

ANTICIPAZIONI

ALESSANDRO PASTA

Reati contro la PA e riflessi sull'accertamento della responsabilità degli enti*

Il d.lgs 231/2001 non configura un processo di accertamento della responsabilità degli enti a causa dell'irrisolta questione della natura di questa responsabilità e delle clausole di rinvio usate dal legislatore, ma una sorta di invito agli interpreti a elaborare le regole del processo. L'incrocio di questa disciplina con quella di alcuni reati presupposto, i delitti contro la pubblica amministrazione, continuamente rivisitata, non fa altro che aggravare il quadro. La conseguenza di questa situazione è l'ineffettività della normativa, che non trova alcuna applicazione nelle aule di giustizia.

Crimes against the Public Administration and implications for ascertaining the liability of entities

Legislative Decree 231/2001 does not constitute a process for ascertaining the responsibility of entities due to the unresolved question of the nature of this responsibility and the postponement clauses used by the legislator, but rather a sort of invitation to interpreters to develop the rules of the court. The intersection of this discipline with that of some predicate crimes, i.e. of crimes against the public administration, which is continually revisited, only aggravates the picture. The consequence of this situation is the ineffectiveness of the legislation, which finds no application in courtrooms.

SOMMARIO: 1. Un elenco sempre più esteso. - 2. Reati presupposto, misure cautelari e patteggiamento. - 3. Un percorso d'accertamento da creare. 4. Responsabilità degli enti e art. 323 ter c.p. - 5. Conclusioni.

1. *Un elenco sempre più esteso.* I delitti contro la pubblica amministrazione sono stati il nucleo storico dei reati presupposto della responsabilità dell'ente. Nell'inizialmente breve elenco dei reati che avrebbero potuto comportare la responsabilità degli enti l'art. 25 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 era incentrato sul binomio corruzione-concussione, sia nella forma induttiva che in quella costrittiva¹.

Nel corso del ventennio trascorso il ristretto catalogo dei reati è stato ampliato a dismisura, spesso in modo disorganico e irragionevole².

Da una parte, tra i reati presupposto sono state inserite categorie di illeciti poste a presidio di beni giuridici diversi rispetto a quelli inizialmente indicati nel testo originario negli articoli 24 e 25. L'estensione non è sempre stata coerente

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume *Il procedimento penale per i reati contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di Scalfati.

¹ Così, tra gli altri, GULLO, *I reati contro la pubblica amministrazione e a tutela dell'attività giudiziaria*, in *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, *Diritto sostanziale*, a cura di Lattanzi, Severino, Torino, 2021, 423

² BERNASCONI, *L'inesausto incremento dei reati presupposto e l'urgenza di una riforma dellattiva*, in *Resp. ammin. soc. enti*, 2020, f. 4, 10; PIERGALLINI, *Aspettative e realtà della (ancor breve) storia del d.lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità da reato degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 865.

te con l'impianto del decreto, ideato e configurato per sanzionare (e prevenire) la criminalità d'impresa³. Sono stati altresì indicati come reati presupposto illeciti colposi⁴, i quali, in mancanza di una modifica delle disposizioni che dettano i criteri generali d'imputazione dell'illecito all'ente (segnatamente quello indicato nell'art. 5, che prevede la responsabilità dell'ente nei soli casi in cui il reato presupposto sia stato commesso «nel suo interesse o a suo vantaggio»⁵), hanno creato non pochi problemi esegetici, i quali, oggi, possono dirsi risolti, almeno per la giurisprudenza⁶.

Dall'altra, sono state aggiunte nuove figure di reato coerenti con i due elenchi inizialmente previsti nell'art. 24, in cui sono indicati delitti che danneggiavano il patrimonio dello stato in modo fraudolento⁷, e nell'art. 25, il quale prevede le tradizionali fattispecie incriminatrici che tutelano l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione, ampiamente rimodellate dai plurimi e relevantissimi interventi legislativi: dopo la l. 6 novembre 2012, n. 190, la l. 9 gennaio 2019 (c.d. spazzacorrotti) e il d.lgs. 14 luglio 2020, n. 74, sono configurati quali reati presupposto i delitti di corruzione per l'esercizio della funzione, di istigazione alla corruzione nelle ipotesi previste dai commi 1 e 3 dell'art. 322 c.p., e di traffico di influenze (art. 25, comma 1, prima parte); di peculato (escluso il peculato d'uso), di peculato mediante profitto dell'altrui errore e di abuso d'ufficio, nei soli casi in cui il fatto offenda gli interessi fi-

³ La disposizione più emblematica al riguardo, non l'unica, è l'art. 25 *quater*1, il quale prevede come delitto presupposto il reato di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, introdotto nel codice penale con l'art. 583 *bis* c.p. (l. 9 gennaio 2006, n. 7).

⁴ L. 3 agosto 2007, n. 123.

⁵ I quali, come noto, vanno intesi come concetti distinti: il primo da valutarsi in un'ottica *ex ante*, l'altro *ex post*. Già la *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2001, 442 era chiarissima al riguardo. Il punto è pacifico (Cass., Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, in *Dir. e prat. Soc.*, 2006, 8, 60; da ultimo Cass., Sez. IV, 9 gennaio 2024, n. 1971, in *Guid. dir.*, 2024, 8).

⁶ La quale ritiene che nei reati colposi i concetti di «interesse o vantaggio» andrebbero riferiti non all'evento antigiuridico, ma alla condotta (Cass., sez. un., 24 aprile, 2014, n. 38343, in *Cass. pen.*, 2015, 426, con nota di SUMMERER, *La pronuncia delle sezioni unite sul caso Thyssen Krupp. profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*).

⁷ Ai delitti di malversazione e indebita percezione di erogazioni pubbliche, frode nelle pubbliche forniture, truffa a danno dello stato o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, si sono recentemente aggiunti con la l. 9 ottobre 2023, n. 137 i reati di turbata libertà degli incanti e del procedimento di scelta del contraente.

nanziari dell'Unione Europea⁸ (art. 25, comma 1, seconda parte); di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, di corruzione in atti giudiziari, di istigazione alla corruzione nelle ipotesi dei commi 2 e 4 dell'art. 322 c.p. (art. 25, comma 2); di concussione e di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio aggravato ai sensi dell'art. 319 *bis* c.p., quando dal fatto l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, di corruzione in atti giudiziaria aggravata ai sensi del secondo comma dell'art. 319 *ter* c.p., (art. 25, comma 3). Non sempre le scelte di politica legislativa alla base dell'estensione delle fattispecie che danno luogo alla responsabilità degli enti sono parse ragionevoli: non solo, come si è detto, sono stati aggiunti reati estranei alla logica del decreto, il quale sembra essere stato utilizzato - come sovente accade - come contenitore di norme-manifesto; non si è nemmeno tenuto conto dei problemi che l'inserimento di taluni reati - pur coerenti con l'impianto del decreto - avrebbe comportato a livello applicativo. Eloquente al riguardo è il caso del delitto di traffico di influenze illecite (art. 346 *bis* c.p.). È stato introdotto nel codice penale con la l. 19/2012. Non era però stato incluso tra i reati presupposto. L'omissione era stata criticata da chi aveva ravvisato nel delitto uno strumento di anticipazione di tutela rispetto alle condotte di corruzione, perfettamente in linea con lo spirito del decreto⁹. Con la l. n. 3/2019 il delitto di traffico di influenze è stato inserito nell'elenco dell'art. 25¹⁰. La scelta è stata criticata da chi ha osservato che, trattandosi di un reato di mera condotta con un momento consumativo così anticipato, può essere difficile concepire protocolli o misure organizzative in grado di impedirne l'effettiva realizzazione, posto che tale ipotesi delittuosa di solito s'innesta su relazioni interpersonali spesso occulte, che sfuggono alla capacità di controllo dell'ente¹¹. L'estensione del numero dei reati presupposto, però, non è destinata a creare problemi solo sotto il versante della configurazione dei modelli organizzativi, ma anche sotto quello processuale: la (comunque) nebulosa struttura del pro-

⁸ Per la singolarità di questa limitazione, probabilmente dovuta a una «scelta minimalista» legata alla necessità di conformare il nostro ordinamento alle richieste europee, v. GULLO, *I reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 430.

⁹ IELO, *sub art. 25. Concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione*, in LEVIS, PERINI (a cura di) *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2014, 503.

¹⁰ Con lo stesso provvedimento legislativo sono state apportate modifiche al delitto. Sul tema v. MONGILLO, *Splendore e morte del traffico di influenze illecite. Dalle Sezioni Unite alla Riforma Nordio*, in *Sist. pen.*, 22 Marzo 2024, 1.

¹¹ CUCINOTTA, *Le modifiche in tema di responsabilità degli enti*, in ORLANDI, SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione: commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Torino, 2019, 194.

cesso di accertamento della responsabilità degli enti¹² è infatti aggravata dalla continua rivisitazione del catalogo dei reati che danno luogo alla responsabilità dell'ente, soprattutto nei casi in cui l'operatività di determinati istituti processuali è connessa a reati presupposto dai confini incerti.

2. Reati presupposto, misure cautelari e patteggiamento. Nelle sue linee essenziali la disciplina delle misure cautelari delineata dal decreto 231/2001 pare chiara.

Tenuto conto della specifica idoneità di ciascuna misura in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare e del criterio di proporzionalità (art. 46), quando sussistono gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato e vi sono fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede, il pubblico ministero può richiedere l'applicazione quale misura cautelare di una delle sanzioni interdittive previste dal secondo comma dell'art. 9¹³ presentando al giudice gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi quelli a favore dell'ente (art. 45, comma 1¹⁴).

Sebbene nessuna disposizione lo preveda, è pacifico che non possa essere applicata in via provvisoria una misura cautelare corrispondente a una sanzione interdittiva la cui irrogazione non sia prevista quale sanzione in relazione al tipo di illecito contestato: «non può esservi interdizione cautelare se, per quell'illecito e in quel particolare caso, non potrà applicarsi la sanzione inter-

¹² V. par. 3.

¹³ Si tratta dell'interdizione dall'esercizio dell'attività, della sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, dell'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi e del divieto di pubblicizzare beni o servizi.

¹⁴ La medesima disposizione prevede che sulla richiesta il giudice provveda con ordinanza, in cui indica anche le modalità applicative della misura. Si osservano le disposizioni dell'art. 292 c.p.p.; in luogo della misura cautelare interdittiva, il giudice può nominare un commissario giudiziale a norma dell'articolo 15 per un periodo pari alla durata della misura che sarebbe stata applicata. In argomento, CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Milano, 2019, 117; CERQUA, *Presupposti e condizioni per l'applicazione di misure cautelari interdittive nei confronti degli enti collettivi*, in *Corr. mer.*, 2005, 69; MOSCARINI, *Le cautele interdittive penali contro gli enti*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 1106; PERONI, *Il sistema delle cautele*, a cura di Garuti, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., 243. In giurisprudenza, Cass., Sez. II, 26 febbraio 2007, n.10500 *Foro it.* 2007, 9, II, 473.

dittiva»¹⁵. Dunque, per sapere in quali casi sia astrattamente ammissibile una richiesta di applicazione di una misura cautelare, è sufficiente verificare se per l'omesso impedimento del reato presupposto del quale l'ente è incolpato sia prevista una sanzione interdittiva: fosse comminata solo una sanzione pecuniaria, non potrebbe essere applicata nessuna misura cautelare.

Anche per il patteggiamento è stabilito qualcosa di analogo: il primo comma dell'art. 63 prevede che l'applicazione all'ente della sanzione su richiesta sia ammessa «in tutti i casi in cui per l'illecito amministrativo è prevista la sola sanzione pecuniaria»¹⁶.

Tanto nel caso della disciplina delle misure cautelari, quanto per quella del patteggiamento, dunque, la circostanza che l'ente sia imputato per l'omesso impedimento di un reato che comporta l'applicazione di sanzioni interdittive assume un'importanza decisiva non solo in relazione al profilo sanzionatorio, ma anche processuale.

Come si è visto, nell'articolo 25 sono stati indicati una serie di reati contro la pubblica amministrazione, previsti in ordine di gravità crescente. Focalizzando l'attenzione sulle sanzioni, è stabilita la sola sanzione pecuniaria¹⁷ per i delitti indicati al comma 1, ossia i reati previsti dagli articoli 318, 321, 322, commi primo e terzo, 346 *bis* e 314, primo comma, 316, 323 c.p. (questi ultimi tre, nei soli casi in cui il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea); sanzioni pecuniarie¹⁸ e interdittive¹⁹ per i delitti indicati al comma 2,

¹⁵ CERESA GASTALDO, *Procedura penale*, cit., 117; G. FIDELBO-V. MONGILLO, *Le recenti modifiche introdotte dalla spazzacorrotti e dal decreto legislativo di attuazione della direttiva PIF al regime della responsabilità dell'ente in materia di reati contro la pubblica amministrazione*, in *Il contrasto ai fenomeni corruttivi: dalla «spazzacorrotti» alla riforma dell'abuso d'ufficio*, a cura di Fidelbo, Torino, 2020, 371.

¹⁶ Il rito speciale è poi applicabile, in alternativa, nei casi in cui il giudizio nei confronti dell'imputato sia stato definito ovvero sia definibile a norma dell'articolo 444 c.p.p. Il giudice, se ritiene che debba essere applicata una sanzione interdittiva in via definitiva, rigetta la richiesta. Sul tema v. MOSCARINI, *Applicazione della pena su richiesta e procedimento per decreto*, in *Responsabilità degli enti*, vol. II, *Diritto processuale penale*, a cura di Lattanzi, Severino, Torino, 2020, 245; TIRELLI, *I procedimenti speciali*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, cit., 321.

¹⁷ Fino a duecento quote.

¹⁸ Da duecento a seicento quote per i delitti indicati nel comma 2 e da trecento a ottocento quote per quelli indicati al comma 3.

¹⁹ La cui durata varia a seconda della persona che ha commesso il reato presupposto: la durata è non inferiore a quattro anni e non superiore a sette anni, se il reato è stato commesso da uno dei soggetti in posizione apicale e per una durata non inferiore a due anni e non superiore a quattro, se il reato è stato commesso da uno dei soggetti sottoposto all'altrui direzione. Questa inedita opzione legislativa è stata da molti criticata, poiché va a fondare una differenziazione sanzionatoria a secondo della diversa posi-

ossia i reati previsti dagli articoli 319, 319 *ter*, comma 1, 321, 322, commi 2 e 4, c.p., e per quelli indicati agli articoli 317, 319, aggravato ai sensi dell'articolo 319-bis quando dal fatto l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, 319-ter, comma 2, 319-*quater* e 321 c.p..

La riconducibilità di un reato a un reato presupposto indicato nel primo comma dell'art. 25 ovvero al secondo o al terzo risulta dunque di grande rilievo sotto il versante processuale: per la prima categoria di reati è precluso il ricorso a misure cautelari ed è possibile il patteggiamento²⁰; per gli altri vale il contrario.

Se fosse sempre agevole ricondurre una determinata fattispecie concreta al primo comma dell'art. 25, oppure al secondo o al terzo, il quadro sarebbe piuttosto chiaro. Ma non è così: è sufficiente leggere le massime giurisprudenziali che indicano i criteri distintivi tra reati appartenenti all'una o all'altra categoria, per avvedersi che la sorte degli enti spesso dipenderà dalla buona sorte.

Secondo la giurisprudenza, per esempio, il reato di traffico di influenze illecite (art. 25, comma 1) si differenzia dalla fattispecie di corruzione *ex art.* 319 c.p. (art. 25, comma 2) per la connotazione causale del prezzo, che deve essere finalizzato esclusivamente alla retribuzione dell'opera di mediazione senza essere destinato, neppure parzialmente, all'agente pubblico²¹; la condotta di sollecitazione, punita dai commi 1 e 3 dell'art. 322 c.p. (art. 25, comma 1), si distingue sia da quella di costrizione, cui fa riferimento l'articolo 317 c.p. (art. 25, comma 3) che da quella di induzione, che caratterizza l'ipotesi delittuosa dell'articolo 319 *quater* c.p. (comma 3) in quanto si qualifica come una richiesta formulata dal pubblico agente senza esercitare pressioni o suggestioni che tendano a piegare ovvero a persuadere, sia pure allusivamente, il soggetto pri-

zione dell'autore del reato all'interno dell'ente, «in tal modo ingenerando una confusione tra profili attinenti alla colpevolezza dell'ente e profili concernenti la gravità dell'illecito». Ed invece l'intero sistema configurato dal d.lgs. n. 231/2001 è basato «su un principio totalmente diverso, in base al quale il ruolo dell'autore del reato - di apicale o sottoposto - incide essenzialmente sul criterio di imputazione dell'illecito applicabile all'ente (artt. 6 e 7); una volta ritenuta sussistente la colpevolezza dell'ente, l'illecito è direttamente imputabile a tale soggetto impersonale, sicché non assume rilievo dirimente, ai fini del trattamento sanzionatorio, la qualifica soggettiva rivestita dall'autore del reato» (DI GERONIMO, *Modifica in tema di responsabilità amministrativa degli enti*, in *La legge anticorruzione 9 gennaio 2019, n. 3. Aggiornata alla legge 28 giugno 2019, n. 58*, a cura di Del Tufo, Torino, 2019, 230).

²⁰ In quest'ultimo caso, salvo ricorra il presupposto di accesso alternativo: v. nota 16.

²¹ Cass. sez. VI, 17 maggio 2023, n. 25369, in *Giur. pen.*, 12 Luglio 2023; Cass., Sez. VI, 22 ottobre 2019, n. 18125 Bolla, Rv. 279555-08; Cass., Sez. VI, 27 giugno 2013, n. 28978, Angeleri, Rv. 255618.

vato, alla cui libertà di scelta viene prospettato, su basi paritarie, un semplice scambio di favori, connotato dall'assenza sia di ogni tipo di minaccia diretta o indiretta sia di ogni ulteriore abuso della qualità o dei poteri²²; il tentativo di induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 25, comma 3) si differenzia dall'istigazione alla corruzione attiva di cui all'art. 322, comma 4 c.p. (art. 25, comma 1) per la diversa natura del rapporto tra le parti, in quanto, nel primo caso, il pubblico agente, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, pone potenzialmente il privato in uno stato di soggezione mediante una richiesta perentoria, mentre, nel secondo caso, gli rivolge la sollecitazione ad un mero scambio di favori, senza estrinsecazione di alcuna condotta intimidatoria²³; il reato d'induzione indebita (art. 25 comma 3), come quello di concussione (art. 25, comma 3), si distingue dalle fattispecie previste dall'art. 318 c.p. (art. 25, comma 1), in quanto entrambi i primi due illeciti sono qualificati da una condotta di prevaricazione abusiva del funzionario pubblico, idonea, a seconda dei contenuti che assume, a costringere o ad indurre alla dazione o alla promessa indebita l'*extraneus*, il quale, per effetto di tale condotta abusiva, si viene comunque a trovare in posizione di soggezione; l'accordo corruttivo, invece, presuppone la *par condicio contractualis* ed evidenzia l'incontro assolutamente libero e consapevole delle volontà delle parti²⁴.

La disciplina dei delitti contro la pubblica amministrazione non teneva conto prima delle riforme, e non ne tiene dopo, delle difficoltà probatorie che la normativa pone. Anziché considerare le proposte di chi trent'anni fa suggeriva di eliminare «differenziazioni normative di incerta applicazione e di opinabile significato»²⁵ - modifica necessaria per soddisfare «esigenze pratiche di semplificazione, alleggerendo la prassi da problemi probatori e di interpreta-

²² Cass., sez. VI, 22 ottobre 2019, n. 18125, in *Guid. dir.*, 2020, f. 31, 92; Cass., Sez. VI, 4 febbraio 2014, n. 23004, Pigozzo, Rv. 259951; Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 19190, Rv. 255074; sul tema v. MAGRO, *Ai confini tra tentata induzione indebita e istigazione alla corruzione: riflessioni a margine di un caso di induzione indebita del pubblico ufficiale non accolta*, in *Cass. pen.*, 2014, 4093.

²³ Cass., Sez. VI, 21 ottobre 2020, n. 3750, Rv. 280834.

²⁴ Cass., Sez. II, 16 maggio 2023, n. 27883, in *Guid. dir.*, 2023, 30

²⁵ Così le *Note illustrative di proposte in materia di corruzione e di illecito finanziamento di partiti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1034, ossia dalla c.d. proposta di Cernobbio elaborata dai professori Dominioni, Pulitanò, Stella, dall'avvocato Dinoia e dai magistrati Colombo, Davigo, Di Pietro, Greco, presentata nel corso del convegno tenutosi all'Università Statale di Milano il 14 settembre 1994. Per un'opinione a favore, v. FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 506; per una critica, INSOLERA, *Corruzione e concussione nella riforma del diritto e del processo penale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, 681.

zione normativa tanto complicati quanto privi di interesse»²⁶ -, il legislatore ha ulteriormente complicato il quadro.

Se prima delle l. n. 190 del 2012 era comune la considerazione che la zona di confine tra corruzione e concussione fosse «caratterizzata da una preoccupante nebulosità [...] e ciò a dispetto dei poderosi e qualificati sforzi in corso da anni per approdare a una più precisa delimitazione delle due fattispecie»²⁷, dopo quella riforma «l'impressione diffusa è che a seguito dell'introduzione della nuova figura dell'induzione indebita, accanto alla concussione e alle fattispecie di corruzione, il quadro normativo in materia risulti eccessivamente complesso e frammentato: *troppe norme* incriminatrici, dai reciproci *confini incerti*, rendono a dir poco arduo inquadrare il fatto oggetto del giudizio nell'una o nell'altra, e possono risultare in concreto disfunzionali alla stessa lotta al fenomeno corruttivo, nella misura in cui, con riferimento a questo o a quella vicenda di malaffare, finiscano per escludersi a vicenda nelle dinamiche processuali. Breve, la riforma non è venuta incontro a un'esigenza di semplificazione del quadro normativo e dei problemi, che è anzi oggi ancor più avvertita dalla prassi»²⁸.

La disciplina legislativa s'è poi ulteriormente complicata con la l. 9 gennaio 2019 (c.d. spazzacorrotti) e il d.lgs. 14 luglio 2020, n. 74. E se è già difficile enunciare in astratto i criteri distintivi tra le diverse fattispecie che si accavallano nel titolo II del libro II del codice penale, non è arduo immaginare cosa possa accadere nelle aule giudiziarie, quando si devono ricostruire «sfere psichiche» e «alterazioni di processi volitivi»: «il nodo di fondo del sistema italiano di contrasto alla corruzione [è] legato all'esistenza di un intrico di norme [...] che si intersecano e si sovrappongono sugli stessi fatti concreti, rendendo largamente imprevedibile la decisione giudiziale»²⁹. Non c'è allora da stupirsi se continua ad aumentare il già «elevatissimo tasso di imprevedibilità dell'esito delle singole vicende processuali»³⁰, e «sul piano dell'applicazione pratica il risultato di simili sottigliezze semantiche [è] inevitabilmente rimesso

²⁶ *Note illustrative di proposte in materia di corruzione*, cit., 1034.

²⁷ FORTI, *L'insostenibile pesantezza*, cit., 489. V. anche GATTA, *La concussione riformata, tra diritto penale e processo. Note a margine di un'importante sentenza delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1569.

²⁸ GATTA, *La concussione riformata, tra diritto penale e processo*, cit., 1574.

²⁹ VIGANÒ, *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 15.

³⁰ VIGANÒ, *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano*, cit., 8.

all'*arbitrium iudicis* (e, prima ancora, a quello del pubblico ministero): un risultato francamente inquietante»³¹.

I riflessi sul processo agli enti sono evidenti: non sarà solo la sanzione ad essere condizionata da incerte qualificazioni giuridiche, ma lo stesso percorso processuale – la possibilità del pubblico ministero di ricorrere a misure cautelari, oppure dell'ente di optare per un rito alternativo – ne sarà influenzato.

A ben vedere, però, questa è una causa secondaria dell'incertezza del percorso processuale, il quale è, in generale, non solo quando i reati presupposto sono i delitti contro la pubblica amministrazione, del tutto evanescente³². Per due ragioni, risalenti alle scelte originarie del decreto 231/2001: la prima sta nell'inafferrabile natura della responsabilità dell'ente, dalla cui qualificazione dipende l'applicabilità, o meno, dei principi costituzionali sul processo penale; la seconda è dovuta all'adozione della tecnica del rinvio alle disposizioni previste dal Codice Vassalli «in quanto compatibili» (art. 34 del d.lgs. 231/2001), che ha di fatto rimesso agli interpreti il compito di elaborare le regole del processo agli enti.

3. Un percorso d'accertamento da creare. La prima causa di disorientamento è legata alla questione dell'applicabilità dei principi sul processo penale previsti dalla Costituzione. Che debbano essere ritenuti operativi era ed è ignoto.

A una risposta affermativa si giunge risolvendo il quesito optando per la natura penale: in tal caso sarebbe difficile escludere l'applicabilità dei principi che la Costituzione ha espressamente previsto per l'accertamento degli illeciti di questo tipo quali il principio di obbligatorietà dell'azione penale, del giudice naturale, del diritto di difesa e della presunzione di non colpevolezza, in ogni loro declinazione.

Purtroppo però stabilire quale sia la natura dell'illecito è tutt'altro che agevole. Da più di vent'anni gli studiosi del diritto penale discutono sulla questione, ma il decreto legislativo offre segnali tanto contraddittori da non consentire

³¹ PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 792.

³² Sia consentito il rinvio a PASTA, *L'accertamento della responsabilità degli enti: una delega (non esercitata) del legislatore agli operatori giuridici per l'elaborazione delle regole del processo*, in *Responsabilità da reato degli enti collettivi. Profili dogmatici e politico criminali a oltre vent'anni dal d.lgs. n. 231/2001*, a cura di Cornacchia, Crespo, Torino, 2023, 319.

un sicuro inquadramento³³.

Tra gli studiosi del processo penale non sembra esserci una divisione analoga a quella che caratterizza i sostanzialisti. È anzi frequente l'affermazione secondo cui «le nuove figure di responsabilità tradiscono, al di là dell'etichetta, una natura sostanzialmente penale»³⁴: gravità delle sanzioni, dipendenza dell'illecito dalla verifica di un reato e decisione di disporre l'accertamento dell'illecito in sede penale sarebbero indici inequivoci della natura penale della responsabilità degli enti. Il legislatore, dunque, avrebbe voluto che «il sofisticato (ancorché dispendioso) dispositivo processualpenalistico trovi impiego anche nella materia *de qua*, per assicurare all'ente un giusto processo»³⁵. All'ente, dunque, dovrebbero «essere concesse tutte le fondamentali garanzie di cui gode nel sistema penale l'imputato: il principio di responsabilità personale per fatto proprio, la presunzione di non colpevolezza, il diritto alla contestazione dell'accusa, il diritto al silenzio, il contraddittorio, la regola della prova oltre ogni ragionevole dubbio»³⁶.

Che questa conclusione sia plausibile, è sicuro; che sia necessitata, meno.

La gravità delle sanzioni può essere un indice importante, ma non decisivo: molte autorità amministrative possono irrogare sanzioni che comportano rilevantissime conseguenze, ma non per questo muta la natura dell'illecito sanzionato. A ciò si aggiunga che, storicamente, «nella sede penale l'interesse tipico è sempre lo stesso, ed è – per dirla col barone di Montesquieu – la vita e l'onore del cittadino»³⁷. Le sanzioni previste dal d.lgs. n. 231/2001 colpiscono un'entità evanescente, che non ha né cuore, né terminazioni nervose. Per quanto gravi potranno essere le sanzioni, per quanto nefaste potranno essere

³³Tra gli innumerevoli contributi, v. MARINUCCI, *“Societas puniri potest”: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1201; MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, 40; PALIERO, *Dalla vicarious liability alla colpevolezza d'impresa: tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. III, a cura di Corso, Zanetti, Piacenza, 2010, 427; PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 415.

³⁴DINACCI, *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.*, n. 1, 2022, 8; CERESA GASTALDO, *Procedura penale*, cit., 50; GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, cit., 270; MAZZA, *art. 66*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Cadoppi, Garuti, Venziani, Torino, 2010, 725.

³⁵CERESA GASTALDO, *Procedura penale*, cit., 53.

³⁶FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 705.

³⁷TARELLO, *La difesa penale ed il difensore penale. Profili deontologici*, in *Ann. Fac. Giurisp. Genova*, 1980, 155.

le conseguenze per le persone indirettamente coinvolte dalla condanna dell'ente (dipendenti, clienti, soci, fornitori, investitori), rimane un punto: la limitazione della libertà di una persona è *altro*. L'art. 13 Cost. tutela una libertà il cui esercizio è riservato agli individui. Le pene che l'autorità può, ancor oggi, infliggere a una persona non sono nemmeno paragonabili a quelle che possono essere applicate a un ente³⁸, così come non lo è la finalità a cui la sanzione tende³⁹. Tenendo in debita considerazione l'identità del destinatario della sanzione, dunque, l'argomento incentrato sulla gravità delle conseguenze è meno solido di quanto sembri a prima vista.

Anche gli ulteriori argomenti non sembrano essere decisivi. Quotidianamente vengono svolti migliaia di processi penali in cui si discute (anche) delle conseguenze civili dei reati per i quali si procede. Ma la circostanza che l'accertamento avvenga in sede penale e che la condanna al risarcimento del danno sia strettamente collegata a un reato (il giudizio sulla sua sussistenza ne è il presupposto) non cambiano la natura di questa responsabilità che è, e rimane, civile.

Con ciò, naturalmente, non si vuol dire che per l'accertamento della responsabilità degli enti non si debbano applicare i principi costituzionali sul processo penale. Semplicemente si vuole segnalare che gli argomenti usualmente adottati a sostegno di questa tesi non sono decisivi.

Esclusa la perfetta sovrapposibilità tra l'illecito *ex d.lgs. n. 231/2001* e quello penale, non risulta di grande aiuto nemmeno l'interpretazione che ipotizza di essere innanzi a una responsabilità parapenale, pseudo penale, «ibrida», a un «*tertium genus*», come viene sostenuto nella Relazione ministeriale al decreto e in alcune autorevoli pronunce giurisprudenziali⁴⁰. Se anche così fosse, regnerebbe comunque l'incertezza: messa fuori gioco la perfetta equiparazione tra illecito dell'ente e reato, che renderebbe operativi *tutti* i principi sul processo penale, non si avrebbe modo di stabilire se, e quali, principi applicare: il diritto di difesa sì, ma non la presunzione di non colpevolezza? Il principio

³⁸ Il punto è ben evidenziato da BONTEMPELLI, *Tutela delle libertà e decorso del tempo nel processo penale agli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 144.

³⁹ Come è stato osservato «il finalismo rieducativo della pena [...] presuppone necessariamente come interlocutore la complessa ed articolata unità di esperienza esistenziale della persona fisica» (DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito dell'ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 112).

⁴⁰ Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, Thyssen Krupp, n. 38343, in *Cass. pen.*, 2015, 426; Cass., Sez. un., 27 ottobre 2022, n. 14840, in *Cass. pen.*, 2023, 1912.

di obbligatorietà dell'azione penale, ma non quello del giudice naturale? Chi si serve della locuzione «natura ibrida» in relazione alla responsabilità degli enti suggerisce un inquadramento del problema; non ne propone una soluzione⁴¹.

Volendo giungere alla conclusione che nel processo agli enti si debbano applicare i principi costituzionali sul processo penale, senza dover risolvere la forse irrisolvibile questione della natura della responsabilità degli enti, si potrebbe tentare di sostenere che, in fondo, nel decreto (art. 34) c'è un rinvio alle norme del codice Vassalli, il quale è evidentemente informato ai canoni costituzionali sul processo penale. A questa tesi si può però obiettare che tra le poche disposizioni espressamente previste per l'accertamento della responsabilità degli enti ve ne sono alcune difficilmente conciliabili con i principi sul processo penale. Anzi, il disallineamento è tanto significativo da giustificare il sospetto che il legislatore non intendesse affatto adottare lo statuto della giurisdizione penale - volontà del resto coerente con la denominazione della responsabilità dell'ente.

L'art. 58 per esempio ha attribuito al pubblico ministero il potere di disporre l'archiviazione, senza alcun coinvolgimento nella procedura dell'organo giurisdizionale, in piena sintonia con il sistema previsto per le violazioni amministrative⁴². Se si accede all'interpretazione secondo la quale la tutela del principio di obbligatorietà impone indefettibilmente un controllo giurisdizionale⁴³ e alla tesi della natura penalistica della responsabilità degli enti «questa singolare deviazione dalla procedura ordinaria si espone [...] a fondati dubbi di legitti-

⁴¹Molto eloquente al riguardo è Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, cit., 426. Dopo aver ritenuto (punto 62) che «le dispute definitorie e classificatorie» sulla natura della responsabilità possano «essere senz'altro collocate nell'ambito delle disquisizioni d'impronta prevalentemente teoretica», la Corte afferma che «il sistema di cui si discute costituisce un corpus normativo di peculiare impronta, un *tertium genus*» che è «parte del più ampio e variegato sistema punitivo» e che «quale che sia l'etichetta che si voglia imporre su tale assetto normativo, è doveroso interrogarsi sulla compatibilità della disciplina legale con i principi costituzionali dell'ordinamento penale». Il problema è che le risposte alle doverose domande dipendono essenzialmente dalla soluzione alla «disputa definitoria» che - contrariamente a quanto sostiene la Corte - non va affatto collocata «nell'ambito delle disquisizioni d'impronta prevalentemente teorica».

⁴²Segnatamente l'art. 18, comma 2, l. 24 novembre 1981, n. 689.

⁴³Tesi, come noto, non pacifica. Sulla questione, v. CALANIELLO, voce *Archiviazione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir. Ann.*, vol. II, tomo 1, Milano, 2008, 60; DINACCI, *Il controllo giurisdizionale sulla decisione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale*, in *Cass. pen.*, 1991, II, 582; C. VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1994.

mità costituzionale in rapporto all'art. 112 Cost.»⁴⁴.

L'art. 44 stabilisce che non può assumere la qualifica di testimone la persona imputata del reato da cui dipende l'illecito amministrativo e la persona che rappresenta l'ente indicata nella dichiarazione di cui all'art. 39, comma 2, e che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del reato (lett. *b*)⁴⁵. Non c'è alcuna disposizione che prevede l'incompatibilità a testimoniare del legale rappresentante che non rivestiva la medesima funzione al momento di commissione del reato, nonostante questa persona partecipi al procedimento in vece dell'ente (art. 39). Non sarebbe dunque rispettato il diritto al silenzio, in violazione del comma 2 dell'art. 24 Cost.

Anche l'art. 6 sembra essere poco compatibile con i principi costituzionali. La disposizione prevede che nei casi in cui il reato presupposto sia commesso da soggetti in posizione apicale, «l'ente non risponde se prova» una serie di «fatti impeditivi» «la cui prova grava interamente sulla difesa che, per schivare una condanna, deve documentare l'adozione di un efficace modello preventivo»⁴⁶: tale previsione, se si opta per la natura penale della responsabilità dell'ente, è in palese tensione con la presunzione di non colpevolezza.

Non sembra dunque possibile sostenere che il silenzio legislativo sull'applicabilità al processo degli enti dei principi costituzionali palesi la volontà del legislatore di adeguarsi ai canoni sul giusto processo. Tutt'altro.

Ma se, ancor prima di iniziare a interpretare le disposizioni del decreto, non viene risolta questa questione, i processi agli enti saranno regolati dalla casualità, non dalla legge. A un giudice che riterrà irrinunciabili le garanzie del processo penale verrà posta la questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 44 per violazione degli artt. 3, 24 Cost., 6 e 7 CEDU e Trattato di Lisbona; la rigetterà, considerandola manifestamente infondata, «posto che in forza della parificazione dell'ente all'imputato prevista dall'art. 35 d.lgs. n. 231/2001 e del principio costituzionale del diritto di difesa, comprensivo del diritto di non autoincriminazione (artt. 24 Cost. e 6 CEDU), un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata della norma, di cui si denuncia l'illegittimità, porta a ritenere che il rappresentante dell'ente,

⁴⁴FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, cit., 225.

⁴⁵Sul tema, A. SCALFATI, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, cit., 349.

⁴⁶FERRUA, *Il processo penale contro gli enti*, cit. 231; così anche DINACCI, *La dimensione probatoria*, cit., 10; MAZZA, *art. 66*, cit., 729; TAVASSI, *L'onere della prova nel processo penale*, Padova, 2020, 252.

che non fosse tale al momento della commissione del reato, non debba essere esaminato come testimone, bensì nelle forme previste dall'art. 44, comma II, d.lgs., ovvero ai sensi dell'art. 210 c.p.p.»⁴⁷. Un altro giudice, meno sensibile al diritto di difesa e alle sue declinazioni, dichiarerà inammissibile la richiesta di riesame avanzata per denunciare l'illegittimità del decreto di sequestro preventivo presentata dal legale rappresentante che non ha ancora depositato l'atto di costituzione dell'ente a norma dell'art. 39, adottando l'interpretazione delle Sezioni unite, le quali hanno ritenuto che il rappresentante legale indagato del reato presupposto non può provvedere, a causa di tale condizione di incompatibilità, alla nomina del difensore dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dall'art. 39⁴⁸.

Se non viene fornita una soluzione alla questione dell'applicabilità dei principi costituzionali al processo agli enti, il percorso di accertamento sarà affidato alla sensibilità degli operatori. Ma la difficoltà nell'individuare un lineare percorso di accertamento è stata ulteriormente aggravata da un'ulteriore scelta di politica legislativa: quella di porre al centro del processo agli enti l'art. 34, una disposizione che prevede una clausola di rinvio a una disciplina processuale pensata per tutt'altro. Non è difficile immaginare - e non lo era nemmeno nel 2001 - la confusione che avrebbe generato una disposizione che rimette agli interpreti il compito di decidere se una disposizione prevista per un essere umano possa essere applicata a ciò che di umano non ha nulla: moltissime disposizioni del codice di procedura penale presuppongono l'esistenza di una persona, la sua presenza fisica, la sua capacità di soffrire e di comunicare, la sua libertà, la sua famiglia, i suoi rapporti sociali, la sua salute⁴⁹.

Naturalmente non sempre sussistono dei dubbi. In alcuni casi il «giudizio di compatibilità» è facilissimo. Si può agevolmente sostenere che il pubblico ministero è tenuto a inviare all'ente l'avviso di conclusione delle indagini ex art. 415-bis c.p.p. (la disposizione non è in contrasto con alcuna disposizione del decreto, e la circostanza che il destinatario sia un ente, e non una persona, non pone problema di sorta). Con la stessa sicurezza si può affermare che

⁴⁷Trib. Verbania 6 giugno 2012, in *Dir. e giust. online*, 15 giugno 2012.

⁴⁸Cass., Sez. Un., 28 maggio 2015, n. 33041, in *Cass. pen.*, 2016, 51, con nota di VARRASO, *Il "compromesso" delle sezioni unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente "incolpato" nel procedimento.*

⁴⁹Mentre il legislatore non ha certamente trascurato il problema dell'assenza di una persona fisica quando ha elaborato la parte sostanziale della disciplina, che è anzi finalizzata a risolvere questo problema, quando s'è occupato della parte processuale ha del tutto ignorato la questione.

non è operativa la disciplina del giudizio direttissimo fondato sul presupposto della convalida dell'arresto in flagranza (nel decreto non ci sono disposizioni incompatibili, ma la convalida dell'arresto di un ente è un evento evidentemente fantasioso). Con altrettanta certezza, si può concludere che non si applica il comma 1 dell'art. 408 c.p.p., il quale stabilisce che quando la notizia di reato è infondata il pubblico ministero presenta al giudice richiesta di archiviazione (la disposizione non è conciliabile con l'art. 58 del decreto). Ma il giudizio di compatibilità non è quasi mai così semplice⁵⁰. Esclusi questi selezionati esempi, si profila un ginepraio dal quale ogni interprete se ne esce a suo modo.

Si pensi alla disciplina del codice sulla riapertura delle indagini. Al fine di evitare chiusure e riaperture strumentali delle indagini, finalizzate a eludere la disciplina dei termini, l'art. 414 c.p.p. prevede che dopo il provvedimento di archiviazione il giudice autorizzi la riapertura delle indagini su richiesta del pubblico ministero. Quale sia la disciplina nel procedimento agli enti non è facile dire⁵¹. Nessuna disposizione del decreto regola la questione, ma sarebbe difficile avanzare la tesi secondo cui la riapertura non sia possibile. Ammessa però tale possibilità, si aprono vari scenari: si potrà sostenere che il pubblico ministero che ha deciso l'archiviazione dovrà richiedere l'autorizzazione alla riapertura al giudice delle indagini preliminari, come è previsto dal codice Vassalli; oppure si potrebbe ipotizzare che il potere di riaprire le indagini sia in capo a chi ne ha deciso la conclusione; ma è anche possibile creare una simmetria con l'art. 58, e coinvolgere il procuratore generale, al quale era stata comunicata l'emissione del decreto motivato di archiviazione; in questa eventualità si prospettano due varianti: quella più in linea con l'art. 58 - il pubblico ministero è tenuto a comunicare al procuratore la propria decisione di riaprire le indagini, e quella un po' più rigorosa, che impone al magistrato di attendere l'autorizzazione del procuratore generale. Si tratta di soluzioni, più o meno, plausibili. Hanno in comune una caratteristica: non hanno alcuna base legislativa. Sono pura creazione dell'interprete. Gli esempi sono numerosissimi⁵². In molti casi il «giudizio di compatibilità»

⁵⁰ Lo rilevava già SCALFATI, *Le norme in materia di prova*, cit., 355.

⁵¹ Sul tema v. CERESA GASTALDO, *Procedura penale*, cit., 182.

⁵² Ci si potrebbe per esempio chiedere se la facoltà di non rispondere riconosciuta dall'art. 199 c.p.p. ai prossimi congiunti dell'imputato debba essere assicurata anche ai prossimi congiunti del legale rappresentante (e, in caso di risposta affermativa, si dovrà stabilire a quale legale rappresentante: quello in carica al momento del fatto ovvero del processo?), o se cause di astensione e di ricusazione previste in

richiede di stabilire in quali casi, dove è scritto nel codice «imputato», si deve leggere «ente», oppure «legale rappresentante dell'ente», oppure «legale rappresentante dell'ente costituito» (o dove è scritto «reato», «illecito amministrativo»). È un'operazione spesso difficile e, quasi sempre, opinabile. Decidere fino a che punto è possibile torcere le disposizioni del codice Vassalli per adattarle al processo agli enti, fino a quale punto l'interprete può spingersi per manipolare il dato legislativo non è facile. E anche se lo fosse, ci sarebbe comunque qualche interprete pronto a contestare la conclusione, per l'ovvia ragione che il legislatore nulla ha detto e che gli interpreti hanno ideologie diverse.

La dimostrazione più evidente della mutevolezza delle regole, si rinviene nelle vicende delle due questioni che hanno animato le dispute interpretative. La prima sin dall'origine.

Punto comune, pacifico e indiscutibile di ogni interpretazione, è che nel decreto n. 231/2001 nulla si dispone sull'ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente. Secondo alcuni il silenzio sarebbe dovuto alla volontà di far operare la clausola contenuta nell'art. 34: «era inutile appesantire la disciplina di legislazione speciale con la menzione delle statuizioni concernenti le conseguenze civili da reato, che avrebbero comunque trovato applicazione in forza dell'importante norma generale contenuta nell'art. 34»⁵³. Altri sostengono invece che nel silenzio del decreto va vista «una scelta consapevole del legislatore», contrario alla costituzione di parte civile⁵⁴: «alcuni

ragione dei rapporti tra giudice e parti private debbano valere anche quanto il rapporto è con il legale rappresentante (e, eventualmente, con quale). Molte disposizioni del codice (es. il comma 1 dell'art. 62 c.p.p.) ed altrettante norme che si riferiscono all'indagato/imputato pongono questo problema, che nasce dalla circostanza che in un caso colui il quale avrebbe compiuto l'illecito coincide esattamente con la persona fisica che è stata sottoposta a processo, mentre nell'altro caso la sovrapposizione non c'è.

⁵³GROSSO, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1341; ZANCHETTI, *La tutela degli interessi fondamentali milita a favore dell'ammissibilità della costituzione di parte*, in *Guida dir.*, 25, 2008, 87. In giurisprudenza Trib. Lecce, Sez. II, 29 gennaio 2021, in *Giur. pen. web*, 15 febbraio 2021; Trib. Trani, ord. 7 maggio 2019, in *Dir. pen. cont.*, 23 maggio 2019, con nota di ANGIOLINI, *Costituzione di parte civile nei confronti dell'ente incolpato dell'illecito da reato: ammissibile secondo il Tribunale di Trani nel processo penale relativo al disastro ferroviario sulla linea Andria-Corato*, Corte Ass. Taranto, ord. 4 ottobre 2016, in *Giur. pen. web*, 2017, 4, con nota di RICCARDI, *"Sussulti" giurisprudenziali in tema di costituzione di parte civile nel processo de societate: il caso Ilva riscopre un leitmotiv del processo 231*.

⁵⁴È la tesi di Cass., Sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 2251, Fenu, in *Cass. pen.*, 2011, 2539 con nota di VARRASO, *L'ostinato silenzio del d.lgs n. 231 del 2001 sulla costituzione di parte civile nei confronti dell'ente ha un suo «perché»*.

indizi testuali lasciano comprendere che il silenzio del legislatore sul punto non sia affatto casuale: l'art. 27, per un verso, limita la responsabilità patrimoniale dell'ente all'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria, senza fare alcuna menzione alle obbligazioni civili; mentre per altro verso, l'art. 54, disciplinando il sequestro conservativo dei beni della società, si differenzia significativamente dall'art. 316 c.p.p. proprio perché non prevede l'iniziativa della parte civile nella richiesta della misura né la tutela delle obbligazioni civili derivanti dal reato quale presupposto per la sua applicazione»⁵⁵. Un recente intervento della Corte di cassazione⁵⁶, facendo propri gli argomenti della tesi contraria all'ammissibilità, sembra aver posto fine alla pluridecennale questione. Ma non è escluso che qualche giudice possa disattendere l'interpretazione del giudice nomofilattico, come accaduto in relazione all'altra questione ormai classica, del processo agli enti, quella dell'applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova.

Nel 2014 questo istituto è stato introdotto nel codice Vassalli. Alcune disposizioni che lo regolano non sembravano davvero lasciar spazio all'idea che il nuovo procedimento possa essere applicato agli enti⁵⁷. Eppure non sono mancati interpreti⁵⁸ che hanno ritenuto l'istituto fosse operativo. Da una parte, è stato richiamato «il *passpartout* di cui agli artt. 34 e 35, [il quale] può garantire l'agevole trasferimento della messa alla prova anche nella giurisdizione *de societate*»⁵⁹; dall'altra - come spesso accade quando si ha qualche difficoltà con il dato testuale delle disposizioni - è stata fatta leva sui principi: «l'istituto deflativo-premiale palesa infatti una spiccata affinità con le svariate occasioni di ravvedimento che si ripetono lungo tutto l'arco processuale di cui la perso-

⁵⁵ M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale*, cit., 106.

⁵⁶ Cass., Sez. V, 20 ottobre 2023, n. 3211, in *Guid. dir.* 2024, 13.

⁵⁷ Si pensi per esempio al comma 4 dell'art. 464-*bis* c.p.p., il quale richiede che alla richiesta di messa alla prova debba essere allegato un programma di trattamento, elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna, che prevede, tra l'altro, l'indicazione delle modalità di coinvolgimento dell'imputato e del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale, nonché le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità ovvero all'attività di volontariato di rilievo sociale. O al comma 3 dell'art. 141-*ter* disp. att. c.p.p., il quale richiede all'ufficio locale di esecuzione esterna di redigere il programma di trattamento solo all'esito di un'apposita indagine socio familiare.

⁵⁸ Trib. Modena, 11 dicembre 2019, in *Cass. pen.*, 2021, 2540, con nota di BARTOLI, *Verso una non punibilità d'organizzazione? Note a margine di un caso modenese*; Trib. Modena, 15 dicembre 2020, in *Giur. pen. web*, 2021, 2.

⁵⁹ GARUTI, TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale di Modena ha ammesso la persona giuridica al probation*, in *Giur. pen. web*, 25 ottobre 2000, 3.

na giuridica è protagonista; affinità, questa, destinata a emergere ancor più chiaramente se si considera che il decreto già contempla situazioni che comportano, al pari del *probation*, una momentanea paralisi del rito funzionale al perfezionamento di condotte di operosa resipiscenza (artt. 49 e 65)»⁶⁰.

Altri giuristi⁶¹ e altri giudici⁶², poco convinti da questi argomenti, hanno negato ogni spazio di operatività alla messa alla prova nel processo ex d.lgs. n. 231/2001. Di questo avviso sono state le Sezioni unite⁶³. Eppure alcuni giudici, incuranti, hanno continuato a ritenere operativo questo istituto⁶⁴.

In assenza di espresse disposizioni che escludono l'applicabilità di determinate prescrizioni, ci sarà sempre qualche operatore pronto a sostenere che, tutto sommato, un giudizio di compatibilità sia possibile; altri negheranno questa possibilità. Ciò non solo per ogni istituto che viene introdotto, ma anche per quelli rimossi⁶⁵, siano previsti dal codice Vassalli o dal codice Rocco.

4. Responsabilità degli enti e art. 323 ter c.p. Emblematica è la questione relativa alle cause di esclusione della punibilità, alle quali il legislatore fa sempre più spesso ricorso.

In riferimento ai delitti contro la pubblica amministrazione viene in rilievo l'art. 323 *ter* c.p, introdotto con la l. n. 3 del 2019. Prevede la non punibilità per chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319 *ter*,

⁶⁰ GARUTI, TRABACE, *Qualche nota*, cit. 4; CENTORAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto al probation dell'imputato persona giuridica*, in *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di Lupària, Marafioti, Paolozzi, Torino, 2018, 199; RICCARDI, CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*, in *Dir. pen. contemp.*, 11 ottobre 2017.

⁶¹ BARTOLI, *Verso una non punibilità*, cit., 2541.

⁶² Trib. Milano, Sez. XI, ord. 27 marzo 2017, in *Dir. pen. contemp. web*, 11 ottobre 2017; Trib. Bologna, Sez. GIP, ord. 10 dicembre 2020, in *Giur. pen. web*, 14 dicembre 2020; Trib. Spoleto, ord. 21 aprile 2021, in *Giur. pen. web*, 21 settembre 2021.

⁶³ Cass., Sez. un., 27 ottobre 2022, n. 14840, cit., 1912.

⁶⁴ Trib. Bari, sez. I, 15 giugno 2023, n. 3601, in *Cass. pen.*, 2023, 11, 3822, con nota di DAMOSSO, *Quali vincoli argomentativi per il giudice di merito di fronte al precedente della Cassazione?*; Trib. Perugia, 7 febbraio 2024, in *Giur. pen. web*, 8 febbraio 2024.

⁶⁵ La l. n. 67/2014 ha abrogato la contumacia nel processo penale, senza nulla disporre in ordine all'art. 41 del decreto 231/2001, il quale continua a prevedere che «l'ente che non si costituisce nel processo è dichiarato contumace». Per taluni autori l'art. 41 sarebbe stato tacitamente abrogato (GARUTI, *Processo agli enti*, in *Dig. disc. pen.*, V Agg., Torino, 2014, 585; MARCOLINI, *I presupposti del giudizio in assenza*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, Vigoni, Torino, 2014, 163); per altri continuerebbe ad avere uno spazio di operatività (DI GERONIMO, *La riforma del processo penale in absentia e le possibili ripercussioni sulla disciplina della contumacia dell'ente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4, 2014, 27).

319 quater, 320, 321, 322 bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353 bis e 354 se, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili⁶⁶.

È possibile chiedersi in quale modo possa influire sul processo all'ente la ritenuta sussistenza della causa di non punibilità dell'autore del reato presupposto. Qualora si ritenga che l'art. 323 *ter* c.p. abbia rilievo per la responsabilità dell'ente, il procedimento non dovrebbe nemmeno iniziare o, se già iniziato, dovrebbe concludersi con un'archiviazione. Nell'ipotesi opposta, il processo dovrebbe essere celebrato.

Non esistono pronunce al riguardo, ma adottando la logica seguita per risolvere la questione dell'applicabilità dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131 *bis* c.p.⁶⁷, si dovrebbe giungere alla soluzione meno favorevole per l'ente. La lettura giurisprudenziale è incentrata sull'art. 8 del decreto, che prevede il principio di autonomia dell'ente, dal quale si fa discendere l'irrelevanza delle cause di non punibilità che riguardano l'autore del reato presupposto⁶⁸.

Dalla medesima disposizione per altri interpreti muovono per giungere alla

⁶⁶ Il secondo comma subordina la non punibilità del denunciante alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma. In tema v. ARGIRÒ, *La causa di non punibilità prevista dall'art. 323 ter c.p.*, in *La legge anticorruzione 9 gennaio 2019, n. 3. Aggiornata alla legge 28 giugno 2019, n. 58*, a cura di Del Tufo, cit., 69.

⁶⁷ Introdotta dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28.

⁶⁸ Cass., Sez. II, 15 gennaio 2020, Autotrasporti Benedetti snc, in *Arch. pen. web.*, 1, 2020, con nota di D'ALTILIA, *L'inapplicabilità all'ente della particolare tenuità del fatto riconosciuta in caso all'autore (persona fisica) del reato*, in *Cass. pen.*, 3359, con nota di SANTORIELLO, *Niente particolare tenuità nel processo contro gli enti collettivi*, Cass., Sez. III, 23 gennaio 2019, n. 11518, in *Arch. pen. web.*, 1, 2020, con nota di GIACCHI, *Gli argomenti della Cassazione sull'inapplicabilità della particolare tenuità del fatto all'ente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 280, con nota di MOSSA VERRE, *Le cause di esclusione della punibilità nel sistema della responsabilità degli enti: il caso della particolare tenuità del fatto*, Cass., Sez. III, 17 novembre 2017, n. 9072, in *Giur. it.*, 2018, 1999, con nota di LARIZZA, *Particolare tenuità del fatto e responsabilità degli enti da reato*, in *Cass. pen.*, 2018, 2807, con nota di MARINELLI, *Il processo all'ente in esito al proscioglimento dell'imputato per particolare tenuità del fatto e autonomia della responsabilità dell'ente: un percorso accidentato tra incoerenze sistematiche ed effetti del giudicato*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 761, con nota di BERNASCONI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e autonomia della responsabilità dell'ente*

conclusione opposta: l'art. 8 non stabilisce una generale irrilevanza delle cause di non punibilità, ma prevede delle ipotesi specifiche. Secondo la norma infatti «la responsabilità dell'ente sussiste anche quando: a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia». Dunque, interpretando *a contrario* il primo comma dell'art. 8, si perviene alla conclusione che l'art. 131 *bis* c.p. – non indicato nella norma – rileva per escludere la responsabilità dell'ente⁶⁹.

Un analogo discorso può essere effettuato in relazione a tutte le cause di non punibilità non espressamente indicate, compreso l'art. 323 *ter* c.p.: a seconda che si decida di adottare una lettura *a contrario* dell'art. 8, ovvero lo si ritenga espressione di un principio generale, si giunge a ritenere rilevante, ovvero irrilevante l'art. 323 *ter* c.p. ai fini del giudizio sulla responsabilità dell'ente.

5. Conclusioni. In tempi recenti s'è preso «atto che ci troviamo al cospetto di un provvedimento legislativo la cui applicazione – a venti anni dal suo varo – versa in profondo stato comatoso. Il numero dei convegni, dei seminari di aggiornamento, delle associazioni di (veri o presunti) cultori della materia, dei così detti “*professionals*” (si allude a quei commercialisti e avvocati che arrivano a cumulare 15-20 incarichi in altrettanti organismi di vigilanza), dei siti internet dedicati all'argomento, delle pubblicazioni con pretese di “scientificità” surclasse – facendolo impallidire se non addirittura scomparire – quello delle annotazioni degli illeciti amministrativi dipendenti da reato effettuate dai pubblici ministeri lungo la penisola»⁷⁰. Che il diritto previsto dal d.lgs. n. 231/2001 viva nei convegni e nelle riviste, nei consigli di amministrazione di alcune società di grandi dimensioni e nelle università – non nelle aule di giustizia – è un'affermazione dalla quale davvero non si può dissentire. I dati non lasciano spazio a dubbi: in pressoché tutti i circondari italiani il decreto è del tutto inapplicato; in quello che è «indubabilmente – l'avamposto nazionale delle indagini nella materia in oggetto»⁷¹, Milano, le iscrizioni sono poco più che un paio di decine (38 nel 2015, 46 nel 2016, 29 nel 2017).

⁶⁹ CORSO, *Responsabilità dell'ente da reato non punibile per particolare tenuità del fatto*, in *Ipsa Quotidiano*, 24 marzo 2015; FRANZIN, *Meccanismi premiali e responsabilità dell'ente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 430.

⁷⁰ BERNASCONI, *Requiem per il «231»?», in Arch. n. proc. pen.*, 2021, 296. Sulla mancata applicazione del decreto v. anche RENZETTI, *La responsabilità amministrativa dipendente da reato degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: le ultime questioni sul tappeto*, in *Giur. comm.*, 2023, 349.

⁷¹ BERNASCONI, *Requiem*, cit., 296 (dal quale sono tratti anche i dati sulle iscrizioni).

Varie sono le ragioni. Si è detto che la «dissemmata proliferazione legislativa dei reati presupposto» e il timore che l'annotazione dell'illecito dell'ente possa comportare l'allungamento dei tempi del processo sono delle cause che hanno indotto gli inquirenti a disinteressarsi del decreto⁷². L'affermazione è condivisibile, ma pare ragionevole credere che ci siano anche altre, più rilevanti, ragioni. Forse è la stessa configurazione del sistema 231/2001 a non essere di facile metabolizzazione per la magistratura. Nel processo penale l'imputato del quale si chiede la condanna è la persona che si ritiene essere responsabile dell'illecito; a torto o a ragione, l'ente del quale si dovrebbe chiedere la condanna non viene percepito come il reale responsabile dell'illecito, la cui stessa struttura, del resto, non è ancora chiara. È stata superata dal legislatore nel 2001, non dai magistrati che hanno popolato le aule nel ventennio successivo, la «pregiudiziale ideologica - *rectius*, una pregiudiziale che non è esagerato definire di natura quasi-teologica - volta ad escludere per sé la possibilità di imputare un reato (direttamente o indirettamente, ma soprattutto direttamente) alla persona giuridica. Tale esclusione deriverebbe necessariamente dalla *Natur der Sache*, ovvero dalla 'incapacità naturale', ontologicamente radicata, della persona giuridica, in quanto non-uomo, ad essere attinta dall'*ethos* che impregna il rimprovero penale»⁷³. E dove è mancata questa opinione, è comparso il convincimento, peraltro nemmeno irragionevole, «diffuso in diverse Procure della Repubblica, che, rispetto a realtà aziendali piccole o medie, il procedimento contro l'imprenditore/datore di lavoro sia sufficiente a soddisfare istanze preventive e repressive (mentre il ricorso anche alle sanzioni verso l'ente finirebbe per dar vita, sostanzialmente, a un *bis in idem*)»⁷⁴ che finirebbe per danneggiare soprattutto dei terzi (dipendenti, fornitori, investitori, clienti, amministratori estranei).

Una ragione meno ideologica va forse ricercata nell'assenza di una disciplina legislativa che regola il processo. Come si è visto, la scelta del legislatore è stata quella di rimettere al singolo operatore il compito di stabilire le regole da applicare. All'omessa regolamentazione del legislatore, i magistrati hanno ri-

⁷² Così BERNASCONI, *Requiem*, cit., 296.

⁷³ La citazione è tratta da PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1516.

⁷⁴ 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, 967.

sposto in modo analogo: con l'inerzia. Non è casuale che dopo oltre vent'anni, le pronunce della Corte di Cassazione sulle disposizioni del d.lgs. n. 231/2011 siano pochissime, quasi tutte relative alle misure cautelari. Nello stesso periodo probabilmente sono state formulate più massime sull'arresto in flagranza che non sull'intera disciplina processuale del decreto. La pronuncia di un giudice di merito di Modena o di Udine diviene un evento da celebrare in convegni e riviste. La Corte costituzionale non ha fornito un contributo maggiore: il testo legislativo offrirebbe ai giudici la possibilità di porre al Giudice delle leggi una serie innumerevole di questioni; eppure di magistrati inclini a indossare la veste di rimettenti non se ne trovano. Il numero di pronunce della Corte sul d.lgs. n. 231/2001, appena più di un paio⁷⁵, testimonia la molto esangue vitalità di un testo legislativo celebrato nelle biblioteche e negli studi legali, negletto nei tribunali.

L'opinabilità delle conclusioni a cui questa manciata di disposizioni permette di giungere e la ritrosia nell'applicazione della disciplina hanno fatto sì che la delega che il legislatore aveva conferito alla magistratura di elaborare un sistema di regole di accertamento non sia stata, di fatto, esercitata: il processo agli enti non esiste nelle disposizioni legislative, né nelle norme elaborate dalla giurisprudenza. Il circolo si è poi autoalimentato: privi della guida del legislatore, sprovvisti delle indicazioni giurisprudenziali, i magistrati inquirenti sono restati immoti. L'incessante estensione del catalogo dei reati presupposto non ha fatto altro che aumentare esponenzialmente il tasso di ineffettività. E d'altra parte, cosa sarebbe accaduto se il decreto fosse stato invece applicato? L'inserimento tra i reati presupposto del reato di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili è poco coerente con la logica del decreto, ma tutto sommato sarebbe stato innocuo. L'inserimento dei delitti tributari⁷⁶, indubbiamente in linea con lo spirito del d.lgs. 231/2001, avrebbe portato alla contestazione di svariate migliaia di illeciti, che avrebbe dato il definitivo colpo di grazia a una giustizia penale al collasso da troppi decenni. Forse, prima di pensare alla responsabilità degli enti, sarebbe stato necessario risolvere i colossali problemi della giustizia penale. Ed invece di anno in anno si affastel-

⁷⁵Le pronunce, tutte di inammissibilità, sono Corte cost., 18 luglio 2014, n. 218, cit.; Corte cost., 18 luglio 2014, n. 218, in *Giur. cost.*, 2011, 3196, con nota di MARANDOLA, *Sulla validità costituzionale del regime delle notificazioni all'ente effettuate al rappresentante legale imputato del medesimo reato*, Corte cost., 27 luglio 2011, n. 249, in *Cass. pen.* 2012, 469.

⁷⁶D.l. 26 ottobre 2019, convertito con modifiche in l. 19 dicembre 2019, n. 157.

lano disposizioni senza minimamente considerare il contesto in cui dovrebbero operare.

L'incrocio tra la disciplina dei delitti contro la pubblica amministrazione, continuamente rivisitata senza tener conto delle difficoltà probatorie che determinate scelte legislative comportano, con il d.lgs. 231/2001, una delega alla giurisprudenza a elaborare le regole del processo, è l'emblema del velleitarismo del legislatore italiano, convinto che i problemi che la realtà pone possano essere risolti con la promulgazione delle leggi.