

Osservatorio sulla responsabilità penale degli enti

FABIANA FALATO

Responsabilità da reato degli enti e *Tatbestand*. A proposito dell'esclusione della persona giuridica dalla messa alla prova.

La locuzione *responsabilità penale* esprime la situazione del soggetto chiamato a rispondere della violazione di una norma penalmente sanzionata. Senonché, proprio perché, nel significato, l'espressione racchiude un giudizio di relazione, il problema nasce nel momento in cui ci si domanda a chi si accolla il fatto e come e perché si attua il processo di attribuzione al soggetto. L'impegno, perciò, è su due fronti: la ricerca dei principi che regolano il sistema - da un lato - e lo studio delle interrelazioni esistenti con gli elementi che intervengono nel giudizio di responsabilità (la teoria del fatto tipico e i contenuti dei suoi fondamenti) - dall'altro -. Sul piano della scienza giuridica, la conferma del nesso e la necessità di un approccio contemporaneo al dato sostanziale e agli aspetti processuali dell'argomento sono testimoniate dalla particolare attenzione rivolta dalla dottrina selezionata alla praticabilità della *cultura del Tatbestand* rispetto alle esigenze concrete dell'accertamento, oltre che ai rapporti con la struttura e il tipo di processo, nonché al bisogno di utilizzare la verifica processuale come strumento di individuazione del limite fino al quale può essere spinta la tendenza alla personalizzazione della responsabilità penale. Sul fronte generale del sistema di legalità, invece, la relazione tra legislazione e giurisdizione - quali *momenti* di esistenza del sistema penale - è reciproco *controllo*, siccome la prima, ponendo la fattispecie, delimita l'ambito di intervento del giudice, e la seconda, raccordando fatto e fattispecie, valuta, simultaneamente, la legittima appartenenza di questa al mondo fenomenico e al diritto *valido*. Dunque, la necessaria distinzione tra i problemi interni alla struttura del *Tatbestand* - relativi, cioè, alla configurazione e alla forma del reato - e quelli inerenti alla corrispondenza tra autore e soggetto chiamato a subire le conseguenze trovano un punto di sintesi nella circostanza che i profili legali della fattispecie costituiscono il presupposto per la ricostruzione del giudizio di responsabilità e per la conseguente inflizione della sanzione. Di qui, la necessità di rivolgere l'attenzione agli elementi sostanziali che vi intervengono, nonché ai connotati essenziali del regime giuridico della responsabilità penale. Invero, lo spaccato formale della fattispecie e i tratti sostanziali del fatto, costituendo la fonte della responsabilità, svelano il contenuto del cognitivismo processuale. Tale ricostruzione - contestualizzata - rappresenta un punto di osservazione privilegiato per verificare prospettive ulteriori della *specialità sostanziale* del sistema della responsabilità delle persone giuridiche in termini coerenti alle linee di un diritto penale fondato sul principio personalistico dettato nell'art. 27, co. 1 Cost.; e per confutare potenzialità innovative della *specialità processuale* sul fronte della volontà dell'ente-*imputato* nella definizione di *forme* alternative al modello ordinario di processo. Specificamente, consente di dissentire dall'idea di certa giurisprudenza per la quale, *de iure condito*, l'ente può disporre della *probation* disciplinata dagli artt. 168 *bis* c.p. e 464 *bis*-464 *octies* c.p.p., giusto il ricorso all'analogia *in bonam partem*, consentito dalla *forza espansiva* dell'art. 34 d. lgs. Dal punto di vista espositivo, infine, onde evitare che la presentazione di un così ampio spettro di indagini collida con le esigenze proprie della ricerca, ci si avvale di un modello che, raccogliendo le linee di tendenza relative ai singoli argomenti, coniuga la proiezione esemplificativa con indispensabili occasioni speculative dei risultati di volta in volta raggiunti. *Reasoning about administrative criminal liability of collective entities and Tatbestand, in the prism of a teleological penal system and a guaranteed process.*

Crime liability of entities and Tatbestand. On the exclusion of the legal person from probation.

The expression criminal liability expresses the situation of the subject called to answer for the violation of a criminally sanctioned norm. However, precisely because, in its meaning, the expression contains a

*relational judgment, the problem arises when we ask ourselves who is responsible for the fact and how and why the process of attribution to the subject is implemented. The commitment, therefore, is on two fronts: the search for the principles that regulate the system - on the one hand - and the study of the interrelations existing with the elements that intervene in the judgment of responsibility (the theory of the typical fact and the contents of its foundations) - on the other -. On the level of legal science, the confirmation of the connection and the need for a contemporary approach to the substantial data and the procedural aspects of the subject are demonstrated by the particular attention paid by the selected doctrine to the practicability of the culture of *Tatbestand* with respect to the concrete needs of the assessment, as well as to the relationships with the structure and type of process, as well as to the need to use the procedural verification as a tool for identifying the limit to which the tendency to personalize criminal liability can be pushed. On the general front of the legality system, however, the relationship between legislation and jurisdiction - as moments of existence of the criminal system - is mutual control, since the first, by establishing the factual situation, delimits the scope of intervention of the judge, and the second, by connecting fact and factual situation, simultaneously evaluates the legitimate belonging of this to the phenomenal world and to valid law. Therefore, the necessary distinction between the problems internal to the structure of the *Tatbestand* - that is, relating to the configuration and form of the crime - and those inherent to the correspondence between the perpetrator and the subject called to suffer the consequences find a point of synthesis in the circumstance that the legal profiles of the case constitute the basis for the reconstruction of the judgment of responsibility and for the consequent infliction of the sanction. Hence, the need to focus attention on the substantial elements involved, as well as on the essential features of the legal regime of criminal liability. Indeed, the formal breakdown of the case and the substantial features of the fact, constituting the source of liability, reveal the content of procedural cognitivism. This reconstruction - contextualized - represents a privileged observation point to verify further perspectives of the substantial specialty of the system of liability of legal persons in terms consistent with the lines of a criminal law based on the personalistic principle dictated in art. 27, co. 1°, *Const.*; and to refute the innovative potential of procedural specialty on the front of the will of the entity-defendant in the definition of alternative forms to the ordinary trial model. Specifically, it allows us to disagree with the idea of certain jurisprudence according to which, *de iure condito*, the entity can dispose of the probation regulated by art. 168 bis c.p. and 464 bis-464 octies c.p.p., just the recourse to analogy in *bonam partem*, permitted by the expansive force of art. 34 d. lgs. From the expository point of view, finally, in order to avoid that the presentation of such a broad spectrum of investigation collides with the specific needs of the research, a model is used that, collecting the trends relating to the individual topics, combines the exemplary projection with indispensable speculative opportunities of the results achieved from time to time.*

SOMMARIO: 1. Metodo, esperienze, prospettive. 2. Specificazioni del principio di legalità nel *sistema 231*. 3. Le componenti del *Tatbestand* dell'illecito societario. Ipotesi di lavoro. 4. *Tatbestand* e processo penale a carico degli enti: l'(apparente) inversione dell'onere della prova e il concreto vizio di costituzionalità dell'archiviazione. Speculazioni essenziali. 5. Messa alla prova ed enti collettivi. Tra giurisprudenza e dottrina. 5.1. (segue): un binomio (al momento) *impossibile*.

1. *Metodo, esperienze, prospettive*. Il dibattito attuale sulla dogmatica del *Tatbestand* ispirato dai principi di politica criminale¹ incoraggia una prospetti-

¹ In particolare, MOCCIA, *Le teorie penali pure nel pensiero tedesco. Tra illuminismo e idealismo*, Napoli, 2023 e ROXIN, *Il fondamento politico-criminale delle dottrine generali del diritto penale*, in *Politi-*

va progressista della semantica della *punitività* della persona giuridica regolata nel decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231² e dei connessi meccanismi processuali – qui, il giudizio *semplificato* della sospensione del procedimento con messa alla prova – aprendo la ricerca a nuovi orizzonti. E funziona da premessa di metodo per tentare – per un verso – di verificare profili ulteriori della *specialità sostanziale* del sistema della responsabilità – *essenzialmente penale*³ – delle persone giuridiche (art. 1 d. lgs.⁴) nell’ottica del *Tatbestand* e

ca criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia, a cura di Cavaliere, Longobardo, Masarone, Schiaffo, Sessa, Napoli, 2018, 5 ss.

Per una visione d’insieme, AA. VV., *Tra principi del diritto penale e teoria del reato. Per Giovannangelo De Francesco*, Atti del convegno Pisa, 6 maggio 2022, a cura di Gargani, Notaro, Riccardi, Ricci, Savarino, Vallini, Pisa 2022, *passim*.

² Sul decreto legislativo n. 231 del 2001, la letteratura è sterminata; *ex multis*, di recente AA. VV., *Il sistema della responsabilità da reato dell’ente*, a cura di Bassi, D’Arcangelo, Milano, 2020, *passim*; AA. VV., *Diritto e procedura penale delle società*, a cura di Canzio, Lupária, 2022, *passim*; AA. VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di Castronuovo, De Simone, Ginevra, Lionzo, Negri, Varraso, Milano, 2024 *passim*; Aa. Vv., *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, a cura di Centonze, Manacorda Bologna, 2023, *passim*; CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, III ed., Torino, 2021; AA. VV., *Responsabilità da reato degli enti collettivi. Profili dogmatici e politico-criminali a oltre vent’anni dal d. lgs. 231/2001*, a cura di Cornacchia, Crespo, Torino, 2023, *passim*; AA. VV., *La responsabilità dell’ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, a cura di Fiorella, Gaito, Valenzano, Roma, 2018, *passim*; AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, *passim*; AA. VV., *Responsabilità da reato degli enti*, a cura di Lattanzi, Severino, Vol. I, *Diritto sostanziale*, Torino, 2020; vol. II, *Diritto processuale*, Torino, 2021, *passim*; AA. VV., *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza*, diretto da Levis, Perini, Bologna, 2021, *passim*; AA. VV., *Diritti fondamentali e processo all’ente. L’accertamento della responsabilità d’impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di Lupária, Marafioti, Paolozzi, Torino, 2018, *passim*; AA. VV., *La responsabilità degli enti ex d. lgs. 231/2001: profili sostanziali e processuali*, a cura di Piva, Torino, 2021, *passim*; AA. VV., *La responsabilità delle società. Il Sistema 231 tra norma e diritto vivente*, a cura di Putinati, Keller, *passim*, Pisa, 2024; AA. VV., *Modello organizzativo d. lgs. 231 e organismo di vigilanza*, a cura di Venero, Torino, 2024, *passim*; BELLUTA, *L’ente incolpato. Diritti fondamentali e “processo 231”*, Torino, 2018, *passim*; MARZULLO, *Aporie applicative nel microcosmo punitivo 231/2001 e supplenza del diritto pretorio*, Pisa, 2024, *passim*; ORSINI, *La responsabilità da reato dell’ente. Tra colpa di organizzazione e colpa di reazione*, Torino, 2024, *passim*; SABIA, *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi. Esperienze comparate e scenari di riforma*, Torino, 2022, *passim*; SANTORIELLO, *Responsabilità da reato degli enti. Problemi e prassi*, Milano 2023, *passim*; STAMPARONI BASSI, MEAZZA, *Commentario al decreto sulla responsabilità da reato degli enti d. lgs. 231/2001*, Pisa, 2024, *passim*.

³ Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Rv. 261105.; Id., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, Rv. 239922-923-924-925-926-927.

In dottrina, CONSULICH, *L’ente alla Corte. Il d.lgs. 231/2001 al banco di prova delle Carte dei Diritti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2019, 4 24 ss.; DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, 35-115, FLORA, *Responsabilità dell’ente per “fatto pro-*

in termini coerenti alle linee di un diritto penale fondato sul principio personalistico dettato nell'art. 27, co. 1 Cost.⁵; - per altro verso - di confutare potenzialità innovatrici della *specialità processuale* sul versante della volontà dell'ente-imputato⁶ nella definizione di *forme* alternative al modello ordinario di processo; specificamente, di respingere l'idea di certa giurisprudenza per la quale, *de iure condito*, l'ente può disporre della *probation* disciplinata dagli

prio e determinatezza del capo di imputazione, in *Studi in onore di Carlo Paliero*, a cura di Piergallini, Mamozzi, Sotis, Perini, Scoletta, Consulich, Milano, 2023, 1021-1023; GALLI, *La causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto in riferimento agli enti: tra autonomia di responsabilità e istanze di garanzia della persona giuridica*, in *Arch. Pen. Web*, 2021, 3, 2 ss.

PALIERO, *La responsabilità ex crimine della persona giuridica*, in *Responsabilità da reato della persona giuridica*, cit., 5 ss., spec. nt. 5 (a cui si rinvia per l'ampia bibliografia); ID., *Bowling a Columbine: la Cassazione bersaglia i basic principles della corporate liability*, in *Le Soc.*, 2011, 1075 ss.; PICOTTI, *La responsabilità "amministrativa" da reato dell'ente per carenze di organizzazione dell'impresa*, in *Diritto e attuazione del diritto in Europa*, a cura di Schmidt-Kessel, Troiano, Napoli, 2017, 89.

⁴ Sull'ambito di applicazione del decreto legislativo, per tutti, SANTORIELLO, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 96-192.

⁵ Avanza perplessità in merito alla compatibilità del sistema 231 con il principio personalistico della responsabilità penale, di recente, 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. Web*, 2022, 1, 2, per il quale, «ci si muove in una forma di responsabilità collettiva cui corrisponde un forte declassamento dei criteri di imputazione personale posto che l'ente risponde in caso di fatto altrui per un fatto proprio. Si tratta di illeciti senza prova di colpevolezza in senso penalistico che orientano il microsistema introdotto dal D. Lvo n. 231/01 verso parametri di prevenzione generale non retributivi, accompagnati da un "apparato sanzionatorio orientato non alla punizione ma alla prevenzione e neutralizzazione dei rischi". Quel che preme all'ordinamento è che l'ente adotti il modello preposto ad impedire i reati e che, sia pure successivamente, ripari danno ed offesa».

Sulla stessa linea di pensiero si pongono DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 1622-1623; FERRUA, *Diritto umani e tutela degli enti nel processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 705; FLORA, *Responsabilità dell'ente per "fatto proprio"*, cit., 1020 e 1024; PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in *La responsabilità degli enti*, cit., 13 ss.; RUGGIERO, (voce) *Capacità penale*, in *Dig. disc. pen., Aggiornamento, IV*, Torino, 2008, 31 ss.; SGUBBI, *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, a cura di Fondaroli, Padova, 2008, 6; VIGNOLI, *La responsabilità "da reato" dell'ente collettivo fra rischio d'impresa e colpevolezza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, *Rivista 231*, 2023, 3, 104 ss.; ID., *Societas puniri potest: profili critici di un'autonomia responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 903 ss.

Cfr., PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente. Verso la creazione di una "gabella delicti"?*, in *Le Soc.*, 2015, 1285 ss. e 1290 ss.

⁶ Valga la pena chiarire. La posizione di *imputata* è attribuita alla persona giuridica in maniera *atecnica*; si è ben consapevoli che le società, le associazioni, gli enti non possono assumere la qualità di imputato. La responsabilità penale, infatti, ricade sui soggetti che esercitano determinate funzioni di gestione o di rappresentanza e che hanno commesso reati nell'esercizio dei propri poteri, mentre gli enti possono incorrere esclusivamente in responsabilità amministrativa dipendente da reato.

artt. 168 *bis* c.p. e 464 *bis*-464 *octies* c.p.p., essendone legittimato dall'art. 34 d. lgs.

È necessaria un'immediata notazione di metodo. Il riferimento al *Tatbestand* - e alla *sua* dottrina - dunque, al complesso di elementi descrittivi del *tipo di fatto penale*, consiglia di chiarire che non si sta confondendo il reato commesso dalla persona fisica con l'illecito amministrativo dell'ente, né si sta ignorando che la persona giuridica è rimproverabile per una fattispecie autonoma da quella addebitabile al soggetto qualificato⁷ (lo afferma espressamente l'art. 8 d. lgs., senza essere smentito dall'art. 37 d. lgs., come si dirà). Semplicemente, si contestualizza la categoria rispetto all'*illecito collettivo*, ovvero alla «fattispecie complessa»⁸ di cui il reato presupposto raffigura (solo) un elemento costitutivo. Si aggiunga, sul piano dell'interpretazione giurisprudenziale, che di recente la Cassazione⁹, scegliendo un'esegesi *sostanzialistica* della colpevolezza dell'ente¹⁰, ribadisce¹¹ la necessità che la relativa verifica segua un percorso di natura sostanziale, simile a quello riferito alle persone fisiche; così come è convinzione diffusa che sul piano delle garanzie costituzionali - non delle procedure - non v'è una differenza ontologica tra illecito amministrativo e reato, rilevando l'essenza afflittiva della sanzione amministrativa, la quale, a sua volta, legittima un'ideale *omogeneizzazione* dei sistemi di responsabilità all'insegna della massima tutela delle situazioni soggettive coinvolte. Esigenza, tra l'altro, avvertita da tempo dagli organi di giustizia europea¹².

⁷ D'ARCANGELO, *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente*, in *La responsabilità degli enti*, cit., 308-325, spec. nota 1 per i diffusi riferimenti bibliografici.

⁸ Cass., Sez. IV, 28 dicembre 2023, n. 51455; Id., Sez. I, 5 maggio 2021, n. 31854.

Già, Cass., Sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28299, in Rv. 267047-01.

In dottrina, PELISSERO, *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente, Principi generali*, in *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 154.

⁹ Cass., Sez. VI, 25 giugno 2024, n. 31665.

¹⁰ - al fine di evitare illegittimi automatismi atti ad addebitargli la responsabilità per il solo fatto che un reato sia stato commesso nell'ambito della sua organizzazione -

¹¹ Lo aveva già affermato Cass., Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, cit.

¹² La Corte EDU, a partire dalla sentenza del 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, ha elaborato una nozione autonoma di materia penale, legata a parametri sostanziali (cosiddetti «criteri Engel»), quali la natura del precetto violato - che deve essere diretto alla generalità dei consociati ed avere una finalità preventiva e punitiva - e la gravità della sanzione cui l'autore dell'illecito si trova esposto: sanzione che non deve necessariamente consistere nella privazione della libertà personale, potendo assumere anche carattere meramente economico.

Cfr. Corte cost., 28 ottobre 2014, n. 247 e Id., 5 gennaio 2017, n. 2.

Per l'approfondimento, si rinvia a CAVALIERE, *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale", tra Costituzione e CEDU*, in *Arch. Pen. Web*, 2023, 2 *passim*.

L'obiettivo dello studio è innanzitutto culturale. La prospettiva si avvale della dottrina accorsata che colloca la scienza penalistica su fronti ineluttabilmente intersecati¹³; la compone con la circolarità delle esperienze giuridiche e, per questo, la connota alla stregua di un «sistema “integrato” che, da una parte, qualifica i fatti socialmente rilevanti e riprovevoli, vietandoli (= diritto penale), e, da altra parte, disciplina l'accertamento ai fini della dichiarazione e/o della negazione di colpevolezza dei loro autori (= procedura penale)»¹⁴.

Sul piano politico, la plausibilità dell'approccio sincronico trova conferma nel ruolo centrale assunto dal diritto penale nella salvaguardia dei diritti fondamentali coinvolti nel processo: da una parte (art. 533, co. 1 per. 1 c.p.p.), il raccordo tra determinatezza/tassatività e giudizio di responsabilità, coniugando la struttura del fatto tipico con il convincimento giudiziale, influenza l'obbligatorietà dell'azione penale, l'ampiezza dei poteri difensivi e le regole per il giudizio; perimetra il tema da accertare e traccia l'ambito della decisione del giudice, nel doppio versante della tassatività della fattispecie legale e della tipizzazione dell'azione incriminata, elementi che, soli, legittimano la tutela. Dall'altra (art. 533, co. 1 per. 2 c.p.p.), la concordanza tra categorie protegge la giurisdizione dalla contaminazione con evenienze avulse da quelle giuridicamente raffigurate e/o estranee alla comunicazione tra *rimprovero* e pena, elidendo il pericolo di commistioni tra bisogni funzionali ed esigenze della sanzione¹⁵.

In sintesi. La fattibilità del metodo scaturisce dal naturale condizionamento delle componenti costitutive della *situazione sostanziale* nella sfera della *cognizione* del giudice chiamato a verificarla. È indubbio, del resto, nell'orbita generale del principio di legalità, il reciproco *controllo* tra legislazione e giurisdizione – entrambe solidi fondamenti del diritto criminale –: la prima, codificando il modello, circoscrive l'ambito dell'azione giudiziale; la seconda, rac-

¹³ «Le normative penali sostanziale e processuale rappresentano gli aspetti di un ordinamento unitario. Esse concorrono a delineare un unico progetto politico-criminale, servendo in pari grado allo scopo di prevenzione generale tipico del sistema nella sua interezza, al cui interno il giudice svolge un ruolo di attiva partecipazione alla concretizzazione dell'ordinamento giuridico»: UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Milano, 2023, 8

¹⁴ Caratteristica comune è «la funzione di garanzia che definisce tassative, tipiche, offensive e determinate le fattispecie penali e tassative, tipiche, determinate e necessarie le situazioni processuali, tutti connotati della legalità, penale e processuale»: RICCIO, *La Procedura Penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 22.

¹⁵ RICCIO, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, 1991, 20 e 26; ID., *Note su interpretazione della legge e accertamento della responsabilità*, in *Pol. dir.*, 1991, 1, 124-125.

cordandovi il *tipo di fatto*, valuta, contemporaneamente, la legittima appartenenza del reato al mondo fenomenico e al diritto *valido*. Sicché, nella raffigurazione dei principi generali della *penalità*, la distinzione obbligata tra i problemi interni alla struttura dell'illecito - *Tatbestand* - e le questioni concernenti la corrispondenza tra reato e sanzione trova riepilogo nella continuità tra fatto tipico (diritto penale) e giudizio di rimproverabilità (procedura penale), nel senso che i profili legali della fattispecie diventano le premesse della valutazione *legale* della colpevolezza e dell'inflizione della pena.

Invero, lo spaccato formale del precetto e i tratti sostanziali del fatto, costruendo le basi dell'incriminazione, esprimono direttive garantite per definire il concetto giuridico di colpevolezza¹⁶ e fissare i limiti del libero convincimento del giudice. E costituiscono altrettante tracce per tentare di sistemare il modello di *penalità* - sostanziale e processuale - *collettivo* e ridefinire il concetto di *illecito personale*¹⁷ applicato alle persone giuridiche, nonché per sviluppare la seconda traccia dello studio che, partendo dai punti fermi fissati in altra occasione a proposito della compatibilità della messa alla prova con i principi naturali della giurisdizione e del processo¹⁸, si interroga sulla legittimità di certa giurisprudenza che, di recente, discostandosi dagli enunciati delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, ha ritenuto applicabile - *de iure condito* - il combinato disposto degli artt. 168 *bis* c.p. e 464 *bis* ss. c.p.p. nel contesto del d. lgs. 231/2001¹⁹.

Snodo essenziale degli obiettivi proposti è (ovviamente) il decreto legislativo del quale si evidenziano i tratti in via essenziale, trattandosi di conoscenze diffuse. Ebbene, superato il principio *societas delinquere non potest*²⁰ e - soprat-

¹⁶ È moderna la definizione di PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 566: «la concezione normativa della colpevolezza dà la risposta dogmatica all'esigenza di introdurre la valutazione delle circostanze dell'agire, del processo di motivazione, alla stregua di un canone normativo, trasformando la colpevolezza in un giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento anti doveroso della volontà».

¹⁷ WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW*, 58, 1939, 491 e 505 ss., nelle definizioni di HIRSCH, *Principi, sviluppi e fraintendimenti del «finalismo»*, (trad. a cura di Viganò), in MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007, 25-26.

¹⁸ FALATO, *Il profilo cognitivo della messa alla prova*, in *Giust. pen.*, 2019, pt. III, 224-244.

¹⁹ Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2022, n. 14840.

Conforme, Cass., Sez. VI, 13 febbraio 2024, n. 25648.

Contra, Trib. Bari, I pen., 14 giugno 2023 e Trib. Perugia, Sez. Pen., 7 febbraio 2024.

²⁰ Per tutti, BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 951 ss. (in *Il diritto penale delle società commerciali*, a cura di Nuvolone, Milano, 1971, 29 ss.).

tutto – recepite le fonti internazionali²¹, il legislatore – dopo una lunga gestazione²² – ha regolamentato la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche, fondandola – asserisce la dottrina consolidata²³ – su due baluardi: la necessaria sussistenza, in capo all'autore del reato presupposto (non all'organismo di vigilanza²⁴), della qualifica di apicale di diritto o di fatto o di

In argomento, AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 941 ss.; DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., 35-115; MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 445 ss.

²¹ Cfr. la legge delega 29 settembre 2000, n. 300 di Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K. 3 del Trattato dell'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997. Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica, in *GU* n. 250 del 25 ottobre 2000, Suppl. Ordinario.

Già, Raccomandazioni del Comitato del Consiglio dei Ministri della Comunità europea N(88)18, N(81)12; N(77)28.

²² La dottrina aveva cominciato a confrontarsi sul tema già negli anni Settanta, come fanno notare LATTANZI, SEVERINO, *Prevenzione e repressione della criminalità economica e responsabilità delle persone giuridiche, Introduzione a Responsabilità da reato degli enti*, cit., XVII.

²³ PALIERO, sub *art. 7, Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza*, cit., 265-269.

²⁴ Tra le molte, Cass., Sez. VI, 25 giugno 2024, n. 31665.; Id., Sez. II, 27 settembre 2023, n. 46434; Id., Sez. III, 17 maggio 2023, n. 27148, cit.; Id., Sez. VI, 29 marzo 2023, n. 28232; Id., Sez. II, 29 novembre 2022, n. 4980; Id., Sez. VI, 10 novembre 2022, n. 48839; Id., Sez. IV, 15 settembre 2022, n. 38025; Id., Sez. VI, 25 maggio 2022, n. 32011; Id., Sez. II, 10 dicembre 2021, n. 4583.

In dottrina, MENANDRO, *L'Organismo di vigilanza nel d. lgs. 231/2001: questioni attuali e prospettive di riforma*, in *Rivista 231*, 2023, 2, 43 ss.; SANTORIELLO, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 257 ss.; ID., *La più recente giurisprudenza di merito sull'Organismo di Vigilanza fra riconoscimento dell'importanza della funzione ed equivoci sui suoi compiti*, in *Rivista 231*, 2021, 4, 211 ss.; SAVINI, sub *art. 7*, in *Commentario al decreto sulla responsabilità da reato degli enti*, cit., 59-64; SCOLETTA, sub *art. 6, Profili penalistici*, in *Compliance*, cit., 156-166.

Cfr., AA. VV. *L'organismo di vigilanza nel sistema 231*, a cura di Fiorino, Santoriello, Pisa, 2020, *passim*.

Cfr. la notazione critica – che conserva attualità – di GARUTI, *Aggiornamenti in tema di responsabilità degli enti*, in *Treccani Web - Il libro dell'anno del diritto 2017*, Roma, 2017, 594, a proposito della giurisprudenza che non fonda l'esclusione della responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di vigilanza, come dovrebbe, sull'assenza di poteri impeditivi in capo a questi ultimi, ma su altri elementi di natura esclusivamente fattuale.

sottoposto di diritto o di fatto²⁵ e la connessione tra condotta e organizzazione d'impresa. Sicché - sul fronte sostanziale - la responsabilità amministrativa da reato, presidiata da un autonomo sistema punitivo, può scaturire solo dopo aver individuato un reato presupposto; attribuita importanza al legame tra soggetto attivo e ente; considerata l'interconnessione tra l'illecito penale del primo e l'illecito amministrativo del secondo; accertata, infine, l'omessa adozione del modello organizzativo o valutata negativamente la sua effettività e/o l'efficacia della sua attuazione, oppure, verificata la mancanza, il vizio o l'incompiutezza del presidio di vigilanza imposto ai soggetti di vertice sull'operato dei sottoposti.

Il decreto legislativo - si scrive, inoltre - rappresenta un esempio organico di *compliance* d'impresa²⁶ estesa all'area penalistica in virtù della responsabilità penale posta in capo ai responsabili dell'organizzazione interna dell'azienda e della finalizzazione alla prevenzione del rischio-reato²⁷. E soddisfa l'urgenza di costruire un sistema punitivo che, pur espressamente qualificato *amministrativo*, rispetti le tradizionali garanzie strumentali e strutturali di un diritto orientato secondo i presupposti e i limiti del fatto tipico personale, fondato sul co. 2 dell'art. 27 Cost.

²⁵ Cass., Sez. VI, 26 gennaio 2024, n. 3211, con nota di VISCONTI, *Non solo "socio tiranno": la Corte di Cassazione ridefinisce l'ambito di applicazione dell'art. 5 d.lgs 231/2001*, in *Arch. Pen. Web*, 2024,1, *passim*.

Per le definizioni, si rinvia a MORGANTE, *Reato commesso da soggetto sottoposto all'altrui direzione*, *ivi*, 248-266 e PISANI, *Reato commesso da soggetto apicale*, in *La responsabilità degli enti*, cit., 214-229.

²⁶ Sulla nozione di *compliance*: «*The compliance function consists of efforts organizations undertake to ensure that employees and others associated with the firm do not violate applicable rules, regulations or norms*»: MILLER, *The compliance function: an overview*, in *NYU Law&Economics research Paper Series, Working Paper n. 14-36*, Novembre, 2014, 1.

Detto diversamente: «le strutture di compliance nelle organizzazioni rappresentano le arene di confronto dove ogni giorno si cerca - idealmente - una sintesi tra campo liberale e campo organizzativo, ossia dove il significato della legge e i suoi requisiti vengono tradotti e negoziati in funzione delle pratiche aziendali»: CATINO, ROCCHI, VERZELLONI, *Le logiche di funzionamento del "sistema 231": un'analisi organizzativa*, in *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti*, cit., 45.

In argomento, COLACURCI, *L'illecito «riparato» dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistica nel d. lgs. n. 231/2001*, Torino, 2022, *passim*; GROSSO, *Funzione di compliance e rischio penale*, in *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di Rossi, Milano, 2017, 282; AA. VV., *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness*, Cham, a cura di Manacorda, Centonze, 2022, *passim*; MONGILLO, *Presente e futuro della Compliance penale. Riflessioni a margine di Stefano Manacorda e Francesco Centonze (a cura di), Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness, 2022*, in *www.sistemapenale.it*, 11 gennaio 2022.

²⁷ AA. VV., *La corporate compliance*, cit., VII.

Sul piano processuale, invece – si sottolinea – le norme speciali – «in chiave integratrice», sebbene con riserva di *adattabilità* – obbligano l'interprete a considerare le disposizioni del codice di procedura penale e applicano alla persona giuridica gli assetti relativi all'imputato, evidentemente allo scopo di «prevenire fenomeni di rifiuto della disciplina richiamata da parte del sistema nel quale è destinato a operare», di «rendere effettivi gli strumenti di accertamento» e di «dotare l'impresa, sottoposta a procedimento, di un sistema di garanzie» effettivo²⁸.

Nell'insieme – concludiamo – il decreto legislativo si svela come il precipitato di una *complementarità ordinamentale* razionale e autonoma che si muove su logiche espresse, rispettivamente, negli artt. 1, 5, 6, 7 d. lgs. – interpretati nel cono degli artt. 1 e 8 d. lgs. – e nel Capo III – letto nel prisma dell'art. 34 d. lgs. – spesso dissimili dai codici, mai meno garantite²⁹.

Lo scenario è complesso; sul piano dell'imputazione del fatto tipico, dei criteri di incriminazione e dei suoi *modi*, il decreto legislativo rivela un quadro estremamente composito che mette a nudo il nodo centrale della ricerca: l'adeguamento obbligato all'art. 27, co. 1 Cost. e all'art. 27, co. 2 Cost., la fusione necessaria con i principi costituzionali³⁰ che garantiscono un sistema penale teleologico e un processo garantito, coerenti all'ideologia finalistica della repressione criminale e alla filosofia garantista della rispondenza tra tutela delle situazioni soggettive protette e diritto della collettività alla repressione dei reati.

²⁸GARUTI, *La procedura per accertare la responsabilità degli enti*, in *Procedura Penale*, a cura di Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Galantini, Filippi, Garuti, Mazza, Varraso, Dinacci, Mancuso, Iasevoli,, Torino, 2024, 836; ID., *I risvolti processuali della confisca nel processo agli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, *Rivista* 231, 2017, 195-196.

Cfr., GARUTI, *Il processo agli enti: alcune riflessioni di sistema*, in *Rivista* 231, 2021, 4, 173-183.

²⁹ Sono scettici, CERESA-GASTALDO, *Legalità d'impresa e processo penale. I paradossi di una giustizia implacabile in un caso su dieci*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 7 giugno 2019, DE MARTINO, *La colpa di organizzazione nel prisma del diritto penale liberale*, in *DisCrimen*, 30.3.2020, 10; PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, 231; MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d. lgs. n. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. ann. soc. enti*, 2011, 3, 84, 85.

³⁰ Pure nel sistema 231 la connessione tra Costituzione ed enunciato ordinario non sottrae (non può) alla prima la forza cogente e vincolante di regola di comportamento per il legislatore, tenuto, per questo, ad attuarla. Non potrebbe essere diversamente, a meno che non si voglia autorizzare l'applicazione di una disciplina costituzionalmente illegittima.

Nutre dubbi, PASTA, *L'accertamento della responsabilità degli enti: una delega (non esercitata) del legislatore agli operatori giuridici per l'elaborazione delle regole del processo*, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 321 ss., spec. 327.

L'obiettivo è impegnativo: la comunicazione del *Tatbestand* al soggetto giuridico, orientata ai principi costituzionali di personalità della responsabilità penale e di presunzione di innocenza, rappresenta il prodromo delle riflessioni volte ad affermare - o a negare - la praticabilità, nel sistema penalistico degli enti, delle garanzie strumentali e strutturali di un diritto partecipato - per quanto qui interessa - ai canoni di legalità e individualità; e per asserire che la forza espansiva dell'art. 34 d. lgs. - la cui tenuta qui si misura rispetto alle *dinamiche alternative* dell'accertamento realizzate dalla messa alla prova, risente dei limiti di un sistema rigido di legalità e del suo fondamento garantista.

2. *Specificazioni del principio di legalità nel sistema 231.*

Nel discorso si inserisce, innanzitutto, il piano generale della legalità - ordinato dall'art. 25, co. 2 Cost. - garantito nell'art. 2 d. lgs. che lo codifica nella compagine dei principi generali e dei criteri di incriminazione della persona giuridica, come pure nell'art. 3 d. lgs., richiamando il regime della successione delle leggi penali³¹. Entrambe le disposizioni rimandano, in particolare, ai canoni di determinatezza/tassatività dell'illecito societario, agendo alla maniera di precipitati della legalità e di condizioni di validità delle norme incriminatrici³²; a loro volta, gli artt. 24-25 *duodevicies* d. lgs. tipizzano in modelli codificati le occasioni di *rimproverabilità* dell'ente³³.

L'aderenza ai principi costituzionali - ed europei: art. 7 C.E.D.U. e art. 49 C.D.F.U.E. - e la sovrapposizione agli artt. 1 e 2 c.p. consentono di superare possibili incertezze circa la *costituzionalità* del decreto legislativo; a sua volta, lo statuto *differenziato* rispetto a quello codicistico, seppure temperato dal canone della *compatibilità* (art. 34 d. lgs.), lo identifica secondo la concettualizzazione della formula del *doppio binario*.

Nell'ordinamento degli enti, tuttavia, non si affida alla legge soltanto la sanzionabilità dei comportamenti giuridicamente rilevanti, ma le si delega pure l'attuazione dei fondamenti giuridici dell'illecito già codificato. Lo confermano gli artt. 6 e 7 d. lgs. che stabiliscono una connessione tra legge e sistema di

³¹ La portata è definita da Cass., Sez. III, 6 febbraio 2024, n. 20227.

³² La prima, stabilendo un onere di metodo in capo al legislatore nella formulazione della fattispecie e la seconda, precludendo al giudice di estendere l'incriminazione oltre i casi da essa espressamente previsti.

³³ È critico, SAVARINO, *L'illecito dell'ente tra combinazione di moduli punitivi e affievolimento di garanzie: deroghe e scostamenti disciplinari al vaglio di legittimità costituzionale e convenzionale*, in *Giur. Pen. (Web)*, 1-bis, 2021, 521.

prevenzione del rischio reato oltre il consentito, quando obbligano l'impresa collettiva - addirittura facendone dipendere la (non) punibilità - ad approntare, *ante factum, regole di condotta*, tradotte in altrettante *misure cautelative* interne adeguate a evitarlo.

Fissare la portata del nesso tra *normazione* e *auto-normazione amministrativa*, vale a dire, stabilire la *forza* con cui la legge vincola la preordinazione di una struttura logistica tesa a mitigare il rischio reato, è operazione d'interesse sistematico, siccome il tema innesta il *valore* costitutivo del modello d'organizzazione (MOG) nella definizione del *Tatbestand* collettivo.

Sul punto il dibattito si sviluppa tra i sostenitori della concezione giuridico-formale della pianificazione aziendale che, ragionando in termini di stretta legalità, assumono l'esistenza di un legame obbligato tra norma e organizzazione, per cui la prima avrebbe un impatto diretto e prevedibile (automatico) sulle politiche dell'ente; e chi, all'opposto, l'avversa, riconoscendo all'ente la facoltà di orientare le proprie scelte strategiche in ragione delle esigenze di mercato, dell'efficienza e del controllo *manageriale* per migliorare il funzionamento e la *performance* organizzativa. Secondo questa teoria il mondo imprenditoriale e le sue logiche non rispondono sempre al quadro di regole e diritti riconosciuti dall'ordinamento, non essendo insolito che ne ignorino l'esistenza³⁴.

Ora, seppure condividiamo che «l'ente non è riducibile alla sua dimensione giuridico formale, ma presenta anche una fondamentale componente non giuridica costituita di persone e di pratiche di lavoro consolidate che ne influenzano l'attività»³⁵, allo stesso tempo non possiamo minimizzare il ruolo garantista della *legalità* nei profili ascrittivi della responsabilità all'ente.

La nostra idea, perciò, si disallinea da entrambe le posizioni, ritenendo che l'individuazione di standard di prevenzione e di regole di *compliance* sia sottratta all'arbitrio dell'organo dirigente, rispondendo a logiche di *discrezionalità normativamente guidata* dall'influenza reciproca del versante giuridico e del piano organizzativo nella valutazione e gestione del rischio d'impresa, funzionali a garantire le esigenze di cui agli artt. 6, co. 2 e 7, co. 3 d. lgs.³⁶. Nel senso

³⁴ La sintesi è di CATINO, ROCCHI, VERZELLONI, *Le logiche di funzionamento del "sistema 231"*, cit., 38

³⁵ CATINO, ROCCHI, VERZELLONI, *Le logiche di funzionamento del "sistema 231"*, cit., 37.

³⁶ Sulle definizioni, tra gli altri, BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La cd. flessibilizzazione delle categorie del reato*, in *Criminalia*, 2012, 383 ss.

che, la predisposizione dei modelli organizzativi è, tecnicamente, un *dovere*³⁷: la progettazione del piano di prevenzione e l'introduzione di uno schema di *compliance* aziendale (di un documento che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarlo) sono comportamenti imposti dalla legge (artt. 6 e 7, d. lgs.), strumentali a eludere il rischio reato; infatti, è prevista la sanzione amministrativa in caso di inottemperanza che può essere inflitta *ex post* qualora il reato sia stato commesso a vantaggio e nell'interesse societario. Viceversa, i *modi* della *governance* – l'apparato del *risk-based approach* – sono rimessi all'autonomia privata³⁸; non a caso, le indicazioni legislative in proposito sono generali, rivolte solamente a indicare il metodo da seguire per renderle efficaci. Genericità, però, che non riteniamo³⁹ pregiudizievole della determinatezza, rispondendo a esigenze contingenti in ragione della varietà e variabilità dei *pericoli* da impedire.

³⁷ L'orientamento, diffusamente rappresentato in dottrina, è nel senso che l'adozione di modelli organizzativi sia oggetto di un mero onere da parte della persona giuridica. Così, CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d. lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 941; KUTUFA, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 720; FALZEA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA. VV., *La responsabilità delle persone giuridiche di diritto comunitario*, Milano, 1981, 138 ss.; MONTALENTI, *Modello "231" e Organismo di vigilanza nel sistema dei controlli societari. Un quadro d'insieme*, in *Modello organizzativo d.lgs. 231*, cit., 38; PUTINATI, *Il cambio di paradigma nei rapporti tra Ordinamento giuridico, giudiziario e l'impresa*, in *La responsabilità delle società*, cit., 11; SCOLETTA, sub *art. 6*, cit., 155; ZOPPINI, *Imputazione dell'illecito penale e responsabilità amministrativa nella teoria della persona giuridica*, in *Riv. soc.*, 2005, 1330.

Per ragioni diverse – legate alla prospettiva, specificamente civilistica, della sussistenza di un «comportamento socialmente atteso (...) da parte dei corpi intermedi» funzionale «a un interesse all'efficienza dell'azione sociale» – conclude nel senso di *dovere*, GINEVRA, *Note introduttive alla responsabilità degli enti ex d. lgs. n. 231/2001. Identità e rilevanza della persona giuridica*, in *Compliance*, cit., 15, 16.

³⁸ Sul contenuto del modello, diffusamente, KELLER, *L'idoneità del modello di organizzazione, La responsabilità delle società*, cit., 52-61.

Interessante è la prospettiva coltivata da SANTORIELLO, *Le international investigations e la loro rilevanza sul giudizio di adeguatezza del modello e colpa di organizzazione*, in *Rivista 231*, 2024, 4, 9-21, il quale, pur prendendo atto che il d.lgs. 231/2001 non dedica alcuna previsione al tema delle investigazioni interne all'azienda, non riconoscendo all'eventuale collaborazione della società con l'autorità giudiziaria alcuna valenza in tema di causa di non punibilità – a differenza di quanto si verifica per le persone fisiche –, rappresenta plurime argomentazioni per cui la previsione nel modello organizzativo e l'effettivo svolgimento delle *internal investigations* rilevano nel sistema della responsabilità da reato degli enti, potendo finanche rilevare come elemento che dimostra l'adeguatezza del modello e della *compliance* aziendale.

³⁹ È perplessa la dottrina. Per tutti, PALIERO, sub *art. 7*, cit., 229.

Si rifletta. La linea degli artt. 6, co. 1 lett. b), 2, 2 bis⁴⁰; 3 (co. 1 lett. a) e 7, co. 2 e 4 (co. 2) d. lgs. traspone in *schemi legali* le situazioni che fissano l'*an* dell'organizzazione societaria, lasciando il *quomodo* (progettazione, implementazione) al potere decisionale dell'impresa, non predeterminato - ma *guidato* - dalla legge. Per cui, il vincolo nasce rispetto all'adozione di un adeguato modello di organizzazione, mentre le *forme* dell'adeguatezza rilevano solo ai fini della conformità ai requisiti codificati dagli artt. 6, co. 2 e 2 *bis*, 7, co. 4 d. lgs. Per questo motivo, il legislatore consente che il contenuto del MOG può essere fissato sulla base di linee guida redatte dalle associazioni di categoria⁴¹ - soggetti *altri* dal legislatore - le quali non rappresentano altro che parametri di riferimento per osservare l'impegno posto dagli artt. 6, co. 1 *incipit* e 7, co. 3 d. lgs.

Detto altrimenti, le norme indicate - con differente *intensità* - descrivono i principi essenziali della *compliance* societaria (sfera giuridica) che la *managerializza*⁴² trasponendola nei *compliance programs*, individuando, cioè, standard di minimizzazione del rischio reato e regole precauzionali adatte a rendere *legale* e, quindi, *virtuosa* l'azione *societaria*.

Siffatta ulteriore, *speciale*, proiezione della *legalità* rappresenta la chiave di lettura per spiegare il ruolo e la natura del modello organizzativo nella ricostruzione della categoria del *Tatbestand collettivo*, soprattutto della sua componente oggettiva.

3. *Le componenti del Tatbestand dell'illecito societario. Ipotesi di lavoro.*

La dottrina - interpretando l'art. 5 d. lgs. - individua i requisiti oggettivi d'imputazione del tipo di illecito collettivo nel «rapporto strutturale/funzionale tra la persona fisica che commette il reato e l'ente» - relativo «non solo alle attività caratterizzate da una politica aziendale di vertice che implica pure la commissione di reati, ma anche alle attività in cui la perpetrazione di illeciti consegue a un difetto di organizzazione o di controllo da parte degli apici»⁴³ - e nel necessario «collegamento strumentale di tipo utilitaristico

⁴⁰ Sull'ulteriore requisito di idoneità dei modelli organizzativi introdotto dalla L. 179/2017, SANTORIELLO, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 231-255.

⁴¹ Sul valore delle linee-guida di categoria, in generale, da ultimo, SCOLETTA, sub *art. 6*, cit., 153-155.

⁴² Sul fenomeno, EDELMAN, FULLER, MARA-DRITA, *Diversity, Rhetoric and the Managerialization of Law*, in *American Journal of Sociology*, 106, 2001, 6, 1589-1641.

⁴³ GARUTI, *Premessa*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, XI.

tra il reato e l'ente, nel senso che il reato deve essere commesso in una prospettiva di utilità per l'ente e che questo collegamento viene meno nel momento in cui la persona fisica ha agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi»⁴⁴. Dunque, «la fattispecie ascrittiva a struttura complessa in cui converge la molteplicità dei presupposti dai quali dipende la responsabilità da reato della *societas* (...) richiede che il fatto di reato sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, da una persona fisica che sia a questo legata da uno specifico rapporto funzionale, che, cioè, rientri in una delle due categorie soggettive menzionate nel comma 1, lett. a) e b) dell'art. 5»⁴⁵.

Non si discute che tale modello imputativo si identifica nei paradigmi del *nesso di causalità* (art. 6, spec. co. 1 d. lgs.) o del *nesso di agevolazione* (art. 7, co. 1 e 2 d. lgs.)⁴⁶, nella qualificazione soggettiva della persona fisica e nella sussistenza dell'interesse o del vantaggio; tuttavia, si vuole tentare un'esegesi integratrice dell'art. 5 d. lgs. che tenga conto del pensiero lì sviluppato a proposito del versante oggettivo del tipo di fatto, secondo la quale la causalità va integrata con la «realizzazione di un pericolo posto in essere dall'autore eccedendo i limiti del rischio consentito»⁴⁷.

Ragionando nella prospettiva – e nel prisma *rivisitato* del principio di legalità – appare evidente il ruolo fondativo e la natura costitutiva della componente organizzativa nel *Tatbestand oggettivo collettivo*, attesa l'indubbia relazione con la categoria del rischio, normatizzata – seppure con un linguaggio spesso

⁴⁴ BARTOLI, *Il criterio di imputazione oggettiva*, cit., 171-172, 186-196.

Di recente, SAVINI, CHIODI, sub art. 5, in *Commentario al decreto sulla responsabilità da reato degli enti*, cit., 37-42.

Cfr. le note critiche di SANTORIELLO, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 19-67.

La Cassazione, di recente, ha precisato che i criteri di imputazione oggettiva, rappresentati dall'interesse o dal vantaggio, sono da attribuire alla condotta del soggetto agente anziché all'evento stesso: «l'interesse è rilevante quando l'autore del reato viola la normativa cautelare con l'intento consapevole di ridurre i costi, senza necessariamente conseguire questo obiettivo effettivamente; il vantaggio, invece, si verifica quando la violazione sistematica genera un beneficio per l'ente, come risparmio di spesa o aumento della produzione, indipendentemente dalla volontà esplicita di ottenere tale vantaggio»: Cass., Sez. III, 19 dicembre 2023, n. 4210.

Cfr., Cass., Sez. IV, 17 aprile 2004, n. 22586; Id., Sez. IV, 9 gennaio 2024, n. 1971; Id., Sez. V, 2 marzo 2023, n. 21640; Id., Sez. IV, 30 giugno 2022, n. 33976; Id., Sez. III, 21 giugno 2022, n. 34397; Id., Sez. III, 26 gennaio 2022, n. 39615; Id., Sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 15543.

⁴⁵ DE SIMONE, sub art. 5. *Profili penalistici*, in *Compliance*, cit., 90, 91.

⁴⁶ La precisazione è di PALIERO, sub art. 7, cit., 271.

⁴⁷ ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, trad. a cura di Moccia, Napoli, 2009, 32-33.

improprio⁴⁸ – nella lett. a) del co. 1 dell’art. 6 d. lgs. e nel co. 2 dell’art. 7 d. lgs. Anzi, proprio tali disposizioni confortano la soluzione prospettata: facendo dipendere la responsabilità dell’ente dall’inosservanza del comportamento *giuridicamente atteso* che abbia avuto un’efficacia determinante nella concretizzazione del rischio, sembrerebbero riconoscere al modello organizzativo *legale* (cioè, adeguato alla prevenzione del rischio reato) la connotazione di elemento di tipizzazione oggettiva – prima che di parametro soggettivo – dell’illecito dell’ente e di *condizione* necessaria a imputare l’evento alla persona giuridica.

Sicché, accanto ai canoni ordinari (art. 5 d. lgs.), potrebbe ipotizzarsi la necessità di un nesso di *strumentalità speciale* tra MOG e rischio reato, nell’ambito del quale le misure cautelative previste per prevenirlo e contenerlo funzionerebbero da altrettanti *fattori causali rilevanti*. In tal modo, si spiegherebbero pure la necessaria idoneità del modello e la sua efficace attuazione richieste dagli artt. 6, co. 1 lett. a) e 7, co. 2 d. lgs.⁴⁹ alla stregua di cause di non punibilità, nonché la valutazione di corrispondenza (tra MOG e rischio), da svolgersi *ex ante*.

Ora, le circostanze di *alea* – che l’ente deve individuare per ottemperare all’obbligo di adottare canoni preventivi adatti a scongiurare il rischio del disvalore di evento – si ricavano dagli artt. 24-25 *duodevicies* d. lgs.⁵⁰ (reati presupposto) che delineano il coefficiente e il grado di difformità delle scelte imprenditoriali da quelle fisiologiche di un’attività economico-commerciale che il legislatore esige – in termini normativi, non naturalistici⁵¹ – al di là del ri-

⁴⁸ Riferito, cioè, alla prevenzione della commissione dei reati, piuttosto che delle situazioni di rischio, come, al contrario, si è espresso il legislatore nel co. 3 dell’art. 7 d. lgs.

⁴⁹ Con diverse modulazioni, sull’argomento generale, MANES, *Realismo e concretezza nell’accertamento dell’idoneità del Modello organizzativo*, in *La responsabilità degli enti*, cit., 471 ss. e SANTORIELLO, *Il giudizio sul risk assessment quale fase indispensabile per la valutazione di idoneità del MOG*, in *Rivista 231*, 2023, 3, 9 ss.; ID, *Responsabilità da reato degli enti*, cit. 501-511.

⁵⁰ L’elenco dei reati-presupposto è stato progressivamente esteso.

De iure condito (21 maggio 2026), la direttiva (UE) 2024/1203 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 aprile 2024, sulla tutela penale dell’ambiente, che sostituisce le direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE, in *GUCE*, L 30 aprile 2024, nella quale il legislatore europeo sembrerebbe aver predisposto (artt. 6, 7, 12) una responsabilità delle persone giuridiche sovrapponibile (anche nel lessico) al d. lgs. 231/2001.

⁵¹ DE SIMONE, *Si chiude finalmente, nel migliore dei modi, l’annosa vicenda Impregilo*, in *Giur. it.*, 2022,758; SANTORIELLO, *Il caso Impregilo si chiude con importanti precisazioni della Cassazione in tema di ruolo dell’Odv e significato della formula “elusione fraudolenta”*, in *Rivista 231*, 2022, 9; SCOLLETTA, sub art. 6, cit., 138.

schio consentito. I metodi per prevenirle sono codificati negli artt. 6, co. 2, 2 *bis*, 3 e 7, co. 2 e 4 (co. 2) d. lgs. L'una e le altre - riconoscimento delle circostanze di rischio non consentito e concreta attitudine precauzionale dei modelli di organizzazione positivizzate negli artt. 6, co. 2, 2 *bis*, 3 e 7, co. 2 e 4 (co. 2) d. lgs. - sono le condizioni *negative* della responsabilità imputabile all'ente per il tipo di fatto individuale.

Da altra prospettiva. Se si osserva il ruolo della *compliance* nella sfera delle relazioni tra *disvalore dell'azione societaria* e *disvalore dell'evento-presupposto*, nel cono del *disvalore del fatto collettivo*, si nota che gli artt. 6 e 7 d. lgs. (specie: artt. 6, co. 1 lett. a) e 7, co. 2 d. lgs.) valorizzano la portata *sostanziale* del modello, dando risalto, già nel contesto del *Tatbestand oggettivo*, alla *componente organizzativa e gestionale*, la cui funzione costitutiva non dipende dalla qualifica soggettiva dell'autore del reato presupposto, ma scaturisce dalla legge.

La distinzione tra apicale e sottoposto, al contrario, è significativa - e in tal modo si spiega la descrizione diversificata della prima parte (co. 1) dell'art. 5 d. lgs. - per circoscrivere il campo di *non rimproverabilità* dell'impresa, attraverso l'individuazione dei *modi* del disvalore dell'azione individuale. Segnatamente, dall'art. 6, co. 1 lett. c) d. lgs. emerge la relazione tra *modello (adeguato)*, *elusione fraudolenta*, *rischio reato*: il fatto della persona fisica si consuma in un requisito di *legalità* (di conformità alle prescrizioni di cui all'art. 6, co. 1, 2 e 2 *bis* d. lgs.) dell'organizzazione societaria, per cui il disvalore di evento, non *appartenendo* alla persona giuridica - difettando il connotato oggettivo - non può esserle imputato, nemmeno qualora ne avesse avuto beneficio. Nell'art. 7, co. 2-4 d. lgs., la connessione è tra *modello organizzativo adeguato*, *inosservanza degli obblighi ex artt. 7, co. 1 e 5, co. 1 lett. b), d. lgs.* e *rischio reato del sottoposto*: il disvalore di evento è la conseguenza dell'azione del sottoposto, causata dall'inosservanza dei doveri di direzione e vigilanza incombenti sull'apicale, soltanto se l'ente non abbia previsto «misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare situazioni di rischio»; viceversa, la *capacità* della *compliance* aziendale *libera* l'ente dall'imputazione dell'illecito da reato.

Le ricadute sono di facile intelligibilità: la mancanza di connessione tra modello organizzativo e rischio non consentito - la circostanza che il reato non sia scaturito dall'inosservanza della regola di comportamento dettata negli artt. 6, co. 1-2*bis* e 7, co. 3 d. lgs. - impedisce di *punire* la condotta dell'ente. Spe-

colarmente, dal disvalore dell'evento presupposto dipende la responsabilità della *societas* soltanto se la violazione dell'*obbligo cautelare* abbia creato una situazione di pericolo non accettabile per l'oggetto della tutela apprestata dagli artt. 24 ss. d. lgs.; rischio che si è effettivamente realizzato con la consumazione del reato.

Tuttavia, il difetto del modello di organizzazione, da solo, non implica la rimproverabilità dell'impresa qualora manchi la colpa di organizzazione - la componente soggettiva del *Tatbestand* - oppure non trovi riscontro in specifici addebiti commessi alla gestione del sistema.

L'approccio maggioritario al tema della fattispecie soggettiva del tipo di illecito societario - s'è visto³² - si focalizza sulla *posizione soggettiva* dell'autore del reato presupposto. Si scrive: il sistema imputativo della colpa di organizzazione, tracciato negli artt. 6 e 7 d. lgs. «poggia su una coppia di presunzioni, che operano in maniera differente in ragione della qualifica, in seno all'impresa, della persona che ha commesso il reato presupposto», pertanto, qualora «il reato è stato commesso da persona in posizione di vertice, la persona giuridica è considerata presuntivamente responsabile dei reati commessi a suo vantaggio dai suoi vertici, salvo che offra la prova dell'assenza di una colpa di organizzazione da parte sua, vale a dire, che dimostri di non avere adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; di averli corredati di un efficace sistema di controlli sul funzionamento e nel rispetto delle relative prescrizioni; che il reato è stato commesso eludendo fraudolentemente tali modelli; che non vi è stata una messa o insufficiente vigilanza da parte degli organi preposti al controllo (art. 6 d. lgs.)». Invece, «nel caso in cui a commettere il reato sia un soggetto sottoposto ad un organo di vertice è l'accusa a dover provare che la commissione del reato è dipesa dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza (art. 7 d. lgs.); tuttavia, la dimostrata operatività di modelli di organizzazione, gestione e controllo a scopo preventivo dei reati della specie di quello verificatosi è elemento costitutivo di una presunzione favorevole di esclusione della responsabilità»³³.

La Cassazione ne riconduce la struttura al paradigma del reato colposo d'evento, individuando nella colpa organizzativa - che integra la condotta colpo-

³² ORSINI, *La responsabilità da reato dell'ente*, cit., 39.

³³ CESARI, *Il procedimento sugli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Padova, 2023, 1146-1148.

sa - e nel reato presupposto - che concretizza il risultato/evento colposo - gli elementi costitutivi del *Tatbestand* soggettivo⁵⁴.

Ora, mentre la giurisprudenza emergente, attribuendo alla colpa di organizzazione dell'ente la stessa funzione assunta nel reato della persona fisica⁵⁵, non supera i problemi attinenti alla concreta individuazione di coefficienti psicologici nel comportamento rimproverabile alla persona giuridica - evidentemente diversi dalle componenti psichiche che si configurano se oggetto del rimprovero sia la condotta umana⁵⁶ - la dottrina sembrerebbe porsi in contrapposizione con il diritto penale del fatto, che ripudia la simmetrica e antitetica ipotesi di un diritto penale per contesto o per tipo di autore.

Tentiamo un'esegesi alternativa: siccome la colpa di organizzazione si basa sulla mancata adozione di un'adeguata *compliance* aziendale e considerato tale operazione risponde a un *obbligo* legalmente imposto, potrebbe concludersi nel senso della natura squisitamente normativa dell'elemento soggettivo del *Tatbestand collettivo*. In particolare, l'idea è quella per cui il fondamento del rimprovero è la violazione degli artt. 6, co. 1 lett. a) co. 2 e 2 *bis* e 7, co. 2-4 d. lgs. che, in qualità di *norme di dovere*, impongono al soggetto giuridico di agire in modo conforme alla pretesa punitiva; sicché, la rimproverabilità si risolve nella contrarietà della *volontà* dell'ente alla legge.

L'affermazione non sottovaluta gli approdi della dottrina qualificata che, modernizzandone il concetto, riconduce la colpevolezza a «un concetto concreto di proporzionalità, i cui criteri di valutazione dovrebbero essere dati dal titolo di imputazione soggettiva e dalla gravità del fatto sotto il profilo della dannosità sociale - nel senso del grado dell'offesa al bene giuridico e del disvalore espresso dalle modalità di aggressione allo stesso - che, nella considerazione delle circostanze concomitanti, unitamente alla soddisfazione di istanze di prevenzione, agirebbe all'interno di una deeticizzata categoria della responsabilità personale»⁵⁷. E nemmeno ignora le spinte innovatrici degli studi moderni che - in uno con certa giurisprudenza - convergono nel valorizzare un'accezione normativa della colpevolezza dell'ente, sostenendo un concetto di

⁵⁴ Cass., Sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401, cit., ma già, Id., Sez. V, 30 gennaio 2013, n. 4677, in Rv. 257988.

⁵⁵ Spec. Cass., Sez. IV, 10 maggio 2022, n. 18413.

⁵⁶ Lo asseriva già Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit.

⁵⁷ MOCCIA, *Il diritto tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 89-92.

esigibilità che considera lo stato delle cose in cui versare in ragione delle sue specificità⁵⁸.

L'assenza di riferimenti, infatti, è dovuta alla convinzione che – per un limite naturale – la colpevolezza dell'ente sia da intendersi diversamente dalla colpevolezza della persona fisica e che le esecuzioni riportate possano riguardare la categoria della rimproverabilità afferente esclusivamente alla condotta (*rectius*: volontà) umana, vale a dire – per rimanere in tema – alla colpa consistente nella violazione (e non nell'adozione), da parte delle persone fisiche, delle regole cautelari orientate a porre vincoli all'esercizio di attività per contenere il rischio reato⁵⁹.

Tali riflessioni – in una prospettiva lata – sembrerebbero riconoscere all'art. 8 d. lgs. più ampi spazi di praticabilità, in quanto l'autonomia del titolo di responsabilità dell'ente rispetto a quello dell'autore del reato presupposto⁶⁰ (nonostante ne presupponga la commissione) riguarderebbe non solo il profilo oggettivo della *rimproverabilità*, ma pure il coefficiente soggettivo.

Non contraddice il ragionamento l'art. 37 d. lgs. che prevede continuità tra i procedimenti all'autore del reato e all'autore dell'illecito amministrativo.

L'affermazione non equivale ad affermare che tra le fattispecie processuale (*perseguibilità*) e sostanziale si instauri una relazione funzionale tale da riconoscere alla prima un peso sulla struttura della seconda. La *procedibilità* – dal nostro punto di vista – è categoria processuale che si muove nell'orbita delle condizioni del processo, ponendosi al di fuori della sfera dell'illiceità ed è finalizzata a rimuovere un ostacolo alla perseguibilità del fatto, risolvendosi in un presupposto del procedimento (indagini preliminari)⁶¹.

Si ragioni sul particolare meccanismo attraverso il quale l'ente viene chiamato a rispondere per i reati posti in essere nel suo interesse o vantaggio; soprattutto, si rifletta sul rapporto tra disvalore di evento nel fatto presupposto e disvalore di evento nel *fatto collettivo*, quindi, sulla circostanza che il reato rappre-

⁵⁸ Con diverse prospettazioni, DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in *Responsabilità da reato degli enti*, cit., spec. 205 e 215; SERENI, *La colpa di organizzazione nella responsabilità dell'ente da reato. Profili generali*, ivi, 58-79, anche a proposito dell'evoluzione del concetto di *colpa* dell'ente.

⁵⁹ Sull'ultima definizione, BARTOLI, *Un'introduzione alla responsabilità punitiva degli enti*, in *La responsabilità degli enti*, cit., 46.

⁶⁰ MAZZACUVA, *Ancora qualche riflessione sulla natura e sulla "autonomia" della responsabilità dell'ente nel nostro ordinamento*, in *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 123; SANTORIELLO, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 359.

⁶¹ Per l'approfondimento, si rinvia a FALATO, *La querela. Tra azione pubblica e privata*, Napoli, 2012, *passim*.

senta una qualità necessaria dell'illecito amministrativo, una componente della relativa tipicità. Ebbene, dimostrata la *colpa di organizzazione* (artt. 6 e 7 d. lgs.) e presenti la qualifica soggettiva dell'autore individuale del reato e l'interesse o il vantaggio conseguito dall'ente, il reato - fatto della persona fisica ed elemento costitutivo del relativo *rimprovero* - diventa fattispecie costitutiva della responsabilità della *societas*.

Stando così le cose, se il difetto di una condizione di procedibilità è elemento impeditivo dell'azione, precludendo - nel caso di specie - l'accertamento giudiziale del reato presupposto - che, altrimenti, sarebbe oggettivamente superfluo -; allo stesso modo, se la punibilità del fatto individuale è elemento imprescindibile della *rimproverabilità collettiva*, allora è concepibile intendere il vizio di cui all'art. 37 d. lgs. alla stregua di una *tara* procedurale - giammai strutturale - dell'illecito amministrativo, tale da precluderne la verifica giudiziaria. In definitiva, la mancanza di una condizione di procedibilità relativa al reato presupposto non incide sulla fattispecie amministrativa, facendo venir meno solo le condizioni di legge che rendono doveroso l'esercizio dell'azione penale nei confronti del suo *autore* (l'ente).

In tal modo, il combinato disposto degli artt. 8 e 37 d. lgs. conferma l'individualità strutturale della fattispecie amministrativa rispetto al reato che la postula e ribadisce la sua natura di fattispecie *inedita*, rapportabile esclusivamente all'*impresa* come tale.

4. *Tatbestand e processo penale a carico degli enti: l'(apparente) inversione dell'onere della prova e il concreto vizio di costituzionalità dell'archiviazione. Speculazioni essenziali.*

Nel momento in cui le vicende del *fatto tipico* si calano nella procedura penale, dunque, quando la ricostruzione dei principi sostanziali che ordinano il *Tatbestand* innesta gli elementi *per* e *del* suo *controllo*, allora il problema riguarda la dimensione cognitiva del processo e la legalità delle *forme* che lo governano.

Entrambe si reggono sul doppio fronte dell'onere della prova (solo a carico del pubblico ministero) e della presunzione di innocenza (in qualità di regola di giudizio a favore dell'imputato), oltre che sul finalismo giudiziale del contraddittorio; - sul piano soggettivo - rileva la *volontà* dell'imputato, affermata

nel co. 5 dell'art. 111 Cost. che, confermando l'autonomia e la peculiarità della *dispositività* nel processo penale, le fa acquisire valore di sistema⁶².

Nonostante il tema sfugga agli orizzonti della ricerca - impegnata a confermare o confutare la dichiarata improponibilità, *de iure condito*, del binomio: messa alla prova-enti - e, per questo, non richieda documentati approfondimenti, peraltro forniti altrove⁶³ - è necessario svelarne le linee essenziali che, sole, consentono interpretazioni costituzionalmente orientate del processo (qualunque *tipo* di processo penale), dei suoi principi naturali e delle sue regole indefettibili.

Ebbene, le linee del Preambolo penalistico della Costituzione - racchiuse negli artt. 24, co. 1; 112; 27, co. 2; 24, co. 2; 111, co. 1, 2 (e co. 5°) Cost. - designano *presunzione, onere e volontà* alla stregua di caratteri essenziali, di connotati, di fattori di esistenza del modello accusatorio⁶⁴, ai quali il *sistema 231* si ispira (dovrebbe ispirarsi), giusto il valore di *norma di comportamento* della Costituzione che vincola il legislatore a predisporre leggi rigide e rigorosi canoni di orientamento ogniqualvolta la disciplina processuale di un istituto si rifletta nelle garanzie individuali⁶⁵.

La *volontà* non abbisogna di analisi accurate, non riguarda l'oggetto della ricerca né i suoi *obiettivi*. Qui basti dire che l'art. 111, co. 5 Cost. offre una rinnovata lettura del rapporto tra *disponibilità* dei diritti procedurali e giurisdizione (per definizione *indisponibile*) che ammette la presenza di meccanismi di contemperamento tra diritto alla prova e poteri probatori del giudice e fra obblighi al rito e *recupero* probatorio. Esalta la scelta *individualistica* posta a fondamento dei procedimenti speciali e riconosce prevalenza alla volontà della parte in quelle evenienze in cui la spendita del diritto - sul rito o sulla pena - diventa un'interlocuzione tra imputato e giudice, con l'effetto di sottrarle alla logica del controllo. Mostra - sul piano del metodo - l'impraticabilità dogmatica del *negozio processuale*⁶⁶ e la *carenza* della catego-

⁶² RICCIO, *Metodi e prospettive de la Procedura Penale*, Napoli, 2017, 90.

⁶³ FALATO, *I saperi del giudice. A proposito dell'uso della scienza privata nel processo penale*, Napoli, 2020, 1-162.

⁶⁴ RICCIO, *La Procedura Penale*, cit.,

⁶⁵ RICCIO, *Premesse politiche e regole ermeneutiche del rapporto Costituzione-Codice*, in ID., *Ideologie e modelli del processo penale. Scritti*, Napoli, 1995, 41.

⁶⁶ RICCIO, *Metodi e prospettive*, cit., 90-91.

Condivide il pensiero, GRIFFO, *Volontà delle parti e processo penale*, Napoli, 2008, 21-115.

Offrono ricostruzioni altre - volendo citare solo le opere recenti nell'ambito di una letteratura ampia - LA ROCCA, *L'accertamento della volontà dell'imputato nelle rinunce al contraddittorio*, Padova, 2024,

ria del negozio giuridico per qualificare il significato della volontà delle parti nel processo penale.

Viceversa, la sede si presta per coltivare riflessioni problematiche essenziali sul legame tra *presunzione* e *onere della prova*, rappresentato dalla linea normativa degli artt. 112, 24, co. 2, 27, co. 2, 111, co. 2 Cost., la cui stabilità, nello *statuto 231*, è tuttora in discussione per la presenza dell'art. 6 d. lgs. che, discolpando l'ente che provi di «aver adottato efficaci piani di gestione e di controllo suscettibili di prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi, a dimostrare che l'autore del reato ha fraudolentemente eluso i modelli organizzativi e gestionali adottati»⁶⁷, sembrerebbe, per un verso, ammettere *forme* di responsabilità oggettiva vietate dall'art. 27, co. 2 Cost. e, per l'altro, codificare il cambio di direzione dell'onere della prova, in contrasto con gli artt. 24, co. 1; 112; 27, co. 2; 24, co. 2 Cost.⁶⁸

La paventata crisi del modello costituzionale di responsabilità è scongiurata dalla giurisprudenza la quale assicura 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»⁶⁹.

È critica la dottrina, secondo la quale la Cassazione «si preoccupa di minimizzare il peso della prova liberatoria a carico del soggetto collettivo, negando che ci si trovi in presenza di meccanismi presuntivi suscettibili di pregiudicare

passim, spec. 129-136 e PASTA, *La deroga del consenso nella disciplina del processo penale*, Padova, 2024, *passim*.

Cfr., RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli, 1969.

⁶⁷ PAULESU, sub *art. 69*, cit., 1293.

⁶⁸ Lo rilevano, con diverse argomentazioni, BERNASCONI, *L'azione a carico degli enti per la responsabilità ex d. lgs. n. 231 del 2001*, in *L'obbligatorietà dell'azione penale* (Atti del Convegno), Milano, 89-92; 64 ss.; FERRUA, *Il diritto probatorio*, in *Responsabilità da reato degli enti, II: Diritto processuale*, Torino, 2020, 105 ss. e, di recente, DINACCI, *La dimensione probatoria*, cit., 9 ss.; IASEVOLI, *Semplificazioni probatorie e libero convincimento del giudice nel processo agli enti*, in *Gazz. For.*, 2024, 73 ss.; MARAFIOTI, *Processo agli enti e discrezionalità dell'azione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3, 2023; PARODI, *Illecito dell'ente e colpa di organizzazione. Una recente conferma della traiettoria garantista tracciata dalla giurisprudenza di legittimità*, in *www.sistemapenale.it* 2 marzo 2023; PAULESU, sub *art. 66*, in *Compliance*, cit., 1292-1293.

⁶⁹ Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit.

Conformi, tra le ultima, Cass., Sez. IV, 22 maggio 2023, n. 21704; Id., Sez. III, 17 maggio 2023, n. 27148; Id., Sez. III, 14 settembre 2023, n. 42237; Id., Sez. II, 6 novembre 2019, n. 50710.

seriamente la posizione dell'ente-imputato»⁷⁰ e, in ogni caso, delinea un quadro che, nonostante precisi l'esistenza in capo al pubblico ministero di un *onus probandi* sulla colpa di organizzazione, mantiene una «residua parte di inversione dell'onere probatorio avuto riguardo alle ipotesi della elusione fraudolenta e della inadeguata attività dell'organismo di vigilanza»⁷¹. Pertanto – si scrive – «bisogna convincersi che la vera risposta al quesito relativo al livello di responsabilità processuale dell'ente andrebbe ricercata non sul terreno delle dinamiche probatorie, ma sul piano delle regole di giudizio»⁷², segnatamente, dell'art. 66 d. lgs., dato che costituisce un «*continuum*» rispetto a quelle contemplate nel codice di rito⁷³. Di conseguenza – si conclude – l'art. 6 d. lgs., letto nel cono degli artt. 529-533, c.p.p., andrebbe interpretato nel senso che il giudice può condannare l'ente soltanto se la prova della sua colpevolezza sia stata raggiunta al di là di ogni ragionevole dubbio, mentre deve assolverlo se il quadro conoscitivo non sia idoneo a raggiungere la soglia probatoria richiesta dal combinato disposto degli artt. 66 e 69 d.lgs., 529-533, c.p.p.⁷⁴. Il dubbio «si risolve sempre a favore dell'imputato», perciò, «per ottenere l'assoluzione, l'ente non deve dimostrare l'esistenza delle situazioni elencate nel menzionato articolo 6 ma è sufficiente che, in ordine alle stesse, possa adombrare un ragionevole dubbio»⁷⁵.

Da altro punto di vista: «gli artt. 530 e 533, riconoscendo l'equivalenza tra prova di inesistenza del fatto e mancanza di prova di esistenza del fatto; equiparando la prova di innocenza e la mancanza di prova di colpevolezza; nonché, dando prevalenza alla formula assolutoria anche quando dovesse risultare insufficiente e/o contraddittoria la prova di esistenza del fatto e/o della responsabilità; ancora: ponendo a carico del giudice l'obbligo di superare ogni ragionevole dubbio per pronunciare sentenza di condanna, statuiscono regole di giudizio che guidano il comportamento del pubblico ministero in chiave di onere della prova»⁷⁶.

⁷⁰ PAULESU, sub *art. 66*, cit., 1294.

⁷¹ DINACCI, *La dimensione probatoria*, cit., 14.

⁷² PAULESU, sub *art. 66*, cit., 1295.

⁷³ DINACCI, *La dimensione probatoria*, cit., 16.

⁷⁴ DINACCI, *La dimensione probatoria*, cit., 15-18; PAULESU, sub *art. 66*, cit., 1296-1297.

⁷⁵ DINACCI, *La dimensione probatoria*, cit., 17.

⁷⁶ RICCIO, *La Procedura Penale*, cit., 149.

In argomento, da ultimo, UBERTIS, *Dovere di prova del pubblico ministero ed epistemologia giudiziaria*, in *Onere della prova*, a cura di Anelli, Briguglio, Chizzini, De Poli, Gragnoli, M. Orlandi, Tosi, Milano, 2024, 185-194.

L'autorevolezza degli orientamenti non è in discussione. Tuttavia, si tenta un'interpretazione ulteriore dell'art. 6, co. 1 d. lgs., cercando di chiarire, per altre strade - soprattutto ricavando regole ermeneutiche dal rapporto Costituzione-codice - le ragioni per le quali riteniamo che il legislatore del 2001 abbia costruito l'onere secondo i significati costituzionali.

In punto di metodo, è necessaria una precisazione: non basta rapportare la singola disposizione processuale allo specifico principio costituzionale cui essa immediatamente si ricollega per essere certi del rispetto delle regole minime poste a fondamento di un processo compatibile con la Costituzione; in via del tutto preliminare, occorre leggere in ciascuna norma la conformità all'intero sistema, quale emerge, soprattutto, dal collegamento dei distinti principi con l'obiettivo primario dell'uguaglianza di tutti innanzi alla legge⁷⁷. Di qui, la scelta di analizzare la questione in termini diffusi, non limitata a una visione totalizzante dell'art. 112 Cost. ma, al contrario, integrando la norma nel Preambolo penalistico della Costituzione che assembla in un *unicum* le premesse di legittimazione e di legittimità del diritto e della procedura penale⁷⁸.

Ebbene, la nostra idea considera, innanzitutto, il piano ontologico della categoria dell'onere, ovvero, la funzione indirizzata sul divieto per il giudice di gestire la prova in prima persona e di fondare il giudizio su fatti di cui non gli sia stata offerta prova piena e convincente⁷⁹. Traccia, per nulla messo in discussione dall'art. 6 d. lgs. che non nega né pregiudica il collegamento tra obbligo di decidere (del giudice) e diritto al contraddittorio (delle parti), dichiarato nel raccordo tra gli artt. 101, co. 2; 24, co. 2 e 111, co. 2 Cost.

Il piano processuale rimanda al Preambolo penalistico della Costituzione che informa, necessariamente, l'accertamento della responsabilità amministrativa da reato degli enti. Pure in tale contesto il Preambolo detta le regole di comportamento per garantire: l'uguaglianza (art. 3 Cost.) e la legalità processuale (artt. 101, co. 1 e 111, co. 1 Cost.); la cultura della giurisdizione (art. 101, co. 2 [107, co. 3]; 25, co. 1; 111, co. 2, ult. per. Cost.), della prova (artt. 111, co. 2 e 4; 27, co. 2 Cost.) e dell'azione (art. 112 Cost.); nonché, per soddisfare le aspettative giuridiche soggettive (artt. 13 e 24, co. 1 Cost.) del soggetto *debole* del processo.

⁷⁷ L'insegnamento è di RICCIO, *Premesse politiche e regole ermeneutiche*, cit., 52.

⁷⁸ RICCIO, *La Procedura Penale*, cit., 47.

⁷⁹ RICCIO, *La Procedura Penale*, cit., 146.

Infatti, se è vero che il decreto legislativo, nella parte processuale, introduce una disciplina derogatoria rispetto al codice di procedura penale, adeguando al soggetto collettivo il processo alla persona fisica; se è indubbio che la clausola di compatibilità di cui all'art. 34 d. lgs. attribuisce (nei termini che si diranno) una valenza *sussidiaria* alle norme del codice di rito, affidando all'interprete il compito di valutarne il grado ogni qual volta si presenti la necessità di un'integrazione della disciplina speciale con quella comune, non sussistendo una presunzione assoluta di adattabilità, è ugualmente certa l'inderogabilità della relazione: *principi costituzionali/processo penale*.

In particolare, i ragionamenti insistono sulla circolarità tra *imputazione* e *onere probatorio*: la linea degli artt. 112, 24, co. 2, 27, co. 2, 111, co. 2 Cost. rappresenta l'onere come situazione soggettiva posta a carico dell'accusa, essendo l'azione una richiesta di condanna e avendo la sentenza natura costitutiva dello *status* di colpevole⁸⁰. Le fa eco il segmento degli artt. 59 d. lgs., 407 *bis*, co. 1 (408), 417, co. 1 lett. b) (187) c.p.p., 36 d. lgs. che, obbligando il pubblico ministero a predisporre il *thema decidendum* - mediante la *contestazione*, ossia «l'enunciazione, in forma chiara e precisa del fatto che può comportare l'applicazione delle sanzioni amministrative, con l'indicazione del reato da cui l'illecito dipende e dei relativi articoli di legge»⁸¹ - e ad attivare la giurisdizione (nelle forme indicate nell'art. 407 *bis* c.p.p.⁸²) con un'accorsata, ideale, piattaforma probatoria (artt. 34 d. lgs. e 408, co. 1 c.p.p.), rappresenta la traduzione logica e razionale dei riferiti connotati costituzionali.

L'una e l'altra linea normativa elidono ogni dubbio sul vigore della regola di sistema che obbliga il pubblico ministero, in presenza di determinate condizioni, a compulsare la giurisdizione, giacché l'art. 59 d. lgs. utilizza soltanto un diverso lemma (*contestazione*) per definire la *forma* di *accesso* alla giurisdizione, ma di fatto, la contestazione equivale all'imputazione⁸³, come dimostrano l'essenziale sovrapposibilità tra l'art. 417, co. 1 lett. b) c.p.p. e il co. 2

⁸⁰ RICCIO, *La Procedura Penale*, cit., 152, 151.

⁸¹ Si legge nella *Relazione Ministeriale* al d.lgs. n. 231/2001: «La contestazione svolge la stessa funzione dell'imputazione rispetto alla persona fisica: addebitare ad un soggetto collettivo un illecito amministrativo a struttura complessa, con lo scopo di definire l'oggetto del processo, delimitando i confini dell'accertamento del giudice, e di mettere in grado l'ente di esercitare il diritto di difesa».

⁸² Chiarisce il perimetro del richiamo, Cass., Sez. IV, 17 ottobre 2024, n. 40724, stabilendo che «nonostante l'ampliamento del numero dei reati-presupposto ne preveda alcuni per i quali è prevista la citazione diretta, il legislatore non ha inteso modificare il dettato normativo circa le forme di esercizio dell'azione penale nei confronti degli enti».

⁸³ MANCUSO, sub *art. 59*, in *Compliance*, cit., 1236.

dell'art. 59 d. lgs. e la precisazione - «la contestazione dell'illecito è contenuta in uno degli atti indicati dall'articolo 407 *bis*, comma 1 del codice di procedura penale» - del co. 1 dell'art. 59 d. lgs.

Non potrebbe essere altrimenti, in quanto i temi dell'accesso alla giurisdizione e dell'ascolto rappresentano, rispettivamente, presupposto e condizione di qualsiasi *tipo* di giudizio penale; nel senso che, si avrà giurisdizione penale se l'azione sarà stata esercitata; si avrà giusto processo se il nucleo dell'accertamento poggerà sul contraddittorio: entrambe situazioni strumentali all'imparzialità del giudice. Senonché, nell'ottica che proponiamo, se l'obbligatorietà dell'azione penale acquista significato (anche) perché assicura l'inerzia istituzionale del giudice, rappresentando il sistema penale come un assetto in cui non si applica la sanzione senza il giudizio e quello processuale penale alla stregua di apparato non indifferente al tipo di gestione delle iniziative relative all'instaurazione del processo, al tipo e al modo di delimitare l'oggetto del contendere e le attività di formazione della prova, allora tali *discipline* devono qualificare il sistema processuale degli enti, a meno che non si voglia assumere che lo *statuto 231* non abbia matrice ontologica costituzionale.

La ricostruzione non è contraddetta dall'art. 58 d. lgs.⁸⁴, in quanto il Preambolo penalistico costituzionale, nel cui cono va letto l'art. 112 Cost., si ferma sulla soglia dell'*an* dell'azione penale e non invade il *quomodo*. Pertanto, l'inazione del pubblico ministero (nei casi dedotti dall'art. 61 d. lgs.⁸⁵), osservata nella prospettiva ontologica dell'art. 112 Cost. - rispetto alla quale è irrilevan-

⁸⁴ In argomento, il dibattito è ancora acceso. Per approfondirlo, si rinvia a MANCUSO, sub *art. 58*, in *Compliance*, cit., 1229-1229.

⁸⁵ Riteniamo che i *motivi* di archiviazione vadano dedotti dall'art. 61 d. lgs. - estinzione o improcedibilità della sanzione amministrativa, l'illecito amministrativo non sussiste o gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna dell'ente - posto l'innegabile collegamento tra archiviazione e sentenza di non luogo a procedere: il fallimento dell'onere di dimostrazione della fondatezza della notizia di reato - qui, dell'illecito - e della conseguente utilità del processo, se non ha portato all'archiviazione, attiva i poteri di non luogo a procedere del giudice. Pertanto, i *motivi* della sentenza di non luogo a procedere si traducono in altrettante situazioni negative dell'azione - e, specularmente, *positive* dell'inazione -, in entrambi i casi, delegittimanti il ricorso alla giurisdizione.

Si aggiunge la preclusione scaturita dal divieto di interpretazione analogica (corollario della legalità processuale) che non consente di attribuire automaticamente all'art. 34 d. lgs. una funzione integratrice, ovvero, la possibilità di estendere situazioni soggettive specifiche ad altre non previste dalla legge, soltanto sulla base di un rapporto di somiglianza che ne farebbe presumere la compatibilità: la tipicità dei fatti archiviati dettati negli artt. 409 e 411 c.p.p. indica un ordine *chiuso* in quanto attribuiscono poteri (al pubblico ministero) non assumibili per via analogica.

La dottrina maggioritaria è in senso contrario. Per tutti, si rimanda a MANCUSO, sub *art. 61*, in *Compliance*, *passim*.

te la titolarità del potere-dovere di contestualizzarla in uno specifico provvedimento (che, al contrario, incide sul versante giuridico) - risponde - allo stesso modo degli artt. 408 e 411, c.p.p., - al bisogno di funzionalità e di *concretezza* dell'azione: le *occasioni archiviative* dell'art. 58 d. lgs. (in combinato disposto con l'art. 61 d. lgs.) si relazionano con l'obbligo costituzionale di agire, giacché vietano al pubblico ministero di attivare il processo, escludendo *in nuce* l'esito di condanna. Ugualmente garantito appare il profilo politico dell'obbligatorietà che si inquadra nell'inerzia istituzionale del giudice: la totale estraneità della giurisdizione alle vicende dell'archiviazione rassicura sulla tenuta del principio *ne procedat iudex ex officio*.

Viceversa, l'aspetto giuridico è in evidente crisi; in particolare, la *caduta* si avverte rispetto alla tenuta della legalità costituzionale che affida a un giudice terzo il controllo sulle azioni di una parte.

Ora, mentre il controllo sul contenuto dell'azione (se promossa) è assicurato dall'art. 61 d. lgs. - seppure con le naturali peculiarità rispetto alla disciplina codificata nel codice di rito - non può dirsi altrettanto a proposito del controllo giurisdizionale sull'inazione, derogato dal potere riconosciuto al pubblico ministero (art. 58 d. lgs.) di emettere decreto motivato di archiviazione, qualora ritenga che non vi siano gli estremi per esercitare l'azione penale nei confronti dell'ente, senza la necessità di inoltrare una richiesta in tal senso al giudice, essendo sufficiente la comunicazione al procuratore generale presso la Corte d'appello, il quale, ove lo ritenga necessario, può integrare l'attività investigativa e procedere direttamente alla contestazione dell'illecito.

Non è questa la sede per una ricognizione compiuta dei diversi profili dell'archiviazione *de societate*; qui basti dire che, mentre la disciplina derogatoria di quella ordinaria potrebbe spiegarsi tenendo conto della sua appartenenza a un contesto strutturale *speciale* e, per questo, essere immune da vizi di legalità processuale; al contrario, l'indirizzo de-giurisdizionalizzante, che promuove, manifesta debolezza sul fronte della legalità costituzionale, in particolare - s'è detto - in punto di inazione, tutelato dall'art. 112 Cost. (letto nel contesto integrato del Preambolo penalistico costituzionale) sottraendo legittimazione a qualsiasi operazione contraria. Insomma, se la *precettività* dell'art. 112 Cost., la sua forza programmatica e il combinarsi in un sistema compiuto che costituisce l'insieme delle direttrici del progetto penalistico dei Costituenti impongono al legislatore (e all'interprete) la *conformità*, eviden-

temente la *non-conformità* dell'art. 58 d. lgs. si traduce in un *vizio di costituzionalità*.

Ritornando all'onere della prova.

La soluzione ermeneutica offerta - che ritiene solo apparente l'inversione dell'onere della prova disciplinato dall'art. 6 d. lgs. - si misura con il diritto dell'Unione europea. È *esperienza* acquisita in quell'ordinamento - giusto il combinato disposto del Considerando (22) e dell'art. 6, dir. (UE) 2016/343⁸⁶ e in continuità con l'art. 6, § 2, CEDU⁸⁷ - l'incompatibilità della norma domestica che sistematicamente trasferisca l'onere della prova dalla pubblica accusa alla difesa, o - per dirla con la Corte di giustizia⁸⁸ - che accolli al «soggetto passivo» il dovere di provare i «motivi a sua discolpa». Specularmente, il ricorso a presunzioni di fatto o di diritto riguardanti la responsabilità penale dell'indagato/imputato sono ammesse - si apprende dal Considerando 22 - purché non ledano il principio della presunzione di innocenza, siano «confermate entro limiti ragionevoli» - «tenendo conto dell'importanza degli interessi in gioco e preservando i diritti della difesa, e i mezzi impiegati dovrebbero essere ragionevolmente proporzionati allo scopo legittimo perseguito» -, «confutabili» e rispettose dei diritti della difesa.

Pertanto, è dovere del pubblico ministero dimostrare, da un lato, la sussistenza del reato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente e la responsabilità dell'apicale; dall'altro - è questo il profilo di maggiore interesse - provare la responsabilità della *societas* per non essersi attivata predisponendo modelli di organizzazione concretamente funzionali a prevenirne il rischio reato. Sicché - ragionando nell'ottica della categoria (generale) del *Tatbestand*, posto che il carattere di concretezza dell'azione penale trasporta nel processo i connotati della legalità (anche) sostanziale del fatto - il comportamento imposto

⁸⁶ Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, in *GUUE*, L65/4 dell'11 marzo 2016.

Decreto legislativo n. 188 del 8 novembre 2021, in *GU* n. 284 del 29 novembre 2021.

Decreto legislativo n. 198 del 10 dicembre 2024, in *GU* n. 300 del 23 dicembre 2024.

Critica la ritenuta portata integrativa sul fronte delle garanzie, VALENTINI, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 2016/343/UE*: per aspera ad astra, in *Proc pen giust.*, 2016, 6, 193-204.

⁸⁷ *Ex multis*, Corte EDU, 6 dicembre 1988, Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna; Id., 20 marzo 2001, Telfner c. Austria; Id., 23 luglio 2002, Janosevic c. Svezia; Id., 17 ottobre 2016, Poletan e Azirovik c. ex Rep. Jugoslava di Macedonia.

⁸⁸ Corte giust. UE, GS, 8 dicembre 2022, C-460/20.

Già Corte giust. UE, 19 novembre 2019, C-653/19; Id., 7 settembre 2017, C-6/16.

all'accusa riguarda, sul fronte del *fatto tipico della persona fisica*: il disvalore dell'azione *personale* (inosservanza delle regole cautelari, interesse/vantaggio) rispetto al disvalore di evento causato (reato presupposto); mentre, sul versante del *tipo di illecito della persona giuridica*: la relazione tra modello (adeguato), elusione fraudolenta, rischio reato - nei casi di cui all'art. 6, co. 1, lett. c), d. lgs. - e la connessione tra modello (adeguato), inosservanza degli obblighi ex artt. 7, co. 1 e 5, co. 1 lett. b) d.lgs. e rischio reato del sottoposto - nelle occasioni previste dall'art. 7, co. 2-4 d. lgs. -.

Nella prospettiva del giudizio, non vi è crisi nemmeno riguardo alla presunzione di innocenza in qualità di *norma sulla responsabilità*, di regola di comportamento per le valutazioni giudiziali, strumentale a stabilire un'intima relazione tra fatto, giudizio e sanzione, necessario, a sua volta, ad attribuire l'illecito amministrativo da reato all'ente e ad applicare la sanzione.

L'art. 6 d. lgs. - secondo la nostra idea - non pregiudica la relazione tra *presunzione* ed *etica del dubbio*: sebbene difetti lo sforzo definitorio - il legislatore (nell'art. 69 d. lgs.) e la giurisprudenza non hanno compiutamente definito i *modi* dell'accertamento del fatto illecito e della *rimproverabilità* dell'ente - la lacuna è rimediabile attingendo alle *potenzialità ermeneutiche* dell'art. 34 d. lgs. che, tramite il canone della *compatibilità*, trasferisce nel processo alle persone giuridiche i paradigmi di sistema dettati nel Preambolo penalistico della Costituzione (e non ogni disposizione codicistica; il *perimetro* dell'estensione si spiegherà).

Qui, segnatamente, l'articolo comunica il principio del *al di là di ogni ragionevole dubbio*, in qualità di paradigma di sistema, e, in combinazione con gli artt. 69 d. lgs. e 533, co. 1 c.p.p., consente di applicarvi i modelli su cui si fonda la regola *per* la condanna, compendiate nelle coordinate degli strumenti del libero convincimento (artt. 194 ss. e 189 c.p.p.), nelle forme di acquisizione (art. 111, co. 4 Cost.) e nei vincoli di impiego dei saperi giudiziali (artt. 44 d. lgs., 191 e 526, co. 1 c.p.p.), nei modi delle inferenze probatorie (art. 192 e 526, co. 1 *bis* c.p.p.) e del controllo della decisione (artt. 71 d. lgs., 571 c.p.p.).

Anche su questo versante, l'idea parrebbe soddisfare le urgenze dettate dal diritto unionale; di recente, infatti, la Corte di giustizia, interpretando l'art. 48, al. 1, CDFUE, ha affermato che alle persone giuridiche vanno applicate le

medesime garanzie e gli stessi diritti sostanziali attribuiti alla persona fisica⁸⁹, dall'azione, al contraddittorio, alla difesa.

A questo punto del discorso, l'integrazione tra *sistema 231*, Costituzione e fonti internazionali e sovranazionali - necessaria per la validità della legge, posto che il legislatore del 2001 si è *intromesso* nel complesso articolato di fonti gerarchicamente ordinate - risolve il problema semantico generato dall'art. 6 d. lgs.

I vari punti di osservazione testimoniano la forza impositiva del co. 1 alla stregua di *indirizzo di sistema* che - sicuramente iscritto nella logica del *doppio binario* per quanto concerne il rapporto: legalità processuale-*inopportunità* dell'azione penale - condivide la sovrapposibilità tra *azione* e *onere* e non rinnega la contrapposizione tra *onere* e *difesa*, svelata dalla dialettica per la prova, a cui il giudice attinge per superare il limite imposto dalla presunzione di innocenza; come *metodo* della partecipazione *reattiva* della persona giuridica (costituita⁹⁰) alla ricostruzione probatoria della vicenda processuale; quale *forma* del *diritto all'ascolto* e *contenuto* della rappresentazione dell'argomento probatorio utile e necessario per esercitare il diritto di difesa. Insomma, l'esegesi proposta collega l'art. 6, co. 1 d. lgs. alla struttura dialogica del modello processuale societario; specificamente, sposta l'osservazione sulla *dimensione materiale* del diritto alla prova della persona giuridica e sulla sua *amministrazione*.

5. Messa alla prova ed enti collettivi. Tra giurisprudenza e dottrina.

In questo susseguirsi di tracce, che rivisitano i *modi* degli strumenti (sostanziali e processuali) della giustizia penale *de societate*, si inserisce la questione della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'ente; tema, altamente conflittuale, posta l'assenza di codificazione. Infatti, se ieri era plausibile giustificare il difetto di un riferimento specifico con la circostanza che al momento dell'emanazione del decreto legislativo, tale rito non era compreso fra i procedimenti speciali previsti dal codice di procedura penale, oggi, che l'opzione esiste e che, più volte, pure di recente, lo *statuto 231* è stato rivisitato⁹¹, bisogna chiedersi la ragione del persistente atteggiamento del legislatore.

⁸⁹ Corte giust UE., 10 novembre 2022, C-203/21.

⁹⁰ Cass., Sez. III, 23 ottobre 2024, n. 38890.

⁹¹ Volendo citare soltanto la legislazione recente, L. 9 marzo 2022, n. 22, in *GU* n. 68 del 22 marzo 2022; d. lgs. 4 ottobre 2022, n. 156, *ivi*, n. 248 del 22 ottobre 2022; d. lgs., 10 ottobre 2022, n. 150, *ivi*,

È necessario chiarire, cioè, se sia una scelta *inconsapevole*, evidente sintomo della profonda depressione culturale che da tempo attanaglia il nostro Paese, oppure una linea politica informata.

Sull'applicazione della sospensione del processo per la messa alla prova della persona giuridica, gli interpreti sono disallineati; muovono da prospettive differenti - *de iure condito* è il contesto in cui si muove la giurisprudenza, *de iure condendo* è quello della dottrina, e la radicale contrapposizione sembra irriducibilmente inconciliabile, soprattutto perché la contesa ha natura *ideologica*: le teorie *strutturaliste* della prima si contrappongono agli orientamenti *funzionalisti* della seconda.

Con tali inconsapevolezze, la ricerca affronta la questione nella sua dimensione attuale, tralasciando - senza trascurarlo - il *futuribile*, il *divenire* della messa alla prova nel sistema processuale degli enti, la cui proiezione *positiva* non richiede ulteriori approfondimenti, essendo avvantaggiata dal difetto di normazione che lascia spazio per offrire variegate, potenziali soluzioni.

Il problema, piuttosto, dipende dall'atteggiamento delle giurisprudenze verso il rilevato vuoto nel microsistema; in particolare, deriva dagli interventi ermeneutici della Cassazione non ricavabili (almeno, non dal nostro punto di vista) per vie interne al sistema, e dai prodotti *additivi* dei giudici comuni che creano segmenti normativi a sostegno di una fattispecie processuale non regolarizzata dal legislatore.

Dunque, gli *interpreti*. Le Sezioni Unite⁹² - e le Sezioni semplici⁹³ - allo stato dell'arte non riconoscono la posizione dell'ente messo alla prova che, anzi, escludono sulla base di tre argomenti principali. Il primo: «se la responsabilità amministrativa da reato rientra in un *genus* diverso da quello penale (*tertium genus*) e la messa alla prova deve ricondursi ad un “trattamento sanzionatorio penale” (...) deve ritenersi che l'istituto della messa alla prova non può essere applicata agli enti, a ciò ostando, innanzitutto, il principio della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, della Costituzione» che, a sua volta, si traduce nel divieto di ricorrere all'analogia *in bonam partem* e

n. 243 del 17 ottobre 2022 - *Suppl. Ordinario* n. 38; d. lgs., 2 marzo 2023, n. 19, *ivi*, n. 55 del 6 marzo 2023; l. 3 marzo 2023, n. 17, *ivi*, n. 55 del 6 marzo 2023; d. lgs., 10 marzo 2023, n. 24, *ivi*, n. 63 del 15 marzo 2023; l. 9 ottobre 2023, n. 137, *ivi*, n. 236 del 9 ottobre 2023; l. 10 ottobre 2023, n. 103, *ivi*, n. 186 del 10 agosto 2023; d. lgs. 19 marzo 2024, n. 31, *ivi*, n. 67 del 20 marzo 2024; l. 8 agosto 2024, n. 112, *ivi*, n. 186 del 9 agosto 2024; Id., l. 28 giugno 2024, n. 90, *ivi*, n. 153 del 2 luglio 2024.

⁹² Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2022, n. 14840, cit.

⁹³ Cass., Sez. VI, 13 febbraio 2024, n. 25648, cit.

all'interpretazione estensiva e di applicare, in via esegetica, il rito a soggetti e a illeciti non espressamente individuati dalla legge. Il secondo: l'art. 168 *ter* c.p., prevedendo che l'esito positivo della prova estingue il reato per cui si procede, ma (l'estinzione) non pregiudica l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, ove previste dalla legge, dimostra che le sanzioni altre dalle penali, operando in ambiti e per finalità diverse, non sono interessate dal percorso della messa alla prova e possono essere egualmente irrogate. Il terzo: l'art. 67 d. lgs, a proposito della sentenza di non doversi procedere nei confronti dell'ente, richiama esclusivamente i casi previsti dall'art. 60 d. lgs. e l'estinzione per prescrizione della sanzione; di conseguenza, in caso di esito positivo della messa alla prova, il giudice non potrebbe pronunciarsi ai sensi dell'art. 464 *septies* c.p.p., giacché tale ipotesi non è prevista tra quelle espressamente indicate di estinzione dell'illecito, con conseguente necessità di «creazione» di una causa estintiva dell'illecito al di fuori del sistema espressamente disciplinato dal d. lgs. n. 231/2001.

La dottrina, al contrario, è possibilista; la prospettiva è principalmente futuribile. Infatti, anche chi, criticando l'arresto della Corte, sembrerebbe legittimare, *de iure condito*, la posizione dell'ente messo alla prova⁹⁴, ammette che «l'unica via parrebbe essere quella di invocare una riforma organica che investa il d. lgs. n. 231/2001, tenendo conto dell'interesse che, negli ultimi anni, la questione della applicabilità del *probation* ha suscitato tanto tra gli studiosi quanto tra gli operatori pratici nonché dell'esigenza di predisporre vie di fuga

⁹⁴ Affermate: la natura di fatto penalistica (e non un *tertium genus*) della responsabilità della *societas*, particolarmente alla luce dei principi espressi dalla giurisprudenza sovranazionale circa la materia penale; l'«anima» processuale dell'istituto deflattivo-premiale; la tensione del *sistema 231* più verso la *compliance* che l'irrogazione della pena e, non da ultimo, il meccanismo di eterointegrazione normativa di cui all'art. 34 d. lgs. (che consente di trasferire nel rito *de societate* le previsioni del codice di procedura penale, con l'unico limite della compatibilità): GARUTI, *La messa alla prova per gli enti al vaglio delle Sezioni Unite: ultimo atto?*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2023, 6, 1263, 1261

Condivide il pensiero SANTORIELLO, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 378-389, spec. 385.

In termini diversi, PASTA, *L'accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 16-18.

Denuncia l'irrazionalità della riforma Cartabia, omissiva di codificazione sul punto, tanto più alla luce dell'obiettivo deflattivo che si era proposto di raggiungere, MARZULLO, *La riforma Cartabia: un'occasione perduta per "incidere" su alcuni profili applicativi più controversi del microsistema della responsabilità amministrativa degli enti, di cui al d. lgs. 231 del 2001*, in *Sist. Pen.*, 7-8, 2023, 55-59.

Per il profilo comparatistico, GARRET, *Too Big To Jail. How Prosecutors Compromise With Corporations*, in *The Belknap Press of Harvard University Press*, 2015, 50 ss; ORLAND, *The Trasformation of Corporate Criminal Law*, in *1 Book. J. Corp. Fin. & Com. L.*, 2006, 40 ss.

dal processo per gli enti che abbiano adottato un comportamento virtuoso»⁹⁵. Riordino possibile - oltre che auspicabile - considerate le finalità sostanzialmente convergenti che ispirano le due discipline, caratterizzate l'una (la messa alla prova) da tratti rieducativo risocializzanti, l'altra (la responsabilità amministrativa) da logiche di recupero dell'ente alla sfera della legalità⁹⁶.

In breve, la proposta offerta: «potrebbe prevedersi che possano essere ammesse alla *probation* solo quelle società che non ne abbiano già usufruito e

⁹⁵ GARUTI, *La messa alla prova per gli enti*, cit., 1264.

Sulla stessa linea - alcuni A. prima della sentenza della Cassazione - BASILE, *La società (non) punibile: del come e del perché*, in *DisCrimen*, 26 gennaio 2023, 3 ss.; BELLUTA, *L'ente incolpato*, cit., 121; CENTORAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto alla probation dell'imputato persona giuridica*, in *Diritti fondamentali e processo all'ente*, cit., 199; CANESCHI, *Presente e futuro della messa alla prova nel processo penale de societate*, in *Le Società*, 2024, 1, 84-94; CERESA-GASTALDO, FIDELBO, RUGGIERO, CANESCHI, *Esercizio dell'azione a carico dell'ente e condotte riparatorie: valorizzazione del modello post factum e regolamentazione della discrezionalità del p.m. per rilanciare il d. lgs., n. 231/2001*, in *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti*, cit., 174; DE LERMA, DI PIETRO, *Ammissione dell'istituto della messa alla prova per l'ente: meccanismo virtuoso con efficacia riparatoria e special-preventiva*, in *Pen. Dir. Proc.*, 2024, 3, 492-494; DELLA NOCE, Gaudemus: *le Sezioni Unite chiariscono che la messa alla prova non è applicabile agli enti ex d.lgs. 231*, in *D&G*, 2023, 66, 7; DI PIETRO, *La messa alla prova: un possibile ponte tra la compliance aziendale e il riconoscimento giudiziale dell'efficacia esimente del Modello di organizzazione e gestione*, in *Rivista 231*, 2021, 2, 289; FIACCHI, *Applicabilità agli enti della disciplina della messa alla prova e poteri impugnatori del Procuratore Generale*, in *Pen. Dir. Proc.*, 2022, 3, 483-495; FIDELBO, RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 4, 23-25; GARUTI, *La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto processuale penale*, in *La responsabilità dell'ente da reato*, cit., 432-434 e SCALFATI, *Punire o reintegrare? Prospettive sul regime sanzionatorio contro l'ente*, *ivi*, 441; GARUTI, TRABACE, *La messa alla prova nel processo penale agli enti: lo stato dell'arte*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2022, 4, 23-25; IID., *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale ha ammesso la persona giuridica al probation*, in *Giur. Pen (Web)*, 2020, 10; MARTIN, *Le Sezioni Unite sulla possibilità per l'ente di accedere alla sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Giur. pen.*, pt. III, 2022, 11; MARZULLO, *Aporie applicative nel microcosmo punitivo 231/2001*, cit., 134-139; MAZZACUVA, *L'intervento pubblico nell'ente che "ha" delitto. Una riflessione a partire dal d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *www.sistemapenale.it*, 21 novembre 2024; MOSSA VERRE, *La "messa alla prova" degli enti collettivi è esclusa anche dalla Cassazione a sezioni Unite*, in *Sist. Pen.*, 5, 2023, 187 ss.; PUTINATI, *La non punibilità dell'ente*, in *La responsabilità delle società*, cit., 132-133; SANTORIELLO, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 378-397; TRONCONE, *La messa alla prova dell'ente collettivo e delle società. Gli effetti non previsti di un diritto sanzionatorio criptico*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2021, 3-4, 862; VISCONTI, *L'ente tra sanzione e rieducazione. Una prospettiva comparata*, in *Arch. Pen. Web*, 2021, 3, 17-20; ID., *Les jeux sont faits: le Sezioni Unite pongono la parola fine alla messa alla prova dell'ente*, *ivi*, 2023, 2, *passim.*

⁹⁶ VARRASO, sub art. 34, cit., 974.

Così, SANTORIELLO, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 389 e SANTORIELLO, SODANO, *Quando la prassi non si arrende alle Sezioni Unite: per i giudici di merito le società vanno «messe alla prova»*, in *Rivista 231*, 2024, 2 222.

quindi che manifestano l'illecito come una mera eccezione, un accadimento puntuale in una corretta politica d'impresa, nonché potrebbe richiedersi che l'ente abbia comunque già adottato un modello organizzativo ma lo stesso sia stato giudicato non idoneo a prevenire il reato giacché la presenza o meno di un preesistente sistema gestionale permetterebbe di valutare la concreta pericolosità organizzativa dell'ente che se si è dotato di un modello organizzativo, ancorché inidoneo, a dimostrazione della presenza in azienda di una cultura della *compliance*, circostanza questa che giustifica l'ammissione alla misura»⁹⁷. A proposito delle condizioni oggettive per l'accesso al rito, si sottolinea l'opportunità di prevedere che il nuovo procedimento trovi applicazione per tutti i reati inclusi nel decreto legislativo: «lasciare scoperte le manifestazioni più gravi di criminalità d'impresa significherebbe, in effetti, escludere i casi sulla cui prevenzione varrebbe la pena investire di più»⁹⁸. Infine. Il programma di trattamento potrebbe «coinvolgere l'ente in iniziative di sostegno ed attività che apportino un effettivo contributo in termini di socialità e che potranno essere svolte direttamente dalle strutture aziendali ovvero, laddove questo non sia possibile, commissionata a un'impresa terza con oneri a carico e sotto la responsabilità dell'ente imputato; «il giudice poi valuterà – sulla base del dato fattuale desumibile dalla prospettazione accusatoria – l'idoneità del programma presentato a minimizzare la futura pericolosità organizzativa dell'ente, soffermandosi sulla gravità del fatto e sul grado della responsabilità della persona giuridica accusata, tenendo in considerazione i diversi elementi della connotazione finalistica della condotta misurata in termini di intensità dell'interesse o del vantaggio, delle conseguenze dannose o pericolose cagionate, dell'atteggiarsi dell'imputazione rispetto alla colpa di organizzazione»⁹⁹. Nel mezzo, si colloca la posizione assunta da certi giudici di merito i quali, svincolandosi dal principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite – valutato alla stregua di una «generalizzazione dell'interpretazione di una disposizione in relazione a una fattispecie concreta»¹⁰⁰ e privo di effetti *coercitivi*, riguardando, tra l'altro, una questione estranea all'oggetto del contrasto giurisprudenziale rimesso alla Corte¹⁰¹ – ammettono la società al rito, «dovendo esclu-

⁹⁷ SANTORIELLO, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 396.

⁹⁸ FIDELBO, RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova*, 24.

⁹⁹ SANTORIELLO, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 387-388.

¹⁰⁰ Trib. Bari, I, 15 giugno 2023, n. 3601, cit.;

¹⁰¹ Trib. Perugia, 7 febbraio 2024, cit..

dersi la violazione dei principi di tassatività e di riserva di legge, tenuto conto che il divieto di analogia opera soltanto quando genera effetti sfavorevoli per l'imputato» e sottolineando come «lo stesso legislatore, agli artt. 34 e 35 del d. lgs. 231 del 2001, operi un rinvio espresso alle norme del codice di procedura penale e alle disposizioni processuali relative all'imputato in quanto compatibili», in funzione di «espresso richiamo analogico». Insomma, si scrive, «nell'operare tale rinvio il legislatore facoltizza espressamente l'operazione analogica individuando il limite della compatibilità»¹⁰².

5.1. (segue): un binomio (al momento) *impossibile*.

La prospettiva *de iure condendo* – coltivata dalla dottrina con riguardo ai presupposti di applicabilità del rito e ai contenuti tipici della messa alla prova¹⁰³ – non richiede di essere rimeditata, partecipandola appieno; non può dirsi lo stesso per gli indirizzi *de iure condito* indicati dalle giurisprudenze. Infatti, principalmente quella delle giurisdizioni *minori* svela un'erosione della legalità, assumendo forma di *anarchia interpretativa* e attuando fenomeni di *creazionismo giurisprudenziale* di cui non si può non denunciare il *pericolo*, poste le indubbie, delicate interconnessioni con le categorie dogmatiche fonda-

In senso contrario. L'affermazione, sostenibile nel processo civile, giusto l'art. 142 disp. att. (Cass., Sez. Un., 19 aprile 2018, n. 26), è inammissibile nel processo penale in cui non è prevista la possibilità che il ricorso sia definito solo in parte. Di conseguenza, alle Sezioni Unite compete definire l'intero ricorso – e non solo il motivo attinente alla questione che ha suscitato il contrasto giurisprudenziale – anche in considerazione del fatto che l'ordinanza di remissione ha natura sostanzialmente amministrativa e non giurisdizionale (Cass., Sez. Un., 21 settembre 2000, n. 15, in Rv. 216660; Id., Sez. Un., 25 ottobre 2005, n. 41476, *ivi*, 232165). Pertanto, se nella sentenza sono affermati principi estranei alla questione controversa, non vi è ragione per ritenere che non debbano rientrare nell'ambito della previsione dell'art. 618, co. 1 *bis* c.p.p. Del resto, l'art. 173, co. 3 disp. att. collega il principio di diritto alla decisione assunta dalle Sezioni Unite, per cui tutti i *dicta* sui quali si basa devono essere enunciati e, in quanto a essa collegati, devono ritenersi idonei a obbligare le sezioni semplici alla remissione, qualora non li condividano (FIDELBO, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, in *Questione Giustizia, Una giustizia (im)prevedibile? Il dovere della comunicazione*, 2018, 4, 141. In termini contrari, APRATI, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (l. 103/2017)*, a cura di Marandola, Bene, Milano, 2017, 294.

Sul problema, diffusamente, IASEVOLI, *La Cassazione penale «giudice dei diritti»*, cit., 238-246. La sentenza pronunciata dalle Sezioni semplici, in contrasto con il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite e in violazione dell'obbligo di remissione è da considerarsi abnorme (IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. It.*, 2017, 2301).

¹⁰² Trib. Perugia, 7 febbraio 2024, cit.; già, Trib. Bari, 15 giugno 2023, cit.

¹⁰³ Per la sintesi, si rinvia a VARRASO, sub *art. 34*, cit., 972-974.

mentali della Procedura penale e la peculiarità del settore - nel quale sono in gioco i diritti, tutti i diritti, di essenza della persona, estesi all'ente per via dell'art. 35 d. lgs. - in cui si innesta.

È opportuno un chiarimento immediato. L'approccio non è di stampo vetero-illuministico; non lo è, perché muove dal riconoscimento della giurisprudenza - seppure non come settore specifico della Scienza giuridica - quale innegabile traccia delle ricostruzioni delle vicende legislative; non lo diventa, solo per il fatto di esaltare il preminente, insopprimibile ruolo di garanzia della legge.

Ebbene, l'obiettivo della ricerca non è quello di definire la portata del vincolo ermeneutico, generato dalla sentenza delle Sezioni Unite, sulla libertà interpretativa dei giudici minori, o di sottolineare l'anacronistica¹⁰⁴ definizione della responsabilità amministrativa della persona giuridica come *tertium genus*¹⁰⁵: sui temi la dottrina accorsata, s'è detto, ha fissato irresistibili punti fermi. Preme, piuttosto, evidenziare l'esistenza di una fenomenologia - manifestata dal *ruolo creativo* dei giudici coinvolti nella vicenda, nel senso forte di *law*

¹⁰⁴ A partire da Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi.

Cfr. Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 43; Id., 16 aprile 2021, n. 68.

Conformi, Corte cost., 28 ottobre 2014, n. 247 e Id., 5 gennaio 2017, n. 2.

In dottrina, FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *D&G*, 2001, 28, 8; ID., *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, 1479. Da ultimo, FLORA, *Responsabilità dell'ente per "fatto proprio"*, cit., 1023-1025.

¹⁰⁵ Sulla definizione, con diverse modulazioni, DI GIOVINE, DOVERE, PIERGALLINI, *La responsabilità dell'ente nel d.lgs. n. 231/2021*, cit., 363; MANNA, *La responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo: riflessioni rapsodiche su offensività, colpevolezza e sistema sanzionatorio*, in *La responsabilità degli enti*, cit., 6-7 e 11-12, spec. nt. 23; SAVARINO, *L'illecito dell'ente tra combinazione di moduli punitivi e affievolimento di garanzie*, cit., 519.

Peculiare è la posizione assunta da DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in *Responsabilità degli enti*, cit., 54-55: « le sanzioni punitive a carico dell'ente collettivo per i reati da esso commessi per il tramite delle (ma forse sarebbe meglio dire insieme alle) persone fisiche in rapporto di immedesimazione organica, rappresenta, piuttosto che lo scarsamente plausibile *tertium genus* di un più ampio diritto punitivo, il terzo binario del diritto penale criminale, accanto alla pena ed alla misura di sicurezza».

In giurisprudenza, Da Cass., Sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083, in *Rv.* 244256 a Id., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit.

Cfr., Cass., Sez. Un., 22 settembre 2011, n. 34476, cit.

Cfr., Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2022, n. 14840, cit.; già, Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit.

Conformi, Cass., Sez. VI, 25 giugno 2024, n. 31665, cit.; Id., Sez. VI, 26 gennaio 2024, n. 3211; Id., Sez. VI, 18 aprile 2023, n. 25764; Id., Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, cit.; Id., Sez. IV, 23 gennaio 2020, n. 13582; Id., Sez. III, 10 luglio 2019, n. 1420; Id., Sez. III, 23 gennaio 2019, n. 11518; Id., Sez. III, 24 gennaio 2019, n. 18842.

making (Tribunali di Perugia e di Bari) e nel senso debole, ma comunque fuorviante, d'interpretazione discrezionale della legge¹⁰⁶ (Cassazione) - che nega i principi *classici* di soggezione del giudice soltanto alla legge e di separazione dei poteri.

Con tali premesse, condividiamo il pensiero della Cassazione, non il *metodo* utilizzato per affermarlo. La Corte - dal nostro punto di vista - trascura la relazione necessaria tra ermeneutica e legge, sistemata entro i confini dei fondamenti della Costituzione, che, all'opposto, avrebbe dovuto essere il principale punto qualificante della sua opera.

L'indirizzo ermeneutico dei Tribunali, invece, ci trova decisi detrattori.

Procediamo con ordine.

Il primo versante. Postille conclusive a proposito dell'inapplicabilità della messa alla prova agli enti secondo le Sezioni Unite della Cassazione

Le ragioni dell'esclusione dell'ente dalla messa alla prova non scaturiscono da contrasti sistemici - come asserisce la Corte - bensì dal raccordo dell'oggetto dell'art. 101, co. 2° Cost. con l'essenza del principio di legalità.

Ora, poiché la legge - e, quindi, anche la Costituzione - rappresentano contenuto e limite dell'attività del giudice, nasce qui il problema dell'ampiezza dell'intervento giurisprudenziale che, tralasciando le tecniche esegetiche, manifesta l'esigenza di individuare il modo di porsi della giurisdizione di fronte alla legislazione. Infatti, se questa (la legge) è espressione dell'indirizzo della maggioranza, manifestando «quel *quantum* che in un determinato momento, politicamente, è stato raggiunto ed è raggiungibile»¹⁰⁷, evidentemente quella (la giurisdizione) non può sottrarsi all'attuazione della volontà del legislatore¹⁰⁸.

L'affermazione - si badi bene - non sposa un'idea *burocratica* del giudice, relegato a funzioni notarili di controllo di attività altrove compiute e/o di acritica applicazione delle norme; neppure ne sostiene una sorta di *subordinazione neutra* alla legge che, se può trovare rispondenza nella *lettera* dell'art. 101 Cost., certamente non ne esprime lo *spirito*¹⁰⁹. Essa, invece, riconosce

¹⁰⁶ Sul distinguo, si rinvia a FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars interpretandi*, 2016, 2, 23-44.

¹⁰⁷ Conserva attualità, COLONNA, *Sulla funzione del giudice*, in *Dem. e dir.*, 1978, 162.

¹⁰⁸ «Ma anche la Costituzione è legge di immediata precettività nel nostro ordinamento e si rapporta al popolo, fonte di tutte le attività: legislativa, giurisdizionale e amministrativa. Anche la Costituzione, dunque, deve costituire un punto di orientamento irrinunciabile»: RICCIO, *L'interpretazione della norma è 'politica', e spetta al magistrato*, in *D&G*, 2003, 39, 11.

¹⁰⁹ In continuità con l'idea di RICCIO, *L'interpretazione della norma è 'politica'*, cit., 11.

centralità (soltanto) a quelle operazioni ermeneutiche che *rimediano* a circostanze di *carezza* della legislazione, di incertezza sul significato delle norme giuridiche e sulla disciplina dei rapporti intersoggettivi. Circostanze, queste, che però non si concretizzano nel caso di specie: nello *statuto 231* non c'è alcuna disposizione che faccia riferimento alla messa alla prova; anzi, considerato che l'intera materia della responsabilità amministrativa da reato si orienta secondo una logica spiccatamente special-preventiva - rivelata dalle procedure alternative alla sanzione (art. 17 e 12, co. 2 d. lgs.¹¹⁰) - e che il decreto legislativo riconosce il peso della volontà dell'ente e gli effetti del suo potere dispositivo *sul* e *nel* processo (artt. 62, 63, 64 d. lgs.), allora il difetto normativo potrebbe addirittura essere inteso come la convinta volontà del legislatore di escludere il rito dal novero degli strumenti *del* e *per* il processo. Siamo convinti che sia così; di modo che, la Cassazione assume un ruolo *politico* - seppure non *creativo* - poco congeniale alla sua natura di giudice della legalità, chiamato a valutare i profili formali di validità della legge e impegnato nel compito di assicurarne l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione (art. 65 ord. giud.), a cui si aggiunge quello di individuare una lettura delle norme interne al tempo stesso conforme ai principi costituzionali e coerente con il diritto sovranazionale e della CEDU¹¹¹.

Si rifletta. Posto che l'opera ermeneutica della Corte si traduce nella «sintesi tra risultati scientifici e lettura della norma, tra legge e livello di tutela dei diritti inviolabili della persona messi in crisi dall'attività giudiziaria, [nella] mediazione tra lettera della norma e diritto» e che in essa si sostanzia il valore della legalità e la promozione del diritto¹¹², in quanto trasferisce «le vicende giuridiche dalla legge al diritto (= il giudice interpreta la legge per applicarla)», appare lapalissiana la necessità - per legittimarla - che esista un *settore codificato* che manifesti elevate discrasie di disciplina o di sistema. Diversamente, il prodotto giurisprudenziale sarebbe *abnorme*, in quanto emesso in difetto di potere¹¹³.

Insomma, il giudice non può interpretare e applicare una disposizione che non esiste, neppure nel senso *potenzialmente* adesivo alla volontà *attuale* del

¹¹⁰ BOTTIGLIONI, BRUNO, sub *art. 17*, in *Compliance*, cit., 447 ss.; TORRE, sub *art. 12*, *ivi*, cit., 398-403.

¹¹¹ ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle Corti di legittimità*, in *Cass. Pen.*, 2017, 2608 ss.

¹¹² RICCIO, *La Procedura Penale*, cit., 75-76.

¹¹³ Sulla definizione, per tutti, IASEVOLI, voce *Abnormità (Dir. Proc. Pen.)*, in *Enc. giur.*, 2004, 1-17. In giurisprudenza, tra le ultime, Cass., Sez. Un., 13 luglio 2023, n. 42603.

legislatore: nella fattispecie, la mancanza di regole espresse per individuare poteri e *modi* della sospensione del procedimento/processo a carico dell'ente fa venir meno il presupposto *razionale* per affidare alle Sezioni Unite la valutazione della relativa tenuta rispetto ad un contesto legislativo che non la prevede.

La ricaduta sul piano del sistema è di facile intelligibilità: *de iure condito*, la sospensione del procedimento non è riconoscibile nel *sistema 231* non in seguito alla pronuncia delle Sezioni Unite, bensì *ab origine*, per volontà del legislatore.

La Corte, invece, avrebbe potuto sfruttare l'occasione per fronteggiare le criticità determinate dall'art. 34 d. lgs., la cui *debolezza espressiva* («si osservano le norme di questo capo, nonché, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale») presta la regola a valutazioni di ampia discrezionalità¹¹⁴, consentendo pure esegesi potenzialmente derogatorie della riserva di legge, nonostante l'assolutezza del principio, per la procedura penale, sia chiaramente affermata nei primi commi dell'art. 111 Cost.¹¹⁵

Dunque, la necessità che la progressione del processo sia codificata e che i suoi atti siano regolati dal legislatore (non dal giudice) escludono, in generale, che l'interprete possa utilizzare la tecnica della *similitudine* tra fattispecie processuali per colmare i *vuoti* normativi; in particolare, che possa estendere la regola prescritta per una circostanza *ordinaria* a una *speciale*, tra l'altro, non disciplinata dalla legge sulla base di un'automatica, indefinita *tollerabilità*. Per cui, la funzione di *cerniera*, indubbiamente svolta dall'art. 34 d. lgs., ha effetto soltanto entro il *perimetro* della tutela costituzionale delle situazioni soggettive del giudice e delle parti, non delle strutture formali del processo.

Tentiamo la spiegazione.

L'approccio alla questione tramite il principio di legalità processuale - giusto il richiamo degli artt. 101, co. 2; 103; 107, co. 1; 108; 111 Cost. - consente di concentrare l'estensione dell'art. 34 d. lgs. sul Preambolo penalistico della Costituzione, composto dagli artt. 24; 25, co. 1; 101 e 111; 112; 27, co. 2 Cost. È questo - non il codice di procedura penale *tout court* - a stabilire la *cifra della compatibilità*.

¹¹⁴ Il rischio è avvertito da DINACCI, *La dimensione probatoria*, cit., 5-8.

¹¹⁵ Sul *volto attuale* della riserva di legge, SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, in www.sistemapenale.it, 17 maggio 2024, 12-14.

Si manifesta in questi termini la *nuova* visione dell'art. 34 d. lgs. che legittima l'estensione esclusivamente delle disposizioni codicistiche che, contestualizzando il Preambolo, rappresentano i connotati ontologici distintivi del processo penale; quindi, di quegli assetti che: assicurano la distinzione dei ruoli processuali; recuperano il giudice alla giurisdizione, elidendo il rischio di rigurgiti inquisitori; riservano le indagini per l'azione all'inchiesta di parte; giurisdizionalizzano gli accertamenti finalizzati al giudizio e le *azioni* che incidono sulle libertà fondamentali dell'individuo; elevano la *parità* a regola per lo svolgimento del giudizio; e, non da ultimo, garantiscono l'esercizio del diritto di difesa, in funzione di «elemento di esistenza della giurisdizione»¹¹⁶ oltre che di garanzia per l'imputato.

In questo quadro non rientra la messa alla prova; la linea normativa degli artt. 464 *bis*, co. 1 (co. 2, 464 *ter*, co. 1, 464 *novies*); 464 *ter*, co. 1 (co. 2); 129; 464 *quater*, co. 1 (co. 3); 464 *quinquies* (464 *sexies*); 464 *septies* c.p.p. la mostra alla stregua di forma alternativa di definizione del processo che trova legittimazione nel - ma non concretizza il - complesso disegno costituzionale racchiuso in quel Preambolo.

Pertanto, l'ottica di applicarla, *de iure condito*, al processo *de societate* risente degli effetti impeditivi della riserva di legge che, tra l'altro, frena l'uso dell'analogia (pure se *in bonam partem*); preclusione che, in via speculare, incoraggia la prospettiva possibilista *de iure condendo*.

Secondo profilo. Postille conclusive relative all'applicabilità della messa alla prova agli enti secondo i giudici di merito.

Dalla complessa ricostruzione dogmatica deriva un'annotazione risolutiva essenziale (e alquanto prevedibile): l'assenza di una previsione normativa esplicita nella Sezione VI del decreto legislativo dedicata ai *Procedimenti speciali* rende impraticabile la soluzione contraria adottata dai Tribunali i quali, di fatto, *suppliscono* il legislatore, *creando* un precetto che insiste direttamente sui gangli sistematici delle situazioni dell'ente - segnatamente: la volontà della parte quanto al modo di procedere, alla rinuncia delle garanzie dibattimentali, agli elementi per decidere - di cui solo la legge può farsi carico.

L'operazione è chiaramente patologica, seppure sia *formalmente* legittima.

Invero - sotto il profilo del metodo - l'autonomia che la Costituzione riconosce a ogni giudice riguardo alle operazioni ermeneutiche riferite a leggi ordi-

¹¹⁶ RICCIO, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, 1991, 122.

narie o ad atti con forza di legge - estesa al contenuto e al valore delle disposizioni costituzionali - moderata dall' (e sostenuta dalla tassatività dell') art. 618, co. 1 *bis* c.p.p., nonché la natura *persuasiva* attribuita alla decisione delle Sezioni Unite liberano il giudice (qualunque giudice) dal vincolo del *precedente* nei casi analoghi, con l'unica riserva dell'onere di congrua motivazione¹¹⁷.

Epperò, se la questione dei rapporti tra *fonti* giurisprudenziali si osservi nel prisma dell'art. 3 Cost. - integrato dal diritto delle Corti nazionali e della Corte europea dei diritti dell'uomo a proposito dell'affidabilità dei provvedimenti giudiziari - appare plausibile sostenere che la *discrezionalità interpretativa* del giudice dovrebbe essere *guidata* dall'esigenza di organicità (espressa al massimo dei livelli, appunto, nell'art. 3 Cost.) che, sola, garantisce sulla prevedibilità e uniformità delle soluzioni decisorie¹¹⁸.

Infine. A proposito dell'opera creatrice della giurisprudenza, valga la pena ricordare che l'unica *creatività* ammessa dall'ordinamento è quella della sentenza additiva, con cui la Corte costituzionale, dichiarando l'illegittimità costituzionale della normativa impugnata «nella parte in cui non prevede» - o «nella parte in cui esclude» - qualcosa, restaura in modo immediato la legalità costituzionale senza produrre *lacune* nè attendere una risoluzione del legislatore.

Epperò, qui, la legittimazione *politica* dell'intervento deriva dal primato dei diritti come valore in sé; supremazia che affida direttamente alla Corte costituzionale la tutela del bene o della situazione protetta e il riconoscimento del

¹¹⁷ Tra le molte, Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364; Id., 12 ottobre 2012, n. 230.

¹¹⁸ «L'uniforme interpretazione della legge significa uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla legge, sicché la nomofilachia è diretta espressione di un principio della Costituzione, l'art. 3. L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario attribuisce la funzione nomofilattica alla Corte di cassazione, ed essa appartiene ad ogni sezione della Corte medesima; ma quando, essendovi decisioni in contrasto, intervengono le Sezioni Unite per mettere fine ad una incertezza interpretativa, la decisione delle Sezioni Unite costituisce una sorta di annuncio implicito di giurisprudenza futura determinante affidamento per gli utenti della giustizia in generale e per il cittadino in particolare: in tale ipotesi la funzione nomofilattica ha un peso dominante su altri valori e le sezioni semplici devono prenderne atto», salva la riproposizione della quaestio a norma dell'art. 172, comma 2, disp. att. cod. proc. pen.»: Cass., Sez. III, 23 febbraio 1994, n. 7455, in Rv. 198355 - 01.

Conformi, Cass., Sez. II, 6 maggio 2010, n. 19716, in Rv. 247114-01; Id., Sez. II, 24 novembre 2021, n. 8327.

Per l'approfondimento, si rinvia a Canzio, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, in *Sist. Pen.*, 12, 2022, 49 ss.

diritto *negato* dal legislatore¹¹⁹. Evenienza che non può essere assolutamente riferita alle magistrature minori; di qui - seppure per motivi diversi da quelli che fondano il *vizio* della sentenza della Cassazione - l'abnormità dei provvedimenti assunti.

¹¹⁹ RICCIO, *Legge, diritto, giurisprudenza. Il delicato compito della Consulta nel "ricucire" il Cpp*, in *D&G*, 2003, 30, 11.