatto di reato, alla persona fisica e alla persona giuridica (E. VILLANI, *La “colpa di organizzazione” nell'illecito dell'ente da reato*, cit., p. 214, e P. FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, cit., p. 707), si favorirebbe la formulazione di contestazioni implicite (M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 177, e G. RUTA, *Articolo 59*, cit., p. 1201) o con finalità meramente esplorative (G. FIORELLI, *Il diritto alla contestazione dell'illecito dipendente da reato*, cit., p. 119).

<sup>924</sup> Risuona la domanda posta da C.E. PALIERO, *La società punita*, cit., p. 1516.

#### **4.1. *La distinzione tra il fatto della persona fisica e il fatto della persona giuridica.***

D'acchito, la domanda sopra posta potrebbe apparire ingenua, se si tiene conto che la risposta potrebbe essere già data dal titolo del d.lgs. n. 231 del 2001: "la responsabilità" è "da reato", donde l'ente risponde per la commissione del medesimo da parte delle persone fisiche.

Ebbene, se l'illecito è quel comportamento che viola il precetto normativo, ad un primo sguardo non sembra ricavabile l'esistenza di un vero e proprio precetto indirizzato all'ente, scisso da quello che enuclea la fattispecie incriminatrice<sup>925</sup>.

Dunque, se il fattore scatenante la punizione della persona giuridica fosse il reato, e se l'ordinamento consente comunque di evitare la contraddizione del principio di personalità della responsabilità penale attraverso i criteri di imputazione oggettivo e soggettivo, se ne dovrebbe ricavare che il fatto di cui risponde l'ente è il reato<sup>926</sup>. In altri termini, non c'è differenza tra il fatto della persona fisica e il fatto della persona giuridica: entrambi rispondono del medesimo accadimento normativamente riprovato, sia pure, fisiologicamente, a diverso titolo<sup>927</sup>.

D'altra parte, il criterio dell'interesse funge, per l'appunto, da ragione di ascrizione del fatto all'ente, secondo la logica organicista, non potendosi ritenere che avere interesse e trarre vantaggio possano costituire una condotta<sup>928</sup>.

---

<sup>925</sup> T. PADOVANI, *Il nome dei principi*, cit., p. 15; G. DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 754

<sup>926</sup> Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654. A. PAGLIARO, *Intervento*, in F.C. PALAZZO (a cura di), *Societas*, cit., p. 72; C.E. PALIERO, *La società punita*, cit., p. 1521, che, attraverso la propria ricostruzione in termini di responsabilità estesa all'ente, alla stessa stregua della fattispecie concorsuale, discorre di unitarietà dell'illecito.

<sup>927</sup> Secondo E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. giust.*, 23/2001, p. 8, ci si troverebbe in presenza di un medesimo fatto storico con una diversa qualificazione giuridica; si v. anche Id., *La responsabilidad penal de las entidades colectivas*, in *Rev. pen.*, 13/2004, p. 118.

<sup>928</sup> T. PADOVANI, *Il nome dei principi*, cit., p. 15; G. DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi*, cit. p. 754

Senonché, questo tipo di lettura resta fortemente ancorata al modello di responsabilità per ascrizione: la responsabilità dell'ente non risulterebbe nient'altro che un prolungamento soggettivo della risposta punitiva, senza che siano tenute in adeguata considerazione le istanze di costruzione di una responsabilità autonoma e personale "a tutto tondo"<sup>929</sup>.

D'altra parte, se, da un lato, il legislatore ha mancato di fissare in maniera esplicita il fatto dell'ente che viene incriminato, dall'altro lato, è altrettanto vero che alcuni indizi nel senso di una distinzione tra l'illecito della persona fisica e l'illecito dell'ente sono rinvenibili in alcuni riferimenti normativi.

In tal senso depongono alcune norme processuali (artt. 59, comma 2, e 61, comma 2), dalle quali è desumibile l'esistenza di uno iato tra il reato e il fatto illecito, il quale, di conseguenza, andrebbe inteso attraverso il riferimento ai criteri d'imputazione<sup>930</sup>. Quindi, il confronto con il segmento processuale del sistema e la 'norma reale' che da esso può trarsi<sup>931</sup> consente di estrapolare dai criteri di imputazione, e in particolare dalla colpa d'organizzazione, un *quid pluris* funzionale ad esso sottostante e non visibile *ictu oculi*.

Vero è che il collegamento obiettivo con il reato non rappresenta una condotta della persona giuridica, ma solo un meccanismo di riferibilità del fatto alla sua sfera operativa; ma è altrettanto vero che, nell'economia dell'illiceità della vicenda in esame, un diverso significato può assumere il vizio preventivo dell'organizzazione complessa.

---

<sup>929</sup> Infatti, per quanto la base comune della responsabilità della persona fisica e della persona giuridica sia data dal reato, mentre per la prima quest'ultimo «risolve e conclude l'attribuzione penalistica, per l'ente è solo il materiale di partenza per una successiva qualificazione»: A. ALESSANDRI, *Note*, cit., p. 48. Si v. anche Corte cost. 18 luglio 2014, n. 218; Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 2251; Trib. Milano, ord. 25 gennaio 2005. *Contra* Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654.

<sup>930</sup> Anche se spesso il legislatore utilizza il concetto di fatto riferendosi al reato-presupposto. Così per gli artt. 11, comma 1, e 12, comma 1, lett. a); la colpa d'organizzazione, infatti, è ricompresa nella locuzione «grado della responsabilità dell'ente»: G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., p. 411. Anche M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 176 evidenzia la diversità degli adempimenti di cui all'art. 59 cit. Si cfr. anche G. GARUTI, *Contestazione dell'illecito amministrativo*, in A. GIARDA – E.M. MANCUSO – G. SPANGHER – G. VARRASO (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Milano, 2007, p. 450; M. GIGLIOLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in A. D'AVIRRO – A. DI AMATO, (a cura di), *La responsabilità*, cit., p. 736 ss. e 742 ss.

<sup>931</sup> M. GALLO, *Diritto penale italiano*, I, cit., p. 14 ss.



#### 4.2. *La colpa di organizzazione tra Unrecht e Schuld.*

L'idea secondo cui costituisce l'attività della persona giuridica la sinergia delle diverse componenti strutturali, sì da potersi separare l'agire aggregato da quello individuale, può far produrre delle conseguenze giuridiche responsabilizzanti al modo attraverso il quale tale condotta si realizza; una condotta che è essenzialmente organizzazione. E ciò tanto se si tratta di reato commesso da soggetti para-apicali, in cui una lettura di tal fatta potrebbe rientrare già nella sfera di significati alternativi desumibili dalla formulazione dell'art. 7, quanto se si è al cospetto di un reato collocantesi in un contesto verticistico dell'ente<sup>932</sup>.

In questa direzione depone, ancora una volta, il principio personalistico, giacché se di responsabilità per fatto proprio colpevole deve trattarsi, allora bisognerà tenere conto della sua natura metaindividuale. Un soggetto in grado di andare oltre non soltanto le persone fisiche che ne fanno parte, ma anche i propri organi, con i quali non si realizza alcuna immedesimazione esclusiva. Quest'ultima visione si rivela ormai anacronistica e parziale, se si considera la maggiore complessità del fenomeno societario, i cui protagonisti non sono soltanto organi, ma, soprattutto, organizzazione; attività vera e propria, quest'ultima, che costituisce esplicazione della propria personalità socio-normativa attraverso l'adozione e l'applicazione di regole atte a disciplinare e mettere in relazione tra loro le dinamiche interne del proprio funzionamento<sup>933</sup>.

Dunque, l'organizzazione è il modo attraverso il quale l'ente si esprime nella realtà socio-economica, attraverso l'interazione e l'aggregazione significativamente collegata dei comportamenti dei propri esponenti.

---

<sup>932</sup> A questo punto, la differenza tra gli artt. 6-7 d.lgs. n. 231 del 2001 risiederebbe in ciò, che l'art. 7 esige dei fattori sintomatici della responsabilità maggiormente significativi, «*attribuendo efficacia esclusiva dell'illecito amministrativo anche ad una modellistica di riferimento meno rigorosa rispetto a quella che invece prevede per illecito commesso dal soggetto in posizione apicale, perché il ruolo para-apicale ha un valore meno indiziario della partecipazione dell'ente all'illecito; dunque solo carenze organizzative più rilevanti possono condurre a presumere il suo coinvolgimento*»: così, A. FIORELLA, *Responsabilità*, cit., p. 5106.

<sup>933</sup> Si cfr. R. BARTOLI, *Un'introduzione alla responsabilità punitiva degli enti*, cit., p. 2-3.

Che la legge recepisca questa visione dinamica della organizzazione dell'ente è comprovato dall'intento ordinamentale di orientare le scelte dell'impresa, stigmatizzandone quelle che non corrispondono a un'adeguata prevenzione dei reati. D'altro canto, il difetto organizzativo rappresenta la contrapposizione da parte della persona giuridica allo schema comportamentale imposto dall'ordinamento. La regolamentazione dei modelli non è nient'altro che la indicazione del paradigma legale dell'agire collettivo a cui l'ente deve contravvenire perché incorra in responsabilità.

Questo significa che un'organizzazione difettosa configura, prima ancora che la *Schuld*, l'*Unrecht*<sup>934</sup>. Pertanto, il fatto illecito dell'ente è dato dalla mancata adozione di un'organizzazione non rispondente a quella richiesta dalla legge, in quanto inidonea a contenere il rischio della commissione di reati<sup>935</sup>.

---

<sup>934</sup> G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., p. 407. Si cfr. C.E. PALIERO, *Il sistema sanzionatorio dell'illecito dell'ente: sistematica e rationale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 1199 ss., dove si evidenzia che il precetto rivolto all'ente si differenzia da quello degli individui, perché consiste in due precetti distinti: dovere di minimizzazione del rischio-reato e obbligo di organizzazione sulla cui violazione si fonda la colpa di organizzazione.

<sup>935</sup> A. ALESSANDRI, *Attività*, cit., p. 262 ss.; A. ALESSANDRI, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in N. ABRIANI – G. MEO – G. PRESTI (a cura di), *Società e modello «231»: ma che colpa abbiamo noi?*, in *AGE*, 2/2009, p. 344; O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 45, 136 e 137; si cfr. anche A. ROSSI, *Responsabilità "penale-amministrativa" delle persone giuridiche (profili sostanziali)*, in Ead. (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, p. 516; F. MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001 (nota a Cass. pen. Sez. VI Sent., 05 ottobre 2010, n. 2251)*, in *Dir. pen. e proc.*, 4/2011, p. 440 ss.; Id., *Gli illeciti di abuso di mercato, la responsabilità dell'ente e l'informazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 824 ss. e nt. 2, 828 ss., 830 ss. e nt. 13; L. STORTONI – D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 19; A.F. TRIPODI, *L'ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori*, in *Sist. pen.*, 28 dicembre 2020, p. 17. Anche M. ROMANO, *La responsabilità*, cit., p. 409 ss., discorre di contributo concreto alla integrazione del reato da parte della persona fisica. Si v. anche S. PANAGIA, *Rilievi critici sulla responsabilità punitiva degli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 153-156 facendo riferimento a una condotta dell'ente, non specifica in cosa questa consisterebbe. Parzialmente difforme la tesi di I. CARACCIOLI (*Osservazioni*, cit., p. 80 s.), distingue tra reati che possono essere realizzati soltanto in via aggregata (es. falso in bilancio) e reati che devono scaturire da una decisione collegiale; secondo l'A. soltanto quelli che non possono essere commessi dalla persona fisica possono considerarsi fatti propri ed esclusivi dell'ente. Discorre di responsabilità da posizione, invece, F. GIUNTA, *Attività*, cit., p. 5 ss.

Si v. anche Corte cost. 18 luglio 2014, n. 218; Cass., sez. VI, 17 luglio 2018, n. 33044; Cass., sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 2251, che parte da tali considerazioni per escludere l'ammissibilità della costituzione della parte civile nel processo a carico dell'ente. Per un commento, si v. F. MUCCIARELLI, *ult. op cit.*, p. 436 ss. Nel senso che l'ente non è mai autore o concorrente nel reato, v. anche Cass., Sez. Un., 5 marzo 2014, n. 10561, *Gubert*.

Anche nella giurisprudenza di merito si è discusso di autonomia del fatto illecito dell'ente: Trib. Torino, G.i.p. Moroni, ord. 23 luglio 2008; Trib. Milano, sez. XI, 28 aprile 2008; Trib. Milano, G.i.p. Giordano, ord. 5 febbraio 2008; Trib. Milano, G.i.p. Tacconi, ord. 25 gennaio 2005.

Questo duplice volto del difetto d'organizzazione – in parte fatto tipico in parte colpevolezza – non appare contraddittorio; anzi, proprio detta sovrapposizione di piani potrebbe apparire una conferma della natura innanzitutto obiettiva e comportamentale del medesimo. Infatti, si potrebbe osservare che, in maniera simile rispetto a quanto accade per i reati causalmente orientati, la condotta tipica è definita in funzione dell'elemento soggettivo che deve sorreggerla, e nella specie per quelli colposi, «*quella che per prima dia luogo ad una situazione di contrarietà rispetto ad uno dei criteri di qualificazione richiamati dal legislatore nella definizione della colpa*»<sup>936</sup>.

Dunque, se l'essenza primaria della colpa è rappresentata dalla violazione di una regola cautelare, a questa è possibile riconoscere una duplice funzione: in parte elemento psicologico e, prima ancora, fattore che si colloca sistematicamente nel fatto tipico<sup>937</sup>. D'altronde, che la misura oggettiva della colpa sia idonea a riempire di contenuti anche il fatto tipico, apponendo i termini del confine tra l'area del penalmente illecito e quella della irrilevanza penale, è un dato condiviso in dottrina a partire dai contributi offerti dai teorici d'oltralpe<sup>938</sup>.

In altri termini, se la punizione è diretta verso il contributo collettivo offerto alla commissione del reato nel contesto imprenditoriale, la strutturazione dell'ente che si

---

Per la natura autonoma dell'illecito dell'ente rispetto a quello della persona fisica, al fine di affermare la compatibilità con il diritto UE dell'inammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente: CGUE, 12 luglio 2012, C-79/11, par. 48.

<sup>936</sup> Si vuole prendere a modello la ricostruzione autorevole della condotta nei reati colposi e dei rapporti tra tipicità e colpevolezza offerta da M. GALLO, *Diritto penale italiano*, I, cit., p. 501; Id., voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1960, p. 636 ss.

<sup>937</sup> G. MARINUCCI, *Il reato come «azione»*. *Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 153 ss.; G. FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991, p. 157; Id. – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 351; S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale*, cit., p. 464

Osservazioni analoghe, di recente, in Cass., sez. IV, 4 ottobre 2022, n. 570, che osserva che la colpa di organizzazione assolve nella responsabilità dell'ente la stessa funzione tipica della colpa della persona fisica, quale elemento costitutivo del fatto tipico, integrato dalla violazione di una regola cautelare.

<sup>938</sup> Oltre ai richiami contenuti nella nota precedente, si v. D. CASTRONUOVO, voce *Colpa penale*, in M. DONINI (a cura di), *Reato colposo*, *Enc. dir.*, Milano, 2021, p. 207 ss.; F. GIUNTA, *Attività*, cit., p. 250 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, *Enc. dir.*, Annali, X, p. 227 ss.

discosta dalla *corporate governance* normativamente richiesta è, ad un tempo, condotta e base del rimprovero legale<sup>939</sup>.

#### **4.3. *La fattispecie a disvalore complesso.***

L'analisi sopra condotta ha consentito di avvicinarsi al fatto dell'ente posizionando una "lente di ingrandimento" sulla colpa di organizzazione e sul fenomeno organizzativo in generale. Quest'ottica ha portato a rinvenire in essa un'astratta capacità definitoria del comportamento delle persone giuridiche stigmatizzato dall'ordinamento già sul piano oggettivo.

Non si nega che l'assimilazione svolta nella ipotesi ricostruttiva sopra formulata possa esporsi a un rilievo dogmatico.

La ricostruzione della condotta sulla scorta della componente obiettiva dell'elemento soggettivo si confà ai reati causalmente orientati per il loro essere imperniati su di un disvalore d'evento. Diversamente, se si aderisce all'impostazione secondo cui la colpa d'organizzazione identifica anche il fatto tipico della responsabilità, allora in questa dovrebbe essere ravvisato anche il nucleo del disvalore di tale fattispecie<sup>940</sup>. Ne discende che il reato c.d. presupposto verrebbe relegato a mera

---

<sup>939</sup> Spinge in questa direzione la lettura più recente della colpa d'organizzazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità D. BIANCHI, *Verso un illecito corporativo personale*, cit., p. 9: «Se si segue la concezione "isotopica" ora accolta dalla Corte, la colpa d'organizzazione va a fondare la stessa tipicità del fatto corporativo: il fatto della persona fisica, quand'anche al vertice dell'organizzazione, non è fatto dell'organizzazione stessa; il fatto corporativo è fatto ritagliato sulle fattezze non antropomorfe dell'ente collettivo, s'incentra sull'omissione delle doverose cautele preventive del rischio-reato».

<sup>940</sup> Nel senso che il nucleo del disvalore di tale responsabilità (ritenuta "non penale") sarebbe rappresentato dal difetto organizzativo, per l'incapacità dell'ente di prevenire fenomeni criminosi, si v. M.A. MANNO, *Non è colpa mia! alla ricerca della colpevolezza perduta nella responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, cit., p. 123 ss.

condizione obiettiva di punibilità<sup>941</sup>, ciò che, peraltro, intende ricavarsi anche dalla circostanza che il *deficit* organizzativo non è soggetto, di per sé solo, a una sanzione<sup>942</sup>.

In realtà, non sembra che questo inquadramento abbia come conseguenza necessaria quella di emarginare il reato della persona fisica ponendolo fuori dall'area della tipicità<sup>943</sup>. Difatti, se si trattasse di condizione obiettiva di punibilità, l'ente ne potrebbe rispondere quale che sia la propria posizione rispetto al reato, venendo punito per la semplice e meccanica constatazione della commissione dello stesso e del proprio difetto strutturale<sup>944</sup>.

Piuttosto, l'ente risponde pur sempre per la stretta connessione esistente tra sé, il proprio difetto organizzativo e il reato<sup>945</sup>; connessione che, ai fini di una compiuta appartenenza dell'illecito all'ente, deve apprezzarsi sotto il profilo causale<sup>946</sup> e colpevole<sup>947</sup>. D'altra parte, anche un attento esame del dato legale conduce in questa direzione: si tenga presente che la legge presuppone che il reato dei soggetti "para-apicali" deve essere stato "reso possibile" da un vizio nella direzione o vigilanza, che viene

---

<sup>941</sup> G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., p. 409. Per tale natura, con conseguente rimprovero per la complessiva condotta di vita, v. O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 92 ss.; Id., *Il criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 237.

<sup>942</sup> F. MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente*, cit., p. 442; E. MUSCO, *ult. op. cit.*, p. 8; G. COCCO, *L'illecito*, cit., p. 90.

<sup>943</sup> Rileva che, di fatto, pervengono a conclusioni di questo tipo le costruzioni teoriche che hanno cercato di elaborare una colpevolezza autonoma dell'ente, finendo per erigerla attorno alla sua pericolosità generica: A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 200.

<sup>944</sup> Infatti, non dovrebbe accertarsi nessun nesso di causalità tra la condotta e l'evento condizionale. Si cfr. F. BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 593, che osserva che, altrimenti opinando, si genererebbe il rischio di cadere in confusione tra causalità eventuale e causalità necessaria. Si cfr. anche il rilievo logico-sistematico di V.N. D'ASCOLA, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 655, il quale evidenzia che la soluzione contraria renderebbe l'art. 44 un inutile doppione dell'art. 42, comma 3 c.p. Si cfr. anche Id., *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 2004, p. 190 ss.

<sup>945</sup> Si cfr. M. PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli «punitivi» e prospettive di efficienza*, cit., p. 365, che qualifica il reato come "evento", assimilando la responsabilità dell'ente a quella prevista dall'art. 57 c.p. Si cfr. anche F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi*, cit., 36; A. MELCHIONDA, *Brevi appunti sul fondamento dogmatico della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi*, cit., p. 229.

<sup>946</sup> Si cfr. A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 210

<sup>947</sup> Causalità quantomeno agevolatrice, secondo M. PELISSERO, *La responsabilità*, cit., p. 754 e 758, che inquadra l'illecito tra le fattispecie di agevolazione colposa. Di agevolazione colposa discorrono anche A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 211, quale forma base di fatto dell'ente.

appurata solo con riguardo a posizioni singolari, ma valutando anche la sfera organizzativa ulteriore rispetto agli apicali; e un legame eziologico è dato per implicito anche dal riferimento alle «carenze organizzative che hanno determinato il reato» nella disciplina sul ripristino *post-factum* (art. 17)<sup>948</sup>. Dunque, la condotta dell'ente si atterrebbe alla stessa stregua di un omesso impedimento dell'evento-reato, in ordine al quale l'ente sarebbe stato investito dall'ordinamento di una posizione di garanzia<sup>949</sup>.

Leggere l'enfasi oggettiva posta sulla 'colpevolezza d'organizzazione' come profilo esclusivo della illiceità, poi, rischia di sconfinare in un disvalore "per il modo d'essere" dell'ente che allontana la responsabilità di quest'ultimo dal proprio baricentro d'origine<sup>950</sup>.

Per quanto concerne il primo versante, ai fini della personalizzazione della responsabilità, il reato deve essere la derivazione causale della lacuna organizzativa, secondo un accertamento svolto *ex post* rispetto alla sua commissione<sup>951</sup>. Così ricostruito il profilo oggettivo, il reato costituisce, per così dire, l'evento da cui dipende l'esistenza dell'illecito dell'ente<sup>952</sup>, ma in sinergia con la lacuna organizzativa, al punto da poter discutere di una fattispecie imperniata su di un disvalore complesso, di condotta e d'evento<sup>953</sup>.

---

<sup>948</sup> A. FIORELLA, *Responsabilità*, cit., p. 5104

<sup>949</sup> A. FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, cit., p. 85 ss.

<sup>950</sup> Id. – N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto*, cit., p. 114. Sui rischi insiti in una concezione che tenga conto del 'modo d'essere dell'ente', si v., degli stessi AA., *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 201 ss. Rischi di cui è foriero l'orientamento giurisprudenziale che ricerca le carenze strutturali e di sistema che hanno alimentato o favorito l'illecito penale (si cfr. Cass., sez. I, 2 settembre 2015, n. 35818), secondo quanto evidenziato da A. SERENI, *La colpa di organizzazione nella responsabilità dell'ente da reato*, cit., p. 66 ss.

<sup>951</sup> A. FIORELLA, *Responsabilità*, cit., p. 5103-5104

<sup>952</sup> Id. – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 197 e 206-207

<sup>953</sup> V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., p. 140, 150 ss., 193 e 226 ss., il quale ricostruisce l'illecito dell'ente in chiave monosoggettiva, richiamando il modello *ex art. 40, comma 2 c.p.* Secondo l'A., però, l'ente risponderebbe per l'omessa prevenzione del reato ovvero per non aver ridotto *ex ante* il rischio della sua commissione entro il limite consentito dall'ordinamento. Il comportamento dell'ente risponderebbe a un complesso di carenze individuali. In senso analogo, si v. V. MANES, *Realismo e concretezza*, cit., p. 1638 ss. e 1651; S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, p. 69 ss.; C. PIERGALLINI, "Una sentenza "modello", cit., p. 4; Id., *Aspettative e realtà*, cit., p. 862 ss. Si v. anche F. PIERGALLINI, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della*

In secondo luogo, dovrà verificarsi, sulla base di un giudizio *ex ante*, l' idoneità preventiva dell'organizzazione dell'ente al momento della commissione del reato, al fine di collocarlo all'interno dell'area del rischio consentito ovvero in quella del rischio non consentito<sup>954</sup>, per poi procedere a valutarne l'ascrivibilità alla colpevolezza dell'ente, così come già illustrato<sup>955</sup>.

La ricostruzione di una siffatta 'teoria dell'illecito' dell'ente, dotata di riferimenti oggettivi e soggettivi prettamente propri, favorisce la progressione verso una piena emancipazione della fattispecie di responsabilità corporativa da quella della persona fisica. Accanto alla riconosciuta autonomia personalistica viene posta l'autonomia anche di 'scelte comportamentali', in grado di conferire una storicità a sé stante alla condotta dell'ente rispetto a quella delle persone fisiche che ne fanno parte.

Quest'ultimo rilievo tornerà utile allorché si opererà la comparazione tra i fatti ai fini della verifica della medesimezza ovvero della eterogeneità degli stessi, decisiva ai

---

*persona fisica e responsabilità dell'ente*, cit., p. 232; E. GRECO, *L'illecito dell'ente dipendente da reato. Analisi strutturale del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 2091 ss. Nel senso di un comportamento tendenzialmente riconducibile a un «omesso impedimento del reato», ma con riconoscimento di un contributo che l'azione dell'ente ha reso al reato, specie nei casi di reati espressione di «politiche istigatrici dell'ente», si v. A. FIORELLA, *Responsabilità*, cit., p. 5106-5107; A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 206.

In senso contrario, M. SCOLETTA, *Sulla struttura «concorsuale» dell'illecito punitivo delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano*, cit., p. 675, secondo cui la qualificazione come evento – oltre che come condizione obiettiva di punibilità – stravolgerebbe l'accertamento dell'illecito, giacché questo dovrebbe «muovere dal «fatto» proprio dell'ente, ovvero dal difetto organizzativo che integra la colpa collettiva, per poi accertare la causazione del reato/evento o la integrazione del reato/condizione obiettiva di punibilità». In verità, se tali considerazioni sono indiscutibili in presenza di una qualificazione del reato c.d. presupposto come condizione obiettiva di punibilità, non sembra possa dirsi ugualmente se si aderisce alla tesi dell'evento. Innanzitutto, non sembra condivisibile, sul piano metodologico, svolgere l'indagine su un piano inverso, muovendo dalla logica sequenziale dell'accertamento per inferire delle costruzioni dogmatiche. In disparte tali rilievi, poi, appare più ragionevole ritenere che l'ordine dell'accertamento rimanga immutato pur a fronte del riconoscimento della natura fattuale della colpa di organizzazione. In effetti, se è vero che la costruzione della fattispecie fornisce indicazioni sull'ordine logico da seguire nell'accertamento, sembra altrettanto evidente che, prima di verificare l'integrazione della condotta e il nesso causale intercorrente con l'evento, si debba riscontrare proprio l'esistenza di quell'evento da cui – non a caso – «dipende l'esistenza del reato» (art. 40, comma 1 c.p.). In altri termini, in assenza dell'evento – quindi del reato, nella prospettiva qui assunta – l'indagine ricostruttiva circa i fattori che lo hanno determinato non si attiverebbe nemmeno.

<sup>954</sup> Si cfr. A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 208-209.

<sup>955</sup> Si cfr. D. BIANCHI, *Verso un illecito corporativo personale*, cit., p. 10.

fini dell'accertamento della violazione del *divieto di bis in idem* nei casi di “binari doppi o multipli” (cap. IV, par. 14 ss.).



## CAPITOLO IV – DIRITTI FONDAMENTALI ED ENTI

### 1. *L'ente quale soggetto titolare di diritti fondamentali.*

L'ampliamento progressivo della protezione dei diritti fondamentali costituisce una caratteristica centrale degli Stati costituzionali moderni<sup>956</sup>, che rivolgono grande attenzione al ruolo della persona all'interno dell'ordinamento e ai rapporti intercorrenti fra la propria posizione e quella dei centri di potere istituzionalizzati<sup>957</sup>. La tematica dei diritti fondamentali, infatti, è quella che hanno più a cuore le democrazie pluraliste fondate sulla Costituzione<sup>958</sup>, ricollegabile alla regolazione della tensione costante fra Autorità e libertà, attraverso la quale tali valori, recepiti in una norma giuridica, «*aspirano a conformare l'intero ordinamento giuridico*»<sup>959</sup>. Norme che positivizzano il riconoscimento democratico di un bisogno di tutela generato all'interno della società per quella relazione di influenza bidirezionale esistente tra la loro diffusione e i rapporti sociali<sup>960</sup>.

Nel corso degli ultimi secoli si è assistito alla diversificazione degli spazi di riconoscimento di detti bisogni, emancipatisi da logiche puramente nazionali attraverso

---

<sup>956</sup> Si cfr. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, E. vitale (a cura di), Roma-Bari, 2001, p. 22, che evidenzia la sovrapposizione tra la storia del costituzionalismo e l'evoluzione dei diritti fondamentali.

<sup>957</sup> Non c'è costituzione senza garanzia dei diritti: si cfr. art. 16 Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

<sup>958</sup> Si cfr. A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XII, Roma, 1989, p. 23.

<sup>959</sup> Così M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2020, p. 3 e spec. 6.

<sup>960</sup> *Ivi*, p. 8, ove si sottolinea che il bisogno deve essere diffuso, poiché l'inesauribilità dei bisogni umani rende irragionevole stabilire un'equazione tra insorgenza dei bisogni e riconoscimento dei diritti.

quel processo di sostituzione dei protagonisti del diritto internazionale: dagli Stati ai singoli che ne sono sottoposti alla giurisdizione<sup>961</sup>. Tale fenomeno ha infranto i confini statuali della portata dei diritti fondamentali, facendoli divenire tali a livello sovranazionale, del tutto svincolati dal requisito della cittadinanza<sup>962</sup>.

Gli sviluppi teorico-sociali dei diritti fondamentali sono apparsi incentrati sulla sola persona fisica<sup>963</sup>, quale aggregazione di valori da essa inscindibili<sup>964</sup>, al punto da poter affermare che non c'è persona umana senza diritti<sup>965</sup>. Ma può attribuirsi validità all'inversione di tale affermazione? In altri termini, può ritenersi che vi siano diritti senza persona umana?

Non si vuole riprendere la distinzione tra 'diritti fondamentali' e 'diritti umani'<sup>966</sup> – che ha altre connotazioni e finalità – bensì porre un quesito essenziale ai fini della presente indagine, e cioè se esista oppure no uno statuto di diritti fondamentali riferibili alla persona giuridica.

La tematica non è stata oggetto di particolare approfondimento nella dottrina italiana, eccezion fatta per alcuni contributi che hanno provato a elaborare una 'teoria dei diritti della persona giuridica'. Al contrario, può notarsi l'incandescenza del problema in altri ordinamenti, ove la presenza di un fondamento positivo (art. 19, comma 3 GG) o di una casistica notevole (come negli Stati Uniti) hanno contribuito ad alimentare le speculazioni in merito. L'esigenza di delineare il *Constitutional Standing* delle persone

---

<sup>961</sup> *Ivi*, p. 71

<sup>962</sup> L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 22, pur potendosi distinguere, come fa l'illustre A., tra diritti della cittadinanza e diritti della personalità.

<sup>963</sup> M. MICHETTI, *Contributo per uno studio dei diritti costituzionali delle persone giuridiche*, Roma, 2008, p. 9.

<sup>964</sup> P. RESCIGNO, voce *Personalità (Diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1991, p. 7

<sup>965</sup> Si cfr. Cass. civ., sez. III, 14 ottobre 2008, n. 25157. La coincidenza tra 'cittadinanza' (o comunque appartenenza a una comunità) e diritti è stata alla base del riconoscimento tradizionale della esclusiva titolarità delle persone fisiche, tanto nelle esperienze greche e romane, quando nel diritto medievale. La correlazione dei diritti alla persona umana sarà alla base anche dell'affermazione dell'idea della preesistenza dell'individuo rispetto allo Stato (O. VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo delle teorie politiche giusnaturaliste*, Torino, 1974, p. 90). Nella filosofia di I. KANT (*La metafisica dei costumi*) la natura 'umana' dei diritti si lega alla sua essenza razionale ed etica.

<sup>966</sup> M. OLIVETTI, *op. cit.*, p. 8; L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 8

giuridiche è stata avvertita in particolare negli Stati Uniti, ove l'estensione dei diritti costituzionali alle persone giuridiche ha avuto esclusivamente base giurisprudenziale, a fronte di alcuni pronunciamenti dal contenuto netto nelle soluzioni, in senso positivo o negativo, ma allo stesso tempo 'cauto' nell'approfondimento della base teorica<sup>967</sup>.

L'analisi svolta in questo capitolo avrà ad oggetto due interrogativi: innanzitutto se la persona giuridica possa essere soggetto destinatario dei diritti fondamentali; in aggiunta, e in caso di risposta positiva, occorre comprendere anche come detta estensione possa intervenire e a quali risultati possa condurre, ciò che passa necessariamente attraverso l'indagine sul fondamento teorico di tale operazione.

## 2. *Uomo, persona e diritti.*

La comune idea della titolarità soggettiva dei diritti fondamentali è caratterizzata da un vizio 'antropologico'<sup>968</sup>, risalente a concezioni diverse fra loro, quali quelle legate alla cittadinanza<sup>969</sup>, alla razionalità e all'etica<sup>970</sup> e quella pandettistica<sup>971</sup>. L'uomo sarebbe il solo a poter esercitare diritti verso le Istituzioni, poiché in esso confluiscono corporalità e psicologia, ragione e morale, volontà e appartenenza<sup>972</sup>.

Invero, queste osservazioni si sono dimostrate fallaci nel corso del tempo, specialmente una volta caduto il dogma della volontà su cui era incentrata la Pandettistica e superata l'equazione tra capacità di intendere e di volere e diritti<sup>973</sup>. Già la stessa

---

<sup>967</sup> Si cfr. B. GARRET, *The Constitutional Standing of Corporations*, in *Univ. of Pennsylvania L. Rev.*, 2014, vol. 163, p. 96 ss. Sul tema dell'estensione delle tutele costituzionali nei confronti delle *corporations*, si v. anche A. WINKLER, *We the corporations. How American Businesses Won Their Civil Rights*, New York, 2018.

<sup>968</sup> Si cfr. F. FERRARA sr., *Teoria delle Persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1915, p. 44 ss.

<sup>969</sup> Si v. quanto rilevato sopra sulla tradizione greco-romana e sulla cultura medievale.

<sup>970</sup> Ci si riferisce a quanto osservato da I. KANT.

<sup>971</sup> Riconducibile innanzitutto a B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, Torino, 1925.

<sup>972</sup> Ci si riferisce alla asserita coincidenza tra 'potestà del volere' (*Willensmacht*) e soggettività giuridica: *Ibidem*.

<sup>973</sup> F. FERRARA sr., *op. cit.*, p. 44 ss.

indagine filosofico-giuridica svolta nel tempo sui diritti fondamentali non ha avuto come soggetto di osservazione esclusivo l'uomo in quanto tale, bensì la 'persona'<sup>974</sup>. Per quanto utilizzati comunemente in maniera indistinta, i due significanti non corrispondono al medesimo significato<sup>975</sup>; tanto è vero che quando si passa da un'accezione generica di persona a una sua specificazione, si fa ricorso alle aggettivazioni 'fisica' e 'giuridica'.

Ebbene, la 'persona' richiama la soggettività giuridica<sup>976</sup>, la capacità di essere 'ente' nell'ordinamento, punto di riferimento di situazioni giuridiche<sup>977</sup>, attive e passive. Dunque, è al *genus* 'persona', e non alla sola *species* 'fisica', che occorre riferire la titolarità dei diritti, perché l'inquadramento all'interno di tale categoria presuppone l'avvenuto riconoscimento dell'attitudine a divenire un polo attrattivo di diritti<sup>978</sup>.

Certo, la visione antropocentrica ha una sua giustificazione evidente: l'uomo è la persona per eccellenza, base remota della insorgenza di bisogni di tutela. Tuttavia, questa circostanza non gli conferisce alcuna esclusività del ruolo di soggetto di diritto, a fronte di un panorama ordinamentale della soggettività frastagliato, che è frutto del riconoscimento dell'importanza della posizione assunta da altre entità giuridiche nella

---

<sup>974</sup> F. GALGANO, voce *Persona giuridica*, in *Digesto civ.*, Torino, 1995, XIII, p. 1 (si farà riferimento all'impaginazione della versione reperibile nelle banche dati *online*). M. MICHETTI, *op. cit.*, p. 9 ss. Quali sostenitori dell'unità giuridica del concetto di persona, inteso come presupposto del riconoscimento di diritti, l'A. richiama P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di persona nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, Padova, 1975, p. 62; C.F. VON GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Dresden, 1880, p. 2 ss.; G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1905, p. 175; H.A. BERNATZIK, *Kritische Studien über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere*, in *AöR*, V, 1890, p. 179. V.E. ORLANDO, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1897, p. 17; S. ROMANO, *Il Comune*, Milano, 1908, p. 60 ss.; F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e in Federico Carlo di Savigny*, in *Scritti giuridici minori*, II, Milano, 1936.

<sup>975</sup> La differenza ricorre già sul piano etimologico (F. DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile italiano*, II, 1, Torino, 1939, p. 1 ss.). Difatti, nelle lingue greca (*prósōpon*), etrusca (*phersu*) e latina (*persona*) il termine 'persona' è riferito alla maschera teatrale. La contaminazione di significati fu dovuta all'influenza delle concezioni trinitarie: S. COTTA, voce *Persona*, (*Filosofia*), in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 159.

<sup>976</sup> Così già nella giurisprudenza sistematica del XVI secolo: F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, cit., p. 331.

<sup>977</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, Napoli, 2006, p. 672-673

<sup>978</sup> *Ivi*, p. 13-14. Così già F. FERRARA sr., *La teoria della persona giuridica. Risposta a una critica di Bonelli*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1954, p. 149-151.

società moderna<sup>979</sup>. Sicché, va affermato che non esiste un nesso inscindibile bilaterale tra essere umano e diritti, quanto piuttosto tra persona e diritti, poiché tale è chi è titolare di diritti, e ne è titolare in quanto persona<sup>980</sup>.

Ne consegue che, quantomeno in termini astratti e potenziali, l'ente, quale soggetto dell'ordinamento giuridico, se è riconosciuto capace di diventare parte di relazioni giuridiche – com'è indiscutibile – non può essere considerato incapace, di per sé, di includere nella propria sfera i diritti fondamentali<sup>981</sup>.

Con questo non si vuole sostenere che la tutela della persona fisica e della persona giuridica debba essere la medesima, secondo un ragionamento di tipo sillogistico che rischia di sfociare in un paralogismo se si omette l'approfondimento del concetto di persona giuridica e dei suoi rapporti con la persona fisica<sup>982</sup>.

È bene aggiungere un'ulteriore precisazione. Il termine 'persona' deve essere inteso – e così verrà impiegato nel prosieguo – in senso ampio, comprensivo tanto di enti dotati di personalità giuridica quanto di enti che ne siano privi. È ormai acquisito l'utilizzo dell'aggettivo 'giuridica' con funzione più di negazione della natura 'non fisica' della persona, in grado di includere le organizzazioni collettive in quanto tali<sup>983</sup>. In effetti, la

---

<sup>979</sup> Osserva M. MICHETTI, *op. cit.*, p. 57, che è questa la ragione della genesi del concetto di 'persona giuridica'.

<sup>980</sup> H. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1911, p. 92 ss.

<sup>981</sup> Anche nell'esperienza statunitense è possibile rinvenire delle letture in questo senso. Emblematiche le argomentazioni difensive addotte da Roscoe Conkling nella vicenda narrata da A. WINKLER, *op. cit.*, p. XIII ss. Nel tentativo di far riconoscere alla *Southern Pacific Railroad*, da sé assistita, l'*equal protection clause* prevista dal XIV emendamento, Conkling asserì che l'impiego del lemma «*person*» avrebbe consentito di includere, "per lettura concorde e costante", anche le società nello spettro applicativo della garanzia, per lettura concorde e costante, anche le persone giuridiche. Inoltre, il Senatore statunitense aggiunse che questa sarebbe stata anche l'intenzione dei compilatori dell'emendamento, di cui lui era stato membro. In realtà, l'assenza di fondamento di queste affermazioni è segnalata da A. WINKLER, il quale sottolinea la diversa ragione che ha condotto all'adozione dell'emendamento, nato per assicurare i diritti degli ex-schiavi (p. XIII-XIV). Ciononostante, la Corte Suprema riconobbe la titolarità dei diritti ivi previsti in capo alle società: *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Co.* 118 U.S. 394, 396 (1886).

<sup>982</sup> Si cfr. P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 727-728

<sup>983</sup> F. GALGANO, *op. cit.*, p. 1 (nella versione *online*)

ricostruzione sinteticamente svolta ha voluto focalizzare l'attenzione sulla individuazione di 'centri di imputazione' ai fini della riferibilità delle situazioni giuridiche soggettive<sup>984</sup>.

### 3. *Diritti fondamentali e concezioni della personalità giuridica.*

Le osservazioni sin qui svolte hanno consentito di superare il dogma della esistenza di una riserva della titolarità dei diritti in capo alle persone fisiche. L'ampiezza del lemma persona, al contrario, amplia il novero degli interlocutori dell'ordinamento.

Il passaggio successivo è quello della verifica di compatibilità tra detta inclusione delle persone giuridiche nel novero dei portatori di diritti fondamentali alla luce delle costruzioni teoriche della loro soggettività<sup>985</sup>.

Si procederà a una sintetica ricostruzione della tematica dei rapporti tra le visioni della persona giuridica e la estensibilità dei diritti della personalità da parte dei civilisti<sup>986</sup>, analisi che appare utile, in vista della successiva tematica dei diritti costituzionali, alla luce della intrinsecità di tali diritti alla persona e allo statuto fondamentale della medesima.

Una prima visione tradizionale<sup>987</sup> della persona giuridica è quella c.d. finzionista, secondo la quale la legge assume un ruolo costitutivo della personalità. Una tesi che muove dall'osservazione del dato esperienziale (fondato sulla esclusiva esistenza delle

---

<sup>984</sup> P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 672-673; Si cfr. anche G. PINO, *Sul diritto all'identità personale degli enti collettivi*, in *Dir. inf.*, 2001, p. 470 ss.; M. BASILE, *Gli enti di fatto*, in P. RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato*, I, t. 2, Torino, 1999, p. 447

<sup>985</sup> Connessione esaminata in chiave ipotetica anche dalla dottrina statunitense: B. GARRET, *op. cit.*, p. 107 ss.

<sup>986</sup> Infatti, in Italia sono soprattutto gli studiosi del diritto civile e commerciale ad aver espresso sensibilità nei confronti del problema dei diritti delle persone giuridiche.

<sup>987</sup> È fallace la ricorrente attribuzione della paternità della concezione finzionista a F. VON SAVIGNY (*Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., III, Torino, 1900, p. 240), giacché è la stessa idea di personalità giuridica a essere stata elaborata in questa chiave dai canonisti. Il merito del fondatore della Scuola storica del diritto risiede, piuttosto, nell'aver ragionato non più sulla base di una finzione dottrinale, bensì nell'ottica di una *fictio legis*: F. GALGANO, *op. cit.*, p. 2. In seguito, la tesi si ritroverà anche nel pensiero di B. WINDSCHEID (*Diritto delle pandette*, trad. it., I, Torino, 1930, p. 232).

persone fisiche) e di quello normativo, quasi a ritrovare dei tratti ossimorici nell'aver accostato la giuridicità alla personalità, ricomposta nel senso di riferire rapporti giuridici a chi fosse ammesso nell'ordinamento proprio per il perseguimento di scopi giuridici.

La conseguenza che si ricava immediatamente dal modello classico della teoria della finzione è la incompatibilità tra diritti e persona giuridica: l'ente origina dall'ordinamento giuridico, che gli consente di agire entro finalità predeterminate. In questa guisa, l'essenza dell'ente si riduce a un patrimonio, a uno strumento a disposizione della collettività secondo una prospettiva teleologica vincolata, ciò che fa concludere per la sola titolarità di rapporti patrimoniali e porta a escludere, invece, che possa esercitare diritti della personalità<sup>988</sup>.

Questa prospettiva è stata abbandonata già da coloro che hanno aderito alla teoria finzionista, proprio per i vuoti di tutela che generava e per l'assenza di ragioni valide per argomentare una limitata capacità giuridica in capo agli enti<sup>989</sup>. Più in generale, la stessa origine dei diritti della personalità in prerogative tipiche delle collettività organizzate (es. segni distintivi, concorrenza sleale) smentisce l'idea negazionista che contrappone dimensione personale e dimensione patrimoniale<sup>990</sup>.

All'opposto di quanto illustrato si colloca un'altra nota impostazione, qual è quella c.d. realista, organica o antropomorfica (per il vero, così poi definita in chiave critica). Questa ricostruzione parte dall'assunto della preesistenza di tali entità all'ordinamento giuridico: l'ente è da considerarsi un organismo paragonabile a quello delle entità naturali, in grado di esprimere una volontà e di agire per la realizzazione di interessi autonomi da

---

<sup>988</sup> Inoltre, viene negata anche la capacità dell'illecito aquiliano, proprio perché incoerente con le finalità per le quali l'ordinamento ne consente la costituzione: F. VON SAVIGNY, *op. cit.*, p. 316.

<sup>989</sup> A. ZOPPINI, *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 868. Invero, anche nell'ambito della concezione finzionista si è tentato di proporre una sfera di diritti della personalità dell'ente, ma con limitazione alla sola concorrenza sleale e ai segni distintivi: C. RABITTI BEDOGNI, *Nome sociale e disciplina della concorrenza*, Milano, 1984, cit. in A. ZOPPINI. Tale opzione ermeneutica è stata abbandonata per gli ampi vuoti di tutela che creava.

<sup>990</sup> A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 862-863, che richiama le ricostruzioni della dottrina tedesca ottocentesca e osserva «*lo stesso diritto di proprietà in senso moderno nasce all'interno della qualificazione kantiana come diritto che s'identifica con l'essenza della persona e con la sua libertà, il che non ne ha precluso la titolarità alle persone giuridiche*» (p. 862 nt. 48).

quelli dei propri componenti<sup>991</sup>. In questo quadro, muta il ruolo dell'ordinamento, che non si sforza a costituire quello che non c'è, ma assolve una funzione meramente ricognitiva della loro presenza.

Dall'affermazione dei presupposti teorici della effettività e dell'autonomia discende che l'ente è un centro di imputazione alla stessa stregua della persona fisica. Pertanto, nessun ostacolo dogmatico si oppone al riconoscimento della titolarità di diritti e, in particolare, di quelli della personalità<sup>992</sup>.

Nondimeno, si osserva che tali diritti non sono estensibili "in blocco" alla persona giuridica per ragioni di incompatibilità strutturale, che suggeriscono di svolgere un'opera selettiva in base al nucleo tipico del diritto e alla sua eventuale destinazione esclusivamente umana<sup>993</sup>. Soltanto nel caso in cui questa riserva identitaria dovesse essere esclusa l'ente potrà beneficiare della relativa protezione<sup>994</sup>.

La tesi della realtà è stata avversata dai fautori di un rigurgito di antropocentrismo giuridico, fondato sull'appartenenza al solo essere umano delle caratteristiche psico-intellettive<sup>995</sup>, nonché sulla confusione tra un fenomeno normativo e la posizione degli enti collettivi<sup>996</sup>.

---

<sup>991</sup> O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, Berlin, 1887, p. 22 ss.

<sup>992</sup> A prescindere dalle costruzioni dogmatiche, tale principio è divenuto oramai acquisito in giurisprudenza a partire dagli anni '80 del secolo scorso: Cass. civ., sez. I, 26 febbraio 1981, n. 1185; Cass. civ., sez. I, 22 giugno 1985, n. 3769. L'evoluzione in chiave positiva ha spinto poi ad ammettere la risarcibilità del danno all'immagine anche degli enti pubblici: *ex multis*, Cass., Sez. Un., 27 settembre 2006, n. 20886; Corte dei Conti, Sez. Riun., 23 aprile 2003, n. 10. Sui diritti della personalità della persona giuridica nella giurisprudenza europea, si v. CGUE, 17 ottobre 2017, causa C-194/16, *Bolagsupplysningen OÜ*. Di recente, sulla possibilità di qualificare una persona giuridica come consumatore, ancorché in relazione al condominio (che per la giurisprudenza italiana prevalente non è persona giuridica, ma che la CGUE intende come tale), si v. CGUE, 2 aprile 2020, causa C-329/19, *Condominio di Milano, via Meda*.

<sup>993</sup> Si cfr. P. RESCIGNO, *La persona giuridica e la capacità di ricevere per testamento*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1964, p. 332 ss.

<sup>994</sup> A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato dir. civ. comm.*, A. CICU – F. MESSINEO (dir.), Milano, 1982, p. 45 ss.

<sup>995</sup> R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, II, 2, Leipzig, 1891, p. 518 ss.

<sup>996</sup> Di "ipostatizzazione" ha parlato H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 98. Si v. anche F. D'ALESSANDRO, *Persona giuridica e analisi del linguaggio*, Padova, 1989, p. 92 ss. Per la critica dell'idea del "macro-antropo", si v. U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, cit., p. 114 e 120.



Ma al di là della fondatezza della costruzione in esame, sul terreno della tutela dei diritti della personalità delle persone giuridiche è apparsa criticabile l'operazione selettiva a valle della equiparazione tra i due soggetti sul piano della capacità giuridica<sup>997</sup>.

Il concetto di personalità giuridica è sopravvissuto all'approccio nichilista delle forti critiche mosse alla teoria della realtà attraverso il ritorno della una posizione definita 'neofinzionista'<sup>998</sup>, la cui base teorica è costituita dall'idea della comunanza della personalità giuridica in capo all'uomo (si v. il par. precedente)<sup>999</sup>.

Partendo dalla distinzione tra soggetto dell'azione – l'uomo – e soggetto dell'interesse – che può essere rappresentato da un'entità non umana – si conclude che la persona umana rappresenta soltanto un presupposto fattuale per la esistenza della collettività, portatore di volontà e interessi personali. La persona giuridica, al contrario, è il soggetto di diritto titolare di interessi impersonali, che non possono essere riferiti ai singoli, ma soltanto a un'organizzazione; interessi che rappresentano la condizione necessaria per l'esistenza della persona giuridica<sup>1000</sup>.

Tuttavia, proprio quest'ultimo postulato è risultato non totalmente in linea con il dato normativo, che concepisce persone giuridiche prive di interessi impersonali (es. società unipersonali), nonché interessi "adespoti" e non entificati (es. interessi diffusi)<sup>1001</sup>.

Un'altra lettura, nel tentativo di composizione dell'antitesi tra finzione e realtà, ha spostato l'attenzione degli studiosi dalla essenza della personalità a quello del linguaggio, di fatto conducendo a una sorta di rielaborazione della teoria della finzione. In particolare, si è ridotta la persona giuridica a uno strumento del linguaggio giuridico, un lemma figurato di sintesi della complessa disciplina inerente ai rapporti tra persone fisiche<sup>1002</sup>.

---

<sup>997</sup> In questi termini, A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 859. Si cfr. anche M. BASILE – A. FALZEA, voce *Persona giuridica (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 234 ss. e p. 269.

<sup>998</sup> Così F. GALGANO, *op. cit.*, p. 8

<sup>999</sup> Si v. anche M. BASILE – A. FALZEA, *op. cit.*, p. 264 ss.; F. FERRARA jr., *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto civile*, II, 2, Torino, 1956, p. 33.

<sup>1000</sup> M. BASILE – A. FALZEA, *op. cit.*, p. 266

<sup>1001</sup> F. GALGANO, *op. cit.*, p. 8

<sup>1002</sup> F. GALGANO, *op. cit.*, p. 11, che prende le mosse proprio da alcune osservazioni di H. KELSEN (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 102; v. anche U. SCARPELLI, *Contributo*, cit., p. 113).

Per tale via e sviluppando la teoria organica si è osservato che allo stesso modo gli stati soggettivi degli organi possono comunicarsi alla persona giuridica<sup>1003</sup>. Al contempo, la ricostruzione dei diritti della personalità dell'ente deve essere condotta alla luce delle relazioni con la realtà umana che ne sta alla base<sup>1004</sup>.

Ebbene, da quest'angolo visuale si nota una proiezione della titolarità del diritto dei singoli per tramite dell'ente collettivo; al contempo, nel riferire un ruolo di mediatore alla persona giuridica, la filtratura del diritto per suo tramite sfocia nell'applicazione di una disciplina speciale, atteso che la tutela giuridica dei componenti non avrà luogo *uti singuli*, bensì *uti universi*<sup>1005</sup>.

Pur accogliendo l'idea della funzione metaforica della personalità giuridica, si è rilevato criticamente che queste conclusioni sul modo della titolarità dei diritti non sembrano suffragate dal tipo di relazioni che si instaurano tra l'ente e i suoi membri. Innanzitutto, si è dubitato che il contratto associativo potesse risultare un mezzo adeguato di disposizione dei diritti individuali, alla stessa stregua dei diritti patrimoniali. Inoltre, l'inquadramento dell'atto nel consenso dell'avente diritto ne avrebbe presupposto, in ogni caso, la revocabilità in ogni momento della vita collettiva<sup>1006</sup>. In aggiunta, l'idea dell'azionabilità mediata dei diritti restringe, e non amplia la tutela individuale, che si trova astretta dallo stesso fatto di partecipare all'organizzazione<sup>1007</sup>.

Per queste ragioni l'indagine è stata spostata su un altro piano, alla ricerca delle *rationes* che consentissero di tutelare i diritti della personalità degli enti collettivi e del peculiare assetto di interessi sottostante ai diritti della persona giuridica<sup>1008</sup>. In quest'ottica, si è affermato che i diritti della personalità non sono né estesi meccanicamente dalla persona fisica agli enti, né tantomeno sono tutelati in via

---

<sup>1003</sup> P. PERLINGIERI – G. LISELLA, *Persone giuridiche*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017, p. 159

<sup>1004</sup> Si cfr. F. GALGANO, *op. cit.*, p. 14

<sup>1005</sup> *Ibidem*

<sup>1006</sup> Così A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 859

<sup>1007</sup> *Ibidem*

<sup>1008</sup> A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 859 ss.

meramente strumentale alla salvaguardia della libertà e della dignità dei singoli componenti. Piuttosto, l'osservazione dello spazio giuridico commercialistico dedicato agli enti collettivi ha condotto al rilievo secondo cui i diritti della personalità delle persone giuridiche «*debbono essere necessariamente coerenti con le regole del traffico che ne governano l'atteggiarsi quali centri di imputazione di situazioni giuridiche e di attività*», instaurando un coordinamento fra la tutela civile e quella commerciale<sup>1009</sup>.

Quanto esposto consente di enucleare due diverse dimensioni di tutela: la persona giuridica non è tutelata alla stessa stregua della persona fisica, giacché va operato un distinguo tra i valori assunti dalle situazioni delle diverse categorie soggettive considerate<sup>1010</sup>. Inoltre, posto che tali soggetti costituiscono degli autonomi centri di imputazione perché organizzati in vista del conseguimento di uno scopo, anche l'estensione dei diritti deve essere articolata secondo un criterio funzionale in ragione delle finalità perseguite<sup>1011</sup>.

In definitiva, l'ente quale soggetto 'capace di diritti' riferiti d'acchito alla persona fisica, come i diritti della personalità, è un dato ormai acquisito anche nel diritto privato, settore ordinamentale a cui lo stesso concetto di persona giuridica appartiene tradizionalmente. Tale affermazione non è scalfita nemmeno dal ricupero moderno dell'approccio finzionista – o se si vuole, 'antirealista' – ovvero sia dall'idea riduttiva della personalità collettive a una convenzione linguistica rilevante a fini giuridici. Difatti, l'ordinamento abilita e, anzi, stimola (sul piano costituzionalistico) la creazione di collettività in funzione del perseguimento di dati scopi, lucrativi o non lucrativi, e pertanto, anche per una logica di non contraddizione, deve consentire la salvaguardia delle condizioni essenziali affinché ciò avvenga<sup>1012</sup>.

---

<sup>1009</sup> *Ivi*, p. 867

<sup>1010</sup> *Ivi*, p. 864

<sup>1011</sup> *Ivi*, p. 875

<sup>1012</sup> Per il *focus* rivolto all'attività che l'ente svolge e sulle condizioni necessarie affinché ciò possa avere luogo, si cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, Milano, 1983, p. 157. Per l'ammissibilità della costituzione di parte civile ai fini della tutela di veri e propri diritti connessi allo scopo sociale, in relazione alla materia ambientale, si v. Cass., sez. III, 2 febbraio 1996, n. 3503; si v. anche Cass., sez. III, 3 ottobre 2007, n. 38290.

#### **4. *Il riconoscimento della titolarità di diritti costituzionali.***

Il riconoscimento di diritti all'interno di Costituzioni scritte è avvenuto spesso in seguito a epoche annichilenti per l'uomo e le sue libertà o dopo vicende rivoluzionarie portatrici pur sempre del vessillo dell'affermazione della centralità dell'individuo. Per questa ragione l'attenzione delle Carte fondamentali è risultata focalizzata per lo più sulla persona fisica, mentre le persone giuridiche sono apparse collocate ai margini del diritto costituzionale e oggetto d'interesse della sola legislazione ordinaria. Emarginate, ma non escluse *tout court*, non solo per la connessione esistente tra i fenomeni organizzati e le libertà individuali, ma anche perché è rimasto vivo comunque il dibattito circa la possibilità di includerle negli spazi protettivi disegnati dalle Costituzioni, ispirate al pluralismo e alla democrazia.

Non va trascurata l'incidenza delle singole esperienze storico-politiche sull'intensità delle discussioni e i differenti terreni su cui queste sono state svolte. Per questo, prima di passare all'analisi del sistema nostrano, si prenderanno a modello due ordinamenti costituzionali. quali quelli tedesco e statunitense. in cui il problema ivi affrontato parte da basi fortemente eterogenee.

##### **4.1. *L'esperienza costituzionale tedesca.***

Se la Costituzione italiana è silente sul punto, diversamente, quella tedesca contiene una clausola di riconoscimento in capo alle persone giuridiche dei diritti contemplati per l'individuo, purché tale applicazione risulti coerente con la diversità d'essenza che le connota (art. 19, comma 3 GG).

Invero, tale disposizione non rappresenta propriamente una novità nel costituzionalismo tedesco. Già alcune Costituzioni dei *Länder*, come quella bavarese del

1818 (Titolo VII, § 21), consentivano ai comuni di agire innanzi alla *Ständeversammlung* nel caso di violazione di diritti fondamentali<sup>1013</sup>. Inoltre, nella vigenza della Costituzione di Weimar, pur nel silenzio della medesima (che anzi recava una intitolazione dedicata all'individuo), una parte della dottrina riteneva che potesse opinarsi nel senso della espansione della loro tutela, anche sulla base dei precedenti storici<sup>1014</sup>.

La dittatura nazionalsocialista non ha rappresentato un periodo favorevole neanche per le persone giuridiche, confinate a una dimensione corporativa e di assoggettamento al controllo statale. Proprio onde accrescere i livelli di protezione delle collettività e superare le precedenti contrapposizioni teoriche, la Costituzione di Bonn, pur ponendo come principio basilare la dignità umana, ha riconosciuto gli enti portatori di diritti fondamentali entro un giudizio di compatibilità.

Tale previsione relativizza la questione della individuazione del catalogo dei diritti estensibili, ancorata alla loro natura e ai loro contenuti<sup>1015</sup>, con un occhio rivolto alle peculiarità strutturali e funzionali delle persone giuridiche<sup>1016</sup>. Pertanto, andranno esclusi soltanto quei diritti a cui è consustanziale la dimensione corporale e che non trovano possibilità di adattamento, come la stessa dignità (appunto, della persona umana) e la libertà di movimento<sup>1017</sup>. Per il resto, non ci sono ragioni per discriminare tra persone fisiche e giuridiche a fronte di un bisogno di tutela analogo<sup>1018</sup>.

---

<sup>1013</sup> Così veniva denominata la dieta del *Land*, poi divenuta *Landtag*.

<sup>1014</sup> Esemplicativamente, sul principio di eguaglianza, si v. M. ÖCHSLE, *Zur wesensmäßigen Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen des Zivilrechts*, Tübingen, 1960. All'opposto si collocava chi era rimasto fedele a un'impostazione giusnaturalistica: C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 bis 1954*, Berlin, 1958, p. 208 ss. In senso parzialmente diverso la giurisprudenza, che estendeva loro le sole norme sulla proprietà privata e la petizione (RGZ 136, 113 ss., 124). Per tali riferimenti, si v. M. MICHETTI, *op. cit.*, p. 104 ss.

<sup>1015</sup> Così va letto il termine *Wesen*: si v. M. MICHETTI, *op. cit.*, p. 118.

<sup>1016</sup> *Ivi*, 117 ss.; H. BETHGE, *Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 Grundgesetz*, 1985, p. 36, cit. *Ibidem*; R. SERICK, *Forma e realtà della persona giuridica*, Milano, 1966, p. 288.

<sup>1017</sup> M. FEILER, *Das Bonner Grundgesetz und die juristischen Personen als Träger von Grundrechten*, München, 1963, p. 134, cit. in M. MICHETTI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>1018</sup> Per le diverse categorie di libertà riconosciute dal BverfGE, si v. M. MICHETTI, *op. cit.*, p. 122 ss.

#### 4.2. *L'esperienza costituzionale statunitense.*

Nonostante la Costituzione statunitense sia priva di qualsivoglia riferimento alle *corporations*, ciò non ha impedito alla Corte Suprema di esprimersi a più riprese nel senso della estensibilità in loro favore dei diritti costituzionali<sup>1019</sup>. L'approccio della giurisprudenza americana è stato contrassegnato, però, da un intenso pragmatismo<sup>1020</sup>, più attento alla risoluzione delle singole vicende, che non alla ricostruzione di una teoria dei diritti fondamentali degli enti collettivi che tenesse in considerazione i problemi connessi alla loro particolare condizione giuridica<sup>1021</sup>. Tale atteggiamento è refluito sulla tecnica del riconoscimento (o del disconoscimento) dei diritti, non identificabili sulla scorta di logiche generali e predeterminate, bensì oggetto di una verifica singolare, *right-by-right*, avuto riguardo ai contenuti e alle funzioni del diritto specificamente rilevante.

Un altro elemento di spicco nell'esperienza giurisprudenziale statunitense afferisce al rapporto tra ente e individuo. Tralasciate le diverse concezioni della personalità giuridica, le soluzioni favorevoli alla protezione dell'ente vanno oltre la separazione tra collettività e singolo ed enfatizzano la possibilità che la negazione della tutela della prima possa riverberarsi in una negazione o limitazione del godimento dei diritti da parte del secondo. Detto altrimenti, l'ente è inteso quale esponente dei diritti dei singoli, che

---

<sup>1019</sup> A. WINKLER, *op. cit.*, p. XV ss., il quale paragona il "movimento" per la conquista dei diritti delle *corporations* a quelli canonici che hanno consentito alle minoranze di espandere la tutela assicurata dalla Costituzione. Secondo l'A., mentre questi ultimi hanno conseguito tali risultati attraverso forme 'visibili' e 'rumorose', come la marcia e le proteste, gli enti collettivi sono divenuti parte integrante del "We the people" in forma silenziosa e attraverso le pronunce giurisprudenziali.

<sup>1020</sup> Secondo quanto riportato *Ivi*, p. 231 ss., l'origine 'giuridico-politica' dell'evoluzione giurisprudenziale risiederebbe nella *footnote* del giudice Harlan Fiske Stone, il quale, annotando la sentenza *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152-153 n. 4 (1938), ha evidenziato l'approccio più severo e stringente che la Corte Suprema avrebbe dovuto adottare nell'esame delle leggi che gravano sulle "discrete and insular minorities". Notazione che, più in generale, ha influenzato la Corte nel suo successivo sviluppo del criterio di controllo noto come "strict scrutiny".

<sup>1021</sup> Si v., tra le altre, *First Nat'l Bank of Bos. v. Bellotti*, 435 U.S. 765, 778 n. 54 (1978), ove la Corte Suprema conclude per la incostituzionalità del divieto di finanziare una campagna referendaria da parte delle *corporations* introdotto da una legge del Massachusetts, ma ritenendo che non fosse rilevante affrontare la questione se gli enti potessero ottenere la tutela della libertà di stampa prevista dal I emendamento alla stessa stregua delle persone fisiche. Per un'accurata ricostruzione della vicenda, si v. A. WINKLER, *op. cit.*, p. 311 ss.

devono essere presidiati anche nel contesto della partecipazione a una collettività, la quale adesione, altrimenti opinando, si risolverebbe in una deprivazione di tali diritti. All'opposto, le decisioni in senso negativo sono state ispirate dall'enfasi posta sulle esigenze contrapposte, come quella di garantire l'effettività della repressione degli illeciti<sup>1022</sup>, e hanno trovato giustificazione nell'autonomia soggettiva dell'ente, che ha condotto a negare la *corporation citizenship* ai fini del XIV emendamento<sup>1023</sup>, sicché l'ente non può godere dei diritti garantiti alle persone fisiche che lo compongono. In generale, è stata esclusa la possibilità di estendere i diritti "purely personal"<sup>1024</sup>.

Per sintetizzare estremamente la variegata casistica sul tema, occorre dare conto del celebre riconoscimento del *corporate free speech*, nonché l'estensione alle organizzazioni della *religious freedom*, intervenuti proprio concentrando l'attenzione sulla protezione della manifestazione del pensiero in quanto tale – a prescindere dallo *speaker* – e sulla posizione degli *shareholders* e dei destinatari della comunicazione<sup>1025</sup> ovvero sul ruolo assunto dell'ente quale organizzazione tesa alla realizzazione degli interessi dei propri componenti<sup>1026</sup>.

---

<sup>1022</sup> Si cfr. *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43, 75 (1906), che ha escluso che l'ente potesse beneficiare dei diritti previsti dal V emendamento e in particolare del *right against self-incrimination*. Per la ricostruzione della vicenda, si v. A. WINKLER, *op. cit.*, p. 161 ss.

<sup>1023</sup> In questo senso: *Paul v. Virginia*, 75 U.S. (8 Wall.) 168, 177 (1869); *Bank of Augusta v. Earle*, 38 U.S. (13 Pet.) 519, 587 (1839). Sulla *Due Process clause*, si v. *Nat'l Life Ins. Co. v. Riggs*, 203 U.S. 243, 255 (1906), che ha negato la possibilità per gli enti di far valere la *Due Process Clause liberty rights*. Tale negazione non è avvenuta in maniera generalizzata, essendosi registrate alcune oscillazioni in relazione alla *Equal protection clause*. Anzi, spesso nella c.d. 'Lochner era' – così denominata per la vicenda *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) – le corporations hanno spesso invocato quantomeno i propri diritti di tipo patrimoniale innanzi alla Corte Suprema (B. GARRET, *op. cit.*, 113; A. WINKLER, *op. cit.*, p. 180 ss.). In senso positivo, si v. *Metro. Life Ins. Co. v. Ward*, 470 U.S. 869, 881 n.9 (1985); *S. Ry. Co. v. Greene*, 216 U.S. 400, 412 (1910); *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Co.* 118 U.S. 394, 396 (1886).

<sup>1024</sup> *First Nat'l Bank of Bos. v. Bellotti*, 435 U.S. 765, 778 n. 54 (1978), ove si legge che talune garanzie sono inaccessibili agli enti a causa della loro storica funzione di proteggere gli individui. In tale categoria è stato inquadrato anche il *right against self-incrimination*, sul quale si v. nel prosieguo.

<sup>1025</sup> Circa il *free corporate speech*, si fa riferimento al noto caso *Citizens United v. FEC*, 130 S. Ct. 876 (2010). Nel riconoscere tale prerogativa agli enti, invero, tale sentenza sarebbe stata preceduta da *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233 (1936), la quale, per la prima volta, ha affermato che le società possono godere del *freedom of speech* e del *freedom of the press* (si v. A. WINKLER, *op. cit.*, p. 253 ss., spec. p. 255). Per una compiuta narrazione della vicenda che ha condotto alla pronuncia *Citizens United*, si rinvia Ivi, p. 324 ss.

<sup>1026</sup> Sulla *religious freedom*, il richiamo è al caso *Burwell, et al. v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 573 S. Ct. 682 (2014). Si rinvia ancora allo scritto di A. WINKLER, *op. cit.*, p. 379 ss.

La tematica della tutela degli enti ha investito anche il fronte delle garanzie processuali<sup>1027</sup>, come avvenuto per i diritti contemplati dal VI emendamento<sup>1028</sup>, la tutela della sfera privata prevista dal IV emendamento<sup>1029</sup> e il c.d. *attorney-client privilege*<sup>1030</sup>. Infine, è stata fatta applicazione a beneficio delle *corporations* della *Double Jeopardy clause* prevista dal V emendamento<sup>1031</sup>, pur senza che la Corte Suprema ne affermasse nettamente l'estensibilità<sup>1032</sup>.

Al contrario, la giurisprudenza statunitense esclude che l'ente possa beneficiare della *Self-Incrimination clause* prevista sempre dal V emendamento, riconosciuta solo in favore degli individui<sup>1033</sup>. La ragione della soluzione negativa risiede nella esigenza di

---

<sup>1027</sup> Sebbene non possa dirsi che gli enti siano stati posti sullo stesso piano delle persone fisiche: si cfr. A. WINKLER, *op. cit.*, p. 190.

<sup>1028</sup> Sul riconoscimento dei diritti previsti dal VI emendamento, si v. *United States v. R. L. Polk & Co.*, 438 F.2d 377, 380 (6th Cir. 1971); *United States v. Greenpeace, Inc.*, 314 F. Supp. 2d 1252, 1261 (S.D. Fla. 2004); *Armour Packing Co. v. United States*, 209 U.S. 56, 73 (1908); *S. Union Co. v. United States*, 132 S. Ct. 2344 (2012).

<sup>1029</sup> Sebbene poi sul terreno amministrativo si consenta alle Agenzie di ricorrere a delle *subpoenas* prescindendo dal rispetto di tali garanzie: sul punto si v. B. GARRET, *op. cit.*, p. 122 ss.

<sup>1030</sup> *Upjohn Co. v. United States* 449 U.S. 3838 (1981)

<sup>1031</sup> Si v. *United States v. Martin Linen Supply Co* 430 U.S. 564, 567 (1977); *Fong Foo v. United States*, 369 U.S. 141, 143 (1962).

<sup>1032</sup> Così C. O'KELLEY jr., *The Constitutional Rights of Corporations Revisited, Revisited: Social and Political Expression and the Corporation after First National Bank V. Bellotti*, in *The Georgetown Law Review*, vol. 67, 1979, p. 1358. Si è osservato come il mancato approfondimento di tale problema ha precluso di confrontare le ragioni di tale estensione con l'affermazione giurisprudenziale secondo cui il diritto al *ne bis in idem* sarebbe ricollegato alla tutela della sfera morale dell'individuo: B. GARRET, *op. cit.*, p. 133-134.

<sup>1033</sup> In questo senso si v.: *Hale v. Henkel* 201 U.S. 43, 69-70 (1906), che ha concluso per la natura "purely personal" di tale presidio argomentando sulla base della estensibilità dei soli *property rights*, contrapposti ai *liberty rights*, ascrivibili ai soli individui; *Braswell v. United States*, 487 U.S. 99, 109-10 (1988); *Bellis v. United States*, 417 U.S. 85, 90 (1974); *Fisher v. United States* 425 U.S. 391, 409-10 (1976).

Di segno diverso l'orientamento seguito nel Regno Unito, la cui giurisprudenza ha ritenuto che le *corporations* potessero godere del *privilege against self-incrimination*, sia pure nei procedimenti civili: *Triplex Safetyglass Co Ltd v. Lancegaye Safety Glass (1934) Ltd* [1939] 2 K.B. 395; *Rio Tinto Zinc Corp and Others v. Westinghouse Electric Co* [1978] A.C. 547; *Rank Film Distribution Ltd and Others v. Video Information Centre and Others* [1982] A.C. 380). La disciplina è dettata dal *Civil Evidence Act 1968*, sec. 14, che riconosce tale diritto utilizzando il lemma "person", per la sua ampiezza in grado di includere anche le persone giuridiche. Ad ogni modo, tale garanzia attiene alle dichiarazioni e non ai documenti per i quali sussiste l'obbligo di consegna all'autorità da parte dell'ente: sul punto, si v. *R. v. Kearns* [2002] 1 W.L.R. 2815, coerente con la giurisprudenza della Corte EDU (*ex multis*, *Saunders c. Regno Unito*, 17 dicembre 1996, § 69). Per tali riferimenti, si rinvia all'analisi di FE. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino, 2020, p. 149 ss., il quale sottolinea anche la mancanza di una disciplina per il caso in cui sia chiamato a rendere dichiarazioni un membro dell'ente sottoposto a procedimento penale. Sul tema si v. anche J. GOBERT – M. PUNCH, *op. cit.*, p. 196 ss.



evitare che in questo modo la persona giuridica possa offrire un facile espediente di copertura degli illeciti commessi nel contesto della sua attività<sup>1034</sup>. Una soluzione diversa ha investito le *sole proprietorships*, alle quali è stata disconosciuta la natura di *collective entities* per la sostanziale coincidenza fra ente e persona fisica a cui è riconducibile<sup>1035</sup>.

Circa il principio di proporzionalità sanzionatoria, invece, pur non riconoscendosi espressamente la titolarità del diritto fondamentale di cui all'VIII emendamento<sup>1036</sup>, sebbene non si tratti di sanzioni penali, la Corte Suprema degli USA ha dichiarato sindacabili sotto il profilo della proporzionalità le condanne relative ai c.d. *punitive damages* inflitte alle imprese<sup>1037</sup>.

#### **4.3. L'esperienza costituzionale italiana.**

Sebbene la Costituzione italiana non trascuri del tutto le persone giuridiche – alle quali fanno riferimento alcune disposizioni (per es., artt. 20 e 39) – essa non reca alcun riconoscimento espresso dei loro diritti. La ragione della carenza di disposizioni puntuali è frutto comunque del confronto svoltosi in seno all'Assemblea costituente, all'interno della quale è risultata prevalente la posizione che riteneva che dovessero confluire in

---

<sup>1034</sup> Così C. O'KELLEY jr., *op. cit.*, p. 1357 ss. Per l'esame di tali riferimenti giurisprudenziali si rinvia a B. GARRET, *op. cit.*, p. 128 ss., il quale osserva criticamente che non v'è ragione per escludere la titolarità di tale diritto da parte delle *corporations*, considerato che non viene in rilievo alcuna interferenza con il godimento dei diritti da parte delle persone fisiche e che, anzi, tutto ciò può condurre a conseguenze pregiudizievoli per gli stessi singoli (p. 133 e 157-158). In senso critico anche J. GOBERT – M. PUNCH, *op. cit.*, p. 198-199.

Per una ricostruzione in chiave storica della inestensibilità della garanzia, si v. P. OLIVER, *Companies And Their Fundamental Rights: A Comparative Perspective*, in AA.VV., *International E Comparative Law Quarterly*, vol. 64, issue 3, 2015, p. 668-669.

<sup>1035</sup> *United States v. Doe*, 465 U.S. 605, 606, 611-12 (1984)

<sup>1036</sup> Sulla riconducibilità del principio di proporzionalità delle sanzioni alla c.d. *Excessive Fines clause* prevista dall'VIII emendamento nell'evoluzione della giurisprudenza statunitense, si v. la ricostruzione di F. VIGANÒ (*La proporzionalità della pena*, cit., p. 3 ss.).

<sup>1037</sup> *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S. 346, 357 (2007); *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 428 (2003); *BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 580 (1996); *Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1, 23-24 (1991)

Costituzione solo i concetti essenziali e di portata universale, e non anche le questioni suscettibili di essere regolate dal legislatore ordinario<sup>1038</sup>.

Nonostante l'impostazione che intendeva esplicitare tale riferimento non abbia trovato sbocco nella Carta fondamentale, il quadro sistematico desumibile dalla medesima sembra accogliere implicitamente gli enti fra i soggetti meritevoli di tutela<sup>1039</sup>.

Oltre alle disposizioni che si occupano di fenomeni aggregati (artt. 7-8-20, 18, 31, 38, 39, 41-46, 49, 118, comma 4), in questa direzione muove soprattutto l'art. 2 Cost., previsione che risponde a un tentativo di composizione fra le due posizioni sopra illustrate<sup>1040</sup>. Difatti, detto principio fondamentale dichiara il rilievo costituzionale delle formazioni 'sociali'<sup>1041</sup> non soltanto strumentalmente alla efficacia del presidio verso il singolo, ma anche con il risultato di far prevalere, eventualmente, la collettività sull'individualità<sup>1042</sup>. Tanto si ricava dal combinato disposto con l'art. 18 Cost., poiché, altrimenti, la mera esegesi dell'art. 2 potrebbe avere l'esito di far promuovere le sole formazioni sociali che agiscono per la tutela dei diritti dell'uomo, con l'effetto di introdurre tale elemento come limite funzionale per la libertà di associazione<sup>1043</sup>. Piuttosto, proprio questo aspetto suggerisce che viene posta un'enfasi sulla collettività,

---

<sup>1038</sup> Lavori preparatori, seduta del 24 settembre 1946, on. Grassi

<sup>1039</sup> Nel senso della opportunità di siffatta introduzione si era espresso Giorgio La Pira, muovendo, invero, dalla concezione realista della personalità. Nello stesso senso anche l'on. Aldo Moro, che faceva leva sulla necessità di dissipare i dubbi sulla estensione agli enti dei diritti di libertà. Così si legge nell'intervento di Moro: «ogni ordinamento giuridico riconosce la personalità di diritto non solo all'uomo ma anche agli enti (...) e quando si afferma che agli enti, costituiti secondo la forma prevista dalla legge, spetta la personalità giuridica, si riconosce non solo il fondamentale diritto alle associazioni di avere una personalità, ma anche il diritto di dare vita agli enti che abbiano quegli strumenti di attività nell'ambito della vita sociale e giuridica dello Stato. Si ha quindi il riconoscimento della personalità e la possibilità per questi enti di funzionare come un tutto per fini privati» (Lavori preparatori, seduta del 24 settembre 1946).

<sup>1040</sup> M. MICHETTI, *op. cit.*, p. 101

<sup>1041</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1952, p. 18; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953; P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, I, Padova, 1987, p. 14, 29 ss. Con qualche critica per la formulazione, che sembrerebbe presidiare le sole formazioni sociali che agiscono per la tutela dei diritti dell'uomo:

<sup>1042</sup> Così G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, p. 9. Per l'operatività della disposizione anche nei rapporti fra privati, si v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992, p. 21 ss.

<sup>1043</sup> M. MICHETTI, *op. cit.*, p. 101-102, che sottolinea come questo aspetto sia stato alla base della critica della formulazione dell'art. 2 Cost. Sul punto, si v. anche P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1987, p. 210-215 e 226.

quale sfera soggettiva di diritti e libertà a sé stante a cui spetta di essere tutelata come entità autonoma, con riconoscimento del ruolo di ulteriore polo attrattivo dei diritti fondamentali accanto alle persone fisiche<sup>1044</sup>.

Pertanto, anche gli enti sono titolari dei diritti costituzionalmente protetti. È evidente poi che, essendo la vita dell'ente innervata da profili teleologici, detta protezione si spiega pur sempre in un'ottica funzionale, posto che il bisogno di tutela che tali soggetti esprimono si manifesta sempre in correlazione allo svolgimento della propria attività per la realizzazione degli scopi che ne stanno alla base<sup>1045</sup>.

Pur in assenza di una clausola analoga a quella dell'art. 19, comma 3 GG, detta operazione di estensione deve tenere conto giocoforza delle differenze nucleari tra esseri umani e organizzazioni collettive, con ingresso di un filtro selettivo di compatibilità ontologico-strutturale. In altri termini, non tutti i diritti delle persone fisiche sono anche diritti delle persone giuridiche, dovendo restare esclusi tutti quelli che non si confanno alle peculiarità dei 'non-umani'.

Tuttavia, detta operazione deve essere svolta con attenzione e sulla base di un approccio 'relativizzante', che tenga conto non soltanto della dimensione tradizionale ed esterna del diritto, ma soprattutto di quella nucleare. Lo scopo di tale indagine è comprendere se tali esigenze di protezione possano essere soddisfatte anche in capo all'ente, di guisa che all'indagine estensiva si deve accompagnare l'esame circa la possibilità di adeguamento del diritto fondamentale alla condizione del soggetto aggregato.

Al riguardo, è stato osservato che proprio le acquisizioni sui diritti della personalità della persona giuridica dimostrano che può apparire fallace il pregiudizio antropocentrico che si cela dietro alcune situazioni soggettive, come il diritto al nome, alla reputazione, all'onore<sup>1046</sup>, che sono riferibili anche all'identità di tipo collettivo<sup>1047</sup>. Ne discende che,

---

<sup>1044</sup> M. MICHETTI, *op. cit.*, p. 103; P. RIDOLA, *op. cit.*, p. 227 ss.

<sup>1045</sup> P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2017, p. 103

<sup>1046</sup> Sulle quali si v. l'analisi di A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 876 ss., 880 ss.

<sup>1047</sup> M. MICHETTI, *op. cit.*, p. 124-125

dismesso ogni pregiudizio in merito, il principio acquisito dal quadro costituzionale è quello dell'astratta applicabilità di tutti i diritti alle persone fisiche, dovendo poi verificare, caso per caso, la ricorrenza di profili di eterogeneità tali da ostacolare tale risultato<sup>1048</sup>.

Trattandosi di un'operazione che evoca quella analogica, lo strumento guida dell'indagine sull'*an* dell'estensione è rappresentato dall'*eadem ratio* nel confronto tra la disposizione e la lacuna, e non dalla 'umanità' ad essa retrostante, che potrà venire in rilievo soltanto quando si tratta di comprendere il *quomodo* di tale applicazione, sempre avendo presente l'interesse tutelato<sup>1049</sup>.

Da questo angolo visuale sono apparsi inconciliabili con la persona giuridica soltanto quei diritti i cui interessi di fondo si intrecciano inscindibilmente con la persona fisica, come accade per la vita, l'integrità fisica, la tutela familiare, ecc.<sup>1050</sup>; mentre è risultata praticabile l'opzione della riferibilità di molte libertà costituzionali, quali, tra le altre, la libertà di domicilio<sup>1051</sup>, di comunicazione e la relativa garanzia di segretezza<sup>1052</sup>, di soggiorno<sup>1053</sup>, di riunione e associazione<sup>1054</sup> e finanche di manifestazione del proprio pensiero<sup>1055</sup>.

---

<sup>1048</sup> *Ivi*, p. 125 ss.; R. SERICK, *op. cit.*, p. 288 ss.

<sup>1049</sup> M. MICHETTI, *op. cit.*, p. 125 e 130, che richiama il metodo interpretativo ricostruito in A. PACE, *Costituzionalismo e metodi interpretativi dei diritti fondamentali*, in G. ROLLA (a cura di), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Torino, 2001, p. 27 ss.

<sup>1050</sup> Si v. G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2010, p. 631, il quale rileva che non avrebbe nemmeno senso porsi il quesito della estensibilità.

<sup>1051</sup> M. MICHETTI, *op. cit.*, 136 ss.

<sup>1052</sup> *Ivi*, p. 140 ss.; P. BARILE, *op. cit.*, p. 19

<sup>1053</sup> Il soggiorno sarebbe declinabile nella libera elezione della sede; mentre si esclude la estensibilità della libertà di circolazione, giacché essa involge la locomozione in senso fisico, cioè un interesse che si esplica in una dimensione corporale: M. MICHETTI, *op. cit.*, p. 143 ss.

<sup>1054</sup> Circa la libertà di riunione, gli apparenti ostacoli concettuali vengono superati facendo leva sulla partecipazione alle stesse da parte degli esponenti della persona giuridica: *Ivi*, p. 145-146. In ordine alla libertà di associazione, invece, è stata ritenuta possibile la costituzione di 'associazioni di associazioni', anche alla luce degli artt. 2 e 39 Cost.: A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 361-362.

<sup>1055</sup> Difatti, al di là del dato letterale («tutti hanno diritto»: M. MICHETTI, *op. cit.*, p. 147-148; A. PACE, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006, p. 163 ss.; P. BARILE, *op. cit.*, p. 19), può osservarsi come la stessa non sia riducibile in processi di elaborazione mentale, potendosi configurare anche delle forme di interazione organizzativa che sfocino nella imputazione autonoma del "pensiero" alla collettività, quando espressione di interessi superindividuali: si v. Corte cost., 29 aprile 1985, n. 186.

#### **4.4. *Un quadro di sintesi.***

Anche le persone giuridiche possono accedere alla tutela offerta dalle Carte fondamentali, non soltanto laddove ciò sia stato riconosciuto espressamente (art. 19, comma 3 GG), ma anche in difetto di disposizioni specifiche che si siano interessate della problematica, se la Carta fondamentale configura un ordinamento pluralista e democratico, in cui alla centralità della persona si affianca l'importanza delle formazioni sociali. Entità che vengono protette in quanto tali e non solo per il legame esistente con le persone fisiche. È chiaro che negare loro determinati diritti rischierebbe di risolversi in uno svuotamento di contenuti della tutela delle persone fisiche; ma tale rischio può rappresentare un argomento rafforzativo dell'ampliamento della sfera dei soggetti protetti e non può risolversi nella mera riduzione a strumento di esercizio delle libertà individuali. In altri termini, gli enti collettivi hanno dei propri diritti, autonomi e distinti da quelli di cui sono titolari le persone fisiche e che non ne rappresentano un mero riflesso; al contempo, però, negare la titolarità dei diritti delle persone giuridiche appare pernicioso per l'effettivo godimento degli stessi da parte delle persone fisiche.

Anche le persone giuridiche esprimono un bisogno di tutela per realizzare gli scopi che perseguono ed è in funzione di questa finalità che occorre estendere tutti i diritti che, volta per volta, rispondano a tali interessi, abbandonando qualsivoglia dogma preclusivo.

Le finalità in esame non sono esclusivamente quelle dirette alla tutela dei diritti fondamentali dei singoli, pena la restrizione indebita del campo applicativo degli artt. 2-18 Cost. Piuttosto, la selezione delle finalità perseguibili va operata in concreto, sulla scorta degli strumenti offerti dalla legislazione ordinaria, nel rispetto dei limiti che sono enunciati espressamente in Costituzione (si cfr. artt. 18 e 41 Cost.).

Non sembra condivisibile quella posizione che esclude la titolarità dei diritti fondamentali degli enti che hanno finalità economiche, con particolare riferimento alle

imprese<sup>1056</sup>. Secondo questa opzione ermeneutica lo statuto costituzionale di tali soggetti sarebbe ristretto dalla esistenza di disposizioni specifiche che li riguardano: la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) e la tutela della proprietà (art. 42 Cost.)<sup>1057</sup>. Segnatamente, dalle limitazioni di ordine personale e sociale dettate da tali previsioni si vuole desumere la inconciliabilità tra diritti fondamentali e imprese.

In primo luogo, tale argomentare può portare a esiti antilogici, al punto da disconoscere integralmente i diritti fondamentali in capo agli enti. In effetti, parimenti dovrebbe sostenersi per gli enti con finalità non economiche, in quanto presi in considerazione all'art. 18 Cost. o da altre norme costituzionali (artt. 33, 39, 49, ecc.), e quindi protetti solamente entro i confini da esse disegnate. Dunque, la conclusione alla quale si perviene diventerebbe contrastante con la premessa di partenza; e allora delle due l'una: o gli enti sono protetti quale che sia la finalità perseguita ovvero non sono meritevoli di alcun presidio costituzionale fuori dei casi espressamente previsti.

In secondo luogo, l'art. 42 Cost. si occupa del solo profilo dominicale, il cui contenuto è relativizzato a fini sociali indistintamente da coloro che ne sono titolari, persone fisiche o giuridiche. Ma al di là di tale rilievo, appare esprimere una visione solo parziale considerare l'ente esclusivamente quale 'patrimonio destinato', perché esso si connota soprattutto di aspetti organizzativi e gestori che ne giustificano l'elevazione a centro di imputazione autonomo di rapporti giuridici: soggetto, per l'appunto, e non oggetto.

In ultima istanza, non persuade nemmeno la discriminazione operata in base alla finalità economica, perché se è vero che l'art. 41 Cost. pone dei limiti a tali attività, questi non sembrano una ragione sufficiente per porre tali enti su di un binario differente rispetto a quelli non economici. Soprattutto, tale libertà deve essere apprezzata autonomamente come 'attività', rispetto alle potenzialità di collisione con i valori fondamentali richiamati

---

<sup>1056</sup> In questo senso G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 632.

<sup>1057</sup> Nel senso che l'art. 41 Cost. abbia come destinatario principale gli enti: F. GALGANO, *Art. 41 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 3 ss.

dalla Carta fondamentale, e non come ‘categoria soggettiva’ o ‘finalistica’, non ravvisandosi nessun ostacolo all’estensione di tutti quegli altri diritti reputati estensibili alle organizzazioni<sup>1058</sup>. In ogni caso, ferma restando la intangibilità della dignità della persona umana, il divieto di contrasto con la sicurezza e la utilità sociale ha dei connotati negativi e non può risolversi in strumentalizzazioni delle imprese che si risolvano in una negazione in radice della libertà *ex art. 41 Cost.* In altri termini, pur avendo delineato i confini di tale libertà, è chiaro che, come per ogni diritto, le scelte legislative dovranno essere ispirate ai canoni della ragionevolezza e della proporzione del bilanciamento con altri valori costituzionali.

In definitiva, nessuna preclusione aprioristica può operare sul piano delle finalità perseguite dall’ente, a meno che non si rientri in quelle di per sé avversate – e non solo regolate – dalla Costituzione.

L’indagine sui diritti fondamentali delle persone giuridiche è stata condotta sin qui volgendo lo sguardo alla sola dimensione costituzionale, mentre nulla si è ancora detto su quella sovranazionale.

Ebbene, le persone giuridiche entrano a pieno titolo fra i soggetti delle Carte dei diritti che valicano i confini nazionali, là dove, anche per l’approccio elastico e casistico delle Corti, il diritto vivente riconosce da tempo le organizzazioni tra i soggetti che possono accedere alla relativa tutela, senza distinguere in base alla natura lucrativa o non lucrativa<sup>1059</sup>. D’altra parte, per quanto concerne la CEDU, l’art. 34 annovera i soggetti

---

<sup>1058</sup> Lo sottolinea M. OLIVETTI, *op. cit.*, p. 102

<sup>1059</sup> Per la giurisprudenza della Corte di Giustizia, si v. CGCE, 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelgesellschaft*; CGCE, 21 settembre 1989, cause riunite 46/1987 227/1988, *Hoechst AG c. Commissione*, in materia di tutela del domicilio (sia pure con qualche restrizione legata alla ricerca del c.d. criterio di collegamento, poi superata in CGCE, 22 ottobre 2002, C-94/00, *Roquette Frères SA c. Directeur général de la concurrence, de la consommation e de la répression des freude*). Sulla libertà di manifestazione del proprio pensiero, si v. CGCE, 26 giugno 1997, C-368/95, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverleger- und Vertriebs GmbH e Henrich Bauer Verlag*). Del diritto al silenzio, invece, si dirà nel prosieguo.

Per la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si v. Corte EDU, 16 novembre 1992, *Niemietz c. RFT* e Corte EDU, 16 aprile 2002, *Société Colas Est e altri c. Francia* sulla libertà di domicilio. Sulla libertà di manifestazione del pensiero, si v. Corte EDU, 2 febbraio 2016, *Magyar and Index.hu c. Ungheria*. Innumerevoli le pronunce sulla ragionevole durata del processo: *ex multis*, Corte EDU, 5 aprile 2000,

collettivi tra quelli che possono presentare un ricorso quali «vittime» di una violazione della Convenzione<sup>1060</sup>. E questa visione estesa della titolarità delle situazioni soggettive ricorre anche nel diritto dell'Unione europea<sup>1061</sup>. Pertanto, il quadro odierno della tutela dei diritti fondamentali nel sistema multilivello delle fonti si presenti già idoneo a includere tanto le persone fisiche quanto le persone giuridiche.

##### **5. Prime conclusioni: l'estensione delle garanzie penalistiche e processuali.**

Le osservazioni sin qui condotte con l'ausilio dei contributi dottrinali che si sono occupati della problematica possono essere sperimentate in ambito penalistico e processuale. In tale contesto certamente la persona giuridica si fa portatrice di un intenso bisogno di ricevere tutela di fronte alla possibilità di esercizio della potestà punitiva statale, che passa per un percorso altamente 'costoso' per il destinatario qual è quello processuale e può sfociare in conseguenze per essa particolarmente gravi.

Seguendo il ragionamento sin qui espresso, riferire alle persone giuridiche le garanzie dell'universo penalistico ampiamente inteso risulta meno problematico di quanto possa apparire a un primo sguardo. Sebbene fosse stato difficile da accettare in passato, ormai queste entità artificiali sono soggetti del diritto e del processo

---

*Comingersoll s.a. c. Portugal*; Corte EDU, 8 giugno 2004, *Clinique Mozart*; Corte EDU, 15 febbraio 2003, *Ova Sprl*. Oltre a quelle che estendono le garanzie penalistiche e processuali, sulle quali si v. nel prosieguo.

<sup>1060</sup> A. SACCUCCI, *Art. 34*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012. p. 631 ss., ove si nota, peraltro, la maggiore apertura della versione in lingua inglese, che fa riferimento a «*any person*», piuttosto che a «ogni persona fisica», come si legge in quella italiana.

<sup>1061</sup> Al di là della ripetizione per la CDFUE del rilievo esposto alla nota precedente – per cui i diritti sono riconosciuti a “ogni persona” – e del riconoscimento della libertà di stabilimento – riferita tipicamente agli enti (CGCE, 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd e Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*) – si contano diversi riferimenti espressi all'interno di atti normativi eurounitari. Si v., per es., art. 7, par. 2 direttiva 2000/43/CE sul contrasto alle discriminazioni per motivi razziali o etnici; v. anche la decisione-quadro 2005/214/GAI, sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie, riferibile anche alle persone giuridiche, il cui art. 3 fa rimanere salvo il rispetto dei diritti fondamentali tutelati dalla Carta di Nizza.



(quantomeno, para) penale: subiscono lo stigma derivante dallo svolgimento del processo nei loro confronti e sono esposti al rischio di restrizioni notevoli delle proprie sfere di libertà<sup>1062</sup>. Se si ritiene che l'ente sia meritevole di protezione in quanto soggetto di diritto portatore di una tale esigenza, occorre ritornare al quesito circa la riferibilità dei diritti di rilievo costituzionale. Ciò a prescindere dall'equazione fra processo penale ed estensione delle garanzie<sup>1063</sup>: a parere di chi scrive, questo aspetto può rafforzare ulteriormente le ragioni della estensione per evidenziare il bisogno di tutela, ma non ne rappresenta la ragione principale ed esauriente. Piuttosto, l'attivazione dei meccanismi interpretativi volti a riconoscere i diritti penal-processuali in favore dell'ente si colloca ben a monte, cioè nel momento in cui si reputa l'ente titolare di tutti i diritti fondamentali rispetto ai quali non insorgano ostacoli di ordine antropologico, tenuto conto delle *rationes* e del contenuto delle garanzie considerate. In altri termini, non è la qualifica di 'imputato' che determina l'operatività delle garanzie, ma ancor prima quella di 'persona' meritevole di protezione costituzionale, a maggior ragione, è evidente, di fronte a un regime di natura penale; una prospettiva che evita di scindere il diritto penale sostanziale da quello processuale e che consente di svolgere delle considerazioni unitarie.

Dunque, la persona giuridica può essere investita di tutti gli effetti protettivi che discendono dall'applicazione degli strumenti costituzionali inerenti al diritto e al processo penale, la cui finalità è quella di presidiare le sfere di libertà della persona, a prescindere dalle sue connotazioni umane o collettive, quale estrema risposta afflittiva contemplata dall'ordinamento giuridico.

Oltretutto, è vero che la ragione della introduzione della responsabilità da reato dell'ente risiede nell'intento di scongiurare che esso possa essere utilizzato dalle persone

---

<sup>1062</sup> Si cfr. G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 338; G. AMARELLI, *Profili*, cit., p. 176 ss.; R. GUERRINI, *op. cit.*, p. 225 ss. e 231; V. MAIELLO, *La natura*, cit., p. 900 ss.; T. PADOVANI, *Il nome*, cit., p. 16 s.; C.E. PALIERO, *Il d.lgs.*, cit., p. 845.

<sup>1063</sup> Ragionando sulle garanzie del processo penale, H. BELLUTA (*L'ente incolpato*, cit., *passim* e in part. p. 40-42, 57 ss.) ritenuto sterile il dibattito sulla natura della responsabilità, che non ha condotto all'applicazione *tout court* delle garanzie penalistiche, afferma che l'estensione delle stesse dovrebbe avvenire, piuttosto, sulla scorta della natura del processo e della qualifica di imputato assunta dall'ente che ne sia coinvolto.

fisiche quale “schermo” per impedire che le conseguenze penali le investano direttamente. Ma è altrettanto vero che non può accogliersi una visione per così dire invertita, dove sia lo Stato ad avvalersi della metafora societaria per eludere il rispetto delle garanzie fondamentali in materia penale<sup>1064</sup>. Quindi, l’ordinamento deve muoversi coerentemente alle premesse di partenza: l’opzione penalistica non è frazionabile in strumenti preventivo-repressivi e pilastri protettivi, ma impone l’applicazione unitaria di aspetti fra loro inscindibili.

A ciò si aggiunga la possibilità che detti effetti si ripercuotano negativamente e in maniera significativamente gravosa sulle persone fisiche che fanno parte della compagine entificata<sup>1065</sup>, poiché disconoscere all’ente tali diritti significherebbe negarli surrettiziamente anche ai relativi componenti<sup>1066</sup>. Sul punto, vale la pena ribadire che la persona giuridica non gode soltanto di garanzie ‘di riflesso’, cioè di diritti delle persone fisiche che vengono collettivizzati, giacché ciò potrebbe produrre degli effetti controproducenti per la stessa tutela di tali individui, quasi che la partecipazione all’ente sia condizionata dalla dismissione o comunque dalla limitazione delle garanzie personali. Questa evenienza, oltre a non essere costituzionalmente accettabile, è smentita in questa sede dal dato normativo, che scinde la posizione processuale dell’ente e dell’imputato del reato-presupposto (artt. 39, comma 1, per la rappresentanza legale, e 44, comma 1 lett. a) d.lgs. n. 231 del 2001, per l’incompatibilità a testimoniare) innanzitutto al fine di assicurare la garanzia del *nemo tenetur se detegere*<sup>1067</sup>.

---

<sup>1064</sup> Si cfr. P. FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, cit., p. 705

<sup>1065</sup> Si cfr. J.C. COFFEE, *“No Soul to Damn: No Body to Kick”. An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, *Mich.L.R.*, 1981, vol. 79, p. 401, che osserva che «Axiomatically, corporations do not bear the ultimate cost of the fine; put simply, when the corporation catches a cold, someone else sneezes».

<sup>1066</sup> *Ibidem*

<sup>1067</sup> Sulla *ratio* delle disposizioni citate di garanzia del diritto contro le autoincriminazioni, si v., rispettivamente, sull’art. 39 G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, p. 994; sull’art. 44 A. PRESUTTI, *Incompatibilità a testimoniare e regime del rappresentante legale*, in P. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 248 ss. Invero, queste disposizioni pongono non pochi problemi interpretativi proprio in relazione al diritto al silenzio, per i quali si rinvia, tra gli altri, a H. BELLUTA, *ult. op. cit.*, p. 183 ss.

Pertanto, può concludersi che anche l'ente deve godere dei diritti fondamentali connessi al sistema penale, sempreché vi sia compatibilità tra la funzione che questi assolvono e la struttura dei potenziali destinatari. Salva la tutela della libertà personale (art. 13 Cost.), che presuppone la corporalità ed è quindi riferibile essenzialmente alla persona umana<sup>1068</sup>, non v'è ragione di discriminare tra persone fisiche e giuridiche di fronte alle altre garanzie fondamentali, anche se qui l'inibizione è strumentale alla salvaguardia di altre libertà, connesse all'iniziativa economica e alla disponibilità del proprio patrimonio<sup>1069</sup>.

Quindi, anche in questo caso troveranno applicazione – e così è previsto nella disciplina italiana del d.lgs. n. 231 del 2001 – il principio di legalità e i suoi contenuti (art. 2), il divieto di irretroattività della legge penale sfavorevole e la garanzia della retroattività delle norme favorevoli (art. 3), che quindi non sono frutto di valutazioni di opportunità svolte dal legislatore, bensì rappresentano delle soluzioni costituzionalmente obbligate<sup>1070</sup>. Inoltre, pur nel silenzio della legge, deve rispettarsi anche il principio di personalità della responsabilità, affinché sia garantito il canone delle “libere scelte di azione”<sup>1071</sup> a fronte di soggetti che godono pur sempre di autodeterminazione, sia pure in una forma peculiare e che trova riscontro nella propria sfera organizzativa<sup>1072</sup>. Infine, la sanzione deve essere strutturalmente configurata in modo tendere al ricupero sociale dell'impresa, finalità che spicca all'interno del sistema punitivo del d.lgs. n. 231 del 2001<sup>1073</sup>.

---

<sup>1068</sup> Conformemente H. BELLUTA, *ult. op. cit.*, p. 42-43.

<sup>1069</sup> Sul riconoscimento di tali diritti in favore delle persone giuridiche, si v. l'analisi svolta in A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 79 ss.

<sup>1070</sup> Si cfr. quanto osservato da F. D'ARCANGELO, Sub *Art. 5*, in M. LEVIS-A. PERINI (dir.), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 122. Al contrario, non è apparsa vincolante l'opzione per il c.d. principio di specialità (con riferimento alla disciplina francese ante 2004, v. C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 202 ss.), che però intensifica il nesso tra legalità e colpevolezza garantendo all'ente di organizzarsi meglio in relazione alle sole categorie di reato elencate dalla legge (M. PELISSERO – E. SCAROINA – V. NAPOLEONI, *Principi generali*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 101-102).

<sup>1071</sup> Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364, p. 8

<sup>1072</sup> Si cfr. R. GUERRINI, *op. cit.*, p. 197; C.E. PALIERO, *La responsabilità*, cit., p. 21

<sup>1073</sup> A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001*, Torino, 2022, *passim*

È giocoforza ritenere che anche il principio di proporzione trovi applicazione nell'ambito della responsabilità para-penale delle persone giuridiche. Intanto, ciò deve avvenire nella sua dimensione qualitativa, quale principio generale dell'ordinamento giuridico che ammette le restrizioni dei diritti e delle libertà di coloro a cui sono riconosciute entro i limiti del perseguimento di uno scopo legittimo verso il quale si dimostrano idonee, della necessità affinché ciò avvenga e della proporzionalità in senso stretto della misura adottata. Dimensione che tradotta nel linguaggio penalistico deve orientare le scelte del ricorso allo strumento punitivo da parte del legislatore, nonché la loro applicazione da parte dell'interprete. Occorre garantire, poi, il rispetto del principio di proporzionalità della sanzione, esigenza anch'essa di respiro generale, ma che in ambito penalistico si presenta consustanziale ai principi di eguaglianza-ragionevolezza, colpevolezza e alla funzione rieducativa della pena, diritti riconoscibili anche all'ente<sup>1074</sup>.

Così deve concludersi anche per le garanzie processuali, per le quali non varrebbe nemmeno distinguere tra 'diritti soggettivi' e 'garanzie oggettive'<sup>1075</sup>, contrapposizione ampiamente confutata<sup>1076</sup> e comunque superabile anche sulla scorta di quanto già osservato sulle ragioni della titolarità di diritti (in questo senso 'soggettivi') da parte degli

---

<sup>1074</sup> Pur non riconoscendo espressamente la titolarità del diritto fondamentale di cui all'VIII emendamento, la Corte Suprema degli USA dichiara normalmente la sindacabilità sotto il profilo della proporzione delle condanne inflitte alle imprese al "risarcimento" dei c.d. *punitive damages*: *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S. 346, 357 (2007); *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 428 (2003); *BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 580 (1996); *Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1, 23-24 (1991). Sulla riconducibilità del principio di proporzionalità delle sanzioni all'VIII emendamento nell'evoluzione della giurisprudenza statunitense, si v. la ricostruzione di F. VIGANÒ (*La proporzionalità della pena*, cit., p. 3 ss.).

<sup>1075</sup> Distinzione che si rinviene in M. CHIAVARIO, *Appunti sul processo penale*, Torino, 2000, p. 12, che qualifica oggettivamente il giusto processo; in P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1390, che distingue tra dimensione oggettiva e soggettiva del contraddittorio; V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di « giusto processo » penale (tra « ragionevole durata », diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 436, con riferimento alla ragionevole durata.

<sup>1076</sup> Dicotomia superata poiché i connotati costituzionali che il processo deve assumere si traducono sempre in diritti dell'imputato: così P. FERRUA, *Il 'giusto' processo*, Bologna, 2012, p. 25. Le garanzie processuali, quali limiti al potere, fanno capo all'individuo, il quale, eccezion fatta per il diritto di difesa, può anche disporre: E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in Id., *Processo penale diritto europeo e common law*, Milano, 2003, p. 136 ss. Si v. H. BELLUTA, *ult. op. cit.*, p. 47 ss., che con riguardo all'ente estende i diritti che questa prospettiva qualifica come soggettivi richiamando in via risolutiva il concetto di imputato.

enti collettivi<sup>1077</sup>. Ne discende che all'ente che riveste la posizione di vero e proprio imputato devono riconoscersi tutte le garanzie connesse al giusto processo<sup>1078</sup>, quindi il diritto di difesa, il diritto al giudice naturale<sup>1079</sup>, il diritto al contraddittorio, il diritto alla ragionevole durata, la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio<sup>1080</sup>. Ancora, non può stravolgersi la presunzione di non colpevolezza, che vincola a una lettura costituzionalmente orientata del disposto dell'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001 (sul tema, si v. cap. 3, par. 3.2.3.2.1.) e che ispira la disciplina delle misure cautelari<sup>1081</sup>. D'altra parte, la giurisprudenza europea ha esteso da tempo agli enti, oltre alla ragionevole durata, il diritto al silenzio e la presunzione di innocenza nell'ambito di quei procedimenti ispirati da finalità eminentemente punitive<sup>1082</sup>.

Non v'è ragione di escludere da questo elenco il diritto fondamentale al *ne bis in idem*, che sul fronte processuale è riconducibile al diritto di difesa e al giusto processo e non incontra preclusioni collegate alla dimensione umana, perché qualunque soggetto

---

<sup>1077</sup> Difatti, l'essere diritti soggettivi non li renderebbe diritti esclusivamente umani; comunque, tale natura può essere esclusa anche all'esito di una verifica concreta.

<sup>1078</sup> P. FERRUA, *Diritti umani*, cit., p. 705.

<sup>1079</sup> Che comunque non è in discussione per via della cognizione del giudice competente per il reato-presupposto, proprio per la connessione esistente tra questo e l'illecito dell'ente: H. BELLUTA, *ult. op. cit.*, p. 44;

<sup>1080</sup> F. DINACCI, *La dimensione probatoria e del diritto al silenzio nella disciplina della responsabilità da reato degli enti. Verso letture "osservanti" dei principi*, in *Arch. pen.*, 1/2022, p. 16-17; P. FERRUA, *ult. op. cit.*, p. 708-709

<sup>1081</sup> Si v. H. BELLUTA, *ult. op. cit.*, p. 57. Di recente, per l'applicazione della presunzione di non colpevolezza agli enti, si v. F.R. DINACCI, *La dimensione probatoria e del diritto al silenzio nella disciplina della responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 8-9. A tale conclusione può pervenirsi anche se la direttiva 2016/343/UE non ricomprende le persone giuridiche nella presunzione d'innocenza, perché ritenuta questione "prematura", senza ostacoli per l'applicazione dei principi espressi dalla giurisprudenza sovranazionale.

<sup>1082</sup> CGCE, sent. 18 ottobre 1989, C-374/87, *Orkem c. Commissione*, p. 35; CGCE, sent. 29 giugno 2006, C-301/04, *SGL Carbon c. Commissione*, p. 42, intervenute in materia di concorrenza. Di recente, pur affermandosi in premessa l'obbligo di riferire quanto a propria conoscenza, questo principio è stato ribadito per le imprese da CGUE, Grande sezione, sent. 2 febbraio 2021, *D. B. contro Consob*, C-481/19, p. 47, ancorché intervenuta, nella materia degli abusi di mercato, in relazione a un caso concernente una persona fisica. Per una sintesi sulle garanzie estese nel diritto dell'UE, si v. P. OLIVER, *op. cit.*, p. 679 ss.

Sul diritto di difesa e la presunzione di non colpevolezza, si v. Corte EDU, 17 giugno 2008, *Synnelius & Edsbergs Taxi AB c. Svezia*; Corte EDU, 3 marzo 2000, *Haralambidis, Y. Haralambidis-Liberpa S.A. & Liberpa Ltd. c. Grecia*; giurisprudenza che sopperisce alla mancata estensione alle persone giuridiche della garanzia da parte della direttiva 2016/343/UE. Nel senso che questa giurisprudenza non abbia inciso molto sul sistema giuridico inglese del riparto degli oneri probatori e del diritto al silenzio in tema di responsabilità degli enti, J. GOBERT – M. PUNCH, *op. cit.*, p. 211 ss. Sul tema, si v. anche A. DIGNAM – D. ALLEN, *Company Law and the Human Rights Act 1998*, London, 2000; P. OLIVER, *op. cit.*, p. 677.

giuridico, a prescindere dalle qualità che lo contrassegnano, ha diritto a non subire vessazioni ordinamentali che si risolverebbero in un annichilimento delle libertà di cui è portatore<sup>1083</sup>. Deve concludersi egualmente anche per il *ne bis in idem* sostanziale, che, per quanto correlato anche alla dignità della persona umana, non appare inscindibile dalla medesima. Anzi, può assumere il volto di un diritto autonomo, in connessione con esigenze di giustizia sostanziale vevoli per ogni entità ordinamentale e con il principio di colpevolezza e la finalità di ricupero sociale che deve caratterizzare la sanzione. Tali aspetti, difatti, richiamano una definitiva istanza di proporzione del trattamento sanzionatorio evidentemente disattesa in presenza di duplicazioni insistenti su uno stesso fatto, comune a qualsivoglia soggetto possa subirle, sia esso una persona fisica o una persona giuridica.

---

<sup>1083</sup> D'altronde, anche la giurisprudenza statunitense, pur non avendone mai approfondito le ragioni, dà per assodata l'applicabilità agli enti della *Double Jeopardy clause* prevista dal V emendamento: si v. *United States v. Martin Linen Supply Co* 430 U.S. 564, 567 (1977); *Fong Foo v. United States*, 369 U.S. 141, 143 (1962). Invero, si è osservato come non siano state approfondite le ragioni di tale estensione, posta l'affermazione giurisprudenziale secondo cui il diritto al *ne bis in idem* sarebbe ricollegato alla tutela della sfera morale dell'individuo: B. GARRET, *op. cit.*, p. 133-134.

## CAPITOLO V – IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE E IL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE.

Sezione I – L'incidenza del principio di proporzione sulla struttura della responsabilità dell'ente.

### *1. Il principio di proporzione nella ricostruzione della colpa di organizzazione.*

Un approccio realista al sistema della responsabilità da reato dell'ente fa scoprire allo studioso di trovarsi di fronte a un ordito normativo imperniato su scopi essenzialmente preventivi. In estrema sintesi, l'ente collettivo è un soggetto al quale l'ordinamento ha richiesto di partecipare alla lotta alla criminalità<sup>1084</sup>. La complessità dei fenomeni dell'epoca moderna è foriera di vantaggi per la collettività, ma incrementa anche i rischi di commissione di reati, rispetto ai quali lo Stato manifesta una certa difficoltà a esercitare il ruolo di vigilante. Una logica simile a quella della sussidiarietà orizzontale vede le imprese chiamate ad affiancare i poteri pubblici nell'assolvimento di

---

<sup>1084</sup> La dottrina d'oltreoceano ha osservato che gli le persone giuridiche sono assunte a «*tutori dell'ordine*»: in questi termini, J. ARLEN, *L'applicazione della legge penal-societaria negli Stati Uniti: l'uso delle transazioni per trasformare imprese potenzialmente criminali in tutori dell'ordine*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, p. 11.

un siffatto dovere, nella perenne ricerca di efficienza da parte degli ordinamenti giuridici contemporanei<sup>1085</sup>.

In una società in cui si assiste alla moltiplicazione dei rischi, la prevenzione diventa la “parola d’ordine” che orienta anche le persone giuridiche<sup>1086</sup>; quello delle attività economiche è un contesto tipico di emersione di pericoli, donde tali organizzazioni hanno il compito di strutturarsi in maniera tale da divenire una sorta di “guardiani di quartiere”, garanti della salvaguardia di determinati beni giuridici dalle offese che li possono colpire<sup>1087</sup>.

In questo modo lo Stato direziona lo svolgimento delle attività economiche verso la soddisfazione di finalità di rilevanza sociale, ma l’etero-imposizione di tale obiettivo si risolve, di fatto, in una limitazione di una libertà costituzionalmente garantita. Si tratta di un obiettivo che non afferisce alla genesi delle collettività organizzate, costituite per finalità attribuitele “dal basso”, rispetto alle quali la prevenzione dei reati diventa un “corpo estraneo” al quale è richiesto una trasformazione del volto tipico della realtà d’impresa<sup>1088</sup>.

È assodato che ogni restrizione non può intervenire in maniera incontrollata, pur a fronte del perseguimento di uno scopo legittimo perché afferente alla stessa esistenza dell’ordinamento giuridico. I valori, quale che sia il peso assunto all’interno del quadro costituzionale, devono essere sempre oggetto di un giudizio di bilanciamento, non potendosi ammettere dei sacrifici incondizionati, legati a una concezione di superiorità aprioristica di taluni beni rispetto ad altri. Così entra in gioco il canone della proporzione, principio che deve guidare la selezione delle forme attraverso le quali coinvolgere le imprese nel perseguimento degli obiettivi di prevenzione delle vicende criminose.

---

<sup>1085</sup> Tale investitura si risolve nel direzionare la forza dell’impresa verso se stessa: per queste osservazioni e per l’evocazione dell’immagine della “lotta di judo”, si v. F. STELLA, *Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 459.

<sup>1086</sup> Si cfr. J.C. COFFEE, “*No Soul to Damn: No Body to Kick*”, cit., p. 450 ss.

<sup>1087</sup> Si mutua l’espressione utilizzata in A. SERENI, *L’ente guardiano*, cit.

<sup>1088</sup> In termini pressoché corrispondenti, V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., p. 428. In senso analogo, F. CONSULICH, *L’ente alla corte*, cit., p. 26.



Queste ultime non possono essere considerate alla stessa stregua dei poteri pubblici, non disponendo di mezzi analoghi a quelli di cui godono le strutture istituzionali per garantire l'ordine sociale. Come si è osservato, non è compatibile con la Costituzione la costruzione della persona giuridica in materia tale da strutturare un “novello *Panopticon*”, deputato a sorvegliare analiticamente la propria dimensione interna per reprimere alla fonte i rischi illeciti, con esiti antiliberali<sup>1089</sup>. Per di più, l'ente riveste una posizione peculiare, perché, quale garante dei beni che l'ordinamento gli affida, subisce le conseguenze punitive dell'omesso impedimento a sé ascrivibile, con un'ulteriore restrizione della propria sfera di libertà. Occorre fare in modo che lo scopo di provenienza esterna possa essere coltivato assieme a quelli interni e consustanziali alla collettività, attraverso il raggiungimento di un punto di equilibrio che rifugga da eccessi che ne stravolgano la natura, confondendo i ruoli di vigilanza e gestione<sup>1090</sup>.

La “chiave di volta” che può assicurare la tenuta del sistema è la colpa di organizzazione<sup>1091</sup>. Difatti, si è osservato come tale profilo non si limiti ad esprimere soltanto l'elemento di imputazione soggettiva dell'illecito dell'ente, ma rappresenti anche il fatto sul quale insiste la disapprovazione ordinamentale (Cap. III, par. 4). Per altro verso, è attraverso la colpa di organizzazione che passa la reazione para-penale, poiché frutto del riscontro di una configurazione interna insufficiente. La legge esige che l'ente

---

<sup>1089</sup> Opera questo collegamento A. SERENI, *Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, p. 624 ss., il quale osserva che l'ente sarebbe parte di un modello “neo-panottico”, «congegnato in modo che le informazioni affluiscono anche dal basso verso l'alto e si muovano in senso orizzontale, in modo appunto da coprire l'intera circonferenza del microcosmo aziendale, e in modo che il controllato possa a sua volta, per lo meno occasionalmente, controllare il controllore». Un'esasperazione di questo modello verso il controllo totale sarebbe rappresentata dai tentativi di intensificare la collaborazione processuale delle persone giuridiche: su questo tema si cfr. anche Id., *La colpa di organizzazione nella responsabilità da reato*, cit., p. 70 ss.

<sup>1090</sup> L'intento di evitare tale confusione si rinviene anche nella recente sentenza sul caso “Impregilo”: Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401.

<sup>1091</sup> La quale, come si è giustamente rilevato in dottrina, finora è parsa la “grande assente” nell'applicazione del sistema “231”: in questi termini, A. GARGANI, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente*, in *Legisl. pen.*, 11 gennaio 2016, p. 14. Per la capacità selettiva della colpa di organizzazione, si v. R.A. RUGGIERO, *Il futuro della responsabilità degli enti e la valorizzazione del modello post factum mediante un nuovo rito speciale*, in *Cass. pen.*, 9/2019, p. 3387.

si organizzati in maniera adeguata alla prevenzione, che quindi articoli una serie di interazioni comportamentali che si dimostrino efficaci rispetto al contenimento dei reati, pena l'applicazione di sanzioni limitative della propria libertà d'azione. Dunque, lo standard minimo della integrazione della colpa assolve una funzione duplice: a) di orientamento, per segnalare quali misure l'ente debba adottare o adeguare a tali scopi e indicare la misura del rischio consentito; b) di rimprovero, ciò che consente di attivare gli strumenti sanzionatori che l'ordinamento predispone in vista del tentativo di recupero sociale dell'ente.

Ebbene, questi due aspetti devono essere presi in considerazione congiuntamente per edificare un sistema della responsabilità dell'ente che sia coerente con il principio di proporzione<sup>1092</sup>. La particolare gravità della sanzione comminata esige che i confini tra il rischio consentito e quello illecito siano definiti secondo una logica che affianchi ai contenuti normativi anche un canone di esigibilità della condotta dell'impresa<sup>1093</sup>. Nelle organizzazioni collettive, quali sistemi complessi, il rischio di situazioni infauste cresce allo stesso modo delle difficoltà di scongiurarle; sicché il ricorso a meccanismi cautelari può minimizzarne, ma non neutralizzarne la manifestazione<sup>1094</sup>. Non può richiedersi all'ente di fare l'impossibile per prevenire i reati e di discostarsi dall'attività usualmente svolta, ma gli si può domandare di fare quanto risulta coerente con le finalità che lo contrassegnano, adottando tutte quelle misure in linea con le proprie capacità che possano servire a ridurre le probabilità di commissione dell'evento-reato<sup>1095</sup>.

---

<sup>1092</sup> In maniera non totalmente dissimile, si è sostenuto che, perché possa restituirsi centralità al sistema “231” attraverso una corretta applicazione della colpa di organizzazione – in luogo di un ricorso più frequente alle misure di prevenzione per bonificare le imprese – debba valorizzarsi la funzione specialpreventiva delle sanzioni previste a carico degli enti: in questi termini, A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità da reato degli enti ex d.lgs. n. 231/2001*, Torino, 2022, p. 155 ss.

<sup>1093</sup> Si cfr. V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., p. 462 ss.

<sup>1094</sup> Si vuole riprendere il richiamo operato da O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 236, all'analisi dell'errore sistemico condotta da J. REASON, *L'errore umano*, trad. it. a cura di O. Parlangei, Roma, 2014, p. 233 ss.

<sup>1095</sup> Si è giustamente notato in dottrina che non è possibile aspirare al “rischio zero”: A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 225. Di riduzione “ragionevole” del rischio discorre A. SERENI, *L'ente guardiano*, cit., p. 51. Per questa ragione una parte della dottrina ha espresso

In questo senso è necessario rifuggire da esasperazioni della concezione normativa della colpa di organizzazione<sup>1096</sup>, poiché altrimenti si raggiungerebbero degli esiti illiberali, visioni riduzionistiche della condizione dell'ente da soggetto dell'ordinamento capace di libere scelte di azione a oggetto da strumentalizzare per la realizzazione dell'utilità sociale<sup>1097</sup>. La risposta punitiva verrebbe irrogata in maniera automatica, per la mera commissione del reato, con svalutazione della colpa di organizzazione, che da passaggio necessario per il rimprovero si tramuterebbe in mera forma legale con la quale si garantisce solo fittiziamente il rispetto del principio di colpevolezza<sup>1098</sup>. La logica del giudizio viziato dal "senno del poi"<sup>1099</sup> farebbe regredire il sistema dalla colpa di organizzazione a una incompleta "colpevolezza per l'organizzazione", dando al reato il valore di sintomo esaustivo della carenza organizzativa<sup>1100</sup> e finendo così per affievolire la personalità della responsabilità<sup>1101</sup>.

---

preferenza per la formulazione dell'art. 31-bis c.p. spagnolo, che pone accanto alla neutralizzazione la "riduzione significativa" del rischio (A. GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., p. 255).

<sup>1096</sup> Di concezione "ipernormativizzata" della colpa di organizzazione discorre A. SERENI, *La colpa di organizzazione nella responsabilità da reato*, cit., p. 68.

<sup>1097</sup> Si cfr. le osservazioni di A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 33.

<sup>1098</sup> Si è notato come l'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza prevalente in relazione all'accertamento dell'idoneità dei modelli avvicina la responsabilità dell'ente più alla logica del *versari in re illicita*, che non a un'impostazione compiutamente personale: si v. C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello" della cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*, cit., p. 12.

<sup>1099</sup> Si cfr. CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 164: «Come nel caso de La Panne di Dürrenmatt, a cercar bene una colpa, nell'organizzazione, la si trova sempre».

È evidente che attraverso una prospettiva *ex post facto* lo standard cautelare si collocherebbe sempre più in alto rispetto a quello ossequiato: così O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 235. Molti Autori indicano la prima sentenza di legittimità resa nella vicenda "Impregilo" come emblematica del particolare rigore giurisprudenziale in materia: Cass., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677. Evidenziano il particolare rigore della giurisprudenza anche le associazioni di categoria: si v. Assonime, Prevenzione e governo del rischio di reato: La disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività d'impresa – Note e Studi, 5/2019, p. 21; in senso analogo, si v. anche L'Organismo di Vigilanza nella prassi delle imprese a vent'anni dal d.lgs. 231/2001 – Note e Studi, 10/2021, 21 luglio 2021, p. 9 ss. Sulla logica del "senno del poi" nella responsabilità degli enti, si v. anche E.R. BELFIORE, *Colpevolezza e rimproverabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, III, cit., p. 1747; si cfr. anche G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., p. 324.

<sup>1100</sup> È questa la critica principale mossa alla teoria d'oltralpe della "colpevolezza di organizzazione": si v. V. MILITELLO, *La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia*, cit., p. 110.

<sup>1101</sup> Mentre la necessità costituzionale di privilegiare la tendenza opposta è ben evidenziata, diffusamente, in A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto*, cit.

Per di più, la commisurazione della sanzione perderebbe un referente essenziale, giacché l'impossibilità di graduare i livelli di responsabilità dell'ente preclude a monte qualsivoglia giudizio teso a rendere la punizione proporzionata al grado del rimprovero. Detto diversamente, omettere di fissare una misura effettiva ai fini dell'*an* della responsabilità non consente che questa venga stabilita ai fini del *quantum*. Dunque, si crea il rischio di determinazioni forfaitarie o comunque non corrispondenti al disvalore del fatto commesso, in contrasto con il principio di proporzionalità sanzionatoria<sup>1102</sup>.

In generale, individuando nell'ente il polo attrattivo di una responsabilità fondata su una "superdiligenza"<sup>1103</sup> monolitica si rischia di giungere a risultati controproducenti, con lo stravolgimento della stessa *ratio* di spicco del d.lgs. n. 231 del 2001<sup>1104</sup>. Infatti, la punizione per non avere adottato tutte le misure astrattamente disponibili farebbe venir meno l'impulso della persona giuridica verso l'adozione di una struttura in linea con il rischio consentito, poiché la scelta di organizzazione e quella, all'opposto, di disorganizzazione convergerebbero: quale che sia la propria condotta, essa incorrerebbe comunque nella responsabilità<sup>1105</sup>. Nella specie, si tradirebbe la vocazione eminentemente preventiva del sistema della "231", con la transizione verso una disciplina orientata alla mera repressione<sup>1106</sup>.

---

<sup>1102</sup> Verrebbe meno il rispetto del principio di colpevolezza nella sua dimensione graduante. Su quest'ultimo concetto, si rinvia a R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, cit., p. 9-10.

<sup>1103</sup> Se è consentito il parallelismo civilistico, si vuole richiamare provocatoriamente l'idea della massima diligenza adoperata per evitare anche manifestazioni minime, se non inesistenti, di colpa, ai fini della responsabilità *ex art.* 2050: si v. la ricostruzione di G. ALPA, voce *Responsabilità d'impresa*, in AA.VV., *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, IX agg., 2015, p. 862 ss.

<sup>1104</sup> Critico verso l'atteggiamento giurisprudenziale, che dal semplificare le difficoltà del giudizio rischia di pervenire a una negazione totale della disciplina, C. PIERGALLINI, *Aspettative e realtà*, cit., p. 863-864.

<sup>1105</sup> In dottrina si è accostato il regime della responsabilità degli enti per come oggi concepito al "dilemma del prigioniero" della teoria dei giochi. Per tale esemplificazione, si v. F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems*, cit., p. 945 ss., poi ripresa da O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 221.

<sup>1106</sup> Nel senso dello svuotamento delle funzioni preventive assolute dal sistema, in contrasto con l'art. 27 Cost., A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità da reato degli enti ex d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 154; in questi termini anche C.E. PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una "gabella delicti"?*, in *Le soc.*, 11/2015, p. 1291.

Dimensionare una colpa di organizzazione effettiva ed equilibrata nel rispetto dei canoni di colpevolezza e proporzione deve prediligere innanzitutto una flessibilizzazione del rischio consentito e delle cautele di doverosa adozione, parametrata alle caratteristiche, alla natura e agli scopi dell'ente<sup>1107</sup>. Si vuole aderire a quella proposta dottrinale che considera ragionevoli dei modelli di prevenzione a “geometrie variabili”, fondati su un rapporto di proporzionalità diretta tra misura della vigilanza e contiguità all'attività specifica svolta dall'ente<sup>1108</sup>. In questo senso occorrerebbe enfatizzare la connessione tra settore e rischio, tra l'operato dell'ente e i pericoli tipicamente riconducibili a quel determinato contesto imprenditoriale.

Proprio l'enfasi posta sulla dominabilità del rischio da parte dell'impresa richiederebbe una diversa declinazione delle regole programmatiche da ossequiare in sede di strutturazione a seconda delle caratterizzazioni che il reato può assumere, compresa la differenza di atteggiamento soggettivo dell'agente in rapporto al fatto. In altri termini, si reputa necessario configurare le cautele in maniera distinta seguendo la diversità della soglia di rischio esigibile in presenza di reati dolosi e di reati colposi. Difatti, se si segue quella classificazione dottrinale che distingue tra ‘reati in attività’ (normalmente colposi) e ‘reati-decisione’ (tipicamente dolosi)<sup>1109</sup>, dovrebbe prendersi atto della difficoltà di autonormazione in chiave preventiva che incontra l'impresa nel secondo caso, di guisa che occorrerebbe dare adeguata considerazione alla esigibilità *ex ante* della condotta alternativa lecita<sup>1110</sup>.

---

Sia pure con riguardo alla tradizionale teoria del reato, autorevole dottrina aveva già sottolineato che la colpevolezza non può essere intesa come un “lusso” dal punto di vista del processo, perché si mina alla base la finalità rieducativa della pena: M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 291.

<sup>1107</sup> Esigenza che, ai fini della valutazione dei *compliance programs*, si ritrova nelle osservazioni di V. MANES, *Realismo e concretezza*, cit., p. 1644 ss.

<sup>1108</sup> In questi termini A. SERENI, *La colpa di organizzazione nella responsabilità da reato*, cit., p. 75.

<sup>1109</sup> Distinzione elaborata da C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., 2085 ss.

<sup>1110</sup> Si cfr. *Ibidem*. Infatti, i “reati in attività” rientrano tipicamente nel rischio d'impresa, di guisa che tra cautela e fonte del rischio illecito è possibile ravvisare maggiore contiguità. Per di più, le differenze fra le diverse realtà produttive sono temperate, ciò che rende opportuna una provenienza esterna delle regole cautelari. Al contrario, nei “reati decisione” l'individuazione delle cautele è critica, sia perché rimessa all'autonomia dell'impresa, e quindi legata a interventi “reattivi” rispetto alle lacune già riscontrate, sia

L'accertamento rigoroso della colpa di organizzazione richiede altresì una maggiore attenzione delle relazioni che si intrecciano tra l'autore del reato e la politica seguita dall'impresa. Più precisamente, dovrebbe verificarsi in che termini il fatto della persona fisica sia ricollegabile a quelle attività complesse che si muovono nel solco delle finalità dell'ente. In questo quadro andrebbe valorizzata l'elusione fraudolenta, sulla quale permane un contrasto interpretativo, che si ritiene di poter riesaminare sotto la lente del principio di proporzione.

In attesa di una rivisitazione legislativa quantomeno dell'avverbio che connota il profilo in analisi, una lettura conforme a tale principio ne richiederebbe una visione sganciata da complicazioni che ne rendano eccezionale la verifica. Così, non può condividersi l'impostazione oggettivistica che finora ha prevalso in giurisprudenza<sup>1111</sup>, apparendo – più che “forte”, come viene definita – <sup>1112</sup> sproporzionata l'exasperazione esegetica dell'art. 6, comma 1 lett. c)<sup>1113</sup>. Dunque, perché l'elusione possa essere intesa come fraudolenta non andrebbe confinata a forme capziose, ingannevoli, subdole, di aggiramento integrale ed elaborato dei controlli<sup>1114</sup>. D'altro canto, diversamente opinando

---

perché si pone il problema di stabilire scelte equilibrate per evitare un intralcio alla gestione dell'impresa. In base a una certa prospettiva, per individuare la soglia di rischio in relazione ai reati dolosi sarebbe sufficiente parametrarla sull'elusione fraudolenta, mentre per i reati colposi dovrebbe corrispondere a una condotta che viola il modello nonostante l'osservanza dei livelli di vigilanza: così si legge nelle Linee Guida di Confindustria del marzo 2014 (*Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, marzo 2014, p. 30).

<sup>1111</sup> Su tutte, si v. ancora Cass., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677. Tale opzione ermeneutica sembrerebbe essere stata ribadita, quantomeno in line di principio, in Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401. Per tale lettura in dottrina si v. D. PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., p. 415 ss.; A. ALESSANDRI, *Riflessioni*, p. 25 ss., p. 41; A. BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, cit., p. 55 ss.

<sup>1112</sup> La definisce opzione *hard* C.E. PALIERO, *L'imputazione della responsabilità all'ente per il fatto-reato dei soggetti apicali: il punto di vista della Cassazione*, in *Le soc.*, 4/2014, p. 477; Id., *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una “gabellina delicti”?*, in *Le soc.*, 11/2015, p. 1288.

<sup>1113</sup> Di lettura riduttiva della disposizione in esame discorre G. SALCUNI, *La valutazione di idoneità dei modelli ed il requisito dell'elusione fraudolenta*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 121.

<sup>1114</sup> È bene precisare che in quest'ottica l'elusione rappresenta una condotta ulteriore e distinta rispetto a quella richiesta ai fini della integrazione del reato c.d. presupposto.

si allargherebbe oltremisura il carico probatorio dell'imputato, che verrebbe gravato da una vera e propria *probatio diabolica*<sup>1115</sup>.

Nondimeno, pur mossa dall'intento apprezzabile di evitare esiti incongrui, non sembra condivisibile nemmeno la tesi che fa coincidere la frodolenza con la mera intenzionalità<sup>1116</sup> o con la sua consapevolezza in funzione della commissione del reato<sup>1117</sup>. In primo luogo, questa lettura sembra discostarsi dal dato letterale, dissociando, di fatto, disposizione e norma attraverso l'annullamento del significato dell'avverbio<sup>1118</sup>. Quest'ultimo, per il vero e come sovente accade, si presta a qualche ambiguità, ma non si vede su quali basi ermeneutiche possa giustificarsi la transizione dalla "frodolenza" alla "intenzionalità/volontarietà". In secondo luogo, com'è stato efficacemente osservato, essa circoscriverebbe l'elusione fraudolenta ai soli reati dolosi<sup>1119</sup>, mentre nessuno spazio residuerebbe in relazione ai reati colposi<sup>1120</sup>; o comunque, se anche la si ricostruisse in termini volontarietà della violazione della regola cautelare, resterebbero fuori le condotte prive di tale connotato<sup>1121</sup>.

Stante l'ambiguità semantica, l'ausilio principale al quale ricorrere dovrebbe essere offerto dalla funzione che il sistema intende attribuire all'espressione – quindi all'elemento da essa enucleato – alla luce della guida offerta dai principi (si cfr. art. 12, cpv. disp. prel. c.c.), *in primis* quello di proporzione<sup>1122</sup>. In questi termini, l'elusione fraudolenta non è una monade, ma costituisce una situazione in presenza della quale non

---

<sup>1115</sup> In questi termini P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità d'impresa*, cit., p. 80; S. GENNAI - A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 48. Si v. anche C.E. PALIERO, *L'imputazione*, cit., p. 477.

<sup>1116</sup> Interpretazione propugnata da R. BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta*, cit., p. 28; e già Id., *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo*, cit., p. 226.

<sup>1117</sup> Per tale lettura, si v. A. SERENI, *L'ente guardiano*, cit., p. 91.

<sup>1118</sup> Riconosce che la lettura oggettivista è maggiormente fedele al dato testuale anche A.F. TRIPODI, *Imputazione del reato all'ente e sistematica violazione della normativa antinfortunistica*, in *Giur. it.*, aprile 2020, p. 943.

<sup>1119</sup> Se non addirittura ai soli fatti commessi con dolo intenzionale: in questo senso G. SALCUNI, *op. cit.*, p. 122.

<sup>1120</sup> *Ibidem*

<sup>1121</sup> Si v. A.F. TRIPODI, *ult. op. cit.*, p. 944, e A.F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta*, cit., p. 100 ss., che sottolinea come tale criticità sia riferibile a entrambe le ricostruzioni ermeneutiche.

<sup>1122</sup> Per il ruolo ermeneutico del principio di proporzionalità, si cfr. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 326 ss.

è possibile muovere un rimprovero nei confronti della persona giuridica, poiché difetta la colpa di organizzazione<sup>1123</sup>. Tale componente, dunque, è indicativa della mancanza di un elemento – la colpa di organizzazione – la cui sussistenza, all’opposto, dipende dall’inattitudine del modello impeditivo della concretizzazione dei rischi illeciti, valutata *ex ante* e alla stregua delle circostanze quantomeno conoscibili al momento della sua elaborazione<sup>1124</sup>.

L’elusione fraudolenta è perciò una chiave di lettura dell’efficacia del sistema preventivo, riconducibile a una vera e propria “prova di resistenza” del modello, in cui ciò che va dimostrato è che il reato è stato perpetrato nonostante un’organizzazione adeguata<sup>1125</sup>. A tale fine, se è eccessivo richiedere che l’autore del fatto di connessione abbia utilizzato una serie di accorgimenti peculiari che ne provocassero il “cortocircuito”, non sembra sufficiente né significativo avere riguardo all’atteggiamento soggettivo di chi ha violato frontalmente le regole programmatiche. Piuttosto, sarebbe preferibile enfatizzare il ruolo che l’elusione fraudolenta assume nel sistema, cioè quale elemento di frattura del nesso di appartenenza del reato alle politiche decisionali dell’impresa<sup>1126</sup>, per l’insinuazione di un atteggiamento infedele e antagonista della persona fisica all’interno dei meccanismi virtuosi dell’impresa<sup>1127</sup>. Dunque, appare preferibile quella lettura che rinviene la “fraudolenza” nell’intolleranza societaria della condotta dell’apicale, antitetica rispetto alle linee decisorie ascrivibili all’ente e che non

---

<sup>1123</sup> Per il nesso tra elusione fraudolenta e colpa dell’ente, si v., tra i tanti scritti, A. FIORELLA, *Responsabilità*, cit., p. 5106.

<sup>1124</sup> Per questo tipo di valutazione, con valorizzazione della mappatura dei rischi, si v. G. SALCUNI, *op. cit.*, p. 123.

<sup>1125</sup> Anche perché altrimenti si farebbe ricadere sull’ente una responsabilità per fatto altrui: si cfr. G. SALCUNI, *op. cit.*, p. 124-125.

<sup>1126</sup> Va precisato che tale funzione dell’elusione fraudolenta era già stata messa in luce dai fautori della tesi oggettivista.

<sup>1127</sup> Si cfr. A. FIORELLA, *Dogmatica e responsabilità ex crimine delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3-4/2016, p. 643. Nel senso che il ruolo della colpa di organizzazione sia quello di associare o dissociare il fatto di connessione e la politica d’impresa: C.E. PALIERO, *La società punita*, cit., p. 1543 ss.; Id., *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2/2018, p. 194 ss.). Per il ruolo dissociativo dell’elusione fraudolenta, si v. A. FIORELLA, *Le strutture*, cit., p. 664. In termini simili, pur aderendo formalmente alla lettura oggettivista, sembra esprimersi oggi Cass., sez. IV, 3 agosto 2021, n. 30231.



consente l'esplicazione concreta di quel modello volto a mantenerne la politica d'impresa nei confini della liceità<sup>1128</sup>. Da questa prospettiva non solo sarebbe possibile rendere compatibile tale requisito negativo anche con i reati colposi<sup>1129</sup>, ma si riequilibrerebbe il riparto degli oneri probatori, in maniera coerente con quanto oramai si afferma per la colpa di organizzazione<sup>1130</sup>. Difatti, la sua dimostrazione grava sulla pubblica accusa, e così dovrebbe avvenire per un aspetto che, benché costruito negativamente, potrebbe essere sconfessato da una prova positiva che è più agevole fornire da parte della pubblica accusa, cioè di elementi indicativi del carattere concordato dell'elusione<sup>1131</sup>.

Appare evidente, poi, che le difficoltà potenziali e astratte di scindere l'illecito dell'apicale dalla *policy* societaria debbano essere superate attraverso una flessibilizzazione del requisito che tenga conto del caso concreto, con riguardo, cioè, al reato commesso e della posizione specifica rivestita dal soggetto apicale<sup>1132</sup>.

In ultimo e in un'ottica *de iure condendo*, una colpa di organizzazione effettiva e costruita in linea con i canoni della proporzione dovrebbe garantire una sufficiente predeterminazione del rischio consentito<sup>1133</sup>. Una maggiore precisione contenutistica degli schemi ai quali adeguare le procedure interne consentirebbe alle imprese di orientare meglio le proprie scelte organizzative, evitando adempimenti meramente formali e

---

<sup>1128</sup> Per questa prospettiva, si v. A. FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, cit., p. 101; A.F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema*, cit., p. 80 ss.; tesi oggi riproposta in Id., *L'elusione fraudolenta del modello. Ruolo e gestione ermeneutica del controverso inciso a vent'anni dalla sua comparsa*, cit., p. 230 ss. Un'impostazione intermedia è stata sposata da Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, nella quale si ritiene che l'elusione fraudolenta debba indicare una scelta esclusivamente personale dell'apicale, non riconducibile alla politica societaria, rispetto alla quale dovrebbe rompere il reciproco patto fiduciario.

<sup>1129</sup> Comprese anche le inosservanze inconsapevoli delle regole cautelari: A.F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema*, cit., p. 100 ss. e 116 ss.

<sup>1130</sup> *Ivi*, p. 80 ss.; Id., *Imputazione del reato all'ente e sistematica violazione della normativa antinfortunistica*, cit., p. 944

<sup>1131</sup> *Ibidem*

<sup>1132</sup> Prospettiva manifestata da C.E. PALIERO – E. FUSCO, *L'happy end*, cit., p. 31

<sup>1133</sup> Si tratta di un'esigenza molto avvertita in dottrina, posta l'ampia genericità delle indicazioni contenute nell'art. 6: tra i tanti, si v. A. BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e modelli probatori*, cit., p. 94; E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, cit., p. 10. Si cfr. anche O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 224 ss. Sottolinea soprattutto la mancata individuazione legislativa della soglia di rischio A. GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., p. 257.

apparenti del sistema “231”<sup>1134</sup>, rendendo ragionevole e più appetibile la ‘missione’ preventiva<sup>1135</sup>. D’altro canto, ciò avrebbe l’effetto di rendere più stringenti le valutazioni giudiziali sulla idoneità del modello, limitando la logica del giudizio di insufficienza *ex post facto* e la discrezionalità del giudice<sup>1136</sup>. Questa direttrice non deve essere assolutizzata, di guisa che si oblitererebbero autodeterminazione dell’impresa e adeguatezza alla specifica realtà imprenditoriale, con l’effetto di frustrare l’obiettivo della prevenzione<sup>1137</sup>. Si ritiene necessario individuare un punto di equilibrio tra certezza e flessibilità, ciò che rappresenta tutt’oggi l’elemento di principale incompiutezza della responsabilità da reato degli enti, a fronte della successione di proposte dottrinali espressive di una soddisfazione non ancora raggiunta<sup>1138</sup>.

---

<sup>1134</sup> Si cfr. A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall’«utile» al «giusto»*, cit., p. 29.

<sup>1135</sup> Si cfr. G. FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull’idoneità del modello organizzativo*, in AA.VV., *Le soc.*, suppl. al n. 12, cit., p. 55 ss.

<sup>1136</sup> La mancanza di criteri-guida della valutazione giudiziale è messa in luce da C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 265.

<sup>1137</sup> Lo osserva O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, cit., p., 224-225, la quale critica la proposta di un intervento legislativo tassativizzante. Per tale proposta, si v. G. DE VERO, *La responsabilità penale*, cit., p. 197 ss., in seguito riproposta in Id., *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1141, che richiama come paradigma l’art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2008. In senso analogo, si v. M. COLACURCI, *L’illecito “riparato” dell’ente*, cit., p. 274 ss. Nel senso di una maggiore tipizzazione dei modelli, attraverso l’introduzione di una presunzione relativa di validità degli stessi, si v. anche G. SALCUNI, *La valutazione di idoneità dei modelli e il requisito dell’elusione fraudolenta*, cit., p. 115 ss., 130 ss.

<sup>1138</sup> Oltre alle proposte indicate nella nota precedente, si possono menzionare: a) lo schema di disegno di legge dell’AREL volto a introdurre la preventiva certificazione da parte di professionisti abilitati iscritti in un elenco del Ministero della Giustizia (si v. A. FIORELLA, *Elasticità dei parametri di idoneità dei modelli preventivi e incertezze della ‘pratica’*, cit., p. 359 ss.), che secondo altri, però, avrebbero incontrato le difficoltà di trasferire un modello tipico dei contesti di natura agli ambiti della responsabilità d’impresa (C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale*, cit., p. 2101 ss.; Id., *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, cit., p. 386 ss.) e comunque non avrebbero impedito al giudice di affermare l’inidoneità in concreto del modello (G. DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti*, cit., p. 1140; S. MANACORDA, *L’idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, cit., p. 105; osserva che l’aggiunta di questo adempimento aggraverebbe i costi per le imprese O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 226; per i rischi della certificazione a valenza pubblicistica, si cfr. anche M. COLACURCI, *op. loc. ult. cit.*); b) il suggerimento di chiamare in causa le associazioni di categoria al fine di elaborare dei modelli-pilota, che rafforzerebbe il valore del modello conforme (C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale*, cit., 2102 ss.; Id., *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, cit., p. 383; Id., *Premialità e non punibilità*, cit., p. 535), eventualmente con un preventivo esame Ministeriale (O. DI GIOVINE, *ult. op. cit.*, 227); c) l’introduzione di un metodo di valutazione del modello sulla falsariga delle *Guidelines del Department of Justice* statunitense di cui si avvalgono i *prosecutors* per decidere in ordine all’esercizio dell’azione penale ovvero alla conclusione dei *non-prosecution* o *deferred prosecution agreements* (per l’esame di tale documento in questa prospettiva, si rinvia all’analisi di A. GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., p. 272 ss.).

Sezione II – L’incidenza del principio di proporzione sul sistema sanzionatorio del d.lgs. n. 231 del 2001

## **2. Principio di proporzionalità e sistema sanzionatorio: considerazioni generali e comparazione.**

La triade delle incapacità delle quali la persona giuridica è stata accusata nel corso del periodo “oscuro” dei propri rapporti con il diritto penale si completa con l’idea secondo cui *societas puniri non potest*. “*Did you ever expect a corporation to have a conscience, when it has no soul to be damned, and no body to be kicked?*”, suonava una nota domanda attribuita a Lord Thurlow e fatta risalire al XVIII secolo: se l’ente non può subire afflizioni personali – rappresentate, nell’idea tradizionale, dalla detenzione – quale entità corporalmente inesistente, allora non potrà aversi una pena in senso stretto<sup>1139</sup>. E anche laddove si potesse postulare il ricorso a sanzioni penali nei confronti dell’ente, queste non sarebbero in grado di esprimere una funzione in grado di giustificarne l’adozione, poiché l’ente non potrebbe soffrirne l’afflittività con la quale viene retribuito il male cagionato<sup>1140</sup>. Né potrebbe ipotizzarsi una sua ‘rieducazione’<sup>1141</sup>, a fronte,

---

<sup>1139</sup> E. FLORIAN, *Dei reati*, cit., p. 274

<sup>1140</sup> Secondo G. BATTAGLINI, *Responsabilità penale delle persone giuridiche?*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1930, p. 665, la distinzione tra sanzione amministrativa pecuniaria e pena pecuniaria risiederebbe nella convertibilità della seconda in un’afflizione personale. Si v. anche G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 289.

<sup>1141</sup> N. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità amministrativa – codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 693

peraltro, della sostituibilità dei propri componenti, con ricadute sul piano della legittimità costituzionale, se si contestualizzasse il dibattito nel sistema italiano vigente<sup>1142</sup>.

In realtà, ciò che appare decisivo perché possa discutersi di afflizione è l'incidenza negativa sulla sfera giuridico-patrimoniale dell'ente<sup>1143</sup>. Invece, può concordarsi, al più, solo parzialmente, con il secondo argomento<sup>1144</sup>, poiché anche ad ammettere che l'ente non possa essere rieducato<sup>1145</sup>, ciò non esclude *tout court* che la pena possa assolvere una funzione specialpreventiva compatibile con il significato dell'art. 27, comma 3 Cost.<sup>1146</sup>.

---

<sup>1142</sup> Rilievi già espressi in passato da V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 583, e oggi sviluppati da A. ALESSANDRI, *Reati*, cit., p. 57 ss.; v. anche Id., *Note*, cit., p. 44 s.; Id., *Riflessioni*, cit., p. 36. Si v. anche V. MILITELLO, *La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia*, cit., p. 109. Esclude, più in generale, una qualsivoglia attitudine generalpreventiva e rieducativa della sanzione nei confronti delle persone giuridiche, riservata alle persone fisiche, ma non specialpreventiva, G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 50 ss., 257 ss., nonché Id., *Struttura*, cit., p. 1161 ss., 1166 ss. In merito alla funzione esclusivamente afflittiva della sanzione a carico di soggetti privi di corporalità, si v. anche A. GARGANI, *Individuale*, cit., p. 287 ss. Quali enti a struttura essenzialmente "normativa", tali entità non sarebbe rieducabili, secondo V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 4/2002, p. 895. Diversa la prospettiva di F.C. PALAZZO, il quale ritiene che dei problemi di compatibilità costituzionale potrebbero porsi in relazione all'ingerenza pubblicistica nella struttura dell'ente; ciò che potrebbe ammettersi senza problemi in relazione alle imprese, alla luce degli artt. 41-42 Cost., mentre qualche dubbio potrebbe emergere per le associazioni con scopi ideologici o politici (*Associazioni illecite e illeciti di associazioni*, cit., p. 441).

<sup>1143</sup> È ormai superata l'idea di stampo retribuzionistico secondo cui non c'è pena senza sofferenza. Si cfr. G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., p. 217, il quale aggiunge, citando Hirsch, che, oltretutto, non v'è alcuna indifferenza etica da parte delle norme giuridiche a seconda che si tratti di persona fisica o giuridica; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 257; C.E. PALIERO, *La responsabilità penale*, cit. p. 21.

<sup>1144</sup> La tematica della capacità di pena incrocia quella della natura giuridica della responsabilità delle persone giuridiche. La rubricazione in senso amministrativo della responsabilità da parte del legislatore italiano si spiega anche per le possibili frizioni con l'art. 27, comma 3 Cost. D'altra parte, è stato sottolineato come la soluzione amministrativa sarebbe in grado di conciliare le esigenze di prevenzione e repressione della criminalità d'impresa con le difficoltà dogmatiche di costruire un ente penalmente capace: M. ROMANO, *La responsabilità*, cit., p. 392. Diversamente, con lo stesso obiettivo, altri Autori hanno argomentato per un "terzo binario sanzionatorio", fuori dalle pene criminali e dalle misure di sicurezza: G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 257; R. GUERRINI, *La responsabilità*, cit., p. 248; A. ROSSI, *Le sanzioni dell'ente*, in S. VINCIGUERRA – M. CERESA GASTALDO – Ead., *La responsabilità dell'ente*, cit., p. 65 ss.

<sup>1145</sup> Ma nel senso del vizio antropologico di una visione contraria alla rieducazione dell'ente, si v. A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 63 ss.

<sup>1146</sup> F. BRICOLA, *Il costo*, cit., p. 951 ss.; C.M.V. CLARKSON, *Kicking Corporate Bodies and Daming Their Souls*, *Mod.Law. Rev.*, 1996, p. 557; E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 23; K. TIEDEMANN, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto comparato*, cit., p. 629.

Per la valutazione della funzione rieducativa ai fini della quantificazione della sanzione, si v. Trib. di Pordenone, G.u.p., 11 novembre 2002.

Difatti, se si intendesse la rieducazione in un senso più ampio, atto a ricomprendere la risocializzazione del soggetto punito, ciò potrebbe ipotizzarsi senz'altro in presenza di un ente collettivo che ha dimostrato un'inadeguatezza strutturale nella prevenzione dei reati<sup>1147</sup>. Si tratterebbe di una intrusione pubblica nella sfera societaria del tutto in linea anche con altri parametri costituzionali (art. 41, commi 2 e 3)<sup>1148</sup>, addirittura potendosi spingere al di là di quanto ammesso per la persona fisica, alla luce del limite della dignità dell'individuo<sup>1149</sup>, fino a «ricostruire una “persona nuova”, modificando il carattere e reimpostando la condotta di vita»<sup>1150</sup>. Inoltre, la “rieducazione” potrebbe operare anche in forme meno pervasive e incentivanti, compulsando la persona giuridica all'adozione di misure idonee a perseguire l'obiettivo di contenere i rischi criminogeni<sup>1151</sup>.

Anzi, la rieducazione sarebbe maggiormente verificabile rispetto agli enti, nonché potenzialmente più efficace, trattandosi di soggetti più idonei, rispetto alle persone fisiche, a essere motivati secondo una logica costi/benefici<sup>1152</sup>. Se poi è vero che la compagine societaria resta sostituibile, oltre a poter costituire quest'ultimo aspetto proprio un segnale di ritorno alla legalità, il modello organizzativo, a sua volta, registrerà i vizi di funzionamento dei meccanismi preventivi, dei quali i nuovi componenti dell'organizzazione dovranno inevitabilmente tenere conto ai fini del suo costante miglioramento<sup>1153</sup>.

---

<sup>1147</sup> M. RIVERDITI, *La responsabilità*, cit., p. 272; cfr. anche M. PELISSERO – E. SCAROINA – V. NAPOLEONI, *Principi generali*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 168. D'altra parte, la stessa giurisprudenza costituzionale non sovrappone la rieducazione e la logica trattamentale: si cfr. FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 29.

<sup>1148</sup> F.C. PALAZZO, *Associazioni illecite e illeciti delle associazioni*, cit., p. 441. Analogamente, F. BRICOLA, *Il costo*, cit., p. 957; L. STORTONI, *Profili penali delle società commerciali come imprenditori*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1971, p. 1163 ss.

<sup>1149</sup> M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 46

<sup>1150</sup> C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 291

<sup>1151</sup> G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., p. 220, che illustra due modelli di controllo, indiretto e diretto, della persona giuridica che ha delinquito. Si cfr. anche O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 28 ss.

<sup>1152</sup> In questi termini, A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa*, cit., p. 63 ss., la quale aggiunge che questo dovrebbe essere lo sviluppo coerente di un'impostazione che ritenga ipotizzabile una funzione di prevenzione generale.

<sup>1153</sup> Per questi rilievi, ancora, *Ivi*, p. 65-66.

Con riguardo alle funzioni<sup>1154</sup> dimostrate dal regime punitivo<sup>1155</sup>, appare evidente la finalità di specialprevenzione<sup>1156</sup> che innerva l'intero apparato sanzionatorio della disciplina italiana<sup>1157</sup>, integralmente costruito attorno all'organizzazione dell'ente<sup>1158</sup>, nonché il relativo sfondo processuale<sup>1159</sup>. Difatti, detti scopi di prevenzione speciale vengono assicurati anche dal commissariamento giudiziale sostitutivo e dalla sanzione pecuniaria quale conversione della sanzione interdittiva per la tardività della condotta riparatoria<sup>1160</sup>.

---

<sup>1154</sup> Secondo C. DE MAGLIE (*La disciplina della responsabilità amministrativa degli enti e delle associazioni. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1349; si v. anche Id., *L'ultima sfida della politica criminale: la responsabilità (penale?) degli enti collettivi. In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Legisl. pen.*, 2003, p. 341 ss.), il sistema sanzionatorio "231" si presenta "misto" e volto al perseguimento di tre obiettivi: punitivo, preventivo e risarcitorio.

<sup>1155</sup> Per la ricostruzione delle funzioni della pena nei confronti degli enti nel dibattito statunitense, si rinvia a A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., 25 ss.

<sup>1156</sup> A fianco della quale si pone quella negativa delle sanzioni interdittive: G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., p. 320.

<sup>1157</sup> La funzione centrale e di spicco, nella visione di A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., *passim*; in senso analogo, si v. anche M. RIVERDITI, *La responsabilità*, cit., p. 280.

<sup>1158</sup> F. GIUNTA, *La punizione*, cit., p. 47; C. PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati*, cit., p. 221 e 253; P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. studi in onore di Emilio Dolcini*, II, Milano 2018, p. 1107; V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 290-291; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., *passim*; S. SARTARELLI, sub *art. 11*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008; F. VIGANÒ, sub *art. 14*, *ivi*, p. 202 ss. Parla di ruolo proattivo della prevenzione assicurato dai modelli di organizzazione M. RIVERDITI, *La responsabilità*, cit., p. 57. Anche l'istituto di cui all'art. 17 presenta questa *ratio*: *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 37 e 38.

<sup>1159</sup> Infatti, è stata messa in luce la diversità teleologica del processo penale per le persone fisiche e le persone giuridiche, per le quali ultime spiccherebbe la finalità premiale e specialpreventiva, naturalmente emergenti nel processo che le riguarda: H. BELLUTA, *L'ente incolpato*, cit., p. 109-115. Si cfr. anche M. RIVERDITI, *La responsabilità*, cit., p. 332 ss.; C. PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, cit., p. 1363; M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 40, che evidenzia come il processo a carico degli enti svolga una vera e propria funzione rieducativa. Sottolinea l'afflato conciliativo di questo procedimento G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, p. 96 ss.

<sup>1160</sup> T.E. EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, in A. BASSI – T.E. EPIDENDIO (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 279

È parsa configurabile anche un'efficacia di tipo generalpreventivo<sup>1161</sup>, tenuto conto anche della “razionalità economica” ascrivibile alle scelte dell'ente<sup>1162</sup>, orientabili secondo il contemperamento fra costi e benefici da esse discendenti<sup>1163</sup>, nel nostro ordinamento connessa essenzialmente all'adozione e attuazione efficace dei modelli di organizzazione<sup>1164</sup>.

In senso critico si è evidenziato che l'agire di tali organizzazioni non si presenta sempre razionale<sup>1165</sup>, posto che le politiche decisionali potrebbero rispondere ai vantaggi conseguibili solo da una parte della compagine societaria<sup>1166</sup> e, pertanto, potrebbero essere influenzate, più che dalla comminatoria della sanzione, soltanto dalla sua concreta applicazione ed efficacia<sup>1167</sup>.

La sanzione di maggiore diffusione nel globo è quella pecuniaria<sup>1168</sup> – con l'eccezione del sistema peruviano<sup>1169</sup> – alla quale, in taluni casi, è affidata in via esclusiva la risposta punitiva per l'illecito delle persone giuridiche (Germania, Austria, Svizzera)<sup>1170</sup>. Tuttavia, se confrontata con le capacità economico-dimensionali dell'ente

---

<sup>1161</sup> B. FISSE, *Reconstructing corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault and Sanctions*, *Cal.L.Rev.*, 1983, p. 1141 ss.

<sup>1162</sup> Così uno dei sostenitori dell'adeguatezza delle sanzioni pecuniarie nei confronti della criminalità d'impresa: R.A. POSNER, *Optimal Sentences for White-Collar Criminals*, in *Am. C. L. R.* 17, 1980, p. 409-418. In termini analoghi, anche M. CATENACCI, *Sanzioni per l'ente e fini della pena: qualche riflessione*, in V. PLANTAMURA – G. SALCUNI (a cura di), *Liber Amicorum, Adelmo Manna*, Pisa, 2020, p. 92 ss.

<sup>1163</sup> G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 258; F. GIUNTA, *La punizione*, cit., p. 46.

<sup>1164</sup> Di sistema fondato su una “prevenzione primaria” ha discusso L. EUSEBI, *Brevi note sul rapporto fra anticipazione della tutela in materia economica, extrema ratio ed opzioni sanzionatorie*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 191. Per una combinazione delle finalità di prevenzione generale e speciale, si v. V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni applicabili all'ente collettivo tra prevenzione e riparazione. Prospettive de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3-4/2022, p. 569 ss.

<sup>1165</sup> Si cfr. M. RIVERDITI, *La responsabilità*, cit., p. 51 ss.

<sup>1166</sup> J.C. COFFEE, *“No Soul to Damn: No Body to Kick”*, cit., p. 399

<sup>1167</sup> G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 118. Rilevano che l'efficacia generalpreventiva intervenga anche nella fase di irrogazione della sanzione V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 292.

<sup>1168</sup> D'altra parte, già Bartolo da Sassoferrato aveva suggerito il ricorso a sanzioni pecuniarie elevate verso le *universitas*: G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., p. 47.

<sup>1169</sup> Per i Paesi sudamericani, si rinvia alla rassegna svolta da V. MILITELLO, *Le sanzioni per le persone giuridiche nei sistemi di responsabilità da reato: spunti di confronto fra Sud America ed Europa*, in A. FIORELLA – A. GAITO – A. S. VALENZANO (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni, anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. Studi in memoria di G. Vassalli*, Roma, 2018, p. 202

<sup>1170</sup> G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., p. 317, nt. 77. Peraltro, in Germania l'irrogazione della sanzione pecuniaria è facoltativa, coerentemente al principio di opportunità su cui si fonda l'OWiG.

sul cui patrimonio incide, questa rischia di presentarsi sproporzionata per difetto<sup>1171</sup> o per eccesso, con effetti preterintenzionali nei confronti degli enti con capacità patrimoniale non elevata o di soggetti estranei all'illecito (*deterrence trap* o *overspill*)<sup>1172</sup>. Per queste ragioni molti ordinamenti hanno diversificato gli strumenti sanzionatori<sup>1173</sup>, mettendo accanto alle forme di aggressione patrimoniale mezzi di inibizione dell'attività produttiva<sup>1174</sup>, quali le sanzioni interdittive, che denotano, nel loro ruolo di "bastone", un'intensa attitudine generalpreventiva negativa<sup>1175</sup>. Nondimeno, la generalprevenzione

---

Tale modello è ispirato al principio di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, in quanto volto a evitare che il coinvolgimento contestuale della persona fisica e della persona giuridica possa essere foriero di eccessi: così, V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., p. 248. Il recente progetto di riforma tedesco della responsabilità delle persone giuridiche, pur fondato sul principio di legalità, prevede un catalogo di sanzioni che non si discosta molto dall'impostazione originaria, prevedendo accanto alla sanzione pecuniaria l'ammonizione con riserva di irrogarla, che consiste nella prescrizione di misure preventive degli illeciti (§ 8 ss.).

<sup>1171</sup> Difatti, sovente si richiama il rischio di "contabilizzazione" della sanzione, potendo l'impresa scaricare il costo legato alla sanzione su clienti e consumatori. In senso contrario, tuttavia, si v. P. FARALDO CABANA, *Sull'idoneità della sanzione pecuniaria per le persone giuridiche. Una riflessione dal diritto spagnolo con spunti di diritto italiano, Relazione al Congresso italo-spagnolo svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 3-4/2014, p. 129, secondo la quale nulla avrebbe impedito all'impresa di provvedere all'aumento dei prezzi in un qualsiasi momento, se non i riflessi negativi in termini di competitività. La forza deterrente della sanzione pecuniaria, allora, risiederebbe nell'infondere nell'ente il timore della perdita di competitività sul mercato.

<sup>1172</sup> J.C. COFFEE, "No Soul to Damn: No Body to Kick", cit., p. 389 e 401; B. FISSE, *Reconstructing corporate Criminal Law*, cit., p. 1218. Si v. anche F. BRICOLA, *Luci ed ombre*, cit. 3069 ss.; C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 63.

<sup>1173</sup> J.C. COFFEE, "No Soul to Damn: No Body to Kick", cit., p. 411; B. FISSE, *Reconstructing corporate Criminal Law*, cit., p. 1160; F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, cit., p. 459; R. GUERRINI, *La responsabilità*, cit., p. 168 ss.

<sup>1174</sup> La raccomandazione (88) 18 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa dettava un catalogo ampio di sanzioni, non limitato alle sole misure pecuniarie. Accanto ad esse, infatti, si prevedevano: l'avviso; la reprimenda; la dichiarazione di responsabilità, senza che venissero irrogate delle sanzioni; la confisca degli strumenti e dei proventi; l'inibizione di talune attività e l'esclusione dai rapporti con la P.A.; l'esclusione da benefici fiscali e sussidi; la proibizione della pubblicità di beni o servizi; la chiusura dell'impresa; l'annullamento di licenze; la rimozione dei dirigenti; la nomina di un amministratore provvisorio da parte dell'autorità giudiziaria; la compensazione e/o riparazione delle vittime; il ripristino dello *status quo ante*; la pubblicazione della decisione che impone una sanzione. Al riguardo, invece, il contenuto della Convenzione dell'UE per la tutela degli interessi finanziari del 1995 è più generico, là dove si fa riferimento alle sanzioni patrimoniali, anche indirette, come l'esclusione vantaggi o aiuti pubblici o dalla partecipazione agli appalti pubblici ovvero ancora lo scioglimento (art. 2), mentre è più puntuale il vincolo della confisca degli strumenti e dei proventi dell'illecito previsto dal secondo protocollo. Alle sanzioni sull'attività fanno riferimento anche alcune direttive unionali: 2011/92/UE; 2017/541/UE; 2014/62/UE; 2014/57/UE; 2017/1371/UE.

<sup>1175</sup> G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., p. 319-320. Si cfr. anche E.M. AMBROSETTI, *Soggetti e responsabilità individuale e collettiva*, in Id. – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2009, p. 59; R. GUERRINI, *La responsabilità*, cit., p. 171; F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee nel d.lgs. n. 231/2001*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Milano, 2006, p. 2502 ss.; C. PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit.,



presenta anche connotati positivi, tenuto conto che il regime delineato dal legislatore non si limita a indurre l'aggregato societario ad astenersi da forme organizzative che possano favorire la commissione di reati, ma indirizza le imprese a seguire una gestione aziendale che sia *compliant* alle istanze di legalità<sup>1176</sup>. Proprio per la particolare forza deterrente, le sanzioni che incidono sull'attività si ritrovano in diversi Paesi europei (tra gli altri, Francia, Belgio, Spagna, Portogallo, Norvegia), pur sussistendo delle differenze tra gli strumenti singolarmente individuati<sup>1177</sup>.

Entrambe le funzioni possono considerarsi assolute dalla confisca – misura discretamente condivisa in Europa in rapporto agli enti (Italia, Francia, Spagna, Norvegia, Germania, Svizzera, Finlandia) – in quanto scoraggia la commissione dell'illecito prefigurando la privazione dei profitti conseguiti<sup>1178</sup>.

---

p. 520. Di diverse tipologie di prevenzione speciale e generale discorre P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente*, cit., p. 1112.

<sup>1176</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 292; V. TORRE, sub art. 9, in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, p. 372

<sup>1177</sup> Per esempio, in Spagna, Francia e in Belgio, oltre all'interdizione, definitiva e temporanea, sono previsti lo scioglimento dell'ente (art. 33, comma 7, lett. b) c.p. spagnolo; art. 131-39 n. 1 c.p. francese; artt. 7-bis e 35 c.p. belga) e la chiusura, temporanea o definitiva, di uno o più stabilimenti (art. 33, comma 7, lett. d) c.p. spagnolo; art. 131-39 n. 4 c.p. francese; art. 7-bis e 37 c.p. belga). Anche Norvegia e Portogallo contemplano la chiusura degli stabilimenti. Tra quelli menzionati, solo Spagna, Francia e Portogallo prevedono il divieto di contrattare con la P.A. e il commissariamento giudiziale. Altre sanzioni interdittive previste dall'ordinamento francese sono il divieto di tenere animali e la relativa confisca (art. 131-39 n. 10-11), le preclusioni di offerte pubbliche di titoli finanziari e dell'ammissione dei titoli alla negoziazione su mercati regolamentati (art. 131-39 n. 6 c.p.) e l'obbligo di sottoporsi a un "programma di messa in conformità" sotto la vigilanza dell'Agenzia anticorruzione (art. 131-39-2, introdotto nel 2016). Peculiare, poi, è altresì l'ammonizione prevista dal codice belga. Il codice spagnolo prevede anche l'assoggettabilità degli enti privi di personalità giuridica (sottratti al regime di responsabilità) a delle "conseguenze accessorie" rispetto alla pena per l'individuo, corrispondenti, in sostanza ad alcune sanzioni interdittive (sospensione dell'attività, chiusura degli stabilimenti, interdizione dell'attività, esclusione da aiuti pubblici e divieto di contrattare con la P.A.). Tra i principali Paesi europei, l'interdizione dell'attività manca, invece, in Gran Bretagna e Irlanda. Per una comparazione dei vari sistemi sanzionatori europei, si v. A. NIETO MARTÍN, *Looking for a system of sanctions for an EU normative*, in A. FIORELLA (ed.), *Corporate criminal liability and compliance programs*, v. II, *Towards a common model in the European Union*, Napoli, 2012, p. 336 ss. Anche nei Paesi sudamericani si fa ricorso a soluzioni che incidono sull'esistenza dell'ente (resta fuori solo il Paraguay), mentre è meno diffusa l'interdizione temporanea (Argentina, Brasile, Paraguay, Perù e Venezuela): per tali riferimenti, si v. sempre V. MILITELLO, *ult. op. cit.*, p. 204.

Per una recente proposta di riforma del sistema sanzionatorio in esame, anche alla luce della comparazione, si v. V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni applicabili all'ente collettivo tra prevenzione e riparazione*, cit., p. 559 ss.

<sup>1178</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 334; G. FLORA, *Le sanzioni punitive*, cit., p. 1440; P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente*, cit., p. 1112.

Infine, l'ente che ha delinquito può essere destinatario, congiuntamente alla sanzione interdittiva, di interventi erosivi del proprio bagaglio reputazionale attraverso la pubblicazione della sentenza di condanna<sup>1179</sup>, prevista in molti Paesi europei (Belgio, Francia, Gran Bretagna, Irlanda, Norvegia, Olanda, Portogallo, Spagna)<sup>1180</sup>. Anche detta sanzione può partecipare al perseguimento degli scopi di prevenzione generale e speciale, quest'ultima soddisfatta notiziando del provvedimento i possibili interlocutori dell'ente e, al contempo, invitando questo a riorganizzarsi per ricostruire la propria immagine<sup>1181-1182</sup>.

Prima di passare a una rassegna del sistema sanzionatorio italiano destinato alle persone giuridiche, va dato atto della mancanza di interazione tra questo e la commisurazione della pena nei confronti delle persone fisiche che si siano rese autrici del reato presupposto. A parte quello che si dirà con riferimento al *bis in idem* e all'ente di dimensioni esigue (si v. cap. VI, par. 2.3.), è stato rilevato come la commissione del reato in un contesto collettivo non sia valorizzata specificamente nella determinazione della pena da irrogare alla persona fisica<sup>1183</sup>. Per tale ragione, si è proposto di introdurre delle disposizioni che consentano di incrementare la pena allorquando il reato è commesso in un contesto imprenditoriale con un adeguato sistema di prevenzione dei reati, il quale è stato violato dalla condotta della persona fisica<sup>1184</sup>. Specularmente, tale proposta interpretativa ha suggerito di innestare tra le circostanze attenuanti una previsione atta a

---

<sup>1179</sup> R. GUERRINI, *La responsabilità*, cit., p. 181

<sup>1180</sup> Mentre un *trend* opposto si registra nei Paesi sudamericani, potendosi annoverare solo Argentina, Cile e Venezuela (V. MILITELLO, *Le sanzioni per le persone giuridiche nei sistemi di responsabilità da reato*, cit., p. 204).

<sup>1181</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 348

<sup>1182</sup> Per la tripartizione delle sanzioni a carico degli enti in sanzioni finanziarie, strutturali e stigmatizzanti, si v. A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. XIII. La stessa A. si esprime per l'opportunità dell'armonizzazione del sistema sanzionatorio europeo, onde evitare, da un lato, sanzioni sproorzionate a causa del rischio di *bis in idem* internazionale e, dall'altro, la creazione di "paradisi criminali", che potrebbero dare la stura al fenomeno del *forum shopping* (*Ivi*, p. 21 ss.).

<sup>1183</sup> V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni applicabili all'ente collettivo tra prevenzione e riparazione*, cit., p. 604 ss., il quale osserva che, sotto l'influsso delle concezioni positiviste ottocentesche, l'unica forma di attenuante a impronta collettivistica è rappresentata dall'attenuante della folla in tumulto (art. 62 n. 3 c.p.).

<sup>1184</sup> *Ivi*, p. 604-605

dare rilievo alle “pressioni organizzative” influenti sulla commissione del reato, o, più in generale, di ampliare i criteri di commisurazione in senso stretto della pena con la ricomprensione delle condizioni organizzative in cui è stato integrato l’illecito<sup>1185</sup>.

### 3. *Proporzionalità e sanzioni pecuniarie.*

Come anticipato, la sanzione principalmente adottata nel globo è quella pecuniaria, mentre possono variare i modelli di commisurazione. Difatti, negli enti la forza del collettivo confluisce innanzitutto nel patrimonio e la monetizzazione dell’illecito rappresenta una reazione alternativa potenzialmente adeguata in termini generalpreventivi, la cui esecuzione implica minori costi per lo Stato<sup>1186</sup>, sia pure con i limiti illustrati nel paragrafo precedente.

Alcuni Paesi hanno mantenuto il sistema tradizionale a somma complessiva entro un minimo e un massimo edittale (es. Repubblica di San Marino, Germania<sup>1187</sup> e in parte Spagna<sup>1188</sup>), con possibilità di valutare alcune circostanze aggravanti o attenuanti (per es. i *compliance programs* negli U.S.A. o le condotte collaborative nella disciplina spagnola), o addirittura senza limiti massimi (es. Inghilterra, Galles, ecc.); in altri la quantificazione è effettuata “per quote giornaliera” (es. Danimarca, Svezia, Finlandia, Spagna, Portogallo, Slovenia, Austria, Francia)<sup>1189</sup>.

Nel sistema sanzionatorio italiano la centralità della sanzione pecuniaria emerge già dalle aggettivazioni che le ha voluto riferire la Relazione governativa («fondamentale e

---

<sup>1185</sup> *Ivi*, p. 605-606

<sup>1186</sup> Si cfr. P. FARALDO CABANA, *Sull’idoneità della sanzione pecuniaria per le persone giuridiche*, cit., p. 127.

<sup>1187</sup> Infatti, a differenza del codice penale, l’OWiG ha mantenuto il sistema di determinazione a somma complessiva, salvo prevedere al § 17 che la sanzione deve essere superiore al vantaggio economico conseguito dall’illecito, anche oltre il massimo edittale.

<sup>1188</sup> Solo in parte, poiché la multa per le persone giuridiche può essere irrogata, alternativamente, in via proporzionale o per quote.

<sup>1189</sup> Il parametro dell’ammontare può variare: per es., in nel diritto penale tedesco è rappresentato dal reddito netto giornaliero, mentre in Austria si tiene conto del potere di spesa del reo.

*indefettibile*»<sup>1190</sup>), dall'avverbio «sempre» utilizzato all'art. 10, comma 1 con riguardo alla sua applicazione<sup>1191</sup>, nonché dalla sua funzione di limite al travolgimento delle conseguenze punitive da parte delle condotte riparatorie<sup>1192</sup>.

### **3.1. Proporzionalità e giudizio bifasico.**

Per garantirne l'intrinseca efficacia, la legge ha introdotto un meccanismo innovativo di determinazione della sanzione, abbandonando la logica tradizionale a somma complessiva<sup>1193</sup> e abbracciando una quantificazione “per quote” e “a struttura bifasica”<sup>1194</sup>. La prima fase concerne la individuazione delle quote, non inferiori a cento né superiori a mille (art. 10, comma 2)<sup>1195</sup>, mentre la seconda afferisce all'attribuzione del relativo importo, tra 258 e 1.549 euro (comma 3)<sup>1196</sup>.

---

<sup>1190</sup> *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 30

<sup>1191</sup> Sul punto, si v. R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 127, che la definisce «la regina delle sanzioni punitive applicate agli enti». In maniera analoga, l'art. 125, comma 3 del Progetto Grosso.

<sup>1192</sup> R. GUERRINI, *La responsabilità*, cit., p. 157. La salvezza della sanzione pecuniaria si spiega comunque alla luce della polifunzionalità del sistema sanzionatorio. Già nella prospettiva del diritto penale tradizionale delle persone fisiche, si era osservato autorevolmente che non è possibile giustificare le scelte punitive esclusivamente su una logica di prevenzione speciale: M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 251 ss.

<sup>1193</sup> Nella relazione di accompagnamento alla Riforma “Cartabia” (d.lgs. n. 150 del 2022) – che, pur riformando la pena pecuniaria per le persone fisiche, non ha coinvolto il meccanismo commisurativo – si è evidenziata l'esigenza di una profonda e complessiva rivisitazione della pena pecuniaria, coinvolgendo, tra i vari profili, anche l'adozione del sistema dei tassi o delle quote giornaliere (si cfr. p. 266).

<sup>1194</sup> *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 30

<sup>1195</sup> A differenza dell'art. 133-*bis* c.p., il rapporto ricavabile dalle quote giornaliere *ex* art. 10 è più ampio, cioè da “uno a sei”, al fine di assicurare un corretto adeguamento alle condizioni economiche dell'impresa, tenuto conto della diversificazione delle realtà imprenditoriali italiane (*Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 31).

<sup>1196</sup> L'art. 11, lett. g) l. n. 300 del 2000 si era limitato a prevedere i limiti minimi e massimi e un rinvio implicito all'art. 133-*bis* c.p. (o all'art. 11, l. n. 689/1981) perché si tenesse conto delle condizioni economiche della *societas*, ma non sembrava discostarsi dal regime a somma complessiva. Sennonché, l'aumento fino al triplo o la diminuzione sino ad un terzo della pena pecuniaria sarebbe stato impraticabile, in quanto si sarebbe pervenuti agevolmente a una misura eccedente i limiti previsti dalla legge delega. Onde scongiurare il rischio di inadeguatezza del sistema sanzionatorio di cui sarebbe stata foriera la riduzione della risposta sanzionatoria prevista per i singoli reati, si è preferito introdurre un modello come quello descritto: così, *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 30 ss.

La struttura bifasica del giudizio si riflette sui criteri di commisurazione della sanzione *ex art. 11*, che mantiene separate la gravità del fatto e il grado di responsabilità dalle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, che ne esprimono la sensibilità alla pena<sup>1197</sup>.

Benché tale regime fosse stato ispirato dal *Tagessatzsystem* del § 40 *StGB* tedesco e da quelli di analoga fattura di altri Paesi europei, la scelta del legislatore italiano se ne differenzia, giacché in quei contesti la sanzione si atteggia a conseguenza “di durata”. L'ancoraggio a dei valori assoluti, ricompresi dentro una cornice edittale, invece, è stato ritenuto incompatibile con la piena adesione a tali alternative<sup>1198</sup>.

I criteri di individuazione del numero delle quote sono strettamente legati alla responsabilità dell'ente e corrispondono alla «gravità del fatto», al «grado di responsabilità dell'ente» e a «l'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti» (art. 11, comma 1)<sup>1199</sup>.

La gravità del fatto evoca la «gravità del reato» di cui all'art. 133, comma 1 c.p. nonché la «gravità della violazione» di cui all'art. 11 l. n. 689 del 1981<sup>1200</sup>. Si è discusso circa l'interpretazione di tale locuzione: se, cioè, debba essere intesa con esclusivo riguardo all'elemento oggettivo ovvero tenendo conto anche dell'elemento soggettivo del reato presupposto. Secondo una prima lettura la connessione esistente con i tradizionali criteri commisurativi dovrebbe portare a valutare la gravità del reato in ogni sua componente, compreso l'elemento soggettivo. Difatti, nelle due disposizioni da cui trae ispirazione l'art. 11 d.lgs. n. 231 del 2001 i riferimenti analoghi sintetizzano l'esame globale dell'illecito commesso<sup>1201</sup>, con esplicitazione dell'intensità del dolo e del grado

---

<sup>1197</sup> C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 335; R. GUERRINI, *La responsabilità*, cit. p. 165

<sup>1198</sup> *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 31.

<sup>1199</sup> Nel commisurare le sanzioni, la Raccomandazione 88 (18) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa chiedeva che si tenesse conto del beneficio conseguito dall'impresa. Il criterio del profitto, ad ogni modo, al di fuori della confisca, rileva ai fini dell'applicazione delle sanzioni interdittive (art. 13, comma 1).

<sup>1200</sup> Il necessario confronto tra i criteri dell'art. 11 d.lgs. n. 231 del 2001 e quelli di cui all'art. 133 c.p. è stato messo in evidenza anche in giurisprudenza: si cfr. Cass., sez. V, 16 luglio 2019, n. 38115.

<sup>1201</sup> Per l'inclusione dell'elemento soggettivo nella gravità della violazione di cui all'art. 11 l. n. 689 del 1981, v. C.E. PALIERO – A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., p. 375.

della colpa all'art. 133, comma 1 n. 3 c.p.<sup>1202</sup>. Oltretutto, si è osservato che «ragioni sistematiche e di coerenza dell'ordinamento consigliano l'utilizzo dei medesimi parametri di cui all'art. 133 cod. pen., risultando altrimenti incoerente applicare diversi criteri per stabilire la gravità di quel medesimo fatto che costituisce fonte di responsabilità per la persona fisica e per la persona giuridica»<sup>1203</sup>. Per questo si è suggerito di fare riferimento altresì alle circostanze oggettive che accompagnano la commissione del reato, di cui all'art. 133, comma 1 n. 1 c.p.

A questi rilievi si aggiunge, inoltre, il riferimento alla teorica che include il dolo e la colpa all'interno del fatto tipico; e se il fatto di connessione rappresenta la base imprescindibile per la responsabilità della persona giuridica, allora questo deve essere osservato in tutte le sue caratteristiche. Per di più, ciò assicurerebbe la piena personalizzazione dell'illecito, senza che si finisca per addebitare all'ente un carico sanzionatorio appartenente ad altri, se si ritiene che il fatto della persona fisica è anche fatto dell'ente sulla scorta del rapporto di immedesimazione organica<sup>1204</sup>.

In senso contrario, si è rilevato che il concetto di "reato" nel sistema del d.lgs. n. 231 del 2001 assume un diverso significato, posto che, come dimostrato dall'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001, è atto a ricomprendere soltanto un fatto antiggiuridico<sup>1205</sup>. D'altro canto, perché la sanzione sia personale, dovranno essere apprezzati tutti quegli elementi che contribuiscono a evidenziare il grado di rimprovero che può muoversi nei confronti dell'ente, rispetto al quale resta del tutto indifferente l'atteggiamento psicologico della persona fisica, tanto più se si ritiene che i fatti dei due soggetti sono eterogenei. Secondo tale impostazione, peraltro, imporre la valutazione dell'elemento psicologico della

---

<sup>1202</sup> T. EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, in A. BASSI – T. EPIDENDIO (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 299

<sup>1203</sup> *Ivi*, p. 300

<sup>1204</sup> V. TORRE, sub art. 11, in AA.VV., *Compliance*, cit., p. 376-377, la quale rileva, poi, criticamente, che «Affiorano nelle disposizione che disciplinano la commisurazione della sanzione, contraddizioni di una scelta legislativa che, formata su di un modello ibrido di responsabilità dell'ente, produce inevitabili incoerenze sistematiche» (p. 377).

<sup>1205</sup> R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 138 ss.; C. PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, cit., p. 224; M. RIVERDITI, *La responsabilità*, cit., p. 286; A. ROSSI, *Le sanzioni dell'ente*, cit., p. 28

persona fisica introdurrebbe dei profili di complessità all'interno della fattispecie, mentre tale giudizio dovrebbe rimanere circoscritto all'eventuale determinazione della pena *ex art. 133 c.p.*<sup>1206</sup>. Dunque, nella commisurazione della sanzione, la gravità del fatto ricomprende l'intensità dell'offesa al bene giuridico tutelato, l'entità del danno patrimoniale nonché del profitto o del vantaggio che l'ente ha ottenuto dalla commissione del reato<sup>1207</sup>. Coerentemente con quest'orientamento, non sono oggetto di apprezzamento le note materiali di cui all'art. 133, comma 1 n. 1 c.p.<sup>1208</sup>.

Meno problemi crea il criterio del grado di responsabilità dell'ente, il quale afferisce alla colpevolezza e «*concerne l'intensità del coinvolgimento dell'ente nell'illecito*»<sup>1209</sup>, che secondo taluni muta al variare dei soggetti che hanno commesso il reato<sup>1210</sup>: nel caso di soggetti apicali, la riconduzione dell'illecito alla politica societaria fonda, di per sé, un giudizio di maggiore rimprovero; qualora siano coinvolti soggetti para-apicali, occorrerà avere riguardo all'esistenza e al grado di idoneità ed efficacia del modello organizzativo<sup>1211</sup>.

---

<sup>1206</sup> E. BATTAGLIA, *Le sanzioni*, in A. D'AVIRRO – A. DI AMATO (a cura di), *La responsabilità*, cit., p. 293

<sup>1207</sup> *Ibidem*; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 138 ss.; C. PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, cit., p. 223 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale*, cit., p. 224 ss. Secondo taluni, vi rientrerebbe anche il *deficit* organizzativo dell'ente (L.D. CERQUA, *Articolo 11. Criteri di commisurazione della pena pecuniaria*, in M. LEVIS – A. PERINI (dir.), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 277; F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee nel d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 2517).

<sup>1208</sup> E. BATTAGLIA, *Le sanzioni*, cit., p. 293-294

<sup>1209</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 300. In senso analogo, si v. E. AMATI, *La responsabilità da reato degli enti. Casi e materiali*, Torino, 2007, p. 102 ss.

<sup>1210</sup> Sottolinea che l'inclusione dello "spessore della volontà sociale" richiamerebbe la contraddizione tra la teoria dell'immedesimazione organica e la colpa d'organizzazione, V. TORRE, sub *art. 11*, cit., p. 378.

<sup>1211</sup> *Ibidem*; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 140 ss.; C. PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, cit., p. 1357; Id., *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, cit., p. 223. Più di recente, in questi termini, anche A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 97. Secondo G. DE VERO, *La responsabilità penale*, cit., 218 ss., è criticabile la scelta legislativa di aver costruito gli estremi sanzionatori in base alla tipologia dei reati presupposto (si v. anche Id., *Il sistema sanzionatorio di responsabilità ex crimine degli enti collettivi, I parte*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2/2006, p. 173). Piuttosto, la distinzione tra i criteri di attribuzione, in base all'autore del reato, avrebbe dovuto già ispirare la diversificazione delle cornici edittali, affinché venisse predisposta una pena proporzionata al disvalore dell'illecito dell'ente.

In realtà, proprio l'importanza sistematica del difetto d'organizzazione all'interno della fattispecie complessa di responsabilità dovrebbe condurre a tenerne conto in ogni caso. Difatti, se esso costituisce un elemento strutturale, oggettivo e soggettivo, della responsabilità e una componente del giudizio di disvalore ordinamentale, non può essere trascurato ai fini della determinazione della sanzione.

Infine, il criterio dell'eventuale realizzazione di condotte riparatorie, che richiama l'omologo dell'art. 11 l. n. 689 del 1981<sup>1212</sup>, enfatizza il ruolo della sanzione pecuniaria nella finalità di prevenzione speciale che innerva l'intero sistema della responsabilità degli enti<sup>1213</sup>. La prospettiva introdotta dal sistema "231" e nella quale deve porsi il giudice in sede di commisurazione si presenta del tutto nuova rispetto al quadro tradizionale, arroccato su di un angolo visuale meramente retrospettivo, connesso a logiche di retribuzione e deterrenza<sup>1214</sup>. Infatti, tale giudizio affianca ai due criteri rivolti al passato uno di indole prognostica, quale giudizio di idoneità allo scopo<sup>1215</sup>. La riparazione diventa una co-protagonista della determinazione della sanzione, così non ripetendo quel ruolo di personaggio secondario che per lungo tempo ha impersonato nell'ordito codicistico<sup>1216</sup>.

Per distinguere la determinazione infraedittale dai casi di riduzione della sanzione *ex art. 12* è necessario limitare le prime condotte riparatorie successivamente alla

---

<sup>1212</sup> Mentre si differenzia dall'attenuante *ex art. 62 n. 6 c.p.*, che esige la spontaneità e l'efficacia del c.d. ravvedimento operoso.

<sup>1213</sup> R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 141, che mette in evidenza l'equiordinazione rispetto ai criteri retrospettivi; in senso analogo, P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente*, cit., p. 1113; E. BATTAGLIA, *Le sanzioni*, cit., p. 296. Per F. MACRÌ, *Le sanzioni (artt. 9-14, 16, 20-23)*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, II, Torino, 2017, p. 2625, si tratta del criterio che riflette maggiormente l'orientamento marcatamente specialpreventivo del sistema sanzionatorio. Come si legge in A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 95 ss., questo criterio dimostra la centralità della funzione specialpreventiva nel procedimento commisurativo, mentre occorre rifuggire da una determinazione della pena secondo prevenzione generale. L'irrogazione di pene esemplari, legate al mero allarme sociale scaturito dall'accadimento criminoso genera meno scrupoli, rispetto alle persone fisiche, di scadere in una violazione dei principi di colpevolezza e proporzione più accentuato rispetto alle persone fisiche.

<sup>1214</sup> M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, in AA.VV., *La pena, ancora*, cit., p. 579

<sup>1215</sup> F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee nel d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 2516

<sup>1216</sup> Si cfr. V. TORRE, *sub art. 11*, cit., p. 378.



dichiarazione di apertura del dibattito di primo grado, atteso che per le medesime non è prevista alcuna scadenza temporale<sup>1217</sup>; ovvero ancora si potrebbe fare riferimento a un'attività 'atipica' volta alla prevenzione dei reati, che, benché non esitata nell'adozione di modelli organizzativi idonei, possa considerarsi suscettibile di apprezzamento positivo<sup>1218</sup>.

L'attenzione rivolta dal legislatore alla pena pecuniaria e alla sua efficacia (come dichiarato dallo stesso art. 11, comma 3), con abbandono del ruolo di «ancella *della pena detentiva*»<sup>1219</sup>, ha condotto ad adottare un parametro di quantificazione dell'importo pecuniario del tutto innovativo. Difatti, non è la somma complessiva a essere facoltativamente variabile in base alle condizioni economiche del reo (art. 133-*bis* c.p.)<sup>1220</sup>, quale elemento che si aggiunge ai criteri di valutazione dell'illecito, ma l'importo della quota così determinata, quale fase di giudizio distinta e autonoma rispetto a quella pregressa<sup>1221</sup>.

Ancorché volto all'attuazione dell'art. 3 Cost., l'ancoraggio delle condizioni economiche al sistema a 'somma complessiva', previsto, probabilmente, «*per consentire al giudice di eludere taluni problemi di accertamento, difficilmente aggirabili in un*

---

<sup>1217</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 300

<sup>1218</sup> G. AMATO, *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, in *Guida dir.*, 26/2001, p. 68; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 141 ss.; V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 300-301. In ogni caso, non occorre che tali condotte siano poste in essere spontaneamente, bensì anche per mera convenienza, vista la tipologia di soggetti coinvolti: A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 99). Secondo quest'ultima A., oltre alle condotte inerenti al modello organizzativo, dovrebbero valorizzarsi anche altre condotte, data la maggiore ampiezza dell'espressione utilizzata dal legislatore, come l'attività volta a eliminare le cause dell'illecito, a partire da provvedimenti disciplinari o dal licenziamento dell'autore persona fisica, o l'adozione di misure cautelari adeguate e calibrate sull'offesa da prevenire (A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 99-100).

<sup>1219</sup> A. MANNA, *Riflessioni rapsodiche su offensività, colpevolezza e sistema sanzionatorio nella struttura dell'illecito dell'ente da reato*, in A. FIORELLA – A. GAITO – A. S. VALENZANO (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni*, cit., p. 76 (corsivo dell'A. riportato in tondo).

<sup>1220</sup> Un elemento di comunanza è che in entrambi i casi non si tratta di circostanze del reato: *ex multis*, v. Cass., sez. I, 4 novembre 2004, n. 45482, *Zheng*. Si v. anche M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 237; M. RONCO – A. BERARDI, *Le pene principali*, in M. RONCO (a cura di), *Commentario al codice penale. Persone e sanzioni*, Torino, 2006, p. 298; P. VENEZIANI, *Le pene principali*, in P. VENEZIANI – A. CRISTILLO, *Trattato di diritto penale, parte generale*, II, p. 73

<sup>1221</sup> *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 30

*sistema di tassi giornalieri*»<sup>1222</sup>, non ha consentito di conseguire i risultati attesi<sup>1223</sup>, restando emarginato in tutti gli ordinamenti che lo hanno sperimentato<sup>1224</sup>.

Diversamente, la separazione introdotta dal d.lgs. n. 231 del 2001 vincola il giudice allo svolgimento di tale valutazione ed evita gli inconvenienti di cui è portatrice la soluzione della contemporanea operatività dei criteri. In questo modo, il risultato specialpreventivo è maggiormente garantito, scongiurandosi il rischio di addivenire a risposte punitive inidonee alle concrete esigenze dissuasive<sup>1225</sup>.

In aggiunta, il meccanismo codicistico pone problemi di accertamento della situazione economica, che, invece, sono ridotti notevolmente nella misura in cui il giudice dovrà «*calarsi, con l'ausilio di consulenti, nella realtà dell'impresa, dove potrà attingere anche le informazioni relative allo stato di solidità economica, finanziaria e patrimoniale dell'ente*»<sup>1226</sup>. Difatti, il giudice si può avvalere dei bilanci o delle altre scritture contabili, o comunque, se sorge il rischio di falsificazione di tali documenti<sup>1227</sup>, può tenere conto delle dimensioni dell'ente e della sua posizione sul mercato<sup>1228</sup>.

Inoltre, detto meccanismo commisurativo rende «*la sanzione maggiormente conformata e trasparente*», in sintonia con le proprie finalità<sup>1229</sup>, con cui si rafforzano i

---

<sup>1222</sup> Così G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 650

<sup>1223</sup> Disapplicazione che consegue ai problemi che questo pone con riguardo agli istituti di favore la cui attivazione consegue alla determinazione della pena: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 746. D'altro canto, secondo la giurisprudenza l'eccessiva gravosità della sanzione pecuniaria rispetto alle capacità economiche del soggetto, quale presupposto dell'applicazione della circostanza attenuante di cui all'art. 133-bis c.p., deve comportare una vera e propria impossibilità, o quantomeno un'estrema difficoltà, di soddisfare la pena che la faccia apparire meritevole di riduzione (Cass., sez. VI, 16 novembre 2017, n. 56297).

<sup>1224</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 650 F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 746. Invero, in alcuni Paesi economicamente più omogenei rispetto all'Italia, come Danimarca e Svezia, si è riflettuto circa l'opportunità di mantenere il sistema dei tassi giornalieri, per le difficoltà che esso comporta e data l'indifferenza in termini di risultati rispetto al modello a somma complessiva (F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 735).

<sup>1225</sup> R. GUERRINI, *La responsabilità*, cit., p. 159. In questo senso, il giudizio bifasico tempera il rischio di ineffettività della mera sanzione pecuniaria nei confronti degli enti di piccole o medie dimensioni, paventato da M. RIVERDITI, *La responsabilità*, cit., p. 49; per questo rilievo, si v. A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 105 nt. 35.

<sup>1226</sup> *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 31 ss.

<sup>1227</sup> Non può consentirsi che l'ente si avvantaggi per il proprio illecito: A. BASSI – T.E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 292

<sup>1228</sup> *Ibidem*

<sup>1229</sup> *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 31

profili di vincolatività che limitano la peculiare discrezionalità del giudice penale, che dovrà dare atto del percorso seguito nella quantificazione della pena<sup>1230</sup>.

L'impostazione opzionata dal legislatore del 2001 può apparire come una deroga al principio di proporzionalità della pena, in favore dell'efficacia del sistema punitivo, per la scissione che il riferimento alle condizioni economiche crea tra entità del reato e sanzione<sup>1231</sup>.

In realtà, e al contrario, l'aver edificato un sistema siffatto per la criminalità d'impresa sembra poter garantire un trattamento sanzionatorio più in linea con i canoni della proporzionalità. La tradizionale idea retributiva si sviluppa in relazione ad affezioni di tipo personali, sicché il giudizio di proporzionalità è stato strutturato tipicamente tra sofferenza cagionata dall'illecito e sofferenza per la persona discendente dalla sanzione. Sennonché, si è già osservato che l'ente si compone soprattutto di una base patrimoniale, di guisa che la propria "sofferenza" deve essere apprezzata alla luce della consistenza di quest'ultima<sup>1232</sup>. Come si è evidenziato in dottrina, mentre la capacità di sopportazione della pena detentiva resta astrattamente omogenea per le persone fisiche, diversamente deve sostenersi con riguardo al patrimonio<sup>1233</sup>. Ne consegue che perché la sanzione sia concretamente proporzionata, diventa indispensabile avere riguardo alle condizioni economico-patrimoniali dei relativi destinatari<sup>1234</sup>.

---

<sup>1230</sup> In giurisprudenza, si è affermato che «(...) anche nell'ambito della responsabilità degli enti, valgono i principi che governano l'iter di quantificazione della sanzione da parte del giudice penale, il quale, pertanto, è tenuto ad esplicitare il percorso logico condotto per giungere all'irrogazione della sanzione finale, con motivazione che diventa tanto più stringente quanto più intenda discostarsi dal minimo edittale» (Cass., sez. III, 16 aprile 2019, n. 39952). In dottrina, si cfr. E. BATTAGLIA, *Le sanzioni*, cit., p. 299, nt. 62.

<sup>1231</sup> Così F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 710, in rapporto all'istituto di cui all'art. 133-bis c.p.

<sup>1232</sup> Si è discusso di sensibilità alla pena: si v. C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 335; R. GUERRINI, *La responsabilità*, cit. p. 165.

<sup>1233</sup> In questi termini F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 200; si cfr. L. GOISIS, *La pena pecuniaria*, cit., p. 35 ss.; M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario*, cit., p. 346. Con riferimento agli enti, si v. L. PELLEGRINI, *Sanzione pecuniaria e procedimento di commisurazione nel sistema della responsabilità dell'ente*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 552 e 565, che parla di proporzionalità "a tutto tondo", in quanto comprensiva di aspetti relativi tanto all'illecito quanto alla capacità di pena dell'ente.

<sup>1234</sup> *Ibidem*; A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 239 ss.; R. GUERRINI, *La responsabilità*, cit., p. 160; A. ROSSI, *Le sanzioni*, cit., p. 67 ss.

A ciò si aggiunga che, come visto (Cap. I, par. 4), la proporzionalità non trova esclusivo terreno di espressione nell'ottica retributiva, secondo la logica del *quia peccatum est*, ma può apprezzarsi anche in una prospettiva funzionalista<sup>1235</sup>, di connotazione prognostica, secondo la logica del *punitur ne peccetur*<sup>1236</sup>. In altri termini, la pena 'proporzionata' secondo il disvalore dell'illecito non diviene 'sproporzionata' *ex post* per dare ingresso a profili economico-dimensionali estranei alla valutazione di congruità della stessa. Piuttosto, si introduce un altro termine di relazione del giudizio secondo proporzione, rappresentato dalle capacità economiche, al fine di mantenere la coerenza della sanzione con le proprie precipue finalità. D'altro canto, questa scelta di accentuare la dimensione prognostica della determinazione della pena emerge già nella fase di quantificazione delle quote, alla luce della scelta normativa che ha messo sullo stesso piano la gravità del fatto e il grado della responsabilità, da un lato, e le condotte riparatorie<sup>1237</sup>. Se la sanzione fosse stata strutturata diversamente, essa avrebbe perduto il proprio fondamento giustificativo e, sul piano pratico, una quantificazione rigidamente ancorata ai criteri tradizionali in misura relativamente eccessiva ovvero irrisoria l'avrebbe resa *inutiliter data*<sup>1238</sup>.

Invero, in dottrina è stata ravvisata qualche perplessità circa la possibilità di rendere la sanzione effettivamente adeguata alle dimensioni dell'ente. Per fronteggiare il summenzionato pericolo di "contabilizzazione" della somma irrogata, il legislatore ha predisposto uno stringente paradigma generale delle cornici edittali, con riguardo sia al numero delle quote sia agli importi. Limiti rigidi, particolarmente elevati nel minimo e

---

<sup>1235</sup> Corte cost., 8 luglio 2010, n. 250

<sup>1236</sup> F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 117-118

<sup>1237</sup> V. TORRE, sub *art. 11*, cit., p. 374. Si è evidenziato che questo criterio consente di parametrare la pena sia al passato sia al futuro, posto che i comportamenti riparatori dell'ente esprimono un minore bisogno di sanzione in chiave specialpreventiva, se non addirittura un più basso grado di colpevolezza: in questo senso, A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 98).

<sup>1238</sup> A ciò si aggiunga anche il rischio che la sanzione pecuniaria determini una paralisi per l'ente, trasformandosi surrettiziamente in un'interdizione dell'attività (T. EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit., p. 294 ss.) e traducendosi in un ostacolo per gli investimenti futuri in tema di prevenzione (A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 100-101).

non altrettanto nel massimo<sup>1239</sup>, che secondo alcune voci non risponderebbero alla realtà imprenditoriale variegata del Paese<sup>1240</sup> e rischierebbero di affliggere eccessivamente gli enti di dimensioni modeste e di risultare irrisorie per quelli più strutturati<sup>1241</sup>. Insofferenze che hanno condotto una parte della giurisprudenza di merito a contaminare reciprocamente i vari criteri commisurativi, in contrasto con il dato legale<sup>1242</sup>.

Queste osservazioni non sono state condivise da un'altra parte della dottrina, che ha evidenziato come la scelta legislativa si collochi in una via intermedia tra gli estremi opposti della flessibilizzazione e della rigidità assoluta, soluzioni non in linea, rispettivamente, con i principi di legalità e proporzione<sup>1243</sup>.

---

<sup>1239</sup> Si cfr. A. BERNASCONI, *L'apparato sanzionatorio*, in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI (a cura di), *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 202; F. MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., p. 2578.

<sup>1240</sup> Nonostante questo aspetto fosse stato preso in considerazione dal legislatore delegato, secondo quanto dichiarato nella *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 32, § 5.1.

<sup>1241</sup> Si v. le osservazioni di P. FARALDO CABANA, *Sanzione pecuniaria di natura amministrativa vs multa penale contro le persone giuridiche. Breve contrasto fra i sistemi spagnolo ed italiano*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 1/2015, p. 195, che, nel confronto tra il sistema italiano e quello spagnolo, considera, all'opposto, eccessivamente basso il minimo previsto in quest'ultimo ordinamento, che comunque contempla dei margini edittali più ampi rispetto a quello italiano. Critico verso i limiti generali anche C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2005, p. 197 e 202 ss.; si v. anche G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 228 ss.

<sup>1242</sup> In questi termini si esprime L. PELLEGRINI, *Sanzione pecuniaria e procedimento di commisurazione*, cit., p. 556. In taluni casi, però, questi limiti vengono ristretti ulteriormente, al punto da tradursi in un vero e proprio freno della discrezionalità giudiziale e del giudizio di individualizzazione della sanzione. Così è accaduto in una ipotesi di intervento indiretto del legislatore sulla punizione irrogabile. L'art. 25-*duodecies*, comma 1, infatti, prevede che la sanzione, che deve attestarsi tra le 100 e le 200 quote, non può superare gli euro 150.000, di fatto, consentendo così di adottare una sanzione non superiore a meno della metà di quella che il giudice avrebbe potuto fissare secondo le regole generali (*Ivi*, p. 562-563).

<sup>1243</sup> *Ivi*, p. 557, il quale celebra il potenziale di effettività del sistema di esecuzione e sottolinea come resti possibile comunque per il legislatore discostarsi dai limiti generali all'interno della 'parte speciale'.

### ***3.2.Casi di riduzione della sanzione.***

La seconda fase del giudizio viene meno, invece, nei casi di attenuazione del trattamento sanzionatorio per particolare tenuità del fatto *ex art. 12, comma 1*, là dove la quota è sempre pari a euro 103 (art. 11, comma 3)<sup>1244</sup>.

In particolare, dette circostanze attenuanti<sup>1245</sup> valorizzano l'assenza di vantaggi per l'ente ovvero il conseguimento di vantaggi ridotti, in virtù del reato commesso nell'interesse prevalente dell'autore o di terzi, e la particolare tenuità del danno patrimoniale cagionato, anche, eventualmente, in concorso tra loro<sup>1246</sup>. Nella prima ipotesi tanto il disvalore oggettivo quanto quello soggettivo, con riferimento al grado di coinvolgimento dell'ente nell'illecito, si presentano contenuti<sup>1247</sup>. Nella seconda ipotesi, in maniera simile a quanto accade in altri luoghi normativi del sistema (per es. art. 62 n. 4 c.p.; art. 219 l. fall.), il disvalore oggettivo del reato risulta minimo per gli effetti che ne sono conseguiti<sup>1248</sup>.

Sempre sulla scia della finalità di prevenzione speciale, con l'intento di recuperare «*maggior flessibilità ed equità al sistema, specie in presenza di situazioni che attenuano sensibilmente il bisogno di pena legato alla commissione degli illeciti*»<sup>1249</sup>, tale previsione restituisce centralità al giudizio retrospettivo, avente ad oggetto il rapporto di proporzione tra fatto e sanzione<sup>1250</sup>.

---

<sup>1244</sup> Queste ipotesi di riduzione devono essere tenute distinte dal c.d. pagamento in misura ridotta, precluso dall'art. 10, comma 4 d.lgs. n. 231 del 2001. Per una critica verso la mancata previsione di un'oblazione corporativa, si v. *Ivi*, p. 558 nt. 26.

<sup>1245</sup> L.D. CERQUA, *Articolo 11*, cit., p. 286; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 226; R. GUERRINI, *La responsabilità*, cit., p. 163; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 145-147. Esse incontrano comunque il limite minimo di euro 10.329 (art. 12, comma 4).

<sup>1246</sup> V. TORRE, sub *art. 12*, in AA.VV., *Compliance*, cit., p. 381

<sup>1247</sup> *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 32. Per i dubbi in ordine all'eccesso di delega, atteso che la l. n. 300 del 2000 aveva fatto riferimento ai soli casi di "particolare tenuità del fatto", nonché per una critica circa la riduzione per i casi di vantaggio esiguo, si v. E. BATTAGLIA, *Le sanzioni*, cit., p. 302.

<sup>1248</sup> R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 147. Un intervento improntato a canoni di ragionevolezza e proporzione che si giustifica, però, solo con riguardo alla criminalità di profitto, secondo V. TORRE, sub *art. 12*, cit., p. 382

<sup>1249</sup> *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 32

<sup>1250</sup> V. TORRE, sub *art. 12*, cit., p. 382

Secondo la Relazione governativa «una volta appurato che il fatto è di particolare tenuità, ha poco senso una commisurazione orientata sulla condizione economica dell'ente: un illecito di esiguo disvalore merita una risposta sanzionatoria parimenti esigua, qualunque ente sia stato a commetterlo. In questi casi, il riferimento alle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente è del tutto superfluo: quello che conta è commisurare la sanzione al grado di tenuità dell'illecito»<sup>1251</sup>.

Senonché, se, da un lato, può apparire giustificata la riduzione della sanzione prendendo atto del solo disvalore esiguo, dall'altro lato, una soluzione siffatta fa ritornare il rischio di sanzioni irrisorie nei confronti di enti di grandi dimensioni, con politiche d'impresa disinteressate allo scopo ordinamentale di prevenire i reati. Ed è proprio con riguardo a tali ipotesi, in cui possono riscontrarsi strutture organizzative largamente deficitarie, che la riduzione della sanzione si presenta priva di giustificazione sia sul piano della generalprevenzione sia su quello della specialprevenzione<sup>1252</sup>. La rinuncia a qualsivoglia graduazione delle quote fondata sul criterio economico-dimensionale<sup>1253</sup>, in aggiunta all'esclusione delle sanzioni interdittive (art. 13, comma 3), restituisce agli occhi dell'interprete un giudizio di proporzionalità della sanzione mutilato della sua componente funzionalistica, essenziale in questa sede, quale garanzia di giustizia ed effettività del sistema<sup>1254</sup>.

Le altre fattispecie di riduzione si fondano su una logica proattiva e si presentano, ancora, coerenti con il teleologismo della sanzione<sup>1255</sup>, con un'impronta tesa più alla persuasione, che alla minaccia<sup>1256</sup>. Vengono, così, incoraggiate le condotte riparatorie,

---

<sup>1251</sup> Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit., p. 32 ss.; in senso adesivo C. PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, cit., p. 1358; Id., *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, cit., p. 225.

<sup>1252</sup> R. GUERRINI, *La responsabilità*, cit., p. 165

<sup>1253</sup> R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, p. 145

<sup>1254</sup> *Ibidem*; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 229

<sup>1255</sup> M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, cit., p. 593; G. AMATO, *Un regime diversificato*, cit., p. 26; P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente*, cit., p. 1119

<sup>1256</sup> L. EUSEBI, *Appunti minimi di politica criminale in rapporto alla riforma delle sanzioni penali*, in *Criminalia*, 2007, p. 191; si cfr. anche A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 70-71. Nella Relazione governativa si legge che «le contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e riorganizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall' illecito e, pertanto, la rielaborazione del

rappresentate dal risarcimento del danno e dall'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, nonché dall'adozione di modelli organizzativi prima dell'apertura del dibattimento (art. 12, comma 2)<sup>1257</sup>. Logica ulteriormente implementata nel caso di concorso con quelle previste dal comma 1, in cui la diminuzione va dalla metà ai due terzi (art. 12, comma 3).

Quest'approccio, che si riscontra anche nei rapporti tra sanzione interdittiva e sanzione pecuniaria, trova un riferimento oltreoceano nel modello *tit-for-tat* previsto dalle *Sentencing Guidelines* statunitensi, che consente una riduzione significativa in sede di determinazione della pena in presenza di tali condotte antagoniste nei confronti dell'offesa<sup>1258</sup>.

A tali fini contenitivi, la legge esige una riparazione tempestiva e riconoscibile, intervenuta entro la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado<sup>1259</sup>.

L'art. 12, comma 2 lett. a) evoca la fattispecie del ravvedimento operoso di cui all'art. 62 n. 6, con la quale ha in comune il criterio di commisurazione della condotta<sup>1260</sup>, mentre se ne distingue per la mancanza del riferimento alla spontaneità<sup>1261</sup>. Inoltre, le due ipotesi si differenziano anche per il carattere cumulativo delle condotte richieste<sup>1262</sup>, anche se alla fine è sufficiente l'essersi efficacemente adoperato in tal senso<sup>1263</sup> e resta fermo il parametro della esigibilità<sup>1264</sup>.

---

*conflitto sociale sotteso all' illecito e al reato avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa»* (p. 40).

<sup>1257</sup> Di percorso virtuoso, evidenziante un ritorno alla legalità discorre Cass., sez. IV, 3 agosto 2021, n. 30231.

<sup>1258</sup> C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 66 ss.

<sup>1259</sup> V. TORRE, sub *art. 12*, cit., p. 384

<sup>1260</sup> V. TORRE, sub *art. 12*, cit., p. 384

<sup>1261</sup> E. BATTAGLIA, *Le sanzioni*, cit., p. 305

<sup>1262</sup> G. AMATO, *Un regime diversificato*, cit., p. 70

<sup>1263</sup> R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 149

<sup>1264</sup> C. PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, cit., p. 225



Le contro-azioni in esame devono essere personali, non potendosi ammettere un risarcimento<sup>1265</sup> proveniente dal socio-occulto ovvero dall'imputato<sup>1266</sup>, né l'assenza di un'interazione con la vittima, considerandosi insufficiente un'operazione di mero accantonamento di bilancio<sup>1267</sup>.

L'altra evenienza afferisce all'adozione e attivazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Trattasi di un ravvedimento tardivo sul piano della prevenzione<sup>1268</sup>, con un intervento correttivo potenzialmente efficace delle patologie interne alla struttura dell'ente<sup>1269</sup>, il cui accertamento è strettamente correlato all'inadeguatezza constatata ai fini dell'affermazione di responsabilità. Dunque, dovrà eliminarsi quella carenza organizzativa specifica che ha favorito la commissione del reato<sup>1270</sup>.

Un altro ruolo<sup>1271</sup> rivestito dai modelli di organizzazione all'interno del sistema che favorisce al meglio la proporzione nel ricorso alla sanzione, con regressione del trattamento sanzionatorio, che vede l'abbandono della sanzione interdittiva, della quale l'ente non è più ritenuto meritevole, e la riduzione del *quantum* della sanzione pecuniaria<sup>1272</sup>.

---

<sup>1265</sup> Che non ricomprende il danno causato ai soci, creditori e dipendenti conseguente solo all'applicazione della sanzione amministrativa a seguito di condanna per l'illecito dell'ente, che rappresenta solo una conseguenza riflessa dell'illecito: Cass., sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 2251.

<sup>1266</sup> Cass., sez. VI, 17 settembre 2009, n. 36083

<sup>1267</sup> Cass., sez. II, 8 gennaio 2014, n. 326

<sup>1268</sup> R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 150

<sup>1269</sup> Si cfr. R. GUERRINI, *La responsabilità*, cit., p. 167

<sup>1270</sup> Corte Ass. App. Torino 27 maggio 2013, in cui non è stata considerato sufficiente il modello adottato, alla luce della composizione dell'organismo di vigilanza; Trib. Roma, GIP, ord. 4 aprile 2003. Qualche perplessità è stata sollevata nei confronti di Trib. Pordenone 11 novembre 2002, che ha reputato sufficiente l'allontanamento dalla compagine sociale dell'autore del reato (C. PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, cit., p. 226).

<sup>1271</sup> Si cfr. R. RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, cit., p. 81

<sup>1272</sup> V. TORRE, sub *art. 9*, cit., p. 367

### 3.3. Criticità della 'parte speciale'.

#### 3.3.1. Casi di mancanza di gradualismo sanzionatorio.

La configurazione degli archi edittali di base dell'illecito dell'ente all'interno della 'parte speciale' è stata impostata sulla categoria di reati-presupposto commessi. Il reato da cui dipende la responsabilità dell'ente è l'entità graduabile in relazione alla quale si è deciso di articolare la riprovazione astratta dell'illecito, circoscrivendo i profili di disvalore strutturale alla determinazione infraedittale e quindi alla singola vicenda<sup>1273</sup>. Se ne ricava che è in relazione alla categoria di reati che dovrà valutarsi la proporzionalità della sanzione comminata, a seconda che il raggruppamento individuato dal legislatore presenti una portata offensiva tendenzialmente omogenea.

Disomogeneità evidenti sono riscontrabili certamente tra delitti e contravvenzioni, la cui distinzione viene ricondotta tradizionalmente (e quantomeno tendenzialmente) ad aspetti strutturali e riguardanti l'offensività. Si afferma, infatti, che le seconde svolgono una funzione di incriminazione sussidiaria e anticipata rispetto ai delitti, spesso per ampliare la tutela degli stessi beni giuridici in presenza di offese meno intense, peraltro talvolta anche colpose, a fronte di delitti puniti solo per dolo<sup>1274</sup>. Alla minore gravità dell'illecito dovrebbe corrispondere la differenziazione normativa delle conseguenze giuridiche discendenti dalla commissione dell'una e dell'altra tipologia di reato.

Nella disciplina della responsabilità degli enti, in questa direzione si è mosso l'art. 25-ter d.lgs. n. 231 del 2001, che non solo contempla una diversa cornice edittale in base ai singoli reati societari che vengono in considerazione, ma distingue altresì tra delitti e contravvenzioni, contemplando per queste ultime una sanzione da cento a centotrenta quote.

---

<sup>1273</sup> Esclusa, ovviamente, l'integrazione di circostanze a efficacia speciale.

<sup>1274</sup> M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 26; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 238; M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., p. 203 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 95; F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 6.

Senonché, si registrano delle situazioni non in linea con questa filosofia; si tratta di scelte sanzionatorie predisposte per un certo novero di reati che trascurano la distinzione esistente tra delitti e contravvenzioni. Così, l'art. 25-*sexies*, comma 1 prevede la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote per i «reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato previsti dalla parte V, titolo 1-bis, capo II, del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58». Il riferimento generico ai «reati» – a differenza di molti altri casi in cui si è usata la locuzione «delitti» e «contravvenzioni», come visto – deve far propendere per la inclusione tanto dei delitti quanto delle contravvenzioni previste agli artt. 184 e 185 t.u.f., rispetto ai quali il discrimine attiene alla tipologia di strumenti finanziari oggetto delle condotte incriminate<sup>1275</sup>. Un rinvio unitario ai fini dell'applicazione un'unica sanzione, nonostante la profonda eterogeneità della qualità e della quantità delle sanzioni minacciate, con conseguenti dubbi di incostituzionalità del trattamento punitivo<sup>1276</sup>.

La criticità non è venuta meno in seguito alla riforma apportata dalla l. n. 238 del 2021, la quale ha sì abrogato le fattispecie contravvenzionali di cui ai commi 3-*bis* e 2-*bis* degli artt. 184 e 185, ma così facendole confluire in quelle delittuose<sup>1277</sup>. Pertanto, nel confronto tra le norme penali in successione tra loro, la distinzione tra delitti e contravvenzioni risulterà ancora applicabile ai fatti pregressi, mentre le ipotesi delittuose oggi vigenti troveranno applicazione soltanto per i fatti commessi dal 1° febbraio 2022, anche ai fini del d.lgs. n. 231 del 2001<sup>1278</sup>.

---

<sup>1275</sup> Ciò in virtù del d.lgs. n. 101 del 2009: sul punto, si v. E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, cit., p. 405 ss.

<sup>1276</sup> In questi termini, Ivi, p. 408, ed E. BASILE, *Abusi di mercato bagatellari per molti, ma non per gli enti. Contravvenzioni di market abuse e responsabilità ex d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 1/2011, p. 67.

<sup>1277</sup> Si cfr. Ufficio del Massimario (a cura di), *La legge 23 dicembre 2021, n. 238. Disposizione per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea – Legge europea 2019-2020*, Rel. n. 20/2022, Roma, 21 marzo 2022, p. 23 ss.

<sup>1278</sup> Difatti, in base all'art. 3, comma 2 d.lgs. n. 231 del 2001 se la legge vigente al momento del fatto e quella vigente al momento dell'applicazione sono diverse, deve farsi riferimento alla disciplina più favorevole. È vero che per l'ente astrattamente la vicenda appare indifferente, poiché la disciplina della responsabilità dell'ente è rimasta intonsa. In casi siffatti, è vero che non si verifica alcuna successione normativa se la rilevanza della modifica resta circoscritta alle sole persone fisiche (così G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte*

Il dato normativo contrassegnato da ultrattività, però, resta problematico nel confronto con il principio di proporzionalità della sanzione pecuniaria prevista per gli enti collettivi.

Similmente a quanto espresso, sollevano qualche perplessità le scelte sanzionatorie in materia di delitti inerenti all'acquisto o impiego di beni o capitali illeciti. La riforma apportata con il d.lgs. 195/2021 ha incluso anche le contravvenzioni di una data gravità tra i reati-presupposto dei delitti di cui agli artt. 648, 648-bis, 648-ter e 648-ter.1, là dove gli estremi edittali sono dimezzati rispetto a quelli previsti allorquando i beni siano di provenienza delittuosa<sup>1279</sup>.

Ciononostante, la sanzione comminata agli enti dall'art. 25-septies d.lgs. n. 231 del 2001 è rimasta immutata. L'unica distinzione in termini di gravità del reato è quella connessa al massimo edittale per la reclusione, con una transizione da una sanzione tra le 200 e le 800 quote a una dalle 400 alle 1000 quote se il delitto-presupposto del fatto di connessione è punito con la reclusione superiore nel massimo a cinque anni. Anche se si tratta pur sempre di delitti, appare evidente come il disvalore astratto di tali reati muti sensibilmente quando la fonte dell'acquisto sia un illecito contravvenzionale, come dimostrato dalla previsione per la persona fisica di una cornice edittale non solo autonoma, ma addirittura pari alla metà a quella comminata per i delitti. Se si ritiene che la natura dell'illecito eserciti un'influenza quantomeno indiretta verso la riprovazione del fatto imputato all'ente, emergono anche in questo caso dei problemi di costituzionalità

---

*speciale*” del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 94). Ma è altrettanto vero che la trasformazione della contravvenzione in delitto incide sulla disciplina della prescrizione, che potrebbe rilevare ai fini dell'art. 60 d.lgs. n. 231 del 2001: così R. LOTTINI, *La successione di leggi nel tempo*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, II, cit., p. 2398; in senso adesivo, si v. G. AMARELLI, sub art. 3, in AA.VV., *Compliance*, cit., ed. online.

<sup>1279</sup> Su questa parte dell'intervento di riforma e sulla discussione in ordine alla relativa natura giuridica, si v. A. MELCHIONDA, *Il nuovo assetto normativo per la “lotta al riciclaggio mediante il diritto penale”*, in *Arch. pen.*, 2/2022, p. 9 ss.; F. BELLAGAMBA, *La riforma del riciclaggio è legge: un'occasione mancata per andare oltre il mero recepimento della direttiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 448 ss.; G. PESTELLI, *Riflessioni critiche sulla riforma dei reati di ricettazione, riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio di cui al d.lgs. 8 novembre 2021, n. 195*, in *Sist. pen.*, 8 dicembre 2021, p. 51 ss.

per il mancato coordinamento fra le due discipline. D'altra parte, che il principio di proporzione spinga verso l'eterogeneità della punizione in base alla gravità del reato-presupposto è dimostrato dalla circostanza che lo stesso legislatore ha deciso di differenziare la risposta sanzionatoria in base al massimo detentivo irrogabile per i delitti in esame.

Peraltro, quest'ultima distinzione manca in relazione ad un'altra novità normativa, qual è quella relativa al riciclaggio di beni culturali (artt. 518-*sexies*), fattispecie introdotta con l. n. 22 del 2022 tra i reati-presupposto con l'innesto dell'art. 25-*duodevicies*. Difatti, pur prevedendosi una diminuzione di pena per il delitto nel caso in cui il reato-presupposto si collochi al di sotto della soglia massima di cinque anni di reclusione, la sanzione para-penale rimane oscillante tra le cinquecento e le mille quote. Ancora una volta, una mancata diversificazione che appare distonica con le opzioni esercitate per situazioni analoghe all'interno del sistema e dunque irragionevole.

### **3.3.2. *Sanzioni pecuniarie fisse.***

Si è già visto come, fuori dei casi di fattispecie non 'graduabili' perché espressive del medesimo livello di gravità, le soluzioni punitive fisse debbano ritenersi incostituzionali in quanto non consentono di adeguare la sanzione alle caratterizzazioni dell'illecito. Si tratta di presunzioni assolute di disvalore che esitano in un'usurpazione di una prerogativa essenziale del potere giudiziario da parte del legislatore; un'obliterazione di un momento indefettibile del giudizio qual è quello afferente alla determinazione della pena.

Un'ipotesi particolare di sanzione pecuniaria a quota fissa è quella contemplata dall'art. 25-septies, comma 2 d.lgs. n. 231 del 2001, che corrisponde all'integrazione dell'illecito a carico dell'ente la misura di 1.000 quote<sup>1280</sup>.

Orbene, la fissità in esame è peculiare rispetto alle ipotesi usuali che possono immaginarsi e sulle quali è intervenuta anche la Corte costituzionale. Difatti, essa involge una sanzione il cui giudizio commisurativo si articola in due fasi, l'una volta a stabilire la quota e l'altra a quantificarne l'importo. Dunque, resta pur sempre ferma la determinabilità di quest'ultimo da parte del giudice. Tuttavia, viene meno una componente fondamentale della valutazione ai fini della individualizzazione della sanzione, qual è il giudizio retrospettivo attinente alla gravità dell'illecito ascrivibile all'ente: tutti i criteri di cui all'art. 11, comma 1, infatti, sono assorbiti dalla statuizione legislativa<sup>1281</sup>. Oltretutto, trattandosi di reato colposo, la sanzione si presenta eccessivamente gravosa se messa in relazione a quelle previste per diversi delitti dolosi, anche di particolare gravità<sup>1282</sup>. D'altro canto, in base all'art. 10, le 1000 quote dovrebbero

---

<sup>1280</sup> G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., p. 318. La sanzione a quota fissa figurava, sia pure in via indiretta, già nella versione originaria dell'art. 25-septies, attraverso la previsione del limite minimo pari a 1000 quote, che però corrisponde al limite massimo di quote preveduto in via generale dall'art. 10, comma 2. Peraltro, il legislatore comminava la sanzione interdittiva senza distinguere tra reati di omicidio e lesioni colpose. Dopo la modifica apportata dal d.lgs. n. 81 del 2008, la sanzione pecuniaria fissa è dettata per la sola ipotesi di omicidio colposo commesso in violazione dell'art. 55, comma 2 dello stesso testo unico, mentre la durata delle sanzioni interdittive è stata differenziata. Sul punto, si v. S. DOVERE, *Art. 25 septies. Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, in M. LEVIS – A. PERINI (dir.), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 637 ss.

<sup>1281</sup> Si esprimono in senso critico verso questa disposizione: L. PELLEGRINI, *Sanzione pecuniaria e procedimento di commisurazione*, cit., p. 561-562; M. BONATI, sub *art. 25-septies*, in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, p. 431 ss.; D. CASTRONOVO, sub *art. 25-septies*, in AA.VV., *Compliance*, cit., edizione online; V. TORRE, sub *art. 10*, *ivi*, p. 371; A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa*, cit., p. 102 ss., la quale osserva che la sanzione fissa si traduce nella restrizione della portata dell'attenuante di cui all'art. 12, con conseguente pretermissione della finalità specialpreventiva.

<sup>1282</sup> Lo mette in evidenza V. TORRE, *loc. op. ult. cit.* Basti pensare che il minimo edittale per i delitti di criminalità organizzata è, a seconda dei casi, di 300 o 400 quote. Sempre a titolo d'esempio, volgendo lo sguardo alla fattispecie topograficamente contigua delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, il massimo edittale è di 700 quote; così come non raggiungono le 1000 quote gli illeciti dipendenti dai delitti in materia di intangibilità della sfera sessuale dei minori. Per questa critica, si v. anche L.D. CERQUA, *Articolo 12. Casi di riduzione della sanzione pecuniaria*, in M. LEVIS – A. PERINI (dir.), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 285 ss.

Invero, con questo rilievo si è confrontata la Corte d'Assise di Torino nella vicenda "Thyssenkrupp", ove la irragionevolezza del trattamento sanzionatorio è stata esclusa sull'assunto che la responsabilità

rappresentare l'apice sanzionatorio del sistema punitivo pecuniario e quindi corrispondere alle fattispecie di maggiore gravità, tra le quali non sembra annoverabile l'omicidio colposo, per quanto aggravato dalla violazione dell'art. 55, comma 2 d.lgs. n. 81 del 2008. Pertanto, la previsione in esame non appare in linea con il principio di proporzionalità per come delineatosi nella recente giurisprudenza costituzionale.

#### **4. Proporzionalità e sanzioni interdittive.**

##### **4.1. Generalità.**

Il sistema sanzionatorio del d.lgs. 231 del 2001 si presenta misto o binario<sup>1283</sup>, con sanzioni che incidono sull'attività che si aggiungono a quelle di tipo patrimoniale, onde garantire una maggiore efficacia della reazione punitiva a fronte del rischio della sua "contabilizzazione"<sup>1284</sup>. Infatti, la sanzione interdittiva è la conseguenza più invasiva e temibile per l'ente, a prescindere dalla sua durata, stante la sua attitudine incapacitante<sup>1285</sup>. Dunque, è evidente la forza generalpreventiva intrinseca alla pena per l'attività, ma essa si connota soprattutto per una funzione specialpreventiva; ciò sia in senso negativo sia in

---

dell'ente non è di natura penale e sulla irrilevanza dell'elemento soggettivo del reato presupposto. Difatti, secondo i giudici di merito, posta l'autonomia della responsabilità della persona fisica e della persona giuridica, il grado di intensità di quest'ultima dovrebbe essere maggiore quando si tratti di reati strettamente inerenti all'attività d'impresa, come quelli concernenti la sicurezza sui luoghi di lavoro (Trib. Torino, II Corte di Assise, 15 aprile 2011, *Espenhahn e altri*). In senso adesivo, C. Ass. App. Torino, 28 febbraio 2013. In realtà, se si ritiene che l'illecito dell'ente è contrassegnato da due poli di disvalore, non può trascurarsi la gravità del reato-presupposto ai fini della sintesi punitiva del giudizio di riprovazione. Inoltre, se è vero che occorre guardare al grado della responsabilità dell'ente sotto il profilo organizzativo, è altrettanto vero che quest'analisi è in ogni caso preclusa dalla fissità della quota. D'altra parte, è revocabile in dubbio che a fronte di un reato in attività la responsabilità dell'ente esprima caratteri omogenei, come dimostra la mancata replica di una sanzione così elevata rispetto ad altri reati, come quelli ambientali.

<sup>1283</sup> *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 30, § 5. Per il riconoscimento del carattere di sanzione principale delle interdizioni nei confronti delle persone giuridiche, si v. Cass., sez. IV, 14 aprile 2021, n. 14696; Cass., sez. III, 8 giugno 2016, n. 45472; Cass., sez. II, 30 ottobre 2008, n. 45130.

<sup>1284</sup> Si cfr. E. AMATI, *La responsabilità da reato*, cit., p. 107; G. DE VERO, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 178.

<sup>1285</sup> In questi termini, *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 30, § 5; V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 304.

senso positivo, considerati i numerosi istituti che ne influenzano l'applicazione se l'impresa intraprende un percorso verso la legalità<sup>1286</sup>.

Il principio di proporzione appare contrassegnare già il fondamento della previsione delle sanzioni interdittive, non solo perché le stesse sopperiscono alla potenziale insufficienza di quelle pecuniarie, ma anche sul fronte dei presupposti applicativi. Infatti, è chiaro che, in un'ottica meramente efficientista, l'interdizione denota sempre la propria efficacia nel quadro delle finalità del sistema. Nondimeno, quale tipologia punitiva di maggiore gravità per l'iniziativa economica, la sua irrogazione deve essere rispettosa del canone della *extrema ratio*, tale da rimanere circoscritta a casi in cui la gravità dell'illecito non sia fronteggiabile adeguatamente con le sole misure patrimoniali<sup>1287</sup>.

Peraltro, la finalità di prevenzione speciale intesa nell'ottica della risocializzazione dell'ente, e non della mera neutralizzazione, ne risulterebbe frustrata, se l'ente venisse reso destinatario di tali costrizioni in assenza di una reale necessità.

In questo senso, l'applicazione delle sanzioni interdittive è limitata: a) ai casi in cui l'ente abbia tratto un profitto di rilevante entità da un reato commesso da soggetti apicali ovvero da para-apicali, se in quest'ultimo caso ne abbiano quantomeno agevolato la commissione delle gravi carenze organizzative; b) alle ipotesi di reiterazione degli illeciti *ex art. 20*<sup>1288</sup>. In tutti questi casi, inoltre, l'applicazione delle sanzioni diventa obbligatoria, ma non sembra possa profilarsi, per ciò solo, un automatismo sanzionatorio in contrasto con il principio di proporzione<sup>1289</sup>. Innanzitutto, tali presupposti esprimono

---

<sup>1286</sup> *Relazione*, cit., p. 38, § 6; *Ibidem*. Si è evidenziato anche che la funzione di prevenzione generale è solo complementare rispetto a quella di prevenzione speciale, giacché la finalità di spicco è quella di prevenire la commissione di reati omogenei a quello accertato: C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 224; Id., *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, cit., p. 252; F. VIGANÒ, sub *art. 13*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 198-203; T. EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit., p. 344; F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee nel d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 2489.

<sup>1287</sup> Così la *Relazione*, cit., p. 30 § 5. Già l'art. 11, lett l) l. n. 300 del 2000 discorreva di ipotesi di «particolare gravità»: si cfr. C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 207, il quale afferma che l'art. 13 traduce i casi di particolare gravità di cui alla legge delega.

<sup>1288</sup> Secondo una parte della dottrina, i requisiti in esame evocerebbero la coincidenza tra il reato e la politica d'impresa (A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 107).

<sup>1289</sup> Si cfr. Cass., sez. II, 30 ottobre 2008, n. 45130. Si cfr. anche A.M. MAUGERI, *ult. op. cit.*, p. 109.



il superamento di una certa soglia di gravità che denota l'inadeguatezza della sola sanzione pecuniaria. In secondo luogo, il vincolo discende comunque dall'accertamento in sede processuale delle situazioni enucleate, corrispondenti a concetti valutativi ("rilevante entità", "gravi carenze", ecc.) che lasciano degli spazi di discrezionalità il cui esercizio deve essere guidato, comunque, dalle finalità della sanzione e dallo stesso principio di proporzione. In terzo luogo, detta obbligatorietà è controbilanciata dall'inapplicabilità delle interdizioni nei casi di particolare tenuità (artt. 12, comma 1 e 13, comma 3)<sup>1290</sup> e dalla sostituzione attraverso la nomina di un commissario giudiziale quando questa soluzione appaia quella più equilibrata per gli interessi in gioco (art. 15).

Da ultimo, l'ordinamento deve rinunciare alla sanzione interdittiva nei casi di condotte riparatorie. Nella costante ricerca della rieducazione dell'ente, deve rendersi possibile il riacquisto della capacità di cui la persona giuridica è stata privata, se questa si muove in linea con lo scopo di recupero sociale che deve ispirare ogni sanzione di natura penale.

Tornando ai requisiti di cui all'art. 13, comma 1, visto il ruolo che il profitto di rilevante entità assolve all'interno della disposizione<sup>1291</sup>, deve essere inteso quale congerie di vantaggi che l'ente ha tratto dal reato, siano essi immediati o non immediati, comunque connessi all'illecito<sup>1292</sup>. Difatti, l'ordinamento vuole reagire in via

---

<sup>1290</sup> Definita 'causa di esclusione per fatto lieve:' P. DI GERONIMO, *Sanzioni interdittive e commissariamento dell'ente*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 582-583.

<sup>1291</sup> Sui diversi concetti di profitto a cui si riferisce il legislatore, si v. M. PANASITI, sub *art. 13. Sanzioni interdittive*, in M. LEVIS – A. PERINI (dir.), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 398, che osserva che i concetti di «profitto del reato» e «profitto che l'ente ha ricavato dal reato» sono diversi, posto che il secondo riguarda ogni vantaggio conseguente dall'illecito e non solo le categorie vevoli *ex art. 240 c.p.*

<sup>1292</sup> Secondo la giurisprudenza, in questa sede il profitto ha un contenuto più ampio, non circoscritto all'utile netto, in quanto vi rientrano anche i vantaggi non immediati, ma comunque connessi all'illecito, quali la posizione economica privilegiata che l'ente ha acquisito dopo l'illecito. Tra le altre, si v. Cass., sez. VI, 19 ottobre 2005, n. 44992, *Piccolo*, secondo cui non è necessario l'accertamento preciso dell'entità, ma può essere dedotta dalla natura e dal volume dell'attività d'impresa; Cass., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627, *La Fiorita S.r.l.*, ove si legge che il profitto non è correlato automaticamente al valore del contratto o del fatturato, seppure questi importi possano essere un rilevante indizio per i reati *ex artt. 24-25*. Per approfondimenti sul profitto quale presupposto delle sanzioni interdittive, si v. L.D. CERQUA, *Misure cautelari interdittive nei confronti della società*, in *Dir. prat. soc.*, 2007, p. 73.

Tale nozione è stata recepita anche dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione (Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654). Secondo le SS.UU. il profitto ha un significato diverso nella 231 a seconda della

incapacitante all'acquisizione da parte dell'ente di una posizione di privilegio nel mercato a causa della commissione del reato, per cui si verrebbe a un risultato sproporzionato per difetto se si avesse riguardo alla sola misura dei vantaggi patrimoniali<sup>1293</sup>.

Il profitto, tuttavia, ancorché di rilevante entità, non è di per sé solo espressivo di una particolare gravità dell'illecito<sup>1294</sup>. Donde, sempre per assicurare la proporzionalità della pena, tale profilo deve cumularsi con il grado di coinvolgimento dell'ente nel reato, a seconda della posizione del soggetto attivo e, nel caso di para-apicali, della misura della lacuna organizzativa<sup>1295</sup>, e quindi occorre un grado di colpevolezza elevato e superiore al requisito minimo<sup>1296</sup>. Nel primo caso, l'elevata gravità della colpevolezza dell'ente è *in re ipsa*, posto che l'ascrizione a sé del reato denota una politica societaria distante da quella richiesta dall'ordinamento<sup>1297</sup>. Chiaramente, proprio la gravità delle conseguenze che discendono da tale accertamento, impone di valutare in modo rigoroso la colpa di organizzazione, senza nessuna equazione tra la responsabilità dell'apice e quella dell'ente, e di fissare una soglia ragionevole di rischio tollerato (sul punto, si v. il par. 1).

---

funzione che il suo accertamento comporta; il profitto rilevante evoca un concetto di profitto dinamico, rapportato al volume e alla natura dell'attività d'impresa, quindi anche i vantaggi non immediati e la posizione di privilegio conseguita nel mercato.

La giurisprudenza ha attribuito rilievo anche alle mere *chances* di futuri incrementi patrimoniali: Cass., sez. II, 9 febbraio 2016, n. 11209, con nota di G. VARRASO, *Un utile approfondimento della Suprema Corte in tema di misure cautelari interdittive e condotte riparatorie nel D.lgs. n. 231 del 2001. La nozione di 'profitto di rilevante entità', ai fini dell'applicazione delle sanzioni interdittive nei confronti degli enti*, in *Cass. pen.*, 9/2016, p. 3884 ss., che ha affermato che la rilevanza del profitto va valutata tenendo conto dei suddetti vantaggi: a) gli ulteriori lavori acquisiti da un'impresa a seguito di una pregressa aggiudicazione illecita; b) l'assunzione di requisiti per la partecipazione a gare pubbliche; c) l'incremento del merito dell'impresa presso gli istituti bancari e finanziari; d) l'aumento del potere contrattuale verso fornitori e subappaltatori. In dottrina si è sottolineato che l'apprezzamento anche dell'utile potenziale chiede che vi siano dei riscontri probatori che diano rilievo a situazioni che, al momento della stipula del contratto, potevano essere soltanto sperati, e che poi si sono effettivamente concretizzate (G. AMATO, *Le puntualizzazioni della Corte di cassazione sulla nozione di profitto rilevante*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 3/2016, p. 151).

<sup>1293</sup> O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, p. 63 La *ratio* di tale impostazione è connessa al principio di proporzionalità tra gravità del fatto e sanzione, che rappresenterebbe la logica di fondo al requisito del profitto di rilevante entità. Per tale ragione non si ha riguardo alla sola consistenza del vantaggio patrimoniale concretamente conseguito.

<sup>1294</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 306

<sup>1295</sup> P. DI GERONIMO, *Sanzioni interdittive e commissariamento dell'ente*, cit., p. 580. La *ratio* è quella di incrementare la risposta sanzionatoria a fronte di una maggiore gravità della carenza.

<sup>1296</sup> *Ivi*, p. 581

<sup>1297</sup> Si cfr. V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 309

In ogni caso, ciò non abilita a evitare la ricostruzione del grado della colpa dell'ente, giacché tale criterio ritorna pur sempre ai fini della selezione e commisurazione della sanzione (artt. 11 e 14)<sup>1298</sup>. In presenza di un reato commesso da para-apicali, invece, è necessario indagare ulteriormente in che termini le scelte strutturali abbiano contribuito alla integrazione del fatto di connessione<sup>1299</sup>.

In alternativa, le sanzioni interdittive possono conseguire alla reiterazione degli illeciti<sup>1300</sup>; ipotesi che, alla luce della definizione datane dall'art. 20, evoca la figura penalistica della recidiva infraquinquennale<sup>1301</sup>, ma non deve essere specifica, a differenza dell'istituto dell'art. 8-bis l. n. 689 del 1981 da cui mutua la denominazione, potendosi trattare, in base alla *littera legis*, di qualsiasi reato<sup>1302</sup>. La *ratio* della previsione risiede nella riscontrata inefficacia deterrente della sanzione pecuniaria, stante la poca distanza di tempo tra la condanna e il reato, e nella insensibilità che nel riorganizzarsi l'ente dimostra nei confronti della missione preventiva, tradottasi in una ricaduta nell'illecito<sup>1303</sup>.

---

<sup>1298</sup> F. VIGANÒ, sub art. 13, cit., p. 201 discorre di “colpa grave”.

<sup>1299</sup> E. AMATI, sub art. 13, in AA.VV., *Compliance*, cit., edizione online. Ai fini della grave carenza organizzativa non occorre la totale assenza del modello, bensì è sufficiente ravvisarne la manifesta inidoneità a perseguire gli obiettivi di prevenzione di reati della specie di quello commesso: in questi termini, M. RIVERDITI, *La responsabilità*, cit., p. 295; F. MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., p. 2617.

<sup>1300</sup> Secondo una parte della dottrina, la reiterazione rappresenta un criterio di commisurazione della risposta sanzionatoria, che permette di selezionarne il tipo e la durata: R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 173. Taluno si è espresso per la natura di circostanza aggravante, posto il mutamento qualitativo della risposta sanzionatoria (T. EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit., p. 371; D. BRUNELLI, sub art. 20, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 240). In senso contrario, si è osservato che l'effetto è tutt'altro che accidentale, attesa la funzione di presupposto per l'applicazione di una sanzione principale (S. GIAVAZZI, *Art. 20*, in A. GIARDA – E.M. MANCUSO – G. SPANGHER – G. VARRASO (a cura di), *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, cit., p. 189).

<sup>1301</sup> P. DI GERONIMO, *Sanzioni interdittive e commissariamento dell'ente*, cit., p. 581; V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 325. Per un esame dell'istituto della reiterazione, si rinvia a D. MELIOTA, *La reiterazione dell'illecito dipendente da reato nella responsabilità amministrativa degli enti*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 4/2014, p. 27.

<sup>1302</sup> M. PANASITI, sub art. 13, cit., p. 398. Secondo G. AMATO, *Un regime diversificato*, cit., p. 77, non si potrebbe discutere di recidiva ‘generica’, giacché essa non può che riguardare uno dei reati tassativamente previsti dal decreto. Un'altra differenza attiene al *dies a quo* del termine quinquennale, che nel d.lgs. n. 231 del 2001 corrisponde alla condanna, e non alla violazione; sul punto, si v. E. MEZZETTI, *Reiterazione e pluralità di illeciti*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 622 ss.

<sup>1303</sup> Detta *ratio* è esplicitata nella *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 39, § 6. Per tali rilievi, si v. A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 108; C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit. p. 207; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 132 e 173; F. MACRÌ,

L'accostamento all'istituto della recidiva conduce a chiedersi se il principio di proporzionalità non esiga una valutazione sulla medesimezza dell'indole tra i reati commessi. L'interdizione connessa alla reiterazione, infatti, si giustificerebbe in ragione della ricorrenza di un bisogno di rieducazione più intenso; come è stato rilevato, ciò dovrebbe valere, a maggior ragione, per i reati colposi, rispetto ai quali l'aggravamento per la reiterazione rappresenta un *unicum* della responsabilità delle persone giuridiche<sup>1304</sup>.

Quale clausola di chiusura del micro-sistema e in funzione di coordinamento esterno, onde garantire la compatibilità della sanzione interdittiva con il principio di proporzionalità ed evitare duplicazioni sanzionatorie, l'art. 83 d.lgs. n. 231 del 2001 elegge quella prevista internamente quale strumento prevalente su ogni altra sanzione di contenuto identico o analogo, purché abbia come destinatario l'ente<sup>1305</sup>. A ciò si aggiunge anche il computo del c.d. pre-sofferto connotato da contenuti identici o analoghi, sebbene riconducibile a una diversa qualificazione<sup>1306</sup>.

#### **4.2. Criteri di scelta e commisurazione.**

Ovviamente, la proporzionalità innerva anche il momento applicativo della pena interdittiva, sicché la costruzione e l'interpretazione dei parametri selettivi e modulatori

---

*Le sanzioni*, cit., p. 2633; si cfr. anche S. GIAVAZZI, *Art. 20*, cit., p. 189. Nel senso della gravità più elevata della carenza organizzativa, si v. M. CATENACCI, *Sanzioni per l'ente e fini della pena*, cit., p. 99. Dalla funzione del requisito della reiterazione, si è ricavato che non occorre che per l'altro illecito siano previste o siano state applicate effettivamente delle sanzioni interdittive (G. DE VERO, *La responsabilità penale*, cit., p. 237), né tantomeno la sua espiazione (S. GIAVAZZI, *op. cit.*, p. 191). Su questo aspetto, inquadrato nel sistema della responsabilità dell'ente, si è espresso criticamente D. BRUNELLI, sub *art. 20*, cit., p. 239.

<sup>1304</sup> Si esprime in questi termini, A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 108-109.

<sup>1305</sup> In questi termini, alla luce della *littera legis*, C. SANTORIELLO, *Art. 83. Concorso di sanzioni*, in M. LEVIS – A. PERINI, *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza, a vent'anni dalla sua promulgazione*, Bologna, 2021, p. 1704, che respinge la tesi che vorrebbe estendere tale disposizione anche alle interdizioni che colpiscono la persona fisica e che rischiano di risolversi in una inibizione per lo svolgimento dell'attività dell'impresa.

<sup>1306</sup> Una parte della dottrina ha osservato che, a causa della genericità dei presupposti, la disposizione non riesce a rendere compatibile il sistema con il principio di proporzionalità e il *ne bis in idem*: Ivi, 117.e

devono avvenire in coerenza con detto fondamentale principio. In particolare, devono osservarsi i seguenti criteri: a) idoneità preventiva<sup>1307</sup>; b) necessità, secondo la logica dell'*extrema ratio*<sup>1308</sup> e della frazionabilità della sanzione<sup>1309</sup>; c) proporzionalità rispetto al fatto e alle condotte successive valorizzabili<sup>1310</sup>.

L'idoneità afferisce alla capacità della sanzione, in termini di tipologia e di durata, a impedire un rischio specifico, cioè la commissione di illeciti dello stesso tipo di quello commesso (art. 14, comma 1)<sup>1311</sup>.

La necessità implica che l'adozione di quella specifica sanzione sia frutto della constatazione della inesistenza di alternative meno lesive ugualmente valide a tale scopo, anche se cumulate fra loro, sicché la stessa appare una soluzione infungibile<sup>1312</sup>. Perché la limitazione dell'attività risulti equilibrata, poi, essa non deve colpirla interamente, ma deve essere frazionata, cioè ristretta ai settori coinvolti dalla commissione del reato (art. 14, comma 1)<sup>1313</sup>. A tale scopo, attività e strutture destinatarie della inibizione vanno indicati obbligatoriamente nella sentenza di condanna (art. 69, comma 2).

---

<sup>1307</sup> Di recente, si è riferita a questo criterio, prendendolo in considerazione in via generale, Cass., sez. VI, 14 aprile 2021, n. 14696.

<sup>1308</sup> A. BERNASCONI, *L'apparato sanzionatorio*, cit. p. 209 ss.; F. VIGANÒ, sub art. 13, cit., p. 204

<sup>1309</sup> C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 204; F. VIGANÒ, *op. loc. ult. cit.*

<sup>1310</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 311-312; criteri riconducibili alla finalità di prevenzione speciale, secondo A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 109.

<sup>1311</sup> G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 241; F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee*, cit., p. 2489 e 2515; P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente*, cit., p. 1114; V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 312, i quali ricollegano tale requisito alla prevenzione speciale negativa (p. 296); F. VIGANÒ, sub art. 14, cit., p. 203, T. EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit., p. 344; di disinnescio del rischio discorre M. CATENACCI, *Sanzioni per l'ente e fini della pena*, cit., p. 99.

<sup>1312</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 312-313; F. VIGANÒ, *op. loc. ult. cit.* Anche questo criterio inerisce alla finalità di prevenzione di reati dello stesso tipo di quello commesso: A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Logica, criticità e riforme del sistema punitivo per l'illecito dell'ente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 522; F. MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., p. 2626, il quale ultimo evidenzia che la legge estende i poteri discrezionali del giudice perché sia garantita una sanzione il più possibile conforme all'economicità, proporzionalità e alle preminenti finalità specialpreventive.

<sup>1313</sup> Ne discende che se la condanna dispone il divieto di contrarre, questo avrà ad oggetto i contratti o alle P.A. rispetto alle quali emerga tale rischio; così come la sospensione ovvero la revoca di provvedimenti amministrativi lato sensu autorizzatori avrà riguardo soltanto a quelli funzionali allo svolgimento dell'attività (V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 313-314). Per il riferimento all'accentuata frazionabilità del divieto di contrarre, si v. A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 112; E. AMATI, *La responsabilità da reato*, cit., p. 107 ss.; per la

Infine, la sanzione deve essere proporzionata bilateralmente sia alla gravità dell'illecito sia alle finalità di prevenzione speciale<sup>1314</sup>, alla luce dei criteri di cui all'art. 11, richiamati espressamente dall'art. 14, comma 1<sup>1315</sup>. In merito, valgono le considerazioni sopra espresse con riguardo a tali criteri, con l'unica differenza che in questo caso non serviranno a stabilire il numero delle quote, bensì la tipologia e l'estensione della sanzione interdittiva.

#### ***4.2.1. In particolare, la rilevanza della capacità economico-dimensionale dell'ente.***

L'art. 14, comma 1 rinvia integralmente ai criteri di cui all'art. 11, il quale, però, delinea un procedimento commisurativo bifasico, poiché improntato alla individuazione della giusta afflizione pecuniaria. Il comma 2, infatti, prevede che il calcolo dell'importo di ciascuna quota debba essere parametrato alle «condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione». Al contrario, l'art. 14, comma 1, data la diversità della misura, presuppone il modello tradizionale di determinazione, di tipo monofasico, in cui la portata della sanzione viene individuata in via complessiva.

La formulazione anodina della disposizione ha fatto sorgere il quesito circa l'applicabilità dell'art. 11, comma 2, e quindi in ordine alla rilevanza della situazione

---

selettività della revoca o l'esclusione, pur nel silenzio della legge, F. VIGANÒ, sub *art. 14*, cit., p. 204 ss.; A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 112-113. Dunque, la sanzione non può essere applicata mai in via generalizzata e indiscriminata: si v. Cass., sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 20560.

<sup>1314</sup> Mette in relazione di presupposizione la proporzione in senso retrospettivo e la finalità di rieducazione, A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 113.

<sup>1315</sup> Secondo M. CATENACCI, *Sanzioni per l'ente e fini della pena*, cit., p. 98, mentre nella commisurazione della pena pecuniaria emerge la finalità retributiva, temperata dalla prevenzione speciale, nelle sanzioni interdittive spicca quest'ultima, controbilanciata, poi, dalla necessità di garantire la proporzione con il fatto.

patrimoniale dell'ente ai fini della qualità e della quantità di una conseguenza a contenuto non economico.

Proprio per la diversità delle sanzioni e per la funzionalità del secondo criterio alla sanzione pecuniaria per quote, molte voci in dottrina propendono per l'interpretazione restrittiva dell'art. 14, comma 1: la legge, pur rinviando *in toto* all'art. 11, *plus dixit quam voluit*. Lo scopo dichiarato della seconda fase, infatti, è quello di garantire l'efficacia della sanzione; rispetto a quella interdittiva, i connotati patrimoniali dell'ente apparirebbero distonici. A riprova di tale argomentare, si richiama il confronto tra gli artt. 133 e 133-*bis* c.p., posto che l'art. 11 ne replicherebbe i contenuti, da cui si trae che la legge penale aggiunge il riferimento alle condizioni economiche del reo solo per la pena pecuniaria<sup>1316</sup>.

In senso contrario, si può osservare come il pieno rispetto del principio di proporzionalità della pena richiede una valutazione a tutto tondo dell'afflizione che ricadrà sull'ente, attenta anche alle diversità strutturali di ciascuna persona giuridica. Se è fuori discussione che la sanzione interdittiva non possa annoverarsi tra le misure patrimoniali in senso stretto, non può trascurarsi il ruolo funzionale che il patrimonio assume all'interno dell'ente: questo è lo strumento attraverso il quale viene svolta l'attività economica e viene decisa la propria sopravvivenza nel mercato.

Si è già evidenziato come le pene per l'ente collettivo debbano essere esaminate con una lente diversa da quella usualmente adottata dal penalista per la pena detentiva e le persone fisiche. Occorre considerare che l'ente consta essenzialmente dell'attività svolta e del proprio patrimonio. Questo esprime la capacità di sopportazione della sanzione, nonché l'attitudine al recupero della legalità da parte dell'ente, di guisa che il grado dell'afflizione e la sua efficacia dovranno essere apprezzate in base alle dimensioni economico-patrimoniali dell'ente<sup>1317</sup>.

---

<sup>1316</sup> In questi termini: V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 315; F. VIGANÒ, sub *art. 14*, cit., p. 205 ss.; S. GENNAI - A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 105

<sup>1317</sup> A. BASSI – T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 345 ss., che attribuiscono a tutti i criteri *ex art. 11* il ruolo di «parametro generalizzato di proporzionalità della sanzione interdittiva», raggruppandoli in criteri riferiti al fatto illecito, al rapporto tra fatto illecito ed ente e all'ente in sé e per sé

### ***4.3. Interdizione e commissariamento giudiziale.***

Da taluni ritenuto una sanzione sostitutiva delle sanzioni interdittive temporanee<sup>1318</sup>, il commissariamento *ex art. 15* rappresenta un ragionevole punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze di repressione e stimolo verso una sana gestione imprenditoriale e di continuità dell'attività economica. Quest'ultima istanza, a sua volta, viene valorizzata in quanto qualificata dalla tutela di interessi generali su cui potrebbero ricadere i pregiudizi connessi all'interdizione, quali quelli della collettività che fruisce del servizio e dei lavoratori dell'impresa<sup>1319</sup>.

Il bilanciamento fra i vari interessi conduce a rinunciare alla specialprevenzione in senso negativo, con l'unica incapacità confinata all'appropriazione dei profitti (art. 15, comma 4), alla quale fa riscontro il risalto della specialprevenzione in senso positivo, qui rappresentata dal recupero dell'impresa<sup>1320</sup>. L'accento posto su quest'ultimo aspetto è tale che il commissariamento si traduce in una riorganizzazione vincolata, mentre, di regola, la rieducazione non può essere imposta nei confronti del condannato<sup>1321</sup>. La deroga all'impostazione generale si spiega alla luce dell'importanza dei valori che l'ordinamento vuole preservare, che non possono essere messi nella esclusiva disponibilità dell'ente.

---

considerato. Per tale orientamento, si v. anche FE. MAZZACUVA, sub *art. 14*, in A. LANZI – G. INSOLERA, *Codice penale d'impresa*, Roma 2015, 767 ss.; M. PANASITI, *Articolo 14. Criteri di scelta delle sanzioni interdittive*, in M. LEVIS – A. PERINI (dir.), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 320.

<sup>1318</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 321; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 242; F. VIGANÒ, sub *art. 15*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 207

<sup>1319</sup> Per l'accostamento con omologhi istituti dell'ordinamento francese e statunitense, nonché per il confronto con l'amministrazione e il controllo giudiziario di cui al d.lgs. n. 159 del 2011, si rinvia a A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 128. Per una ricostruzione 'a tutto tondo' dei rapporti fra i vari istituti, si v. Id., *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2022, p. 106 ss.

<sup>1320</sup> In questi termini, V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 321; si v. anche E. BATTAGLIA, *Le sanzioni*, cit., p. 351, il quale osserva che la funzione assolta dal commissariamento è triplice: risanare l'ente, evitare l'interruzione dell'attività e, contestualmente, determinare un risultato afflittivo attraverso la confisca del profitto.

<sup>1321</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *op. loc. ult. cit.*; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 244, il quale, per tale ragione, rileva l'elevata intensità della funzione specialpreventiva.



Resta fermo, in ogni caso, che se l'ente non è suscettibile di essere rieducato, nessuno spazio potrà residuare per la reversione organizzativa di tipo commissariale: per questo la sanzione può sostituire solo l'interdizione temporanea, e non anche quella definitiva<sup>1322</sup>. Inoltre, nonostante la limitazione letterale alle sanzioni che determinano l'interdizione dell'attività, l'importanza degli interessi in gioco spinge la giurisprudenza e la dottrina a estenderne l'applicazione alle interdizioni di diverso contenuto<sup>1323</sup>.

Trattandosi di sanzione, poi, la sua applicazione deve avvenire in conformità al principio di proporzionalità in concreto. Dunque, nel determinare il commissariamento, il giudice dovrà tenere conto dei criteri di cui all'art. 14, sicché l'invasione degli spazi gestionali dovrà avvenire con riguardo solo a quelli che siano risultati coinvolti nell'illecito<sup>1324</sup>. Ciò è imposto dal canone della frazionabilità della sanzione interdittiva, di guisa che nel provvedimento dovrà delinarsi il confine specifico tra i poteri del commissario e quelli dell'amministrazione dell'ente<sup>1325</sup>.

Un altro aspetto afferisce alla durata del commissariamento, rispetto alla quale il legislatore dispone la corrispondenza con quella della pena interdittiva che sarebbe stata applicata (art. 15, comma 1). Ci si può chiedere, però, se detto termine individuato *per relationem* possa limitare le possibilità del commissario di assolvere i compiti per cui è stato nominato, con pretermissione della prevenzione speciale positiva<sup>1326</sup>. Benché tale

---

<sup>1322</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>1323</sup> In dottrina si chiede di estendere in via interpretativa l'ambito applicativo del commissariamento a tutte le altre sanzioni interdittive, affinché sia favorita la rieducazione: F. VIGANÒ, *sub art. 15*, cit., p. 208; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Logica, criticità e riforme del sistema punitivo per l'illecito dell'ente da reato*, cit., p. 522 ss.; C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 210; P. DI GERONIMO, *Sanzioni interdittive e commissariamento dell'ente*, cit., p. 590. D'altro canto, si è osservato che in questo senso deponeva già la il § 6 della *Relazione governativa*, cit.: così, G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 508. La giurisprudenza ha colto questa istanza, per il momento pronunciandosi in senso favorevole all'estensione del commissariamento alla revoca e alla sospensione dei provvedimenti favorevoli: Trib. di Salerno, GIP, 28 marzo 2003, *Ivam*; Trib. di Roma, GIP, 4 aprile 2003, *Finspa*, in *Foro it.*, 2004.

<sup>1324</sup> Si cfr. Cass., sez. VI, 22 novembre 2011, n. 43108, *Enna Uno S.p.A.*

<sup>1325</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 323

<sup>1326</sup> Ciò, specialmente, se si tiene conto del minimo edittale: si v. A. CHIARI, *sub art. 15*, in A. CADOPPI – A. GARUTI – P. VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 218; G. MINICUCCI, *La sanzione sostitutiva del commissario giudiziale*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, II, cit., p. 2664.

preoccupazione sia fondata, se si opinasse diversamente si prolungherebbe la durata della sanzione in maniera surrettizia, con violazione del principio di proporzionalità<sup>1327</sup>. D'altra parte, dei limiti massimi per misure omologhe sono previsti anche in altri ordinamenti<sup>1328</sup>. Si consideri, inoltre, come il potenziale di reversibilità della situazione patologica in cui versa l'ente è un profilo che il giudice tiene già in considerazione nella quantificazione della durata della pena interdittiva.

#### ***4.4. Le singole sanzioni interdittive.***

Onde garantire la migliore individualizzazione possibile del trattamento punitivo, l'art. 9 ha elaborato un ampio catalogo di pene per l'attività dell'ente, non limitandosi alla previsione della sua inibizione *tout court* considerata<sup>1329</sup>.

L'interdizione dall'esercizio di un'attività è, tra le sanzioni interdittive, quella da cui traspare l'afflittività più intensa e, pertanto, resta irrogabile solo in via strettamente sussidiaria rispetto alle altre, all'esito di una valutazione – e quindi sulla scorta di una motivazione – rigorosa. Va rammentato, comunque, come l'interdizione si presti al principio di frazionabilità, poiché quando possibile, va consentita la possibilità che punizione e continuità d'impresa si muovano parallelamente.

---

<sup>1327</sup> E. AMATI, sub art. 15, in AA.VV., *Compliance*, cit., edizione online; F. VIGANÒ, sub art. 15, cit., p. 211

<sup>1328</sup> Si v. l'art. 131-39 c.p. francese, che prevede la durata massima di cinque anni per “*le placement sous surveillance judiciaire*”. Analogamente, l'art. 33, comma 7 c.p. spagnolo.

<sup>1329</sup> Catalogo da cui manca, nel confronto con la legge delega e con altri ordinamenti, la chiusura dello stabilimento: V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 305. La ragione della mancata introduzione di tale sanzione è esplicitata all'interno della Relazione al d.lgs. 8 giugno 2011, n. 21, cit., p. 38, § 6, nella quale la sufficienza delle altre sanzioni è argomentata alla luce della idoneità della chiusura a fronteggiare una serie di reati non introdotti originariamente all'interno del decreto. In senso conforme, C. PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, cit., p. 1358 ss. Tuttavia, ci si deve domandare se il quadro normativo non debba condurre a rivedere questa scelta: V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *op. loc. ult. cit.*; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 235 ss.; A. MENEGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008, p. 150 nt. 35.

Dall'interdizione consegue automaticamente la sospensione ovvero la revoca dei titoli abilitativi rilasciati in favore dell'ente. L'automatismo, che si spiega per la connessione intercorrente tra tali provvedimenti e l'attività, opera solo nell'*an* e non anche nel *quid*, proprio per assicurare il rispetto del principio di proporzionalità: sarà il giudice a stabilire, in base ai criteri di cui all'art. 11, se sia sufficiente la sospensione o se si renda necessaria la revoca.

Questa distinzione non è stata riproposta per la esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e la revoca di quanto già ottenuto, al punto da creare discussioni interpretative, specialmente sul fronte delle misure cautelari, posta la definitività che connota la revoca<sup>1330</sup>.

Il divieto di contrarre è uno strumento sanzionatorio frutto della ricerca di un compromesso tra l'intento di prevenire offese analoghe a quelle già verificatesi e l'interesse dell'ente a mantenersi operativo sul mercato. Attraverso questa misura possono soddisfarsi le esigenze di specialprevenzione negativa, senza inibire lo svolgimento dell'attività, in misura totale o anche parziale. Senonché, è chiaro che, a seconda delle fonti di reddito d'impresa, in taluni casi può risolversi in una soluzione definitiva: spesso le imprese italiane traggono utilità principalmente dalla partecipazione a commesse pubbliche; in questi casi, il divieto si tradurrebbe in una sorta di interdizione dall'esercizio dell'attività. Per questa ragione, l'applicazione del divieto di contrarre richiede una valutazione ponderata, in ordine alla necessità di determinare l'estromissione dell'ente da rapporti che ne rappresentano una condizione di esistenza, tenendosi conto del tipo e delle caratteristiche dell'illecito commesso. In questo quadro, proprio perché possono discendere delle conseguenze perniciose per l'occupazione, se non addirittura per la collettività che gode del servizio, la soluzione più equa dovrebbe essere quella del commissariamento giudiziale<sup>1331</sup>.

---

<sup>1330</sup> Nel senso della sola possibilità di disporre la sospensione in sede cautelare, si v. A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 114.

<sup>1331</sup> Trib. di Roma, GIP, 4 aprile 2003, *Finspa*, in *Foro It.*, 2004: «Non può applicarsi la misura cautelare interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, ma deve nominarsi un

A questo proposito, si consideri altresì che la sanzione non è stata circoscritta ai soli delitti commessi in danno della P.A. o comunque nel contesto di rapporti con la medesima, ma è astrattamente applicabile in via generalizzata. Alla luce di quanto esposto, la sua irrogazione deve avvenire in maniera razionale, cioè in presenza di una giustificazione rispondente al bisogno di interrompere o precludere la relazione contrattuale con un soggetto che, in virtù del reato che gli è ascrivibile, sia risultato un partner inaffidabile<sup>1332</sup>. Per garantire un adeguato bilanciamento con gli interessi dell'ente e dei soggetti che agiscono al suo interno, inoltre, viene prevista una clausola di salvezza delle prestazioni di pubblico servizio.

Il divieto di pubblicizzazione di beni e servizi è, tra quelle elencate dal legislatore, la sanzione meno gravosa, dalla quale deve prendere le mosse la valutazione in termini idoneità da parte del giudice nella ricerca della soluzione meno afflittiva, anche in applicazione congiunta ad altre misure meno gravi della interdizione piena (si cfr. art. 14, comma 3).

Infine, sempre attraverso la lente del principio di proporzione, possono esprimersi apprezzamenti per l'autonoma rilevanza della pubblicazione della sentenza di condanna<sup>1333</sup>. Tale sanzione è di tipo reputazionale<sup>1334</sup>, in quanto incide negativamente sulla credibilità della persona giuridica, minando alle relazioni con i propri partner commerciali e con il pubblico dei consumatori<sup>1335</sup>. Il discredito che colpisce l'impresa,

---

*commissario giudiziale ai sensi degli art. 15 e 45 D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231, nei confronti di un ente che lavori prevalentemente nel settore degli appalti pubblici, poiché l'interruzione dell'attività avrebbe ripercussioni negative sull'occupazione».*

<sup>1332</sup> D'altra parte, è questa la *ratio* connessa alle ipotesi, di rilievo amministrativo, di esclusione dell'impresa da una procedura ad evidenza pubblica ovvero di "risoluzione" del contratto pubblico.

<sup>1333</sup> Per la natura principale della sanzione: R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 166. Per la natura accessoria della sanzione: S. GIAVAZZI, *Art. 18*, in A. GIARDA – E.M. MANCUSO – G. SPANGHER – G. VARRASO (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, cit., p. 170; T. EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit., p. 278 e 351. In senso contrario alla idea del mero corollario, si v. G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 248.

<sup>1334</sup> A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa*, cit., p. 137. Per l'accostamento di questa misura all'*Adverse Publicity* statunitense e alla *Communication de la décision* francese, si v. C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 243.

<sup>1335</sup> Di vera e propria pubblicità negativa discorre G. FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche*, cit., p. 1400.

specialmente se ragguagliato alla grande rilevanza dei fenomeni comunicativi nell'epoca moderna, rafforza notevolmente l'efficacia preventiva delle sanzioni interdittive, sia sul piano generale sia su quello speciale<sup>1336</sup>, nonché in quanto riduce la capacità dell'ente di ritornare a delinquere poiché, compromettendo l'immagine e la reputazione dell'ente sul mercato, mette in allerta le potenziali controparti e, quindi, riduce il rischio che sia coinvolto nella commissione di ulteriori reati; allo stesso tempo sollecita l'ente a riorganizzarsi e a mutare il proprio *modus operandi*, per riacquistare la reputazione e la credibilità perduta<sup>1337</sup>. Ebbene, tornando al principio di proporzione, a differenza della omologa pena accessoria prevista per le persone fisiche (art. 36), pur essendo collegata all'irrogazione delle sanzioni interdittive, non ne consegue automaticamente, ma richiede una valutazione caso per caso da parte del giudice. Dall'altro lato, però, la disposizione è silente sui presupposti concreti di tale giudizio, di fatto così generando il pericolo che la discrezionalità del giudice trasmodi in arbitrio. Anche in questo caso si ritiene che la decisione debba essere ispirata al principio di proporzionalità della pena: la sanzione stigmatizzante, proprio per il peso delle ricadute sull'immagine dell'impresa, deve essere ristretta ai casi di particolare gravità, tenuto conto dei criteri di cui agli artt. 13 e 14<sup>1338</sup>.

---

<sup>1336</sup> *Ibidem*. A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 137, rinviene una finalità specialpreventiva, nella misura in cui ci si sottrae all'interdittiva rieducandosi.

<sup>1337</sup> *Ivi*, p. 138; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit. p. 166.

<sup>1338</sup> Le uniche due pronunce di merito in tema di pubblicazione della sentenza sono di segno opposto. In una prima vicenda, si è ritenuto di non disporre la sanzione, onde scongiurare il discredito per l'ente, che aveva prediletto l'accesso a un rito alternativo proprio per evitare un esito siffatto: Trib. Milano, GUP, 25 luglio 2006, in *Corr. merito*, 2006, p. 1440. In un'altra vicenda, invece, la sanzione è stata disposta poiché ritenuta idonea a indurre l'ente a prevenire la commissione di reati dello stesso tipo e, al contempo, utile per la persona offesa dal reato: Trib. di Milano, 20 marzo 2007, *My Chef*, in *Giur. comm.*, 3/2009, II, 495. Secondo A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 138, ai fini della sua applicazione, occorre svolgere una valutazione circa la sua utilità rieducativa. Secondo l'A., entrambe le sentenze sembrano essersi poste su questo solco.

#### ***4.5. Proporzionalità e sanzioni interdittive definitive.***

L'interdizione dall'esercizio dell'attività, il divieto di contrarre e il divieto di pubblicizzare beni e servizi possono essere applicati in via definitiva in presenza dei presupposti di cui all'art. 16. Nel primo caso, occorre che l'ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità e che sia integrata una 'reiterazione qualificata', consistente nell'intervento di tale condanna per almeno tre volte negli ultimi sette anni<sup>1339</sup>. Nel secondo, invece, è sufficiente quest'ultimo presupposto.

Ciò che accomuna queste ipotesi di interdizione definitiva è la discrezionalità della decisione, posto che il giudice non è vincolato, ma può disporre l'applicazione. Sebbene si sia sollevata in dottrina qualche voce critica verso la rimessione alla discrezionalità giudiziale di una conseguenza così grave per l'impresa<sup>1340</sup>, questa si spiega in base alle finalità ricavabili dalla previsione di una misura siffatta: neutralizzare l'ente quando non residua alcuna possibilità di recupero sociale. Pertanto, il giudice deve svolgere una prognosi rigorosa, esposta in una motivazione stringente, circa l'esistenza di margini per un'adeguata riorganizzazione dell'impresa; soltanto allorquando questa ha un esito negativo la sanzione può assumere portata definitiva<sup>1341</sup>. È questo aspetto che rende compatibile la pena più severa con il principio di proporzione, giacché la fissità della conseguenza si spiega in virtù della gravità della permanenza delle condizioni di disorganizzazione sfociate in ulteriori reati e della impossibilità di realizzazione della dimensione positiva della prevenzione speciale.

---

<sup>1339</sup> Per l'accostamento alla recidiva reiterata: V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 316; P. DI GERONIMO, *Sanzioni interdittive e commissariamento dell'ente*, cit., p. 588, il quale, rispetto a tale requisito, la ritiene di applicazione improbabile. Peraltro, discorre di "delinquente corporativo abituale" ancora V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni applicabili all'ente collettivo tra prevenzione e riparazione*, cit. p. 590.

<sup>1340</sup> A. MENEGHINI, *Le sanzioni a contenuto interdittivo*, cit., p. 163

<sup>1341</sup> E. AMATI, sub *art. 16*, in AA.VV., *Compliance*, cit., edizione online; V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 316; C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 238. Il giudice può valutare a tal fine anche le eventuali condotte riparatorie *ex art. 17*. Per la connessione tra l'interdizione definitiva discrezionale e la valutazione orientata alla risocializzazione dell'ente, si v. A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 115.

Analogamente può dirsi per la interdizione definitiva obbligatoria dell'ente intrinsecamente criminale<sup>1342</sup>, legata a un utilizzo dell'impresa abusivo e costituzionalmente incompatibile, rispetto al quale non è possibile effettuare alcun giudizio di risocializzazione<sup>1343</sup>.

#### **4.6. Criticità della 'parte speciale'**

##### **4.6.1. Le cornici edittali. L'incidenza della l. n. 3 del 2019 sul sistema sanzionatorio del d.lgs. n. 231 del 2001.**

Onde fissare un confine equilibrato tra le sanzioni interdittive temporanee e quelle definitive, il legislatore ha individuato la durata massima delle prime in due anni (art. 13, comma 2). È inevitabile, infatti, che, ai fini delle scelte punitive, lo sguardo dell'ordinamento sia rivolto alle logiche di mercato: in un contesto intrinsecamente dinamico, quanto a lungo può sopravvivere un'impresa 'statica', che subisce il "congelamento" di una parte o dell'intera attività? Quest'ultimo esito appare del tutto

---

<sup>1342</sup> Per tale espressione, si v. V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 297; F. MUCCIARELLI, *Sanzioni e attività d'impresa: qualche nota*, in AA.VV., *La pena, ancora*, cit., p. 1149 ss. A titolo di esempio, sono stati indicati lo stabilimento privo delle necessarie misure per prevenire infortuni o inquinamento, l'impresa destinata al riciclaggio, le società cartiere (si cfr. Trib. di Torino, 28 gennaio 2004, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 187 ss.), le imprese che commercializzano prodotti con segni falsi, ecc. Per tale esemplificazione, si v. A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 115; S. GENNAI – A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 119. Nel senso della funzione di norma di chiusura del sistema, posto che l'impresa criminale è estranea al regime "231", si v. P. DI GERONIMO, *Sanzioni interdittive e commissariamento dell'ente*, cit., p. 589.

<sup>1343</sup> Al punto che non è ammessa la riparazione ex art. 17. Si v. V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 317-318. In particolare, occorre la strumentalizzazione degli scopi d'impresa a quello illecito: in questi termini, A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 116; T. EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit., p. 341.

indesiderato, non soltanto ai fini del buon funzionamento del mercato, bensì anche dal punto di vista occupazionale<sup>1344</sup>.

Sensibile a tali interessi, per quanto grave sia l'illecito, la sanzione non può superare dei limiti ragionevoli, altrimenti dandosi luogo a delle misure solo fittiziamente temporanee e realisticamente definitive, adottate in assenza, oltretutto, dei presupposti *ex art. 16*<sup>1345</sup>.

Senza considerare che se la sanzione colpisce dei rapporti amministrativi, l'effetto collaterale è quello di restringere la concorrenza in quel determinato settore. Con la conseguenza che l'esigenza di circoscrivere in un tempo ragionevole l'applicazione delle sanzioni interdittive tocca in maniera più immediata un interesse proprio dell'economia pubblica<sup>1346</sup>.

L'assetto originario del sistema ha subito una modifica con la l. n. 3 del 2019, conosciuta come legge "spazzacorrotti", con la quale sono stati innalzati gli archi edittali per i reati di cui all'art. 25. Segnatamente, per i delitti dei commi 2 e 3 la durata delle sanzioni va da due a sette anni per i reati commessi dai soggetti apicali e da due a quattro anni per quelli commessi dai para-apicali; una distinzione, peraltro, inedita, in un sistema in cui gli estremi sanzionatori vengono parametrati alla tipologia del reato-presupposto<sup>1347</sup>.

L'opzione draconiana del legislatore di riforma, evidentemente, altera le relazioni di proporzionalità punitiva interne al sistema della responsabilità degli enti<sup>1348</sup>.

---

<sup>1344</sup> V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, p. 306, che evidenzia che lo stesso risultato di esclusione dai rapporti con la P.A. può derivare dalla condanna definitiva di suoi amministratori o rappresentati per determinati delitti, alla luce dell'art. 80 d.lgs. n. 50/2016.

<sup>1345</sup> Limitando lo sguardo ai sistemi più vicini al nostro, si è visto come l'ordinamento francese e quello spagnolo prevedano una durata massima di cinque anni.

<sup>1346</sup> I rischi anticompetitivi sono messi in luce da A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 121.

<sup>1347</sup> A. GULLO, *I reati contro la Pubblica Amministrazione e a tutela dell'attività giudiziaria*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, I, cit. p. 433

<sup>1348</sup> Sia pure temperata da condotte collaborative e durata massima dell'interdizione cautelare: E. AMATI, sub *art. 13*, cit.; della quale interdizione cautelare, infatti, sono anche mutati i termini massimi: C. SANTORIELLO, *Anche nei confronti degli enti collettivi il decreto anticorruzione mostra inutili ed incoerenti "furori sanzionatori"*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2019, p. 758.



Innanzitutto, determina quella trasformazione delle sanzioni temporanee in definitive che l'omologo originario intendeva evitare. Difatti, la protrazione dell'incapacità per un lasso di tempo superiore ai due anni e, soprattutto, in grado di raggiungere il doppio del tempo in questione equivale a una dissoluzione mascherata dell'ente<sup>1349</sup>. In sostanza, la sanzione definitiva viene irrogata in assenza di una prognosi sulla recuperabilità dell'impresa<sup>1350</sup>. Inoltre, il discostamento dal cardine sanzionatorio generale implica per tali reati una pena ancor più gravosa rispetto al massimo irrogabile in presenza di reati di maggiore gravità, quali quelli in materia di criminalità organizzata o terrorismo<sup>1351</sup>.

La l. n. 3 del 2019, invece, non è intervenuta sulla questione attinente all'applicabilità delle sanzioni interdittive allorché i delitti contro la P.A. siano stati commessi dai soggetti indicati negli artt. 320 e 322-*bis* c.p. Il dubbio interpretativo si pone in quanto il mancato richiamo da parte dell'art. 25, comma 5 sembra destinare a tale ipotesi la sola sanzione pecuniaria. Benché in giurisprudenza sembri prevalere la soluzione opposta con riguardo alle corruzioni dell'incaricato di pubblico servizio, la scelta legislativa appare non essere casuale, bensì espressione di una diversa valutazione del disvalore astratto dei fatti di reato alla luce della qualifica rivestita<sup>1352</sup>. Lo stesso art. 320, comma 2, d'altro canto, prevede una diminuzione di pena in ragione della diversità del soggetto attivo. Dunque, la disposizione, che comunque deve essere oggetto di stretta interpretazione, potrebbe spiegarsi in virtù della minore pericolosità di inquinamento dell'attività pubblica da parte dell'ente quando a essere coinvolto sia un soggetto che non esercita pubbliche funzioni.

---

<sup>1349</sup> C. PIERGALLINI, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2019, p. 746

<sup>1350</sup> A questo appiattimento verso l'interdizione definitiva sia aggiunge un'estromissione dai rapporti amministrativi per un lasso di tempo molto ampio: P. DI GERONIMO, *Sanzioni interdittive e commissariamento dell'ente*, cit., p. 583 nt. 28. Si v. anche C. PIERGALLINI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>1351</sup> Si v. V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 310 ss.; A. GULLO, *I reati contro la Pubblica Amministrazione e a tutela dell'attività giudiziaria*, cit., p. 433 ss.; C. SANTORIELLO, *Decreto "spazza-corrotti" e responsabilità da reato delle società: ovvero come tornare indietro di vent'anni nella prevenzione del reato nelle aziende*, in *Arch. pen.*, 1/2019, p. 77 ss.

<sup>1352</sup> A. GULLO, *I reati contro la Pubblica Amministrazione e a tutela dell'attività giudiziaria*, cit., p. 437

Quando alla corruzione internazionale, la ragione della mancata estensione delle sanzioni interdittive non è sproporzionata per difetto, ma risiede in interessi correlati alla salvaguardia degli equilibri delle relazioni internazionali nonché nella difficoltà di darne applicazione in presenza di una P.A. straniera<sup>1353</sup>.

#### ***4.6.2. I reati societari e gli abusi di mercato: fondamento delle sanzioni interdittive e incoerenza delle scelte punitive.***

Si è appena accennato di come la mancata comminatoria di pene interdittive possa porre dei dubbi sul piano della coerenza delle scelte legislative con una logica di adeguatezza della risposta sanzionatoria. Si è visto altresì come la predisposizione delle sanzioni interdittive sia strumentale a garantire l'effettività della punizione, a fronte del rischio che la misura patrimoniale venga preventivata dall'ente quale costo del rischio-reato da accettare. Le interdizioni, quindi, rappresentano il cardine attorno al quale ruota la realizzazione delle finalità di prevenzione generale e speciale che spiccano all'interno del sistema "231".

Ciò non significa che queste debbano essere contemplate per ogni reato. Il legislatore ha deciso di dare centralità alla pena pecuniaria, mentre quella interdittiva non è stata generalizzata, ma sottoposta al principio di tassatività (art. 13, comma 1). È vero che l'affiancamento della sanzione interdittiva è frutto di scelte di politica criminale difficilmente classificabili e intelligibili con precisione, come spesso accade, d'altra parte, nell'esperienza penalistica. Tuttavia, è possibile rinvenire una chiave di lettura generale che riconduca razionalmente tale opzione sia alla gravità del reato sia alla inerenza del reato alla gestione e all'attività d'impresa. In effetti, se lo scopo è quello di prevenire l'ulteriore commissione di reati della stessa specie di quello commesso, l'intervento

---

<sup>1353</sup> *Ivi*, p. 436

normativo che declina il ricorso alle sanzioni interdittive potrebbe essere espressione dell'occasionalità del fatto di connessione nel contesto collettivo e della improbabilità di una reiterazione (per es., si cfr. l'art. 25-*decies*).

In questo senso, però, desta perplessità la mancata previsione delle sanzioni interdittive per i reati societari (fatta eccezione per la corruzione tra privati e per la istigazione alla corruzione tra privati) e per gli abusi di mercato, non soltanto per la loro gravità, ma per la stretta correlazione che questi hanno con la politica imprenditoriale<sup>1354</sup>. Una soluzione che si combina, peraltro, con la inoperatività della sanzione reputazionale, atteso che la pubblicazione della sentenza di condanna può essere disposta solamente se questa dispone l'applicazione di sanzioni interdittive<sup>1355</sup>.

Il quadro così ricostruito, pertanto, pur in presenza di sanzioni pecuniarie talora elevate, genera il rischio di un sistema inefficace, specie sul fronte della prevenzione speciale<sup>1356</sup>; oltre che viziare la coerenza, se si considera che questa tipologia di misura è stata prevista finanche per reati di minore gravità (per es. violazioni del diritto d'autore).

## 5. *Proporzionalità e confisca.*

Così come è indefettibile la sanzione pecuniaria, la confisca è una misura che, in quanto aggredisce il patrimonio, è perennemente applicabile a fronte di un reato

---

<sup>1354</sup> M. BELLACOSA, *I reati societari e in tema di abuso di mercato*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 472 per i reati societari e p. 482-483 per i *market abuse*; in senso analogo, si v. A. ASTROLOGO, *I reati presupposto*, in G. CANZIO – L. LUPÁRIA DONATI, *Diritto e procedura penale delle società*, cit., p. 1116 ss. Per i dubbi di legittimità costituzionale anche sotto il profilo della contraddizione con i criteri dettati dalla legge delega, si v. A. PERINI, *Articolo 25-ter. Reati societari*, in M. LEVIS – A. PERINI (dir.), *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza*, cit., p. 682; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2002, p. 47 ss.

<sup>1355</sup> M. BELLACOSA, *I reati societari e in tema di abuso di mercato*, cit., p. 472; A. PERINI, sub *art. 25-ter*, cit., p. 683. Inoltre, ciò determina la possibilità di accedere al procedimento speciale per decreto di cui all'art. 64 d.lgs. n. 231 del 2001 (si cfr. A. ASTROLOGO, *ult. op. cit.*, p. 1117).

<sup>1356</sup> A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 117. Per sopperire a tale lacuna, il l'art. 8 del d.d.l. n. 19 del 2013 (che vedeva come primo firmatario in Sen. Pietro Grasso) ha proposto l'introduzione delle sanzioni interdittive per i reati di false comunicazioni sociali e ostacolo alle funzioni di vigilanza.

commesso in un contesto collettivo<sup>1357</sup>. La sua applicazione si estende dalla responsabilità vera e propria, nel qual caso campeggia l'avverbio «sempre» (art. 19, comma 1, al quale si aggiunge l'ipotesi di violazione delle sanzioni interdittive, di cui all'art. 23, comma 2), passando per l'accessorietà al commissariamento (art. 15, comma 4), fino ad arrivare all'irresponsabilità dell'ente per il reato commesso dal vertice (art. 6, comma 5)<sup>1358</sup>. La confisca para-penale, dunque, mostra più volti nell'inserirsi in un contesto, quello delle ablazioni patrimoniali, a sua volta già caratterizzato da polimorfismo<sup>1359</sup>.

La confisca del profitto o del prezzo per l'ente colpevole è annoverata tra le “sanzioni” dall'art. 9, comma 1 lett c); una scelta distonica rispetto a quella del codice penale, che ha incluso la confisca tra le misure di sicurezza, ma anche se confrontata con quella della l. n. 689 del 1981 – dalla quale comunque si differenzia – che la include fra le sanzioni accessorie (art. 20). Difatti, essa è elevata a sanzione principale, autonoma e obbligatoria<sup>1360</sup>, che non mira a reprimere la pericolosità reale, bensì a colpire la condizione patrimoniale in cui versa l'ente in virtù dell'illecito. Ad ogni modo, l'appellativo ‘sanzione’ non deve trarre in inganno: pur accogliendosi una nozione lata e antiformalista di pena, coerente con quella europea, è chiaro che se tutte le pene sono

---

<sup>1357</sup> Nella prospettiva degli strumenti normativi europei, già la Raccomandazione (88) 18 richiedeva di privare l'ente del profitto ricavato dall'illecito. Un vincolo alla previsione della confisca degli strumenti e dei proventi dell'illecito discendeva, inoltre, dal secondo protocollo aggregato alla Convenzione dell'UE per la tutela degli interessi finanziari del 1995. La confisca a carico degli enti è stata oggetto di previsione anche da parte dell'art. 3 decisione quadro 2012/2005/GAI e dell'art. 12 della decisione quadro 2006/783/GAI, in materia di riconoscimento reciproco di tali provvedimenti, anche in mancanza della previsione della responsabilità degli enti nello Stato di esecuzione. Anche il cons. 24 della dir. 2014/52 si occupa di confisca nei confronti degli enti, sancendone l'applicabilità presso i terzi che abbiano acquisito la disponibilità del profitto, comprese le persone giuridiche. Infine, anche il Regolamento 2018/1085 sul congelamento di beni si riferisce alle persone giuridiche.

<sup>1358</sup> Osserva che ai fini dell'applicazione di quest'ultima forma di confisca è irrilevante la *compliance* intesa quale criterio di imputazione della responsabilità, M. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., p. 292.

<sup>1359</sup> Cass., Sez. Un., 2 febbraio 2015, n. 4880, *Spinelli*; Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, *Lucci*; Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, *Fisia Italimpianti s.p.a.*

<sup>1360</sup> Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, *Fisia Italimpianti s.p.a.*; si v. anche la *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., § 7, V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 329.

sanzioni, l'affermazione in termini di reciprocità si risolverebbe in un'inversione logica<sup>1361</sup>.

Già nella teoria generale del diritto il concetto di sanzione assume una portata amplissima, generica, riconducibile a qualsiasi conseguenza giuridica della integrazione di un dato precetto<sup>1362</sup>. Alla genericità del termine, prendendo in esame le sole sanzioni negative connesse a un illecito, ci si troverebbe di fronte a un "groviglio teleologico", che non si dipana neanche avendo riguardo a singole tipologie di sanzioni, deputate ad assolvere una pluralità di funzioni<sup>1363</sup>. In questo quadro così articolato, l'interprete può districarsi attraverso la ricerca della finalità eminente tra le altre, in grado di illuminare le caratteristiche e l'estensione della misura esaminata. Dunque, sanzionare non significa necessariamente punire – al punto che vi potrebbero essere sanzioni positive<sup>1364</sup>, oltre che negative – e ciò nemmeno in presenza di un'afflizione: sovente la sanzione si traduce proprio in tale risultato, ma questa ricaduta può rappresentare un effetto collaterale, una percezione del destinatario che non è in grado di esprimere di per sé sola una punizione<sup>1365</sup>. Soltanto in presenza di una funzione spiccatamente punitiva potrà qualificarsi quella sanzione come pena<sup>1366</sup>; al più, nel caso di dubbio sullo scopo

---

<sup>1361</sup> Anche se va notato che in dottrina è diffusa l'idea della natura punitiva, facendo leva sulla obbligatorietà, sulle ricadute afflittive e sulla particolare forza deterrente: si v. A. ALESSANDRI, *Confisca e imprese: spunti e problemi*, in AA.VV., *La pena, ancora*, cit., I, p. 1076 ss.; A. BERNASCONI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 219; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 81.

La natura punitiva emerge anche in giurisprudenza. Nella sentenza di legittimità resa nel caso "Thyssenkrup" si legge: «Essa è concepita come misura afflittiva che assolve anche una funzione di deterrenza, risponde sicuramente ad esigenze di giustizia e, al contempo, di prevenzione generale e speciale, generalmente condivise» (Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343). Si v. anche Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, *Fisia Italimpianti s.p.a.* In questa direzione, si erano già espresse alcune pronunce delle sezioni semplici: Cass., sez. II, 31 gennaio 2007, n. 3629, *Ideal Standard Italia s.r.l.*; Cass., sez. II, 10 gennaio 2007 n. 316; Cass., sez. II, 27 settembre 2006, n. 31989. Mentre c'è maggiore propensione a distinguere la confisca di cui all'art. 6, comma 5, quale unica ipotesi in cui la confisca non assume la qualità di pena (Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, *Fisia Italimpianti s.p.a.*; Cass., sez. II, 14 giugno 2006, n. 31989).

<sup>1362</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 331; N. BOBBIO, *Sanzione*, in Id., *Contributo ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 307 ss.

<sup>1363</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *op. loc. ult. cit.* D'altra parte, di polifunzionalità si discorre anche rispetto alle sole sanzioni con finalità punitiva: si cfr. F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 16.

<sup>1364</sup> N. BOBBIO, *Le sanzioni positive*, in Id., *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 21 ss.

<sup>1365</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>1366</sup> Si cfr. N. BOBBIO, *Sanzione*, cit., 318.

prevalente, il grado dell'afflizione (non l'afflizione in sé), e quindi la misura della incidenza sulla sfera giuridica altrui, potrà fungere da ausilio risolutivo.

Alla luce di quanto premesso, la confisca di cui all'art. 19 appare più una misura ripristinatoria dello *status quo ante* la commissione dell'illecito, giacché non pone l'ente in una situazione deteriore, bensì esattamente corrispondente a quella pregressa. Si tratta di una misura che segue la logica della “somma zero”<sup>1367</sup>, non della “somma meno uno”<sup>1368</sup>. Non duplica la pena pecuniaria, altrimenti risultandone ingiustificata e sproporzionata la reazione, ma si aggiunge alla stessa proprio per neutralizzare qualsiasi vantaggio economico derivante dal reato, che non può costituirne un valido titolo d'acquisto<sup>1369</sup>.

In senso contrario non potrebbe osservarsi che la inclusione nell'elenco delle sanzioni sia volta a indicarne l'attribuzione di connotazioni punitive, sia pure con l'utilizzo improprio di un termine di genere. È noto come sul piano della natura giuridica le indicazioni letterali abbiano un valore molto relativo, a maggior ragione quando si tratti di conseguenze giuridico-penali di una data fattispecie. La finalità della confisca non può essere desunta dal *nomen iuris* sanzione, ma deve essere ricavata dall'oggetto e dalla

---

<sup>1367</sup> O funzione di “zeroing”, espressione utilizzata da G. DI VETTA, sub *art. 19*, in AA.VV., *Compliance*, cit.

<sup>1368</sup> T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, cit., p. 382

<sup>1369</sup> Si v. l'analisi critica e ricostruttiva condotta da Id., *Confiscare senza punire?*, cit., p. 384 ss., anche per i riferimenti comparatistici. Inoltre, l'A. rimarca come la confisca mantenga natura penale, respingendo la tesi secondo la quale tale accostamento civilistico debba far propendere per un'omologa riconduzione dell'istituto (tesi sostenuta da S. FINOCCHIARO, *La confisca “civile” dei proventi da reato. Misura di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation*, Milano, 2018, p. 434 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *La pena, ancora*, cit., II, p. 903 ss.). Analogamente, A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa*, cit., p. 131, alla quale si rinvia anche per i richiami al confronto operato dalla dottrina tedesca con l'istituto civilistico dell'ingiustificato arricchimento. Nondimeno, l'A. ritiene anche che la confisca contribuisca alla finalità rieducativa, perché garantire al reo di non poter beneficiare economicamente del crimine è la *condicio sine qua non* perché anche le altre sanzioni afflittive svolgano la loro funzione inducendo il reo a prevenire il rischio reato per il futuro. Invece, se l'ente beneficiasse economicamente del crimine, potrebbe risultare comunque conveniente assumere il rischio di subire le altre sanzioni, anche in base a una scelta razionale costi/benefici circa la consumazione dell'illecito. Lo dimostrerebbe anche il connubio con la restituzione del profitto al danneggiato, che consente di rimediare all'offesa (p. 132).

ragione della sua previsione all'interno del sistema: essa reagisce a un'alterazione illecita del quadro concorrenziale attraverso il disconoscimento della ingiusta locupletazione<sup>1370</sup>.

Tale affermazione dovrebbe valere anche con riferimento alla confisca per equivalente (art. 19, comma 2). Infatti, con riferimento alla confisca codicistica, se ne suole affermare la natura di pena criminale traendo spunto dalla estraneità alle misure di sicurezza di un'ablazione scevra dal nesso di pertinenzialità tra *res* e reato<sup>1371</sup>. Tuttavia, un'analisi coerente con il metodo valutativo sopra illustrato non può accettare una tale conclusione: se è condivisibile negare una funzione di prevenzione della pericolosità, non lo è altrettanto attrarre, per ciò solo, la confisca al catalogo delle pene<sup>1372</sup>. Piuttosto, si noti come confisca diretta e confisca per equivalente convergono nel risultato e differiscono soltanto per il metodo: entrambe perequano rispetto a una porzione di valore incrementale, sia pure inteso in una dimensione materiale nel primo caso e matematica nel secondo<sup>1373</sup>.

La funzione ripristinatoria è viepiù cristallina nel caso di irresponsabilità dell'ente: è evidente che non vi sarebbe ragione di punirlo se fosse incolpevole; nondimeno, non è accettabile che questi conservi ciò che ha incamerato per via di un reato che gli è

---

<sup>1370</sup> Si cfr. T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Torino, 2018, p. 41; si cfr. anche V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 333.

<sup>1371</sup> Corte cost., 2 aprile 2009, n. 97; Corte cost., 20 novembre 2009, n. 301; Cass., sez. V, 29 gennaio 2019, n. 14386.; Cass., Sez. Un., 2 febbraio 2015, n. 4880, *Spinelli*; Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, *Fisia Italimpianti*. In senso isolatamente contrario, si v. Cass., Sez. VI, 9 maggio 2001, n. 24143, *Curtò*, che la qualifica come misura di sicurezza.

<sup>1372</sup> Si cfr. T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, cit., p. 384 ss. e 396

<sup>1373</sup> In questi termini, V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 335; V. MONGILLO, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 724 ss.; Id., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1764 ss.; A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa*, cit., p. 131; Id., *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 513 ss.; M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1692.

In tema di confisca di prevenzione, per una critica alla tesi della natura meramente compensativa della confisca e il riconoscimento di carattere sanzionatorio, E. SQUILLACI, *La prevenzione illusoria*, cit., p. 286 ss.

obiettivamente ascrivibile<sup>1374</sup>. In verità, l'oggetto e la ragione dell'ablazione non mutano nel raffronto tra questa ipotesi e la sanzione di cui all'art. 19<sup>1375</sup>, per cui non si comprende quell'orientamento che opera un distinguo tra le due confische<sup>1376</sup>. Considerata questa ricostruzione autonoma di questa specie di 'confisca senza condanna', non si comprende perché il legislatore l'abbia circoscritta ai reati commessi da soggetti apicali<sup>1377-1378</sup>.

### **5.1. La proporzionalità della confisca.**

Un siffatto inquadramento della confisca è coerente con la misura della sua applicazione, che non mette in relazione la gravità dell'illecito e le sue conseguenze, bensì solo ed esclusivamente le variazioni patrimoniali in due fasi temporali diverse. In questo

---

<sup>1374</sup> Osserva R. BRICCHETTI, *La confisca nel procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente dipendente da reato*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006, p. 7, che qui sembra riaffacciarsi lo spettro della pericolosità presunta della *res*, con l'ulteriore elemento della inesistenza del diritto alla restituzione da parte del soggetto estraneo al reato.

<sup>1375</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 329-330; Cass., sez. II, 14 giugno 2006, n. 31989

<sup>1376</sup> Distinzione che emerge in Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, *Lucci*; Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10561; Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, *Fisia Italimpianti s.p.a.* A. BERNASCONI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 219; A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 135, rileva la stessa funzione di riequilibrio e questo spiega perché si può prescindere dall'affermazione di responsabilità a carico dell'ente; si cfr. anche Id., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 156; Id., *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, p. 686 ss.; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 168; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 81.

Secondo altra parte della dottrina, invece, l'art. 6 fungerebbe da anomala 'causa di esclusione parziale della responsabilità' o da mera 'causa di esclusione della sanzione': D. PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., p. 429. Di 'responsabilità per fatto incolpevole' discorre G. FORTI, *Uno sguardo ai piani nobili del d.lgs. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1267.

<sup>1377</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 330

<sup>1378</sup> Al contrario, viene considerata una sanzione punitiva la confisca applicata nel contesto del commissariamento giudiziale, perché il profitto deriva da un'attività svolta per esigenze di interesse pubblico, non dall'illecito. Analogamente, nel caso di violazione delle sanzioni interdittive *ex art. 23*. Per tali riflessioni, si v. A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 136. In senso contrario, M. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., p. 289. Si esprimono per la natura punitiva della confisca nel solo caso di cui all'art. 23, V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 330.



caso, il giudice non deve seguire il procedimento commisurativo *ex art. 11*, ma deve espropriare l'ente del corrispettivo e degli incrementi determinati dall'illecito<sup>1379</sup>.

Ciò non toglie che anche la confisca sia assoggettata al principio di proporzione, come ogni strumento che incide sui diritti ai quali l'ordinamento appresta protezione; in questo senso, d'altra parte, depongono la giurisprudenza costituzionale e sovranazionale<sup>1380</sup>. Le ricadute sulla sfera individuale delle misure che perseguono l'interesse generale non devono risultare eccessive, ma devono essere ristrette al sacrificio patrimoniale strettamente necessario per realizzarli. Dunque, per garantire che il risultato ablatorio sia proporzionato, occorrerà confinare la misura all'interno della finalità commutativa che persegue, evitando che la stessa venga trasformata in una punizione aggiuntiva per il condannato<sup>1381</sup>.

Invero, nel confronto tra le diverse risposte sanzionatorie predisposte dal sistema, assume rilievo anche il principio di proporzione inteso nella sua dimensione quantitativa<sup>1382</sup>. A fronte di un sistema punitivo incentrato sulle aggressioni patrimoniali, appare in linea con tale principio l'esclusione della confisca per il prodotto e gli strumenti e la sua circoscrizione al prezzo – cioè al corrispettivo ottenuto per commettere il reato<sup>1383</sup> – e al profitto – ovvero ai vantaggi economici derivanti dall'illecito<sup>1384</sup>. Ferma restando l'operatività della confisca per la persona fisica, se fossero stati ricompresi anche il

---

<sup>1379</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 332; T. TRINCERA, *Confiscare senza punire?*, cit., p. 386 ss.; V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni applicabili all'ente collettivo tra prevenzione e riparazione*, cit., p. 586

<sup>1380</sup> Per certi versi, sia pure rispetto a una forma di confisca punitiva, si cfr. Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112. Si v. anche la giurisprudenza della Corte EDU richiamata al cap. I, par. 9.

<sup>1381</sup><sup>1381</sup> T. TRINCERA, *Confiscare senza punire?*, cit., p. 419, si esprime nel senso della proporzionalità *in re ipsa* dell'ablazione se limitata all'arricchimento illecito effettivamente conseguito. Per l'applicazione dell'*Excessive Fines Clause* alla *forfetuire* da parte della giurisprudenza statunitense, si rinvia allo stesso lavoro (p. 420). Nel senso della proporzionalità *in re ipsa* della confisca quanto circoscritta alle acquisizioni discendenti dall'illecito, si v. anche F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 203-204.

<sup>1382</sup> Nel senso della distinzione fra tre referenti del principio di proporzione (fatto e sanzione, scopi ed effetti), V. MONGILLO, *Confisca proteiforme e nuove frontiere della ragionevolezza costituzionale*, cit., p. 3356.

<sup>1383</sup> Cass., sez. VI, 14 ottobre 2014, n. 45847, *Scognamiglio*; Cass., sez. VI, 9 maggio 2001, n. 24143, *Curtò*

<sup>1384</sup> Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, *Fisia Italimpianti s.p.a.*; Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2007, n. 10280; Cass., Sez. Un., 17 ottobre 1996, n. 9149

prodotto e i beni utilizzati per commettere l'illecito, il risultato sanzionatorio complessivo sarebbe stato sproporzionato. Infatti, quest'ultima ablazione avrebbe assunto portata punitiva e non meramente ripristinatoria e il cumulo con una sanzione pecuniaria potenzialmente elevata, parametrata sulla gravità dell'illecito e sulle condizioni economiche dell'ente, sarebbe risultato eccessivo<sup>1385</sup>.

### ***5.2.La nozione di profitto e i criteri di computo.***

Affinché la confisca sia limitata al riequilibrio del patrimonio dell'ente, il concetto di profitto<sup>1386</sup>, tanto nel caso di attività lecite quanto di attività illecite, deve essere inteso in un'accezione netta (*Nettoprinzip*), e non anche lorda (*Bruttoprinzip*), sia pure con alcuni correttivi. Se lo scopo della misura è quello di negare la legittimità dell'incremento patrimoniale in virtù dell'illecito, il suo oggetto deve corrispondere a quei vantaggi che siano immediatamente legati al reato da un nesso di derivazione causale<sup>1387</sup>. Il criterio che valorizza i soli ricavi senza tenere conto dei costi sostenuti, infatti, si tradurrebbe nel recupero della confisca di ciò che è genericamente frutto dell'illecito<sup>1388</sup>, con il rischio di aprire le porte a una confisca punitiva<sup>1389</sup>, 'fissa' ed eccessivamente gravosa<sup>1390</sup>.

---

<sup>1385</sup> Si cfr. Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112. Sul punto, si v. V. MONGILLO, *Confisca proteiforme e nuove frontiere della ragionevolezza costituzionale*, cit., p. 3343 ss.; si v. anche T. TRINCHERA, *Confisca e principio di proporzionalità*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2021, p. 833-834.

<sup>1386</sup> Concetto nel quale non rientra la mera *chance*, salvo che questa abbia consistenza tale da apparire un'utilità economicamente rilevante: Cass., Sez. Un., 31 gennaio 2013, n. 18374, *Adami*; Cass., sez. VI, 16 gennaio 2018, n. 1754.

<sup>1387</sup> Cass., sez. V, 4 aprile 2014, n. 10265, *Banca Italease S.p.A.*; Cass., sez. VI, 14 luglio 2015, n. 33226, *Azienda Agraria Greenfarm*. V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 337-338

<sup>1388</sup> *Ivi*, p. 340-341

<sup>1389</sup> Nel 1992 è stata introdotta nell'ordinamento tedesco la *erweiterter Verfall* (oggi prevista al § 73a StGB, che estende l'ablazione a quei proventi ritenuti privi di collegamento con il reato commesso, ma comunque ritenuti di provenienza illecita. Per una ricostruzione dell'istituto, alla luce della dottrina e della giurisprudenza d'oltralpe, si rinvia a T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, cit., p. 251 ss.

<sup>1390</sup> In questi termini, V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 341.

In questa direzione, si è affermato che è la liceità o illiceità dell'attività dell'ente che dimostra la meritevolezza della valutazione dei costi: nel caso in cui il contesto economico sia intrinsecamente illecito, non v'è ragione per tenere conto di voci correlate a un rapporto contrario al diritto; contrariamente, si potrà tenere conto dei costi sostenuti in quanto destinati a una controparte contrattuale che si muova negli argini della legalità<sup>1391</sup>. Una lettura del concetto di profitto improntata al canone della ragionevolezza impone che siano distinte posizioni imprenditoriali totalmente antiggiuridiche e, all'opposto, attività in cui l'illecito si sia insinuato occasionalmente<sup>1392</sup>.

Tuttavia, pur ispirata da principi condivisibili, questa soluzione è apparsa foriera di incertezze e incongruenze applicative<sup>1393</sup>, che hanno portato a tentativi di ampliamento del concetto di profitto<sup>1394</sup>. Spostando l'attenzione dall'attività complessivamente intesa e dal destinatario della prestazione verso i costi sostenuti dall'ente, è stata proposta una lettura stringente del concetto di utile netto, non in senso aziendalistico od orientata ai soli costi utili per l'ente, bensì incentrata sul c.d. utile netto a base parziale<sup>1395</sup>. Nella specie, si è ritenuto che una soluzione maggiormente in linea con la finalità della misura dovrebbe considerare deducibili i soli costi giuridicamente meritevoli di apprezzamento: i costi leciti, con pretermissione di quelli direttamente strumentali alla commissione dell'illecito<sup>1396</sup>.

---

<sup>1391</sup> Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, *Fisiatalimpianti s.p.a.*

<sup>1392</sup> Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, *Fisiatalimpianti s.p.a.* V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 338-339

<sup>1393</sup> Si è rilevato che l'effettiva utilità conseguita dal danneggiato, oltre a non essere ravvisabile nel caso di reati offensivi di interessi superindividuali, non è suscettibile di puntuale individuazione e rischia di sovrapporsi con altri istituti extrapenalistici a tutela del contraente e con la difficoltà di distinguere tra 'reati-contratto' e 'reati in contratto'. Infine, il principio in questione dovrebbe condurre al paradosso di escludere la confisca nel caso in cui il contratto, benché riconducibile a un contesto illecito, non abbia prodotto un peggioramento delle condizioni economiche della controparte: si v. V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 339.

<sup>1394</sup> Secondo i richiami giurisprudenziali contenuti *Ivi*, p. 339 nt. 198.

<sup>1395</sup> *Ivi*, p. 342; V. MONGILLO, *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3-4/2012, p. 64

<sup>1396</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 341 ss., ove si precisa che se l'impresa è intrinsecamente illecita, non vi saranno spazi per i costi leciti; mentre se la confisca viene disposta nel quadro del commissariamento giudiziale, trattandosi di attività lecita, dovrà aversi riguardo all'utile netto.

Circa i profitti immateriali<sup>1397</sup>, aggredibili in via sussidiaria per tramite della confisca per equivalente (art. 19, comma 2), deve ritenersi che anche i medesimi possano annoverarsi tra i vantaggi immediatamente discendenti dall'illecito<sup>1398</sup>. Ma ciò non significa che possano essere confiscati incondizionatamente, altrimenti assistendosi a una trasfigurazione della confisca come pena patrimoniale. Piuttosto, dovrebbe aversi riguardo alla permanenza oppure no dell'utile patrimoniale al momento della disposizione della misura<sup>1399</sup>. Difatti, è possibile che quel dato vantaggio sia venuto meno trattandosi di costo che l'ente avrebbe dovuto sostenere, come può accadere nel caso di pagamento dell'imposta evasa (art. 12-bis d.lgs. n. 74 del 2000). Allo stesso tempo, però, non dovrebbe trascurarsi la eventuale sopravvivenza dell'obbligo di sostenere i costi prima elusi. La ragione di tale relativizzazione del risparmio di spesa risiede in ciò, che non è detto che si traduca nell'ingresso materiale di beni nel patrimonio dell'ente. D'altro canto, non avrebbe alcuna giustificazione la confisca di valore di un risparmio solo apparente, poiché inevitabilmente seguito da un esborso necessario, come quello conseguito dalla mancata adozione delle misure di sicurezza in materia lavoristica<sup>1400</sup>. Analogamente dovrebbe dirsi per il caso di reati tributari, là dove il principio del *ne bis in idem* preclude la confisca di tali importi, già oggetto di quanto corrisposto all'amministrazione a titolo di adempimento tardivo.

---

<sup>1397</sup> Con esclusione dei crediti: *Ivi*, p. 343-344.

<sup>1398</sup> T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, cit., p. 400. Per la confisca dei risparmi di spesa connessi al reato, si v. Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn e altri*, nonché, rispetto ai reati tributari, Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10561, *Gubert*. In senso parzialmente contrario, in quanto il risparmio dovrebbe poi 'materializzarsi' in un trasferimento patrimoniale in favore dell'autore dell'illecito, Cass., sez. IV, 20 dicembre 2013, n. 3635, *Riva Fi.Re S.p.a.*

<sup>1399</sup> *Ivi*, p. 400-401

<sup>1400</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 345-346

### ***5.3.I destinatari della misura.***

Sull'assunto della ricorrenza di un nesso inscindibile tra l'illecito dell'ente e il reato della persona fisica, la giurisprudenza ha affermato che la confisca di valore può coinvolgere anche beni della seconda<sup>1401</sup>. Questa impostazione solidaristica verrebbe mutuata dalla fattispecie concorsuale, situazione nella quale le conseguenze giuridico-penali verrebbero imputate a tutti i concorrenti<sup>1402</sup>. L'unico limite all'applicazione di tale misura sarebbe rappresentato dal suo oggetto, sicché resta insuperabile il valore del prezzo o del profitto<sup>1403</sup>.

Tale soluzione, oltre a essere discutibile sul piano del fondamento dogmatico e priva di base legale<sup>1404</sup>, appare iniqua nella misura in cui la confisca attinge la persona fisica ancorché questa non abbia tratto alcun profitto<sup>1405</sup>. A questa distonia rispetto alla funzione ripristinatoria che le si è riconosciuta, si aggiunge anche la violazione del principio di proporzionalità connesso alla responsabilità personale. Posto che l'art. 110 c.p. diversifica le conseguenze tra i concorrenti in coerenza con gli artt. 3-27, comma 1 Cost., una confisca per un profitto non personale darebbe luogo a una sanzione per fatto altrui<sup>1406</sup>, che aggiunta a quella per fatto proprio esiterebbe in una reazione ordinamentale sproporzionata. Anche intendendola come pena patrimoniale, infatti, essa farebbe gravare sull'autore del reato un vantaggio prodottosi in capo ad altri soggetti e riconducibile all'illecito di questi ultimi, dunque solo indirettamente collegato al reato<sup>1407</sup>.

---

<sup>1401</sup> *Ex multis*, si v. Cass., sez. VI, 16 gennaio 2020, n. 1676, *Ginatta*; Cass., sez. VI, 6 febbraio 2009, n. 19764, *Ramponi*.

<sup>1402</sup> Cass., sez. V, 16 gennaio 2004, n. 15445

<sup>1403</sup> Cass., sez., V, 23 giugno 2020, n. 19091; Cass., sez. VI, 11 giugno 2018, n. 26628; Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654

<sup>1404</sup> V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 347

<sup>1405</sup> *Ibidem*; P. DI GERONIMO, *La confisca*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 612

<sup>1406</sup> D. FONDAROLI, *Articolo 19. Confisca*, in M. LEVIS – A. PERINI (a cura di), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 403 ss.

<sup>1407</sup> Così, V. MONGILLO – M. BELLACOSA, *op. loc. ult. cit.* Resta ancora minoritaria in giurisprudenza l'impostazione che tiene fermo il principio di autonomia della responsabilità anche nel disporre la confisca: si v. Cass., sez., 12 gennaio 2014, n. 20101.

#### 5.4. Cause di esclusione.

Affinché sia garantita la proporzionalità della confisca, in coerenza con lo scopo assegnatole, l'ordinamento ha previsto alcune ipotesi di inoperatività della medesima.

In primo luogo, la confisca non può essere disposta per quella parte di profitto che può essere restituita al danneggiato, trattandosi di una riduzione del vantaggio conseguito (art. 19, comma 1). La destinazione di quella porzione di patrimonio in chiave restitutoria implica l'assenza della necessità di perequazione; d'altra parte, un esito diverso si risolverebbe in una duplicazione irragionevole<sup>1408</sup>. Per la stessa ragione, pur nel silenzio del secondo comma, tale preclusione riguarda anche la confisca per equivalente<sup>1409</sup>.

Peraltro, questa previsione dimostra ancora una volta che l'obiettivo dell'ordinamento è quello di ripristinare la condizione economica dell'ente eliminando i vantaggi indebitamente conseguiti, e non di punirlo<sup>1410</sup>.

In secondo luogo, tali beni restano aggredibili quantunque entrati a far parte di un patrimonio altrui, giacché tale mutamento deve considerarsi immeritevole, salvo che il terzo debba considerarsi persona estranea all'illecito per la sua condizione di buona fede (art. 19, comma 1)<sup>1411</sup>.

---

<sup>1408</sup> P. DI GERONIMO, *La confisca*, cit., p. 613; Cass., sez. II, 16 novembre 2011, n. 45054, *Benzoni*; Cass., sez. II, 16 giugno 2015, n. 29512, *Sicilfert S.r.l.*

<sup>1409</sup> *Ibidem*

<sup>1410</sup> V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità*, cit., p. 1762. La restituzione del profitto al danneggiato consentirà ancor di più all'ente di fare i conti con l'offesa, quantomeno per rimediare in questa forma minima: così A.M. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, cit., p. 702 ss., che evidenzia che in relazione ai danneggiati una previsione simile era stata proposta durante i lavori preparatori del codice Rocco dal Presidente della Commissione parlamentare D'Amelio (si cfr. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, vol. VI, Atti della Commissione Parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul progetto di un nuovo codice penale*, Roma, 1930, p. 247), poi non introdotta, inizialmente, perché ritenuta superflua. Richiama una logica riparatoria della confisca, M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, cit., p. 44)

<sup>1411</sup> Il terzo è colui che non ha partecipato al reato, mentre la buona fede nella quale deve versare questo soggetto consiste nella non conoscibilità del rapporto di derivazione, secondo la diligenza ordinaria, esclusa nei casi di inosservanza di doverose cautele: Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11720, *Uniland S.p.A.* Sul rapporto tra confisca e terzi, sotto il profilo della finalità della misura, si rinvia, tra gli altri, a T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, cit., p. 405 ss.

### **5.5. Rapporti con il risarcimento del danno.**

Mentre si occupa dei rapporti con le restituzioni, l'art. 19 tace in ordine al risarcimento del danno, così ponendo il problema della sua decurtazione.

Una parte della dottrina sostiene l'opzione positiva, perché la tutela del danneggiato dovrebbe essere prioritaria rispetto all'acquisizione pubblica<sup>1412</sup>.

In senso contrario, si è osservato che il danno e il vantaggio sono voci eterogenee, sicché la spesa corrispondente al debito risarcitorio non dovrebbe essere confusa con l'incremento patrimoniale derivante dal reato e che l'ordinamento intende annullare<sup>1413</sup>.

In questa guisa va tenuto distinto dalla confisca anche il risarcimento del danno erariale, che persegue una prevalente funzione reintegratoria del patrimonio dell'ente pubblico, senza che sia realizzata alcuna duplicazione sanzionatoria<sup>1414</sup>. Il punto di equilibrio è rinvenibile comunque nell'art. 19, nella parte in cui esclude la confisca di ciò che è suscettibile di restituzione in favore del danneggiato<sup>1415</sup>.

### **6. Proporzionalità e pluralità di illeciti: concorso reale fra criteri di imputazione.**

Mentre nella l. n. 689 del 1981 viene dettata una disciplina per i soli casi di concorso formale e si limita la continuazione a una ipotesi speciale (art. 8)<sup>1416</sup>, al fine di temperare

---

<sup>1412</sup> Così, S.R. PALUMBIERI, *Il ravvedimento post delictum dell'ente*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, cit., II, p. 2701.

<sup>1413</sup> V. MONGILLO, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato (nota a Cass., sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35748)*, in *Cass. pen.*, 6/2011, p. 2348

<sup>1414</sup> Cass., sez. I, 6 giugno 2018, n. 39874, *Sicilfert S.r.l.*

<sup>1415</sup> In senso conforme, P. DI GERONIMO, *La confisca*, cit., p. 621.

<sup>1416</sup> L. BIN, sub *art. 21*, in AA.VV., *Compliance*, cit., edizione online; al punto da concludersi per l'applicabilità anche in questo regime, fuori di tali casi, del cumulo materiale. Nondimeno, di recente, si v. Cons. Stato, 20 dicembre 2022, n. 1159, intervenuta in materia di illeciti antitrust. In particolare, il Collegio ha ritenuto sproporzionata la sanzione determinata sulla base del c.d. cumulo materiale, nel quale è insito un automatismo che non consente di adeguare la sanzione al disvalore complessivo espresso da illeciti amministrativi tra loro significativamente collegati. Pur non essendo previsto il criterio della continuazione ai fini del cumulo giuridico delle sanzioni amministrative, nel caso di intese incidenti su mercati tra loro

il rigore sanzionatorio della disciplina della responsabilità degli enti il legislatore stabilisce un'unificazione sanzionatoria per il caso di pluralità di illeciti<sup>1417</sup>. In particolare, il peculiare regime riferisce il cumulo giuridico<sup>1418</sup> ai casi di concorso formale di reati – con riguardo all'unicità di condotta della persona fisica – e, alternativamente<sup>1419</sup>, di continuazione fra più illeciti para-penali dell'ente<sup>1420</sup>, purché non sia ancora intervenuta una sentenza, anche non definitiva, di condanna<sup>1421</sup>.

---

interconnessi da intendersi avvinte tra loro dal nesso della continuazione, allorquando la configurazione di un duplice illecito sia dipesa solo dalla circostanza, del tutto estrinseca rispetto all'impresa sanzionata. In tali casi, pur non essendo previsto dalla legge, il criterio della continuazione deve orientare la commisurazione della sanzione da parte dell'Autorità indipendente, mitigandone la quantificazione, emarginando il cumulo materiale a criterio identificativo del limite insuperabile.

<sup>1417</sup> T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi*, cit., p. 84; l'art. 21 generalizza l'operatività del cumulo giuridico ex art. 81 al fine di coordinare la disciplina con quella della responsabilità dell'autore presupposto (D. BRUNELLI, sub art. 21, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 242; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 174; D. MELIOTA, *Articolo 21. Reiterazione*, in M. LEVIS – A. PERINI, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 419.

<sup>1418</sup> Riconoscibile anche in fase esecutiva: l'art. 74, c. 2, lett. c), prevede la possibilità per il giudice dell'esecuzione di applicare il cumulo giuridico anche in sede esecutiva, similmente a quanto previsto dall'art. 671 c.p.p.

<sup>1419</sup> Una parte della dottrina interpreta in maniera stringente la disposizione, argomentando per la unicità tanto della condotta quanto dell'attività dell'ente S. GIAVAZZI, sub art. 21, in A. GIARDA – E.M. MANCUSO – G. SPANGHER – G. VARRASO (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, cit., p. 194. Secondo un'altra impostazione, questa lettura non sarebbe compatibile con il dato letterale, atteso l'impiego della disgiuntiva «ovvero», né sarebbe coerente con la disciplina della pluralità di illeciti (penali o amministrativi) commessi dalle persone fisiche, alla quale, in base alla Relazione governativa, si sarebbe ispirato il legislatore del 2001. Pertanto, l'opinione prevalente conclude per il carattere alternativo dei requisiti (D. BRUNELLI, sub art. 21, cit., p. 241; L. BIN, sub art. 21, cit.; T. EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit., p. 375).

<sup>1420</sup> D. BRUNELLI, sub art. 21, cit., 242; L. BIN, sub art. 21, cit. Si è sottolineata la somiglianza con la continuazione, D. MELIOTA, *Articolo 21*, cit., p. 420; se, da un lato, il legislatore si è ispirato a tale istituto, dall'altro, lo ha dovuto necessariamente adattare alle peculiarità del contesto, prevedendo una nozione più ristretta di quella del medesimo disegno criminoso (T. GUERINI, *Autonomia della responsabilità dell'ente e concorso di persone giuridiche nell'illecito amministrativo da reato*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2/2017, p. 44).

<sup>1421</sup> Secondo alcuni tale limite varrebbe anche per il concorso formale (T. EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit., p. 374). Dalla *littera* e dalla *ratio legis* si evincerebbe l'applicabilità del cumulo giuridico ai soli fatti giudicati nell'ambito di un unico procedimento (*Ibidem*). In senso contrario, si è osservato che detta soluzione collide sia con il sistema delineato dal c.p.p. del 1988 sia con la Costituzione, finendo col porre a carico dell'ente delle circostanze del tutto sottratte alla sua sfera di dominio (*Ibidem*; G. VARRASO, *Il reato continuato. Tra processo ed esecuzione penale*, Padova 2003, p. 438). Dunque, in senso difforme si è suggerito di individuare il discrimine temporale nel raffronto tra la commissione del fatto e il giudicato, e non tra giudicati (*Ivi*, p. 375; A. BERNASCONI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 204; D. BRUNELLI, sub art. 21, p. 243). La *ratio*, infatti, è quella di mantenere il rigore sanzionatorio nei casi in cui l'ente non abbia rivisto la propria organizzazione nonostante la condanna per il primo reato (L. BIN, sub art. 21, cit.; S. GIAVAZZI, sub art. 21, cit., p. 195).



La continuazione viene sganciata dalla base psicologica del disegno criminoso per essere ancorata al concetto di “attività”, oggettivo e maggiormente compatibile con l’essenza dei soggetti collettivi<sup>1422</sup>, da intendersi come ascrizione di più reati<sup>1423</sup> a una medesima ragione di rimprovero dell’ente<sup>1424</sup>.

In tali ipotesi, il giudice deve irrogare la sanzione prevista per l’illecito più grave<sup>1425</sup>, bastando questa operazione nel caso di sanzioni interdittive, secondo il criterio dell’assorbimento<sup>1426</sup>; mentre deve disporre l’aumento fino al triplo qualora si tratti di sanzione pecuniaria<sup>1427</sup>, entro il limite del cumulo materiale<sup>1428</sup>.

Secondo alcune affermazioni giurisprudenziali, l’istituto troverebbe applicazione anche allorquando, pur a fronte del medesimo reato-presupposto, dovesse sussistere un concorso reale tra interesse e vantaggio dell’ente<sup>1429</sup>. Tale impostazione prende le mosse dall’asserita alternatività dei criteri; la sufficienza di uno di essi per fondare la responsabilità dell’ente implicherebbe, di conseguenza, che il cumulo degli stessi debba sfociare in una pluralità di illeciti<sup>1430</sup>.

---

<sup>1422</sup> D. BRUNELLI, sub *art. 21*, cit., p. 242

<sup>1423</sup> Anche se commessi da persone fisiche diverse: *Ibidem*.

<sup>1424</sup> In questo senso, sia pure con terminologia diversa: *Ivi*, p. 243; T. EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit., p. 374; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 17. Medesimezza che difetta nel caso in cui il reato sia ascrivibile ad attività e/o unità organizzative diverse: L. BIN, sub *art. 21*, cit.; S. GIAVAZZI, sub *art. 21*, cit., p. 194; si cfr. anche T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi*, cit., p. 84.

<sup>1425</sup> Per la valutazione in astratto circa la maggiore gravità, si cfr. Cass., Sez. Un., 13 giugno 2013, n. 25939, rispetto al concetto di «violazione più grave» di cui all’art. 81 c.p. In senso contrario, tra gli altri, si v. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 511-512. In questo contesto, la Relazione suggerisce una valutazione in concreto (*Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 43, § 9). Per questa conclusione, in dottrina: D. BRUNELLI, sub *art. 21*, cit., p. 244; T. EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 277; G. VARRASO, *Il reato continuato*, cit., p. 444.

<sup>1426</sup> E. MEZZETTI, *Reiterazione e pluralità di illeciti*, cit., p. 631

<sup>1427</sup> Si è osservato, in punto di motivazione sulla pena, che, similmente a quanto accade per la determinazione ai sensi dell’art. 133 c.p., l’onere motivazionale diventa tanto più stringente quanto più ci si allontana verso l’alto dalla media edittale (*Ibidem*; Cass., sez. II, 26 maggio 2017, n. 26521).

<sup>1428</sup> In base alla Relazione governativa, nel caso di cumulo materiale tra sanzioni pecuniarie, viene operata una somma aritmetica, mentre tra sanzioni interdittive l’esecuzione sarà consecutiva; nel caso di pene eterogenee, si dovrebbe fare ricorso al criterio del cumulo per addizione (*Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 43 ss., § 9).

<sup>1429</sup> Cass., sez. II, 27 settembre 2016, n. 52316, che riprende l’espressione “concorso reale di presupposti”, utilizzata da Cass., sez. II, 20 dicembre, 2005, n. 3615, *Jolly Mediterraneo s.r.l.*

<sup>1430</sup> Cass., sez. IV, 17 novembre 2020, n. 4480; Cass., sez. IV, 23 maggio 2018, n. 38363; Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn e altri*

Tuttavia, questa duplicazione di responsabilità legata alla combinazione effettiva di interesse e vantaggio appare inaccettabile. Innanzitutto, tali conclusioni dimostrano ancora una volta come sia discutibile la soluzione che attribuisce rilevanza in chiave alternativa a entrambi i criteri oggettivi di imputazione (per la critica e la preferibilità della lettura incentrata sull'interesse, si v. cap. III, par. 3.2.1.). Ma quand'anche si volesse presupporre la correttezza di questa visione, in primo luogo, l'esito a cui si giunge non appare in linea con la funzione dei profili di collegamento, che è quella di connettere quel fatto all'ente<sup>1431</sup>. In secondo luogo, la disciplina dell'art. 21, tanto nel caso di concorso formale quanto nell'ipotesi di continuazione, ruota attorno alla moltiplicazione di un unico profilo di disvalore: il reato. Donde, ai fini della sua applicazione è richiesta comunque una pluralità di reati, in assenza dei quali non è possibile muovere più rimproveri nei confronti dell'ente. La circostanza che alla imputazione in base all'interesse segua la concretizzazione di un vantaggio per l'ente può essere del tutto contingente e non sembra incidere in alcun modo sulla riprovazione della propria posizione.

In definitiva, detta soluzione contrasta con il principio di proporzionalità e con il *ne bis in idem* sostanziale, realizzando una proliferazione di illeciti, con conseguente incremento della sanzione, in via totalmente ingiustificata.

## **7. Proporzionalità e vicende modificative dell'ente.**

### **7.1. Fra politica criminale, libertà d'impresa e meritevolezza di pena.**

Mutuata in parte dal regime amministrativo tributario (artt. 14-15 d.lgs. n. 472 del 1997), la disciplina delle vicende modificative dell'ente persegue la finalità di contrasto

---

<sup>1431</sup> Si cfr., tra gli altri, C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 332; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., p. 372 ss.

alle operazioni elusive della responsabilità<sup>1432</sup>. Eccettuata l'ipotesi di trasformazione<sup>1433</sup>, le ragioni di politica criminale che ne sono alla base hanno spinto il legislatore a mettere da parte il principio di personalità della responsabilità penale e a far gravare la sanzione su soggetti estranei all'illecito<sup>1434</sup>. La *translatio* della responsabilità talora non viene occultata dal legislatore, che scinde responsabilità "originaria" e "attuale" nella fusione (art. 31)<sup>1435</sup>; in altri casi, invece, è evocata dall'applicazione solidale della sanzione al soggetto la cui responsabilità "resta ferma" e al beneficiario della scissione (art. 30)<sup>1436</sup> e della cessione aziendale (art. 33)<sup>1437</sup>. D'altra parte, come si è osservato in dottrina, al di là della soggettività da un punto di vista formale o giuridico, il mutamento dell'aggregato

---

<sup>1432</sup> M. PELISSERO – E. SCAROINA – V. NAPOLEONI, *Principi generali*, cit., p. 116. Detta esigenza è stata avvertita anche in altri Paesi e ha condotto alla previsione di regimi omologhi. In Spagna, la *Ley orgánica* n. 5/2010 ha introdotto all'art. 130, comma 2 c.p. una previsione che tiene ferma la responsabilità in tali casi, con possibilità di attenuazione della pena, tenendo conto del rapporto con il soggetto originario. In altri ordinamenti europei manca una specifica disciplina delle vicende modificative o, comunque, si giunge a soluzioni concrete che escludono la responsabilità, almeno quando si riscontri una cesura rispetto alla situazione organizzativa precedente. Per esempio, in Francia la giurisprudenza ha richiamato il principio di personalità della responsabilità per concludere per la illegittimità della condanna dell'ente incorporante in seguito a un'operazione di fusione, poiché il soggetto a cui è ascrivibile l'illecito è venuto meno (*Court de Cassation, Chambre criminelle*, 14 ottobre 2003, n. 02-86376; *Court de Cassation, Chambre criminelle*, 20 giugno 2000). Per tali riferimenti, si v. M. MASUCCI, *Modificazioni dell'ente e responsabilità da reato: profili comparativi in chiave di riforma*, in A. FIORELLA – A.M. STILE (a cura di), *Corporate criminal liability e compliance programs*, cit., p. 433 ss. Si v. anche Id., "Identità giuridica" e "continuità economica" nelle vicende della responsabilità "da reato" dell'ente. *Evoluzione e circolazione dei modelli*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2014, p. 735.

<sup>1433</sup> Si cfr. M. PELISSERO – E. SCAROINA – V. NAPOLEONI, *Principi generali*, cit., p. 117; M. MASUCCI, *Responsabilità da reato e «vicende modificative»: dalla «continuità d'azione» alla «colpevolezza» dell'ente*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 133 e 135-136.

<sup>1434</sup> M. MASUCCI, *Responsabilità da reato e «vicende modificative»*, cit., p. 134; si cfr. anche G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 137

<sup>1435</sup> Sul punto, si v. M. MASUCCI, *ult. op. cit.*, p. 136-137; Id., *Ratio e sistema dell'illecito (parapenale) dell'ente modificato*, in *Riv. trim. dir. Pen. Ec.*, 2015, p. 191. Ritengono che vi sia continuità di responsabilità M. PELISSERO – E. SCAROINA – V. NAPOLEONI, *Principi generali*, cit., p. 121, anche se poi si ammette l'esistenza di correttivi; si v. anche V. NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, cit., p. 309 ss.

<sup>1436</sup> Di sequela discorre M. MASUCCI, *Responsabilità da reato e «vicende modificative»* cit., p. 138; in senso contrario, ancora V. NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, cit., p. 309 ss.; M. PELISSERO – E. SCAROINA – Id., *Principi generali*, cit., p. 123-124 e qualifica in senso civilistico la responsabilità dei terzi (p. 127). In senso critico verso questo inquadramento, I. ABRUSCI, *Vicende modificative dell'ente e diritti fondamentali*, in L. LUPÁRIA – L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente*, cit., p. 255 ss.

<sup>1437</sup> Pur nel silenzio della legge, anche alla luce della Relazione governativa, si ritiene prevalentemente non applicabili le sanzioni interdittive nel caso di cessione d'azienda, a meno che il cessionario non sia responsabile anch'esso a titolo principale: G. CAPOZIO – D. VOZZA, sub *art. 33*, in AA.VV., *Compliance*, cit., edizione online.

personale incluso nella vicenda modificativa determinerebbe una cesura tra le diverse dimensioni personali dell'ente<sup>1438</sup>.

Pur giustificandosi per le citate ragioni di efficienza punitiva del sistema, le soluzioni adottate dalle disposizioni citate appaiono d'acchito sproporzionate, in quanto non si è provveduto a realizzare un adeguato bilanciamento con il principio di personalità della responsabilità penale e con la libera iniziativa dell'impresa<sup>1439</sup>. Analogamente, non sarebbe possibile garantire la proporzionalità del trattamento sanzionatorio, stante la funzione che il principio di personalità assolve sul piano della misura della pena<sup>1440</sup>.

Sono diversi gli istituti penalistici che, privilegiando *rationes* di politica criminale, si allontanano dall'ossequio dell'art. 27, comma 1 Cost., ma in tutti questi casi è possibile individuare soluzioni che siano quantomeno compatibili con una responsabilità per fatto proprio colpevole<sup>1441</sup>.

Analogamente, sarebbe opportuno recuperare, almeno sul piano interpretativo, un regime che realizzi il giusto equilibrio fra gli interessi contrapposti, attraverso l'affermazione di responsabilità anche in capo al soggetto formalmente estraneo all'illecito qualora questi versi in una condizione soggettivamente rimproverabile<sup>1442</sup>. In questo senso, una soluzione sarebbe già rintracciabile nell'art. 33, comma 2, in tema di cessione d'azienda, la cui distinzione con quanto previsto per le altre operazioni risulta difficilmente giustificabile, con rischio di frizione con l'art. 3 Cost.<sup>1443</sup> Pertanto, nell'attesa di un auspicabile intervento di riforma, dovrebbe tentarsi un'interpretazione costituzionalmente orientata che ricostruisca unitariamente detto regime, garantendo che

---

<sup>1438</sup> M. MASUCCI, *Responsabilità da reato e «vicende modificative»*, cit., p. 142 ss.

<sup>1439</sup> Si cfr. Id., *È costituzionalmente legittima la responsabilità da reato dell'ente "modificato"?* Una conferma e un caveat in un responso della Cassazione, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2016, p. 771 ss.

<sup>1440</sup> Id., *Responsabilità da reato e «vicende modificative»*, cit., p. 133

<sup>1441</sup> Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364; Corte cost., 13 dicembre, n. 1085

<sup>1442</sup> M. MASUCCI, *Modificazioni dell'ente e responsabilità da reato: profili comparativi in chiave di riforma*, cit., p. 441

<sup>1443</sup> Id., *Ratio e sistema dell'illecito (para-penale)*, cit., p. 203. In senso contrario, V. NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, cit., p. 399 e M. PELISSERO – E. SCAROINA – Id., *Principi generali*, cit., p. 133.; sulle accuse a vario titolo di incostituzionalità, si v. p. 137 ss.

l'estensione della responsabilità sia assoggettata al limite della conoscenza o della conoscibilità dell'illecito<sup>1444</sup>.

## **7.2. Proporzionalità, continuità di azione e condizioni economiche e patrimoniali degli enti.**

Proprio per la rilevanza del principio di personalità della responsabilità ai fini della giustificazione dell'intervento punitivo, invece, l'applicazione della sanzione dovrebbe seguire il criterio logico della 'continuità d'azione'. Tale presupposto, previsto per la sola scissione, dovrebbe essere elevato a fondamento unitario della responsabilità dell'ente modificato per restituire razionalità al sistema<sup>1445</sup>. La permanenza di un'attività correlata al reato, da un lato, è esplicativa della sopravvivenza delle conseguenze punitive<sup>1446</sup>; dall'altro, dovrebbe condurre a escludere la responsabilità quando tale continuità sia risultata assente<sup>1447</sup>.

D'altra parte, come già evidenziato dalla Relazione in rapporto alla scissione, detta soluzione si impone al fine assicurare il rispetto del principio di proporzione, facendo in modo che la sanzione sia diretta solo verso attività in condizione patologica<sup>1448</sup>. Per lo stesso ordine di ragioni, la sanzione interdittiva può essere sostituita da quella pecuniaria nei casi di condotte riparatorie *ex art. 17* (art. 31, comma 2)<sup>1449</sup>.

Quando, in conseguenza di una vicenda modificativa, l'ente può essere considerato responsabile, sempre al fine di garantire la proporzionalità della sanzione, deve ritenersi applicabile l'art. 14, comma 1, che ne circoscrive l'applicazione all'attività che sia viziata

---

<sup>1444</sup> M. MASUCCI, *Responsabilità da reato e «vicende modificative»*, cit., p. 148; Id., *Modificazioni dell'ente e responsabilità da reato: profili comparativi in chiave di riforma*, cit., p. 440 ss.

<sup>1445</sup> Id., *Responsabilità da reato e «vicende modificative»*, cit., p. 148, che critica la soluzione della giurisprudenza che diversifica il fondamento (si cfr. Trib. di Milano, 20 ottobre 2011, n. 18941).

<sup>1446</sup> G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 137

<sup>1447</sup> *Ibidem*. Nel senso che questa lettura troverebbe conferma nel regime *ex art. 33*, M. MASUCCI, *Responsabilità da reato e «vicende modificative»*, cit., p. 147.

<sup>1448</sup> *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 50, § 14.1

<sup>1449</sup> Per la diversità di questa ipotesi da quella del riconoscimento di discontinuità fra gli enti: M. MASUCCI, *Responsabilità da reato e «vicende modificative»*, cit., p. 145.

dalla commissione dell'illecito<sup>1450</sup>. Sennonché, qualche problema residua nel caso di fusione “orizzontale”, là dove sorge il pericolo di inibire anche le parti di attività che non derivano dall'impresa responsabile<sup>1451</sup>.

Per la commisurazione della sanzione pecuniaria, può sembrare una deroga al principio di proporzione l'art. 31, comma 1, che, in presenza di un'operazione di fusione o scissione avvenuta prima della conclusione del giudizio, la àncora alle condizioni economiche dell'ente originariamente responsabile. Se di deroga si tratta, nel caso della fusione e della scissione per incorporazione essa opera *in bonam partem*, poiché si evita che il conglobamento fra diverse strutture possa incrementare il parametro di riferimento<sup>1452</sup>. Nel caso della scissione, essa si spiegherebbe in virtù dell'intento di assicurare effettività alla sanzione<sup>1453</sup>.

Sennonché, in disparte le possibili difficoltà di ricostruzione della situazione economico-patrimoniale di un ente ormai inesistente<sup>1454</sup>, nella misura in cui si ricostruisce tale regime in coerenza con i principi di personalità e di proporzione, suscita perplessità la scelta di avere escluso la rilevanza delle condizioni patrimoniali dell'ente che subisce la sanzione, specialmente qualora le sue dimensioni siano notevolmente ridotte rispetto all'altra società; il rischio, infatti, sarebbe quello di rendere più sconvenienti siffatte operazioni rispetto alla commissione in proprio dell'illecito<sup>1455</sup>.

---

<sup>1450</sup> *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 50, § 14.1

<sup>1451</sup> M. PELISSERO – E. SCAROINA – V. NAPOLEONI, *Principi generali*, cit., p. 129

<sup>1452</sup> V. NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, cit., p. 362; M. PELISSERO – E. SCAROINA – Id., *Principi generali*, cit., p. 128

<sup>1453</sup> S. GENNAI – A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 178; M. PELISSERO – E. SCAROINA – V. NAPOLEONI, *op. loc. ult. cit.*, p. 128

<sup>1454</sup> L. MONTICELLI, *La responsabilità patrimoniale dell'ente*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, II, cit., p. 3162

<sup>1455</sup> Si cfr. G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 131.

## 8. *Proporzionalità e prescrizione.*

L'istituto della prescrizione evoca nel diritto penale tradizionale la rilevanza del fattore tempo nell'oblio del reato ed esprime la rinuncia alla pena per il venir meno dell'esigenza sua della persecuzione<sup>1456</sup>. L'abdicazione della potestà punitiva per il decorso del tempo trova diverse ispirazioni: da un lato, esprime il diradarsi della memoria collettiva connessa al reato<sup>1457</sup>; dall'altro, in un'ottica personalistica, la pena intervenuta a distanza di tempo è disumana e potenzialmente inutile, se non dannosa, rispetto alla propria finalità precipua, quando interviene in un percorso di mutamento interiore dell'individuo<sup>1458</sup>. In questo senso, l'estinzione del reato, per quanto osservata sotto una lente utilitarista<sup>1459</sup>, risponde a logiche di garanzia per il reo<sup>1460</sup>; ciò non solo sul fronte delle funzioni della pena, che non è concepita come un imperativo categorico, ma anche del processo<sup>1461</sup>. Difatti, si tutela un diritto, quello di difendersi provando, che altrimenti perderebbe consistenza<sup>1462</sup>, con allontanamento dai canoni del processo che sia al contempo giusto e dotato di una durata ragionevole<sup>1463</sup>.

Dunque, sul terreno del diritto penale costituzionale, la prescrizione è un istituto indefettibile, riconducibile a un vero e proprio diritto fondamentale dell'individuo<sup>1464</sup>, la cui obliterazione, normativa o di fatto, si tradurrebbe in una strumentalizzazione della

---

<sup>1456</sup> Sono diverse le *rationes* riferite variamente dalla dottrina all'istituto della prescrizione. Nella manualistica italiana, tra gli altri, si v. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 609; E. MEZZETTI, *Diritto penale, Dottrina, casi e materiali*, Bologna, 2020, p. 685.

<sup>1457</sup> Si cfr. F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, p. 12 ss., 18 ss., 44; D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 21

<sup>1458</sup> F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *op. cit.*, p. 47; G. DE VERO, *Corso*, cit., p. 808; E. DINACCI, *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, p. 29

<sup>1459</sup> F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *op. cit.*, p. 24

<sup>1460</sup> F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 609

<sup>1461</sup> F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *op. cit.*, p. 40

<sup>1462</sup> E. DINACCI, *La prescrizione dell'illecito dell'ente*, cit., p. 28; G. GIOSTRA, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, in *Giur. it.*, 2005, p. 2221

<sup>1463</sup> Si cfr. Corte cost., 20 novembre 2009, n. 317, p. 8. Si cfr. anche G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 808.

<sup>1464</sup> Si cfr. Corte cost., 11 febbraio 2013, n. 23; Corte cost., 10 aprile 2018, n. 115; Corte cost., 19 maggio 2014, n. 143; Corte cost., 3 ottobre 2006, n. 393

persona per scopi repressivi o di assicurazione della collettività<sup>1465</sup>. Non è un caso che essa sia stata avversata dalla Scuola positiva, perché non in linea con le istanze di difesa sociale di cui tale indirizzo si faceva portatore<sup>1466</sup>; impostazione poi confluita nel progetto Ferri, che considerava irrilevante l'estinzione in virtù dell'esigenza primaria di prevenire la pericolosità sociale<sup>1467</sup>.

Se prevenzione generale e speciale, diritto di difesa e giusto processo spiegano l'esistenza e l'irrinunciabilità della prescrizione, il principio di proporzione rappresenta il fondamento delle sue connotazioni strutturali e operative. Il tempo necessario a prescrivere, infatti, è parametrato alla gravità del reato<sup>1468</sup>, generalmente compendiata nella pena comminata dal legislatore (art. 157, comma 1 e 2 c.p.), ciò che evidenzia il rapporto esistente tra il disvalore astratto dell'illecito e la sopravvivenza delle ragioni di punizione<sup>1469</sup>.

Le *rationes* alla base della prescrizione penale ricorrono anche nel settore della responsabilità degli enti, sia per la ritenuta natura para-penale dell'illecito, sia perché anche in relazione ai medesimi sono ravvisabili le stesse esigenze di prevenzione generale e speciale. Per il vero, sul terreno della prescrizione, le prime sembrerebbero qui una componente dominante; non tanto perché l'ente, quale soggetto artificiale, non sia in grado di diventare "altro"<sup>1470</sup> – posto che l'obiettivo ordinamentale è esattamente l'opposto – ma poiché il sistema "231" valorizza a più riprese la rinuncia alla pena per un'effettiva risocializzazione dell'ente, che non consente di dare spazio a presunzioni di rieducazione. Nondimeno, a ciò si aggiunge anche l'interesse dell'ente alla programmazione delle proprie iniziative, coesistente alla libertà di cui all'art. 41 Cost.

---

<sup>1465</sup> F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *op. cit.*, p. 47 ss.

<sup>1466</sup> *Ivi*, p. 24 ss.

<sup>1467</sup> Come riportato da M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., II, p. 238.

<sup>1468</sup> Rapporto di proporzione da intendersi rispetto alla gravità astratta del reato, e non in concreto, come osservato in una recente ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite in tema di rilevanza ai fini della prescrizione dei limiti all'aggravamento di pena della recidiva reiterata: Cass., Sez. II, ord. 14 dicembre 2022, n. 4439. Si cfr., in seguito, Cass., Sez. un., 23 giugno 2022, n. 30046.

<sup>1469</sup> B. GIANGIACOMO, sub *art. 157 c.p.*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – P. VENEZIANI (dir.), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018, p. 734

<sup>1470</sup> E. DINACCI, *La prescrizione dell'illecito dell'ente*, cit., p. 30



e tarpata dal pericolo di risposte punitive *ad libitum* sul piano temporale, se non adeguate al rispetto dei principi menzionati, compreso quello di proporzione.

Se l'art. 157 c.p. segue quest'ultimo canone, la disciplina della prescrizione contemplata per l'illecito para-penale dell'ente<sup>1471</sup>, invece, è frutto di una scelta eterogenea, irrigidita su una durata quinquennale che richiama il modello della l. n. 689 del 1981 e – invero impropriamente – l'illecito aquiliano<sup>1472</sup>.

Detto regime collide con il principio di proporzione appena richiamato e si presenta irragionevole nella misura in cui distingue il regime estintivo tra persona fisica e giuridica, accentuando l'autonomia della responsabilità dell'ente *ex art. 8* in maniera incoerente rispetto alla struttura della responsabilità<sup>1473</sup>. Difatti, pur ammettendosi che l'illecito dell'ente non si esaurisce nel fatto di reato, ma corrisponde a un rimprovero per l'inefficienza organizzativa, non è trascurabile il ruolo proprio del reato nella composizione di una fattispecie a disvalore complesso (si v. cap. III, par. 4.3)<sup>1474</sup>. L'ente risponde pur sempre per aver contribuito alla sua consumazione, tant'è che questa rappresenta l'evento da cui dipende l'inizio del decorso del tempo necessario a prescrivere<sup>1475</sup>. L'evento-reato è l'accadimento che, da un lato, concretizza il rimprovero dell'ente e, dall'altro, inizia a definire sul piano astratto la riprovazione ordinamentale dell'illecito collettivo; tanto è vero, che la comminatoria della sanzione segue la tipologia di reato commesso.

---

<sup>1471</sup> Malgrado l'espressione impiegata dal legislatore, la prescrizione deve essere riferita all'illecito, e non alle sanzioni. Altrimenti opinando, si consentirebbe di perseguire l'ente senza limiti di tempo, ancorché ciò non possa condurre ad applicare alcuna sanzione: in questi termini, *Ivi*, p. 4-5. Conformemente, si v. R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 177.

<sup>1472</sup> Si cfr. G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., p. 350. Discorre di "prescrizione non penale" F. CONSULICH, *L'ente alla corte*, cit., p. 29 ss.

<sup>1473</sup> Si cfr. M. PELISSERO – E. SCAROINA – V. NAPOLEONI, *Principi generali*, cit., p. 153. In senso contrario, per la ragionevolezza della differenziazione di regimi, al fine di ampliare l'efficienza della risposta punitiva, si cfr. Cass., sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28299; Cass., sez. II, 27 settembre 2016, n. 52316; Cass., sez. III, 18 maggio 2017, n. 56264. In senso analogo, Trib. di Bari, ord. 20 febbraio 2012, in [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it).

<sup>1474</sup> G. STEA, sub art. 22, in AA.VV., *Compliance*, cit., edizione online

<sup>1475</sup> E. DINACCI, *La prescrizione dell'illecito dell'ente*, cit., p. 15

Oltretutto, la connessione tra il reato e un illecito diverso, ma da esso scaturente, è stata tenuta in considerazione anche dal codice civile (art. 2947, comma 3 c.c.), al punto da potersi ritenere solo parziale la più volte invocata ispirazione civilistica<sup>1476</sup>.

D'altro canto, la stessa Relazione governativa ha fatto trasparire l'inconciliabilità di una disciplina siffatta con i principi costituzionali, ma la cui introduzione è apparsa necessaria per dare ossequio alla delega legislativa. Osservanza che è stata compensata, però, da un contestuale superamento dei limiti attraverso la introduzione dell'istituto della decadenza di cui all'art. 60<sup>1477</sup>, che tempera la rigidità prescrizione e segna il limite della regola autonomistica *ex art. 8*<sup>1478</sup>.

Inoltre, l'incostituzionalità è accentuata dalla neutralizzazione della incidenza del tempo fino al passaggio in giudicato della sentenza una volta verificatasi la fattispecie interruttiva della contestazione dell'illecito *ex art. 59* (art. 22, comma 4)<sup>1479-1480</sup>. L'interruzione perenne del termine rende irrilevante la prescrizione para-penale e il suo fondamento nel corso del processo e pone gli stessi problemi di costituzionalità che la l. n. 3 del 2019 aveva sollevato in relazione alla persona fisica<sup>1481</sup>. L'ente viene esposto in maniera permanente al processo e al rischio della sanzione, così non consentendogli di

---

<sup>1476</sup> *Ivi*, p. 17; G. STEA, sub *art. 22*, cit. Sia pure, nel caso dell'art. 2947, comma 3 c.c., al fine di garantirne un prolungamento temporale a favore delle iniziative del danneggiato.

<sup>1477</sup> La *ratio* garantista del regime di decadenza è evidenziata dalla Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit., § 15. Mette in luce i dubbi di compatibilità con la legge delega E. DINACCI, *La prescrizione dell'illecito dell'ente*, cit., p. 19.

<sup>1478</sup> Si cfr. G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 299. Nel senso di una vera e propria deroga all'art. 8, si v. E. DINACCI, *La prescrizione dell'illecito dell'ente*, cit., p. 21.

<sup>1479</sup> Rientrano tra i fatti interruttivi la presentazione della richiesta di applicazione delle misure cautelari e la notifica dell'atto di contestazione dell'illecito. Tuttavia, mentre nel primo caso il nuovo termine decorre a partire dalla contestazione stessa, nel secondo caso la prescrizione non opera fino al passaggio in giudicato della sentenza.

<sup>1480</sup> Altro profilo di dubbia legittimità costituzionale attiene alla irrinunciabilità della prescrizione: E. DINACCI, *La prescrizione dell'illecito dell'ente*, cit., p. 36; M. PELISSERO – E. SCAROINA – V. NAPOLEONI, *Principi generali*, cit., p. 153.

<sup>1481</sup> Sono numerosi i contributi pubblicati sulle questioni sollevate dalla riforma della prescrizione del 2019. Ci si limiterà a menzionare quelli strettamente rilevanti ai fini della presente trattazione. Oltre al citato saggio di E. DINACCI (*ult. op. cit.*, p. 32 ss.), si v., tra i tanti dello stesso Autore, D. PULITANÒ, *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, in *Sist. pen.*, 26 febbraio 2020, nonché R. BARTOLI, *Il nuovo volto della prescrizione: dalle concezioni garantiste alle concezioni stataliste*, in *Sist. pen.*, 4/2020, p. 66 ss.

programmare le proprie scelte imprenditoriali e aggravando i costi economici da sopportare<sup>1482</sup>. Si introdurrebbe, per altra via, un sistema esclusivamente incentrato sulla repressione della pericolosità sociale dell'ente precedentemente manifestatasi.

La prospettata incostituzionalità del regime della prescrizione vigente ne rende auspicabile una riforma improntata alla differenziazione dei termini e delle cause interruttive, con abbandono della idea della memoria forzata dal processo.

Sul fronte dei termini necessari a prescrivere non appare necessario il ricorso al modello penalistico attualmente previsto per la persona fisica, sbilanciato più verso una logica di prevenzione generale che, tra l'altro, ha contribuito negli ultimi tempi a revisioni criticabili degli archi edittali<sup>1483</sup>. Piuttosto, assegnare prevalenza al principio di proporzionalità anche sul fronte della prescrizione significherebbe recuperare il regime originario dell'art. 157 c.p., che suddivideva il tempo dell'oblio per fasce di gravità dei reati, e al quale, in tempi recenti, si è suggerito un ritorno<sup>1484</sup>.

### ***9. Il principio di proporzione fra premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità dell'ente.***

La disciplina del d.lgs. n. 231 del 2001 è articolata su di una progressione discendente della punibilità, dall'unica ipotesi della sua negazione (art. 26), fino ad arrivare all'esclusione parziale o all'attenuazione della risposta sanzionatoria (artt. 12, 13, comma 3 e 17)<sup>1485</sup>. Le diverse sanzioni positive conseguono all'impedimento dell'offesa

---

<sup>1482</sup> E. DINACCI, *ult. op. cit.*, p. 26-27

<sup>1483</sup> R. BARTOLI, *ult. op. cit.*, p. 79

<sup>1484</sup> R. BARTOLI, *ult. op. cit.*, p. 79. In questa direzione anche la Relazione presentata dalla Commissione Fiorella il 23 aprile 2013, consultabile sul sito del Ministero della Giustizia ([www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)). In senso adesivo, si v. D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, cit., p. 23 ss.

<sup>1485</sup> V. MAIELLO, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 632

o alla sua ridotta intensità, nonché, soprattutto, alla rieducazione dell'ente<sup>1486</sup>. Infatti, nel valorizzare il premio come strumento di prevenzione dei crimini<sup>1487</sup>, il “micro-codice” del 2001 si presenta ispirato al c.d. *Carrot and Stick approach*, ponendo accanto a un arsenale sanzionatorio particolarmente afflittivo una serie di meccanismi ricompensativi del ritorno alla legalità *post factum*<sup>1488</sup>. In questo quadro, è centrale ancora una volta l'organizzazione dell'ente<sup>1489</sup>: tra i molti ruoli del modello di organizzazione dell'ente<sup>1490</sup> v'è quello di esprimere la propria eventuale resipiscenza, attraverso l'emenda delle carenze interne che hanno contribuito alla commissione del reato<sup>1491</sup>. Un aspetto a sua volta poliedrico, se si considera la rilevanza trasversale delle condotte successive, talora criteri di commisurazione, talaltra circostanze attenuanti e di esclusione delle sanzioni interdittive; trasversalità che si apprezza anche rispetto alle diverse fasi processuali in cui tale atteggiamento può assumere rilievo<sup>1492</sup>.

---

<sup>1486</sup> Si v. A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 90 ss.; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Logica, criticità e riforme del sistema punitivo*, cit., p. 517 ss.; E. DINACCI, *La riparazione delle conseguenze del reato nell'illecito dell'ente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, p. 991 ss.; Nel senso che la combinazione fra la finalità riparativa e quella classicamente preventiva fa sì che la riparazione assuma anche una portata risocializzante per l'ente, M. COLACURCI, *L'illecito “riparato” dell'ente*, cit., p. 303.

<sup>1487</sup> Già nella Scuola classica è dato rinvenire questo approccio: C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., XLIV, p. 87; nella propria prospettiva utilitaristica, di un sistema di sanzioni e ricompense discusse anche il filosofo Jeremy Bentham.

<sup>1488</sup> Espressione mutuata dall'approccio tipico del sistema statunitense: si cfr. O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 24; C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., p. 536. Si v. anche la *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., § 6.1; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 130; M. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 345 ss., il quale discorre anche di funzione premiale-retributiva (p. 347-348).

<sup>1489</sup> Nell'ambito degli ordinamenti europei, attribuiscono rilievo all'adozione ex post del modello ai fini del temperamento della sanzione Austria, Gran Bretagna, Irlanda, Italia e, di recente, Francia e Spagna, mentre in Germania la questione è oggetto di discussione: così, A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 12.

<sup>1490</sup> R. RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, cit., p. 81; M. COLACURCI, *L'illecito “riparato” dell'ente*, cit., p. 79, il quale segnala che la *compliance* assolve tre funzioni: di imputazione/esclusione della responsabilità o di commisurazione della sanzione, di sollecitazione della riparazione e di promozione dei comportamenti desiderati.

<sup>1491</sup> Ciò anche in virtù dell'influenza che il contesto in cui si opera assume tra le cause della criminalità dei “colletti bianchi”; partendo proprio dalla teoria dell'associazione differenziale, il sistema si esprime in chiave promozionale verso la cultura della legalità all'interno dell'impresa: si cfr. E. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano, 1987, secondo le osservazioni di A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. VII, e di C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 246 ss.

<sup>1492</sup> C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., p. 536. In primo luogo, le condotte positivamente rilevanti devono essere tenute entro la dichiarazione di apertura del dibattito *ex art. 492 c.p.p.* Nel tentativo di bilanciare tale interesse con quello dell'ente ad un termine ragionevole entro il quale

La peculiare causa di ‘non punibilità parziale’ (o attenuante a efficacia speciale) della ‘riparazione’ delle conseguenze del reato *ex art. 17* non si accontenta del solo intervento sulle lacune preventive, ma esige altresì il ravvedimento operoso dell’ente in relazione al danno, civile e penale<sup>1493</sup>, e alla messa a disposizione del profitto confiscabile<sup>1494- 1495</sup>.

Ci si può chiedere se risulti congrua la previsione del concorso dei requisiti, e quindi di uno sforzo così intenso da parte dell’ente. La risposta può essere senz’altro positiva quanto ai requisiti della riparazione in senso proprio e della riorganizzazione, considerata la *ratio* della fattispecie; qualche dubbio può sorgere rispetto alla confisca<sup>1496</sup>. Difatti, il riferimento temporale dell’anteriorità della condotta alla dichiarazione di apertura del

---

svolgere gli adempimenti richiesti, la *ratio legis* è quella di circoscrivere l’oggetto dell’istruttoria dibattimentale, rimuovendo le attività inutili in virtù della reintegrazione-riparazione.

Il termine ultimo è fissato per l’effettiva adozione del modello organizzativo, non essendo sufficiente la sua mera elaborazione: in questo senso, Cass., sez. IV, 15 settembre 2022, n. 38025; Cass., sez. III, 29 novembre 2019, n. 878;

In ogni caso, in base all’art. 65, l’ente può ottenere la sospensione del procedimento se questo tempo si rende necessario per il compimento del risultato riparatorio. Resta fermo che la sua valorizzazione è subordinata all’adozione di una sentenza di condanna nei confronti dell’ente. Quantunque l’ente non abbia ultimato tempestivamente quanto richiesto, la costante apertura nei confronti della sua respiscenza consente di evitare l’applicazione delle sanzioni interdittive attraverso la loro conversione ai sensi dell’art. 78.

R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 149 discorre di *favor reparandi*, che dovrebbe far riconoscere rilevanza alla riparazione, anche al fine di evitare disparità di trattamento, nei riti speciali; si cfr. anche M. VIZZARDI, sub *art. 17 e 18*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 224.

<sup>1493</sup> V. MAIELLO, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato dell’ente*, cit., p. 639

<sup>1494</sup> Ciò che di fatto rende indefettibile nell’*an* e nella misura solo la confisca, mentre la riparazione è in grado di incidere soltanto sulle sanzioni interdittive, eliminandole, e pecuniarie, riducendone il *quantum*: si cfr. M. COLACURCI, *L’illecito “riparato” dell’ente*, cit., p. 286 ss.; V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni applicabili all’ente collettivo*, cit., p. 586

<sup>1495</sup> Sulla natura cumulativa, comunque già ricavabile dal dato letterale, si v. Cass., sez. III, 29 novembre 2019, n. 8785; in senso contrario, si v. Trib. di Firenze, 15 maggio 2002, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it), che afferma che l’art. 50 d.lgs. 231 del 2001 stabilisce che la revoca delle misure cautelari comminate agli enti è subordinata, oltre che alla mancanza delle condizioni di cui all’art. 45, alla sussistenza dei presupposti di cui all’art. 17; nel caso di specie, però, la pronuncia si è accontentata del solo adempimento di cui alla lett. b), e quindi dell’adozione di nuovo assetto organizzativo, in questa vicenda avvenuto assieme al mutamento del vertice societario e della composizione dell’organismo di vigilanza.

Per l’ammissibilità del sindacato in sede di legittimità circa l’adempimento delle condizioni, si cfr. Cass., Sez. II, 9 febbraio 2016, n. 11209.

<sup>1496</sup> In senso critico verso il cumulo dei requisiti *ex art. 17*, è stato sottolineato il rischio di inaccessibilità per gli enti di piccole-medie dimensioni, specialmente se interpretati in maniera rigorosa (A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 83).

dibattimento può rendere la contro-azione eccessivamente esigente se rapportata alle possibilità dell'ente, atteso che l'individuazione del profitto può avvenire correttamente una volta accertato l'illecito. Esigere dall'ente uno sforzo di identificazione e messa a disposizione incommensurabile e aleatorio può apparire eccessivo<sup>1497</sup>.

D'altro canto, se si opera un confronto con la c.d. riparazione quale causa di esclusione della punibilità *tout court* per le persone fisiche, l'effetto più favorevole, peraltro potenzialmente discendente anche da condotte di terzi, prevede sì la salvezza della confisca quando questa è obbligatoria, ma solo come misura che deve trovare comunque applicazione, non anche come condizione di riconoscibilità del beneficio<sup>1498</sup>.

Le considerazioni sin qui svolte, tuttavia, potrebbero essere spostate su di un piano più generale, giacché potrebbe risultare sproporzionato il rapporto tra l'intensità dello sforzo richiesto e i tempi processuali di realizzazione. Difatti, tutti le condizioni devono essere integrate prima della dichiarazione di apertura del dibattimento; il che comporta che l'ente e il giudice debbano essere in grado di svolgere tutti gli accertamenti e le valutazioni necessarie, compresa quella concernente l'idoneità preventiva del modello di reati della stessa specie di quello verificatosi, prima della fase in cui queste vengono ordinariamente svolte<sup>1499</sup>. Vero è che se le condotte fossero poste in essere tardivamente, potrebbe comunque fruire della conversione in sanzione pecuniaria *ex art. 78*; tuttavia, è ovvio che evitare che la condanna assuma tale contenuto è cosa diversa dalla loro conversione, come dimostra la circostanza che la sanzione pecuniaria non solo non è

---

<sup>1497</sup> Peralto, la giurisprudenza non si accontenta della mera messa a disposizione del valore corrispondente al profitto confiscabile, ma esige che, parimenti alla confisca, anche la messa a disposizione del profitto debba avvenire prioritariamente in maniera diretta: Cass., sez. VI, 22 giugno 2010, n. 27760; Cass., sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 6248. In senso critico, attesa la funzione specialpreventiva assunta dalla messa a disposizione del profitto, A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 82.

<sup>1498</sup> Si cfr. C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., p. 544, sulla incongruità di questa forma di monetizzazione della responsabilità penale. Valuta positivamente l'indefettibilità della confisca, in un'ottica specialpreventiva, A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 81-82, perché incide sul movente principale della criminalità d'impresa. In questo senso, si v. la *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, § 6.1.

<sup>1499</sup> V. MAIELLO, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, cit., p. 638 ss., che sottolinea come per questo sia prevista la sospensione all'art. 65, ma che sarebbe stato più congruo individuare come termine finale quello della conclusione del giudizio.

riducibile, ma può addirittura subire un incremento, anche sulla scorta delle ragioni del ritardo (art. 78, comma 4). Anche ritenendo che la particolare complessità della vicenda debba essere valorizzata come ragione che non conduca ad alcun incremento sanzionatorio, la sua valorizzazione è comunque lasciata alla discrezionalità del giudice.

In ogni caso, il necessario concorso dei requisiti induce a una loro interpretazione temperata dal canone dell'esigibilità, che non li consideri in maniera isolata, ma che segua la logica della loro integrazione, volta al riscontro di una complessiva ricerca del ritorno alla legalità da parte dell'impresa<sup>1500</sup>.

Seguendo tali criteri, dovrebbe ammettersi la sussistenza del requisito del risarcimento del danno<sup>1501-1502</sup> allorché questo sia avvenuto solo in maniera parziale, per le ridotte possibilità dell'ente<sup>1503</sup>, eventualmente scaturite dalle restrizioni poste in via cautelare<sup>1504</sup>. Ovvero ancora, valorizzando il *favor* espresso nei confronti del risultato riparatorio, si dovrebbe ritenere integrato il presupposto, a fronte della speculare impossibilità di adempiere, anche nell'ipotesi di un'attività riparatoria cui abbia già materialmente provveduto l'altro soggetto giuridico responsabile, la persona fisica<sup>1505</sup>. Inoltre, dovrebbe escludersi la rilevanza di concezioni di danno riconducibili solo indirettamente al reato e, in ogni caso, difficilmente afferrabili, come un ipotetico 'danno al mercato' nel caso di illeciti commessi nel quadro di una procedura a evidenza

---

<sup>1500</sup> Così V. MAIELLO, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, cit., p. 642-643. Mentre, in chiave rieducatrice, auspica di affidare al giudice dei poteri discrezionali sufficienti per modulare le condizioni di accesso al programma di ritorno alla legalità *ex art. 17*, M. CATENACCI, *Sanzioni per l'ente e fini della pena*, cit., p. 101 ss.; in senso conforme, si v. A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 83.

<sup>1501</sup> Da intendersi in senso civilistico: E. DINACCI, *La riparazione delle conseguenze del reato nell'illecito dell'ente*, cit., p. 998. Anche se si è autorevolmente osservato che, nel lessico legislativo comune, il riferimento alla riparazione e al risarcimento non risulta affatto rigoroso, sicché solo in astratto e tendenzialmente si può concludere che l'impiego del termine risarcimento sia circoscritto al solo danno civile (M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione*, cit., p. 597 ss.).

<sup>1502</sup> Nel caso di reati con vittima, l'integrazione del requisito risarcitorio richiede l'instaurazione di un canale comunicativo con vittima: in questi termini, si v. Cass., sez. II, 17 marzo 2016, n. 11209.

<sup>1503</sup> C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 201

<sup>1504</sup> V. MAIELLO, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, cit., p. 642; del resto, anche la *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., § 5.2., discorre di esigibilità, sia pure con riguardo alla sola ipotesi di riduzione della sanzione pecuniaria.

<sup>1505</sup> S. GENNAI – A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 97 ss.; G. AMATO, *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, cit., p. 67

pubblica<sup>1506</sup>. Infine, se il risarcimento è frutto della convergenza dell'operato dell'ente e della persona fisica, è incongruo pretendere l'unilateralità dello sforzo e ritenere quello congiunto insufficiente ai fini della riparazione<sup>1507</sup>.

Analogamente, va apprezzato lo sforzo nella direzione nella rimozione del danno penalistico, ancorché il risultato pieno resti irraggiungibile, come dimostra il riferimento letterale che considera positivamente l'essersi adoperato efficacemente in tal senso<sup>1508</sup>.

Circa la rimozione del difetto organizzativo<sup>1509</sup>, invece, anche per il modello adottato *ex post* deve rimarcarsi come appaia eccessivo e irrealistico pretendere la totale

---

<sup>1506</sup> V. MAIELLO, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, cit., p. 640, il quale critica la soluzione resa nel caso Siemens, che ha reputato insufficiente il risarcimento del danno discendente dall'aver alterato lo svolgimento della gara d'appalto, perché sarebbe rimasto privo di compensazione il c.d. danno al mercato (Trib.di Milano, GIP, ord. 27 aprile 2004; in senso analogo Trib. di Pordenone, GUP, 4 novembre 2001, in *Foro it.*, II, 2014, c. 318). In senso critico anche A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 81, la quale sostiene che, così opinando, si rischia di mutare il risarcimento del danno da misura riparatoria a misura punitiva, sulla scia dei *punitive damages* che dovrebbero essere espressamente previsti, come accade nell'art. 187-*decies*, comma 2 t.u.f., norma che consente alla Consob di costituirsi parte civile proprio per ottenere il risarcimento dei danni cagionati all'"integrità del mercato". Sul punto, si v. anche M. VIZZARDI, sub *art. 17 e 18*, cit., p. 221.

<sup>1507</sup> Si v. Cass., sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083. In senso critico verso l'orientamento che nega l'applicazione dell'attenuante nel caso in cui vi abbia contribuito anche la persona fisica, V. MAIELLO, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, cit., p. 641, che rileva che altrimenti si instaurerebbe una competizione ingiustificata tra i due.

<sup>1508</sup> Cass., sez. I, 21 maggio 2004, in cui si sostiene che l'attenuante non è applicabile ai reati di danno in cui il bene non è ripristinabile, citata da V. MAIELLO, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, cit., p. 642 ss., il quale, nel criticare la sentenza, ritiene sufficiente anche la rimozione delle fonti del danno; *contra* E. DINACCI, *La riparazione delle conseguenze del reato nell'illecito dell'ente*, cit., p. 997; per la necessaria rimozione delle fonti di danno e di pericolo, si v. Cass., 17 marzo 2016, n. 11209. In particolare, le misure individuate esemplificativamente sono le seguenti: l'allontanamento degli autori del reato, sostituzione dei vertici, l'abbandono delle attività in cui si è verificato l'illecito, la cessazione di rapporti commerciali con determinate controparti (Cass., sez. II, 16 ottobre 2013, n. 46369; Cass., sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 20560; Tribunale di Milano, GIP 27 aprile 2004, *Siemens*). Si è anche osservato che se l'eliminazione del danno impone lo svolgimento di un'attività che finisce per sovrapporsi, almeno in parte, col risarcimento del danno, giacché non c'è alcun danno ulteriore rispetto a quello già derivante dal reato, il riferimento al pericolo impone di eliminare tutti i fattori di rischio la cui perduranza potrebbe favorire il ripetersi del reato, con la possibilità di una sovrapposizione tra le misure modificative della struttura dell'ente e quelle inerenti all'offesa (M. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., p. 300 ss.). Anche V. MAIELLO, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, cit., p. 643, considera la sostituzione degli amministratori a metà tra riparazione e riorganizzazione.

<sup>1509</sup> Nel senso che le carenze organizzative che devono essere eliminate possono essere desunte dalla contestazione della pubblica accusa, si v. Trib. di Roma, GIP ord. 4 aprile 2003, in <https://olympus.uniurb.it/>.



neutralizzazione dei rischi illeciti, mentre, al contrario, deve risultare bastevole la loro minimizzazione<sup>1510</sup>.

In dottrina è stato osservato che non ci sono differenze qualitative fra il modello formulato *ex ante* e quello previsto *ex post*, sicché la valutazione di idoneità preventiva non dovrà seguire criteri nuovi e alternativi, ma semmai si gioverà di un criterio ulteriore rispetto a quello tradizionale basato sulla prognosi postuma. La differenza fra i due modelli sarà, allora, soltanto quantitativa, in relazione al livello di specificità degli accorgimenti preventivi da implementare, in base ai segnali ricevuti dalla commissione del reato<sup>1511</sup>.

Altra questione afferisce agli effetti della fattispecie *ex art. 17*: se, cioè, essa determini esclusivamente il venir meno delle sanzioni interdittive, senza incidere sulle sanzioni pecuniarie, ovvero se essa debba essere doppiamente apprezzata, anche ai fini della riduzione delle sanzioni pecuniarie, attesa la parziale sovrapposizione con l'art. 12, comma 2. La tesi negativa poggia sul dato letterale dell'art. 17, che dispone che l'applicazione delle sanzioni pecuniarie “resta ferma”<sup>1512</sup>.

Senonché, deve ritenersi che tale sintagma non va inteso nel senso che la sanzione patrimoniale resti imm modificabile nel *quantum*, ma solo per riconoscerne la indefettibilità nell'*an*, quand'anche si rinunci alla sanzione sull'attività<sup>1513</sup>. Questa interpretazione, inoltre, appare suggerita, oltre che dal dato teleologico, attesa la *ratio* di stimolare quanto più possibile tali condotte, anche dal principio di proporzionalità, considerato che, nell'ottica delle finalità di prevenzione speciale della sanzione, le condotte volte al

---

<sup>1510</sup> Si cfr. M. PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti*, cit., p. 371; G. GARUTI, *Premessa*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 14.

<sup>1511</sup> In questi termini, S. GIAVAZZI, sub *art. 17*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, III, Milano, 2017, p. 1678; in senso conforme, M. COLACURCI, *L'illecito “riparato” dell'ente*, cit., p. 302-303.

<sup>1512</sup> R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 156

<sup>1513</sup> In questo senso V. MAIELLO, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, cit., p. 650-651, mentre S.R. PALUMBIERI, *Il ravvedimento post delictum dell'ente*, cit., p. 2731 argomenta in questo senso valorizzando l'utilizzo della congiunzione “mentre” contenuta nella Relazione governativa.

ricupero della legalità devono essere valorizzate per l'intera determinazione del trattamento sanzionatorio.

La l. n. 3 del 2019, i cui effetti stravolgenti dell'impostazione originaria del sistema sanzionatorio sono già stati messi in luce, ha inciso in questa direzione anche sull'istituto della riparazione. In particolare, il comma 5-*bis* all'art. 25 combina condotte collaborative, che richiamano quelle della causa di non punibilità di cui all'art. 322-*ter* c.p. (sulla quale asimmetria negli effetti, si v. al par. successivo), ed eliminazione delle carenze organizzative, ancorate al nuovo termine della conclusione del giudizio, ma solo al fine di temperare la durata delle sanzioni interdittive. Detta fattispecie speciale, che fa da contraltare al maggiore rigore sanzionatorio seguito dallo stesso legislatore del 2019<sup>1514</sup>, è apparsa in distonia con la logica degli altri istituti premiali per l'ente<sup>1515</sup>, che ragionevolmente potrà preferire di non collaborare e accedere piuttosto all'ipotesi generale (art. 17), benché numericamente più esigente<sup>1516</sup>.

Prima di passare al paragrafo successivo, occorre svolgere alcune considerazioni conclusive sulla riparazione nel d.lgs. n. 231 del 2001, alla luce dei nessi esistenti con l'idea di un diritto penale in cui la pena proporzionata si fonda anche sulla riparazione degli illeciti. In questo senso, il modello della responsabilità dei soggetti collettivi rappresenta forse il fronte più avanzato quanto ad aperture a un modello di giustizia imperniato sulla riparazione<sup>1517</sup>.

---

<sup>1514</sup> C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., p. 537

<sup>1515</sup> Peraltro, si è evidenziato che la riparazione così concepita è più efficace rispetto alla mera logica utilitaristica della premialità tradizionale, ancora centrale rispetto agli enti nel sistema statunitense: sul punto, si v. A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Logica, criticità e riforme del sistema punitivo per l'illecito dell'ente da reato*, cit., p. 527; A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 91 ss.

<sup>1516</sup> C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., p. 537, il quale sottolinea anche come si possa muovere verso la progressiva eliminazione dell'interdizione accedendo alla conversione *ex art.* 78. Mettono in luce la complessità di questo ventaglio di ipotesi V. MAIELLO, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, cit., p. 652, e V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 307-308.; A. GULLO, *I reati contro la Pubblica Amministrazione e a tutela dell'attività giudiziaria*, cit., p. 437-438; M. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., p. 322, i quali ultimi segnalano la maggiore convenienza del regime tradizionale.

<sup>1517</sup> M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione*, cit., p. 587 ss., spec. 590

La riparazione della “231”, così come quella a cui si richiama la riforma introdotta dal d.lgs. n. 150 del 2022, si iscrive nell’ambito dei modelli di tipo complementare – che riguarda tutti i reati ed è innestata sulla punizione, atteso che l’effetto che determina è quello della riduzione/rimodulazione in concreto della risposta punitiva – e non sostitutivo di quello punitivo – che avrebbe richiesto una preventiva attività di selezione delle categorie di reato da coinvolgere, dal quale sarebbe discesa la non punibilità<sup>1518</sup>. Questo affiancamento si giustifica sia perché l’afflizione si rende necessaria parzialmente per la retribuzione, sia, soprattutto, per garantire l’efficacia del precetto in un’ottica di prevenzione generale.

D’altra parte, la mancanza di selezione dei reati si spiega anche in virtù della maggiore importanza che la riparazione assume soprattutto per i reati più gravi<sup>1519</sup>; e ciò tanto più quando venga in considerazione la responsabilità degli enti, in cui si aggiunge una forte istanza di prevenzione speciale.

L’attenzione per il ‘delitto riparato’ e, nella specie, per la ‘giustizia riparativa’ è emersa a livello normativo soprattutto di recente con la Riforma “Cartabia”. Invero, l’introduzione di una rilevanza a fini penali dell’accesso a percorsi di giustizia riparativa da parte della persona fisica ha avuto alla base soprattutto il motivo portante della realizzazione della deflazione processuale. Nel caso della “231”, invece, ci troviamo in presenza di un intento di ricupero strutturale di un ente che sia in grado di garantire un adeguato risultato preventivo delle forme di criminalità che potrebbero emergere al suo interno. L’obiettivo principale è quello della *compliance*, che va perseguita costantemente, anche dopo la commissione del reato. La deflazione processuale è realizzata attraverso altri istituti, come dimostra il particolare *favor* verso la riparazione

---

<sup>1518</sup> Si cfr. R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell’ambito della giustizia punitiva*, in *Sist. pen.*, 29 novembre 2022, p. 12; F.C. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015, p. 75.

<sup>1519</sup> G. MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 2017, p. 482

che spinge a consentirla anche in prossimità della definizione del giudizio, fino al momento della pronuncia (si cfr. art. 78).

In ogni caso, il d.lgs. n. 150 del 2022 è parso incentrarsi sulla giustizia riparativa, la quale va tenuta distinta dalla sola riparazione dell'offesa. Quest'ultima è dotata di maggiore ampiezza, al punto da potersi considerare il *genus* nel quale collocare la prima<sup>1520</sup>. Un esempio è rappresentato da quelle ipotesi in cui l'offesa procurata dal reato può essere ristorata attraverso il pagamento di una somma di danaro. Questo modello spicca nei reati senza vittima, in cui si offendono beni superindividuali o in cui la tutela è anticipata al pericolo o a uno stadio anteriore.

La giustizia riparativa, invece, ha base necessariamente relazionale e richiede un confronto tra l'autore e la vittima del reato<sup>1521</sup>; in essa la riparazione dell'offesa si dirige oltre il danno, fino a ricomprendere una componente tendenzialmente soggettiva<sup>1522</sup>.

Ebbene, l'impianto normativo della responsabilità da reato dell'ente è stato costruito incentrandolo sull'idea della riparazione in senso stretto, ma senza guardare alla prospettiva della giustizia riparativa e del pieno coinvolgimento della vittima nel ritorno collettivo alla legalità. Nondimeno, il sistema odierno non si presenta per niente chiuso a una piena conformazione a un'idea complessiva di illecito riparato. In particolare, ad oggi possono ravvisarsi due canali di apertura verso forme di *restorative justice*.

Una prima osservazione riguarda alcune tendenze giurisprudenziali affermatesi prima che si potesse discutere in ambito normativo di un ingresso della giustizia riparativa nel diritto penale delle persone fisiche. Difatti, la Suprema Corte ha affermato che ai fini della integrazione della riparazione indicata dall'art. 17 lett. a) non è sufficiente una determinazione unilaterale delle conseguenze da rimuovere, ma occorre una collaborazione o comunque di un contatto tra parti contrapposte. A tal fine la società deve impegnarsi «*a individuare le persone offese e danneggiate dal reato, anche a prescindere*

---

<sup>1520</sup> M. DONINI, *Pena agita e pena subita*, cit., p. 2 ss.

<sup>1521</sup> Si cfr. G. MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, cit., p. 489 ss.

<sup>1522</sup> C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, p. 125.

dalla costituzione di parte civile nel giudizio nei confronti della persona fisica, se instaurato, e a risarcirne, ove sussistente, il danno. E occorrerà, ancora, che, in caso di difficile determinazione dello stesso danno, la società dia prova di essersi adoperata per risarcirlo quanto meno attraverso contatti con gli interessati al risarcimento, che possano valere a dimostrare l'effettiva intenzione riparatoria»<sup>1523</sup>. Dunque, perché possa ritenersi soddisfatto tale presupposto, l'impresa non può prescindere dall'apertura di un canale comunicativo con la vittima, che consenta di dare maggiore certezza in ordine alla valutazione della idoneità satisfattiva<sup>1524</sup>.

Un secondo aspetto si colloca sul terreno legislativo, atteso che l'introduzione di percorsi di giustizia riparativa connessi al processo penale non esclude in alcun modo l'ente, stante l'ampiezza della locuzione «persona indicata come autore dell'offesa» (art. 42, comma 1, lett. a), che include l'imputato, al quale va equiparato l'ente *ex art.* 35 d.lgs. n. 231 del 2001<sup>1525</sup>.

Si è ritenuto altresì che «*le persone offese e l'eventuale comunità di riferimento potrebbero fornire all'ente un utile apporto conoscitivo e di riflessione anche ai fini dell'analisi del rischio concretizzatosi e dell'individuazione delle più opportune attività c.d. conformative, consistenti in impegni comportamentali volti alla prevenzione di ulteriori analoghi illeciti e all'eventuale correzione dei fattori organizzativi che hanno*

---

<sup>1523</sup> In questi termini, Cass., sez. II, 28 novembre 2013, n. 2383.

<sup>1524</sup> Si v. Cass., sez. II, 9 febbraio 2016, n. 11209, ove si legge che «*La mera costituzione di un trust non può essere considerata un adempimento dell'obbligo risarcitorio di cui alla lett. a) dell'art. 17 d.lgs. 231/2001, che esige un'anticipazione del risarcimento rispetto all'esito del procedimento penale, oltre all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, presupponendo una determinazione del danno stesso e un comportamento collaborativo tra le parti contrapposte [...]. Nel caso di specie non può certo ritenersi, come ha fatto il Tribunale, condotta idonea ad assolvere l'onere di tenere una condotta 'comunicativa' con i danneggiati la spedizione di una missiva in cui si dava atto dell'avvenuta costituzione del trust, senza che a ciò consegua una seria interlocuzione con i danneggiati sulla determinazione del danno*».

In senso adesivo verso queste aperture giurisprudenziali D. STENDARDI, *Disposizioni del D. Lgs. 231/2001 a matrice riparativa e possibili intrecci con gli strumenti tipici della Restorative Justice*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 4, p. 14; M. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., p. 305 ss.

<sup>1525</sup> Ufficio del Massimario (a cura di), *Relazione su novità normativa. La "Riforma Cartabia"*, Rel. n. 2/2023, Roma, 23 gennaio 2023, p. 294-295

*contribuito alla causazione dell'evento lesivo o pericoloso»*<sup>1526</sup>. E questo spingerebbe verso un passo in avanti la riparazione corporativa e i processi di ristrutturazione organizzativa, aprendoli verso l'esterno.

Anzi, taluno ha proposto anche di valorizzare in ottica riparativa anche la confisca, la quale rileva già oggi tra i requisiti di cui all'art. 17 – e anzi ciò rappresenta l'elemento di discriminazione rispetto all'art. 12 – ma risulta maggiormente slegata alla riparazione rispetto agli altri due presupposti. Per attrarla allo stesso fuoco teleologico si è proposto di direzionarla in senso soddisfacente verso gli interessi delle persone offese, ad esempio riconoscendo forme di negoziazione nella quantificazione del profitto<sup>1527</sup>. In questo modo si consentirebbe altresì una maggiore personalizzazione del trattamento sanzionatorio, al fine di scongiurare esiti particolarmente gravi, tenendo conto dell'atteggiamento collaborativo manifestato dall'ente<sup>1528</sup>.

### ***9.1. In particolare, le vicende asimmetriche della punibilità tra persona fisica ed ente responsabile.***

Il richiamo alla fattispecie premiale per la collaborazione dell'ente introdotta con la l. n. 3 del 2019 consente di far riferimento a una questione ancora aperta relativa al dialogo tra il diritto penale delle persone fisiche e quello para-penale delle persone giuridiche: il problema dell'asimmetria della non punibilità.

---

<sup>1526</sup> Si riporta testualmente quanto osservato da D. STENDARDI, *Disposizioni del D. Lgs. 231/2001 a matrice riparativa*, cit., p. 11, la quale valuta positivamente le pronunce sopra citate che si pongono su questo solco (p. 14). L'A. menziona anche una iniziativa dei *Community Environmental Justice Forums (CEJFs)* promossa dal Ministero dell'Ambiente canadese nella provincia della British Columbia in materia ambientale. Ad essi «*le Autorità ispettive possono indirizzare le imprese presso le quali sono stati riscontrati profili di non-compliance – con l'eccezione dei casi di offese gravi recate intenzionalmente e di precedenti analoghe violazioni – per individuare consensualmente, insieme alle vittime e alla comunità di riferimento, le condotte riparatorie più adatte al caso concreto*».

<sup>1527</sup> M. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., p. 334

<sup>1528</sup> *Ibidem*

Il legislatore non ha dettato una disposizione specifica sulla comunicabilità agli enti degli effetti delle cause di non punibilità, limitandosi a prevedere l'inesistenza dell'estinzione del reato nel quadro del riconoscimento dell'autonomia delle due responsabilità (art. 8). Previsione che, tuttavia, è stata interpretata dalla giurisprudenza in maniera estesa, comprensiva delle cause di non punibilità in senso stretto<sup>1529</sup>. Al contempo, non sono state né replicate né adattate le ipotesi di non punibilità dettate per le persone fisiche, al di là dei meri temperamenti del trattamento sanzionatorio sopra esaminati.

In linea di massima, in un sistema fortemente innervato da scopi di prevenzione speciale, premialità e rieducazione vanno di pari passo: gli istituti premiali si giustificano nei confronti dell'ente se viene restaurata e implementata la propria capacità di prevenzione dei reati<sup>1530</sup>. Sulla scorta di tali considerazioni, taluni giustificano la mancata estensione in via automatica all'ente di alcune ipotesi di non punibilità della persona fisica, poiché la valutazione incentrata sull'autore del fatto di connessione nulla dice sulla posizione dell'ente rispetto all'illecito<sup>1531</sup>. Il sistema "231" è imperniato sull'esigenza di assicurare che l'ente sia soprattutto *compliant* ed è proprio nell'ottica della propria conformazione alle istanze di prevenzione dei reati che si giustifica l'articolazione premiale sopra illustrata.

---

<sup>1529</sup> Cass., sez. III, 10 luglio 2019, n. 1420; Cass., sez. III, 23 gennaio 2019, n. 11518; Cass., sez. III, 28 febbraio 2018, n. 9072; Cass., sez. III, 17 novembre 2017, n. 90702. Per i commenti a tale orientamento, senza pretesa di esaustività, si v. G. AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in *disCrimen*, 14 dicembre 2018, p. 10 ss.; A. BERNASCONI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e autonomia delle responsabilità dell'ente*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 4, p. 579 ss.; P. CIRILLO, *L'estensione della particolare tenuità del fatto agli enti al vaglio della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2018, p. 157 ss.; F. FURIA, *La Cassazione ribadisce che l'art. 131-bis c.p. non esclude la responsabilità da reato degli enti*, in *Sist. pen.*, 15 gennaio 2020; S. LARIZZA, *Particolare tenuità del fatto e responsabilità degli enti da reato*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1999 ss.; L. LALTILIA, *L'inapplicabilità all'ente della particolare tenuità del fatto riconosciuta in capo all'autore (persona fisica) del reato*, in *Arch. pen.*, 1/2020; E. PIRGU, *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. cont.*, 5/2018, p. 187.

<sup>1530</sup> A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., *passim*; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Logica, criticità e riforme del sistema punitivo*, cit., p. 521

<sup>1531</sup> F. D'ARCANGELO, *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 324; V. MAIELLO, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, cit., p. 653

Laddove ci si limitasse a rendere pienamente comunicabili le vicende della punibilità delle persone fisiche nei confronti delle persone giuridiche, verrebbe negata la stessa *ratio* di fondo della disciplina, che tiene autonome le due responsabilità proprio per la diversità di funzioni assunte dai diversi regimi.

Al contempo, non va trascurato che, sul piano della valutazione ordinamentale circa la meritevolezza di pena, resta ingiustificato il ricorso alla stessa, o comunque la preclusione di ogni sua rimodulazione, allorquando tale giudizio, spostato sull'ente, riveli la ripetizione per quest'ultimo delle ragioni che hanno condotto alla rinuncia per la persona fisica. In altri termini, questo argomento non può condurre a una preclusione integrale della operatività degli istituti di non punibilità per l'ente, ma deve spingere verso un'integrazione di presupposti che faccia ritornare tali vicende verso una condizione di simmetria.

Sulla scorta di quanto anticipato, alla luce del principio di *extrema ratio*, non si giustifica l'assenza di una causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, corrispondente a quella prevista dall'art. 131-*bis* c.p. per le persone fisiche. La *ratio* 'economica'<sup>1532</sup> dell'introduzione della non punibilità per particolare tenuità del fatto dissuade dall'attivazione della potestà punitiva in presenza di fatti dall'offensività esigua, giacché il suo esercizio non produrrebbe alcun risultato utile. Se si considera che l'intento di 'autoriduzione' delle risposte punitive riguarda l'intero ordinamento, esso dovrebbe operare "a tutto campo". Al contrario, tale obiettivo verrebbe raggiunto solo parzialmente, con conseguente incompiutezza del sistema, se venissero trascurati gli enti collettivi<sup>1533</sup>.

Coerentemente con quanto premesso, però, con ciò non si vuole affermare che la causa di non punibilità applicata per le persone fisiche debba essere estesa automaticamente all'illecito *ex d.lgs. n. 231 del 2001*<sup>1534</sup>, né tantomeno che ci si debba

---

<sup>1532</sup> Si cfr. A. FIORELLA, *ult. op. cit.*, p. 604; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 792

<sup>1533</sup> N. SELVAGGI, *Tre temi sulla «riforma» della responsabilità da reato dell'ente*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 47 ss.

<sup>1534</sup> In dottrina si è sostenuto che la lettura della Corte di legittimità darebbe luogo a un'analogia *in malam partem*: si v. G. AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, cit., p. 11 ss.; P. CIRILLO, *L'estensione della particolare tenuità del fatto agli enti al vaglio della Cassazione*,



limitare alla mera elevazione a causa di non punibilità dell'attenuante *ex art. 12*, comma 1. Piuttosto, dovrebbero aprirsi degli spazi per una valutazione calibrata sulle peculiarità strutturali dell'illecito dell'ente, che esiti nel riscontro di un duplice disvalore minimale. Detto altrimenti, alla particolare tenuità del reato dovrebbe affiancarsi la ripetizione delle valutazioni personalistiche, come la non occasionalità del fatto, anche per la persona giuridica, integrata dal giudizio sulle carenze organizzative dell'ente. In particolare, sembra più in linea con le finalità del sistema "231" e la composizione strutturale dell'illecito para-penale collettivo la valorizzazione dei gradi di colpa organizzativa, escludendo la punibilità nei casi in cui tali difetti siano risultati di lieve entità<sup>1535</sup>.

Laddove si applicasse l'effetto favorevole nei confronti della persona giuridica accontentandosi del riconoscimento dell'esiguità del fatto rispetto alla persona fisica, si rischierebbe, all'opposto, di contraddire la finalità del sistema "231" e di abdicare alla pena per l'ente a fronte di deficit organizzativi anche significativi. Infatti, in dottrina si è efficacemente osservato che potrebbe sussistere un rapporto di proporzionalità inversa tra gravità della carenza strutturale e tenuità del reato; la particolare tenuità del fatto di connessione potrebbe dipendere proprio dalla sua integrazione in un contesto ad elevata disorganizzazione<sup>1536</sup>.

Tornando all'art. 25, comma 5-*bis*, la riforma del 2019 ha fatto emergere ulteriori perplessità anche sotto il profilo della divergenza degli effetti rispetto all'integrazione

---

cit., p. 161 ss.; E. PIRGU, *Per la Cassazione la particolare tenuità del fatto di reato (presupposto) non esclude la responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231/2001*, cit., p. 187

<sup>1535</sup> Per tale proposta, si v. A. SAVARINO, *I modelli organizzativo-gestionali tra autonormazione e meccanismi premiali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2021, p. 331 ss.; nel senso che l'adeguatezza del sistema di *compliance* dovrebbe assumere un ruolo centrale nel giudizio sulla tenuità del fatto dell'ente, anche M. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., p. 370. Altrimenti, la *ratio* preventiva verrebbe mortificata con riferimento a tutti quei reati astrattamente riconducibili all'alveo della causa di non punibilità: G. VARRASO, *Autonomia del sistema sanzionatorio a carico dell'ente nel d.lgs. 231/2001 e non punibilità dell'imputato di reato*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2020, p. 24. Per la preoccupazione circa le elusioni del sistema produttivo che potrebbero scaturire attraverso la frammentazione della realtà produttiva, si rinvia a N. SELVAGGI, *Tre temi sulla «riforma» della responsabilità da reato dell'ente*, cit., p. 47.

<sup>1536</sup> V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., p. 470 ss.

della omologa fattispecie di cui all'art. 323-ter c.p.<sup>1537</sup> Questa ipotesi, che rappresenta una forma embrionale della tanto discussa collaborazione processuale degli enti<sup>1538</sup>, si limita a restituire il regime edittale ordinario, stravolto dalla legge c.d. spazzacorrotti, rendendo il premio per la persona giuridica meno allettante rispetto a quello offerto alla persona fisica<sup>1539</sup>.

Onde evitare tale esito e in linea con la *ratio* della riforma, si potrebbe sostenere che la collaborazione processuale sia necessaria in ogni caso per far tornare le interdittive minacciate nei limiti edittali ordinari, e soltanto dopo tale condotta si potrebbe addivenire alla conversione della interdizione nella pena pecuniaria per via della riparazione *post delictum*.

Tuttavia, questa tesi si risolverebbe in un'interpretazione contraria al dato normativo, oltretutto *in malam partem*, a sua volta irragionevole se confrontata con il regime premiale che si applica per reati più gravi<sup>1540</sup>.

Oltretutto, in questo caso la scelta diversificata non si giustifica in base alla conformazione dell'illecito dell'ente, poiché non si tratta di spostare la riprovazione dalle scelte organizzative a quelle di perseguimento dei reati<sup>1541</sup>, bensì di considerare positivamente tanto il contributo in tale ultima direzione quanto la ristrutturazione interna dell'ente<sup>1542</sup>.

---

<sup>1537</sup> A. GULLO, *I reati contro la Pubblica Amministrazione e a tutela dell'attività giudiziaria*, cit., p. 437

<sup>1538</sup> N. SELVAGGI, «Negotiated settlements» e responsabilità da reato dell'ente, cit., p. 215 ss.; W. LAUFER – Id., *Responsabilità penale degli enti ed eccezionalismo americano*, cit., p. 47 ss.; H. BELLUTA, *Presunzione di innocenza e collaborazione nel processo agli enti*, cit.; FE. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., p. 159 ss. e 291 ss.; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 307; T. EPIDENDIO, *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2018, p. 145 ss.; A. SERENI, *Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato*, cit., p. 620 ss.

<sup>1539</sup> M. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., p. 322

<sup>1540</sup> M. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., p. 323; C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., p. 537; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 307-308

<sup>1541</sup> V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., 385

<sup>1542</sup> FE. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., p. 292 ss., al quale si rinvia per le criticità ulteriori di tale sistema. Sulla contraddizione tra l'enfasi posta sulla collaborazione processuale dell'ente da parte del sistema negoziale americano e la filosofia del legislatore del 2001, in quanto l'ente verrebbe relegato a mera comparsa di una scena che ha come bersaglio privilegiato la stessa persona fisica, C.E. PALIERO, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 56.

Sempre sul tema della implementazione di condotte positivamente rilevanti tenute nel corso del processo, in luogo di un recepimento della *diversion* angloamericana, problematico sul fronte delle garanzie<sup>1543</sup>, la dottrina si è espressa per la preferibilità della introduzione di un istituto analogo alla *probation* di cui agli artt. 168-bis ss. c.p.<sup>1544</sup> La sospensione del processo consentirebbe<sup>1545</sup> agli enti di realizzare le condizioni tipiche della riparazione *post delictum*<sup>1546</sup>, quali prestazioni di pubblica utilità, tra cui il miglioramento della capacità preventiva del modello di organizzazione<sup>1547</sup>. Tuttavia, onde evitare una discriminazione irragionevole di effetti tra enti che tengono le stesse condotte, non sarebbe sufficiente far leva sul solo art. 17<sup>1548</sup>. Pertanto, si dovrebbe

---

<sup>1543</sup> Sulla quale formula negoziale si v. scheda, J. ARLEN, *L'applicazione della legge penal-societaria negli Stati Uniti*, cit.; FE. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., *passim*, spec. 159 ss.; Id., *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2016, p. 80 ss.; W. LAUFER – N. SELVAGGI, *op. cit.*, *passim*; E. SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2020, p. 207.

<sup>1544</sup> Sul tema della *probation* nei confronti delle persone giuridiche, si v., tra gli altri, F. CENTORAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto alla probation dell'imputato-persona giuridica*, in L. LUPÁRIA – L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente*, cit., p. 199 ss.; G. FIDELBO – R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, p. 1 ss.; G. GARUTI, *Le nuove frontiere nel processo penale agli enti: la messa alla prova, la tenuità del fatto e l'assenza*, Relazione tenuta nell'ambito dell'Incontro di studi Tavoli 231, Milano, 17 maggio 2017; A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 143; FE. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., p. 294 ss.; C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., p. 548 ss., il quale ne rinviene un precursore nell'istituto del commissariamento una sorta di precursore; M. RICCARDI – M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversione dell'ente?*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2017, p. 47 ss.; R.A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Torino, 2018, p. 171 ss.; N. SELVAGGI, «Negotiated settlement» e responsabilità da reato dell'ente, cit., p. 225 ss.

<sup>1545</sup> Anche in questo caso la prospettiva che si assume è quella *de iure condendo*. Difatti, non sembrano ricorrere normativamente le condizioni per applicare agli enti la sospensione del processo con messa alla prova, per come attualmente strutturata. D'altra parte, nella giurisprudenza l'orientamento che si è espresso in senso favorevole è rimasto minoritario (Trib. di Modena, GIP ord 11 dicembre 2019, poi in sent. 21 settembre 2019; Trib. di Bari, sez. I, ord. 22 giugno 2022), mentre la soluzione prevalente ha trovato un autorevole avallo, di recente, in Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2022, n. 14840. In precedenza, in senso negativo: Trib. di Milano, sez. XI, 27 marzo 2017; Trib. di Bologna, GIP 1° dicembre 2020; Trib. di Spoleto, ord. 21 aprile 2021, poi in sent. 21 settembre 2021, in *Giur. pen web*.

<sup>1546</sup> Ipotesi che, con questo innesto, diventerebbero residuali: si cfr. FE. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., p. 299.

<sup>1547</sup> Come rilevato *Ivi*, p. 298, la soluzione più opportuna sarebbe quella di non differenziare in base alla gravità del reato-presupposto; anzi, la messa alla prova risulterebbe più utile proprio per implementare la capacità prevenzionistica rispetto ai reati più gravi. In senso conforme, G. FIDELBO – R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova*, cit., 14

<sup>1548</sup> Trib. di Spoleto, ord. 21 aprile 2021, poi in sent. 21 settembre 2021. In senso adesivo, M. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., p. 388.

circoscrivere l'accesso alla *probation* in senso riorganizzativo ai casi in cui il modello fosse già stato adottato<sup>1549</sup> e non fosse riducibile a un mero *paper program*<sup>1550</sup>.

Anche la irrilevanza sul piano sanzionatorio del pagamento di una somma di danaro per reati che hanno alla base un interesse monetizzabile, come nel caso dell'oblazione per le contravvenzioni<sup>1551</sup> o dell'estinzione del debito tributario, può risultare incongrua, se si considera che questo è spesso frutto di una decisione riferibile al vertice dell'ente e viene effettuato con mezzi patrimoniali a sua disposizione. Vero è che il mero pagamento non è espressivo della riforma strutturale dell'ente e, anzi potrebbe tradursi in una forma di monetizzazione della responsabilità che, al contrario, l'ordinamento dimostra a più riprese di avversare<sup>1552</sup>. Tuttavia, se ciò non può giustificare automatismi di non punibilità cumulativa, è altrettanto vero che, proprio per il coinvolgimento di fatto dell'ente in tale vicenda, una soluzione di netta chiusura rischia di scoraggiare l'operatività di tali comportamenti<sup>1553</sup>.

In questo quadro, anche per evitare i problemi di *bis in idem* sanzionatorio dei quali si discuterà più avanti (Cap. VI), la soluzione più ragionevole dovrebbe essere quella di integrare i due sistemi, consentendo di abdicare alla risposta punitiva quando l'ente abbia anche dimostrato un complessivo ritorno strutturale alla legalità<sup>1554</sup>. La insussistenza di

---

<sup>1549</sup> G. GARUTI, *La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto processuale penale*, in A. FIORELLA – A. GAITO – S. VALENZANO (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni*, cit., p. 433

<sup>1550</sup> Esprimono questa istanza C. PIERGALLINI, *op. loc. ult. cit.*, e G. FIDELBO – R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 14; in senso conforme FE. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., p. 300. Sui pericoli sul fronte del giudizio *post hoc ergo propter hoc* si v. A. ORSINA, *La messa alla prova degli enti. Riflessioni critiche a partire da un intervento della giurisprudenza sul tema*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2021, p. 127 ss. Propone di valorizzare il ruolo del commissario giudiziale all'interno di tale istituto, quale possibile ruolo di apripista per la 'giustizia riparativa', M. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., p. 389 ss.

<sup>1551</sup> Lo si segnala soprattutto in relazione ai reati ambientali, specialmente dopo il procedimento introdotto agli artt. 318-*bis* ss. t.u. ambiente: E. SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione*, cit., p. 194 ss.; A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione*, cit., p. 146-147.

<sup>1552</sup> Si cfr. FE. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit. p. 290.

<sup>1553</sup> C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., p. 546, anche se lui è per l'estensione automatica; R. BARTOLI, *Responsabilità degli enti e reati tributari*, cit., p. 228.

<sup>1554</sup> M. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., p. 363 ss.; L. PELLEGRINI, *Sanzione pecuniaria e procedimento di commisurazione*, cit., p. 558. nt. 28. Nel senso che tale obliterazione non si spiegherebbe nemmeno nel senso della logica preventiva della "231", perché c'è il rischio di strumentalizzazione dell'ente, posto che ormai dovrebbe cessare la pretesa punitiva statale, R. BARTOLI,

una resipiscenza dell'ente, però, non dovrebbe rendere totalmente irrilevante il proprio contributo nella fattispecie estintiva, ma, piuttosto, andrebbe valorizzato ai fini di una riduzione della sanzione.

---

*Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco,*  
in *Sist. pen.*, 29 marzo 2021, p. 10 ss.



CAPITOLO VI – IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE E IL *NE BIS IN IDEM*  
NEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE.

**1. *Soggetti collettivi e “binari doppi/multipli”: tra autonomia della responsabilità, idem factum e proporzionalità del trattamento sanzionatorio.***

Gli enti collettivi non sono estranei a quel fenomeno molto attuale della stratificazione delle risposte sanzionatorie, frutto del crescente bisogno, avvertito dal legislatore, di punire con strumenti deterrenti ed effettivi. Così, il legislatore ha tradito la neutralità originaria del d.lgs. n. 231 del 2001, di cui è emblematica l'aggettivazione come “amministrativa” della responsabilità degli enti, ponendo accanto a sanzioni – che di amministrativo, evidentemente, hanno ben poco – dei percorsi punitivi aggiuntivi, questa volta, quantomeno nelle intenzioni, riconducibili al diritto amministrativo in senso proprio. Fortunatamente, gli inganni delle etichette legislative non possono rimanere celati a lungo. L'affrancamento dal giogo nominalistico ha fatto scoprire tanto nell'uno quanto nell'altro caso l'afferenza a un alveo comune: quello della *matière pénale*.

Anche le persone giuridiche si ritrovano coinvolte in quell'infittimento di binari sui quali la giurisprudenza europea ha sollecitato negli ultimi anni una maggiore attenzione sul fronte delle garanzie. Dunque, proprio per l'importanza di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti collettivi, una ricostruzione di sistema che miri a ricomporre le frizioni tra i “binari multipli”, da un lato, e il *ne bis in idem* e il principio di

proporzione, dall'altro, chiede che non sia trascurata la dimensione metaindividuale dell'illecito, sulla quale si concentrerà l'analisi delle pagine seguenti.

L'esame delle pagine seguenti sarà limitato alle figure principali degli abusi di mercato, dei reati tributari e delle violazioni in materia di diritto d'autore; benché non si possa escludere che problemi analoghi possano sorgere con riguardo ad altre ipotesi di cumulo sanzionatorio<sup>1555</sup>.

### **1.1. Una premessa di metodo.**

Prima di proseguire con l'esame delle questioni sopra accennate, si ritiene opportuno svolgere alcune considerazioni sul metodo della ricerca.

Innanzitutto, non tutte le ipotesi di *double track* presentano i medesimi caratteri. Mentre l'illecito da reato resta imperniato sulla base generale di imputazione di cui agli artt. 5-6-7 d.lgs. n. 231 del 2001, le sanzioni (formalmente amministrative) colpiscono l'ente in virtù di criteri eterogenei fra loro, talvolta corrispondenti a quelli del sistema "231", talaltra riconducendo l'illecito all'ente con una maggiore immediatezza. Questa circostanza richiede un diverso approccio all'indagine sull'*idem factum* rispetto a quello che finora ha connotato le persone fisiche. In quel contesto, caratterizzato dalla qualificazione multipla di un fatto umano, ci si limita a operare un confronto tra le circostanze empiriche rilevanti ai fini dell'integrazione degli illeciti. Diversamente, l'illecito della persona giuridica richiede di ricostruire i rapporti tra la colpa di organizzazione, quale elemento del fatto, e i criteri ascrittivi dell'illecito amministrativo punitivo.

---

<sup>1555</sup> Si v. le segnalazioni di A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 105 ss., il quale evoca i rapporti: a) tra l'illecito *ex* art. 24, comma 2-*bis* d.lgs. n. 231 del 2001 e quelli previsti dagli artt. 2 e 3 l. n. 898 del 1986 a carico della persona fisica; b) tra l'illecito di cui all'art. 25-*ter*, comma 1 lett. s) d.lgs. n. 231 del 2001 e l'art. 144 t.u.b., nonché in relazione al sistema di vigilanza bancaria nel contesto unionale e alla materia antitrust.



Una volta riscontrata la medesimezza fattuale e sorto il problema del *bis in idem*, occorre ricercare le possibili soluzioni alla luce delle più recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e costituzionale, sempre tenendo a mente, al di là delle riflessioni teoriche, le diverse situazioni concretamente ipotizzabili.

Al contrario, laddove dovesse essere negata la sovrapposizione dei fatti storico-naturalistici considerati, si ritiene che sia compito dello studioso quello di non liquidare la questione semplicemente negando l'operatività del *ne bis in idem* e di dover anzi spingere la ricerca oltre questo tema, valutando se non residuino spazi per una restituzione a congruità del sistema sanzionatorio attraverso l'ausilio del principio di proporzione.

## **1.2. Abusi di mercato.**

### **1.2.1. Peculiarità del “doppio binario” a carico dell'ente.**

Si è avuto modo di vedere come l'art. 25-*sexies* d.lgs. n. 231 del 2001 commini per gli abusi di mercato una sanzione pecuniaria fino a mille quote, alla quale va aggiunta la confisca del profitto e del prezzo del reato. Parallelamente, la commissione dei corrispondenti illeciti amministrativi in violazione degli artt. 14 e 15 del regolamento 2014/596/UE comporta una sanzione pecuniaria che può raggiungere i quindici milioni di euro ovvero il 15% del fatturato dell'impresa (art. 187-*quinquies* t.u.f.). Addirittura una somma ben più elevata di quella irrogabile per la responsabilità para-penale, salva la possibilità di incremento – si badi – di entrambe le sanzioni, fino alla decuplicazione della misura del prodotto o del profitto quando questi siano di rilevante entità.

Mettendo da parte per il momento gli aspetti sanzionatori, il raffronto fra le due fattispecie si presenta in questo caso più agevole che in altri, atteso che l'art. 187-*quinquies* t.u.f. replica perfettamente i meccanismi di imputazione del d.lgs. n. 231 del

2001, attraverso la riproduzione del riferimento all'interesse e al vantaggio (comma 1) e per mezzo del richiamo agli artt. 6 e 7 del decreto citato (comma 4)<sup>1556</sup>. Difatti, quella di cui all'art. 187-*quinquies* t.u.f. «è una responsabilità propria, diretta e principale dell'ente, radicata nel principio di colpevolezza e nel fatto che la persona giuridica risponde per qualsiasi evento che derivi dall'assetto conferito alla propria organizzazione. Si tratta allora di un istituto ben diverso da quello che comporta la corresponsabilizzazione di un ente per illecito amministrativo come previsto da norme preesistenti e precisamente per gli intermediari finanziari dagli artt. 195 e 196 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e per tutte le società dall'art. 6, comma 3, l. n. 689 n. 1981»<sup>1557</sup>.

Dunque, entrambe le fattispecie richiedono gli stessi criteri di imputazione, oggettivi e soggettivi, di guisa che la responsabilità dell'ente è in entrambi i casi diretta per fatto proprio<sup>1558</sup>.

---

<sup>1556</sup> Si cfr. E. AMATI, *Abusi di mercato*, cit., p. 337. In origine era stata introdotta una responsabilità per il pagamento di una somma di denaro corrispondente a quella dovuta dalla persona fisica. Nonostante ciò potesse far sorgere qualche dubbio interpretativo che poi è diventata responsabilità diretta, come osservato da A.F. TRIPODI, *L'ente nel doppio binario punitivo*, cit., p. 4, tanto la dottrina (si cfr. FONDAROLI D., *La responsabilità dell'ente*, in F. SGUBBI – D. FONDAROLI – A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 153) quanto la giurisprudenza avevano riconosciuto che l'art. 187-*quinquies* t.u.f. prevedesse una responsabilità diretta dell'ente, sulla scia del d.lgs. n. 231 del 2001, alla luce dei criteri di imputazione ivi richiamati. Nel senso del cumulo tra la responsabilità in esame e quella solidale ex art. 6, comma 3 l. n. 689 del 1981, Cass. civ., sez. un. 23 giugno 2009, n. 20936.

<sup>1557</sup> F. BRUNO – A. DI PRISCO, *Market abuse directive e ruolo della Consob: della manipolazione del mercato e della tutela dell'attività di vigilanza della Consob*, in *Corr. giur.*, 4/2008, p. 457; per la natura eccezionale del regime, si v. A. GARGANI, *Commento all'art. 187 quinquies del T.U.F.*, in *Legisl. pen.*, 1/2006, p. 112. Anzi, proprio per questa differenza, l'assenza di disposizioni di coordinamento ha condotto a prospettare dei problemi di sovrapposizione con i regimi di solidarietà, con aggravamento irragionevole della responsabilità dell'ente: S. GIAVAZZI, *L'abuso di informazioni privilegiate*, cit., p. 858. Sulla problematicità della natura di quest'ultima responsabilità, stante l'anomalia rispetto agli ordinari regimi di corresponsabilizzazione degli enti, si v. *Ibidem* e S. BARTOLOMUCCI, *Market abuse e le responsabilità amministrative degli emittenti*, in *Le soc.*, 7/2005, p. 923.

<sup>1558</sup> S. GIAVAZZI, *ult. op. cit.*, p. 859. Esse appalesano una perfetta sovrapposibilità (si cfr. A. BASSI – T.E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 137) che spinge subito a interrogarsi circa l'applicazione della garanzia del *ne bis in idem* (A.F. TRIPODI, *L'ente nel doppio binario punitivo*, cit., p. 6 ss.; Id., *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 91 ss.).

### **1.2.2. Prospettive di ricomposizione del bis in idem.**

La materia dei *market abuse* è quella che meglio si presta al *test* di “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” richiesto dalla sentenza *A e B c. Norvegia*, vista la presenza di strumenti normativi che consentono di far dialogare i procedimenti e le decisioni delle Autorità coinvolte (artt. 187-*decies* ss. t.u.f.). Sempre che i criteri sovranazionali, essendo cumulativi fra loro, trovino un’applicazione effettiva, onde garantire il rispetto di entrambi i volti del *ne bis in idem*, come sembra essere stato auspicato dalla Corte cost. n. 149 del 2022, e che non vengano fagocitati dalla valutazione sulla sola proporzionalità della sanzione.

Pertanto, occorrerà valutare la prevedibilità della duplicazione, il perseguimento di scopi complementari, la distanza temporale tra i due procedimenti, il coordinamento tra le fasi procedurali nella ricostruzione della commissione dell’illecito-presupposto e della colpa d’organizzazione e, infine, la proporzionalità complessiva del carico sanzionatorio. In quest’ultimo caso, ci si può avvalere del meccanismo compensativo di cui all’art. 187-*terdecies* t.u.f., sicché nella determinazione della sanzione da irrogare si deve tenere conto di quella già inflitta ed eventualmente riscossa nella vicenda già definita.

Invero, se d’acchito la ricostruzione teorica possa apparire risolvibile attraverso il richiamo del predetto canone e a un rinvio alla casistica, benché rafforzato da un’esortazione a non sbilanciarlo verso interpretazioni riduttive del *ne bis in idem*, a un più attento esame emerge qualche dubbio sulla legittimità costituzionale del quadro normativo. Per un verso, la flessibilizzazione del giudizio sui “doppi binari” sanzionatori da parte delle Corti europee ne ha spostato il fulcro dall’incompatibilità sistemica a un approccio casistico. Sennonché, questo esige comunque non solo che l’ordinamento metta a disposizione i mezzi per garantire l’unificazione dei “binari”, bensì anche che sia possibile individuare una ragionevolezza intrinseca alla loro stessa previsione.

È questa la funzione del criterio della complementarità teleologica dei procedimenti e delle sanzioni, che, per l'appunto, richiama una valutazione di tipo ordinamentale, piuttosto che legata al caso concreto. Tanto è vero, che la stessa Corte di Strasburgo nel caso *A e B c. Norvegia* ne ha appurato la sussistenza facendo leva sulla parziale diversità di scopi astrattamente riferibili alle sanzioni amministrative tributarie<sup>1559</sup>. La stessa giurisprudenza di legittimità, nell'applicare tale criterio proprio in tema di abusi di mercato, prendendo le mosse dalla diversità del giudizio di colpevolezza, il quale sfuma nella *suitas*, e dall'equiparazione tra tentativo e consumazione, ha affermato che nell'illecito amministrativo spiccherebbe la funzione di tutela oggettiva del bene giuridico protetto anche dall'illecito penale, ovverosia il mercato e la fiducia degli investitori, mentre quest'ultimo perseguirebbe anche altre finalità, come quella specialpreventiva<sup>1560</sup>.

Nondimeno, non sembra che queste riflessioni, svolte con riguardo alla responsabilità delle persone fisiche, siano trasponibili a quella delle persone giuridiche<sup>1561</sup>. Difatti, entrambi i regimi sono tesi ad appurare la sussistenza della colpa d'organizzazione per gli illeciti commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente ascrivibili a soggetti apicali e para-apicali. Soprattutto, la medesimezza del criterio soggettivo d'imputazione, se, per un verso, fonda la medesimezza dei *facta*, per un altro, non consente di operare un distinguo tra le finalità dei due "binari" punitivi. D'altra parte, nella colpa di organizzazione confluiscono, sia pure dal lato del rimprovero, quelle istanze che stimolano una politica dell'ente orientata alla prevenzione degli illeciti.

Non sembra che nell'illecito amministrativo tale profilo possa assumere il ruolo di mero elemento soggettivo, per due ordini di ragioni. In primo luogo, anche in questo caso

---

<sup>1559</sup> Anche se il riconoscimento di scopi compensativi al sistema sanzionatorio tributario è stata contestata rispetto all'ordinamento italiano. Si tratta di una considerazione che, se può confarsi all'ordinamento norvegese, non è stata ritenuta traslabile al sistema nostrano. Sul punto, si v. G. MELIS – M: GOLISANO, *Il livello di implementazione del principio del ne bis in idem nel processo tributario*, cit., p. 590, richiamati anche da A.F. TRIPODI, *L'ente nel doppio binario punitivo*, cit., p. 24.

<sup>1560</sup> Cass., sez. V, 31 ottobre 2018, n. 49869

<sup>1561</sup> Lo suggerisce già A.F. TRIPODI, *L'ente nel doppio binario punitivo*, cit., p. 24; Id., *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 91 ss.

è previsto un coinvolgimento Ministeriale, sentita la Consob, sull' idoneità dei modelli (art. 187-*quinquies*, comma 4 t.u.f.), alla stessa stregua di quanto previsto dall' art. 6, comma 3, peraltro richiamato espressamente. In secondo luogo, la caratura afflittiva particolarmente elevata delle sanzioni amministrative mette al centro una funzione di prevenzione generale e speciale forse ancora più spiccata di quella rinvenibile nel d.lgs. n. 231 del 2001. D'altro canto, si è già evidenziato criticamente come l' art. 25-*sexies* d.lgs. 231 del 2001 limiti la reazione sanzionatoria a quella pecuniaria, senza lasciare spazio per le sanzioni interdittive, sicché non sembra riscontrabile nessuno spazio di autonomia teleologica per il "binario" para-penale<sup>1562</sup>.

Un ulteriore profilo di irragionevolezza è rappresentato proprio dal grado di afflittività della sanzione amministrativa, proprio perché di gran lunga più elevata sul piano edittale rispetto a quella dell' art. 25-*sexies*<sup>1563</sup>. Se i due illeciti sono pienamente sovrapponibili e non denotano differenze sul piano della gravità e della tutela, per quale ragione prevedere un ammontare differente? Vero è che i due procedimenti di determinazione della sanzione hanno basi di calcolo diverse: la commisurazione della sanzione in base all' art. 11 d.lgs. n. 231 del 2001 è bifasica, mentre dal riferimento diretto al *quantum* pecuniario e dal mancato richiamo dello stesso art. 11 si ricava l' applicabilità per l' illecito amministrativo del giudizio a somma complessiva<sup>1564</sup>. Nondimeno, si tratta di una differenza che rimane circoscritta al *quomodo* del momento commisurativo, che comunque, sia pure in una guisa diversa, tiene conto delle condizioni economico-patrimoniali del trasgressore (si cfr. art. 11 l. n. 689 del 1981); mentre resta ferma la criticità sul piano del *quantum*, che, nell' ipotesi base, può raggiungere e anche superare, attraverso il parametro del fatturato, una misura pari a quindici volte quella che può essere

---

<sup>1562</sup> Si cfr. A. ASTROLOGO, *I reati presupposto*, cit., p. 1123-1124, la quale osserva che «Non si comprende, invero, il motivo per la quale il legislatore non abbia previsto per i reati di market abuse le sanzioni interdittive, limitandone così il carico sanzionatorio, e d' altra parte, abbia costruito un apparato a doppio binario (reato e illecito amministrativo), raddoppiando la risposta pecuniaria (da reato e da illecito amministrativo) anche per il soggetto collettivo».

<sup>1563</sup> Anche questo aspetto sembra suggerito in chiave dubitativa da A.F. TRIPODI, *L' ente nel doppio binario punitivo*, cit., p. 28.

<sup>1564</sup> Si cfr. S. GIAVAZZI, *L' abuso di informazioni privilegiate*, cit., p. 857.

disposta ai sensi dell'art. 25-*sexies*. A nulla varrebbe il correttivo dell'aggravante per la rilevante entità del profitto, poiché attivabile in entrambi i contesti sanzionatori.

Ma anche se si spostasse nuovamente lo sguardo dal tema della proporzionalità astratta della sanzione a quello del *ne bis in idem* si riscontrerebbero delle difficoltà di ricomposizione del sistema sul piano della razionalità. Anche mettendo da parte la complementarietà degli scopi perseguiti, considerato che nella maggior parte dei casi il procedimento amministrativo viene instaurato e si conclude prima di quello penale, è arduo comprendere quale sia l'utilità della duplicazione sanzionatoria. La sanzione più elevata e la perfetta sovrapposizione non consentono al giudice penale di svolgere alcun ruolo autonomo, se non di mera conferma o smentita di quanto affermato in sede amministrativa. Il vaglio di cui all'art. 187-*terdecies* t.u.f., infatti, dovrebbe portare sempre a ritenere superflua e disapplicabile per intero la sanzione penale, poiché tutti i profili rilevanti a tal fine sono stati già apprezzati in sede amministrativa<sup>1565</sup>.

A questo punto, l'art. 25-*septies* verrebbe ridotto a mera norma "manifesto", espressione ulteriore, anche per gli enti collettivi, di come alcuni modi di impiego del diritto penale ne stiano trasfigurando il ruolo a quello di un mero "spauracchio": un ricorso allo strumento punitivo finalizzato solo a rendere nota la gravità delle possibili conseguenze derivanti dalla commissione di quel novero di illeciti, a prescindere dalla effettività del risultato sanzionatorio.

---

<sup>1565</sup> A.F. TRIPODI, *ult. op. cit.*, p. 28

### **1.3. Illeciti tributari.**

#### **1.3.1. L'ente protagonista delle vicende sanzionatorie in materia fiscale.**

Si è già visto che l'ampliamento del catalogo dei reati presupposto rispetto alla materia tributaria avvenuto con la combinazione dei due interventi di riforma del 2019 (d.l. n. 124, conv. in l. n. 157) e del 2020 (d.lgs. n. 75), per quanto ritenuto per certi versi necessario, ha sollevato alcune criticità sotto il profilo della compatibilità con il *ne bis in idem* (si v. cap. II, par. 2.2.2.1). Qui si vuole solo rammentare, per ragioni di ordine espositivo, che sull'ente grava anche la sanzione amministrativa tributaria, in quanto parte del relativo rapporto, oltretutto in via esclusiva se tale soggetto è dotato di personalità giuridica (artt. 11 d.lgs. n. 472 del 1997 e 7 d.l. n. 269 del 2003, conv. in l. n. 326 del 2003). Inoltre, con riguardo alle persone giuridiche non è invocabile il principio di specialità di cui all'art. 19, comma 1 d.lgs. n. 74 del 2000, posto che il comma 2 di tale ultima disposizione mantiene l'operatività delle sanzioni nei confronti di soggetti diversi dalle persone fisiche ai sensi dell'art. 11 d.lgs. n. 472 del 1997.

#### **1.3.2. Modelli di responsabilità e idem factum.**

Il coinvolgimento dell'ente nelle vicende sanzionatorie fiscali non solo avviene in maniera differente rispetto agli abusi di mercato, ove, come si è avuto modo di osservare, l'impostazione del d.lgs. n. 231 del 2001 è stata perfettamente riprodotta dal t.u.f., ma rispetto a quest'ultima si colloca esattamente agli antipodi.

La disciplina delle sanzioni amministrative tributarie tiene conto della possibile mancata coincidenza tra l'autore della violazione e il contribuente. Per tale ragione è prevista la solidarietà tra i due soggetti; espediente che, tuttavia, si risolve pur sempre in

una punizione e dà luogo a una forma surrettizia di responsabilità oggettiva<sup>1566</sup>. Che si tratti di punizione è reso viepiù evidente nel caso di ente munito di personalità giuridica, là dove il legislatore del 2003, stravolgendo il sistema originario<sup>1567</sup>, rende il debitore fiscale il protagonista esclusivo della sanzione, con estromissione dell'effettivo autore dell'illecito<sup>1568</sup>.

Onde superare le criticità di un sistema di responsabilità distonico rispetto alle evoluzioni più recenti del diritto amministrativo punitivo, si è proposto di ricostruire il regime *ex art. 7* cit. in maniera coerente con la soggettività della responsabilità, alla luce del richiamo del d.lgs. n. 472 del 1997. Secondo questa impostazione, la disposizione derogherebbe alla sola solidarietà, ma non alla personalità della responsabilità<sup>1569</sup>. Questa lettura risulterebbe coerente con altre ipotesi del diritto tributario, in cui c'è divaricazione tra autore dell'illecito e chi risponde delle sanzioni (art. 11, comma 6 d.lgs. 472 del 1997).

In senso contrario, si è osservato che, posto che così la sanzione graverebbe soltanto su uno dei corresponsabili, opinando in questo modo si rischierebbe di svalutare la portata deterrente del sistema sanzionatorio<sup>1570</sup>. Ma soprattutto, tale proposta ermeneutica, per quanto apprezzabile nell'ispirazione di principio, colliderebbe con la lettera dell'art. 7, che fa riferimento alla sola sanzione, e la *ratio* della riforma del 2003 e non si

---

<sup>1566</sup> C. FAVA, *Sanzioni tributarie e persone giuridiche tra modelli penalistici e specificità di settore*, Milano, 2006, p. 59; mentre nella l. n. 4 del 1929 era prevista una forma di responsabilità delle persone giuridiche, in base a quanto dettato dagli artt. 9-10-12 della stessa legge.

<sup>1567</sup> Finalità che ha contraddetto, perché viene richiamato il d.lgs. n. 472 del 1997 in quanto compatibile, nonostante questo pregresso intervento di riforma fosse improntato al principio di personalità (C. FAVA, *op. cit.*, 118); oltretutto, pone problemi di costituzionalità, perché opererebbe una discriminazione irragionevole tra tipologie di enti (Ivi, 117; D. COPPA, *Le sanzioni amministrative tributarie: principi e deroghe tra diritto interno ed interpretazioni sovranazionali*, in *Dir. prat. trib. int.*, 4/2018, p. 994-995; S. DORIGO, *Persone giuridiche e sanzioni amministrative tributarie*, in *Dir. prat. trib.*, 3/2018, p. 1116) e perché avrebbe trovato applicazione retroattiva (C. FAVA, *op. cit.*, p. 121).

<sup>1568</sup> A meno che non venga "squarciato il velo societario" per via del riscontro di un abuso dello strumento societario, impiegato solo come uno schermo per la commissione degli illeciti da parte della persona fisica. In merito, tra le altre, si v. Cass., sez. V, 14 febbraio 2013, n. 19716; Cass., sez. V, 24 ottobre 2016, n. 5924; Cass., sez. V, 23 maggio 2018, n. 28331; Cass., sez. VI, 7 febbraio 2019, n. 10975.

<sup>1569</sup> L. MURCIANO, *La «nuova» responsabilità amministrativa tributaria delle società e degli enti dotati di personalità giuridica: l'art. 7 del D.L. n. 269/2003*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, p. 665 ss.; F. GALLO, *L'impresa e la responsabilità per le sanzioni amministrative tributarie*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 32 ss.; G. MARONGIU, *Le sanzioni amministrative tributarie: dall'unità al doppio binario*, in *Riv. it. dir. trib.*, 2004, p. 403 ss.

<sup>1570</sup> C. FAVA, *op. cit.*, p. 119-120; F. GALLO, *op. cit.*, p. 34



concilierebbe con l'allocazione su di un soggetto diverso di un peso sanzionatorio calibrato sull'altrui comportamento e personalità<sup>1571</sup>.

Per ragioni analoghe, è stata respinta anche la tesi che ha richiamato il criterio dell'immedesimazione organica e la colpa dell'organo<sup>1572</sup>.

In definitiva, la ricostruzione più accreditata della dottrina tributaria ritiene che il modello di responsabilità a carico dell'ente di cui agli artt. 11 e 7 d.l. n. 269 del 2003 non sia quello per colpa, ma che sia strutturato su un paradigma meramente oggettivo di estensione della sanzione per un fatto, la violazione tributaria, riferibile alla sola persona fisica<sup>1573</sup>.

Diversamente, la responsabilità da reato è incardinata sulla colpa di organizzazione, che, come ricostruito sopra (si v. cap. 3, par. 4.3), non si limita a fungere da elemento di imputazione soggettiva del fatto di connessione, bensì è essa stessa parte del fatto complesso per il quale risponde l'ente.

Atteso che nell'un caso la sanzione tributaria viene posta a carico dell'ente per via della trasgressione della persona fisica, mentre nell'altro caso l'ente risponde non solo del reato, ma per avere contribuito alla sua commissione attraverso una condotta organizzativa inadeguata, ne discende il difetto di medesimezza fattuale tra i due binari.

---

<sup>1571</sup> L. MURCIANO, *op. cit.*, p. 672

<sup>1572</sup> A. ZOPPINI, *Imputazione dell'illecito penale e responsabilità «amministrativa» nella teoria della persona giuridica*, in *Riv. soc.*, 2005 p. 1320 ss.; R. CORDEIRO GUERRA, *Illecito tributario e sanzioni amministrative*, Milano, 1996, p. 382 ss.; A. CARDON, *Le nuove sanzioni amministrative tributarie*, in *Dir. prat. trib.*, 2005, p. 396 ss., il quale rileva proprio come sia problematico sostenere questa tesi, da lui proposta, se poi si commisura la sanzione sulle condizioni personali dell'agente; in senso critico anche C. FAVA, *op. cit.*, p. 121.

<sup>1573</sup> S. DORIGO, *op. cit.*, p. 1112 ss.; A. GIOVANNINI, *Persona giuridica e sanzione tributaria: idee per una riforma*, in *Rass. trib.*, 2013, p. 509 ss.; Id., *Il diritto tributario per principi*, Milano, 2014, p. 143 ss.; G. MARONGIU, *op. cit.*, p. 373 ss.; FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 127. Al punto che non sono mancate proposte di adeguamento al principio personalistico: alcuni hanno suggerito un ritorno al sistema introdotto originariamente dal d.lgs. n. 472 del 1997, orientato secondo il principio personalistico, o eventualmente introducendo la colpa di organizzazione (C. FAVA, *op. cit.*, p. 153, che sostiene l'opportunità di strutturare un "doppio binario" punitivo, l'uno per la persona fisica e l'altro per la persona giuridica, sulla colpa di organizzazione), mentre altri ancora hanno evocato l'istituto dell'adempimento collaborativo, introdotto con il d.lgs. n. 128 del 2015 (S. DORIGO, *op. cit.*). Resta ferma la differenza con quest'ultimo modello, l'adesione al quale, comunque, conduce a una riduzione della sanzione (A.F. TRIPODI, *op. cit.*, p. 32 nt. 114).

D'altro canto, in senso contrario non basterebbe osservare la non afferenza del dolo o della colpa alla valutazione sull'*idem factum*, alla luce della giurisprudenza costituzionale (si v. cap. II, par. 3)<sup>1574</sup>, poiché la colpa di organizzazione è un profilo che sintetizza tanto la colpevolezza quanto il comportamento per il quale l'ente risponde sul piano obiettivo<sup>1575</sup>. Pertanto, non appare persuasiva l'opinione di chi ha argomentato la sussistenza di una coincidenza tra i *facta* sull'assunto che la responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 sia polarizzata sul solo disvalore oggettivo e soggettivo del reato-presupposto<sup>1576</sup>.

A parere di chi scrive, non sembra che si possa giungere a esiti diversi spingendo all'estremo il concetto storico-sostanzialistico di *idem factum* seguito dalla Corte EDU, fino a individuare come vicenda nucleare di entrambi gli illeciti la violazione finanziaria<sup>1577</sup>. Difatti, il fatto storico-naturalistico 'organizzazione' riferibile all'ente, al

---

<sup>1574</sup> In un precedente contributo su questo tema (G. GRASSO, Responsabilità da reato tributario dell'ente e ne bis in idem: tra "binari" doppi e multipli alla luce del d.l. n. 124 del 2019, conv. in l. n. 157 del 2019, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 1-bis), avevamo osservato che l'affermazione della medesimezza fattuale degli illeciti della persona fisica e della persona giuridica avrebbe potuto poggiare sulla circostanza che l'elemento soggettivo non rientra nel fuoco degli elementi rilevanti ai fini del giudizio sull'*idem factum*. In questa sede si intende rimeditare quella prospettiva, tenuto conto delle considerazioni dogmatiche in punto di fatto dell'ente alle quali si aderisce, esposte al cap. III, par. 4 ss.

<sup>1575</sup> In questi termini, F. CONSULICH, *L'ente alla Corte*, cit., p. 41; A.F. TRIPODI, *op. cit.*, 16-17; D. PIVA, *Reati tributari e responsabilità dell'ente*, cit., p. 278; F. PIERGALLINI, *La riforma dei reati tributari*, cit., p. 217 ss.

<sup>1576</sup> Per questa tesi, si v. M. SCOLETTA, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2021, p. 19, che richiama la posizione espressa in Id., *Sulla struttura «concorsuale» dell'illecito punitivo delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano*, cit., p. 665 ss., esaminata al cap. III. Sembra partire dal presupposto della medesimezza fattuale M. BELLACOSA, *I reati tributari e i reati di contrabbando*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 624; si v. anche F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reati degli enti per i delitti tributari: sintonie e distonie di sistema*, in *Sist. pen.*, 7/2020, p. 173. Di recente, ha argomentato per l'*idem factum* un decreto di archiviazione adottato dalla Procura di Milano il 9 novembre 2022 nella vicenda DHL, pubblicata in *Sistema penale*: si v. F. MUCCIARELLI, Ne bis in idem. sanzioni tributarie e responsabilità dell'ente, in *Sist. pen.*, 25 novembre 2022; M. SCOLETTA, Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari, in *Sist. pen.*, 28 novembre 2022). Prima di tale decreto, la giurisprudenza si è preoccupata di accertare l'esistenza di una "connessione sufficientemente stretta" tra i due procedimenti, dando per assodato l'*idem factum*, in un procedimento avente ad oggetto il delitto di associazione per delinquere finalizzato alla commissione di reati tributari, all'epoca dei fatti non ancora introdotti nel catalogo "231" (Cass., sez. III, 29 novembre 2019, n. 8785).

<sup>1577</sup> Lo adombra A.F. TRIPODI, *ult. op. cit.*, p. 18. Concordando con quanto detto dall'A., si tratta di un'eventualità che non può essere esclusa, stante l'approccio sostanzialistico tipico delle Corti sovranazionali. Per tali ragioni, le esigenze di completezza della presente ricerca richiedono che la questione del bis in idem venga affrontata in chiave problematica. Il problema verrà approfondito oltre (in questo capitolo, par. 1.3.3.).

di là del raffronto con gli elementi costitutivi dell'illecito, non può esaurirsi nel mero accadimento istantaneo che integra l'illecito della persona fisica. L'organizzazione è un fenomeno dinamico, complesso, corrispondente a un vero e proprio processo di interazione fra i componenti della realtà collettiva che tende verso la formazione di una volontà unitaria<sup>1578</sup>. Tali scelte e operazioni presuppongono un lasso di tempo esteso e comunque distinto rispetto alla trasgressione della norma sanzionatoria e involgono l'esercizio di funzioni eterogenee fra loro; ancorché questi aspetti siano poi sintetizzati all'interno del modello di organizzazione, del quale va valutata comunque l'attuazione<sup>1579</sup>. Donde, è possibile isolare e considerare quali entità distinte e non sovrapponibili sul piano empirico-temporale il reato e la condotta organizzativa.

Le conclusioni non mutano se si distingue fra reati connotati da frode e reati meramente omissivi. Con riguardo a questi ultimi, infatti, si potrebbe ipotizzare che il generale comportamento organizzativo tenuto dall'ente e il mancato adempimento degli obblighi fiscali da parte degli organi competenti finiscano col risultare indistinguibili.

In realtà, sembra escluderlo la considerazione che mentre l'omissione dell'organizzazione può essere definita come 'impropria'<sup>1580</sup>, quindi riferita a un mancato impedimento del reato tenendo le condotte necessarie a tale scopo, quella sul fronte tributario sarebbe 'propria', quindi corrispondente al mero inadempimento istantaneamente consumatosi alla scadenza del termine legale.

Giova precisare sin d'ora, in ogni caso, che le considerazioni finora svolte non sono generalizzabili a tutte le tipologie di organizzazioni collettive, ma potrebbero variare rispetto agli enti di piccole dimensioni. Tuttavia, posto che tale questione involge aspetti

---

<sup>1578</sup> Per la concezione delle decisioni dell'ente come processi decisionali, si v. C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., p. 2050 ss.; A. GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., p. 257.

<sup>1579</sup> Si rinvia a M. BELLACOSA, *I reati tributari e i reati di contrabbando*, cit., p. 628 ss. in ordine alla ricostruzione degli adempimenti organizzativi necessari ai fini della prevenzione dei delitti con modalità fraudolente.

<sup>1580</sup> V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., p. 140, 150 ss., 193 e 226 ss.

problematici a sé stanti, è necessario rinviarne l'approfondimento in sede successiva e autonoma (si rinvia al par. 2, in questo capitolo).

Nonostante si ritiene che debba escludersi che i due “binari” punitivi abbiano ad oggetto lo stesso fatto, resta la criticità di un carico sanzionatorio duplicato per l'ente comunque riconducibile alla stessa violazione tributaria. Inoltre, com'è stato giustamente osservato in dottrina, non è escluso che, laddove la questione dovesse proporsi in sede sovranazionale, la Corte EDU possa adottare una impostazione sganciata dalle elaborazioni dogmatiche sin qui seguite e, valorizzando il ruolo dell'illecito tributario, concluda per la medesimezza fattuale alla base delle due responsabilità<sup>1581</sup>.

Per tali ragioni, appare opportuno domandarsi se e in che termini sia possibile operare una ricostruzione del quadro sanzionatorio complessivamente sopportato dalle persone giuridiche sotto la lente tanto, eventualmente, del *ne bis in idem*, quanto del principio di proporzione.

### ***1.3.3. Il principio di proporzionalità della sanzione complessivamente inflitta.***

Quantunque si sia opinato nel senso della inesistenza di un *bis in idem*, il tema della ricomposizione dei binari “doppi” non solo va esaminato perché, come accennato, la Corte EDU potrebbe non essere dello stesso avviso; ma si ritiene che da esso debba avere inizio la trattazione della tematica del trattamento sanzionatorio, avendo trovato già alcuni tentativi di soluzione nelle corrispondenti vicende relative alle persone fisiche, nonché negli studi della dottrina e in alcune recenti interpretazioni nella prassi applicativa.

Ai fini del rispetto del richiamato principio, assodata la prevedibilità del secondo procedimento, occorrerà verificare, innanzitutto, la complementarità degli scopi dei due regimi sanzionatori, rispetto alla quale non sembrano ravvisabili degli ostacoli, posto che

---

<sup>1581</sup> A.F. TRIPODI, *ult. op. cit.*, p. 18

mentre le sanzioni tributarie sono improntate a una logica riscossiva, il sistema “231” persegue scopi di specialprevenzione<sup>1582</sup>.

Per il coordinamento procedimentale e l’adeguata interazione tra le autorità procedenti può essere bastevole il richiamo a quanto osservato dalla giurisprudenza costituzionale, che si è espressa nel senso della idoneità del sistema, per gli strumenti messi a disposizione delle Autorità, a raggiungere tale scopo (si v. cap. II, par. 5). Resta fermo, ovviamente, il riscontro concreto di tale profilo; così vale, d’altra parte, anche per la connessione temporale, che, forse, più di ogni altro criterio è rimesso alla valutazione discrezionale del giudice<sup>1583</sup>.

Infine, occorrerà garantire la proporzionalità complessiva della sanzione. Ma è proprio con riferimento a questo canone che emergono i dubbi di compatibilità con il diritto sovranazionale, dato che entrambi gli interventi di riforma sono risultati carenti nel mettere a disposizione del giudice degli strumenti di contenimento delle sanzioni entro tale limite.

Tra l’altro, questa mancanza ha generato una disparità di trattamento tra la persona fisica e la persona giuridica in materia di reati fiscali, non potendo estendersi all’ente gli effetti della causa di non punibilità per pagamento del debito tributario (art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000), alla luce dell’art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001. Disparità che una parte della dottrina ha considerato irragionevole, visto che la *ratio* riscossiva che innerva il sistema penal-tributario e che verrebbe soddisfatta da siffatto adempimento non sarebbe estranea al sistema della responsabilità degli enti<sup>1584</sup>. D’altra parte, l’ente resta assoggettato alla sanzione, nonostante generalmente provveda al pagamento del debito per conto della persona fisica; con l’ulteriore effetto di scoraggiare il ricorso all’autodenuncia<sup>1585</sup>.

---

<sup>1582</sup> D. PIVA, *Reati tributari e responsabilità dell’ente*, cit., p. 280, nonché, adesivamente, A.F. TRIPODI, *ult. op. cit.*, p. 24

<sup>1583</sup> Come dimostrano le oscillazioni interpretative della stessa giurisprudenza europea sul punto, secondo l’osservazione di A.F. Tripodi, *ult. op. cit.*, p. 26.

<sup>1584</sup> R. BARTOLI, *Responsabilità degli enti e reati tributari*, cit., p. 225-226; per questo l’A. suggerisce, innanzitutto, una revisione dell’art. 8 cit.

<sup>1585</sup> *Ibidem*

Soprattutto, si è avvertito il difetto di una disposizione analoga all'art. 187-*terdecies* t.u.f. che assicurasse il coordinamento conclusivo delle risposte sanzionatorie<sup>1586</sup>; al punto che, in una prospettiva *de iure condendo*, è stata proposta l'introduzione di una norma analoga, plasmata sul peculiare "binario" che coinvolge l'ente<sup>1587</sup>.

Un suggerimento alternativo ha riguardato l'adattamento rispetto al sistema della responsabilità dell'ente dei meccanismi previsti dal diritto penale tributario agli artt. 19-21 d.lgs. n. 74 del 2000<sup>1588</sup>.

In attesa degli apporti correttivi da parte del legislatore, la dottrina che si è occupata della tematica ha tentato di individuare delle vie interpretative che consentissero di restituire un sistema complessivamente coerente con le garanzie fondamentali.

Un primo orientamento, sull'assunto della riconduzione della responsabilità dell'ente al concorso di persone nel reato, ha proposto di applicare l'art. 119 c.p. per estendere all'ente gli effetti della causa di non punibilità *ex art.* 13 d.lgs. n. 74 del 2000<sup>1589</sup>, posta la sua natura oggettiva<sup>1590</sup>.

Questa tesi, oltre a riproporre le criticità di un inquadramento tutt'altro che pacifico in dottrina (si v. cap. III, par. 2), si scontra con l'interpretazione usuale dell'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001, che, al di là delle critiche mosse, non dà spazio ad automatismi operativi delle cause di non punibilità contemplate per la persona fisica<sup>1591</sup>. Peraltro, a fronte dell'assenza di dati normativi univoci, non sembra possibile argomentare per la

---

<sup>1586</sup> Sull'art. 187-*terdecies*, si v. F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati*, cit.

<sup>1587</sup> F. PIERGALLINI, *op. cit.*, p. 25.

<sup>1588</sup> *Ibidem*.

<sup>1589</sup> *Ivi*, p. 18.

<sup>1590</sup> *Ibidem*. Si cfr., Corte app. di Milano, sez. II penale, 2 maggio 2017 (ud. 20 aprile 2017), n. 2210. Per la natura oggettiva, si v. anche A. INGRASSIA, *Circostanze e cause di non punibilità. La voluntary disclosure*, in R. BRICCHETTI – P. VENEZIANI (a cura di), *I reati tributari*, in F. PALAZZO – C. E. PALIERO (dir.), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2017, p. 527 ss.

<sup>1591</sup> Riguardo a tale questione, si è già visto ampiamente nel cap. V, par. 9.1. Nell'ambito delle discussioni circa il carattere preclusivo dell'art. 8 cit., si v. R. BARTOLI, *op. loc. ult. cit.*, ha suggerito di considerare inapplicabile tale disposizione alla causa di non punibilità di cui all'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000. Questa prospettiva dimostra come sia avvertita in dottrina la presenza di quest'ostacolo normativo. Si v. anche E. FUSCO – A.A. NAZZANI, *Reati tributari e 231: la causa di non punibilità per il contribuente che si ravvede aprirà uno spiraglio alla non punibilità dell'ente che si dissocia e ripara le conseguenze del reato?*, in G. CANZIO – L. LUPÁRIA DONATI, *Diritto e procedura penale delle società*, cit., p. 1167, i quali evidenziano come a un risultato diverso non si potrebbe giungere se non con una forzatura estrema del dettato di cui all'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001.

immediata frattura della sequenza reato-pena: una lettura siffatta si porrebbe in contrasto con il principio della inderogabilità delle conseguenze giuridico-penali; rispetto al quale non va dimenticato le cause di non punibilità rappresentano delle eccezioni, oggetto di stretta interpretazione<sup>1592</sup>.

Altre istanze degli interpreti si sono dirette verso un'applicazione immediata dei principi elaborati dalla giurisprudenza europea ovvero mediante la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 187-terdecies t.u.f o dell'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000 nella parte in cui non sono applicabili alla responsabilità degli enti nel caso di commissione di un illecito tributario<sup>1593</sup>.

Invero, il problema delle visioni che fanno leva su una piana estensione della causa di non punibilità ovvero sulla illegittimità incostituzionale degli ostacoli a questa operazione risiede nell'enfasi posta sulle finalità di riscossione dell'ordinamento tributario, che chi scrive non ritiene possa trovare un pieno riscontro nel micro-codice "231". Detto altrimenti, se è certamente vero che gli scopi perseguiti dall'apparato penalistico di riferimento e che fa da sfondo alla responsabilità corporativa non siano elisi al cospetto di quest'ultima, nel d.lgs. n. 231 del 2001 rimane centrale la funzione di implementare la prevenzione della criminalità d'impresa.

Si è già osservato (cap. V, par. 9.1) che il consistente premio della non punibilità dell'ente dovrebbe poggiare sull'accertamento di un recupero della capacità di prevenzione di tale specie di reati. Il pagamento del debito tributario sarebbe in grado di soddisfare la prima finalità, ma non avrebbe alcuna capacità espressiva dell'adeguatezza organizzativa dell'ente.

---

<sup>1592</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 78; F.C. PALAZZO, *Corso*, 2021, cit., p. 134. Per un approccio analitico, al fine di distinguere tra cause dal contenuto tassativo e che cause che non hanno tali connotati, si v. G. DE VERO, *Corso*, cit., p. 298. Ma anche laddove si ammettesse l'estensibilità analogica della previsione di cui all'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000, difetterebbe l'*eadem ratio*, atteso che, come visto sopra, la responsabilità dell'ente è incentrata soprattutto sulla componente organizzativa.

<sup>1593</sup> R. BARTOLI, *ult. op. cit.*, pp. 220-226; P. VENEZIANI, *Problemi attuali in tema di responsabilità dell'ente da reato tributario*, cit., p. 4004

Cionondimeno, resta problematica la caratura afflittiva di un regime che, nel complesso, trascura la materiale provenienza dall'ente del dovuto pecuniario, sicché, come proposto sopra in merito alla non punibilità per oblazione, in un'ottica *de lege ferenda*, sarebbe opportuno valorizzare, congiuntamente alle condotte riorganizzative, il contributo dato dall'ente al ricupero del debito tributario (cap. V, par. 9.1).

Non è un caso che in un recente decreto di archiviazione *ex art.* 58 d.lgs. n. 231 del 2001 della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano<sup>1594</sup> il pagamento del debito tributario sia stato valorizzato, nell'ottica di garantire la proporzionalità del trattamento sanzionatorio e, in questa guisa, della rinuncia alla sanzione *ex art.* 25-*quinqüesdecies*, congiuntamente alle altre condotte riparatorie indicate, sia pure ad altri fini, dall'art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001. Ma sull'esame di questo provvedimento si avrà modo di tornare poco oltre.

In ogni caso, l'interprete non può esimersi dal tentativo di ricercare delle valide alternative *de lege lata*, rispetto agli strumenti messi a disposizione dal sistema, nonché, eventualmente, richiamandosi ai principi. Una soluzione potrebbe essere già rinvenibile all'interno del codice penale, che si erge a legge generale e centrale dell'intero sistema penale (si cfr. art. 3-*bis*; art. 16 c.p.)<sup>1595</sup>.

Prima della riforma dell'art. 187-*terdecies* t.u.f. intervenuta nel 2018, la disposizione in esame circoscriveva il temperamento del trattamento punitivo alle sole sanzioni di natura pecuniaria. Dunque, ci si era domandati se tale meccanismo potesse essere impiegato per compiere un giudizio di proporzione nei rapporti tra la sanzione pecuniaria e la pena detentiva.

Ebbene, la Corte di cassazione ha affermato che l'art. 187-*terdecies* è una norma speciale settoriale, che specifica quanto è già implicito all'interno dell'art. 133 c.p., da intendersi quale norma generale. Quest'ultima disposizione attribuisce al giudice il potere

---

<sup>1594</sup> Disponibile anche su Sistema penale al seguente indirizzo: <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/mucciarelli-ne-bis-in-idem-sanzioni-tributarie-ente-dhl>

<sup>1595</sup> Sull'art. 16 c.p., si cfr. A. FIORELLA, *Le strutture*, cit., p. 58 ss.; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 16 ss.; M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., p. 193



discrezionale di determinare la pena, ma pur sempre con il vincolo di rispettarne la legalità, nonché la sua proporzione rispetto al fatto concreto, tenuto conto degli elementi ivi indicati. Si deve concludere che non è necessaria una disposizione specifica che si occupi della compensazione tra sanzione amministrativa sostanzialmente penale e sanzione penale, poiché il giudice dovrebbe già di per sé provvedervi ai sensi dell'art. 133 c.p. A tal fine, dovrà tenere conto degli elementi del fatto che sono già ricompresi nell'ambito dell'accertamento che ha condotto all'applicazione della sanzione amministrativa, onde evitare una duplicazione valutativa di tali profili. Donde, la sanzione penale da irrogare dovrà essere concretamente quantificata in base a quegli aspetti del fatto residuali rispetto al precedente giudizio sanzionatorio<sup>1596</sup>.

Da quanto appena riferito, emerge che la carenza di una disposizione ad *hoc* relativa ai rapporti tra sanzioni diverse non è di per sé d'ostacolo alla loro riconduzione complessiva a un risultato proporzionato. Difatti, il giudice è tenuto a garantire la proporzionalità della risposta punitiva intesa nella sua integrità. Tale dovere deriva da un principio generale di giustizia sostanziale che riguarda l'intero diritto punitivo (artt. 3-27 Cost.) e che trova espressione nell'art. 133 c.p.<sup>1597</sup> Nel 'micro-codice' della responsabilità degli enti, poi, è rinvenibile una disposizione di analogo tenore, qual è l'art. 11 d.lgs. n. 231 del 2001<sup>1598</sup>. Inoltre, la logica integrata è seguita altresì dall'art. 83, che, in tema di sanzioni dal contenuto interdittivo, dispone sia il criterio dell'assorbimento in favore delle sanzioni "231" sia lo scomputo del c.d. pre-sofferto<sup>1599</sup>.

---

<sup>1596</sup> Così, Cass., sez. V, 31 ottobre 2018 (ud. 21 settembre 2018), n. 49869, *Chiarion*, in *Giurisprudenza penale web*, con nota di L. ROCCATAGLIATA, *La proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per abusi di mercato: disapplicazione in toto vs disapplicazione in mitius della norma interna*, 12 novembre 2018; conf. Cass., sez. V, 30 settembre 2019 (ud. 15 aprile 2019), n. 39999, in *Giur. it.*, Aprile 2020, con nota di A. F. TRIPODI, *op. cit.* Come rileva L. BARON, *Test di proporzionalità e ne bis in idem*, cit., p. 37, è dubbio se questa soluzione possa valere anche per altre sanzioni, oltre a quella detentiva, quali quelle interdittive e ablatorie; sul punto, l'Autore cita la pronuncia del Tribunale di Milano, n. 14767/2018, che, pur aderendo all'orientamento estensivo del meccanismo compensativo alle sanzioni detentive, non ha applicato il meccanismo compensativo alle pene dell'art. 186 t.u.f.

<sup>1597</sup> Si v. al cap. II, par. 5. Si v. anche A.F. TRIPODI, *ult. op. cit.*, p. 27 e 31; Id., *Cumuli punitivi*, cit., p. 1047 ss.; M. SCOLETTA, *Condotte riparatorie*, cit.

<sup>1598</sup> Sia consentito il rinvio a G. GRASSO, *Responsabilità da reato tributario dell'ente*, cit. In senso conforme, A.F. TRIPODI, *ult. op. cit.*, p. 29.

<sup>1599</sup> Si cfr. A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 246-247.

La compensazione tra le sanzioni verrebbe così collocata nella normale fase commisurativa, dove il giudice dovrà prestare attenzione a non ripetere le valutazioni che sono state svolte nel procedimento già concluso. Posto che la disciplina del d.lgs. n. 231 del 2001 compendia finalità tanto punitive quanto di prevenzione speciale, si ritiene che la sua definizione prioritaria sia in grado di assorbire gli scopi del procedimento amministrativo, al punto da spingere a una disapplicazione totale della sanzione tributaria<sup>1600</sup>. Diversamente, l'evenienza ordinaria di un procedimento penale a chiusura consecutiva dovrebbe portare a concentrare la valutazione sui soli elementi rilevanti ai fini della prevenzione della criminalità d'impresa.

Tornando all'art. 11, la norma sulla commisurazione valorizza, tra gli altri criteri, anche le condotte tenute dall'ente *post crimen patratum*, in maniera non dissimile dall'art. 133, comma 2 n. 2 c.p.; comportamenti che ritornano, a fini attenuanti, negli artt. 12, comma 2 e 17. Di recente, proprio tali riferimenti normativi sono stati considerati in grado di offrire uno strumento risolutivo dei problemi di compatibilità con il *ne bis in idem* creati dal "doppio binario" a carico degli enti. Traendo l'abbrivio dai rapporti tra riparazione e proporzione (si v. cap. I, par. 9), la ricostituzione dell'ordine sociale violato e la convergenza verso un'organizzazione adeguata da parte dell'ente sono state ritenute suscettibili di incidere sull'integrazione della risposta punitiva finale. Trascurare questi profili, infatti, condurrebbe a una sanzione complessivamente sproporzionata e ingiustificata, inidonea a perseguire quegli scopi che la società gli ha assegnato<sup>1601</sup>. Al contrario, enfatizzarli consentirebbe, sul piano generale, di stimolare le società coinvolte in queste vicende, specialmente se di grandi dimensioni, verso la soddisfazione degli scopi riscossivi e il contestuale recupero della legalità d'impresa<sup>1602</sup>. Sulla scorta di tali rilievi, una volta realizzato anticipatamente lo scopo preventivo, si è pervenuti a disporre

---

<sup>1600</sup> A.F. TRIPODI, *ult. op. cit.*, p. 29

<sup>1601</sup> Si v. il già citato provvedimento di archiviazione della Procura di Milano, adottato nella vicenda "DHL", cit., p. 5 ss.

<sup>1602</sup> *Ivi*, p. 6

l'archiviazione dell'indagine a carico dell'ente, attesa la sufficienza della sanzione amministrativa tributaria a soddisfare le esigenze repressive.

Tuttavia, resta fermo il problema che è stato sopra evidenziato: il quadro normativo esaminato si occupa esclusivamente del temperamento della risposta punitiva, non anche della sua elisione. Sicché, non sembra che attraverso il richiamo alle disposizioni citate si possa dare ingresso a una nuova causa di non punibilità, che richiederebbe un puntuale fondamento legale.

Vero è che la pena legale non risulterebbe proporzionata: i due principi possono entrare in collisione, al punto che molte opzioni giurisprudenziali, sia nazionali<sup>1603</sup> sia europee<sup>1604</sup>, aprono la strada alla disapplicazione, anche totale, della sanzione quando ciò sia necessario per garantirne la proporzionalità.

Nel caso del *ne bis in idem* questo approccio restituisce una dimensione teleologica del principio di proporzione, giacché la sanzione, già spodestata da quella fiscale nella sua attitudine punitiva, risulterebbe inutile nella sua funzione propria e residuale della prevenzione speciale<sup>1605</sup>.

Ciononostante, benché tali orientamenti abbiano avuto il merito di evidenziare l'importanza di individuare dei mezzi che riportassero il sistema a una logica di coerenza, tutte le criticità connesse alla nuova dimensione casistica del *ne bis in idem* e della proporzionalità di derivazione sovranazionali rimangono insuperate<sup>1606</sup>. La rimessione integrale del controllo di proporzionalità al singolo giudice, che dà la stura a un sindacato "diffuso" di legittimità della sanzione, risulta aggravata, a fronte della possibilità di generare in via discrezionale una causa di esclusione della punibilità.

---

<sup>1603</sup> Cass., sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, *Chiarion Chiusoni*; Cass., sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999

<sup>1604</sup> CGUE, Grande Sezione, sent. 8 marzo 2022, C-205/20, *NE*

<sup>1605</sup> Fa riferimento alla complementarietà di scopi, ma valutata in concreto, M. SCOLETTA, *Condotte riparatorie*, cit.

<sup>1606</sup> Sulla recente interpretazione del principio di cui all'art. 49, pare. 3 CDFUE, si v. F. VIGANÒ, *La Proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione Europea*, cit. Per i rilievi critici sull'approccio casistico in tema di *ne bis in idem*, si v. L. BARON, *op. cit.*, p. 149; V. FELISATTI, *Il ne bis in idem domestico*, cit., p. 141; F. MUCCIARELLI, *op. cit.*; A.F. TRIPODI, *op. cit.*, p. 935

Per tali motivi, resta sempre ferma la via maestra di un intervento del legislatore volto a ovviare alle problematiche illustrate e, soprattutto, a rimuovere la diversità di conseguenze discendenti dalla riscossione del tributo in capo alla persona fisica e all'ente. In alternativa, andrebbe sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 17 – o dell'art. 25-*quinqüiesdecies*, trattandosi di ipotesi speciale – nella parte in cui non consente di inibire l'irrogazione della sanzione pecuniaria quando questa si appalesi superflua in virtù dell'integrazione delle circostanze descritte.

È vero che l'introduzione di cause di non punibilità è rimessa a un giudizio di opportunità del legislatore, frutto di un bilanciamento tra gli interessi connessi e quelli che si contrappongono alla tutela penale. Nondimeno, se il giudice accerta la sussistenza di tali elementi, appare irragionevole rendere irrilevante la riscossione del tributo per la persona giuridica e si ritiene che venga meno la necessità di sottoporla ulteriormente a una punizione integrale.

Nell'inerzia del legislatore, la percorribilità di questa via potrebbe essere suggerita anche dalla lettura 'forte' che recentemente la Corte costituzionale ha dato del divieto del *ne bis in idem*. Invero, in tale contesto, l'oggetto e la tecnica di declaratoria di incostituzionalità differirebbero: mentre nell'un caso si trattava di estendere una causa di improcedibilità, in tale ipotesi si tratterebbe di stravolgere gli effetti di una circostanza attenuante. Tuttavia, l'atteggiamento interventista, di rigore e di accentramento del sindacato di legittimità, assunto dalla Corte in tema di *ne bis in idem* potrebbe essere significativo del recepimento delle istanze espresse da tempo dalla dottrina.

Laddove si dovesse seguire l'impostazione sopra proposta e quindi escludere la medesimezza fattuale tra i due illeciti, non potrebbe venire in rilievo la violazione del *ne bis in idem*. Cionondimeno, rimane ferma la criticità di una risposta sanzionatoria multipla derivante da fattispecie parzialmente sovrapponibili, con conseguente rischio che l'ente sia assoggettato a un esito afflittivo gravoso, se non addirittura sproporzionato. Quantunque qualificata come mera obbligazione civile, si è già osservato che la sanzione

tributaria posta a carico dell'ente finisce per risolversi in una vera e propria punizione per la connessione esistente tra l'illecito e la sfera di interessi dell'ente che sia parte del rapporto tributario.

Ebbene, nell'un caso l'ente risponderrebbe della semplice commissione della violazione; nell'altra ipotesi per avervi contribuito con una propria condotta organizzativa. Attesa la coincidenza tra illecito amministrativo e reato della persona fisica, essa si appunta comunque su uno dei profili di disvalore dell'illecito dell'ente, che se gravasse doppiamente a proprio carico darebbe luogo a una pena che nel cumulo risulterebbe sproporzionata.

Onde evitare equivoci, giova ribadire che non si sta discutendo di *bis in idem*, bensì di proporzione. Si è detto a più riprese del legame esistente tra *ne bis in idem* sostanziale e principio di proporzione, sia per il fondamento costituzionale, sia per la rilevanza che questa ha assunto quale criterio dominante nel *test* sovranazionale sui “doppi binari” (si v. cap. 1, par. 7; cap. 2 par. 1). Orbene, il *ne bis in idem* penalistico esprime anche un'esigenza di proporzione: è chiaro che rispondere doppiamente per uno stesso fatto darebbe luogo a una pena ingiusta, che non risponderebbe alla gravità del fatto e alla colpevolezza dell'agente.

In misura analoga, ancorché manchi un vero e proprio *idem factum* in termini sostanziali, non è possibile valorizzare doppiamente uno stesso elemento storico ai fini della determinazione della sanzione corrispondente a fatti diversi, ma tra i quali intercorrano profili di connessione. In questi casi, se non si potrà discutere di vero e proprio *bis in idem*, il limite è comunque rappresentato dal principio di proporzionalità della pena.

Un esempio di sistema potrebbe aiutare a chiarire meglio quanto si sta cercando di illustrare.

Il cumulo giuridico delle pene si basa sulla unificazione del trattamento sanzionatorio; una integrazione tra le pene che devono essere inflitte per la commissione

di una pluralità di reati parzialmente sovrapponibili per la medesimezza della condotta ovvero comunque accomunati dalla unicità del disegno criminoso. In questi casi non viene derogato il principio di proporzione; infatti, il cumulo materiale darebbe luogo a una risposta superiore al disvalore che i fatti presentano se la contrapposizione con l'ordinamento presenta degli elementi di unificazione nella condotta ovvero nel processo rappresentativo-deliberativo. Proprio tali aspetti giustificano il ricorso a dei meccanismi di temperamento della pena, in virtù di una colpevolezza ridotta rispetto a quella che connoterebbe dei fatti completamente scollegati fra loro<sup>1607</sup>.

Con questo non si vuole operare un'assimilazione piena tra i presupposti del cumulo giuridico e il "doppio binario" a carico dell'ente. Certamente, non è ravvisabile la stessa condotta, posto che, come osservato, dal punto di vista dell'ente, è proprio questo l'elemento discrezionale dei due *facta*, che si sovrappongono solo in relazione all'evento. Parimenti, non ricorre la medesimezza del disegno criminoso, specialmente perché si tratta di comportamenti ascrivibili a soggetti diversi.

D'altra parte, lo scopo della presente proposta non è quello di affermare l'operatività del cumulo giuridico, bensì quello di illustrare l'analogia delle vicende e del principio che ne sta alla base. In altri termini, così come il principio di proporzione conduce a strutturare in maniera unitaria la pena per i reati *ex art. 81 c.p.*, in maniera analoga, alla luce della esistenza di uno stesso illecito della persona fisica alla base di entrambe le responsabilità, detto canone dovrebbe guidare una integrazione delle sanzioni inflitte.

Si è visto anche come la stessa giurisprudenza costituzionale abbia rinvenuto nel principio di proporzione il canone attraverso il quale mantenere entro una logica di congruità il trattamento sanzionatorio discendente dalla c.d. spirale di condanne (si v. cap.

---

<sup>1607</sup> Si cfr. M. DONINI, *Septies in idem*, cit., p. 2301.

Si v. la già citata sentenza Cons. Stato, 20 dicembre 2022, n. 1159, che ha richiamato un criterio omologo alla continuazione nel caso di illeciti amministrativi *antitrust* in assenza di previsione di legge proprio facendo leva sul principio di proporzionalità.

II, par. 6)<sup>1608</sup>. Il principio di proporzione si emancipa, così, dalla mera dialettica tra il singolo fatto e la singola pena per questo comminata o irrogata. Inoltre, a differenza del *ne bis in idem*, può essere in grado di legittimare il sindacato, in chiave di garanzia, sulle plurime risposte sanzionatorie riconducibili a fatti diversi tra loro, ma tra i quali emergono dei forti elementi di connessione e che sono riconducibili ad un comune nucleo di disvalore.

Si è altresì osservato come l'istanza di una proporzionalità complessiva della pena sia stata avvertita dalla giurisprudenza di legittimità più recente finanche in presenza di reati in ordine ai quali, per il rapporto di eterogeneità eventistica e di incompatibilità strutturale, non sia possibile discutere di medesimezza fattuale, secondo il criterio formulato dalla sentenza n. 200 del 2016. In casi siffatti, sulla scorta del c.d. principio di detrazione, si potrà fare ricorso all'art. 133 c.p. nel secondo giudizio per compensare le due sanzioni avvicendatesi tra loro<sup>1609</sup>.

Dunque, applicando tali considerazioni ai problemi ivi esaminati, all'esito del secondo giudizio il giudice dovrebbe evitare di svolgere una nuova valutazione su quegli aspetti sui quali si fonda l'afflizione già subita dall'ente. A tali fini, andrebbero tenuti in considerazione i riflessi della particolare struttura della responsabilità corporativa sul momento di commisurazione della pena. Quindi, se l'illecito dell'ente è a 'disvalore complesso', quale congiunzione del reato-presupposto e della c.d. colpa di organizzazione, la pena dovrà tenere conto tanto della gravità del primo, avuto riguardo alla posizione della persona fisica (si v. cap. 5, par. 3.1), quanto alla intensità del coinvolgimento dell'ente. Si tratta di aspetti che, infatti, sono stati richiamati espressamente dal legislatore all'interno dell'art. 11 d.lgs. n. 231 del 2001.

Diversamente, la sanzione amministrativa è interamente calibrata sulla violazione commessa dalla persona fisica; tant'è che è questa una delle circostanze che spinge a dichiarare la natura oggettiva della responsabilità dell'ente nella disciplina tributaria.

---

<sup>1608</sup> Corte cost., 20 luglio 1993, n. 343; Corte cost., 18 novembre 1993, n. 422

<sup>1609</sup> Si cfr. Cass., sez. V, 25 ottobre 2021, n. 1363.

Alla luce di quanto sintetizzato, la commisurazione delle due sanzioni risulta sovrapponibile per uno dei profili di disvalore, corrispondente all'illecito amministrativo/reato presupposto commesso dalla persona fisica. Nella prospettiva sin qui sostenuta, esso non dovrebbe essere preso in esame una seconda volta, altrimenti, per la connessione esistente tra i due fatti, la sanzione, che va ragguardata anche negli esiti complessivi a cui conduce<sup>1610</sup>, risulterebbe sproporzionata.

Pertanto, sulla scorta di quanto illustrato, i due “binari” dovrebbero dialogare per come di seguito esposto. Non si dovrebbe porre alcun problema per le sanzioni interdittive, rispetto alle quali opera già il criterio dell'assorbimento di cui all'art. 83 d.lgs. n. 231 del 2001, oltre allo scomputo del c.d. pre-sofferto. Se il procedimento amministrativo si è concluso per primo, il giudice penale dovrebbe espungere dal *quantum* sanzionatorio la misura quantificata sul fatto di connessione e commisurarla esclusivamente sul grado di colpevolezza dell'ente. A tale fine, dovrebbe svolgersi un giudizio di sintesi che ricomprenda tutti i criteri dell'art. 11, per poi determinare l'estromissione del numero di quote corrispondente a quell'importo complessivo che equivale alla somma già inflitta in sede amministrativa.

Viceversa, se il procedimento penale si conclude per primo, la sanzione para-penale è già in grado di inglobare anche il disvalore riferibile all'illecito tributario, di guisa che la sanzione amministrativa dovrebbe essere ‘disapplicata’, in quanto assorbita in quella “231”.

Che l'esigenza di integrazione delle due sanzioni sia viva lo dimostra il fatto che essa era stata già avvertita dal legislatore in materia di abusi di mercato già prima della riforma del 2018. Ovviamente, si è visto che in quel caso la sovrapposizione tra gli illeciti è completa; tuttavia, in un primo tempo la formulazione dell'art. 187-*quinquies* t.u.f. era piuttosto anodina e analoga a quella degli artt. 197 c.p. e 6 l. n. 689 del 1981, poiché si limitava a porre a carico dell'ente l'obbligazione per il pagamento della sanzione. Invero,

---

<sup>1610</sup> Si v. Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112.



stante il riferimento dell'ultimo comma ai criteri di imputazione del d.lgs. n. 231 del 2001, buona parte degli interpreti si era espressa per il carattere diretto della responsabilità<sup>1611</sup>. Nondimeno, la stessa emersione di alcune incertezze interpretative<sup>1612</sup> è emblematica di come detta formulazione potesse anche condurre ad altre letture, oltre che essere significativa di una diversa intenzione del legislatore.

Ad ogni modo, nonostante la *littera legis* ponesse a carico dell'ente la sola obbligazione civile corrispondente al contenuto della sanzione, l'art. 187-terdecies t.u.f. contemplava già il meccanismo di compensazione delle sanzioni anche con riguardo all'ente. Segno che, a prescindere dal *bis in idem*, l'intervento legislativo si era dimostrato sensibile alle istanze di proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo, prevedendo degli strumenti che potessero assicurare detto risultato.

Un'esigenza che, rispetto agli illeciti tributari, è stata avvertita di recente anche dalla giurisprudenza, che ha richiamato la proporzione quale parametro determinante l'esistenza di una connessione sufficientemente stretta tra "binari" in una vicenda che avrebbe dovuto condurre, piuttosto, ad affermare la eterogeneità dei fatti puniti<sup>1613</sup>. Un approccio che si ritiene sintomatico della percezione dell'istanza di far rientrare dentro i confini della proporzione la totalità di afflizioni per la persona giuridica connesse a una stessa violazione.

In questo senso, nonostante l'esclusione della sua contrarietà con il *ne bis in idem*, sarebbe possibile ricondurre il sistema a una logica di congruità e razionalità. Il principio di proporzione, se ha dismesso le vesti di criterio fagocitante il divieto di *bis in idem* ampiamente inteso, specialmente a seguito della recente sentenza della Corte costituzionale, tornerebbe ad assumere un ruolo di limite della moltiplicazione delle

---

<sup>1611</sup> Si v. i richiami operati da A.F. TRIPODI, *ult. op. cit.*, p. 4

<sup>1612</sup> D. FONDAROLI, sub *art. 197*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – P. VENEZIANI (dir.), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 840 ss.; si cfr. anche i rilievi di A.F. TRIPODI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>1613</sup> Si cfr. la già citata Cass., sez. III, 9 maggio 2019, n. 8785, relativa al delitto di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati tributari, all'epoca della commissione non ancora inclusi nel catalogo dei reati-presupposto; sul punto, si v. M. SCOLETTA, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, cit., p. 196 nt. 62.

reazioni punitive allorché di tale divieto non possa invocarsi la violazione. Una garanzia indefettibile, la cui esigenza di affermazione si rafforza progressivamente in tempi attuali, di fronte a carichi sanzionatori sempre più stratificati.

#### **1.4. *Violazioni del diritto d'autore.***

##### **1.4.1. *L'ente quale destinatario principale delle sanzioni amministrative.***

Anche la materia del diritto d'autore può dirsi contrassegnata da un "doppio binario" a carico dell'ente, così come avviene per la persona fisica.

I reati in materia di violazioni del diritto d'autore sono puniti dall'art. 25-*novies* d.lgs. n. 231 del 2001; al contrario, nessuna disposizione si occupa espressamente della responsabilità dell'ente in sede amministrativa. Tuttavia, vi sono una serie di elementi dai quali si desume che l'ente sia protagonista delle vicende sanzionatorie anche in questa sede.

Innanzitutto, questa conclusione è ricavabile dal contesto normativo della l. n. 633 del 1941, che tipicamente può vedere il coinvolgimento di soggetti strutturati. Inoltre, depone in questa direzione anche la tipologia di sanzioni comminate da dall'art. 174-*quinquies* l. 633/1941, che si occupa propriamente di misure che appaiono costruite per colpire un'attività imprenditoriale, e dal riferimento agli «stabilimenti» da parte della clausola estensiva di cui al comma 4 della disposizione citata. D'altra parte, una conferma proviene dal richiamo proprio all'art. 174-*quinquies* contenuto nella clausola di salvaguardia delle sanzioni interdittive di cui all'art. 25-*novies*, comma 2 d.lgs. 231/2001<sup>1614</sup>.

---

<sup>1614</sup> Ulteriori conferme sono ricavabili dalle vicende di cui si è occupata la giurisprudenza e che hanno visto come destinatarie delle sanzioni proprio delle persone giuridiche: Cass. civ., sez. II, 11 novembre 2021, n. 41122.

#### **1.4.2. Modelli di responsabilità e *idem factum*.**

La mancanza di un riferimento espresso all'ente sul versante della responsabilità implica che l'illecito amministrativo resti inevitabilmente imperniato sulla condotta e sull'elemento psicologico della persona fisica. Nessuna imputazione a carico dell'ente sulla base della colpa di organizzazione, bensì, deve ritenersi, soltanto in virtù quantomeno di un nesso di collegamento oggettivo con la sfera di interessi dell'ente, alla stessa stregua di quanto accade per le violazioni tributarie.

Questa osservazione in punto di criteri di ascrizione della responsabilità consente di richiamare in questa sede le stesse considerazioni espresse in relazione agli illeciti tributari. Pertanto, se si ritiene che la colpa di organizzazione connoti anche il fatto dell'ente, deve concludersi per la eterogeneità dei *facta* oggetto dei due "binari".

#### **1.4.3. Il principio di proporzionalità della sanzione complessivamente inflitta (rinvio).**

Laddove, all'opposto, si dovesse propendere per la sussistenza dell'*idem factum*, l'assenza di meccanismi atti a garantire la *sufficiently close connetion in substance and time* comporterebbe la constatazione della violazione del *ne bis in idem*.

Orbene, nell'ipotesi ordinaria di posteriorità del procedimento penale, quest'ultimo non dovrebbe trovare sbocchi di prosecuzione, a seguito del recente intervento della Corte costituzionale: l'art. 649 c.p.p. è applicabile anche agli enti, quindi la preclusione non dovrebbe restare circoscritta alle persone fisiche, protagoniste del giudizio *a quo* che ha condotto a sollevare la questione.

Residuano i problemi evidenziati dalla Corte per l'evenienza opposta di anteriorità della definizione del procedimento penale rispetto a quello amministrativo, nonché per lo svolgimento di procedimenti paralleli, in assenza di disposizioni adeguate che ne

assicurino il coordinamento. In attesa di un nuovo ed eventuale pronunciamento del Giudice delle leggi, occorre comunque domandarsi quali siano le soluzioni ipotizzabili, intanto, ai fini dell'integrazione fra le sanzioni.

L'unico strumento di dialogo fra i due giudizi è quello relativo alle sanzioni interdittive, là dove l'art. 25-*novies* non deve essere inteso quale garanzia del cumulo delle due sanzioni, poiché resta applicabile la disposizione generale dell'art. 83 d.lgs. n. 231 del 2001, che determina la prevalenza della sanzione "231"<sup>1615</sup>.

Un esito analogo dovrebbe involgere le sanzioni pecuniarie pur in assenza di un'indicazione positiva, poiché la sanzione para-penale congloba anche gli scopi repressivi perseguiti dalla disciplina punitiva della l. n. 633 del 1941.

Diversamente, l'esclusione del *bis in idem* non eliminerebbe il problema della proporzionalità della sanzione complessiva, rispetto al quale si richiama quanto argomentato sopra per la materia tributaria.

Circa le sanzioni interdittive, il problema è immediatamente risolvibile sempre attraverso l'applicazione della disposizione generale dell'art. 83 d.lgs. n. 231 del 2001, onde scongiurare il possibile concorso di interdizioni adombrato dall'art. 25-*novies*, comma 2.

Nel caso in cui il procedimento penale dovesse concludersi per primo, la sanzione amministrativa resterebbe fagocitata dalla maggiore estensione funzionale della sanzione para-penale.

Invece, l'inapplicabilità dell'art. 649 c.p.p., nella portata conseguente all'intervento della sentenza n. 149 del 2022, aprirebbe la possibilità dell'intervento postumo del giudice penale. In questo caso, ferme restando le medesime considerazioni per le sanzioni interdittive e il computo del c.d. pre-sofferto, dovrebbe tenersi conto della sanzione pecuniaria già irrogata, limitando quella para-penale ai profili estranei alla valutazione sul reato-presupposto.

---

<sup>1615</sup> L. D'AGOSTINO, *I reati in materia di violazioni del diritto d'autore*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 555-556

Anche per questo settore, un discorso a parte dovrà riguardare gli enti di piccole dimensioni, oggetto di disamina nei paragrafi seguenti.

## ***2. Il problema degli enti di piccole dimensioni: necessità di una disciplina differenziata?***

### ***2.1. La (ir)rilevanza della concentrazione tra proprietà e gestione.***

La disciplina della responsabilità da reato si applica indiscriminatamente a tutti gli enti riconducibili nel quadro definitivo di cui all'art. 1. Le uniche esclusioni (comma 3) sono dettate in base alla caratterizzazione istituzionale che gli enti assumono, mentre nessuna selezione viene svolta sul piano dimensionale. Invero, la indifferenza di tale profilo è confermata dall'art. 6, comma 4, che con riguardo agli enti di piccole dimensioni, consente di concentrare il ruolo di vigilanza interna sul funzionamento e l'osservanza dei modelli in capo all'organo dirigente. Analogamente, l'art. 30, comma 5-*bis* d.lgs. n. 81 del 2008, introdotto dal d.lgs. 106 del 2009, attribuisce alla commissione consultiva permanente per la salute e la sicurezza sul lavoro la competenza dell'elaborazione di procedure semplificate per l'efficace adozione dei modelli di organizzazione e gestione per la prevenzione di tali reati all'interno delle piccole e medie imprese<sup>1616</sup>.

I soggetti classificati attraverso questa terminologia costituiscono delle collettività non complesse, connotate dalla concentrazione fra proprietà e gestione, le quali si presentano, tendenzialmente, di tipo familiare<sup>1617</sup>.

---

<sup>1616</sup> In merito a tali adempimenti, si rinvia alle Linee Guida adottate da Confindustria nel giugno 2021, cit., p. 101 ss.

<sup>1617</sup> F. CENTONZE, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, cit., p. 89; N. SELVAGGI, *La prevenzione e il controllo del reato attraverso la 'compliance' nella piccola impresa*, cit., p. 1867-1868. Per una possibile definizione di 'enti di piccole dimensioni', G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 204, richiama, a tal fine, le Linee Guida di Confindustria: queste

La tematica della opportunità politico-criminale della inclusione di collettività scovre da quelle complessità strutturali che, per la gran parte, il sistema “231” sembra presupporre, è ancora oggi oggetto di dibattito<sup>1618</sup>. D’altra parte, la questione era stata già oggetto di discussioni in sede di predisposizione dello schema di decreto legislativo, là dove tutte le obiezioni sono state superate da parte della Commissione ministeriale, onde evitare contrasti con la legge delega<sup>1619</sup>.

Nessun dubbio, dunque, circa la inclusione degli enti di piccole dimensioni nell’ambito applicativo del d.lgs. n. 231 del 2001<sup>1620</sup>.

---

enfaticamente l’essenzialità della struttura interna gerarchica e funzionale, atteso che in essi le funzioni sono prevalentemente concentrate su un numero esiguo di soggetti (Confindustria, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001*, p. 50 – versione aggiornata del 31 marzo 2008. L’A. cita, altresì, la Raccomandazione della Commissione UE n. 1442 del 6 maggio 2003, che ha provveduto ad aggiornare le regole in base alle quali un’impresa può essere definita piccola o media (con decorrenza dal 1° gennaio 2005). Inoltre, l’A. evidenzia la proposta di riforma dell’art. 6, comma 3 d.lgs. n. 231 del 2001 recata nell’art. 1 dello Schema di d.d.l. di modifica dello stesso predisposto dall’AREL: «[...] sono qualificati enti di piccole dimensioni i soggetti che, per due esercizi consecutivi, non hanno superato due dei limiti indicati dal primo comma dell’articolo 2435-bis del codice civile». La commissione Greco, nell’elaborare una proposta di riforma del d.lgs. n. 231 del 2001, invece, ha richiamato il numero massimo di 15 dipendenti sull’intero territorio nazionale, traendo ispirazione da un criterio rilevante in materia lavoristica, al fine di destinare a tali soggetti dei modelli di organizzazione semplificati. Lo riporta F. CENTONZE, *ult. op. cit.*, p. 107, il quale, pur concordando rispetto al tipo di criterio adottato, dissente dalla soluzione di mera differenziazione del regime organizzativo e manifesta preferenza, piuttosto, per l’esclusione della responsabilità di tali soggetti. Critico verso l’impiego di definizioni incentrate sull’aspetto dimensionale C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., p. 549.

<sup>1618</sup> S. BARTOLOMUCCI, *Sulla configurabilità del (fantomatico) modello organizzativo ex d.lgs. n. 231/2001 dedicato alla P.M.I.*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, p. 93 ss.; C. SANTORIELLO, *I modelli organizzativi richiesti dal d.lgs. 231/2001 e PMI. Una riflessione alla luce delle Linee Guida di Confindustria*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, p. 179 ss.

Rispetto alle *closely-held organizations*, la dottrina statunitense ha rilevato la superfluità dell’assoggettamento congiunto a responsabilità di entrambi i soggetti e ha concluso per la sufficienza di unico “binario” punitivo, ai fini del perseguimento delle finalità dell’ordinamento. Si v. J. ARLEN, *Corporate criminal liability: theory and evidence*, NYU, *L&E Res. Paper Series*, 2012, p. 157-158.

<sup>1619</sup> Come ha evidenziato C. PIERGALLINI, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2001, p. 358.

<sup>1620</sup> M. SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, in G. CANZIO – L.D. CERQUA – L. LUPÁRIA, *Diritto penale delle società. Profili sostanziali*, 2014, Padova, p. 877 ss., il quale richiama la conclusione positiva raggiunta dalla giurisprudenza di merito in tema di società unipersonali: Trib. di Milano, 12 marzo 2008 e Trib. di Milano, 28 aprile 2008, in *www.rivista231.it*. Rileva G. AMARELLI, sub *art. 1*, in AA.VV., *Compliance*, cit., edizione online, che una conferma della irrilevanza delle dimensioni dell’ente ai fini dell’assoggettamento agli obblighi di prevenzione potrebbe ricavarsi oggi dalla riforma della crisi d’impresa intervenuta con d.lgs. n. 14 del 2019. In senso contrario, si v. Trib. di Milano, GIP, 16 luglio 2020, n. 971, in *www.giurisprudenzapenale.com*.

Il problema circa la opportunità delle scelte legislative si interseca con quello interpretativo relativo alla inclusione nell'alveo della "231" delle società unipersonali, rispetto alle quali la irrilevanza normativa del profilo dimensionale ha destato qualche perplessità<sup>1621</sup>. In questo caso, infatti, la distinzione tra società e socio opera esclusivamente da un punto di vista formale, mentre, per il resto, si assiste a una sostanziale coincidenza tra le due figure<sup>1622</sup>.

Senonché, la scelta del legislatore è stata apprezzata da quella dottrina che ha escluso la medesimezza soggettiva tra i due protagonisti dell'illecito legata al semplice aspetto dimensionale, e ciò persino nelle società a socio unico. La ragione di questa conclusione risiede nell'affermata autonomia degli interessi che fanno capo all'ente rispetto a quelli di cui è portatrice la persona fisica, della quale sarebbe testimone anche l'autonomia patrimoniale perfetta, sebbene qui ciò si manifesti in forma più sottile di quanto accade negli altri casi<sup>1623</sup>.

In questo senso si è espressa da tempo anche la giurisprudenza, che ritiene che il fatto da cui origina la responsabilità – da intendersi come diretta – di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 debba considerarsi proprio dell'ente. Quest'ultimo è soggetto giuridicamente diverso dalla persona fisica e risponde per non aver adottato misure organizzative adeguate ai fini della prevenzione di fatti criminosi<sup>1624</sup>.

Inoltre, su questo solco si pone anche la giurisprudenza europea, tanto della Corte EDU quanto della Corte di Giustizia dell'UE, le quali, ai fini della esclusione

---

<sup>1621</sup> M. SCOLETTA, *ult. op. cit.*, p. 878; F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato delle società unipersonali nel d.lgs. 231/01*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, p. 147 ss. In senso favorevole, M. PELISSERO – E. SCAROINA – V. NAPOLEONI, *Principi generali*, cit., p. 94 ss.

Altra questione, invece, è quella dell'applicabilità del decreto alle imprese individuali. Al riguardo, dopo una prima presa di posizione in senso favorevole (Cass., sez. III, 15 dicembre 2010, n. 15657) – la giurisprudenza è sembrata poi raggiungere soluzioni divergenti, non trattandosi, per definizione, di soggetti collettivi (Cass., sez. VI, 10 maggio 2012, n. 30085). In merito, si rinvia, tra gli altri, oltre che ai lavori appena menzionati, a G. AMARELLI, *L'indebita inclusione delle imprese individuali nel novero dei soggetti attivi del d. lgs. n. 231/2001*, in *Dir. pen. cont.*, 5 luglio 2011.

<sup>1622</sup> F. CENTONZE, *ult. op. cit.*, p. 92; M. SCOLETTA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>1623</sup> V. MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, p. 105; M. PELISSERO – E. SCAROINA – V. NAPOLEONI, *Principi generali*, cit., p. 95

<sup>1624</sup> Si cfr. Cass., sez. VI, 25 luglio 2017, n. 49056; Trib. di Milano, G.I.P. 12 Marzo 2008, in [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it); Trib. di Milano, Sez. riesame XI, 28 aprile 2008, in [www.rivista.231](http://www.rivista.231).

generalizzata dell'*eadem persona* nei casi di responsabilità dell'ente e della persona fisica, evidenziano in modo *tranchant* la diversità soggettiva tra le due figure considerate<sup>1625</sup>. Tuttavia, oltre a non essere stato particolarmente approfondito questo aspetto in chiave motivazionale, nessuna delle due Corti nelle (poche) pronunce in materia ha affrontato la questione con riferimento specifico agli enti di dimensioni modeste.

Diversa opinione manifesta un'altra parte degli studiosi, che mette in luce come l'indiscriminata applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 sarebbe foriera di un'inutile e ingiustificata duplicazione sanzionatoria. Secondo questo diverso angolo visuale la dimensione dell'ente e le peculiarità strutturali che questo presenta non consentirebbero di distinguere gli interessi che fanno capo a questo e alla persona fisica: si tratterebbe del medesimo centro di interessi, ricorrendo, quindi, l'*eadem persona* che fonda la conseguente violazione del principio del *ne bis in idem*<sup>1626</sup>.

Inoltre, in tale ipotesi non vale invocare la colpa di organizzazione allo scopo di distinguere il fatto della persona fisica e quello contestato all'ente. Tale considerazione, per come è stato ricostruito il 'fatto di organizzazione', può acquistare validità allorquando la vicenda attenga a soggetti caratterizzati da una certa complessità interna, in cui l'interazione tra i componenti acquista una propria autonomia rispetto alle rispettive condotte individuali. Diversamente, la struttura gracile di tali enti condurrebbe a sostenere la medesimezza del fatto sanzionato, posto che in presenza di un'organizzazione talmente

---

<sup>1625</sup> CGUE, cause C-217/15 e C-350/15 - *Orsi e Baldetti*, Sent. (IV sez.), 5 aprile 2017; Corte EDU, 20 maggio 2014, *Pirttimaki c. Finlandia*.

<sup>1626</sup> F. CENTONZE, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, cit., p. 106; L. DE MARTINO, *La colpa di organizzazione nel prisma del diritto penale liberale*, cit., p. 15; C. PIERGALLINI, *ult. op. cit.*, p. 358; Id., *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, p. 227; si v. anche M. SCOLETTA, *op. loc. ult. cit.*; V. MONGILLO, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 607. Con riguardo al socio unico, si v. T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi*, cit., p. 61; discorre di "confine labile" tra interesse dell'ente e della persona fisica nelle società unipersonali F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato delle società unipersonali nel d.lgs. 231/01*, cit., p. 153.



esangue non sarebbe possibile postulare una separazione tra il reato e il contributo collettivo<sup>1627</sup>.

D'altro canto, la fuga dall'inganno dei formalismi tanto in relazione alla natura penale delle sanzioni quanto rispetto all'*idem factum* dovrebbe portare ad affermare la medesimezza soggettiva, non apparendo sufficiente il mero schermo giuridico societario per ritenere l'ente e la persona fisica due figure diverse.

Peraltro, l'elemento caratterizzante gli enti in esame è stato invocato anche al fine di evidenziare la irragionevolezza della previsione della loro responsabilità, attesa la pratica non escludibilità della stessa ai sensi dell'art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 231 del 2001 nei loro confronti. Basti considerare che l'ente sarebbe gravato dalla *probatio diabolica* circa la commissione del reato nell'interesse esclusivo o di terzi, tale in quanto l'assenza del diaframma organizzativo renderebbe sostanzialmente impossibile tale eventualità<sup>1628</sup>. Pertanto, l'ente di modeste dimensioni si troverebbe a rispondere in ogni caso, in quanto privato della prova liberatoria, nonostante la sua situazione di debolezza, con una differenza di trattamento irragionevolmente più gravosa rispetto agli enti dotati di maggiore forza economica e conformativa<sup>1629</sup>.

Al fine di temperare i contrasti con il *ne bis in idem* e, al contempo, onde evitare la costituzione patrimoni separati sottratti al regime di responsabilità<sup>1630</sup>, in tempi recenti, la giurisprudenza di legittimità è pervenuta a una soluzione mediana, attraverso la formulazione di un criterio discretivo incentrato sulla omogeneità ovvero eterogeneità degli interessi coinvolti. In particolare, pur prendendo le mosse dal criterio quantitativo-dimensionale, la Corte ha ritenuto decisiva unicamente un'indagine di tipo qualitativo-

---

<sup>1627</sup> C. E. PALIERO – C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 167 ss. Al punto che tali soggetti riscontrano un'elevata difficoltà di allegare il difetto di colpa di organizzazione, atteso che si parte da una sorta di presunzione di inefficienza del modello proprio alla luce della difficoltà di dimostrare l'estraneità alla politica d'impresa dell'apicale: per tali rilievi, F. CENTONZE, *ult. op. cit.*, p. 93 e 105.

<sup>1628</sup> L. DE MARTINO, *op. cit.*, p. 15

<sup>1629</sup> F. CENTONZE, *op. loc. ult. cit.*

<sup>1630</sup> Non dovrebbero essere consentiti dei percorsi agevoli di elusione della disciplina, attraverso la frammentazione soggettiva di realtà imprenditoriali in realtà molto complesse. Sul punto, già C. PIERGALLINI, *op. loc. ult. cit.*, nel criticare il richiamo al criterio c.d. dimensionale.

funzionale, connesso alla indistinguibilità tra l'interesse dell'ente e quello della persona fisica a cui la gestione è riconducibile<sup>1631</sup>. Tale accertamento va condotto tenuto conto dell'organizzazione societaria, della sua estensione strutturale, dell'attività concretamente svolta, dei rapporti tra socio e società, nonché dell'esistenza di un interesse sociale e del suo effettivo perseguimento<sup>1632</sup>. Qualora dovesse ravvisarsi una piena corrispondenza tra le due sfere di interessi, sembrerebbe che l'ente non possa incorrere nel regime di responsabilità in esame<sup>1633</sup>.

Senonché, al di là delle perplessità sollevate in punto di inconciliabilità tra queste conclusioni e l'orientamento tradizionale della giurisprudenza sui criteri di imputazione oggettiva<sup>1634</sup>, non sembra che l'interesse sia idoneo di per sé ad autonomizzare il rimprovero dell'ente. Piuttosto, è la colpa di organizzazione ha rendere l'illecito di quest'ultimo un qualcosa di diverso rispetto al solo reato della persona fisica. Cosicché è la dimensione organizzativa, e non quella funzionale-teleologica, a dover assurgere a oggetto di osservazione per affermare ovvero escludere la sovrapposizione tra i fatti delle due persone<sup>1635</sup>.

Dunque, la possibilità di enucleare una distinta colpa di organizzazione in capo all'ente diventa il parametro discretivo tanto dell'*eadem persona*, quanto dell'*idem factum*. Una verifica di tal fatta, certamente, deve essere condotta in concreto e tenere conto soprattutto della dimensione strutturale interna. È chiaro che emergono tutte le

---

<sup>1631</sup> Si v. Cass., sez. VI, 16 febbraio 2021, n. 45100. Per alcuni commenti alla pronuncia citata, si rinvia a C.D. GALATI, *Società unipersonali e responsabilità degli enti: alla ricerca di un autonomo centro di interessi*, in *Bil. rev.*, 10/2022, p. 63-64; G. GENTILE, *Il d.lgs. n. 231 del 2021 può applicarsi anche alle s.r.l. unipersonali*, in *Proc. pen. giust.*, 2022; R. SABIA, *Responsabilità da reato degli enti - La società unipersonale nello spettro applicativo del D.Lgs. n. 231/2001. La Cassazione apre alla (problematica) "terza via" dell'accertamento in concreto*, in *Giur. it.*, 2022, p. 1727 ss.

<sup>1632</sup> In questi termini Cass., sez. VI, 16 febbraio 2021, n. 45100. Il decalogo elaborato dalla giurisprudenza ha trovato subito alcune prime applicazioni nella giurisprudenza di merito: Trib. di Brindisi, 13 gennaio 2022, n. 28, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

<sup>1633</sup> Si cfr. R. SABIA, *op. cit.*, p. 1733 ss.

<sup>1634</sup> *Ibidem*

<sup>1635</sup> R. SABIA, *op. cit.*, p. 1735. Sembrava già seguire tale impostazione Trib. di Milano, GIP 16 luglio 2020, n. 971, in *Giur. comm.*, 2021, p. 449 ss., con commento di F. CENTONZE, *Forme organizzative e inesigibilità della compliance: profili di individualizzazione del rimprovero*.

incertezze insite nelle soluzioni di tipo casistico, di guisa che la via privilegiata rimane sempre quella di un intervento legislativo<sup>1636</sup>.

In ogni caso, il quadro descritto dimostra come stia emergendo una certa sensibilità anche in giurisprudenza verso il rischio di duplicazioni punitive. Se sul piano normativo una esclusione *tout court* a monte degli enti di piccole dimensioni dal novero dei soggetti attivi del sistema “231” risulta tanto di ardua argomentazione quanto in contraddizione con le finalità preventive della disciplina, non può trascurarsi la necessità di tutelare il diritto fondamentale al *ne bis in idem*. Il contemperamento fra le due istanze dovrebbe condurre anche qui a una soluzione di compromesso di tipo casistico, incentrata su una verifica a valle in ordine al rispetto della garanzia e alla sua eventuale reintegrazione, attraverso l'intervento sulla sanzione concretamente irrogata<sup>1637</sup>. Difatti, al di là di come si voglia approcciare il tema della rilevanza del profilo dimensionale ai fini dell'affermazione della responsabilità dell'ente, la questione del trattamento sanzionatorio irrogabile nei confronti di tali soggetti sembra ineludibile. In altri termini, se anche si volesse concludere per l'assoggettamento dell'ente di piccole dimensioni al regime “231”, contestualmente al coinvolgimento in sede penale delle persone fisiche nelle quali si identifica, dovrebbe affrontarsi il tema della proporzionalità della sanzione complessivamente adottata<sup>1638</sup>.

---

<sup>1636</sup> R. SABIA, *op. cit.*, p. 1736; N. SELVAGGI, *Criminalità organizzata e responsabilità dell'ente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2020, p. 735.

Parte della dottrina ha collocato il tema delle dimensioni dell'ente nel terreno della imputabilità, attraverso l'accostamento delle piccole-medie imprese ai minori d'età, ritenendole dotate di un'insufficiente sviluppo dimensionale: si v. C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Corporate Criminal Liability in the Twenty-First Century: Are All Corporations Equally Capable of Wrongdoing?*, in *Stetson L. R.*, 2011, spec. p. 54 ss. Per una critica a tale impostazione, si rinvia a N. SELVAGGI, *ult. op. cit.*, p. 736, il quale, al contrario, coglie nell'insufficiente sviluppo dimensionale un possibile elemento di rimprovero dell'ente.

<sup>1637</sup> Evidenzia la preferibilità della prospettiva della commisurazione, rispetto a quella della imputabilità, R. SABIA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>1638</sup> Pone il problema della proporzione sanzionatoria con riguardo alle piccole-medie imprese N. SELVAGGI, *La prevenzione e il controllo del reato attraverso la 'compliance' nella piccola impresa*, cit., p. 1872-1873.

## 2.2. *L'accerchiamento dell'ente esile attraverso la moltiplicazione dei "binari" punitivi.*

Riepilogando quanto è stato sopra illustrato, la sovrapposizione tra proprietà e gestione e l'inconfigurabilità di un'articolazione organizzativa separabile dai comportamenti dei singoli può determinare una incompatibilità con il *ne bis in idem* sistemica e già a monte, frutto della opzione legislativa di non dare rilievo alle dimensioni societarie. L'intero sistema del d.lgs. n. 231 del 2001 può apparire collidente con tale principio nella misura in cui dà vita a una duplicazione delle sanzioni, quella penale per la persona fisica e quella per l'ente, il quale, in questa eventualità, rappresenterebbe soltanto l'*alter ego* della prima<sup>1639</sup>.

Posto che ai sensi degli artt. 37-38 d.lgs. n. 231 del 2001 la sede processuale della contestazione del reato e dell'illecito dell'ente è, di regola, la medesima, il *bis in idem* viene integrato per lo più sul piano sostanziale.

Invero, in quei contesti normativi in cui è già previsto un "doppio binario" sanzionatorio dotato di natura penale, l'aggiunta della responsabilità dell'ente da reato aggrava il quadro a carico di tali soggetti, dando luogo a una proliferazione delle conseguenze punitive. In questi casi, oltretutto, alla copiosità del carico sanzionatorio si affianca la moltiplicazione dei procedimenti.

Si pensi alla responsabilità da reato tributario: in quel caso, la persona fisica rischierebbe di rispondere ai sensi del d.lgs. n. 74 del 2000 e l'ente di cui si avvale verrebbe gravato tanto della sanzione tributaria in via esclusiva, quanto delle sanzioni "231". La non punibilità per il pagamento del debito tributario attenuerebbe le relative conseguenze soltanto sul piano formale, poiché il proprio patrimonio, nella porzione

---

<sup>1639</sup> In senso difforme A.F. TRIPDOI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., p. 114, il quale ritiene carente la medesimezza fattuale tra i due illeciti, posto che la mancata prevenzione del reato continuerebbe a conservare una sua autonomia rispetto a quest'ultimo.

formalmente devoluta all'ente, sopporterebbe comunque anche le sanzioni "per quote", oltre a essere esposto a quelle interdittive.

Analogamente, risulterebbe insufficiente il meccanismo compensativo di cui all'art. 187-terdecies t.u.f., se l'applicazione venisse svolta in maniera separata tra gli illeciti della persona fisica e gli illeciti della persona giuridica, trascurando, invece, una integrazione complessiva fra i quattro "binari".

Oltretutto, nemmeno risulterebbe applicabile l'art. 83 d.lgs. n. 231 del 2001, il quale, nel riferirsi alle sole sanzioni "amministrative" applicate nei confronti dell'ente, non risulta estensibile al cumulo fra le pene interdittive inflitte alla persona fisica<sup>1640</sup>.

A questo problema si aggiungerebbe quello del coordinamento fra i diversi procedimenti. Per la materia tributaria e quella degli abusi di mercato deve farsi riferimento ancora a una volta ai meccanismi messi a disposizione dal sistema, con la sola variante del dialogo con il procedimento a carico della persona giuridica, reso più agevole dal *favor* per il *simultaneus processus* (art. 38). Questa integrazione complessiva deve caratterizzare anche i procedimenti amministrativi sanzionatori degli abusi di mercato, che, potenzialmente, sembra possano essere condotti separatamente nei confronti della persona fisica e della persona giuridica.

Una riflessione a parte deve essere svolta per le violazioni in materia di diritto d'autore, là dove la Corte costituzionale si è espressa radicalmente per la incostituzionalità della mancata preclusione per il procedimento penale consecutivo alla definizione del procedimento amministrativo punitivo.

Orbene, l'art. 649 c.p.p., nella sua attuale portata, sarebbe applicabile solo nel caso di coincidenza soggettiva formale, mentre non sarebbe in grado di ricomprendere le ipotesi di *eadem persona* per esiguità dimensionale della collettività<sup>1641</sup>. In altri termini, la preclusione inibisce il procedimento penale verso lo stesso soggetto giuridico nel caso

---

<sup>1640</sup> *Ivi*, p. 246

<sup>1641</sup> In senso conforme, *Ivi*, p. 113, che sottolinea come le possibili riflessioni sul *bis in idem* nel caso di enti di piccole dimensioni si attaglierebbe meglio alla dimensione sostanziale del principio, posto che quella processuale rimane imperniata sulla identità giuridica delle parti.

in cui la sanzione amministrativa avesse colpito la persona fisica ovvero la persona giuridica.

Schematizzando, e intendendo per (a) il procedimento amministrativo e per (p) quello penale, l'improcedibilità opererebbe nel caso della seguente successione: Tizio (a) → Tizio (p) ovvero Alfa (a) → Alfa (p). Mentre resterebbe fuori la duplicazione soggettivamente mista, Alfa (p) → Tizio (p), a meno di non estendere l'applicazione della pronuncia della Corte ai casi di concreta sovrapposizione soggettiva tra persona fisica e persona giuridica.

Ad ogni modo, l'inibizione della sequenza tra procedimento amministrativo e penale nei confronti della stessa persona dovrebbe portare a escludere la triplicazione potenziale della sede tributaria: difatti, Alfa (a) → Alfa (p) → Tizio (p) è precluso dall'annullarsi *ex art. 649 c.p.p.* dei primi due. Tuttavia, tale evenienza non può essere esclusa quando, ipoteticamente, siano sanzionati Alfa (a) → Tizio (p) o anche invertendo la successione tra i fattori.

### ***3. Il cumulo sanzionatorio tra prevenzione della criminalità d'impresa, garanzia del ne bis in idem e proporzionalità: prospettive risolutive con la lente della comparazione.***

Sulla base dei rilievi sin qui svolti, la proposta di una parte degli studiosi è quella di eliminare la distonia alla radice, cioè mediante l'espressa esclusione della responsabilità da reato dell'ente di piccole dimensioni. Secondo questa prospettiva, una opzione di tal fatta non creerebbe dei vuoti di tutela, data la permanenza di un quadro sanzionatorio già ampiamente efficace e dissuasivo per la persona fisica, comprensivo della sanzione penale e di quella amministrativa.

Nella dottrina straniera si è sostenuto altresì di ritenere radicalmente irresponsabili gli enti di piccole dimensioni in quanto ‘non imputabili’, poiché, a fronte della propria esiguità strutturale, difetterebbe una capacità organizzativa adeguata e sufficiente a fondare un rimprovero<sup>1642</sup>.

A questa tesi si è obiettato che, in luogo di un’esclusione della colpevolezza, l’insufficiente sviluppo organizzativo dovrebbe essere proprio posto alla base del rimprovero da muoversi nei confronti dell’ente<sup>1643</sup>.

Più in generale, è stato messo in luce come proprio gli enti di dimensioni modeste rappresenterebbero un numero cospicuo, specialmente nella realtà imprenditoriale italiana, al punto da rendere del tutto inopportuna l’abdicazione integrale della risposta punitiva nei loro riguardi. La scelta di sottrarre tali soggetti dal novero di applicabilità di una disciplina orientata soprattutto alla prevenzione dei reati determinerebbe un vuoto di tutela in contraddizione con la *ratio* della introduzione della responsabilità da reato degli enti. Difatti, piuttosto che incoraggiare l’implementazione di una strutturazione interna in chiave preventiva, si spingerebbero i soggetti collettivi verso la conservazione di una condizione minimale onde evitare di incorrere in una sanzione<sup>1644</sup>.

Nondimeno, l’esigenza di evitare il delinarsi di carichi sanzionatori eccessivi è avvertita diffusamente in dottrina e, come visto, anche in giurisprudenza. Di fronte all’intento di bilanciare tra l’interesse al mantenimento di una disciplina siffatta anche nei confronti degli enti di piccole dimensioni e quello di contenere la proliferazione dei risultati punitivi, l’enfasi è stata spostata dal fronte dell’affermazione della responsabilità a quello del trattamento punitivo. Nella specie, si è proposto di tenere conto delle diverse tipologie di sanzioni in cui quel nucleo concreto di destinatari può incorrere, perché venga ricondotto entro gli argini della proporzionalità complessiva. Dunque, come già suggerito

---

<sup>1642</sup> C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *ult op. cit.*

<sup>1643</sup> N. SELVAGGI, *Criminalità organizzata e responsabilità dell’ente*, cit., 736; Id., *La prevenzione e il controllo del reato attraverso la ‘compliance’ nella piccola impresa*, cit., p. 1871-1872

<sup>1644</sup> R. SABIA, *op. cit.*, p. 1736

da una parte della dottrina, dovrebbe consentirsi la compensazione delle sanzioni, onde garantire la unicità concreta della risposta sanzionatoria<sup>1645</sup>.

D'altro canto, soluzioni analoghe sono state adottate in altri ordinamenti giuridici proprio attenuare il contrasto con il *ne bis in idem* e garantire il rispetto del principio di proporzione.

Non sembra apprezzabile il sistema attualmente vigente in Germania, fondato sulla discrezionalità circa l'*an* dell'applicazione della sanzione qualora la stessa dovesse risultare sproporzionata, poiché accentua le criticità già retrostanti alla rimessione della soluzione nelle mani del potere giudiziario.

Al contrario, delle ispirazioni valide potrebbero trarsi dal sistema spagnolo, che all'art. 31-ter, comma 1 c.p., oggetto di riduzione teleologica rispetto alla sua ampia formulazione<sup>1646</sup>, consente proprio di evitare degli eccessi punitivi quando vengano in considerazione degli enti di piccole dimensioni<sup>1647</sup>. Analogamente, il § 8C3.4 delle *Federal Sentencing Guidelines*, consente di scomputare l'importo pecuniario riferibile

---

<sup>1645</sup> N. SELVAGGI, *Criminalità organizzata e responsabilità dell'ente*, cit., p. 736; C. PIERGALLINI, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni*, cit., p. 350, il quale, in realtà, pone in chiave alternativa «l'introduzione di una causa di esclusione, o quanto meno di riduzione, della (sola) sanzione pecuniaria». Suggerisce l'introduzione di un "principio di compensazione quantomeno rispetto alle società unipersonali o agli enti di piccole dimensioni o ad assetto concentrato V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., p. 482 ss.

<sup>1646</sup> L'intervento legislativo ha fatto seguito alla pronuncia del *Tribunal Constitucional* n. 177 del 1999, la quale ha accolto la prospettiva della sussistenza di un medesimo fatto e dello stesso autore nel caso di coinvolgimento di una persona giuridica, a prescindere dalle sue dimensioni, con conseguente violazione del *ne bis in idem*. In seguito il *Tribunal* ha spostato l'attenzione sul terreno della proporzionalità della sanzione inflitta (n. 2 del 2003). Le critiche dottrinali nei confronti dell'art. 31-ter c.p. (J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, cit., p. 358 ss.) hanno spinto verso una lettura restrittiva, in maniera tale da limitare tale previsione alle sole piccole imprese (A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, un modelo legislativo*, Madrid, 2008, p. 113 ss.; D.I. CARPIO BRIZ, *Il cammino spagnolo per l'imputazione della responsabilità da reato*, cit., p. 94). Al contempo, si è rilevato come tale meccanismo appaia critico tanto per la svalutazione del *ne bis in idem* procedimentale in favore di quello sostanziale e del canone della proporzionalità della sanzione, quanto per le incertezze a cui conduce per l'affidamento della rimodulazione al giudice, sul quale grava, comunque, un onere motivazionale rafforzato (D.I. CARPIO BRIZ, *op. loc. ult. cit.*).

<sup>1647</sup> Non mancano soluzioni più radicali nella giurisprudenza spagnola: si v. Tribunale penale di Madrid, sentenza n. 63 del 2017, che, sull'assunto della sostanziale coincidenza fra una società unipersonale e l'autore del reato, ha escluso di dover sottoporre ulteriormente a sanzione la stessa persona per lo stesso fatto.



all'autore del reato, titolare di una quota sociale non inferiore al 5%, dalla pena pecuniaria applicabile alle c.d. *closely-held organizations*<sup>1648</sup>.

Per addivenire a soluzioni di questo tipo, in mancanza di una previsione normativa apposita e in attesa della sua introduzione, anche in questo caso si potrebbero prospettare le soluzioni interpretative viste sopra con riguardo alla generalità degli enti e al problema del *ne bis in idem*.

Quindi, rispetto ai reati tributari, una prima opzione potrebbe essere ancora rappresentata dall'estensione degli effetti della causa di non punibilità *ex art.* 13 d.lgs. n. 74 del 2000 all'ente, previo superamento dell'ostacolo normativo di cui all'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001. In questo modo, essa avrebbe una portata applicativa tale da escludere l'irrogazione della pena per la persona fisica e la sanzione per la connessa responsabilità da reato; di guisa che si ritornerebbe al "binario unico" corrispondente alla sanzione amministrativa applicata. L'alternativa sarebbe ancora una volta la proposizione di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*terdecies* t.u.f., salvo che non si riesca a interpretarla in senso costituzionalmente orientato e a riferirla, così, anche ai reati tributari. Infine, anche in questo caso si potrebbe concludere nel senso dell'applicazione della norma generale sulla commisurazione della sanzione; con la conseguenza che si dovrà escludere una nuova sanzione con riguardo a ciò che risulti già "coperto" dal giudizio relativo alle sanzioni precedentemente intervenute: in questo modo, peraltro, coerentemente con quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità, si riuscirebbe a far dialogare tra di loro anche le sanzioni di genere diverso, quali, oltre a quelle pecuniarie, quella detentiva per la persona fisica e quella interdittiva per l'ente.

---

<sup>1648</sup> La disposizione si spiega in questi termini, come da commento: «*For practical purpose, most closely held organizations are the alter egos of their owner-managers. In the case of criminal conduct by a closely-held corporation, both the organization and the culpable individual(s) may be convicted. As a general rule in such cases, appropriate punishment may be achieved by offsetting the fine imposed upon the organization by an amount that reflects the percentage ownership interest of the sentenced individuals and the magnitude of the fines imposed upon those individuals*». Sul punto, si v. F. CENTONZE, *ult. op. cit.*, p. 94 ss.

Detta soluzione, inoltre, per la sua portata generale, avrebbe il pregio di essere applicabile anche a tutte quelle ipotesi di violazioni del diritto d'autore che non possono essere fronteggiate attraverso l'art. 649 c.p.p., per come mutato in conseguenza dell'intervento della Corte costituzionale.

In ordine agli abusi di mercato, invece, dovrebbe propendersi per una interpretazione dell'art. 187-*terdecies* t.u.f., che non sembra ostacolata dal dato letterale, che consenta di addivenire a un risultato proporzionato anche nel duplice raffronto tra le sanzioni inflitte alla persona fisica e quelle inflitte all'ente. Qui, come anche sopra, peraltro, si porrebbe il problema circa la rilevanza della sanzione detentiva ai fini del ragguglio in sanzione pecuniaria; così come ci si potrebbe interrogare in ordine all'inclusione nel meccanismo compensativo (e alle relative modalità) delle sanzioni interdittive. Se a queste dovesse riconoscersi rilevanza nel procedimento commisurativo, potrebbe ipotizzarsi un confronto con le possibili pene omologhe inflitte, sia pure in via accessoria e di regola automatica, nei confronti della persona fisica. Senza, però, che le seconde vengano completamente fagocitate dalle prime, posto che ciascuna di esse assume una direzione autonoma: la prima verso le attività della persona fisica; la seconda verso le attività dell'ente, il quale potrebbe agevolmente eluderle attraverso il mutamento dell'organo gestionale.

## RILIEVI CONCLUSIVI

L'*excursus* sin qui svolto ha permesso di mettere in luce la centralità e la vitalità del principio di proporzione nell'universo giuridico odierno e, in particolare, nella galassia penalistica. La dimensione odierna del sindacato sulla proporzionalità consente ormai da sé di approfondire la legittimità delle scelte in materia sanzionatoria, con arretramento del limite discrezionalità del legislatore (cap. I).

Si è visto anche come detto canone abbia notevoli punti di contatto con il divieto di *bis in idem*, specialmente in seguito alla crescente applicazione della nozione di *matière pénale*, che ha consentito di “squarciare il velo” delle frodi nominalistiche nelle ipotesi di “*double track*”. Una connessione che si apprezza ancora di più con riguardo al peso specifico riconosciuto alla proporzionalità in concreto nel nuovo volto casistico del *ne bis in idem* europeo; quest'ultimo, nelle applicazioni giurisprudenziali nostrane, ha rischiato, poi, di perdere la propria identità originaria di garanzia (anche) processuale, sostituita da quella ‘proporzione complessiva’ che, da mero indice, è assunta a criterio unico e risolutivo delle duplicazioni dei “binari” (cap. II).

In seguito, quale passaggio intermedio della ricerca, si è esaminato il regime della responsabilità da reato degli enti, concentrando l'attenzione sui criteri di imputazione e, nella specie, sulla colpa di organizzazione. Ricostruiti i tratti caratterizzanti di quest'ultima alla luce delle osservazioni dottrinali e della giurisprudenza più recente, ci si è interrogati sulla collocazione di questo elemento all'interno dell'illecito dell'ente. In questa sede, si è riscontrata la maggiore persuasività della duplice dimensione del difetto organizzativo, il quale, dunque, funge non solo da criterio soggettivo di rimprovero del reato commesso nell'interesse dell'ente, ma, piuttosto, diviene esso stesso parte integrante del fatto nella teoria dell'illecito para-penale dell'ente (cap. III).

Prima di soffermarsi ancora sul sistema della responsabilità degli enti, il passaggio obbligato è stato quello di esaminare l'annosa questione della riferibilità nei loro confronti dei diritti fondamentali. Grazie agli studi già svolti in materia e alle applicazioni giurisprudenziali, anche con la lente della comparazione, si è raggiunto un esito positivo, valorizzando, nel raffronto tra persone fisiche e ed enti collettivi, l'esistenza di un analogo bisogno di tutela a fronte di alcune garanzie fondamentali, tra cui rientrano anche quelle penal-processuali. A questo risultato non sono apparse ostative né ragioni antropologiche né di tipo dogmatico, come la ormai abbandonata distinzione tra garanzie oggettive e soggettive. L'ente, in quanto imputato del processo penale, ma, ancor prima, persona, soggetto giuridico meritevole di protezione costituzionale è stato ritenuto capace di beneficiare di tutti gli effetti protettivi che discendono dall'applicazione degli strumenti costituzionali inerenti al diritto e al processo penale, la cui finalità è quella di presidiare le sfere di libertà della persona, a prescindere dalle sue connotazioni umane o collettive. Se è vero che la persona giuridica non può costituire lo "schermo" rispetto all'illecito penale, è apparsa altrettanto fondata l'idea che la stessa non possa costituire lo "schermo" attraverso il quale derogare alle garanzie fondamentali di cui possa considerarsi titolare. Un'affermazione che è parsa trovare riscontro nelle scelte già operate dal d.lgs. n. 231 del 2001 e che si è ritenuto di potere integrare attraverso il richiamo ai diritti fondamentali alla proporzionalità della pena e al *ne bis in idem* (cap. IV).

Acquisita questa prima conclusione, si è proseguito con la verifica della tenuta del sistema della responsabilità da reato dell'ente al cospetto del principio di proporzione (cap. V).

Una prima disamina ha riguardato le applicazioni della colpa di organizzazione, alla luce delle osservazioni condotte dalla dottrina sul rigore dell'accertamento nella casistica giurisprudenziale. Si è avuto modo di constatare come anche una compiuta osservanza del principio di proporzione imponga che le restrizioni applicate nei confronti dell'ente seguano una logica di stretta necessità, con il ripudio di una concezione

‘ipernormativizzata’ del rischio penale. In questa guisa, si è ritenuto necessario individuare le politiche di prevenzione e la misura della colpa secondo un criterio di ragionevolezza. Si è sottolineata l’importanza di un’adeguata interpretazione del requisito dell’elusione fraudolenta, onde evitare la mortificazione di tale profilo, e sono state passate in rassegna le proposte dottrinali circa l’opportunità di una sufficiente predeterminazione *ex lege* dei margini del rischio consentito (cap. V, sez. I, par. 1).

Successivamente, ci si è soffermati sull’apparato sanzionatorio di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 (cap. V, sez. II). A uno sguardo complessivo, detto sistema è apparso essere frutto di valutazioni ponderate da parte del legislatore e ispirato a una logica di garanzia della proporzionalità delle restrizioni della libertà d’impresa. Infatti, il quadro punitivo è risultato essere ordinato secondo una scala di ‘flessibilità regressiva’, nei casi di condotte riparatorie, e di ‘progressione sanzionatoria’, per quelli di maggiore gravità, tenuto conto anche delle vere e proprie ‘circostanze’ aggravanti o attenuanti dell’illecito dell’ente.

Una *ratio* connessa al canone di proporzione è stata ravvisata anche nel ricostruire i rapporti tra sanzioni pecuniarie e sanzioni interdittive: se confrontata con le capacità dimensionali degli enti, la sanzione pecuniaria rischia di presentarsi sproporzionata per difetto o per eccesso, con effetti preterintenzionali per gli enti meno solidi o nei confronti di soggetti estranei all’illecito (rispettivamente, *deterrence trap* e *overspill*). Per queste ragioni l’ordinamento ha diversificato gli strumenti sanzionatori, mettendo accanto alle forme di aggressione patrimoniale, come la sanzione pecuniaria e la confisca, mezzi di inibizione dell’attività produttiva, i quali, nel loro ruolo di “bastone”, rivelano un’intensa attitudine deterrente.

Entrando nel vivo della disciplina sanzionatoria, si è focalizzato l’esame sul sistema ‘per quote a giudizio bifasico’, il quale, alla luce di quanto già osservato nel primo capitolo sulla pena patrimoniale e la rilevanza delle capacità economico-patrimoniali del relativo destinatario, non è stato considerato derogatorio al principio di proporzionalità

della pena, bensì uno strumento atto a garantire una vera e propria migliore individualizzazione del trattamento sanzionatorio.

Volgendo lo sguardo al trattamento sanzionatorio previsto per alcuni reati-presupposto, si è ravvisata la irragionevolezza della sanzione da quattrocento a mille quote comminata dall'art. 25-*sexies* per tutti i «reati» di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione di mercato. Infatti, gli artt. 184 e 185 t.u.f. distinguono tra delitti e contravvenzioni a seconda degli strumenti finanziari che ne sono oggetto, con delle pene dall'attitudine afflittiva sensibilmente diversa. Il legislatore ha qui trascurato una logica di graduazione della sanzione pecuniaria in base alla categoria di reati-presupposto: una sanzione omogenea per fatti che, al contrario, presentano una gravità disomogenea. La criticità non è venuta meno in seguito alla riforma apportata dalla l. n. 238 del 2021, la quale ha sì abrogato le fattispecie contravvenzionali di cui ai commi 3-*bis* e 2-*bis* degli artt. 184 e 185, ma così facendole confluire in quelle delittuose. Pertanto, nel confronto tra le norme penali in successione tra loro, la distinzione tra delitti e contravvenzioni risulterà ancora applicabile ai fatti pregressi, mentre le ipotesi delittuose oggi vigenti troveranno applicazione soltanto per i fatti commessi dal 1° febbraio 2022, anche ai fini del d.lgs. n. 231 del 2001. Il dato normativo ultrattivo, però, resta problematico nel confronto con il principio di proporzionalità della sanzione pecuniaria prevista per gli enti collettivi, con l'unica differenziazione della forbice sanzionatoria connessa al massimo edittale degli anni di reclusione comminati alla persona fisica. Distinzione, quest'ultima, che manca per il riciclaggio di beni culturali, introdotto con l. n. 22 del 2022 tra i reati-presupposto all'art. 25-*duodevicies*.

Dubbi di costituzionalità sono stati sollevati anche in relazione alla pena 'fissa' – o 'a quota fissa' – prevista dall'art. 25-*septies*, comma 1, che, nel comminare una pena pari a 1.000 quote, preclude qualsivoglia giudizio in concreto teso ad assicurare la proporzionalità tra illecito e punizione, alla luce dell'art. 11, comma 1. Per di più, trattandosi di reato colposo, la sanzione, corrispondente all'apice del sistema punitivo

pecuniario, è apparsa eccessivamente gravosa, se messa in relazione a quelle previste per diversi delitti dolosi, anche di particolare gravità.

In merito alle sanzioni interdittive, ne sono stati ricostruiti il fondamento, i presupposti e i criteri di scelta e di modulazione, sotto la lente del principio di proporzione.

Attesa la insufficienza della sanzione pecuniaria, riassumibile nella sua suscettibilità di essere contabilizzabilità, l'incidenza sulla prosecuzione dell'attività appare la soluzione più adeguata in taluni casi. Al contempo, data la loro gravità, sul piano delle scelte legislative, esse sono considerate un'*extrema ratio*, a cui ricorrere solo per alcuni reati, nonché comunque per l'illecito dell'ente che si presenti che raggiunga un certo grado di disvalore. Infine, sono evitabili nei casi di riparazione delle conseguenze del reato.

Inoltre, si è avuto modo di segnalare che la loro stessa applicazione concreta segue i criteri di: a) idoneità preventiva; b) di necessità, secondo la logica dell'*extrema ratio* e della frazionabilità della sanzione; c) di proporzionalità rispetto al fatto e alle condotte successive valorizzabili. Si è anche illustrato il dibattito in ordine alla rilevanza della capacità economica, stante il rinvio integrale all'art. 11, da parte dell'art. 14, ai fini della commisurazione della sanzione. Sebbene si sia accettata l'idea secondo cui la sanzione interdittiva non è una misura patrimoniale in senso stretto, tuttavia, l'ente è essenzialmente attività e anche rispetto a tali conseguenze si è adombrata la possibile rilevanza della loro sensibilità alla pena, nonché la propria attitudine al recupero della legalità d'impresa, alla stregua delle proprie caratteristiche economico-patrimoniali.

Sempre seguendo la scia tracciata dal principio di proporzione, si è proceduto alla descrizione della dell'istituto del commissariamento giudiziale, delle singole sanzioni interdittive contemplate dall'art. 9, di quella definitiva e della pubblicazione della condanna.

Rispetto alla “parte speciale” del “micro-codice”, sono state sottolineate le criticità della modifica delle pene comminate per i delitti di peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e abuso d’ufficio da parte della legge c.d. spazzacorrotti. Un innalzamento che ha comportato, un’evidente alterazione delle relazioni di proporzionalità interne al sistema: a) nei confronti delle sanzioni definitive, perché, pur non versando in situazioni di irrecuperabilità, un’interdizione pari a quattro anni si risolve in un’interdizione, di fatto, definitiva; b) nei confronti del cardine sanzionatorio del sistema, se si considera che per i reati di criminalità organizzata il massimo edittale è pari a due anni.

Circa i reati societari e gli abusi di mercato, posta la gravità dei reati considerati e la loro centralità nel diritto penale dell’economia, ha destato perplessità la mancata previsione delle sanzioni interdittive, a cui si ricollega, peraltro, la inoperatività della sanzione reputazionale. Una scelta che, pur in presenza di sanzioni pecuniarie elevate, appare incoerente con altre scelte punitive (per es. violazioni del diritto d’autore) e fa sorgere il rischio di inefficacia del sistema.

Si è analizzato a fondo l’istituto della confisca, in relazione alla sua qualificazione giuridica, onde individuarne i criteri in base ai quali assicurarne la proporzionalità.

Qualche considerazione rapida è stata spesa sulla ricostruzione giurisprudenziale che ritiene integrata la pluralità di illeciti (art. 21) nel caso di manifestazione cumulativa dell’interesse e del vantaggio per l’ente. Una tesi che dimostra ancora la discutibilità di una lettura in chiave alternativa dei criteri oggettivi di imputazione e, soprattutto, confonde questi ultimi, quale base minima per il rimprovero dell’ente, con la porzione di disvalore dell’illecito presa in esame dall’art. 21: il reato. Pertanto, la soluzione è risultata collidente con il principio di proporzionalità, incrementando la sanzione in via del tutto ingiustificata.

Rispetto alle vicende modificative dell’ente, si è tenuto conto della necessità di rispettare un rapporto di proporzione nel bilanciamento tra finalità di politica criminale,



allo scopo di scongiurare facili elusioni della responsabilità, e la tutela della libertà d'impresa. Se, per un verso, lo scopo di evitare elusioni della responsabilità è legittimo, per un altro, dovrebbe avvenire nel rispetto di criteri di collegamento soggettivo che consentano di stabilire l'appartenenza dell'illecito all'ente in cui confluisce l'attività nella quale è stato commesso. Difettando la personalità dell'illecito, non sarebbe possibile garantire la proporzionalità del trattamento sanzionatorio. In questo senso, una soluzione sarebbe già rintracciabile nell'art. 33, comma 2, in tema di cessione d'azienda, la cui distinzione con quanto previsto per le altre operazioni risulta difficilmente giustificabile, con rischio di frizione con l'art. 3 Cost. Pertanto, come prospettato in dottrina, nell'attesa di un auspicabile intervento di riforma, dovrebbe tentarsi un'interpretazione costituzionalmente orientata che ricostruisca unitariamente detto regime, garantendo che l'estensione della responsabilità sia assoggettata al limite della conoscenza o della conoscibilità dell'illecito.

Nonostante la pena venga applicata nei confronti dell'ente "estraneo" all'illecito, la commisurazione tiene conto delle condizioni economiche dell'ente originariamente responsabile (art. 31, comma 1). La irrilevanza della situazione dell'ente successore, se deroga al principio di proporzione l'art. 31, nel caso della fusione e della scissione per incorporazione opera *in bonam partem*, ma non ha mancato di suscitare i rilievi della dottrina per l'ipotesi in cui il divario dimensionale sia notevole, per l'effetto di deterrenza che ne deriva rispetto al compimento di tali operazioni.

Un altro istituto oggetto di esame critico è stato quello della prescrizione, rispetto alla quale, nonostante la correlazione con la pena astrattamente prevista per il reato, desumibile dal codice penale, il d.lgs. n. 231 del 2001 ha adottato una diversa soluzione. La scelta di un regime di ispirazione civilistica è apparso irragionevole e crea il rischio di esasperare le istanze di prevenzione speciale, al punto da attivare un sistema congegnato attorno alla sola pericolosità sociale dell'ente, con irrilevanza del fattore tempo.

Posto anche il nesso tra prescrizione e funzione rieducativa della pena, è sembrato chiaro il pericolo di frustrare le finalità di recupero sociale, ispirazione centrale del decreto. Infatti, l'ente sarebbe insensibile alla sanzione a lunghi anni di distanza, la quale si dimostrerebbe del tutto inutile, priva di giustificazione, e quindi potrebbe essere percepita come ingiusta, anche se diminuita a fronte delle eventuali condotte riparatorie. Per queste ragioni si è prospettata la incostituzionalità della disciplina attuale e si è suggerita la differenziazione dei termini, eventualmente anche in base a fasce di gravità dei reati presupposto.

La linea direttrice seguita dalla ricerca ha consentito di approfondire il tema dei rapporti tra la pena proporzionata e l'illecito riparato, del quale un modello generale è offerto già dal d.lgs. n. 231 del 2001 (artt. 12 e 17). Prendendo le mosse dalla logica retrostante alle rinunce alla pena per l'ente, connessa alla restaurazione e implementazione della propria capacità di prevenzione dei reati, si è ritenuta giustificata la mancata estensione automatica all'ente di alcune ipotesi di non punibilità della persona fisica. Allo stesso tempo, però, non è apparsa giustificata la completa asimmetria delle conseguenze sulla punibilità. In questo senso, si è esaminata la possibile introduzione di una causa di non punibilità corrispondente a quella di cui all'art. 131-*bis* c.p., sempre che si tenga conto, come suggerito in dottrina, della occasionalità della carenza organizzativa e della sua minima rilevanza.

Mentre qualche dubbio è stato sollevato per le forme di collaborazione dell'ente, considerazioni positive sono state espresse per la possibile introduzione dell'istituto della messa alla prova. Anche la mancata estensione della non punibilità per pagamento di una somma di danaro è stata valutata come incongrua, se si considera che questo è spesso frutto di una decisione riferibile al vertice dell'ente e viene effettuato con mezzi patrimoniali a sua disposizione. Sicché la soluzione più ragionevole dovrebbe essere quella di integrare i due sistemi, consentendo di abdicare alla risposta punitiva quando l'ente abbia anche dimostrato un ritorno strutturale alla legalità. In caso contrario,

potrebbe beneficiare solo di una riduzione, tenuto conto della partecipazione dell'ente al suo pagamento.

Quest'ultimo tema ha consentito di porre le basi del collegamento con il problema della moltiplicazione delle conseguenze sanzionatorie nei casi di "doppio binario" (cap. VI). Sia consentito riassumere i risultati della ricerca secondo la schematizzazione di sotto offerta.

A) *Abusi di mercato*. Ricorre la medesimezza fattuale tra illecito amministrativo e illecito para-penale, poiché anche per la sussistenza del primo si richiamano gli artt. 6-7 d.lgs. 231/2001 da parte dell'art. 187-*quinquies*, comma 4 t.u.f.). I meccanismi di coordinamento rimangono quelli di cui agli artt. 187-*decies* ss. t.u.f., con applicazione dello strumento di compensazione delle sanzioni di cui all'art. 187-*terdecies* t.u.f.

B) *Illeciti tributari*. Stante il carattere complesso della fattispecie di responsabilità dell'ente e l'ascrizione a quest'ultimo dell'illecito della persona fisica solo sulla base dei criteri *ex art. 11 d.lgs. n. 472 del 1997* – secondo le ricostruzioni più accreditate della struttura di tale responsabilità da parte della dottrina tributarista – va escluso il *bis in idem*, per assenza dell'*idem factum*. Tale conclusione discende dall'adesione all'idea secondo cui la colpa d'organizzazione colora l'*Unrecht*, prima ancora che la *Schuld*. L'organizzazione è un fenomeno dinamico, complesso, caratterizzato dall'interazione di diversi soggetti in un lasso di tempo esteso, che involge funzioni eterogenee fra loro. Non è stata considerata coincidente con la mera violazione tributaria, ancorché questa si risolva in una mera omissione.

Questo rilievo non chiude ogni questione in merito, rimanendo il rischio che l'ente sia assoggettato a una risposta sanzionatoria complessivamente sproporzionata. Difatti, la misura di cui al combinato disposto degli artt. 11 cit. e 7 d.l. 269/2003 – un po' come accadeva per l'art. 197 c.p. – benché qualificata come mera obbligazione civile, proprio per la circostanza di ricadere esclusivamente a carico dell'ente denota una vocazione

sostanzialmente sanzionatoria. Inoltre, per la sovrapposizione tra illecito amministrativo e reato della persona fisica, essa si appunta comunque su uno dei profili di disvalore dell'illecito dell'ente, il quale non potrà gravare doppiamente a suo carico.

La giurisprudenza costituzionale più recente rammenta che il *ne bis in idem* non si esaurisce nella proporzionalità. Tuttavia, il collegamento fra i due principi evidenziato dalla Corte EDU è emblematico della esigenza, avvertita sempre più in un'epoca costellata di plurime risposte sanzionatorie, di porre un limite, sul fronte sostanziale, alla proliferazione di conseguenze punitive e di spingere verso il riconoscimento di un diritto fondamentale alla proporzionalità della sanzione. Un'istanza che si giustifica anche in questo caso, pur in assenza della medesimezza fattuale, per il nucleo comune che attiva la reazione ordinamentale.

Se non si vuole concludere per la incostituzionalità di un sistema così articolato, dovrebbero attivarsi dei meccanismi di scomputo, ravvisabili nei criteri di commisurazione *ex art. 11*, richiamati anche dall'art. 14, e nella clausola *ex art. 83 d.lgs. 231/2001*. In altri termini, la sanzione della "231" dovrà essere parametrata al solo grado di rimprovero che può essere mosso all'ente sul piano organizzativo e alle eventuali condotte successive positive. Resta fermo quanto sopra osservato sulla non punibilità per pagamento del debito tributario.

B1) Ciò non esclude, com'è stato osservato in dottrina, che la giurisprudenza sovranazionale possa adottare un approccio sostanzialistico, che riconosca l'*idem factum* per essere il fatto di reato il perno attorno al quale ruota il rimprovero dell'ente. Per questo è necessario vagliare l'esistenza di un quadro sanzionatorio e procedimentale che, sulla scorta anche della giurisprudenza costituzionale più recente, possa escludere la violazione della garanzia fondamentale.

C) *Violazioni del diritto d'autore*. Che l'ente sia protagonista di tali vicende sanzionatorie anche in via formalmente amministrativa è ricavabile tanto dal contesto normativo quanto dalla tipologia di sanzioni comminate dall'art. 174-*quinquies* 1.

633/1941, nonché dal richiamo fatto a quest'ultimo dall'art. 25-*novies* d.lgs. 231/2001. Come visto sopra, in questo caso il rimprovero viene mosso soltanto sulla base della constatazione della violazione, mentre non c'è un richiamo alla colpa d'organizzazione. Quindi, valgono le stesse considerazioni sopra espresse per gli illeciti tributari. In questo caso, peraltro, la salvezza della previsione *ex art. 174-quinquies* cit. non è da intendersi nel senso del cumulo sanzionatorio, poiché resta applicabile l'art. 83 d.lgs. 231/2001.

D) Rispetto agli enti di piccole dimensioni sono state svolte delle considerazioni autonome. In tale contesto porre il problema del *ne bis in idem* significa evidenziare un vizio di fondo della disciplina della responsabilità dell'ente, considerato che la concentrazione fra proprietà e gestione, già in relazione ai rapporti tra illecito penale e illecito para-penale: a) può far discutere di *eadem persona*; b) porta a configurare l'*idem factum*, perché il profilo organizzativo e la condotta criminosa non sono distinguibili, specie quando si tratti di reati-decisione. Posto che di solito le imputazioni sono mosse nell'ambito dello stesso procedimento, per lo più si pone un problema di *bis in idem* sostanziale.

La tematica rappresenta un terreno di confronto fra esigenze contrapposte e opinioni divergenti, che conducono taluno alla elaborazione di proposte di esclusione di tali soggetti dall'ambito applicativo del regime. Invero, attesa la necessità di stimolare le politiche di prevenzione dei reati a prescindere dallo sviluppo dimensionale degli enti, più equilibrata appare la proposta di introdurre dei meccanismi di compensazione fra le sanzioni irrogate alla persona giuridica e alla persona fisica, anche in base agli spunti offerti dalla comparazione con altri ordinamenti.

Sul tema specifico del "doppio binario", il problema della compatibilità con il *ne bis in idem* si è acuito con l'aggiunta del "terzo binario" (d.lgs. n. 231 del 2001) per le persone giuridiche. Il tema della compensazione tra la sanzione penale per la persona fisica e quella para-penale per l'ente interseca quello della compensazione tra la sanzione amministrativa e le altre due. Inoltre, si ripropone la problematica del coordinamento fra

i procedimenti (ravvisabile per gli abusi di mercato e gli illeciti tributari; inesistente, per esempio, per le violazioni in materia di diritto d'autore), sulla base delle diverse eventualità ipotizzabili e che sono state sopra illustrate.

## BIBLIOGRAFIA

- ABRUSCI I., *Vicende modificative dell'ente e diritti fondamentali*, in L. LUPÁRIA – L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Torino, 2018, p. 255 ss.
- ADDANTE E., *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa, 2020
- AIMI A., *Alla Corte costituzionale un'inedita questione in tema di proporzionalità della "pena naturale" nell'omicidio colposo realizzato ai danni di un prossimo congiunto*, in *Sist. pen.*, 18 aprile 2023
- AJANI G. – PASA B., *Diritto comparato, Casi e materiali*, Torino, 2013
- ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007
- ALESSANDRI A., *Confisca e imprese: spunti e problemi*, in AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. studi in onore di Emilio Dolcini*, I, Milano 2018, p. 1076 ss.
- ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010
- ALESSANDRI A., *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 33 ss.
- ALESSANDRI A., *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 855 ss.
- ALESSANDRI A., *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in N. ABRIANI – G. MEO – G. PRESTI (a cura di), *Società e modello «231»: ma che colpa abbiamo noi?*, in *AGE*, 2009, p. 337 ss.
- ALESSANDRI A., *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1983
- ALESSANDRI A., *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 23 ss.

- ALEX Y R., *Teoria dei diritti fondamentali*, ed. it. L. Di Carlo (a cura di), Bologna, 2012
- ALLENA M., *Interessi procedimentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonomia di tutela?*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2015, p. 67 ss.
- ALPA G., voce *Responsabilità d'impresa*, in AA.VV., *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, IX agg., 2014, p. 862 ss.
- AMARELLI G., *I criteri oggettivi di ascrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro dalla teorica incompatibilità alla forzata convivenza*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2013
- AMARELLI G., *I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi: una grande aspettativa parzialmente delusa*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, p. 351 ss.
- AMARELLI G., *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo. Tracce di una razionalità inesistente*, in *Legisl. pen.*, 23 maggio 2016
- AMARELLI G., *L'indebita inclusione delle imprese individuali nel novero dei soggetti attivi del d. lgs. n. 231/2001*, in *Dir. pen. cont.*, 5 luglio 2011
- AMARELLI G., *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in *disCrimen*, 14 dicembre 2018
- AMARELLI G., *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 941 ss.
- AMARELLI G., *Morti sul lavoro: arriva la prima condanna per le società (commento a Trib. Trani, sez. dist. di Molfetta, 11 gennaio 2010, Truck Center e altri)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 848 ss.
- AMARELLI G., *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità da reato degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 151 ss.
- AMARELLI G., sub art. 1, in AA.VV., *Compliance, Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, edizione online
- AMARELLI G., sub art. 3, in AA.VV., *Compliance*, cit.



- AMATI E., *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012
- AMATI E., *La responsabilità da reato degli enti. Casi e materiali*, Torino, 2007
- AMATI E., sub art. 13, in AA.VV., *Compliance*, cit.
- AMATI E., sub art. 15, in AA.VV., *Compliance*, cit.
- AMATI E., sub art. 16, in AA.VV., *Compliance*, cit.
- AMATO G., *Le puntualizzazioni della Corte di cassazione sulla nozione di profitto rilevante*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 3/2016, p. 151 ss.
- AMATO G., *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, in *Guida dir.*, 26/2001, p. 67 ss.
- AMBROSETTI E.M., *Abolitio criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2004
- AMBROSETTI E.M., *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone. Persone giuridiche e responsabilità amministrativa da reato*, in M. RONCO (dir.), *Commentario sistematico al codice penale. La legge penale*, Bologna, 2006, p. 191 ss.
- AMBROSETTI E.M., *Soggetti e responsabilità individuale e collettiva*, in Id. – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2009, p. 26 ss.
- AMODIO E., *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in Id., *Processo penale diritto europeo e common law*, Milano, 2003, p. 131 ss.
- AMODIO E., *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 320 ss.
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Vol. I, a cura di C.F. Grosso, Milano, 2007
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003
- ANTOLISEI F., *Sul concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1948, p. 1 ss.
- APRILE E., *La Corte costituzionale chiarisce quali sono i criteri per valutare la compatibilità con il divieto di bis in idem di un sistema normativo che prevede il “doppio binario*

- sanzionatorio”, penale e amministrativo, per lo stesso fatto, in *Cass. pen.*, 2020, p. 596 ss.
- ARDIZZONE G., Tsonyo Tsonev c. Bulgaria: un’occasione per riflettere sulla portata del ne bis in idem “europeo”, in *Sist. pen.*, 14 luglio 2022
- ARENA M. – CASSANO G., *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2007
- ARLEN J., *Corporate criminal liability: theory and evidence*, NYU, *L&E Res. Paper Series*, 2012, p. 144 ss.
- ARLEN J., *L’applicazione della legge penal-societaria negli Stati Uniti: l’uso delle transazioni per trasformare imprese potenzialmente criminali in tutori dell’ordine*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, p. 1 ss.
- ASTROLOGO A., ‘Interesse’ e ‘vantaggio’ quali criteri di attribuzione della responsabilità dell’ente nel d.lgs. 231/2001, in *Ind. pen.*, 2003, p. 649 ss.
- ASTROLOGO A., *Brevi note sull’interesse e il vantaggio nel d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006, p. 187 ss.
- ASTROLOGO A., *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 1003 ss.
- ASTROLOGO A., *I reati presupposto*, in G. CANZIO – L. LUPÁRIA DONATI, *Diritto e procedura penale delle società*, Milano, 2022, p. 1116 ss.
- BAJNO R., *Il concorso apparente di illeciti: principio di specialità*, in AA.VV., *L’illecito penale amministrativo. Verifica di un sistema (Profili penalistici e processuali)*, Atti del Convegno di Modena, 6-7 dicembre 1985, Milano, 1987, p. 155
- BALDASSARRE A., voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XII, Roma, 1989, p. 1 ss.
- BARILE P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953
- BARON L., *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di market abuse*, in *Arch. Pen.*, 3/2019

- BARTOLE S., *Interpretazione e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004
- BARTOLI R., *Alla ricerca di una coerenza perduta ... o forse mai esistita*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 2016, p. 13 ss.
- BARTOLI R., *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto. Dialogando con la sentenza Gubert e Mario Romano*, in *Dir. pen. cont.*, 20 ottobre 2016
- BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005
- BARTOLI R., *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco*, in *Sist. pen.*, 29 marzo 2021
- BARTOLI R., *Il criterio di imputazione oggettiva*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Torino, 2020, p. 171 ss.
- BARTOLI R., *Il nuovo volto della prescrizione: dalle concezioni garantiste alle concezioni stataliste*, in *Sist. pen.*, 4/2020, p. 65 ss.
- BARTOLI R., *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del “sistema 231”*, *Le soc.*, 2/2015, p. 215 ss.
- BARTOLI R., *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in *Sist. pen.* 3/2020, p. 219 ss.
- BARTOLI R., *Un'introduzione alla responsabilità punitiva degli enti*, in *Sist. pen.*, 25 ottobre 2021
- BARTOLI R., *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in *Sist. pen.*, 29 novembre 2022, p. 12
- BARTOLI R., *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in *Sist. pen.*, 29 novembre 2022
- BARTOLOMUCCI S., *Market abuse e le responsabilità amministrative degli emittenti*, in *Le soc.*, 7/2005, p. 919 ss.
- BARTOLOMUCCI S., *Sulla configurabilità del (fantomatico) modello organizzativo ex d.lgs. n. 231/2001 dedicato alla P.M.I.*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, p. 93 ss.

- BASILE E., *Abusi di mercato bagatellari per molti, ma non per gli enti. Contravvenzioni di market abuse e responsabilità ex d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 1/2011, p. 61 ss.
- BASILE E., *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in *Dir. pen. cont.*, 12/2017, p. 63 ss.
- BASILE F., *L'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1743 ss.
- BASILE M. – FALZEA A., voce *Persona giuridica (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 234 ss.
- BASILE M., *Gli enti di fatto*, in P. RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato*, I, t. 2, Torino, 1999, p. 273 ss.
- BATTAGLIA E., *Le sanzioni*, in A. D'AVIRRO – A. DI AMATO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2009, p. 277 ss.
- BATTAGLINI G., *Responsabilità penale delle persone giuridiche?*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1930, p. 661 ss.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Roma, 2016
- BELFIORE E.R., *Colpevolezza e rimproverabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, p. 1743 ss.
- BELLACOSA M., *I reati societari e in tema di abuso di mercato*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 471 ss.
- BELLACOSA M., *I reati tributari e i reati di contrabbando*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 611 ss.
- BELLAGAMBA F., *La riforma del riciclaggio è legge: un'occasione mancata per andare oltre il mero recepimento della direttiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 445 ss.
- BELLUTA H., *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Torino, 2018
- BELLUTA H., *Presunzione di innocenza e collaborazione nel processo agli enti*, in L. LUPÁRIA – MARAFIOTIL. – PAOLOZZI G. (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente*, cit., p. 45 ss.

- BERNASCONI A., *Indagini ed udienza preliminare*, in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, p. 345 ss.
- BERNASCONI A., *L'apparato sanzionatorio*, in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI (a cura di), *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 197 ss.
- BERNASCONI A., *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in Id. (a cura di), *Il processo penale de societate*, Milano 2006, p. 55 ss.
- BERNASCONI A., *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e autonomia delle responsabilità dell'ente*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 4, p. 579 ss.
- BERNASCONI P., *Introdotta anche in Svizzera la responsabilità penale dell'impresa*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 4043 ss.
- BETTIOL G. – PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986
- BETTIOL G., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1982
- BETTIOL G., *Dolo e responsabilità penale nel quadro dei principi costituzionali*, in Id., *Scritti giuridici (1966-1980)*, Padova, 1980, p. 78 ss.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, I*, Milano, 1983
- BIANCHI D., *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2022
- BIANCHI D., *Verso un illecito corporativo personale. Osservazioni "umbratili" a margine d'una sentenza "adamantina" nel "magma 231"*, in *Sist. pen.*, 14 ottobre 2022
- BIN L., sub art. 21, in AA.VV., *Compliance*, cit.
- BIN L., *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Torino, 2022
- BIN R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Dir. Quest. pubb.*, 2002, p. 115 ss.
- BINDI E., *La delimitazione dei confini del ne bis in idem: dall'automatismo alla discrezionalità del giudice*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, in *giurcost.org*, p. 275 ss.
- BOBBIO N., *Le sanzioni positive*, in Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma, 2007, p. 21 ss.
- BOBBIO N., *Sanzione*, in Id., *Contributo ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 307 ss.

- BOBBIO N., *Sulla funzione promozionale del diritto*, in Id., *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 3 ss.
- BOBBIO N., *Verso una teoria funzionalistica del diritto*, in Id., *Dalla struttura alla funzione*, cit., p.
- BONATI M., sub art. 25-septies, in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, p. 408 ss.
- BONI M., *La politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza sul caso Ilva (n. 85/2013)*, in *Federalismi*, 5 febbraio 2014, n. 3
- BONTEMPELLI M. – PAESE R., *La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca. Dalla giurisprudenza “Focarelli” e “Uniland” al nuovo codice della crisi d’impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2019, p. 123 ss.
- BONTEMPELLI M., *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. Pen.* 1/2015
- BORSARI R., *Le misure interdittive antimafia. Profili penali*, in AA.VV., *Misure di prevenzione interdittive antimafia e procedimento*, Milano, 2022, p. 733 ss.
- BORSARI R., *Responsabilità da reato degli enti e fallimento*, in *Dir. pen. proc.*, 10/2013, p. 1218
- BRAMBILLA P., *Il decreto “Severino” al vaglio della Corte di Strasburgo: escluso il “carattere penale” dell’incandidabilità parlamentare e del divieto di ricoprire cariche elettive regionali*, in *Sist. pen.*, 8 luglio 2021
- BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida dir.*, 35/2007, p. 40 ss.
- BRICCHETTI R., *Codice della crisi d’impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 7-8/2019, p. 75 ss.
- BRICCHETTI R., *La confisca nel procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa dell’ente dipendente da reato*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006, p. 7 ss.

- BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto premiale*, in Id., *Scritti di diritto penale*, vol. I, Milano, 1997, p. 1409 ss.
- BRICOLA F., *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951 ss. e in Id., *Scritti*, cit., vol. II, t. II, p. 2975 ss.
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965
- BRICOLA F., *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli Enti nei paesi della CEE*, in Id., *Scritti di diritto penale*, cit., vol. II, t. II, p. 3063 ss.
- BRICOLA F., *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 588 ss.
- BRICOLA F., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. DE ACUTIS – G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Padova, 1984, p. 101 ss., e in Id., *Scritti di diritto penale*, cit., vol. I, tomo II, p. 1475 ss.
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, 1973
- BRIZZI F., *Sentenza Grande Stevens e processo di prevenzione: prime indicazioni del Giudice di legittimità*, in *Arch. pen.*, 3/2014
- BRIZZI F., *Sentenza Grande Stevens e processo di prevenzione: prime indicazioni del Giudice di legittimità*, in *Arch. pen.*, 3/2014
- BRUNELLI D., *Divagazioni sulle “dimensioni parallele” della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2017, p. 4 ss.
- BRUNELLI D., *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2019
- BRUNELLI D., *La Corte costituzionale «vorrebbe ma non può» sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 181 ss.

- BRUNELLI D., sub *art. 20*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, p. 238 ss.
- BRUNELLI D., sub *art. 21*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 241 ss.
- BRUNO F. – DI PRISCO A., *Market abuse directive e ruolo della Consob: della manipolazione del mercato e della tutela dell'attività di vigilanza della Consob*, in *Corr. giur.*, 4/2008, p. 452 ss.
- BRUSCO C., *La delega di funzioni alla luce del d.lg. n. 81 del 2008*, in *Giur. merito*, 2008, p. 2767 ss.
- BUSSON E., *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 1471 ss.
- CADOPPI A., *La legittima difesa domiciliare (c.d. «sproporzionata» o «allargata»): molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 434 ss.
- CAGNOLA F. – BONCOMPAGNI F., *Reati tributari: la “nuova” causa di non punibilità introdotta dal d.l. 30 marzo 2023, n. 34*, in *Sist. pen.*, 13 aprile 2023
- CALÒ R., *Ne bis in idem: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1120 ss.
- CAMAIONI S., *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, in *Giust. pen.*, p. 230 ss.
- CANESCHI G., *Ne bis in idem: una garanzia ancora in cerca di identità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 2108 ss.
- CANESTRARI S. – CORNACCHIA L. – DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017



- CANESTRARI S., *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 21 ss.
- CANNADA-BARTOLI E., voce *Illecito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 112 ss.
- CAPECCHI G., *La responsabilità amministrativa degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: note di inquadramento sistematico e problematiche operative*, in *Dir. comm. int.*, 2006, p. 98 ss.
- CAPOZIO G. – VOZZA D., sub art. 33, in AA.VV., *Compliance*, cit.
- CAPRIOLI F., *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1183 ss.
- CAPRIOLI F., *Il principio del ne bis in idem*, in F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011
- CAPUTO M., *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 148 ss.
- CARACCIOLI I., *Osservazioni sulla responsabilità penale "propria" delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Gallo*, Torino, 2004, p. 73 ss.
- CARACCIOLI I., *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 1/2007, p. 155 ss.
- CARAVIGLIO P., *Nemmeno la cancellazione fisiologica dell'ente determina l'estinzione della responsabilità ex D.Lgs. n. 231/2001*, in *Le soc.*, 10/2022, p. 1083 ss.
- CARDON A., *Le nuove sanzioni amministrative tributarie*, in *Dir. prat. trib.*, 2005, p. 385 ss.
- CARERI A., *I presupposti della garanzia convenzionale al ne bis in idem: dalla Grande Camera nuove precisazioni*, in *Sist. pen.*, 12 dicembre 2019
- CARETTI P. – TARLI BARBIERI G., *I diritti fondamentali*, Torino, 2017
- CARMONA A., *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002
- CARNELUTTI F., *Lezioni sul processo penale*, vol. I, Roma, 1946

- CARPIO BRIZ D.I., *Il cammino spagnolo per l'imputazione della responsabilità da reato*, in L. LUPÁRIA – L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente*, cit., p. 92 ss.
- CARRIERO M.F. – CAMURRI V., *La Cassazione sul "disastro di Viareggio": l'aggravante antinfortunistica e la giurisdizione sugli enti stranieri*, in *Arch. pen.*, 1/2022
- CARTABIA M., *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante*, Torino, 2016, p. 463 ss.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017
- CASSETTA E., voce *Illecito amministrativo*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1993, p. 89 ss.
- CASSETTA E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pen.*, XII, Torino, 1997, p. 598 ss.
- CASTRONOVO D., sub art. 25-septies, in AA.VV., *Compliance*, cit.
- CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009
- CASTRONUOVO D., *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1594 ss.
- CASTRONUOVO D., voce *Colpa penale*, in M. DONINI (a cura di), *Reato colposo*, in *Enc. dir.*, Milano, 2021, p. 207 ss.
- CATENACCI M., *Sanzioni per l'ente e fini della pena: qualche riflessione*, in V. PLANTAMURA – G. SALCUNI (a cura di), *Liber Amicorum Adelmo Manna*, Pisa, 2020, p. 87 ss.
- CATERINI M., *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *Giust. pen.*, 2/2012, p. 91 ss.
- CENTONZE F., *Forme organizzative e inesigibilità della compliance: profili di individualizzazione del rimprovero*, in *Giur. comm.*, 2021, p. 449 ss.
- CENTONZE F., *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in F. CENTONZE - M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, p. 87 ss.

- CENTONZE F., *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgvo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 945 ss.
- CENTORAME F., *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto alla probation dell'imputato-persona giuridica*, in L. LUPÁRIA – L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente*, cit., p. 199 ss.
- CERESA-GASTALDO M., *Esecuzione*, in G. CONSO – V. GREVI – M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2020, p. 905 ss.
- CERESA-GASTALDO M., *Procedura penale delle società*, Torino, 2017
- CERQUA L.D., *Articolo 11. Criteri di commisurazione della pena pecuniaria*, in M. LEVIS – A. PERINI (dir.), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2014, p. 275 ss.
- CERQUA L.D., *Articolo 12. Casi di riduzione della sanzione pecuniaria*, in M. LEVIS – A. PERINI (dir.), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 285 ss.
- CERQUA L.D., *Misure cautelari interdittive nei confronti della società*, in *Dir. prat. soc.*, 2007, p. 73 ss.
- CHIARI A., sub *art. 15*, in A. CADOPPI – A. GARUTI – P. VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 211 ss.
- CHIAVARIO M., *Appunti sul processo penale*, Torino, 2000
- CIMADOMO D., *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, Padova, 2016
- CIRILLO P., *L'estensione della particolare tenuità del fatto agli enti al vaglio della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, p. 157 ss.
- CLARKSON C.M.V., *Kicking Corporate Bodies and Daming Their Souls*, *Mod.Law. Rev.*, 1996, p. 557 ss.
- COCCO G. – AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato breve di diritto penale, Parte generale II, Punibilità e pene*, Padova, 2018

- COCCO G., *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 90 ss.
- COFFEE J.C., *"No Soul to Damn: No Body to Kick". An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, *Mich.L.R.*, 1981, vol. 79, p. 386 ss.
- COGNETTI S., *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1197 ss.
- COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e analisi sistematica*, Torino, 2011
- COLACURCI M., *L'illecito "riparato" dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistica nel d.lgs. 231/2001*, Torino, 2022
- CONFALONIERI S., *Ancora in tema di omesso versamento di IVA e ne bis in idem: il Tribunale di Terni dichiara di non doversi procedere per la sanzione penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2 dicembre 2015
- CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955
- CONSULICH F. – GENNONI C., *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in *Giur. pen. web*, 2018, 4
- CONSULICH F., *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2020, p. 45 ss.
- CONSULICH F., *Il diritto di Cesare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1353 ss.
- CONSULICH F., *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del giudice eurounitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 949 ss.
- CONSULICH F., *L'ente alla Corte. Il D.Lgs. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti*, in *Resp. amm. soc. ent.*, 4/2019, p. 21 ss.
- CONTI L., voce *Concorso apparente di norme*, in *Novissimo Dig.*, III, Torino, 1959, p. 1007 ss.

- COPPA D., *Le sanzioni amministrative tributarie: principi e deroghe tra diritto interno ed interpretazioni sovranazionali*, in *Dir. prat. trib. int.*, 4/2018, p. 990 ss.
- COPPOLA F., *Politica criminale e scelte sanzionatorie. Spunti per il recupero di razionalità dal Sentencing System inglese e dall'intelligenza artificiale*, Torino, 2022
- CORDEIRO GUERRA R., *Illecito tributario e sanzioni amministrative*, Milano, 1996
- CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2001
- CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2012
- COSENTINO A., *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *Questione giustizia*, 6 febbraio 2020
- COTTA S., voce *Persona*, (*Filosofia*), in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 159 ss.
- CURI U., *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, 2019
- D'AGOSTINO L., *I reati in materia di violazioni del diritto d'autore*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 553 ss.
- D'ALBERTI M., *Peripezie della proporzionalità*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 2014, n. spec., p. 279 ss.
- D'ALESSANDRO FL., *Persona giuridica e analisi del linguaggio*, Padova, 1989, p. 92 ss.
- D'ALESSANDRO FR., *L'aggiotaggio e la manipolazione di mercato*, in G. CANZIO – L. LUPÁRIA, *Diritto e procedura penale delle società*, cit., p. 863 ss.
- D'ARCANGELO F., *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, Torino, 2020, p. 321 ss.
- D'ARCANGELO F., *La responsabilità da reati degli enti per i delitti tributari: sintonie e distonie di sistema*, in *Sist. pen.*, 7/2020, p. 167 ss.
- D'ARCANGELO F., *La responsabilità da reato delle società unipersonali nel d.lgs. 231/01*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2008, p. 145 ss.
- D'ARCANGELO F., *La responsabilità dell'ente per reato commesso da autore ignoto*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 4/2017, p. 21 ss.

- D'ASCOLA V.N., *L'impovertimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova"*.  
*Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, Reggio Calabria, 2008
- D'ASCOLA V.N., *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in  
*Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 652 ss.
- D'ASCOLA V.N., *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli,  
2004, p. 190 ss.
- D'ASCOLA V.N., *Alla ricerca di un diritto che non c'è - La presunta retroattività della 'legge  
Severino', tra derive assiomatiche e suggestioni moralistiche*, in *Arch. pen.*, 1/2014
- D'URSO F., *Persona giuridica e responsabilità penale. Note storico giuridiche a proposito di  
recenti riforme*, in *Quad. fiorentini*, 2000, p. 532 ss.
- DALLACASA M., *Principio di specialità e nascita di un sistema di diritto dell'illecito  
amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1984, p. 29 ss.
- DALL'ORA A., *Falso nummario e truffa in argomento di concorso di norme e di reati*, in *Riv.  
it. dir. proc. pen.*, 1949, p. 356 ss.
- DE AMICIS G., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti  
della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*,  
3-4/2014, p. 201 ss.
- DE CARO A., *Persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX,  
Torino, 1995, p. 505 ss.
- DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, in A. CICU – F. MESSINEO (dir.), *Trattato dir. civ.  
comm.*, Milano, 1982, p. 45 ss.
- DE FRANCESCO G., *Diritto penale, 2, Forme del reato*, Torino, 2013
- DE FRANCESCO G., *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018
- DE FRANCESCO G., *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?*,  
in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 753 ss.
- DE FRANCESCO G., *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*,  
Milano, 1980

- DE LIA A., La Consulta sul bis in idem in materia tributaria. Un breve commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 222/2019, in *Forum Quad. cost.*, 31 dicembre 2019
- DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002
- DE MAGLIE C., *L'ultima sfida della politica criminale: la responsabilità (penale?) degli enti collettivi. In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Legisl. pen.*, 2003, p. 341 ss.
- DE MAGLIE C., *La disciplina della responsabilità amministrativa degli enti e delle associazioni. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1348 ss.
- DE MARTINO L., La colpa di organizzazione nel prisma del diritto penale liberale, Relazione al convegno “Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuzioni nella contemporaneità”, Certosa di Pontignano (SI), 24-25 maggio 2019, pubblicato il 30 aprile 2020, in *disCRIMEN*
- DE ROBERTO G., *Principio di specialità e rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa nella l. 24 novembre 1981 n. 689*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1583 ss.
- DE SECONDAT DE MONTESQUIEU CH. – L., *De l'esprit de lois*, trad. it., *Lo spirito delle leggi*, Milano, 2003, vol. I
- DE SIMONE G., *La colpevolezza dei soggetti metaindividuali: una questione tuttora aperta*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 910 ss.
- DE SIMONE G., *La responsabilità da reato della societas nell'ottica dei principi costituzionali*, in MONGILLO V. –STILE A. M. –STILE G. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231 del 2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, p. 261 ss.
- DE SIMONE G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Napoli, 2012

- DE SIMONE G., *Profili di diritto comparato*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 3 ss.
- 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 G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 57 ss.
- DE VERO G., *Corso di diritto penale*, Torino, 2020
- DE VERO G., *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1137 ss.
- DE VERO G., *Il sistema sanzionatorio di responsabilità ex crimine degli enti collettivi, I parte*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2/2006, p. 173 ss.
- DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in C.F. GROSSO – T. PADOVANI – A. PAGLIARO (dir.), *Trattato di diritto penale*, vol. 4, Milano, 2008
- DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1126 ss.
- DEAGLIO L., *Il compendio sanzionatorio della nuova disciplina privacy sotto la lente del ne bis in idem sovranazionale e della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2019, p. 201 ss.
- DEAGLIO L., *Il perimetro operativo del ne bis in idem nella giurisprudenza sovranazionale e nazionale. È tempo di bilanci*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1436 ss.
- DEAN F., *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Milano, 1967
- DEGNI F., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile italiano*, II, 1, Torino, 1939
- DELITALA G., *Concorso di norme e concorso di reati*, in Id., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1976, p. 487 ss.
- DELITALA G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930
- DI BITONTO M.L., *Studio sui fondamenti della procedura penale d’impresa*, Napoli, 2012



- DI GERONIMO P., *La Cassazione esclude l'applicabilità alle imprese individuali della responsabilità da reato prevista per gli enti collettivi: spunti di diritto comparato*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4046 ss.
- DI GERONIMO P., *La confisca*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 594 ss.
- DI GERONIMO P., *Sanzioni interdittive e commissariamento dell'ente*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 570 ss.
- DI GIOVINE O., *Il criterio di imputazione soggettiva*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 203 ss.
- DI GIOVINE O., *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, in A. MANNA (a cura di), *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, Milano, 2004, p. 423 ss.
- DI GIOVINE O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, p. 3 ss.
- DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1325 ss.
- DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili di dissociazione fra reato e pena*, Milano, 1998
- DI MARTINO A., *Successione di norme penali: modifiche strutturali e giudizi di valore*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 533 ss.
- DI VETTA G., sub *art. 19*, in AA.VV., *Compliance*, cit.
- DINACCI E., *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
- DINACCI E., *La riparazione delle conseguenze del reato nell'illecito dell'ente*, in *Riv. trim dir. pen. ec.*, 2012, p. 991 ss.
- DINACCI F., *La dimensione probatoria e del diritto al silenzio nella disciplina della responsabilità da reato degli enti. Verso letture "osservanti" dei principi*, in *Arch. pen.*, 1/2022

- DOLCINI E., *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990
- DOLCINI E., *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 398 ss.
- DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979
- DOLCINI E., *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1 ss.
- DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 10 ss.
- DOLCINI E., *Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2001, p. 823 ss.
- DOLCINI E., *Sanzione penale e amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 589 ss.
- DOLCINI E., sub art. 9, in AA.VV., *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, Milano, 1982, p. 55 ss.
- DONINI M., *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, in AA.VV., *La pena, ancora*, cit., p. 579 ss.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004
- DONINI M., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3/2012, p. 51 ss.
- DONINI M., *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Quest. giust.*, 29 ottobre 2020
- DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1162 ss.
- DONINI M., *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. Un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in *Sist. pen.*, 20 dicembre 2022

- DONINI M., Septies in idem. *Dalla «materia penale» alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2284 ss.
- DONINI M., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 141 ss.
- DONINI M., voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, p. 221 ss.
- DORIGO S., *Persone giuridiche e sanzioni amministrative tributarie*, in *Dir. prat. trib.*, 3/2018, p. 1112 ss.
- DOVA M., Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?, in *Dir. pen. cont.*, 9 febbraio 2016
- DOVERE S., *Art. 25 septies. Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, in M. LEVIS – A. PERINI (dir.), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 637 ss.
- DOVERE S., *Interesse e vantaggio nei reati colposi. Soluzioni e criticità nel formante giurisprudenziale*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 290 ss.
- DOVERE S., *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro: un'innovazione a rischio di ineffettività*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, p. 97 ss.
- DOVERE S., *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25 septies del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 316 ss.
- DRESSLER J., *Substantive Criminal Law through the Looking Glass of Rummel v. Estelle: Proportionality and Justice as Endangered Doctrines*, 34 sw. L.J., 1981, p. 1064 ss.
- ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962
- EPIDENDIO T. – PIFFER G., *La responsabilità degli enti per reati colposi*, in *Le soc., Gli Speciali, D.lgs. 231: 10 anni di esperienze*, p. 35 ss.
- EPIDENDIO T., *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2018, p. 145 ss.
- EPIDENDIO T., *I principi costituzionali e internazionali e la disciplina punitiva degli enti*, in A. BASSI – T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, cit., p. 454 ss.

- EPIDENDIO T.E., *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, in A. BASSI – T.E. EPIDENDIO (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 279
- EPIFANI J., *Quid de nocte? Un apparente passo indietro nel dialogo tra Cassazione e Corte costituzionale per la definizione dei rapporti tra concorso formale e divieto di bis in idem processuale*, in *Arch. pen.* 3/2019
- EUSEBI L., *Appunti minimi di politica criminale in rapporto alla riforma delle sanzioni penali*, in *Criminalia*, 2007, p. 185 ss.
- EUSEBI L., *Brevi note sul rapporto fra anticipazione della tutela in materia economica, extrema ratio ed opzioni sanzionatorie*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 928 ss.
- FABBIO P., *La proporzionalità dell'inibitoria per violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in AA.VV., *Studi di diritto commerciale per Vincenzo De Cataldo*, Torino, p. 153 ss.
- FALATO F., *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, *Arch. Pen.*, 1/2018
- FALCINELLI D., *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazionale europeo*, in *Arch. pen.* 1/2017, p. 69
- FALZEA A., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Milano, 1981, p. 137 ss.
- FARALDO CABANA P., *Sanzione pecuniaria di natura amministrativa vs multa penale contro le persone giuridiche. Breve contrasto fra i sistemi spagnolo ed italiano*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 1/2015, p. 189 ss.
- FARALDO CABANA P., *Sull'idoneità della sanzione pecuniaria per le persone giuridiche. Una riflessione dal diritto spagnolo con spunti di diritto italiano, Relazione al Congresso italo-spagnolo svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 3-4/2014, p. 120 ss.

- FARINA M., *I reati societari e la responsabilità delle persone giuridiche*, in *Banca borsa*, 2004, p. 138 ss.
- FASOLIN S., *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, Padova, 2015
- FAVA C., *Sanzioni tributarie e persone giuridiche tra modelli penalistici e specificità di settore*, Milano, 2006
- FELISATTI V., *Il ne bis in idem domestico. Tra coordinazione procedimentale e proporzionalità della sanzione*, in *Riv. trim. Dir. Pen. Cont.*, 3/2018, p. 119 ss.
- FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, E. Vitale (a cura di), Roma-Bari, 2001
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2002
- FERRARA F. jr., *Le persone giuridiche*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile italiano*, II, 2, Torino, 1956
- FERRARA F. sr., *La teoria della persona giuridica. Risposta a una critica di Bonelli*, in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1954
- FERRU A P., *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, p. 705 ss.
- FERRU A P., *Il 'giusto' processo*, Bologna, 2012
- FERRU A P., *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 223 ss.
- FERRU A P., *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. giust.*, 29/2001, p. 8 ss.
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2019
- FIANDACA G., *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 860 ss.
- FIANDACA G., *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, p. 61 ss.

- FIANDACA G., voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991, p. 157 ss.
- FIDELBO G. – RUGGIERO R.A., *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, p. 1 ss.
- FIDELBO G., *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in V. MONGILLO – A. M. STILE – G. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Napoli, 2013, p. 173 ss.
- FIDELBO G., *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in AA.VV., *Le soc.*, suppl. al n. 12: "D. Lgs. n. 231/2001: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi", 2011, p. 55 ss.
- FIDELBO G., *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 503 ss.
- FINOCCHIARO S., *Confisca di prevenzione e civil forfeiture. Alla ricerca di un modello sostenibile di confisca senza condanna*, Milano, 2022
- FINOCCHIARO S., *La confisca "civile" dei proventi da reato. Misura di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation*, Milano, 2018
- FINOCCHIARO S., *La nuova causa di non punibilità per estinzione del debito tributario posta al vaglio della Corte Costituzionale da un'ordinanza del Tribunale di Treviso*, in *Dir. pen. cont.*, 4 aprile 2016
- FINOCCHIARO S., *Le novità in materia di reati tributari e di responsabilità degli enti contenute nel c.d. decreto fiscale (d.l. 124/2019)*, in *Sist. pen.*, 18 novembre 2019
- FINOCCHIARO S., *La Cassazione sulla proporzionalità della confisca "urbanistica" in caso di lottizzazione abusiva "negoziale"*, in *Sist. pen.*, 4 febbraio 2021
- FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020
- FIORELLA A. – SELVAGGI N., *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3-4/2014, p. 105 ss.

- FIORELLA A. –MASUCCI M., *Logica, criticità e riforme del sistema punitivo per l'illecito dell'ente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 517 ss.
- FIORELLA A. –SELVAGGI N., *Dall'«utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, Torino, 2018
- FIORELLA A., *Dogmatica e responsabilità ex crimine delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3-4/2016, p. 633 ss.
- FIORELLA A., *Elasticità dei parametri di idoneità dei modelli preventivi e incertezze della 'pratica'*, in V. MONGILLO – A. M. STILE – G. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 359 ss.
- FIORELLA A., *From “Macro-anthropos” to “Multi-person Organisation” – Logic and structure of compliance programs in the corporate criminal liability*, in Id. (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs – II. Towards a Common Model in the European Union*, Napoli, 2012, p. 403 ss.
- FIORELLA A., *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, in F. COMPAGNA (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, p. 267 ss.
- FIORELLA A., *Le strutture del diritto penale*, Torino, 2018
- FIORELLA A., *Oggettivo e soggettivo nella definizione dell'efficacia dei c.d. modelli organizzativi*, in Id. – A.M. STILE (a cura di), *Corporate criminal liability and compliance programs. First colloquium*, Napoli, 2012, p.
- FIORELLA A., *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in G. LANCELLOTTI (a cura di), *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Torino, 2003, p. 85 ss.
- FIORELLA A., voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1987, p. 789 ss.
- FIORELLA A., voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., p. 5103 ss.
- FIORELLA A., voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1289 ss.

- FIORELLI G., *Il diritto alla contestazione dell'illecito dipendente da reato*, in L. LUPÁRIA – L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 107 ss.
- FIORELLI G., *La vocatio in iudicium dell'ente, tra istanze di semplificazione probatoria e forme di responsabilità "senza fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1258 ss.
- FIORIO C., *Presunzione di non colpevolezza e onere della prova*, in Id. (a cura di), *La prova nel processo agli enti*, Torino, 2016, p. 145 ss.
- FLICK G. M. – NAPOLEONI V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? ("Materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. AIC*, n. 3/2014, 11 luglio 2014
- FLICK G.M. – NAPOLEONI V., *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. AIC*, n. 3/2015, 10 luglio 2015
- FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2014
- FLORA G., *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di «metamorfosi» della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1398 ss.
- FLORA G., *Prime riflessioni sulle problematiche penalistiche del recepimento della "direttiva PIF" nel settore dei reati tributari e della responsabilità "penale" degli enti*, in AA.VV., *Studi in onore di Alessio Lanzì*, Roma, 2020, p. 372 ss.
- FOFFANI L., *Gli incerti confini della "materia penale" e i poteri della Consob*, in AA.VV., *Studi in onore di Alessio Lanzì*, cit., p. 383 ss.
- FOFFANI L., *I mobili confini fra sanzione penale e amministrativa nel contesto della politica criminale europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, p. 541 ss.
- FONDAROLI D., *Articolo 19. Confisca*, in M. LEVIS – A. PERINI (a cura di), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 385 ss.
- FONDAROLI D., *L'attività di vigilanza della Consob tra tutele e violazioni delle garanzie fondamentali*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Fiorella*, Roma, 2021, p. 1593 ss.



- FONDAROLI D., *La responsabilità dell'ente*, in SGUBBI F. – FONDAROLI D. – TRIPODI A.F., *Diritto penale del mercato finanziario. Abuso di informazioni privilegiate, manipolazione di mercato, ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob, falso in prospetto. Lezioni*, Padova, 2008, p. 147 ss.
- FONDAROLI D., sub art. 197, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – P. VENEZIANI (dir.), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018, p. 840 ss.
- FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000
- FORTI G., *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in C. DE MAGLIE – S. SEMINARA, *La riforma del codice penale. La parte generale*, Atti del Convegno di Pavia, 10-12 maggio 2001, Milano, 2002, p. 188 ss.
- FORTI G., *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1249 ss.
- FRISCH W., *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 3-4/2014, traduzione a cura di C. Bongiorno, p. 164 ss.
- FROSALI R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971
- FROSALI R.A., *Sistema penale italiano*, pt. I, *Diritto penale sostanziale*, vol. III, Torino, 1958
- FURIA F., *La Cassazione ribadisce che l'art. 131-bis c.p. non esclude la responsabilità da reato degli enti*, in *Sist. pen.*, 15 gennaio 2020
- FUSCO E. – NAZZANI A.A., *Reati tributari e 231: la causa di non punibilità per il contribuente che si ravvede aprirà uno spiraglio alla non punibilità dell'ente che si dissocia e ripara le conseguenze del reato?*, in G. CANZIO – L. LUPÁRIA DONATI, *Diritto e procedura penale delle società*, cit., p. 1147 ss.
- FUSCO E. – PALIERO C.E., *L' "happy end" di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo. Nota a a Cass., sez. VI, sent. 11 novembre 2021 (dep. 15 giugno 2022), n. 23401, Pres. Fidelbo – rel. Rosati*, in *Sist. pen.*, 27 settembre 2022

- FUSCO E., La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna, (Nota a Trib. di Milano, Sez. I Penale, ord. 6 dicembre 2016, Pres. Fazio, Giud. Curami e De Luca), in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016
- GAITO A., *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, in *Arch. pen.*, 1/2019
- GALANTINI N., *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, p. 216 ss.
- GALATI C.D., *Società unipersonali e responsabilità degli enti: alla ricerca di un autonomo centro di interessi*, in *Bil. rev.*, 10/2022, p. 59 ss.
- GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998
- GALGANO F., *Art. 41 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 3 ss.
- GALGANO F., *Persona giuridica*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIII, Torino, 1995, edizione online
- GALLO F., *L'impresa e la responsabilità per le sanzioni amministrative tributarie*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 11 ss.
- GALLO M., *Diritto penale italiano*, Torino, 2020
- GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 1 ss.
- GALLO M., *La chiave di vetro*, in *Arch. pen.*, 1/2022
- GALLO M., *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1950
- GALLO M., voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1960, p. 636 ss.
- GALLO M., voce *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 786 ss.
- GAMBARDELLA M., *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013
- GARAVAGLIA E., *La responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche: i primi anni di applicazione giurisprudenziale*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 383/II ss.
- GARGANI A., *Commento all'art. 187 quinquies del T.U.F.*, in *Legisl. pen.*, 2006, p. 116 ss.

- GARGANI A., *Individuale e collettivo nella responsabilità della societas*, in *Studi senesi*, 2006, p. 241 ss.
- GARGANI A., *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 591 ss.
- GARGANI A., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Legisl. pen.*, 2013, p. 839 ss.
- GARGANI A., *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente*, in *Legisl. pen.*, 11 gennaio 2016
- GARGANI A., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di "riforma della disciplina sanzionatoria" (art. 2 L. 28.4.2014 N. 67)*, in *Legisl. pen.*, 28 aprile 2014
- GARGANI A., voce *Illecito civile punitivo*, in *Enc. dir.*, Annali, X, Milano, 2017, p. 487 ss.
- GARRET B., *The Constitutional Standing of Corporations*, in *Univ. of Pennsylvania L. Rev.*, 2014, vol. 163, p. 96 ss.
- GARUTI G., *Contestazione dell'illecito amministrativo*, in A. GIARDA – E.M. MANCUSO – G. SPANGHER – G. VARRASO (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Milano, 2007, p. 448 ss.
- GARUTI G., *La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto processuale penale*, in A. FIORELLA – A. GAITO – S. VALENZANO (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni*, cit., p. 429 ss.
- GARUTI G., *Le nuove frontiere nel processo penale agli enti: la messa alla prova, la tenuità del fatto e l'assenza*, Relazione tenuta nell'ambito dell'Incontro di studi Tavoli 231, Milano, 17 maggio 2017
- GARUTI G., *Premessa*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. XI ss.

- GARUTI G., *Profili giuridici del concetto di “adeguatezza” dei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 3/2007, p. 11 ss.
- GATTA G.L., *Abolito criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, Milano, 2008
- GATTA G.L., *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2016
- GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento, Sul disegno di legge di “Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa”, approvato definitivamente dal Senato il 28 marzo 2019*, in *Dir. pen. cont.*, 1° aprile 2019
- GATTA G.L., *“Tregua fiscale” e nuova causa di non punibilità dei reati tributari attivabile fino al giudizio d'appello. E il PNRR?*, in *Sist. pen.*, 12 aprile 2023
- GENNAI S. – TRAVERSI A., *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2001
- GENTILE G., *Il d.lgs. n. 231 del 2021 può applicarsi anche alle s.r.l. unipersonali*, in *Proc. pen. giust.*, 2022
- GENTILE G., *L'illecito colposo dell'ente collettivo. Riflessioni alla luce del Corporate Manslaughter*, Torino, 2009
- GIANGIACOMO B., sub *art. 157 c.p.*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – P. VENEZIANI (dir.), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 734 ss.
- GIARDA A., *Societas delinquere potest: o no?!*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 183 ss.
- GIAVAZZI S., *Art. 17*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, III, Milano, 2017, p. 159 ss.
- GIAVAZZI S., *Art. 18*, in A. GIARDA – E.M. MANCUSO – SPANGHER G. – VARRASO G. (a cura di), *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, cit., p. 170 ss.
- GIAVAZZI S., *Art. 20*, in A. GIARDA – E.M. MANCUSO – G. SPANGHER – G. VARRASO (a cura di), *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, cit., p. 189 ss.

- GIAVAZZI S., *Art. 21*, in A. GIARDA – E.M. MANCUSO – G. SPANGHER – G. VARRASO (a cura di), *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, cit., p. 192 ss.
- GIAVAZZI S., *L’abuso di informazioni privilegiate*, in G. CANZIO – L. LUPÁRIA DONATI, *Diritto e procedura penale delle società*, cit., p. 753 ss.
- GIAVAZZI S., *La responsabilità delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 563 ss.
- GIGLIOLI M., *Le indagini preliminari e l’udienza preliminare*, in A. D’AVIRRO – A. DI AMATO, (a cura di), *La responsabilità*, cit., p. 711 ss.
- GIOSTRA G., *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, in *Giur. it.*, 2005, p. 2221 ss.
- GIOVANNINI A., *Il diritto tributario per principi*, Milano, 2014
- GIOVANNINI A., *Persona giuridica e sanzione tributaria: idee per una riforma*, in *Rass. trib.*, 2013, p. 509 ss.
- GIUDICI A., *Furto con destrezza e distrazione del proprietario: le sezioni unite scelgono la via più restrittiva* in *Dir. pen. cont.*, 13 settembre 2017
- GIUNTA F.– MICHELETTI D., *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003
- GIUNTA F., *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1/2004, p. 1 ss.
- GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 86 ss.
- GIUNTA F., *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 35 ss.
- GIUNTA F., voce *Depenalizzazione*, in G. VASSALLI, (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, p. 191 ss.
- GOBERT J. – PUNCH M., *Rethinking Corporate Crime*, London, 2003
- GOISIS L., *La pena pecuniaria. Un’indagine storica e comparata*, Milano, 2008

- GÓMEZ JARA DÍEZ C., *¿Imputabilidadde las personas jurídicas?*, in M. BAJO FERNÁNDEZ –JORGE BARREIRO A. –SUÁREZ GONZÁLEZ C. (coords.), *Libro Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005 p. 425 ss.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Corporate Criminal Liability in the Twenty-First Century: Are All Corporations Equally Capable of Wrongdoing?*, in *Stetson L. R.*, 2011, p. 41 ss.
- GRASSO G. –GIUFFRIDA F., *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte Europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2015
- GRASSO G., *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in *Sist. pen.*, 14 febbraio 2020
- GRASSO G., *Responsabilità da reato tributario dell'ente e ne bis in idem: tra "binari" doppi e multipli alla luce del d.l. n. 124 del 2019, conv. in l. n. 157 del 2019*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 1-bis
- GRECO E., *L'illecito dell'ente dipendente da reato. Analisi strutturale del tipo*", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 2091 ss.
- GREVI V., *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di « giusto processo » penale (tra « ragionevole durata », diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 423 ss.
- GROSSO C.F., voce *Responsabilità*, in *Novis. Dig. it.*, XV, 1968, p. 710 ss.
- GROTTO M., *La responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001 degli enti stranieri*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2021, p. 437 ss.
- GUERINI I., *Il fallimento della società non determina l'estinzione della sanzione a carico dell'ente. Nota a Cass., Sez. V Sent., 26 settembre 2012, n. 44824*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2013, p. 940 ss.
- GUERINI T., *Autonomia della responsabilità dell'ente e concorso di persone giuridiche nell'illecito amministrativo da reato*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2/2017, p. 37 ss.

- GUERINI T., *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Torino, 2018
- GUERNELLI M., *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo*, in *St. iur.*, 2002, p. 281 ss.
- GUERRINI R., *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2006
- GULLO A., *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 241 ss.
- GULLO A., *I reati contro la Pubblica Amministrazione e a tutela dell'attività giudiziaria*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit. p. 423 ss.
- HASSEMER W., *Perché punire è necessario: difesa del diritto penale*, trad. it. a cura di D. Siciliano, Bologna, 2012
- HEINTZEN M., *Il principio di proporzionalità*, Modena, 2015
- IELO P., *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. ent.*, 2008, p. 57 ss.
- IELO P., *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 3/2007, p. 7 ss.
- INGRASSIA A., *Circostanze e cause di non punibilità. La voluntary disclosure*, in R. BRICCHETTI – P. VENEZIANI (a cura di), *I reati tributari*, in F. PALAZZO, C. E. PALIERO (dir.), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2017, p. 527 ss.
- INGRASSIA A., *Il bastone (di cartapesta) e la carota (avvelenata): iniezioni di irrazionalità nel sistema penale tributario*, in *Dir. pen. proc.*, 3/2020, 307 ss.
- IRTI N., *Due temi di governo societario (responsabilità amministrativa – codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 693 ss.
- JELLINEK H., *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1911
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. italiana a cura di G. Treves, Milano, 1952

- LALTILIA L., *L'inapplicabilità all'ente della particolare tenuità del fatto riconosciuta in capo all'autore (persona fisica) del reato*, in *Arch. pen.*, 1/2020
- LARIZZA S., *Particolare tenuità del fatto e responsabilità degli enti da reato*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1999 ss.
- LAUFER W.S. – SELVAGGI N., *Responsabilità penale degli enti ed eccezionalismo americano*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2/2019, p. 47 ss.
- LAUFER W.S., *Inautenticità del sistema della responsabilità degli enti e giudizio di colpevolezza*, in F. CENTONZE – M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, p. 9 ss.
- LAUFER W.S., *The missing Account of Progressive Corporate Criminal Law*, in *NYU J. L. & Bus.* 95, vol. 14, 2017, p. 137 ss.
- LAVARINI B., *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del “doppio binario” sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 82 ss.
- LAVARINI B., *Il ‘fatto’ ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Processo penale e giustizia*, 1/2017
- LEO G., *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Il libro dell'anno*, 2014
- LEO G., *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in *Libro dell'Anno del diritto*, Treccani, Roma 2018
- LEONE S., *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2017
- LOGRILLO V., *Una sentenza del Tribunale di Novara in tema di ne bis in idem e reati alimentari*, in *Giurisprudenza penale web*, 9 marzo 2023
- LOMBARDI G., *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970
- LONGO A., *La «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *Federalismi.it*, 2019
- LORUSSO S., *La responsabilità «da reato» delle persone giuridiche: profili processuali del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2522 ss.



- LOTTINI R., *Il sistema sanzionatorio*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 127 ss.
- LOTTINI R., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005, p.
- LOZZI G., *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Milano, 1974, p. 67 ss.;
- LUNGHINI G., *La manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1474 ss.
- LUPÁRIA L., *Contrasto alla criminalità economica e ruolo del processo penale: orizzonti comparativi e vedute nazionali*, in *Proc. pen. giust.*, 5/2015, p. 1 ss.
- MACRÌ F., *Le sanzioni (artt. 9-14, 16, 20-23)*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, II, Torino, 2017, p. 2573 ss.
- MADIA N., *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*, in *Cass. pen.*, 2/2019, p. 643 ss.
- MAGNELLI F. M., *Sulla (in)compatibilità del sistema repressivo degli illeciti fiscali con lo statuto transnazionale del ne bis in idem: tra proporzionalità e 231*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019,12
- MAIELLO N.M., *Alla ricerca dell'identità perduta: la Cassazione ribadisce la natura "relativa" del ne bis in idem*, in *Giur. comm.* 6/2019, p. 1318 ss.
- MAIELLO V., *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 879 ss.
- MAIELLO V., *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 632 ss.
- MALFATTI E., *La Corte torna sul divieto di bis in idem con una singolare interpretativa di rigetto. A margine della sentenza n. 145/2020*, in *Osservatorio cost.*, 6/2020, p. 222 ss.

- MANACORDA S., *Equazioni complesse: il ne bis in idem “incipite” sul “doppio binario” per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2016, p. 515 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. ec.*, 2017, p. 49 ss.
- MANCUSO E. M., *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012
- MANCUSO E.M. – VIGANÒ F., sub art. 4 prot. 7, in G. UBERTIS – Id., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p. 482 ss.
- MANES V. – TRIPODI A.F., *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE – M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti*, cit., p. 137 ss.
- MANES V. –MAZZACUVA FR., *GDPR e nuove disposizioni penali del Codice privacy*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 171 ss.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005
- MANES V., *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2013
- MANES V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 988 ss.
- MANES V., *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Fiorella*, cit., p. 1621 ss.
- MANETTI M., *Il paradosso della Corte EDU, che promuove la Consob (benché non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di market abuse*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2942 ss.
- MANNA A., *L'incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare e l'irretroattività della norma penale*, in *Arch. pen.*, 1/2014

- MANNA A., *La c.d. responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, Torino, 2004, p. 16 ss.
- MANNA A., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 501 ss.
- MANNA A., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1101 ss.
- MANNA A., *La responsabilità da reato degli enti*, in Id. (a cura di), *Diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, p. 65 ss.
- MANNA A., *La responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo: riflessioni rapsodiche su offensività, colpevolezza e sistema sanzionatorio*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, p. 10 ss.
- MANNA A., *Riflessioni rapsodiche su offensività, colpevolezza e sistema sanzionatorio nella struttura dell'illecito dell'ente da reato*, in A. FIORELLA – A. GAITO – A. S. VALENZANO (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni. Studi in memoria di G. Vassalli*, Roma, 2018, p. 69 ss.
- MANNO M.A., *Non è colpa mia! alla ricerca della colpevolezza perduta nella responsabilità “da reato” degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2/2018, p. 123 ss.
- MANNOZZI G. – DELLI CARRI M., *L'ago impalpabile della bilancia. Il peso del principio di proporzione nel sistema sanzionatorio: evidenze dall'analisi delle dinamiche sanzionatorie per la criminalità comune e dei «colletti bianchi»*, in R. BORSARI (a cura di), *La corruzione a due anni dalla «Riforma Severino»*, Padova, 2015, p. 185 ss.
- MANNOZZI G., voce *Giustizia riparativa*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 2017, p. 465 ss.
- MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 2017
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, 1933

- MARINI F.S., *La “legge Severino” tra le Corti: luci e ombre dell’incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016
- MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Milano, 1993
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2015
- MARINUCCI G., “Societas puniri potest”: *Uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 1193 ss.
- MARINUCCI G., *Il reato come «azione». Critica di un dogma*, Milano, 1971
- MARINUCCI G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 445 ss.
- MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 463 ss.
- MARINUCCI G., *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 362 ss.
- MARONGIU G., *Le sanzioni amministrative tributarie: dall’unità al doppio binario*, in *Riv. it. dir. trib.*, 2004, p. 373 ss.
- MARRA G., *Prevenzione mediante organizzazione*, Torino, 2009
- MARZADURI E., voce *Azione*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1996, p. 1 ss.
- MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018
- MASSARO A., *La proporzionalità-congruità e il finalismo rieducativo delle misure di sicurezza salvano l’applicazione dell’art. 41- bis ord. penit. agli internati*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 765 ss.
- 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. ec.*, 2014, p. 735 ss.
- MASUCCI M., *È costituzionalmente legittima la responsabilità da reato dell’ente “modificato”? Una conferma e un caveat in un responso della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2016, p. 771 ss.

- MASUCCI M., *Modificazioni dell'ente e responsabilità da reato: profili comparativi in chiave di riforma*, in A. FIORELLA – A.M. STILE (a cura di), *Corporate criminal liability e compliance programs*, cit., p. 433 ss.
- MASUCCI M., *Ratio e sistema dell'illecito (para-penale) dell'ente modificato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2015, p. 177 ss.
- MASUCCI M., *Responsabilità da reato e «vicende modificative»: dalla «continuità d'azione» alla «colpevolezza» dell'ente*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 133 ss.
- MASULLO N., *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Napoli, 2012
- MATTARELLA A., *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem: un'occasione per riflettere anche sulla progressiva emersione del principio di proporzionalità della pena nel sistema multilivello delle fonti*, in *Cass. pen.*, 12/2017, p. 4578 ss.
- MAUGERI A.M., *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzione*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 37 ss.
- MAUGERI A.M., *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), Milano, 2011, p. 67 ss.
- MAUGERI A.M., *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001*, Torino, 2022
- MAUGERI A.M., *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 513 ss.
- MAUGERI A.M., *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, p. 686 ss.
- MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001

- MAUGERI A.M., *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2022, p. 106 ss.
- MAZZA O., *Dalla confisca di prevenzione alla pena patrimoniale*, in *Arch. pen.*, 2/2019
- MAZZACUVA FE., *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino, 2020
- MAZZACUVA FE., *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza angloamericana*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2016, p. 80 ss.
- MAZZACUVA FE., sub art. 14, in A. LANZI – G. INSOLERA, *Codice penale d'impresa*, Roma 2015, 767 ss.
- MAZZACUVA FE., *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza angloamericana. Alcuni spunti de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2016, p. 80 ss.
- MAZZACUVA FR., *Il ne bis in idem dimezzato: tra valorizzazione delle istanze di proporzione della sanzione e smarrimento della dimensione processuale*, in *Giur. commerc.* 2020, p. 940 ss.
- MAZZACUVA FR., *La natura giuridica delle misure interdittive antimafia*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, p. 57 ss.
- MAZZACUVA FR., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017
- MAZZACUVA FR., *L'incidenza della definizione "convenzionale" di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3/2015, p. 6 ss.
- MAZZACUVA FR., *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia*, in *disCrimen*, 3 agosto 2020
- MELCHIONDA A., *Brevi appunti sul fondamento dogmatico della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi*, in F.C. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 227 ss.

- MELCHIONDA A., *Il nuovo assetto normativo per la “lotta al riciclaggio mediante il diritto penale”*, in *Arch. pen.*, 2/2022
- MELIOTA D., *Articolo 21. Reiterazione*, in M. LEVIS – A. PERINI, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 415 ss.
- MELIOTA D., *La reiterazione dell’illecito dipendente da reato nella responsabilità amministrativa degli enti*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 4/2014, p. 37 ss.
- MELIS G. – GOLISANO M., *Il livello di implementazione del principio del ne bis in idem nel processo tributario*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 3/2020, p. 579 ss.
- MENEGHINI A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008
- MERLO A., *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1427 ss.
- MEZIO G.G., *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, Padova, 2018
- MEZZETTI E., *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, Bologna, 2020
- MEZZETTI E., *Reiterazione e pluralità di illeciti*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 622 ss.
- MICHELETTI D., *Legge penale e successione di norme incriminatrici*, Torino, 2006
- MICHETTI M., *Contributo per uno studio dei diritti costituzionali delle persone giuridiche*, Roma, 2008
- MIEDICO M., *La pena pecuniaria. Disciplina, prassi e prospettive di riforma*, Milano, 2008
- MILITELLO V., *La responsabilità penale dell’impresa societaria e dei suoi organi in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, p. 101 ss.
- MILITELLO V., *Le sanzioni per le persone giuridiche nei sistemi di responsabilità da reato: spunti di confronto fra Sud America ed Europa*, in A. FIORELLA – A. GAITO – A. S. VALENZANO (a cura di), *La responsabilità dell’ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni, anche in una comparazione con i sistemi sudamericani*, cit., p. 571 ss.

- MILITELLO V., *Prospettive limiti di una responsabilità della persona giuridica nel sistema penale italiano*, in *St. juris*, 2000, p. 779 ss.
- MINICUCCI G., *La sanzione sostitutiva del commissario giudiziale*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, II, cit., p. 2617 ss.
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992
- MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Milano, 2006
- MODUGNO F., *Ragione e ragionevolezza*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, I, Roma, 2007, p. 1 ss.
- MONACO L., *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984
- MONGILLO V. – BELLACOSA M., *Il sistema sanzionatorio*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 289 ss.
- MONGILLO V., *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 716 ss.
- MONGILLO V., *Confisca proteiforme e nuove frontiere della ragionevolezza costituzionale. Il banco di prova degli abusi di mercato*, in *Giur cost.*, 6/2019, p. 3343 ss.
- MONGILLO V., *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3-4/2012, p. 58 ss.
- MONGILLO V., *Il sistema delle sanzioni applicabili all'ente collettivo tra prevenzione e riparazione. Prospettive de iure condendo*, in *Riv. trim. dir pen. ec.*, 3-4/2022, p. 559 ss.
- MONGILLO V., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1758 ss.
- MONGILLO V., *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, p. 231
- MONGILLO V., *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2017



- MONGILLO V., *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, p. 103 ss.
- MONGILLO V., *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato (nota a Cass., sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35748)*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2332
- MONTICELLI L., *La responsabilità patrimoniale dell'ente*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI –MANNA A. –PAPA M. (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, II, cit., p. 1417 ss.
- MORO A., *Unità e pluralità di reati, Principi*, Padova, 1951
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1958
- MORTATI C., voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, ora in A. BARBERA – Id., *“Una e indivisibile”*, Milano, 2007, p. 216 ss.
- MUCCIARELLI F., *“Doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica*, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2019
- MUCCIARELLI F., *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2018
- MUCCIARELLI F., *Gli illeciti di abuso di mercato, la responsabilità dell'ente e l'informazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 823 ss.
- MUCCIARELLI F., *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001 (nota a Cass. pen. Sez. VI Sent., 05 ottobre 2010, n. 2251)*, in *Dir. pen. e proc.*, 4/2011, p. 440 ss.
- MUCCIARELLI F., *L'abuso di informazione privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 1466 ss.
- MUCCIARELLI F., *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Riv. Trim. dir. pen. cont.*, n. 4/2015, p. 295 ss.

- MUCCIARELLI F., *Le sanzioni interdittive temporanee nel d.lgs. n. 231/2001*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Milano, 2006, p. 2502 ss.
- MUCCIARELLI F., Ne bis in idem, sanzioni tributarie e responsabilità dell'ente, in *Sist. pen.*, 25 novembre 2022
- MUCCIARELLI F., *Sanzioni e attività d'impresa: qualche nota*, in AA.VV., *La pena, ancora*, cit., p. 1149 ss.
- MUCCIARELLI F., Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2018
- MURCIANO L., *La «nuova» responsabilità amministrativa tributaria delle società e degli enti dotati di personalità giuridica: l'art. 7 del D.L. n. 269/2003*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, p. 657 ss.
- MUSCATELLO V.B., *Il ruolo della autonormazione nel diritto penale della società del rischio L'euristica del prima, la maledizione del dopo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2/2020, p. 311 ss.
- MUSCATELLO V.B., *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002
- MUSCO E. – ARDITO F., *Diritto penale tributario*, Bologna, 2013
- MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Milano, 2002
- MUSCO E., *La responsabilidad penal de las entidades colectivas*, in *Rev. pen.*, 13/2004, p. 117 ss.
- MUSCO E., *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. giust.*, 23/2001, p. 8 ss.
- NAPOLEONI V., *Le vicende modificative dell'ente*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 307 ss.

- NAPPI A., *Specialità per specificazione e specialità per aggiunta nella successione di norme penali*, *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1062 ss.
- NEPPI MODONA G., *Il reato impossibile*, Milano, 1973
- NEPPI MODONA G., *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 204;
- NIETO MARTÌN A., *Looking for a system of sanctions for an EU normative*, in A. FIORELLA (ed.), *Corporate criminal liability and compliance programs*, II, cit., p. 336 ss.
- OLIVER P., *Companies And Their Fundamental Rights: A Comparative Perspective*, in AA.VV., *International E Comparative Law Quarterly*, vol. 64, issue 3, 2015, p. 661 ss.
- OLIVETTI M., *Diritti fondamentali*, Torino, 2020
- ORSINA A., *La messa alla prova degli enti. Riflessioni critiche a partire da un intervento della giurisprudenza sul tema*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2021, p. 111 ss.
- PACE A., *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006, p. 163 ss.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992
- PADOVANI T., *Difesa legittima di interessi patrimoniali e facoltà di arresto da parte del privato*, in *Giust. it.*, II, 1975
- PADOVANI T., *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1983
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2019
- PADOVANI T., *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Torino, 2004, p. 13 ss.
- PADOVANI T., *Tipicità e successioni di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1354 ss.

- PADOVANI T., *Tipicità e successioni di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1354 ss.
- PAGLIARO A., *Fatto e diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 964 ss.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1980
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2020
- PAGLIARO A., *Teleologismo e finalismo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 31 ss.
- PAGLIARO A., voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 545 ss.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2018
- PALAZZO F.C., *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 418 ss.
- PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale*, Torino, 2018
- PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale*, Torino, 2021
- PALAZZO F.C., *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015, p. 67 ss.
- PALAZZO F.C., *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Furguele*, Mantova, 2017, p. 324 ss.
- PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 350 ss.
- PALIERO C. E., *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione classica a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss.
- PALIERO C. E., *La responsabilità penale della persona giuridica nell’ordinamento italiano: profili sistematici*, in F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità*

- da reato degli enti collettivi*, Atti del convegno di Firenze 15-16 marzo 2002, Padova, p. 17 ss.
- PALIERO C. E., *La società punita. Del come, del perché, e del per cosa*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 1535 ss.
- PALIERO C.E. – MUCCIARELLI F., *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche. Ancora a proposito di Cass., sez. un. pen., 30 gennaio 2014 (dep. 5 marzo 2014), n. 10561, Pres. Santacroce, Rel. Davigo, Imp. Gubert*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2015, p. 246 ss.
- PALIERO C.E. – TRAVI A., *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Milano, 1988
- PALIERO C.E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 3/2006, p. 167 ss.
- PALIERO C.E., “Market abuse” e legislazione penale: un connubio tormentato, in *Corr. mer.*, 2005 p. 809 ss.
- PALIERO C.E., «Minima non curat praetor». *Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985
- PALIERO C.E., *Dieci anni di “corporate liability” nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell’evoluzione della legislazione e della prassi*, in AA.VV., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Le soc.*, “Gli speciali”, 2011, p. 5 ss.
- PALIERO C.E., *Il d.lgs. n. 231/2001: da ora in poi, societas delinquere (et puniri potest)*, in *Corr. giur.* 7/2001, p. 845 ss.
- PALIERO C.E., *Il sistema sanzionatorio dell’illecito dell’ente: sistematica e rationale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 1199 ss.
- PALIERO C.E., *L’imputazione della responsabilità all’ente per il fatto-reato dei soggetti apicali: il punto di vista della Cassazione*, in *Le soc.*, 4/2014, p. 469 ss.
- PALIERO C.E., *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2/2018, p. 175 ss.

- PALIERO C.E., *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, p. 111 ss.
- PALIERO C.E., *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 47 ss.
- PALIERO C.E., *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F.C. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest*, cit., p. 17 ss.
- PALIERO C.E., *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 1023 ss.
- PALIERO C.E., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 725 ss.
- PALIERO C.E., *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, in *Le Soc.*, 2014, p. 474 ss.
- PALIERO C.E., *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione lassista o interpretazione costituzionalmente orientata?*, nota a GUP Trib. Milano, 17 novembre 2009, in *Le soc.*, 2010, p. 476 ss.
- PALIERO C.E., *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una "gabella delicti"?*, in *Le soc.*, 2015, p. 1285 ss.
- PALUMBIERI S.R., *Il ravvedimento post delictum dell'ente*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI –MANNA A. –PAPA M. (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, cit., II, p. 2685 ss.
- PANAGIA S., *Rilievi critici sulla responsabilità punitiva degli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 149 ss.
- PANASITI M., *Articolo 13. Sanzioni interdittive*, in M. LEVIS – A. PERINI (dir.), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 294 ss.

- PANASITI M., *Articolo 14. Criteri di scelta delle sanzioni interdittive*, in M. LEVIS – A. PERINI (dir.), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 316 ss.
- PANNAIN R., *Manuale di diritto penale, I, Parte generale*, Torino, 1967
- PAOLOZZI G., *Modelli atipici a confronto. Nuovi schemi per l'accertamento della responsabilità degli enti [I]*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 108 ss.
- PAOLOZZI G., *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti amministrativi da reato (Dal d.lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino, 2006
- PAOLOZZI G., voce *Processo penale agli enti agli enti*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 2005, p. 1169
- PAPA M., *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997
- PARODI L., *Illecito dell'ente e colpa di organizzazione. Una recente conferma della traiettoria garantista tracciata dalla giurisprudenza di legittimità*, in *Sist. pen.*, 2 marzo 2023
- PATANÉ S., *Concorso apparente di norme e criteri selettivi. La legge 24 novembre 1981, n. 689, e il suo art. 9 per le sanzioni amministrative e i reati*, in *Giust. pen.*, 1982, 7, p. 206 ss.
- PATRONO P., *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 183 ss.
- PAULESU P.P., *L'accertamento della responsabilità "penale" degli enti: riflessioni in tema di dinamiche probatorie e regole decisorie*", in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 421 ss.
- PECORELLA G., *Societas delinquere potest*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, IV, p. 357 ss.
- PEDRAZZI C., *Il fine dell'azione delittuosa, (nota a Cass. pen., sez. III, 25 ottobre 1949, Continenza)*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, p. 259 ss.
- PELISSERO M. – SCAROINA E. – NAPOLEONI V., *Principi generali*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 71 ss.

- PELISSERO M., *La responsabilità degli enti*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, I, cit., p. 845 ss.
- PELISSERO M., *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli «punitivi» e prospettive di efficienza*, in *Legisl. pen.*, 2003, p. 363 ss.
- PELLEGRINI L., *Sanzione pecuniaria e procedimento di commisurazione nel sistema della responsabilità dell'ente*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 549 ss.
- PENCO E., *Il principio di specialità "amministrativa". tra declinazioni interne "formali" e spinte europee "sostanziali"*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3/2015, p. 63 ss.
- PERINI A., *Articolo 25-ter. Reati societari*, in M. LEVIS – A. PERINI (dir.), *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza, a vent'anni dalla sua promulgazione*, Bologna, 2021, p. 677 ss.
- PERLINGIERI P. – LISELLA G., *Persone giuridiche*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017, p. 158 ss.
- PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, Napoli, 2006
- PESTELLI G., *Riflessioni critiche sulla riforma dei reati di ricettazione, riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio di cui al d.lgs. 8 novembre 2021, n. 195*, in *Sist. pen.*, 8 dicembre 2021
- PIATTOLI GIRARD B., *Livelli di tutela europei per la garanzia del ne bis in idem*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1457 ss.
- PIERGALLINI C., *Aspettative e realtà della (ancor breve) storia del d.lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità da reato degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 861 ss.
- PIERGALLINI C., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 261 ss.
- PIERGALLINI C., *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex crimine delle multinazionali*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Fiorella*, cit., p. 1743 ss.



- PIERGALLINI C., *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in LATTANZI G. (a cura di), *Reati*, cit., p. 221 ss.
- PIERGALLINI C., *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in AA.VV., *Le soc.*, suppl. al n. 12: "D. Lgs. n. 231/2001: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi", 2011, p. 45 ss.
- PIERGALLINI C., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, p. 141 ss.
- PIERGALLINI C., *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1353 ss.
- PIERGALLINI C., *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, in *Sist. pen.*, 3/2020
- PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lgs 231/2001)*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, III, cit., p. 2049 ss.
- PIERGALLINI C., *Persone giuridiche (responsabilità da reato delle)*, in F. GIUNTA (a cura di), *Dizionario sistematico di Diritto penale*, Milano, 2008, p. 104 ss.
- PIERGALLINI C., *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 530 ss.
- PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 571 ss.
- PIERGALLINI C., *Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*. Nota a Cass., Sez. VI, 11 novembre 2021 (dep. 15 giugno 2022), n. 23401, Pres. Fidelbo, Rel. Rosati, in *Sist. pen.*, 27 giugno 2022
- PIERGALLINI C., voce *Colpa (diritto penale)*, *Enc. dir.*, Annali, X, p. 227 ss.
- PIERGALLINI F., *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, in *Sist. pen.* 3/2020

- PINO G., *Sul diritto all'identità personale degli enti collettivi*, in *Dir. inf.*, 2001, p. 470 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. cont.*, 5/2018, p. 187 ss.
- PISA P., *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Milano, 1984
- PISANI N., *Struttura dell'illecito e criteri di imputazione*, in A. D'AVIRRO – A. DI AMATO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 77 ss.
- PITTARO P., voce *Depenalizzazione*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Agg., Roma, 2007, p. 1 ss.
- PIVA D., *Concorso di persone e responsabilità dell'ente*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità*, cit., p. 51 ss.
- PIVA D., *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema*, in *Sist. pen.*, 15 settembre 2020
- PIZZORUSSO A., *Le norme sulla misura delle pene e il controllo di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, p. 192 ss.
- PLATONE, *Le Leggi*, IX, 875b, in G. REALE (a cura di), *Platone. Tutti gli scritti*, Milano, 2000
- POSNER R.A., *Optimal Sentences for White-Collar Criminals*, in *Am. C. L. R.* 17, 1980, p. 409 ss.
- PRESUTTI A., *Incompatibilità a testimoniare e regime del rappresentante legale*, in P. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 275 ss.
- PRINCIPATO G. – CASSINARI G., *La (imperfetta) sovrapposibilità della giurisdizione per le persone fisiche e per gli enti stranieri: riflessioni a margine di una sentenza della Cassazione sull'art. 4 d.lgs. 231/2001*, in *Sist. pen.*, 6 maggio 2022
- PROCACCINO A., *Assestamenti e osmosi nazionali sul bis in idem*, in *Giur. It.*, Giugno 2019, p. 1476 ss.
- PROCACCINO A., *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato*, Padova, 2022
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2021

- PULITANÒ D., *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, in *Sist. pen.*, 26 febbraio 2020
- PULITANÒ D., *Il nodo della prescrizione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 21 ss.
- PULITANÒ D., *Il penale tra teoria e politica*, in *Sist. pen.*, 9 novembre 2021
- PULITANÒ D., *La responsabilità da “reato” degli enti: i criteri d’imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 415 ss.
- PULITANÒ D., *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1270 ss.
- PULITANÒ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 ss.
- PULITANÒ D., *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 102 ss.
- PULITANÒ D., *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 650 ss.
- PULITANÒ D., voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. VI, Milano, 2002, p. 953 ss.
- QUATTROCCHI A., *La confisca urbanistica non è incostituzionale (per il momento)*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021
- RAFARACI T., voce *Ne bis in idem*, in *Enc. Dir.*, Annali, 2010, III, p. 861 ss.
- RANALDI G. –GAITO F., *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. pen.*, 1/2017
- RECCHIA N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020
- RECCHIA N., *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale. Brevi riflessioni alla luce della sentenza della Corte di giustizia Spasic*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 3/2015, p. 71 ss.

- RECCHIA N., Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem, in *Eurojus.it*, 22 marzo 2018
- Redazione (a cura di), Reati d'evento e bis in idem. Il punto sulla vicenda Eternit, in attesa dell'imminente pronuncia della Corte Costituzionale, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, 7-8
- RESCIGNO G.U., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2010
- RESCIGNO P., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, I, Padova, 1987
- RESCIGNO P., voce *Personalità (Diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1991, p. 7 ss.
- RICCARDI M. – CHILOSI M., *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversione dell'ente?*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2017, p. 47 ss.
- RIDOLA P., *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1987
- RIVELLO P.P., *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 490 ss.
- RIVERDITI M., *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Napoli, 2009
- ROCCATAGLIATA L., La proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per abusi di mercato: disapplicazione in toto vs disapplicazione in mitius della norma interna, in *Giurisprudenza penale web*, 12 novembre 2018
- ROMANO B., *Dal diritto penale fallimentare al diritto penale della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Arch. Pen.*, 2/2019
- ROMANO B., *Il rapporto tra norme penali*, Milano, 1996
- ROMANO M. – GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 2012
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004
- ROMANO M., *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1675 ss.
- ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 393 ss.

- ROMANO M., *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, intervento al Convegno di Bologna “*Il diritto penale degli anni ‘90*”, 18-19-20 maggio 1995
- ROMANO M., *Societas delinquere non potest. (Nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p.
- ROMEO G., *Le sezioni unite sull'aggravante del mezzo fraudolento nel furto in supermercato*, in *Dir. pen. cont.*, 3 ottobre 2013
- ROMEO G., *Le sezioni unite sull'aggravante del mezzo fraudolento nel furto in supermercato*, in *Dir. pen. cont.*, 3 ottobre 2013
- RONCO M. – BERARDI A., *Le pene principali*, in M. RONCO (a cura di), *Commentario al codice penale. Persone e sanzioni*, Torino, 2006, p. 271 ss.
- RONCO M., *Il problema della pena*, Torino 1996
- RORDORF R., *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, in S. VINCIGUERRA – M. CERESA-GASTALDO – A. ROSSI (a cura di), *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, p. 79 ss.
- ROSSI A., *Le sanzioni dell'ente*, in S. VINCIGUERRA – M. CERESA GASTALDO – Ead., *La responsabilità dell'ente*, cit., p. 65 ss.
- ROSSI A., *Responsabilità “penale-amministrativa” delle persone giuridiche (profili sostanziali)*, in Ead. (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, p. 511 ss.
- ROSSI VANNINI A., *Illecito depenalizzato-amministrativo. Ambito di applicazione*, Milano, 1990
- ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998
- RUDONI R., *Ancora a proposito di giurisdizione costituzionale, cumuli punitivi eterogenei e ne bis in idem (riflessioni a partire da Corte cost., sent. n. 149/2022 relativa al ‘doppio binario’ in materia di diritto d'autore)*, in *Nomos*, 2/2022
- RUGA RIVA C., voce *Premialità (dir. pen.)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, p. 4421 ss.

- RUGGERI A., La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019), in *ConsultaOnline, Studi 2019/I*
- RUGGERI A., *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3/2017, p. 234 ss.
- RUGGIERO G., *Brevi note sulla validità della legge punitiva amministrativa nello spazio e sulla efficacia dei modelli di organizzazione nella responsabilità degli enti derivante da reato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 989 ss.
- RUGGIERO G., *Contributo allo studio della capacità penale. Lo "statuto" della persona fisica e degli enti*, Torino, 2007
- RUGGIERO G., *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, 2018
- RUGGIERO R.A., *Il futuro della responsabilità degli enti e la valorizzazione del modello post factum mediante un nuovo rito speciale*, in *Cass. pen.*, 9/2019, p. 3386 ss.
- RUGGIERO R.A., Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico, in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2015
- RUGGIERO R.A., *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Torino, 2018
- RUTA G., *Articolo 59. Contestazione dell'illecito amministrativo*, in M. LEVIS – A. PERINI (dir.), *La responsabilità*, cit., p. 1550 ss.
- RUTA G., La riforma dei reati tributari, una prima lettura, in *Questione Giustizia*, 12 dicembre 2019
- SABIA R., *Responsabilità da reato degli enti - La società unipersonale nello spettro applicativo del D.Lgs. n. 231/2001. La Cassazione apre alla (problematica) "terza via" dell'accertamento in concreto*, in *Giur. it.*, 2022, p. 1727 ss.

- SACCUCCI A., *Art. 34*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012. p. 631 ss.
- SALCUNI G., *La valutazione di idoneità dei modelli ed il requisito dell'elusione fraudolenta*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 111 ss.
- SANDULLI A.M., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998
- SANTORIELLO C., *Anche nei confronti degli enti collettivi il decreto anticorruzione mostra inutili ed incoerenti "furori sanzionatori"*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 756 ss.
- SANTORIELLO C., *Art. 83. Concorso di sanzioni*, in M. LEVIS – A. PERINI, *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza*, cit., p. 1703 ss.
- SANTORIELLO C., *Decreto "spazza-corrotti" e responsabilità da reato delle società: ovvero come tornare indietro di vent'anni nella prevenzione del reato nelle aziende*, in *Arch. pen.*, 1/2019, p. 77 ss.
- SANTORIELLO C., *I modelli organizzativi richiesti dal d.lgs. 231/2001 e PMI. Una riflessione alla luce delle Linee Guida di Confindustria*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, p. 179 ss.
- SANTORIELLO C., *I reati tributari nella responsabilità da reato degli enti collettivi: ovvero dell'opportunità di configurare la responsabilità amministrativa delle società anche in caso di commissione di reati fiscali*, in *Arch. Pen.* 1/2017, p. 82 ss.
- SANTORIELLO C., *I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 3/2008, p. 49 ss.
- SANTORIELLO C., *Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 1/2008, p. 161 ss.
- SARTARELLI S., *sub art. 11*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 179 ss.
- SAVARINO A., *I modelli organizzativo-gestionali tra autonormazione e meccanismi premiali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2/2021, p. 311 ss.

- SCACCIA G., Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019, Osservatorio AIC
- SCACCIA G., Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?, in *Forum Quad. Cost.*, 12 maggio 2020
- SCACCIA G., *Il principio di proporzionalità*, in AA.VV., *L'ordinamento europeo*, Vol. I – *I principi dell'Unione*, Milano, 2006, p. 220 ss.
- SCALIA V., *La corruzione: a never ending story. Strumenti di contrasto e modelli di tipizzazione nel panorama comparato e sovranazionale*, Torino, 2020
- SCAROINA E., *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2020, p. 189 ss.
- SCAROINA E., *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006
- SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959
- SCHMITT C., *Dottrina della costituzione*, trad. it. A. CARACCILO (a cura di), Milano, 1984
- SCOLETTA M., Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari, in *Sist. pen.*, 28 novembre 2022
- SCOLETTA M., Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem, in *Dir. pen. cont.*, 17 novembre 2014
- SCOLETTA M., Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte Edu sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2019
- SCOLETTA M., Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte Edu sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2019
- SCOLETTA M., *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, in G. CANZIO – L.D. CERQUA – L. LUPÁRIA, *Diritto penale delle società. Profili sostanziali*, 2014, Padova, p. 877 ss.



- SCOLETTA M., La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena, in *Sist. pen.*, 20 aprile 2021
- SCOLETTA M., *L'abolitio criminis "parziale" tra vincoli costituzionali e aporie processuali*, in G. BELLANTONI – D. VIGONI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, III, Piacenza, 2010, p. 519 ss.
- SCOLETTA M., *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 2649 ss.
- SCOLETTA M., *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 4/2017, p. 333 ss.
- SCOLETTA M., Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto, in *Dir. Pen. Cont.*, 10 aprile 2017
- SCOLETTA M., *Sulla struttura «concorsuale» dell'illecito punitivo delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano*, in R. DE VICENTE MARTINEZ – D. GÒMEZ INIESTA – T.M. LÒPEZ – M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO – A. NIETO MARTÌN (eds): *Libro homenaje al prof. Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, Madrid, I, p. 665 ss.
- SCOLETTA M., Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore, in *Sist. pen.*, 23 giugno 2022
- SCOLETTA M., *Il principio europeo di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2021, p. 180 ss.
- SELVAGGI N., *«Negotiated settlements» e responsabilità da reato dell'ente. L'esperienza americana e le prospettive di evoluzione del sistema in Italia*, in L. LUPÁRIA – L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente*, cit., p. 215 ss.

- SELVAGGI N., *Criminalità organizzata e responsabilità dell'ente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2020, p. 719 ss.
- SELVAGGI N., *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006
- SELVAGGI N., *L'interesse dell'ente quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato colposo*, in F. COMPAGNA (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, p. 355 ss.
- 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, p. 417 ss.
- SELVAGGI N., *La prevenzione e il controllo del reato attraverso la 'compliance' nella piccola impresa*, in AA.VV. *Studi in onore di A. Fiorella*, cit., p. 1857 ss.
- SELVAGGI N., *Tre temi sulla «riforma» della responsabilità da reato dell'ente*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 35 ss.
- SEMINARA S., *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 1395 ss.
- SERENI A., *Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, p. 624 ss.
- SERENI A., *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del controllo penale*, Torino, 2016
- SERENI A., *La colpa di organizzazione nella responsabilità dell'ente da reato. Profili generali*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 58 ss.
- SERICK R., *Forma e realtà della persona giuridica*, Milano, 1966
- SEVERINO P., *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in AA.VV., *La pena, ancora*, cit., p. 1101 ss.
- SGUBBI F. – ASTROLOGO A., *Sub Art. 5*, in M. LEVIS-A. PERINI (dir.), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 145 ss.

- SGUBBI F., *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1983, p. 256 ss.
- SILVA C., *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. Pen* 1/2019
- SILVA C., *Ne bis in idem (sostanziale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 2018, p. 443 ss.
- SILVA C., *Ne bis in idem sostanziale: la faticosa emersione del contenuto di un principio*, in *Giur. It.*, Giugno 2019, p. 1464 ss.
- SILVA C., *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018
- SINISCALCO M., *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983
- SINISCALCO M., *Il concorso apparente di norme nel diritto penale italiano*, Milano, 1961
- SINISCALCO M., sub art. 9 L. 24/11/1981 n. 689, in *Legisl. pen.*, 1982, p. 225 ss.
- SINISCALCO M., voce *Depenalizzazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 10 ss.
- SOTIS C., *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente "preso – troppo – sul serio?"*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 267 ss.
- SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2012, p. 111 ss.
- SOTIS C., *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 463 ss.
- SQUILLACI E., *La prevenzione illusoria. Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale 'reale'*, Napoli, 2020
- STEATTA G., sub art. 22, in AA.VV., *Compliance*, cit.
- STELLA F., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 459 ss.
- STENDARDI D., *Disposizioni del D. Lgs. 231/2001 a matrice riparativa e possibili intrecci con gli strumenti tipici della Restorative Justice*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 4
- STORTONI L. – TASSINARI D., *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 7 ss.

- STORTONI L., *Profili penali delle società commerciali come imprenditori*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1971, p. 1163 ss.
- SUTHERLAND E., *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano, 1987
- TAVERRITI S.B., *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1931 ss.
- TAVERRITI S.B., *Che cosa genera il sonno del Leviatano? Modelli e movimenti dell'autonormazione nelle pieghe dell'ordinamento penale statale*, in *disCrimen*, 15 giugno 2022
- TERMINE A., *Il nuovo art. 13 D.lgs. 74/2000: una norma di favore "ibrida"?*, in *Dir. pen. Cont.*, 4 luglio 2017
- TIEDEMANN K., *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 624 ss.
- TONINI P., *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1388 ss.
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2017
- TORRE V., sub art. 11, in AA.VV., *Compliance*, cit.
- TORRE V., sub art. 12, in AA.VV., *Compliance*, cit.
- TORRE V., sub art. 9, in AA.VV., *Compliance*, cit.
- TORTORELLI M., *L'illecito penale e il suo doppio. Dal dialogo (mancato) tra le Corti ad un auspicabile intervento legislativo*, in *Arch. pen.*, 2/2018
- TRAVI A., *La responsabilità della persona giuridica nel d.lgs. n. 231/2000: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Le soc.*, 2001, p. 1305 ss.
- TRINCHERA T., *Confisca e principio di proporzionalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 826 ss.
- TRINCHERA T., *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020

- TRIPODI A. F., *Corte europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie: la quiete dopo la tempesta?*, in *Le Soc.*, 1/2018, p. 1 ss.
- TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1047 ss.
- TRIPODI A.F., *L'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate*, in SGUBBI F. – FONDAROLI D. – TRIPODI A.F., *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 81 ss.
- TRIPODI A.F., *Imputazione del reato all'ente e sistematica violazione della normativa antinfortunistica*, in *Giur. it.*, 2020, p. 938 ss.
- TRIPODI A.F., *L'elusione fraudolenta del modello. Ruolo e gestione ermeneutica del controverso inciso a venti anni dalla sua comparsa*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 230 ss.
- TRIPODI A.F., *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013
- TRIPODI A.F., *L'ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori*, in *Sist. pen.*, 28 dicembre 2020
- TRIPODI A.F., *Ne bis in idem e insider trading: dalla Cassazione i criteri per una risposta sanzionatoria proporzionata*, in *Giur. it.*, 2020, p. 934 ss.
- TRIPODI A.F., *Ne bis in idem e reati tributari*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Tomo I, 2017, p. 55 ss.
- TRIPODI A.F., *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell'ordinamento multilivello*, Torino, 2023
- TRIPODI A.F., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in materia di manipolazione di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2015

- Ufficio del Massimario (a cura di), *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, Relazione n. 35/2014*, Roma, 8 maggio 2014
- Ufficio del Massimario (a cura di), *La legge 23 dicembre 2021, n. 238. Disposizione per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea – Legge europea 2019-2020, Rel. n. 20/2022*, Roma, 21 marzo 2022
- Ufficio del Massimario (a cura di), *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, Relazione n. 26/2017, Roma, 21 marzo 2017
- Ufficio del Massimario (a cura di), *Relazione su attività normativa. La legge 19 dicembre 2019, n. 157, di conversione del decreto legge n. 124 del 2019, "Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili"*, Relazione n. 3/2020, Roma, 9 gennaio 2020
- VALLINI A., *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. pen. e proc.*, 4/2018, p. 525 ss.
- VALLINI A., *Unità e pluralità di reati*, in AA.VV., *Introduzioni al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, p. 377 ss.
- VARRASO G., *Autonomia del sistema sanzionatorio a carico dell'ente nel d.lgs. 231/2001 e non punibilità dell'imputato di reato*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2020, p. 21 ss.
- VARRASO G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012
- VARRASO G., *Il reato continuato. Tra processo ed esecuzione penale*, Padova 2003, p.
- VARRASO G., *Un utile approfondimento della Suprema Corte in tema di misure cautelari interdittive e condotte riparatorie nel D.lgs. n. 231 del 2001. La nozione di 'profitto di rilevante entità', ai fini dell'applicazione delle sanzioni interdittive nei confronti degli enti*, in *Cass. pen.*, 9/2016, p. 3884 ss.
- VARRASO G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012
- VASSALLI G., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006

- VASSALLI G., *Sull'obbligazione civile per le ammende inflitte a persona dipendente*, nota a Corte cost., 14 maggio 1966, n. 40, in *Giur. cost.*, 1966, p. 709 ss.
- VASSALLI G., voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, 1988, p. 1 ss.
- VASSALLI G., voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, 1985, pp. 793 ss.
- VASSALLI G., voce *Reato complesso*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 816 ss.
- VENEZIANI P. – CELVA M., *Commento all'art. 2, La delega per la "riforma della disciplina sanzionatoria" nell'art. 2 l. 67/2014*, in *Legisl. pen.*, 2014, p. 462 ss.
- VENEZIANI P., *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1232 ss.
- VENEZIANI P., *Le pene principali*, in P. VENEZIANI – A. CRISTILLO, *Trattato di diritto penale, parte generale*, II, p. 53 ss.
- VENEZIANI P., *Problemi attuali in tema di responsabilità dell'ente da reato tributario*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3086 ss.
- VERVAELE J.E.A., *La responsabilità penale della persona giuridica nei Paesi Bassi*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 375 ss.
- VIGANÒ F. – VALSECCHI A., *Costituzione di parte civile contro l'ente imputato: le conclusioni dell'Avvocato generale presso la Corte di giustizia UE nel caso Giovanardi*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2012
- VIGANÒ F. – VALSECCHI A., *Secondo la Corte di Giustizia UE, l'inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex d.lgs. 231/01 non è in contrasto col diritto dell'Unione*, in *Dir. pen. cont.*, 6 settembre 2012
- VIGANÒ F., *A Never-Ending Story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2016
- VIGANÒ F., *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corti di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, p. 10 ss.

- VIGANÒ F., *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1773 ss.
- VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017
- VIGANÒ F., *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 333 ss.
- VIGANÒ F., *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016
- VIGANÒ F., *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1334 ss.
- VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani, (Riflessioni de lege lata e ferenda sull'impatto della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano)*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2016, p. 186 ss.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2016
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 28 settembre 2015
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva*, in *Dir. pen. cont.*, 8 luglio 2014
- VIGANÒ F., *Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?*, in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2016



- VIGANÒ F., *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell’ordinamento italiano*, in AA.VV., *La pena, ancora*, cit., p. 885 ss.
- VIGANÒ F., *Sanzione penale, sanzione amministrativa e ne bis in idem*, in *Il libro dell'anno del diritto 2015*, Treccani, 2015
- VIGANÒ F., sub art. 13, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 197 ss.
- VIGANÒ F., sub art. 14, A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 202 ss.
- VIGANÒ F., sub art. 15, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 206 ss.
- VIGANÒ F., *Un'altra deludente pronuncia della Corte Costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative “punitive”*, in *Dir. Pen. Cont.*, 10 aprile 2017
- VIGANÒ F., *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 5/2017, p. 392 ss.
- VIGNOLI F., *Il giudizio di idoneità del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001: criteri di accertamento e garanzie*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, p. 7 ss.
- VIGNOLI F., *Societas puniri potest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 903 ss.
- VILLANI E., *Alle radici del concetto di colpa di organizzazione nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli, 2016
- VILLANI E., *La responsabilità penale delle persone giuridiche per gli infortuni sul lavoro in Francia*, in A.M. STILE – A. FIORELLA – V. MONGILLO, Napoli, 2014 (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione, dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, p. 513 ss.
- VINCIGUERRA S., *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689*, Padova, 1983

- VINCIGUERRA S., *Quale specie di illecito?*, in Id. – M. CERESA-GASTALDO – A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.Lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004, p. 183 ss.
- VITARELLI T., *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 695 ss.
- VITARELLI T., *Profili penali della delega di funzioni*, Milano, 2008
- VIZZARDI M., sub art. 17 e 18, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., p. 218 ss.
- VON GIERKE O., *Giovanni Althusius e lo sviluppo delle teorie politiche giusnaturaliste*, Torino, 1974
- WINKLER A., *We the corporations. How American Businesses Won Their Civil Rights*, New York, 2018
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992
- ZAGREBELSKY V., *La Convenzione Europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Supplemento a *Cass. pen.*, 2003, p. 31 ss.
- ZAGREBELSKY V., *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1196 ss.
- ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924
- ZANON N., *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, 2017, p. 85 ss.
- ZAZZARO F., *Criteri di ascrizione della responsabilità da reato delle persone giuridiche: il protocollo organizzativo della Procura Generale di Potenza*, 7 dicembre 2022
- ZIRULIA S., *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche*, in *Sist. pen.*, 23 marzo 2022

ZIRULIA S., Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit-bis prosegue), in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2016

ZOPPINI A., *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 851 ss.

ZOPPINI A., *Imputazione dell'illecito penale e responsabilità « amministrativa » nella teoria della persona giuridica*, in *Riv. soc.*, 2005 p. 1320 ss.



## RINGRAZIAMENTI

Giunto alla conclusione di questo percorso, desidero rivolgere la mia gratitudine verso coloro che mi hanno accompagnato e supportato durante il periodo che dalla laurea mi ha condotto al termine della ricerca dottorale.

La mia riconoscenza va al Prof. Nicola Selvaggi, per la stima e la fiducia che ha continuato a manifestare sin da quando ero un laureando e per i consigli che mi ha offerto all'origine della mia ricerca. Questi ultimi sono stati un vero e proprio mantra che mi ha accompagnato durante la composizione dell'elaborato. Colloco posteriormente solo per ragioni cronologiche di incontro i dovuti ringraziamenti verso il Prof. Nico D'Ascola e il Prof. Ettore Squillaci, sia per i confronti avuti sia per tutto quello che mi hanno trasmesso nel corso di questi anni. La loro vicinanza è stata per me una grande occasione di arricchimento intellettuale e morale. Grazie anche alla Prof.ssa Patrizia Morello per il supporto di questi anni e per tutte le opportunità di confronto tra una lezione e l'altra.

Sono grato anche nei confronti del Prof. Arturo Capone per la disponibilità dimostrata da sempre nei miei confronti e per le occasioni di dialogo ogniqualvolta le mie riflessioni "sconfinavano" nel processuale.

Ragioni di spazio non mi consentono di elencare puntualmente tutti i Colleghi nei confronti dei quali vorrei esprimere un sentimento di riconoscenza. Mi sia consentito rivolgermi ai dott.ri Andrea Battaglia e Giovanna Zampogna per il costante e prezioso confronto di questi anni.

Per ragioni analoghe, il mio ringraziamento va anche a Massimo, Antonino e Graziana, la cui disponibilità costante alla interlocuzione ha rappresentato la pietra angolare di questi anni di maturazione.

Esprimo una particolare gratitudine e affetto per Elena, per il supporto datomi nel periodo centrale di redazione della tesi e per la pazienza e l'incoraggiamento di tutti questi anni. Non è solo il sentimento di amicizia che mi spinge a esprimere un pensiero per Martino, Emanuele e Fabio, ma anche la riconoscenza per la loro costante presenza, anche a distanza.

Un sentito ringraziamento, infine, alla mia famiglia, in particolare ai miei genitori e ai miei nipotini, ai quali dedico questo lavoro.