

LA SOCIETÀ (NON) PUNIBILE: DEL COME
E DEL PERCHÉ *

Enrico Basile **

Criminalia
Annuario di scienze penalistiche

in disCrimen dal 26.1.2023

THE (NON) PUNISHABLE CORPORATION: ON HOW AND WHY

The recent Italian criminal law reforms adopting a stick and carrot approach towards human beings, produce significant interpretation and enforcement issues in respect of the extension of such provisions to corporate criminal liability. In light of the barrier to such extension deriving from article 8 of the Legislative Decree 231/2001, this paper aims to find the ways to overcome the said obstacle, either through a judgment by the Constitutional Court or by means of a law reform, based on the kind of exemption from punishment to apply to the corporation, bearing however in mind the criminal policy criticalities related to non-punishment in the field of economic and financial crime.

KEYWORDS Corporate criminal liability – Exemption from punishment – Punishability – Legislative Decree 231/2001

SOMMARIO 1. La (non) punibilità e il ‘sistema 231’. – 2. Il (rinnovato) dibattito sull’art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001. – 3. I (limitati) margini di manovra del Giudice delle leggi. – 4. Le (controverse) prospettive di riforma. – 5. Verso una (nuova) «*gabella delicti*»?

1. La (non) punibilità e il ‘sistema 231’

Il d.lgs. n. 231 del 2001 segna un’importante svolta nell’ordinamento italiano, con il superamento (sostanziale, sebbene non formale) del dogma *societas delinquere non potest*. Il Maestro che si onora ha significativamente contribuito alla genesi del richiamato *corpus* normativo¹ e, durante i primi lustri di vigenza, ne è stato autorevole interprete².

* Contributo destinato al volume C. PIERGALLINI-G. MANNOZZI-C. SOTIS-C. PERINI-M. SCOLETTA-F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2023.

** Ricercatore a tempo determinato nell’Università Bocconi di Milano.

¹ Il prof. Carlo Enrico Paliero è stato componente della commissione, istituita con d.I. 15 novembre 2000, per l’attuazione dell’articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300, che aveva delegato il Governo a introdurre la responsabilità sanzionatoria amministrativa delle persone giuridiche e di altri enti sprovvisti di personalità giuridica. I lavori del richiamato organismo ministeriale, presieduto dal dott. Giorgio Lattanzi, sono alla base del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

² Limitando i riferimenti ai contributi apparsi su riviste scientifiche, si vedano: C.E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. merito*, 2001, pp. 845 ss.; ID., *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1516 ss.; ID., *La società assolta per il reato dei “vertici”: una sentenza “apripista”. Responsabilità*

Trascorso oltre un ventennio dal varo della disciplina in materia di responsabilità amministrativa da reato degli enti, è senza dubbio giunto il momento dei bilanci e non mancano voci critiche che da tempo denunciano l'ineffettività del dettato legislativo, più vivo nei convegni accademici anziché nelle aule di giustizia, nonostante il continuo e spesso irrazionale ampliamento del catalogo dei reati-presupposto³. Se alcune carenze congenite del d.lgs. n. 231 del 2001 hanno certamente compromesso la fioritura di tale sottosistema preventivo/repressivo della criminalità d'impresa⁴, sono altresì riscontrabili fattori disnomici a livello prasseologico⁵.

Il dibattito teorico-pratico si è da ultimo concentrato sulle vicende della punibilità della *personne morale* al cospetto della rinuncia dell'ordinamento alla pretesa punitiva nei confronti dell'autore del *predicate crime*, per effetto di meccanismi premiali connessi a condotte *lato sensu* riparatorie e/o collaborative, ovvero per la tenuità offensiva dell'illecito. La questione ha acquisito notevole rilievo in conseguenza di numerosi interventi del legislatore, improntati a logiche *stick and carrot*, non soltanto in peculiari settori della legislazione complementare, ma anche tramite istituti di parte

dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?, in *Soc.*, 2010, pp. 473 ss.; ID., *Bowling a columbine: la Cassazione bersaglia i basic principles della corporate liability*, in *Soc.*, 2011, pp. 1075 ss.; ID., *Dieci anni di corporate liability nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Soc.*, 2011, suppl. al n. 12, pp. 5 ss.; ID., *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, in *Soc.*, 2014, pp. 474 ss.; ID., *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una "gabella delicti"?*, in *Soc.*, 2015, pp. 1285 ss.; ID., *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, pp. 175 ss.

³ In argomento v. G. AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d. lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo. Tracce di una razionalità inesistente*, in *Leg. pen.*, 23 maggio 2016, p. 6; M. CERESA GASTALDO, *Legalità d'impresa e processo penale. I paradossi di una giustizia implacabile in un caso su dieci*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2019; C. PIERGALLINI, *La "maggiore età" della responsabilità dell'ente: nodi ermeneutici e pulsioni di riforma*, in *Arch. pen.*, 1, 2021, pp. 1 ss.

⁴ Per quanto concerne i limiti alla componente di prevenzione del 'rischio-reato' dell'ente si consideri la facoltatività dell'adozione da parte dei destinatari della normativa sulla *corporate liability* di un modello di organizzazione e gestione (delineato dall'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001).

Sul versante degli ostacoli strutturali alla repressione merita di essere posto in risalto soprattutto il regime non obbligatorio dell'esercizio dell'azione punitiva da parte del pubblico ministero (a differenza di quella penale *ex art. 112 Cost.*), secondo l'interpretazione prevalente che deriva dall'etichetta formalmente amministrativistica della responsabilità da reato degli enti ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001.

⁵ C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 532, lucidamente individua quali fattori inquinanti del 'sistema 231' a livello pratico la «mancata o difforme applicazione territoriale» e la «prevalente ideologia 'ammennicolare', in forza della quale il decreto viene percepito come un 'accessorio' da 'liquidare' quanto prima, anche attraverso prassi disinvolute» (corsivi nel testo).

generale del codice penale (v. *infra*, n. 2)⁶. I termini del problema sono riassumibili nel seguente interrogativo: l'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001 costituisce barriera insormontabile ai fini dell'estensione alla persona giuridica delle cause di non punibilità delle quali può beneficiare l'autore del reato-presupposto?

La risposta al quesito appena formulato è affermativa ad avviso della maggioranza degli interpreti e della prevalente giurisprudenza, escludendosi — sulla scorta di robusti argomenti d'ordine letterale e sistematico — che l'autonomia della 'responsabilità 231' possa essere inficiata dalla premialità eventualmente riconosciuta alla persona fisica⁷. Occorre tuttavia sottolineare come sotto l'ampio e variopinto mantello

⁶ Cfr., tra i contributi più recenti, F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sist. pen.*, 19 gennaio 2019; R. BARTOLI, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco*, in *Sist. pen.*, 29 marzo 2021; cui *adde*, in prospettiva anche sociologica, C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, Torino, 2021.

⁷ In senso preclusivo rispetto alla possibilità di scalfire il carattere autonomo della responsabilità dell'ente, cristallizzato nell'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001, si vedano — in generale — A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, pp. 223 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 231/2001*, 2^a ed., Milano, 2010, pp. 144 ss.; e, con specifico riferimento al problema qui considerato, V. VALENTINI, *Il diritto penale dei segni distintivi*, Pisa, 2018, p. 161; C. PIERGALLINI, *Premialità*, cit., p. 549; nonché, volendo, E. BASILE, *Recenti riforme penal-tributarie e responsabilità degli enti. Controverse ricadute di una svolta politico-criminale*, in *Riv. dir. trib.*, 2021, p. 18.

Possibilisti — pur auspicando un intervento del legislatore — si mostrano, tra gli altri, R. BARTOLI, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in *Sist. pen.*, 3/2020, pp. 220 ss.; F. GIUNTA, *L'ente non punibile. Prendendo spunto dall'evasione fiscale riparata*, in *disCrimen*, 5 ottobre 2020, p. 5 (ambedue con riguardo alla non punibilità *ex art.* 13 d.lgs. n. 74 del 2000) ed E. SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2, 2020, pp. 189 ss. (a proposito dell'oblazione nelle contravvenzioni, ma formulando considerazioni di più ampio respiro). A sostegno dell'estensione agli enti della causa di non punibilità *ex art.* 131-bis c.p. sono apertamente schierati P. CORSO, *Responsabilità dell'ente da reato non punibile per particolare tenuità del fatto*, in *Ipsos Quotidiano*, 24 marzo 2015; A. SCARCELLA, *C'è ancora spazio per la responsabilità dell'ente se il fatto è di particolare tenuità?*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2016, pp. 119 ss.; per quanto concerne l'istituto di cui all'art. 168-bis c.p. v. invece M. RICCARDI-M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversione dell'ente?*, in *Dir. pen. cont.*, 10, 2017, pp. 47 ss.

La giurisprudenza di legittimità è monolitica nella negazione dell'applicabilità alla *societas* della norma di favore connessa alla particolare tenuità del fatto: v., da ultimo e per tutte, Cass. pen., sez. III, 15 gennaio 2020 (ud. 10 luglio 2019), n. 1420, ric. PM in proc. Autotrasporti Benedetti, in *Sist. pen.*, 19 febbraio 2020, con nota di F. FURIA, *La Cassazione ribadisce che l'art. 131-bis c.p. non esclude la responsabilità da reato degli enti*. Maggiormente frastagliato il quadro a proposito della 'messa alla prova': fino alla più recente presa di posizione della Corte regolatrice nella sua più autorevole composizione (v. *infra*) si sono registrate sporadiche pronunce di merito favorevoli all'estensione dell'art. 168-bis c.p. alla *personne morale*: v. Trib. Modena, sez. G.I.P., giud. Romito, ord. 11 dicembre 2019, in *Giur. pen. web*, 10, 2020, con nota di G. GARUTI-C. TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale di Modena ha ammesso la persona giuridica al probation*; Trib. Bari, sez. I, giud.

della non punibilità siano ricomprese disposizioni assai eterogenee tra loro, quanto a presupposti e condizioni applicative⁸: da una parte si collocano ipotesi in cui il fatto reato non è sottoponibile a pena in virtù della ridotta carica lesiva oppure per effetto di comportamenti di riparazione dell'offesa; dall'altra vanno annoverate le fattispecie di collaborazione processuale e di *diversion* nelle quali il 'premio' è imperniato su una condotta dell'imputato funzionale all'accertamento dei fatti da parte dell'autorità giudiziaria, ovvero alla dimostrazione di resipiscenza del reo.

La dicotomia testé illustrata – pur essendo rinvenibili modelli ibridi⁹ – rappresenta a ben vedere elemento decisivo ai fini della valutazione di comunicabilità all'ente delle esenzioni punitive previste per la persona fisica. Posto che la scelta sul bisogno/meritevolezza di pena in capo al legislatore costituisce essenziale prerogativa politico-criminale¹⁰, è sulla medesima dorsale che occorre muoversi nella prospettiva della *personne morale*, una volta chiarito in che modo superare il limite *ex art.* 8 d.lgs. n. 231 del 2001.

Per procedere lungo la traiettoria così delineata conviene anzitutto ripercorrere il recente dibattito sull'autonomia della responsabilità dell'ente (*infra*, n. 2.), individuando quindi i possibili correttivi allo sbarramento dell'art. 8 cit. con riguardo alle

Coscia, ord. 22 giugno 2022, in *Giur. pen. web*, 7-8, 2022, con nota di F. MARTIN, *Procedimento con messa alla prova e D.lgs. 231/2001: quale futuro per l'ente?*. *Contra* Trib. Milano, sez. XI, giud. Corbetta, ord. 27 marzo 2017, in *Giur. pen. web*, 9, 2017, con nota di M. MIGLIO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova non si applica alle persone giuridiche*; Trib. Bologna, uff. G.I.P., giud. dott. Gamberini, ord. 10 dicembre 2020, in *Giur. pen. web*, 12, 2020, con nota di L.N. MEAZZA, *Messa alla prova e persone giuridiche: una nuova pronuncia del Tribunale di Bologna*; Trib. Spoleto, giud. Cercola, ord. 21 aprile 2021, in *Giur. pen. web*, 9, 2021, con nota di V. DROSI-A. DI PRIMA, *Messa alla prova per l'ente: brevi note ad una recente ordinanza del Tribunale di Spoleto*. Da ultimo le Sezioni Unite del S.C. – investite in via principale della questione controversa circa la legittimazione del procuratore generale ad impugnare l'ordinanza che ammette l'imputato alla messa alla prova (cfr. Cass. pen., sez. IV, ord. 23 marzo-21 aprile 2022, n. 15493, inedita) – hanno riconosciuto al pubblico ministero la facoltà di ricorrere per cassazione avverso il provvedimento ammissivo emesso ai sensi dell'art. 464-*bis* c.p.p. e si sono espressamente pronunciate in senso preclusivo rispetto all'applicabilità dell'istituto *ex art.* 168-*bis* c.p. con riferimento agli enti di cui al d.lgs. n. 231 del 2001: v. Cass. pen., sez. un., 27 ottobre 2022, n.r.g. 10903/2021, ric. PM in proc. Società La Sportiva S.p.A., inf. provv., in www.cortedicassazione.it.

⁸ In generale v. M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1735.

⁹ Si pensi all'art. 168-*bis* cpv., c.p., che ai fini della 'messa alla prova' contempla anzitutto la realizzazione di condotte riparatorie e il risarcimento del danno da reato. Tra le cause di non punibilità, l'art. 323-*ter* c.p. richiede non soltanto la collaborazione con l'autorità giudiziaria, ma anche la «messa a disposizione» (diretta o per equivalente) delle utilità ritratte dal delitto denunciato.

¹⁰ M. ROMANO, «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 39.

suindicate macrocategorie di esimenti (tenuità dell'offesa/riparazione *vs.* collaborazione/*diversion*: *infra* nn. 3.-4.). Nella dimensione di *Kriminalpolitik* uno spunto senza dubbio interessante è peraltro ricavabile dalla legislazione antitrust, ove è stata di recente introdotta una speciale causa di non punibilità di tipo schiettamente collaborativo, modellata sulla falsariga di una disposizione della c.d. *legge spazzacorrotti*. Sarà infine possibile, nel tirare le fila del discorso, svolgere qualche considerazione in merito alle opportunità e ai rischi derivanti dall'eventuale innesto di siffatte norme di favore nel 'sistema 231' (*infra*, n. 5.).

2. Il (rinnovato) dibattito sull'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001

I molteplici interventi legislativi degli ultimi anni in tema di non punibilità per reati sovente riportabili al *numerus clausus* di disposizioni incriminatrici che innescano la responsabilità della *personne morale* hanno rivitalizzato le dispute ermeneutiche intorno all'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001, rubricato «Autonomia delle responsabilità dell'ente». La richiamata previsione – tra le più dibattute del 'microcosmo 231'¹¹ – stabilisce, da un lato (co. 1, lett. *a*), che la persona giuridica risponde dell'illecito amministrativo dipendente da reato anche quando l'autore di quest'ultimo rimane ignoto o non è imputabile e, dall'altro (co. 1, lett. *b*), prescrive l'irrilevanza ai fini dell'addebito *ex d.lgs. n. 231 del 2001* di cause estintive del reato-presupposto diverse dall'amnistia (ipotesi ulteriormente disciplinata dai commi 2 e 3 del medesimo art. 8).

Tralasciando la spinosa questione dell'identificazione/imputabilità della persona fisica che realizza il *predicate crime*, cui pure il Maestro che si onora ha dedicato acute riflessioni¹², in questa sede l'attenzione sarà focalizzata sul meccanismo di persistente

¹¹ Si vedano, con varietà di accenti sulla centralità della norma nel 'sistema 231' e circa le incongruenze della stessa, G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 113; A. GARGANI, *Individuale e collettivo nella responsabilità della società*, in *Studi Senesi*, 2006, p. 273; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 204; O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 139; M. BELLACOSA, *Commento all'art. 8 d.lgs. 231/2001*, in M. LEVIS-A. PERINI (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2014, 216; più di recente, V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, pp. 310 ss.; F. CONSULICH, *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. Prospettive di riforma dell'art. 8, in Resp. amm. soc. ed enti*, 4, 2018, p. 205.

¹² Cfr. C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 27; ID., *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e*

responsabilizzazione dell'ente al cospetto di un illecito penale estinto o comunque non punibile, così da produrre un «*decumulo unilaterale* in danno della *societas*»¹³.

La generale irrilevanza delle cause di estinzione del reato-presupposto (ad eccezione, come detto, dell'amnistia) nell'ottica del d.lgs. n. 231 del 2001 è coerente con l'approccio personalistico dello *ius terribile* (sancito, per quanto qui rileva, dall'art. 182 c.p.)¹⁴ e risulta funzionale a logiche general-preventive, in chiave di deterrenza, sicché la *ratio* normativa appare nel complesso plausibile e non determina eccessive perplessità con riferimento a svariati istituti di per sé estranei alle dinamiche sanzionatorie della persona giuridica (morte del reo, sospensione condizionale della pena, perdono giudiziale e – sia pure con qualche difficoltà – remissione della querela¹⁵). I problemi si manifestano invece rispetto ad altre (vecchie e nuove) ipotesi estintive del reato contemplate dal Libro I del codice penale (prescrizione, oblazione nelle contravvenzioni, condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p., sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato ai sensi dell'art. 168-bis c.p.), ovvero da disposizioni settoriali (reati societari ex artt. 2627, 2628, 2629, 2633 c.c.), non esportabili *sic et simpliciter* nel sottosistema punitivo degli enti. Ulteriori dubbi interpretativi ammantano poi le cause di non punibilità prive di efficacia estintiva e incidenti piuttosto sulla possibilità di irrogare in concreto la sanzione penale (tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis c.p., collaborazione processuale ex art. 323-ter c.p. per taluni delitti contro la PA, pagamento del debito tributario giusta art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000 in relazione alle disposizioni incriminatrici ivi enumerate), anch'esse valevoli solo per il reo e incomunicabili alla *societas* nonostante possano applicarsi a reati-presupposto della responsabilità di quest'ultima.

Le esigenze del presente lavoro sconsigliano di scrutinare il meccanismo che estingue l'illecito amministrativo *ex crimine* in conseguenza del mero decorso del

sistematici, in G.A. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di "giustizia punitiva"*, Torino, 2004, p. 23.

¹³ C. PIERGALLINI, *Premialità*, cit., p. 539 (corsivo nel testo).

¹⁴ Cfr. G. DE SIMONE, *I profili*, cit., p. 116; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 210; M. BELLACOSA, *Commento*, cit., p. 226; M. SCOLETTA, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in G. CANZIO-L. CERQUA-L. LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, 2ª ed., Padova, 2016, p. 873.

¹⁵ Nonostante lo sbarramento dell'art. 8, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 231 del 2001 rispetto all'efficacia estintiva dell'istituto della remissione di querela, l'ente ne beneficia comunque sotto il profilo della (im)procedibilità del relativo illecito amministrativo dipendente da reato (*arg. ex art. 37 d.lgs. n. 231 del 2001*). Sul tema v., per tutti, A. ALESSANDRI-S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, I, Torino, 2018, pp. 121 ss., nt. 70.

tempo, sia in ragione della presenza di un'apposita e non poco oscura disposizione in materia (art. 22 d.lgs. n. 231 del 2001)¹⁶, sia perché – sotto il profilo pratico – la recente e travagliata riforma della prescrizione penale (che ne determina il sostanziale allungamento)¹⁷ produrrà verosimilmente il netto ridimensionamento delle evenienze di estinzione del reato-presupposto con permanenza di un addebito imprescrittibile a carico dell'ente.

Di maggiore interesse risultano invece i rimanenti casi nei quali, sulla scorta di valutazioni squisitamente politico-criminali, il legislatore opta per la rinuncia *tout court* alla pretesa punitiva (non sempre accompagnata dalla formale estinzione del reato o della pena), a fronte – come detto – dell'esiguità lesiva del fatto o di condotte *lato sensu* 'riparatorie' (tra le quali annoverare, per comodità classificatoria, anche l'oblazione¹⁸), ovvero in presenza di comportamenti 'collaborativi' (di carattere processuale o sotto forma di *diversion*).

Si giunge così alla cruciale domanda, anticipata nel paragrafo che precede, circa la superabilità dello sbarramento costituito dall'art. 8, co. 1, lett. *b*), d.lgs. n. 231 del 2001 rispetto all'estensione delle ricordate norme di favore alla persona giuridica, chiamata altrimenti a rispondere per un illecito amministrativo dipendente da un reato monco della fondamentale componente sanzionatoria. Se dal punto di vista della *Kriminalpolitik* è difficile contestare gli argomenti favorevoli all'applicabilità nei

¹⁶ Per una rassegna delle questioni problematiche sulla 'prescrizione 231' si rinvia a R. BORSARI, *art. 22. Prescrizione*, in G. FORTI-S. SEMINARA-G. ZUCALÀ (diretto da), *Commentario breve al Codice penale*, 5ª ed., Milano, 2017, pp. 2635 ss.; P. FURLOTTI, *Art. 22. Prescrizione*, in A. CADOPPI-G. GARUTI-P. VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino 2010, pp. 292 ss.; E. SCAROINA, *La società al cospetto del tempo: il regime della prescrizione dell'illecito amministrativo dipendente da reato nel d.lg. n. 231 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 2110 ss.; cui *adde*, volendo, E. BASILE, *La prescrizione nel d.lgs. n. 231 del 2001 al crocevia delle garanzie domestiche e sovranazionali*, in *Soc.*, 2018, pp. 213 ss.

¹⁷ L'istituto della prescrizione è stato interessato da incisivi interventi del legislatore, che ha ritocato disposizioni del codice penale e di quello di rito nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra pressanti istanze punitive e garanzia di ragionevole durata del processo. Le riforme in materia hanno avuto cadenza biennale, al variare delle maggioranze parlamentari delle ultime legislature: dalla c.d. riforma Orlando (l. n. 103 del 2017) si è passati alla 'legge spazzacorrotti' (l. n. 3 del 2019), per poi stemperare il rigorismo di quest'ultima tramite la c.d. riforma Cartabia (l. n. 134 del 2021). Cfr., in generale, M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Pol. dir.*, 2021, pp. 598 ss.; P. MOSCARINI, *L'istituto della prescrizione ed il "giusto processo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, pp. 1446 ss.; sui riverberi del nuovo assetto normativo nel 'microcosmo 231' v. invece M. GAMBARDELLA, *I riflessi della nuova disciplina dell'improcedibilità (art. 344-bis c.p.p.) nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, in *Cass. pen.*, 2022, pp. 309 ss.

¹⁸ Sulla controversa natura sostanziale/processuale dell'istituto dell'oblazione e sulle connesse difficoltà di inquadramento dogmatico v., di recente, E. SCAROINA, *Prospettive*, cit., pp. 195 ss.

confronti dell'ente di esimenti delle quali può beneficiare il reo¹⁹, sul piano letterale e sistematico una simile ermeneutica poggia su fondamenta assai fragili.

La tesi interpretativa che distingue tra cause estintive del reato in senso stretto (non estensibili alla *personne morale* a mente dell'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001) e cause di non punibilità (che sarebbero invece applicabili, nel silenzio della legge, alla persona giuridica)²⁰ non convince per un duplice ordine di ragioni.

In primis, l'approccio in esame appare eccessivamente formalistico laddove fa dipendere dalla mera collocazione topografica (*rectius*, dall'etichetta dogmatica, non di rado equivoca²¹) la natura di una data disposizione di favore, nonostante gli effetti sostanzialmente identici sul piano punitivo. Posto che lo *ius terribile* ruota – anche etimologicamente – intorno alla pena²², il venir meno di essa connota in modo pregnante tutte le fattispecie in discorso, sicché una disciplina differenziata sulla base della sola qualificazione giuridica dell'esimente si risolverebbe in una irragionevole disparità di trattamento, in palese contrasto con l'art. 3 Cost., *a fortiori* considerando che per questa via si ammetterebbe la prevalenza dell'illecito ex d.lgs. n. 231 del 2001 a scapito degli istituti che incidono sull'astratta punibilità (cause di estinzione del reato) e non su quelli che la elidono concretamente (cause di non punibilità *stricto sensu*).

In secondo luogo, indipendentemente dalla rispettiva 'etichetta' dogmatica, molteplici esimenti (si pensi all'ipotesi di 'messa alla prova' ex art. 168-*bis* c.p. tra le cause estintive del reato, oppure al trattamento premiale previsto ai sensi dell'art. 323-*ter*

¹⁹ In aggiunta a notazioni ispirate alla parità di trattamento tra persona fisica e giuridica (*a fortiori* sottolineando che all'epoca del varo del d.lgs. n. 231 del 2001 non erano concepibili i successivi interventi normativi in tema di punibilità secondo la logica *stick and carrot*) è stato acutamente osservato che «la peculiare struttura dell'illecito dell'ente e le ragioni empirico-criminologiche che la sorreggono legittimerebbero l'introduzione di speciali ipotesi di decumulo della responsabilità in favore della *societas*»: così C. PIERGALLINI, *Premialità*, cit., p. 549. Analoghe considerazioni di opportunità politico-criminale, anche in ottica di proporzione sanzionatoria, sono formulate da E. SCAROINA, *Prospettive*, cit., pp. 201 ss.

²⁰ Cfr., all'indomani dell'introduzione dell'art. 131-*bis* c.p., P. CORSO, *Responsabilità*, cit.; A. SCARCELLA, *C'è ancora spazio*, cit.

²¹ Per l'enucleazione di criteri strutturali dai quali desumere l'incidenza di una norma sulla meritevolezza di pena (indipendentemente dal dato letterale e dalla collocazione topografica) si vedano M. ROMANO, art. 44, in ID., *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3^a ed., Milano, 2004, pp. 476 ss.; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1190 ss.

²² Sul punto v., di recente, G. MANNOZZI, *Il "castigo": dimensione terminologica e meta-significati giuridici. Una lettura a partire dalle radici protoindoeuropee della lingua del diritto*, in *Il castigo. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena, Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 3, 2021, pp. 74 ss.

c.p., che esclude la concreta punibilità per determinati delitti contro la PA) richiedono condotte collaborative ritagliate sulla persona fisica e non sempre adattabili all'ente²³, che in caso di automatica estensione delle norme di favore ne potrebbe beneficiare anche senza aver apportato alcun contributo meritevole di 'premio', così frustrando il sottostante *rationale* politico-criminale.

Neppure l'interpretazione analogica può colmare la lacuna in esame, sebbene sia agevole postulare l'identità di *ratio* tra la disciplina della punibilità dell'autore del reato-presupposto e le dinamiche sanzionatorie della *personne morale*: il carattere eccezionale delle esimenti preclude invero l'analogia (compresa quella *in bonam partem*) a mente dell'art. 14 disp. prel. c.c., il che rende impraticabile in ottica sistematica un simile approccio²⁴.

Prima di procedere lungo le uniche strade percorribili per conseguire l'obiettivo di parificare – nei limiti del possibile – il trattamento premiale tra persona fisica e giuridica (*infra*, nn. 3. e 4.), conviene traguardare il problema da un'ulteriore angolazione, al lume dei criteri ascrittivi dell'addebito fissati dal d.lgs. n. 231 del 2001.

La ricostruzione teorica maggioritaria in dottrina – autorevolmente prospettata dal Maestro cui il presente contributo è dedicato e con importanti riscontri giurisprudenziali – si muove entro il magmatico orizzonte del concorso di persone e reputa configurabile un illecito plurisoggettivo tra autore del reato-presupposto ed ente, sia pure con un coefficiente psicologico differenziato (dolo/colpa penalisticamente intesi per l'essere umano e colpa di organizzazione in capo alla *personne morale*)²⁵.

²³ In senso analogo cfr. R. BARTOLI, *Una introduzione alla responsabilità punitiva degli enti*, in *Sist. pen.*, 25 ottobre 2021, p. 16.

²⁴ G. VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, p. 606; egualmente G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 8ª ed., Milano, 2019, p. 85. Per lo sviluppo dell'argomento sia permesso rinviare di nuovo a E. BASILE, *Recenti riforme*, cit., p. 18.

²⁵ C.E. PALIERO, *La responsabilità penale*, cit., pp. 17 ss.; ID., *La società punita*, cit., pp. 1536 ss.; sostanzialmente conforme, in giurisprudenza, Cass. pen., sez. un., 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008), n. 26654, ric. Fisia Impianti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1746 ss., con nota di V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente sentenza delle Sezioni Unite*. Analoga impostazione plurisoggettiva è adottata da O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 122; A. ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in *Ind. pen.*, 2005, pp. 1016 ss.

A. MELCHIONDA, *Brevi appunti sul fondamento "dogmatico" della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi*, in F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest*, cit., pp. 230 ss., richiama invece la categoria delle forme di manifestazione del reato, con più ampi margini di autonomia per l'illecito della *personne morale*.

Parzialmente differente, ma pur sempre riconducibile al modello para-concorsuale, la tesi che configura l'autonomo illecito dell'ente *sub specie* omesso impedimento del reato-presupposto: cfr. V. MONGILLO, *La responsabilità*, cit., p. 140.

La richiamata impostazione non risolve tuttavia il problema dell'estensione delle cause di non punibilità, in quanto l'art. 119 c.p. consente l'applicazione a tutti i correi delle sole circostanze *oggettive* che escludono la pena (co. 2), ma non anche di quelle *soggettive* (co. 1). Poiché le esimenti qui considerate hanno sovente natura soggettiva (si pensi ad esempio alla collaborazione *ex art. 323-ter c.p.*²⁶), la comunicabilità alla persona giuridica 'concorrente' sarebbe giocoforza preclusa in simili evenienze, persino volendo trascurare lo sbarramento letterale costituito dall'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001 (per sé espressivo, al pari di altre norme di tale sottosistema, di una vistosa deroga alle comuni regole sulla compartecipazione criminosa).

Neppure conduce a risultati appaganti una diversa tesi dottrinale – dotata di crescente seguito nella giurisprudenza ordinaria e costituzionale – che enfatizza l'autonomia dell'illecito dell'ente e, negli approdi più avanzati, giunge a qualificare il reato-presupposto come fattore condizionante la risposta punitiva²⁷: degradata la condotta penalmente rilevante della persona fisica a condizione obiettiva di punibilità per la *societas*, potrebbe nondimeno concludersi nel senso della rimproverabilità di quest'ultima quando il fatto-reato non è in concreto sanzionabile, di nuovo facendo leva sull'art. 8 cit. e su considerazioni di *Kriminalpolitik*.

Non sorprende, in definitiva, constatare la necessità di correttivi *esogeni* (della

²⁶ Sulla natura di causa personale sopravvenuta di non punibilità dell'art. 323-ter c.p. (*ergo* inapplicabile ai concorrenti eventuali estranei alla collaborazione, nonché agli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001) v., per tutti, C. BENUSSI, *art. 323-ter*, in E. DOLCINI-G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, II, 5ª ed., Milano, 2021, p. 1029.

²⁷ A sostegno della tesi 'autonomista' cfr. M. PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli "punitivi" e prospettive di efficienza*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 365, il quale ritiene configurabile a carico della *personne morale* un illecito omissivo colposo d'evento; distingue in modo ancor più netto la responsabilità della *societas* da quella dell'autore del reato-presupposto G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, p. 345.

Nel medesimo solco ermeneutico si è quindi affermato che, rispetto all'"illecito 231", «il reato-presupposto (...) [costituisce] condizione obiettiva di punibilità (ruolo ben coerente con la non controversa circostanza che di per sé il deficit organizzativo dell'ente non è soggetto a sanzione alcuna...)»: così F. MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 442.

Lo stesso Giudice delle leggi, pronunciandosi sull'annosa questione dell'impossibilità di costituirsi parte civile nel processo a carico della persona giuridica, ha escluso che l'illecito di quest'ultima (da qualificare alla stregua di una «fattispecie complessa») sia identificabile con il reato-presupposto: Corte cost., sent. 9-18 luglio 2014, n. 218, pres. Cassese, red. Lattanzi, in *www.cortecostituzionale.it* (punto 2.2. *cons. dir.*). In senso conforme, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., sez. VI, 5 ottobre 2010 (dep. 22 gennaio 2011), n. 2251, ric. Fenu, in *CED Cass.*, rv. 248791-01; nonché, più di recente, Cass. pen., sez. VI, 25 gennaio 2018 (dep. 17 luglio 2018), n. 33044, ric. Locuratolo, in *CED Cass.*, rv. 273772-01.

Corte costituzionale o del legislatore) allo scopo di razionalizzare il sistema, apparendo nel complesso insoddisfacenti i rimedi *endogeni* sul piano ermeneutico.

3. I (limitati) margini di manovra del Giudice delle leggi

La condivisibile esigenza di rimodellare il regime di comunicabilità delle esimenti tra persona fisica e giuridica passa – come accennato – dall'intervento della Consulta oppure dall'iniziativa di riforma legislativa. Sebbene entrambe le modalità di superamento del limite di cui all'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001 siano equivalenti sotto il profilo dell'efficacia formale, conviene analizzarle partitamente distinguendo tra le macrocategorie di esimenti qui considerate (tenuità dell'offesa/riparazione *vs.* collaborazione/*diversion*), sulla scorta delle differenze di natura sostanziale tra una declaratoria di incostituzionalità e la revisione della norma ad opera del legislatore.

Iniziando dall'*iter* che coinvolgerebbe il Giudice delle leggi, non è affatto difficile congetturare una questione di legittimità costituzionale da sollevare in un procedimento a carico di una *societas*, (quantomeno) per violazione del canone di eguaglianza-ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost., in relazione alla mancata estensione di talune cause estintive del reato e di non punibilità della persona fisica all'ente imputato. Ad essere sospettato di incostituzionalità sarebbe evidentemente l'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001, nella parte in cui esclude la comunicabilità alla *personne morale* di esimenti applicabili al reo.

Superati (in ipotesi) senza sforzo i limiti di rilevanza e non manifesta infondatezza della q.l.c. testé abbozzata, il Giudice delle leggi sarebbe chiamato a scrutinare la descritta disparità di trattamento e, qualora la ritenesse irragionevole, dovrebbe dichiarare la norma censurata costituzionalmente illegittima. Un simile esito non risulterebbe certo sorprendente in base all'attuale giurisprudenza della Consulta, che ha abbandonato senza eccessive remore il *self-restraint* dei decenni trascorsi, valorizzando appieno il proprio ruolo di *gatekeeper* a presidio dei valori supremi dell'ordinamento ed evitando di invocare (l'alibi del)l'*horror vacui* allo scopo di circoscrivere al massimo gli interventi demolitori.

Una recente e assai significativa sentenza in materia di sanzioni amministrative si è misurata a viso aperto con il problema del vuoto normativo conseguente all'accoglimento di un'eccezione di incostituzionalità²⁸. Ad avviso della Corte quest'ultima

²⁸ Corte cost., sent. 10 giugno-23 settembre 2021, n. 185, pres. Coraggio, red. Modugno, in

evenienza non è «preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale»²⁹ (onde evitare ‘zone franche’ sottratte al sindacato di conformità alla Carta fondamentale) e spetta al legislatore provvedere alla rimodulazione della disciplina, a valle dell’espunzione della norma dal quadro ordinamentale, dovendo frattanto i «giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione»³⁰.

L’unico limite all’incontrastata prevalenza di una pronuncia ablativa della sanzione (o della «strutturazione del trattamento punitivo») *contra Constitutionem* è configurabile nell’eventualità in cui si determinino «“insostenibili vuoti di tutela” per gli interessi protetti dalla norma incisa (sentenza n. 222 del 2018): come, ad esempio, quando ne derivasse una menomata protezione di diritti fondamentali dell’individuo o di beni di particolare rilievo per l’intera collettività rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali»³¹. In tali ipotesi sarà quindi necessario emettere una sentenza c.d. manipolativa che individui soluzioni sanzionatorie diverse, non necessariamente ‘a rime obbligate’, ferma l’insormontabile barriera per interventi di tipo ‘creativo’³².

Ragioni di aderenza all’oggetto del presente lavoro non consentono di procedere oltre nella disamina del *dictum* della Consulta, né di vagliarne le profonde implicazioni sistematiche, che contribuiscono a ridisegnare il ruolo del Giudice delle leggi coerentemente con l’“attivismo” che ha caratterizzato la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni³³.

Volendo invece traslare l’approccio della Corte dei diritti fondamentali alla ipotetica q.l.c. relativa all’art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001 (riguardante non una sanzione *stricto sensu*, bensì la «strutturazione del trattamento punitivo»), occorre soffermarsi su due

www.cortecostituzionale.it. La Consulta ha dichiarato illegittima la sanzione amministrativa fissa di cinquantamila euro, a carico dei concessionari del gioco e dei titolari di sale giochi e scommesse, per la violazione degli obblighi di avvertimento sui rischi di dipendenza dal gioco d’azzardo, ai sensi del combinato disposto dei commi 5 e 6, secondo periodo, dell’art. 7 d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (c.d. decreto Balduzzi), conv. con modif. in l. 8 novembre 2012, n. 189.

²⁹ Corte cost., sent. n. 185 del 2021, cit., punto 3. *cons. dir.* (richiamando testualmente precedenti della giurisprudenza costituzionale).

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

³³ In argomento v. L. TOMASI, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *Sist. pen.*, 4 ottobre 2021; R. PINARDI, *L’horror vacui nel controllo di costituzionalità su misure di carattere sanzionatorio (note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 2021)*, in *Nomos*, 3, 2021, pp. 1 ss.

questioni in progressione logica: *i)* se il venir meno della denunciata disparità di trattamento tra persona fisica e giuridica possa determinare un ‘insostenibile vuoto di tutela’; *ii)* quale sia, in tal caso, la soluzione da adottare (anche ‘a rime sciolte’).

Il primo corno del problema risulta di non facile soluzione, benché appaia a prima vista plausibile la riduzione *sic et simpliciter* dell’area applicativa del sottosistema sanzionatorio degli enti, senza con ciò menomare diritti individuali, né sguarnire di protezione rilevanti interessi collettivi. A siffatta lettura minimalista in punto di conseguenze dell’eliminazione dei vincoli alla comunicabilità delle esimenti dal reo alla *personne morale* si può tuttavia obiettare che la criminalità d’impresa rappresenta una grave forma di aggressione alla collettività e – soprattutto – che la responsabilizzazione degli enti in via *autonoma* rispetto ai propri esponenti costituisce adempimento di *precisi obblighi sovranazionali e internazionali* a carico dell’ordinamento italiano³⁴.

Diviene dunque indispensabile misurarsi con l’esigenza di identificare una soluzione alternativa nell’evenienza di rimozione ad opera della Consulta del limite contenuto nell’art. 8, co. 1, lett. *b)*, d.lgs. n. 231 del 2001, anche tramite una sentenza ‘manipolativa’: siffatta operazione di ingegneria genetica sul disposto normativo – ancorché sottratta alla ferrea metrica delle ‘rime obbligate’ – incontrerebbe pur sempre quale sbarramento il divieto di interventi ‘creativi’ del Giudice delle leggi.

Alla luce delle suddette coordinate ermeneutiche di rango *super*-primario è possibile tracciare il perimetro dell’auspicato intervento demolitorio della Corte costituzionale.

Nessun dubbio che le cause estintive del reato e di non punibilità aventi *matrice*

³⁴ A riprova del carattere ‘derivato’ da obblighi sovranazionali/internazionali del d.lgs. n. 231 del 2001 basti ricordare che la relativa legge-delega (l. n. 300 del 2000) recava «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».

Si consideri poi che dalla dimensione eurounitaria (specie nell’assetto istituzionale *post*-Lisbona, con le nuove competenze penalistiche UE) sono pervenuti significativi *input* sulla responsabilizzazione degli enti (autonoma e cumulativa rispetto a quella delle persone fisiche) in relazione a molteplici *figure criminis*: tra i reati-presupposto del d.lgs. n. 231 del 2001 si possono ad esempio etichettare come ‘euro-illeciti’ gli abusi di mercato, i fatti di *money laundering* e le frodi fiscali (con peculiari caratteristiche e limitatamente all’IVA).

oggettiva e connesse a condotte riparatorie o all'esiguità dell'offesa siano estensibili alla persona giuridica senza determinare un 'insostenibile vuoto di tutela'. Ne segue che – tralasciando la rispettiva 'etichetta' dogmatica – gli istituti di parte generale di oblazione nelle contravvenzioni, riparazione del danno *ex art. 162-ter c.p.* ed esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto giusta *art. 131-bis c.p.* dovrebbero essere sempre applicabili all'ente, come pure le speciali ipotesi di estinzione di taluni reati societari (*artt. 2627, 2628, 2629, 2633 c.c.*) e la non punibilità conseguente al pagamento del debito tributario ai sensi dell'*art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000*.

Mentre in caso di esiguità lesiva basterebbe accertare la non abitualità dell'illecito della *societas* (indipendentemente dalla ricorrenza di tale requisito in capo alla persona fisica che abbia realizzato il *predicate crime*), per le rimanenti fattispecie schiettamente riparatorie la *personne morale* sarebbe chiamata a prestazioni patrimoniali in nulla distinguibili da quelle del reo (e nella prassi sovente eseguite con risorse della prima a vantaggio del secondo³⁵), sicché la comunicabilità del meccanismo premiale non presenta inconvenienti di sorta.

A differenti conclusioni occorre invece giungere con riguardo alle residue esimenti qui considerate (collaborazione *ex art. 323-ter c.p.* e sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato a mente dell'*art. 168-bis c.p.*, che comunque non dovrebbe essere concessa per più di una volta alla persona giuridica anche qualora gli autori dei reati-presupposto variassero nel corso del tempo). Nei casi di condotte collaborative o di *diversion*, inoltre, l'estensione delle norme di favore alla *societas* dovrà giocoforza tener conto delle peculiarità di quest'ultima, ché altrimenti lucrerebbe automaticamente il beneficio in mancanza di qualsivoglia comportamento meritevole di 'premio' e addirittura senza la facoltà di incidere sulle autonome scelte processuali del reo e sull'effettiva ottemperanza delle prescrizioni a suo carico, venendo in sostanza l'ente accomunato alle sorti dell'imputato persona fisica secondo le cadenze del *simul stabunt, simul cadent*.

D'altro canto, la definitiva preclusione per una pronuncia 'manipolativa' della Consulta, che individui 'a rime sciolte' gli adempimenti cui la persona giuridica sarebbe tenuta per conseguire la non punibilità nelle richiamate fattispecie, deriva dalla mancanza nell'ordinamento di soluzioni alternative atte a colmare la lacuna

³⁵ In questi termini, con specifico riferimento alla responsabilizzazione degli enti nel comparto dei reati fiscali, A. INGRASSIA, *Il bastone (di cartapesta) e la carota (avvelenata): iniezioni di irrazionalità nel sistema penale tributario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 315.

determinata dall'ipotetica eliminazione secca del limite fissato dall'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001³⁶. Come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza di merito che ha ritenuto applicabile l'art. 168-*bis* c.p. all'illecito dell'ente, l'art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001 «stabilisce un trattamento sanzionatorio più mite nell'ipotesi in cui, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, l'ente realizzi le cd. condotte riparatorie; la messa alla prova ha un oggetto ben più ampio, contemplando pure l'affidamento al servizio sociale per un programma che può comprendere attività di volontariato di rilievo sociale nonché la prestazione di pubblica utilità»³⁷.

La concreta identificazione dei contenuti della *diversion* (e lo stesso vale – *a fortiori* – per la condotta collaborativa di cui all'art. 323-*ter* c.p.) con riguardo alla persona giuridica sarebbe insomma rimessa alla discrezionalità giudiziale, così introducendo surrettiziamente un meccanismo 'creativo' della norma, come tale precluso tanto al Giudice delle leggi, quanto a quello comune.

In aggiunta alle suesposte notazioni di tipo logico-formale sul sistema delle fonti del diritto, è possibile invocare un ulteriore e decisivo argomento contrario alla rimozione dello sbarramento fissato dall'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001 ad opera della Corte costituzionale nelle ipotesi *de quibus*: in mancanza di cogenti parametri legali sulle modalità di affidamento al servizio sociale è inevitabile un elevato grado di incertezza (anche sotto il profilo territoriale) circa l'esatto contenuto delle relative prescrizioni, il che renderebbe oltremodo problematica la scelta del procedimento alternativo in parola da parte della persona giuridica. L'incertezza risulterebbe finanche maggiore – e intollerabile per un agente razionale qual è di regola la *societas* – con riferimento alla 'collaborazione' processuale richiesta dall'art. 323-*ter* c.p., tanto più considerando l'ineliminabile componente discrezionale di simili istituti premiali³⁸.

Non rimane dunque che rivolgersi al legislatore per eliminare radicalmente l'irragionevole disparità di trattamento tra persona fisica e giuridica in punto di esimenti che contemplino la *diversion* o condotte di tipo collaborativo.

³⁶ Nel medesimo ordine d'idee R. BARTOLI, *Una introduzione*, cit., p. 16. In giurisprudenza cfr., con varietà di accenti, Trib. Milano, ord. 27 marzo 2017, cit.; Trib. Bologna, ord. 10 dicembre 2020, cit.; Trib. Spoleto, ord. 21 aprile 2021, cit.

³⁷ Così Trib. Bari, ord. 22 giugno 2022, cit.

³⁸ Ancora attuali le considerazioni sul punto di C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, pp. 455 ss.

4. Le (controverse) prospettive di riforma

Sebbene la produzione normativa dei decenni trascorsi in tema di responsabilità da reato degli enti lasci molto a desiderare sotto il profilo della qualità redazionale e delle sottostanti opzioni politico-criminali, l'iniziativa di riforma del d.lgs. n. 231 del 2001 rappresenta – come visto – passaggio obbligato (quantomeno) per la macrocategoria di norme di favore slegate dal parametro della ridotta offensività e non subordinate a prestazioni di natura esclusivamente patrimoniale.

Con precipuo riferimento ai meccanismi di *diversion*, utili paradigmi possono essere tratti dalle esperienze di ordinamenti stranieri, ove sono da tempo contemplati istituti che incentivano comportamenti *post factum* di carattere non soltanto riparatorio, ma anche preventivo di futuri illeciti³⁹. Accanto alle finalità tipiche della c.d. diversione processuale si pongono talvolta scopi di carattere investigativo, ove un profilo premiale è ricollegato alla collaborazione prestata nell'accertamento di fatti criminosi e/o nell'individuazione delle persone fisiche responsabili (compresi gli esponenti della *societas* che decide di cooperare con le autorità)⁴⁰.

Esigenze di sintesi non consentono di ripercorrere il serrato dibattito politico-criminale sviluppatosi in Italia sulla possibile introduzione di analoga normativa in tema di *diversion*/collaborazione a beneficio delle persone giuridiche⁴¹, pur essendo chiaro che l'eventuale estensione all'ente delle previsioni contenute negli artt. 168-*bis* e 323-*ter* c.p. sottende le medesime questioni di opportunità.

Per quanto concerne in particolare la 'messa alla prova', l'applicazione alla *personne morale* dell'istituto codicistico concepito per le persone fisiche pone in primo luogo il problema delle modalità di affidamento al servizio sociale e dell'esatta individuazione delle connesse prescrizioni, al di fuori del (mero) risarcimento del danno

³⁹ Una dettagliata e aggiornata rassegna dei modelli di 'giustizia negoziata' per la *corporation* nei sistemi giuridici statunitense, britannico e francese è offerta da E. SCAROINA, *Prospettive*, cit., pp. 203 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

⁴⁰ V. MONGILLO, *Responsabilità delle società per reati alimentari. Spunti comparatistici e prospettive interne di riforma*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 4, 2017, p. 307, puntualmente rileva che negli USA (a differenza dei sistemi di *civil law*) «il focus delle autorità inquirenti sta cominciando a virare verso la responsabilità penale individuale, sebbene – di norma – in aggiunta a quella della *corporation*».

⁴¹ In senso favorevole all'introduzione di meccanismi di non punibilità della *personne morale* per effetto di condotte riparatorie/collaborative v. A. SCALFATI, *Punire o reintegrare? Prospettive minime sul regime sanzionatorio contro gli enti*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, pp. 7 ss.; D. VISPO, *Il procedimento a carico degli enti: quali alternative alla punizione?*, in *Leg. pen.*, 25 novembre 2019, pp. 1 ss.

Manifestano invece riserve sul crinale della *Kriminalpolitik*, anche alla luce delle prassi straniere, G. FIDELBO-R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4, 2016, pp. 9 ss.; V. MONGILLO, *La responsabilità*, cit., pp. 284 ss.

(*supra*, n. 3.). A ciò si aggiunge la non meno cruciale necessità di intraprendere un percorso ‘virtuoso’ che miri a prevenire la reiterazione di illeciti della specie di quello verificatosi, anche mediante idonee misure organizzative.

I suindicati caratteri del meccanismo di ‘*diversion 231*’ rendono manifesta l’ inadeguatezza del modello positivizzato nell’art. 168-*bis* c.p.: persino ammettendo che il comune servizio sociale (in ogni parte del territorio nazionale) sia dotato delle competenze tecnico-professionali necessarie a valutare e correggere la ‘devianza’ di un ente collettivo che esercita attività d’impresa, occorre nondimeno stabilire *ope legis* in cosa debbano consistere gli adempimenti trattamentali e – soprattutto – i criteri di scelta dei presidi di *compliance* per il futuro (ad esempio adottando/aggiornando ed efficacemente attuando modelli di organizzazione e gestione, come già ora prevede, in ottica rimediabile, l’art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001).

Una volta compiute – a monte – le scelte rientranti nella discrezionalità politico-criminale del legislatore, il successo della ‘messa alla prova’ per la *societas* dipenderà in larga parte – a valle – dalla concreta applicazione della normativa, con la necessità di investire anche nella formazione della magistratura (requirente e giudicante) ed eventualmente introdurre apposite linee-guida, così da circoscrivere al massimo i margini di incertezza del percorso di ‘*diversion 231*’.

Non meno delicato il compito di disciplinare i benefici per la *personne morale* che intenda collaborare con la giustizia, essendo al riguardo prospettabili numerose riserve, invero analoghe a quelle tradizionalmente avanzate a proposito del ‘pentitismo’ e di recente ribadite con riguardo alla c.d. *legge spazzacorrotti* (cui si deve l’introduzione della più volte richiamata causa di non punibilità speciale concernente taluni delitti contro la PA)⁴².

Per uscire dall’*impasse* vale ancora una volta il richiamo all’art. 3 Cost.: se determinate misure sono previste a beneficio della persona fisica, la mancata estensione alla *societas* richiede valide motivazioni per derogare al canone di eguaglianza-ragionevolezza, non essendo altrimenti accettabile una così vistosa e ingiustificata disparità di trattamento.

Risolto il problema dell’*an*, rimane la difficoltà circa il *quomodo* della ‘collaborazione’ dell’ente collettivo. Si è già osservato (*supra*, n. 3.) come l’automatica

⁴² In argomento v., anche per ulteriori riferimenti, F. CINGARI, *Sull’ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in *Leg. pen.*, 14 agosto 2019, pp. 21 ss.; F. FASANI, *La nuova causa di non punibilità per il pentito di corruzione*, in R. ORLANDI-S. SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Torino, 2019, p. 131.

estensione di una disciplina quale quella dettata dall'art. 323-ter c.p. possa produrre conseguenze addirittura paradossali sul piano della *Kriminalpolitik*, senza contare l'esigenza di incentivare comportamenti 'virtuosi' della *personne morale*.

A quest'ultimo proposito un valido spunto per l'auspicabile intervento di riforma è ricavabile dalla normativa in materia di concorrenza, benché tuttora priva di presidio penalistico *ad hoc*⁴³. Nel comparto antitrust è stata infatti recentemente introdotta (tramite il nuovo art. 31-*quater* l. 287 del 1990⁴⁴) una causa di non punibilità per molti versi sovrapponibile all'art. 323-ter c.p. (*rectius*, in rapporto di specialità reciproca con tale disposizione codicistica), allo scopo di proteggere da conseguenze penalistiche gli esponenti delle imprese che accedono ai c.d. *leniency*

⁴³ Sull'assetto sanzionatorio antitrust nell'ordinamento italiano, con precipuo riguardo alla scelta di non apprestare tutela penale alle disposizioni in materia di concorrenza contenute nella l. n. 287 del 1990, cfr. F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni nella legge "antitrust"*, in *Leg. pen.*, 1990, p. 613; V. MILITELLO, *La tutela della concorrenza e del mercato nella l. 10.10.1990 n. 287*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, pp. 646 ss.; L. FOFFANI, *Legislazione antitrust e disciplina delle partecipazioni al capitale di enti creditizi: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 884; più di recente A. CORDA, *Legislazione antitrust e diritto penale: spunti problematici in ambito europeo*, in *Criminalia*, 2009, pp. 499 ss.

⁴⁴ Si riporta, per comodità di consultazione, il testo dell'art. 31-*quater* l. n. 287 del 1990 (inserito nella 'legge antitrust' dal d.lgs. n. 185 del 2021 e rubricato «Interazione tra le domande di non applicazione delle sanzioni e le sanzioni imposte alle persone fisiche»):

«1. Non sono punibili gli attuali ed ex direttori, amministratori e altri membri del personale delle imprese, che in relazione alla partecipazione a un cartello segreto hanno commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 353, 353-*bis*, 354 e 501 del codice penale, se:

a) tali imprese hanno presentato all'Autorità o, per le fattispecie che ricadono nell'ambito di applicazione dell'articolo 101 del TFUE, alla Commissione europea o ad altra autorità nazionale di concorrenza di un Paese dell'Unione europea una domanda di non applicazione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15-*bis* della presente legge in relazione al medesimo cartello segreto e tale domanda soddisfa i requisiti di cui all'articolo 15-*bis*, comma 3, lettere b) e c), della presente legge;

b) gli attuali ed ex direttori, gli amministratori e gli altri membri del personale in questione collaborano attivamente a tale riguardo con l'autorità della concorrenza che persegue il caso;

c) tale domanda è stata presentata in un momento anteriore a quello in cui gli attuali ed ex direttori, gli amministratori e gli altri membri del personale in questione hanno avuto notizia che nei loro confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti;

d) gli attuali ed ex direttori, gli amministratori e gli altri membri del personale in questione collaborano attivamente a tale riguardo con il pubblico ministero, fornendo indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e individuare gli altri responsabili.

2. Se la domanda di non applicazione delle sanzioni è stata presentata alla Commissione europea o ad altra autorità nazionale di concorrenza di un Paese dell'Unione europea ai sensi del comma 1, lettera a), l'Autorità assicura il raccordo necessario tra il pubblico ministero e l'autorità che ha ricevuto la domanda.

3. È fatto salvo il diritto delle vittime che hanno subito un danno a causa dell'infrazione della legislazione sulla concorrenza di chiedere il pieno risarcimento di tale danno, ai sensi dell'articolo 33, comma 2, della presente legge e del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3».

programmes relativi a condotte anticompetitive (cartelli segreti), in attuazione della dir. (UE) 2019/1 (*direttiva ECN+*)⁴⁵.

Tralasciando la disamina dettagliata del richiamato disposto normativo (peraltro riferito a reati non ricompresi nel ‘catalogo 231’), il dato saliente e meritevole di risalto consiste piuttosto nel collegamento tra la domanda di ‘clemenza’ dell’impresa e l’operatività dello ‘scudo’ penalistico *de quo*. In altri termini, la disciplina sulla concorrenza richiede piena sinergia tra coloro che collaborano, tanto nel procedimento istaurato dall’AGCM a carico dell’ente, quanto con il Pubblico Ministero in sede penale per ciò che attiene alle persone fisiche.

La previsione in discorso dovrebbe quindi costituire la traccia per l’introduzione di una speciale causa di non punibilità applicabile alla *societas* che – spontaneamente e in ottemperanza ai requisiti fissati dall’art. 323-*ter* c.p. (ove si intenda mantenere siffatto modello) – decida di autodenunciarsi e fornire notizie utili alle indagini su reati contro la PA, avviando altresì iniziative (rimediali) di *compliance*, analogamente a quanto ipotizzato con riferimento alla ‘messa alla prova’ (v. *supra*).

Nonostante i rischi di possibile utilizzo distorto di un simile meccanismo premiale (per esempio selezionando in base a logiche di convenienza economica o di politica d’impresa gli esponenti aziendali da coinvolgere nella ‘collaborazione’ con l’autorità giudiziaria, in modo da sottrarli alle conseguenze punitive del reato perpetrato)⁴⁶, sarebbero comunque congetturabili vantaggi non soltanto in ottica di efficienza repressiva, ma anche dal punto di vista preventivo⁴⁷.

5. Verso una (nuova) «*gabella delicti*»?

I rapporti tra il macrocosmo della non punibilità e il ‘microcosmo 231’ sono – come precedentemente illustrato – densi di criticità dogmatiche e politico-criminali, una volta acclarata l’irragionevolezza dell’attuale disparità di trattamento fra persona fisica e giuridica.

⁴⁵ Per la disamina del nuovo disposto normativo e l’inquadramento nel sistema delle fonti – anche sovranazionali – in materia di ‘programmi di clemenza’ antitrust sia consentito rinviare a E. BASILE, *art. 31-quater l. 287/1990*, in R. CHIEPPA-F. ARENA (a cura di), *Codice della concorrenza*, Milano, 2023.

⁴⁶ Cfr. R. BARTOLI, *Una introduzione*, cit., p. 14; nonché *amplius* C. PIERGALLINI, *Premialità*, cit., p. 547.

⁴⁷ Tra i sostenitori dell’introduzione di un meccanismo premiale ricollegato alla ‘collaborazione’ e all’adozione di misure di *compliance* da parte della *personne morale* v., in particolare, F. CENTONZE-Mass. MANTOVANI, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in F. CENTONZE-Mass. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità “penale” degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, pp. 287 ss.

Il criticabile *status quo* derivante dalla formulazione dell'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001 impone pertanto l'adozione di correttivi strutturali, solo in parte realizzabili dalla Consulta tramite una pronuncia 'demolitoria' (*supra*, n. 3.) e per alcuni aspetti rimessi alla competenza esclusiva del legislatore (*supra*, n. 4.), che pure ha mostrato disinteresse per la posizione degli enti collettivi in sede di revisione (tramite la c.d. riforma Cartabia) degli istituti di cui agli artt. 131-*bis* e 168-*bis* c.p.

Al di là delle concrete modalità di intervento sulla disciplina di «Autonomia delle responsabilità dell'ente», rimane nondimeno controversa l'idea di 'scappatoie' *post delictum* (anche) per la *personne morale*, pur a fronte di condotte di riparazione e/o collaborazione della medesima.

Senza voler mettere in discussione la robustezza dell'argomento incentrato sull'art. 3 Cost., non possono essere taciuti i risvolti criminogeni di un simile assetto normativo: la prospettiva di impunità *à la carte* (soltanto nella – più o meno probabile – evenienza di addebiti) rende certamente appetibile la realizzazione di illeciti, soprattutto per l'*homo oeconomicus*, categoria sociologica di riferimento degli esercenti attività d'impresa, in forma individuale o (come più spesso accade) corporativa.

Sarebbe insomma da ripensare in profondità il complessivo approccio *stick and carrot* nella regolazione penalistica dell'economia, rispetto alla quale strumenti riparatori/collaborativi vengono sovente 'inquinati' da componenti opportunistiche, senza dubbio deleterie a partire dal piano della prevenzione (generale e speciale)⁴⁸.

Il Maestro che si onora ha condivisibilmente stigmatizzato, con riguardo a inammissibili automatismi nell'ascrizione di responsabilità *ex* d.lgs. n. 231 del 2001, il rischio di «eterogenesi dei fini, nella direzione della disnomia»⁴⁹. Identiche preoccupazioni valgono nella prospettiva (rovesciata, ma speculare) di estensione alla *societas* delle esimenti qui considerate, onde evitare che «la commissione di un reato da parte [di esponenti dell'impresa diventi null'altro] che un costo da pagare una volta scoperti, una sorta di *gabella delicti* eventualmente da esternalizzare»⁵⁰.

⁴⁸ Per lucide e disincantate riflessioni politico-criminali in tema di 'devianza' degli attori economici e sulle relative strategie di contrasto si rinvia a F. MUCCIARELLI, *Sanzioni e attività d'impresa: qualche nota*, in C.E. PALIERO-F. VIGANÒ-F. BASILE-G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, pp. 1145 ss. In prospettiva criminologica v. altresì A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., pp. 134 ss.

⁴⁹ C.E. PALIERO, *Soggettivo e oggettivo*, cit., 1291, a proposito del meccanismo di (pressoché inevitabile) 'immedesimazione' dell'ente nelle condotte criminose degli esponenti di vertice postulato da una parte della giurisprudenza sul d.lgs. n. 231 del 2001.

⁵⁰ *Ibidem*.