

PAOLO MOSCARINI

**LOTTA CONTRO LA CORRUZIONE
ED INCRIMINAZIONE DELLE PERSONE
GIURIDICHE**

SOMMARIO: Sezione prima: La questione della corruzione e la responsabilità penale societaria. – I.1. Le indicazioni degli Accordi internazionali. – I.2. La repressione della corruzione nell’ordinamento italiano: la struttura delle corrispondenti figure di reato ... I.3. ... e la questione della loro oggettività giuridica: a) la corruzione come “infedeltà” del funzionario e lesione del prestigio statale. – I.4. Segue: b) la corruzione come compravendita di pubblica funzione. – I.5. Segue: c) la corruzione come pregiudizio per il buon andamento e/o l’imparzialità della pubblica amministrazione. – I.6. Segue: d) la corruzione come fonte di perturbamento della libera concorrenza e del mercato. – I.7. Segue: e) la corruzione come fonte d’irragionevoli costi e di disfunzioni nelle istituzioni democratiche. – Sezione seconda: La punizione delle società. – II.1. La responsabilità dell’ente per illecito “dipendente da reato”: a) generalità. – II.2. Segue: b) la questione della sua natura giuridica. – Sezione terza: I canoni del procedimento penale delle società. – III.1. Generalità. – III.2. Il principio del giudice naturale ed il *simultaneus processus*. – III.3. L’ente come imputato ... III.4. ... e la questione della sua legittimazione passiva rispetto all’azione civile risarcitoria. – III.5. Sui casi d’inversione dell’onere probatorio. – III.6. Il sistema delle cautele interdittive. – III. L’obbligatorietà dell’azione penale.

Sezione prima
La questione della corruzione e la responsabilità penale societaria

I.1. Le indicazioni degli Accordi internazionali.

Se si esamina la serie delle Convenzioni mediante le quali, negli ultimi anni, si sono andate fornendo direttive agli Stati aderenti per la lotta contro la “criminalità d'affari” transnazionale - in primo luogo, avverso quella estrinsecantesi in condotte corruttive – un dato emerge inequivocabile: il collegamento fra l'intento repressivo concernente la tipologia di delinquenza considerata ed il comando alle Parti aderenti di prevedere, nell'ambito dei loro ordinamenti interni, forme di responsabilità delle persone giuridiche comportanti una loro diretta ed afflittiva “penalizzazione”.

Emblematico di simile tendenza risulta, anzitutto, il «*Secondo Protocollo alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee*»¹: nel *Preambolo*, vi si evidenzia – tra l'altro – l'«*esigenza di adattare, laddove necessario, le legislazioni nazionali per prevedere la responsabilità delle persone giuridiche nei casi di [...] corruzione attiva [...] compiuti a loro beneficio, che ledano o possano ledere gli interessi finanziari delle Comunità europee*»; e, all'art. 3, sotto la rubrica «*Responsabilità delle persone giuridiche*», s'impone ad ogni Stato membro di adottare «*[...] le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili [tra l'altro, d'illeciti della suddetta specie, se commessi] da persona che agisce individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica [...]*»; e che detiene in questa un «*posto dominante*», basato sul potere di rappresentanza o sull'autorità di prendervi decisioni o sull'esercizio, in seno alla medesima, d'un controllo (§ 1); tale responsabilità deve estendersi al caso in cui una simile infrazione sia stata resa possibile da carenza di sorveglianza o controllo attribuibile a taluno dei menzionati soggetti. Nell'art. 4 § 1, poi, si obbligano le Parti a far sì che la persona giuridica dichiarata responsabile «*[...] sia passibile di*

¹ Stabilito in base all'articolo K 3 del Trattato sull'Unione europea, approvato il 12 marzo 1999, in *Gazz. Uff.*, n C 1 del 19 luglio 1997, 12 ss.

sanzioni afflittive proporzionate e dissuasive», di natura penale oppure amministrativa; nel cui novero siano ricompresi – anche - l'esclusione dal godimento d'un vantaggio od aiuto pubblico, il divieto temporaneo o permanente d'esercitare un'attività commerciale, l'assoggettamento a sorveglianza giudiziaria e – perfino – un provvedimento giudiziario di scioglimento.

Analogamente, la «*Convenzione europea [...] relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea*»², pur non parlando *expressis verbis* di responsabilità delle società, sottintende implicitamente la rispettiva questione: all'art. 6, sotto la rubrica «*Responsabilità penale dei dirigenti delle imprese*», fa carico a ciascuno Stato di prendere «[...] le misure necessarie per consentire che i dirigenti delle imprese ovvero [le persone che] esercitino poteri decisionali o di controllo in seno ad un'impresa possano rispondere penalmente, secondo i principi stabiliti dal diritto nazionale, per gli atti di corruzione [...] commessi da persona soggetta alla loro autorità e per conto dell'impresa». Infatti, dalla *Relazione esplicativa* concernente tale ultima Convenzione³, si evince come sia stato ritenuto superfluo inserire nella *Medesima* una disposizione esplicita *de societate*: poiché l'anzidetto *Protocollo* già prevede la suindicata responsabilità, le Parti aderenti sono state considerate ormai tenute ad esaminare la corrispondente materia, in virtù di quanto precedentemente stabilito dal medesimo Strumento.

A sua volta, la «*Convenzione O.C.S.E. sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni internazionali*»⁴, all'art. 2, impone a ciascuno Stato membro di «[...] adottare le misure necessarie, secondo i propri principi

² Adottata «sulla base dell'art. K 3, paragrafo 2, lett c) del Trattato sull'Unione europea [...]», in *Gazz. Uff.* n. C 195 del 25 giugno 1997, 2 ss.

³ «*La convenzione non affronta invece direttamente il problema della responsabilità delle persone giuridiche. Al riguardo occorre però ricordare che il secondo protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari della Comunità prevede, all'articolo 3, un obbligo per gli Stati membri di introdurre forme di responsabilità delle persone giuridiche, tra l'altro, per i fatti di corruzione attiva che coinvolgono gli interessi finanziari della Comunità*» (*Relazione esplicativa della Convenzione relativa alla lotta alla corruzione nella quale sono coinvolti funzionari della Comunità europea o degli Stati membri dell'Unione europea*, in www.eur-lex.europa.eu).

⁴ *Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali*, approvata il 21 novembre 1997.

giuridici, per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche in caso di corruzione di un pubblico ufficiale straniero»

Ancor più esplicita la «*Convenzione penale sulla corruzione*»⁵; per il cui art. 18, recante la rubrica «*Responsabilità delle persone giuridiche*», ogni Stato contraente deve varare «[...] *le necessarie misure legislative e di altra natura per garantire che le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili dei reati di corruzione attiva [...] commessi per conto delle medesime da parte di qualsiasi persona fisica che agisca sia individualmente sia quale membro di un organo della persona giuridica che esercita un potere direttivo nel suo seno in base a [...] un potere di rappresentanza [della stessa, o] una facoltà decisionale a nome [della medesima, o] una facoltà di esercitar[vi] un controllo*»; simili provvedimenti occorre riguardino, altresì, l'ipotesi della «[...] *partecipazione di tale persona fisica a titolo di complice o di istigatore alla commissione*» dei medesimi reati (§ 1); nonché, quella nella quale «[...] *l'assenza di vigilanza o di controllo da parte di una persona fisica [di cui al § 1] ha reso possibile la commissione dei reati [ivi] menzionati [...] per conto della suddetta persona giuridica da parte di una persona fisica sottoposta alla sua autorità*» (§ 2). Più specificamente, poi, bisogna che le persone giuridiche considerate responsabili ai sensi dei precedenti §§ «[...] *siano passibili di sanzioni penali o non penali efficaci, proporzionate e dissuasive, ivi comprese le sanzioni pecuniarie*» (art. 19 § 2).

Ed ancora, la «*Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione*»⁶, all'art. 26, sotto la rubrica «*Responsabilità delle persone giuridiche*», prescrive ad ogni Parte di prendere «[...] *le misure necessarie, conformemente ai propri principi giuridici, al fine di stabilire la responsabilità delle persone giuridiche che partecipano ai reati stabiliti conformemente alla [...]*» stessa Convenzione (§ 1); tale responsabilità – che «*può essere penale, civile o amministrativa*» (§ 2) – deve però, comunque, comportare «[...] *sanzioni efficaci, proporzionate e*

⁵ *Convenzione sulla corruzione*, conclusa a Strasburgo il 27 gennaio 1999.

⁶ *Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione*, approvata il 9 dicembre 2003.

dissuasive di natura penale o non penale, comprese le misure pecuniarie»⁷.

Infine, il Consiglio dell'Unione europea, nella «*Decisione Quadro 2003/568/GAI, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*» (art. 5) ha parlato di «[...] *le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili degli illeciti [ricadenti nella suddetta nuova ipotesi di corruzione] commessi a loro beneficio da qualsiasi persona, che agisca individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica, la quale occupi una posizione dirigente in seno alla*» medesima, basata sul potere di rappresentarla, o di prendere decisioni per suo conto, o di esercitare un controllo in seno alla stessa (§ 1); uguale responsabilità, inoltre, deve sussistere anche «[...] *quando la carenza di sorveglianza o controllo da parte di uno dei soggetti [di cui al § 1] abbia reso possibile la perpetrazione [di uno dei menzionati illeciti] a beneficio della persona giuridica da parte di una persona soggetta alla sua autorità*» (§ 2); e occorre implichi, nel caso indicato dal § 1, la possibilità di «[...] *sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive [comprendendo] sanzioni pecuniarie di natura penale e non penale, ed eventualmente altre sanzioni*»; tra cui: *l'esclusione dal godimento di un vantaggio od aiuto pubblico, il divieto - temporaneo o permanente - di esercitare un'attività commerciale, l'assoggettamento a sorveglianza speciale o provvedimenti giudiziari di liquidazione*; e - nell'ipotesi configurata dal § 2 - «[...] *sanzioni o misure effettive, proporzionate e dissuasive*» (art. 6)⁸.

Ed allora, dalla evidenza dell'indicato collegamento, scaturisce immediata una domanda: cosa ha portato a stabilire, ad un livello normativo così elevato, che taluni fatti, per lo più configurati quali forme di corruzione, debbano comportare la

⁷ Quest'ultima Convenzione è stata ratificata e resa esecutiva dall'Italia con l. 3 agosto 2009, n. 116, che ha conseguentemente integrato l'art 322- bis comma 2 n. 2 c.p. (art. 3); nonché introdotto, nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, l'art. 25-novies («*Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria*») (art. 4) e, nel codice penale, gli artt. 740-bis («*Devoluzione ad uno Stato estero delle cose confiscate*») e 740-ter («*Ordine di devoluzione*»).

⁸ *Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003 relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*, in *Gazz. uff. dell'Unione europea*, 31 luglio 2003, L 192/55, 6 s.

punizione non solo del soggetto fisico che n'è autore, ma anche della persona giuridica, o della società, oppure (per usare il linguaggio del nostro legislatore) dell'"ente" a cui vantaggio il primo abbia agito? Cosa c'è d'insito, nella corruzione, da dover condurre ogni ordinamento nazionale ad ampliare in simile modo l'ambito dei destinatari della risposta sanzionatoria?

Bisogna – insomma – chiedersi se, in materia di corruzione, la tutela che ciascun sistema penale è chiamato ad assicurare non debba necessariamente estendersi, per un *quid proprium* connaturato al suo oggetto, fino a colpire *oltre* la sfera dell'individuo autore dell'infrazione; se – cioè – il *bene giuridico* che il sistema sanzionatorio deve proporsi di proteggere non comporti, inevitabilmente, una simile estensione.

A tal punto – dunque – si profila l'esigenza di riflettere ancora su d'una *vexata questio: l'oggettività giuridica dei delitti di corruzione*.

I.2. La repressione della corruzione nell'ordinamento italiano: la struttura delle corrispondenti figure di reato ...

Com'è noto, in Italia, l'ordinamento punisce sia la corruzione *passiva* – cioè, la condotta del funzionario che “si fa comprare”, ricevendo (od accettando la promessa di) una qualche utilità non dovutagli per una certa sua “prestazione” inerente all'ufficio ricoperto (cioè, l'agire del “corrotto”); sia la corruzione *attiva* – vale a dire, il comportamento di chi “compra”, dando o promettendo al pubblico ufficiale una qualche utilità per l'anzidetta sua “prestazione”⁹.

In particolare, già prima della novellazione operata con la l. 6 novembre 2012, n. 190, recante «*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione*», il nostro codice penale disciplinava la materia, principalmente, agli artt. 318, 319 e 320 (come già precedentemente modificati, rispettivamente, dagli artt. 6, 7 e 10 l. 26 aprile 1990, n. 86, recante, appunto, «*Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*»). Più specificamente, si prevedeva non solo la corruzione c.d.

⁹ Per tale classica concezione v., fra gli altri, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, V ed., II, Milano, 1966, 676 s.

“*propria*” – cioè, quella per un atto «*contrario ai doveri d’ufficio*» (art. 319) - ma anche quella c.d. “*impropria*” (vale a dire, per un atto ai medesimi obblighi conforme) (art. 318)¹⁰; e le rispettive condotte soggiacevano a sanzione sia che *precedessero* il compimento dell’atto riguardante la funzione (corruzione c.d. “*antecedente*”) sia che vi facessero seguito (corruzione c.d. “*sussequente*”); donde la – ben conosciuta – ripartizione della ipotesi delittuosa in discorso nelle quattro figure: “*propria antecedente*”, “*propria sussequente*”, “*impropria antecedente*”, “*impropria sussequente*”¹¹.

In ancora maggiore dettaglio, per quanto concerne la realizzazione delle corrispondenti fattispecie, va osservato come la corruzione antecedente, sia propria che impropria, *non postulasse l’effettivo compimento dell’atto “pattuito”* (rispettivamente: contrario oppure conforme ai doveri d’ufficio): il funzionario ed il suo corruttore sarebbero stati puniti solo che il primo avesse ricevuto (od accettato la promessa de) l’indebito beneficio, *ai fini* della prestazione “negoziata”; la quale, quindi, si presentava come oggetto di un vero e proprio *dolo specifico*¹².

Il quadro è parzialmente mutato a seguito della sopra citata l. n. 190 del 2012. Questa – tra l’altro -, con il comma 75 del suo art. 1, ha apportato significative modifiche al codice penale relativamente ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

In particolare, detto capoverso, alla lett. *f*, sostituendo la precedente versione dell’art. 318, ha mutato la configurazione della “corruzione impropria”, incriminando, come «*Corruzione per l’esercizio della funzione*», il fatto del «[...] *pubblico ufficiale che, per l’esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri,*

¹⁰ Su questa tradizionale distinzione v., per tutti, F. ANTOLISEI, *op. cit.*, II, 680 ss.

¹¹ V., ancora, F. ANTOLISEI, *loc. ult. cit.*

¹² «L’atto d’ufficio entra [...] in considerazione sotto il profilo soggettivo, cioè come oggetto del dolo, non sotto il profilo oggettivo: il compimento dell’atto d’ufficio non rientra nell’elemento oggettivo del reato e resta al di fuori dello schema materiale di questo. Invero, nella corruzione antecedente non rileva, agli effetti della consumazione del reato, che l’atto d’ufficio oggetto del pactum venga compiuto o meno: ciò che rileva è che il pubblico ufficiale riceva una retribuzione o ne accetti la promessa «per» compierlo (in questo si può ravvisare una forma di dolo specifico) [...]» (R. VENDITTI, *Corruzione (Delitti di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 757 s.).

indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa [...]».

In esito a tale operazione normativa, sembra essere venuta meno l'esigenza – precedentemente richiesta – d'una stretta ed immediata consequenzialità tra la dazione o l'offerta, da parte del terzo, di denaro o altra utilità ed il compimento o l'omissione, ad opera del funzionario, d'uno specifico atto conforme ai doveri del suo ufficio: basta – ora – che vi sia una generica afferenza di simile consegna od offerta alla funzione od al potere esercitato; onde l'illecito *de quo* par risultare di più facile accertamento sotto il profilo probatorio. In altri termini: dimostrata l'accettazione del bene o della sua promessa da parte del pubblico ufficiale, sarà bastevole – d'ora in poi – verificare una generica “compiacenza” o “non disfavore” nella conduzione della sua attività in rapporto al corruttore; senza che occorra più – anche – accertare l'esistenza di una precisa relazione di causalità tra il *pactum sceleris* ed un determinato atto dell'ufficio¹³.

¹³ Nel senso che la nuova figura «è in grado offrire una copertura normativa sia alle ipotesi di corruzione impropria [...] sia ai casi di corruzione per l'esercizio della funzione in cui è individuabile un accordo avente ad oggetto la “compravendita” dell'esercizio della funzione del pubblico agente senza riferimento dunque ad uno specifico atto» v. P. SEVERINO, *La nuova Legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 8. Conf. si è osservato: «Il primo, più evidente segno di differenziazione tra la vecchia e la nuova ipotesi di “corruzione impropria” è rappresentata dalla soppressione del necessario collegamento della utilità ricevuta o promessa con un atto, da adottare o già adottato, dell'ufficio, divenendo quindi possibile la configurabilità del reato anche nei casi in cui l'esercizio della funzione pubblica non debba concretizzarsi in uno specifico atto» (Cassazione, *Rel. n. III/11/2012. Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190, recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”*, a cura di G. ANDREAZZA, L. PISTORELLI e D. CARCANO, 3). Quindi, - contrariamente a quanto sostenuto nel corso dei lavori parlamentari (SEN. BALBONI, in *Senato della Repubblica. XVI legislatura. 812 a Seduta. Assemblea. Resoconto stenografico. 10 ottobre 2012*, 86) – non sembra affatto che sia stata eliminata la punibilità del pubblico ufficiale il quale riceva una retribuzione per un atto già compiuto: cfr., in questo senso, T. PADOVANI, *La “messa a libro paga” del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in AA. VV., *Legge anticorruzione: disciplina amministrativa e modifiche al codice penale*, suppl. a *Guida al dir.*, 2012, 104, secondo cui la locuzione «per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri» può essere letta indifferentemente in chiave finalistica od in chiave causale. Conf. v. anche: G. CASARTELLI – A. PAPI ROSSI, *Le misure anticorruzione. Legge 6 novembre 2012, n. 190*, Torino, 2013, 133; D. PULITANÒ, *Legge anticorruzione (L. 6*

E' rimasta invariata – per contro – la struttura secondo cui s'articola la fattispecie della "corruzione propria"; ma se n'è inasprito il trattamento sanzionatorio (v. art. 1 comma 75 lett. g)¹⁴.

Due ulteriori innovazioni appaiono poi particolarmente significative ai fini *de quibus*.

Anzitutto, la citata l. n. 190 (v. art. 1 comma 75 lett. d), sostituendo la precedente versione dell'art. 317 c.p., ha circoscritto la figura tipica del reato di concussione: ora risponde a questo titolo (restando soggetto ad una risposta sanzionatoria più afflittiva)¹⁵ «*Il pubblico ufficiale che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità [...]*»¹⁶; restano fuori da siffatta incriminazione,

novembre 2012, n. 190). Commento, in Cass. pen., 2012, suppl. al vol. LII, 9. Per uno spunto problematico cfr. L. CIARNIELLO, I delitti di concussione e corruzione, in A. MACRILLÒ (a cura di), I nuovi profili penali nei rapporti con la pubblica amministrazione. Alla luce della Legge anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190, Padova, 2013, 46, secondo cui è «[...] necessario definire, in sede interpretativa, se, come nella normativa previgente, la corruzione attiva impropria resti perseguibile solo nei casi in cui si tratti di corruzione antecedente oppure se, essendo venuta meno la distinzione tra corruzione impropria antecedente e corruzione impropria susseguente, il privato corruttore sarebbe oggi punibile in entrambi i casi»>>.

¹⁴ La pena della reclusione, già da due a cinque anni, va ora da quattro ad otto anni. Secondo Cassazione, *Relazione*, cit., 4, « [...] la sola corruzione propria continua oggi ad essere imperniata sul riferimento ad un atto dell'ufficio», [inducendo a rimeditare i precedenti] *approdi giurisprudenziali [...] tesi ad escludere la necessità di individuazione dell'atto* Nel senso che «*Ai fini della configurazione del delitto di corruzione propria, pur non dovendosi ritenere necessario individuare lo specifico atto contrario ai doveri d'ufficio per il quale il pubblico ufficiale abbia ricevuto somme di denaro o altra utilità non dovuta, occorre che dal suo comportamento emerga comunque un atteggiamento diretto in concreto a vanificare le funzioni mandatategli, poiché solo in tal modo può ritenersi integrata la violazione dei doveri di fedeltà, di imparzialità e di perseguimento degli interessi pubblici che sullo stesso incombono*» v. Cass., Sez. VI, 15 maggio 2008, Proc. Rep. Verona c. Glaxomithkline S. p. A., C.E.D. Cass., n. 241081.

¹⁵ La pena, già fissata nella reclusione da quattro a dodici anni, è ora quella, *eisdem generis*, da sei a dodici anni.

¹⁶ Nel senso che «*la previsione di cui all'art. 317 c.p. [...] viene limitata alle sole ipotesi in cui la condotta abusiva abbia determinato un effetto di costrizione in capo al privato*» v. P. SEVERINO, *op. cit.*, 9. Conf. si è osservato: «*L'originaria e unitaria fattispecie prevista nell'art. 317 c.p. e comprensiva tradizionalmente della condotta di costrizione e di induzione (intese quali modalità alternative di realizzazione del reato), oltre ad essere stata riferita esclusivamente al pubblico ufficiale e non più all'incaricato di pubblico*

quindi, sia il fatto omologo dell'incaricato di pubblico servizio (ricadente ora nell'estorsione aggravata)¹⁷ sia la c.d. "concussione per induzione"; mentre la corrispondente condotta ricade in una nuova ipotesi delinquenziale: l' «*Induzione indebita a dare o promettere utilità*», prevista nell'art. 319 – *quater*, inserito nel codice penale dall'art. 1 comma 75, lett. *d*, della legge testé menzionata.

In particolare, ai sensi di questa ulteriore disposizione incriminatrice, commette l'illecito in epigrafe, «*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro o altra utilità [...]*» (comma 1); ed è punito altresì, allo stesso titolo, «*[...] chi dà o promette denaro o altra utilità [...]*».

Dunque, tale ultima regolamentazione non si limita solo ad assorbire la precedente "concussione per induzione"; ma definisce altresì un'inedita figura di reato "a concorso necessario", punendo, a titolo d'"induzione indebita", non soltanto il funzionario "induttore", ma anche il terzo "indotto" abusivamente alla consegna od offerta.

Siffatta soluzione legislativa implica due conseguenze: essa, da un lato, avvicina il nostro ordinamento a taluni modelli stranieri, che già prevedevano, come figure delittuose distinte, tanto la *corruption* quanto la *bribery*¹⁸; dall'altro, semplifica

servizio come in passato, è stata ora circoscritta esclusivamente alla prima delle due condotte menzionate e cioè a quella di costrizione» (Cassazione, *Relazione*, cit., 6).

¹⁷ P. SEVERINO, *loc. ult. cit.*

¹⁸ «*[...] il legislatore ha inteso rispondere alle critiche rivolte in sede internazionale alla tradizione italiana di lasciare impunito il soggetto passivo che abbia ceduto alle pressioni esercitate da un funzionario pubblico, senza rinunciare del tutto a sanzionare più severamente le condotte, caratterizzate dal maggior disvalore insito nella costrizione, poste in essere dal funzionario stesso»* (L. CIARNELLO, *op. cit.*, 8; v., *ivi*, in nt. 12, le indicazioni del *Rapporto GRECO*, adottato nell'assemblea plenaria tenutasi a Strasburgo tra il 20 ed il 23 marzo 2012). A proposito della nuova figura di reato, la Suprema Corte ha precisato: «*L'induzione [...] sussiste quando, in assenza di qualsivoglia minaccia, vengano prospettate, da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, conseguenze sfavorevoli derivanti dall'applicazione della legge, per ottenere il pagamento o la promessa indebita di denaro o altra utilità»* (Cass., Sez. VI, 3 dicembre 2012, n. 3251, in *C.E.D. Cass.*, n. 253938; cfr. pure *Id.*, Sez. VI, 3 dicembre 2012, n. 7495, *ivi*, n. 254021).

l'accertamento di taluni determinati reati contro la pubblica amministrazione, perché, qualificando con un unico giudizio di disvalore e sanzionando entrambe le due condotte concorrenti - quella del funzionario e quella del terzo -, toglie a quest'ultimo la possibilità d'eccepire, per fini difensivi, d'essere stato spinto dal primo a dare o promettere, onde mutare la sua posizione da quella di "corruttore" a quella di "concusso".

Il quadro risulta poi ancor più articolato se si considera pure l'ulteriore fattispecie d'illecito penale, la «*Corruzione tra privati*», introdotta col recente provvedimento: stando al "nuovo" art. 2635 - come sostituito nel codice civile dall'art. 1 comma 76 l. n. 190 cit. - rispondono a tale titolo, «*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori [...]*» (comma 1), nonché i dipendenti sottoposti alla direzione o vigilanza d'uno dei soggetti ora indicati (comma 2), «*[...] che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o di altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società [...]*» (comma 1); allo stessa pena rispettivamente stabilita - secondo la qualità del "corrotto" - per il "soggetto apicale" oppure per il dipendente, risponde - altresì - «*Chi dà o promette denaro o altra utilità [...]*» (comma 3); inoltre, le pene sono aumentate per tutti fino al doppio nel caso di società con titoli quotati in mercati europei o diffusi tra il pubblico (comma 4); infine, le suddette condotte sono perseguibili a querela, «*[...] salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi*» (comma 5).

E' evidente - peraltro - come questa recente figura, nonostante il suo *nomen iuris*, si distingua nettamente dalle ipotesi di corruzione preesistenti: perché si perfezioni il delitto *de quo* non basta che il *praetium sceleris* sia promesso e accettato, occorrendo altresì il suo effettivo ricevimento, il compimento o l'omissione indebita dell'atto pattuito e il conseguente pregiudizio societario.

Data la ancor maggiormente variegata fisionomia così assunta dal sistema, risulta oggi ancor più difficile la *vexata questio*: quale sia il "bene giuridico" che le disposizioni descrittive le diverse forme di corruzione tendono a proteggere; verso quale "oggettività" - in altri termini - tali norme penali debbano considerarsi orientate.

I.3. ... e la questione della loro oggettività giuridica: a) la corruzione come “infedeltà” del funzionario e lesione del prestigio statale

Per un non recente orientamento¹⁹, le condotte riconducibili alle diverse forme di corruzione in tanto sarebbero punite in quanto il funzionario, lasciandosi “comprare”, verrebbe meno al suo *dovere di fedeltà* nei confronti della pubblica amministrazione nella quale egli è organicamente inserito.

Altro analogo indirizzo²⁰, poi, sostiene che il pubblico ufficiale, ricevendo l'indebita utilità od accettandone la promessa, manifesta una venalità tale da compromettere il *prestigio* dell'amministrazione stessa.

Entrambe le tesi risultano, oggi, pressoché integralmente abbandonate. Quanto alla prima, essa sembra risolversi in una petizione di principio, postulando la tutela penale di un dovere

¹⁹ In questo senso v. G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, II, *Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Bologna, 1950, 154. Conf. v. anche F. GIANNITI, *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, Milano, 1970, 166 s., al cui avviso « [...] se tutti i delitti di corruzione offendono l'interesse dello Stato – Amministrazione alla non vendita degli atti di ufficio o di servizio [...], tale interesse è offeso in via esclusiva soltanto dalla corruzione impropria, mentre la corruzione propria offende anche e soprattutto l'interesse dello Stato – Amministrazione alla fedeltà e alla imparzialità degli organi che perseguono fini pubblici». Del resto, lo stesso F. ANTOLISEI, *op. cit.*, II, 683, con riferimento alla corruzione propria, affermava: «Oggetto della tutela penale [...] è l'interesse generale al regolare funzionamento della pubblica Amministrazione, interesse che è gravemente offeso da quella forma di venalità che porta il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio a tradire il suo dovere di fedeltà alla Amministrazione stessa»; ed il R. VENDITTI, *op. cit.*, 753, a sua volta, sosteneva: «Lo Stato non può [...] tollerare un comportamento di tal genere [il *pactum sceleris*], che lede gravemente il suo interesse alla fedeltà e onestà dei pubblici funzionari [...]».

²⁰ Quanto all'incriminazione della corruzione impropria, F. ANTOLISEI, *op. cit.*, II, 680, le attribuisce il fine di «[...] evitare il danno che deriva all'Amministrazione dalla venalità dei soggetti ad essa preposti, venalità che, anche quando non porta al compimento di atti illegittimi, nuoce alla dignità e al prestigio dell'Amministrazione medesima, perché getta discredito e sospetto sul suo funzionamento». Conf. v., anche: F. GRISPIGNI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Roma, 1953, 55; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., V, a cura di P. NUVOLONE, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1982, 212 s.; R. PANNAIN, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1966, 114.

del quale non spiega le ragioni²¹. Più in generale, poi, - nel solco d' un autorevolissimo insegnamento richiamantesi a canoni collocati al rango primario nella gerarchia delle fonti giuridiche²² - si tende a considerare giustificate le norme incriminatrici *solo* in quanto poste a presidio di interessi o valori aventi rilevanza costituzionale; e - quindi - a cercare nella Carta fondamentale le "ragioni" d'ogni simile disposizione.

Pertanto, dal catalogo dei "beni" suscettibili d'assumere interesse penale si escludono tanto la fedeltà del pubblico ufficiale nei confronti dell'amministrazione quanto il prestigio di quest'ultima. Difatti, il richiamo a questi concetti è considerato come riflesso d'una concezione autoritaria e "statolatrica"; spiegabile, sì, in una prospettiva storica concernente gli obiettivi originariamente perseguiti dal legislatore fascista con il "codice Rocco"; ma non più accettabile nella prospettiva "personalista" e liberal-democratica d'una Costituzione che antepone la tutela dei diritti umani alla regolamentazione dei pubblici poteri²³.

²¹ «...] *dovere di ufficio e dovere di fedeltà, proprio in quanto «doveri» non sono «beni»: essi sono, piuttosto, «doveri» posti a presidio di taluni «beni» [:] quando si afferma che la corruzione comporta la violazione di un dovere di fedeltà o di un dovere di ufficio, ancora non si precisa alcunché intorno al bene tutelato dalle norme che incriminano la corruzione [...]. Analogamente troppo generico è riferirsi alla tutela del prestigio della pubblica amministrazione [:] ogni cattivo comportamento del pubblico funzionario (o del pubblico dipendente) lede o pone in pericolo il prestigio della pubblica amministrazione [...]*» (A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, 175 s.). Nello stesso senso v.: G. DE LUCA, *La corruzione impropria*, in A. SEGRETO - G. DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 273 ; B. MIRRI, *Corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, 431.

²² S'intende far qui riferimento all'autorevole e nota - ma non universalmente condivisa - concezione per la quale, poiché la Costituzione attribuisce un valore del tutto preminente alla libertà personale, «[...] *la massima restrizione [di tale prerogativa umana], qual è quella che si opera in via effettiva e potenziale [...] tramite la sanzione penale [:] non può essere posta in essere se non come estrema ratio*»; onde «[...] *l'illecito penale può concretarsi esclusivamente in una significativa lesione di un valore costituzionalmente rilevante*»(F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo dig. it.*, XIX, Torino, 1977, 15 s.).

²³ «*Il bene del prestigio, se in linea con i valori connotanti la pubblica amministrazione all'epoca del fascismo, appare, però nel nostro attuale*

Nondimeno, qualche dubbio lo suscita, una tale categorica esclusione di fedeltà del funzionario e prestigio dei pubblici poteri dal novero dei “beni” meritevoli di protezione alla luce delle regole che, nel nostro ordinamento, hanno preminenza giuridica. Difatti, è la stessa Carta repubblicana che, all’art. 54, – distinguendo nettamente tra la generalità dei cittadini e coloro, tra questi, cui «*sono affidate funzioni pubbliche*» - fa incombere sui primi, meramente, il « [...] *dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi*» (comma 1); sui secondi, più specificamente, quello di « [...] *adempiere [le suddette funzioni] con disciplina ed onore* [...]». Pertanto, - come si vede - né fedeltà allo Stato né prestigio della pubblica autorità sono affatto estranei al testo costituzionale; la prima – anzi – è sancita come contenuto d’una generale regola comportamentale gravante su tutti i titolari dello *status civitatis*; il secondo, poi, emerge come connotato obbligatoriamente qualificante l’agire dei funzionari nell’espletamento delle attribuzioni loro demandate²⁴.

Peraltro, è pur vero che il riferimento alla fedeltà od al prestigio suddetti non sembra soddisfare l’esigenza di definire l’oggettività giuridica delle diverse forme di corruzione; ma tale inidoneità discende da una differente ragione: a ben vedere, entrambi tali valori risultano compromessi in qualsiasi ipotesi di delitto d’un pubblico ufficiale contro la pubblica amministrazione (ad es.: nel caso di peculato non meno che in quello di concussione), onde il suddetto richiamo non par

sistema istituzionale, una formula vuota e generica, incapace di costituire autonomo oggetto di aggressione [...]. Le stesse considerazioni valgono rispetto alle opinioni che individuano il bene protetto nel dovere di fedeltà [...]» (G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 1988, 162).

²⁴ Cfr., in questo senso, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Artt. 314 – 335 c.p. Commentario sistematico*, Milano, 2006, 11 s. Secondo la dottrina costituzionalistica, «*La disciplina assume la sua massima estensione quando si tratti di dipendenti pubblici; quando invece si tratti di titolari di funzioni non soggetti a rapporto gerarchico (quali i parlamentari, i membri della Corte Costituzionale, i magistrati, ecc.) si accentuerà il rilievo dell’**onore** rispetto a quello della disciplina, senza tuttavia che quest’ultima scompaia completamente: si pensi al potere disciplinare cui sono soggetti gli stessi magistrati*» (R. TOSI, *Art. 54*, in V. CRISAFULLI – V. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 355). Sul tema cfr. pure: G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 196; L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, 1984, 184 ss.

consentire d'individuare la specifica *ratio*, il *quid proprium* delle incriminazioni operate dagli artt. 318 e 319 c.p.; non risulta tale, cioè, da permettere di scovare davvero il “bene” protetto dalle norme sulla corruzione²⁵.

Tanto meno – poi – l'invocare la fedeltà allo Stato od il prestigio di questo sembra poter spiegare la riconduzione ad illiceità penale della nuova “corruzione fra privati”: i soggetti considerati nei primi due commi del “novellato” art. 2635 c.c. non sono affatto (né sono penalmente considerati in quanto) titolari d'una pubblica potestà od incaricati d'un pubblico servizio: essi sono potenziali “attori” d'un “reato proprio” come gestori di un'attività squisitamente imprenditoriale e privatistica; dunque, per i medesimi parrebbe davvero insensato il richiamo ai due valori sanciti nel capoverso dell'art. 54 Cost.

E' pur vero che una qualche analogia tra il neonato illecito e le varie forme di corruzione “pubblica” potrebbe ravvisarsi nel fatto che il suddetto art. 2635, al comma 1, menziona, come condizione della responsabilità ivi prevista, la « [...] *violazione degli obblighi inerenti* [all'ufficio delle persone ivi considerate] *o degli obblighi di fedeltà* [...] »; ma che presidiare tali doveri non sia lo scopo perseguito dalla norma *de qua* è desumibile dal tenore del suo prosieguo, laddove si fa dipendere la consumazione del reato ivi contemplato non già da tale sola trasgressione, bensì anche dal fatto che questa abbia cagionato «*nocumento alla società*». Per espressa previsione di legge – dunque – la nuova figura delittuosa implica non soltanto l'infedeltà dell'agente, ma anche l'obiettivo pregiudizio arrecato al proponente.

²⁵ In questo senso è orientata B. MIRRI, *loc. cit.*, secondo cui il riferimento al dovere di fedeltà od al prestigio è troppo generico, perché l'offesa o la messa in pericolo di tali interessi si riscontra in tutti i reati di pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

I.4. Segue: b) la corruzione come compravendita di pubblica funzione

Secondo altra autorevole dottrina²⁶, l'essenza d'ogni specie di corruzione e la giustificazione della corrispondente risposta sanzionatoria starebbe nel risolversi delle rispettive condotte in una indebita "compravendita" d'una pubblica funzione: sarebbe simile *mercimonio*, nei casi *de quibus*, ad essere vietato e, quindi, punito; i consociati, infatti, non dovrebbero poter ottenere dalla pubblica amministrazione se non le attività da essa dovute, e queste medesime *senza sopportare alcun costo ulteriore* rispetto a quello eventualmente necessario in base alle leggi ed alle fonti subordinate.

La tesi – peraltro – non si attaglia alle ipotesi di corruzione susseguente, da cui una pattuizione preventiva circa l'atto da compiere, per definizione, manca²⁷; e sembra risolversi

²⁶ «Il corretto funzionamento e la imparzialità della pubblica amministrazione [...] suppongono che il pubblico funzionario non abbia retribuzione alcuna per il compimento dei suoi atti; oppure, se retribuzione deve avere, che essa provenga dalla pubblica amministrazione. Se, invece, l'attivarsi del funzionario supponesse la retribuzione privata si avrebbero gravi conseguenze. Il funzionario, per compiere l'atto, attenderebbe la retribuzione privata; e in questa attesa, potrebbe ritardare la realizzazione dell'interesse pubblico connesso all'atto. Per di più, egli sarebbe indotto ad anteporre il compimento di atti, che interessano privati in grado di offrire remunerazioni maggiori, al compimento di atti che interessano altri privati. Infine, potrebbe compiere addirittura, se adeguatamente retribuito, atti contrari al suo dovere di ufficio. – Il divieto di accettare retribuzione privata per il compimento degli atti di ufficio [...] sta a fondamento di tutte le ipotesi di corruzione. Esso, infatti, giustifica non solo la punibilità della corruzione impropria, ma anche la punibilità della corruzione propria». Nella corruzione susseguente, poi, «[...] l'atto (conforme o contrario ai doveri di ufficio) è già compiuto. Ma la retribuzione privata ha, come corrispettivo, proprio il compimento dell'atto. Il pubblico ufficiale viene retribuito dal privato perché ha compiuto l'atto. In questo modo, il privato «acquista» l'atto già compiuto. Il reato presenta, quindi, anche se in forma più lieve, lo stesso contenuto di offesa che caratterizza la corruzione antecedente» (A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *op. cit.*, 121 ss.). Di «[...] interesse dello Stato alla non venalità dei soggetti investiti dei pubblici poteri nell'esercizio dei medesimi» parla L. STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2006, 140; in senso conforme v. anche C. F. GROSSO, *Il delitto di corruzione tra realtà interpretativa e prospettive di riforma*, in A. M. STILE (a cura di), *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, 342.

²⁷ Alla tesi del Pagliaro s'obietta ch'essa << [...] non risulta in grado di giustificare le ragioni positive che sorreggono l'alterità, relativa sia al piano

in una tautologia: dicendo che la corruzione è punita in quanto antigiuridico mercanteggiamento non ci si discosta dall'affermare che è sanzionato penalmente ciò che è vietato, senza spiegarne il perché. In altri termini, - come ben ha posto in luce una cospicua parte della letteratura²⁸ - anche ad ammettere che le condotte corruttive si traducevano, tutte, in una compravendita proibita, purtuttavia di questa proibizione non si spiegherebbero le ragioni; non si enucleerebbero, cioè, gli interessi alla cui salvaguardia una simile regola sarebbe posta.

A fortiori, poi, la concezione della figura delittuosa in oggetto come indebita compravendita non pare attagliarsi alla nuova fattispecie della "corruzione tra privati": per la cui integrazione non è sufficiente la negoziazione "antidoverosa", occorrendo altresì l'"adempimento" alla medesima, per di più con conseguente pregiudizio in capo al preponente.

Nondimeno, - come si vedrà più avanti (al § I.7) - la concezione della corruzione quale mercanteggiamento antidoveroso, se riguardata alla stregua d'una differente prospettiva, sembra avere un qualche fondamento; ma, di ciò, si parlerà appunto in seguito.

I.5. Segue: c) la corruzione come pregiudizio per il buon andamento e/o l'imparzialità della pubblica amministrazione.

Fedele al predetto intento di giustificare ciascuna incriminazione con la lesione d'un interesse costituzionalmente rilevante²⁹, la prevalente dottrina³⁰ spiega la punizione delle

del quantum sanzionatorio che a quello del differenziale di tipicità, esistente tra la corruzione propria e quella impropria» (G. BALBI, I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica, Napoli, 2003, 34).

²⁸ «[...] l'esigenza che gli atti d'ufficio non siano oggetto di una <<compravendita privata>> non costituisce un interesse meritevole di tutela in via autonoma, ma è solo un mezzo per conseguire il raggiungimento degli interessi del buon andamento e della imparzialità della P.A.» (B. MIRRI, *op. cit.*, 432; conf. v.: G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 162; G. DE LUCA, *op. cit.*, 278).

²⁹ V. F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, VI, *Diritto pubblico, Storia, Teoria generale*, Napoli, 1972, 128.

³⁰ G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 162 ss.; v. anche, *ex plurimis*: G. DE LUCA, *op. cit.*, 279 ss; B. MIRRI, *op. cit.*, 441; R. RAMPIONI, *Bene giuridico*

condotte di cui agli artt. 318 ss. c.p. in base a quanto enuncia l'art. 97 comma 1 della Carta fondamentale: «*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*».

In particolare, con riferimento a questa formula, il “buon andamento” viene inteso come corrispondenza dell'attività amministrativa agli obiettivi assegnati, nonché sua efficienza, tempestività ed economicità nel perseguirli; l'“imparzialità” quale ininfluenza, sulla medesima azione, degli interessi - di enti, gruppi o singoli privati - che devono, istituzionalmente, rimanerle estranei³¹.

Più specificamente, nell'individuare la peculiare offensività caratterizzante ciascuna ipotesi normativa di corruzione, l'orientamento *de quo* distingue: quella “propria”, mirando o facendo seguito ad un atto contrastante con i doveri dell'ufficio, segnerebbe sia una deviazione dell'attività amministrativa dal percorso tracciato in base alle norme giuridiche ed alle migliori prassi, con compromissione del “buon andamento”; sia un oggettivo allontanamento del funzionario dal suo dovere d'imparzialità, diretto a realizzare fini alieni da quelli dell'organismo di appartenenza; più difficoltoso, invece, il rinvenimento dell'interesse leso con riferimento ai casi di “corruzione impropria”, da cui - per definizione - manca un atto difforme dai doveri d'ufficio; ci si richiama, quindi, al principio d'imparzialità: nelle ipotesi *de quibus*, l'agente manifesterebbe una “venalità soggettiva” tale da farlo apparire “parziale”, in quanto “sensibile” nei confronti interessi diversi da quelli al cui soddisfacimento egli è istituzionalmente deputato; nonché, da porlo in luce come individuo “sospetto”, perché potenziale autore di future operazioni contrarie ai doveri d'ufficio e, quindi, pregiudizievoli per il “buon andamento” dell'amministrazione³².

In conclusione - allora - tutte le fattispecie in oggetto si presenterebbero come “delitti di pericolo astratto”: nella corruzione “propria” antecedente, il ricevimento o

e delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, Milano, 1984, 295 ss.; G. VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Scritti in onore di G. Musotto*, V, Palermo, 1981, 237 ss.

³¹ F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, 134 ss.; B. MIRRI, *op. cit.*, 436 ss.; R. RAMPIONI, *op. cit.*, 261; G. VASSALLI, *op. cit.*, 231 s.

³² Cfr. B. MIRRI, *op. cit.*, 439 ss.

l'accettazione dell'utilità non dovuta farebbe presumere *iuris et de iure* la successiva realizzazione d'un atto difforme dalle regole funzionali; nell'altre ipotesi, il rischio paventato e da scongiurare con la tutela penalistica sarebbe quello d'una successiva "corruzione propria antecedente"; cioè: quello d'un "pericolo del pericolo"³³.

Ora, già questo primo rilievo rivela l'insufficienza della tesi appena esposta. Difatti, un tal genere di "presunzione del pericolo", se sembra plausibile nel caso di "corruzione propria", non risulta per niente accettabile in relazione alle restanti eventualità; le quali ultime, infatti, appaiono risolversi in condotte che - se riguardate considerando l'esigenza di proteggere i suddetti interessi, tra quelli costituzionalmente rilevanti - si rivelano di scarsa o nulla offensività; cosicché la loro incriminazione si rivela ispirata da riflessioni moralistiche, ma inadeguata rispetto al canone della lesività sostanziale³⁴.

Infine, è appena il caso di rilevare come la *ratio* della salvaguardia di interessi pubblicistici, afferenti ad efficienza ed integrità delle pubbliche istituzioni, appaia inevitabilmente del tutto estranea alle disposizioni del nuovo art. 2635 c.c., relativo alla corruzione tra privati: siffatte norme - per definizione - incriminano condotte riferite a soggetti non appartenenti in

³³ «[...] il p.u., ricevendo una retribuzione, o la promessa, che non gli spetta, per compiere un atto d'ufficio, si viene a trovare in una posizione che non è più imparziale rispetto al privato e agli altri eventuali interessati: infatti, non è al risultato che bisogna aver riguardo, in quanto non è indispensabile che l'atto sia compiuto, bensì alla condotta, che già di per sé lede l'interesse all'imparzialità della p.a.» (B. MIRRI, *op. cit.*, 441); «[...] entrambe le forme di corruzione (propria ed impropria) ledono il dovere di imparzialità, creando o ricreando un nesso di connivenza interessata fra organi della pubblica amministrazione ed interessi privati [...]» (F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Milano, 1973, 189. Nella stessa ottica, considerata la tenuità dell'offesa nella corruzione impropria susseguente, si sostiene l'opportunità di trasferire l'ipotesi nell'ambito esclusivo dell'illecito amministrativo (F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, 149; conf. v. anche B. MIRRI, *op. cit.*, 442).

³⁴ Osserva a questo proposito il G. BALBI, *op. cit.*, 43: «Il declassamento dell'oggetto dell'incriminazione [nella corruzione impropria] a mero sintomo della pericolosità sociale degli agenti determinerebbe [...] un [...] inammissibile scivolamento soggettivo dell'incriminazione, decisamente incompatibile con un diritto penale del fatto». Conf., si adduce anche che, nelle stesse ipotesi di corruzione, «[...] i concetti di buon andamento e di imparzialità vengono ad essere assunti in una dimensione subiettiva che, come tale, prescinde totalmente dalla (obiettiva) contrarietà dell'azione pubblica alle norme giuridiche» (L. STORTONI, *op. cit.*, 14 s.).

alcun modo al settore pubblicistico; e per giunta gli stessi comportamenti sono puniti solo in quanto fonti di pregiudizio per un'organizzazione societaria privata; cosicché, nelle ipotesi *de quibus*, nessun motivo di tutela degli anzidetti "beni giuridici" sembra poter essere stato tenuto in conto dal legislatore.

I.6. Segue: d) la corruzione come fonte di perturbamento della libera concorrenza e del mercato

Un più recente indirizzo³⁵ ha guardato alla corruzione da un punto di vista, per così dire, "macroeconomico". Per quanto concerne specificamente l'Italia, poi, l'ingresso in una tal ottica è derivato dall'attenzione verso le devastanti conseguenze della fenomenologia delinquenziale complessivamente indicata col neologismo "Tangentopoli": gare d'appalto "truccate" che hanno "premiato" non il concorrente in grado d'offrire il prodotto migliore al prezzo minore, ma quello più spregiudicato e disonesto, disponibile ad elargire la "busta" di maggior peso; "compensi" ai competitori "lasciati fuori", concessi attraverso l'"esclusiva" relativamente ad altre prestazioni da erogarsi all'amministrazione; ingiustificabile (apparentemente) sopravvivenza d'imprese altrimenti "fuori mercato"; conseguente globale lievitazione dei costi per i pubblici bilanci³⁶.

³⁵) Cfr., tra gli altri: G. FORTI, *Il volto di Medusa: la tangente come prezzo della paura*, in G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Milano, 2003, XI; S. MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica*, Napoli, 1999, 16.

³⁶) Nota al riguardo il G. FORTI, *op. cit.*, XII: «Già solo l'aspettativa da parte di politici e amministratori di poter conseguire maggiori profitti personali o di partito grazie alle tangenti può spingere a privilegiare l'investimento in certe opere pubbliche rispetto ad allocazioni alternative, di maggiore utilità sociale, con danno impossibile da quantificare. Non meno sterminate poi sono le ripercussioni sociali di tutti quei casi in cui la venalità di politici o amministratori abbia consentito ad aziende ormai non più competitive di restare sul mercato, decretando la condanna senza appello di altre realtà imprenditoriali più floride e attive, ma 'colpevoli' di non disporre di quella che si potrebbe definire la 'professionalità della tangente', ossia la capacità di reperire adeguate entrate nella sfera politico – amministrativa [...]». A sua volta, lo S. MANACORDA, *op. cit.*, 16, individua gli effetti della corruzione ne «[...] le distorsioni dei meccanismi concorrenziali, gli ingenti

E' evidente come simili evenienze si risolvessero in un grave perturbamento nei meccanismi della "libera concorrenza"; sia questa intesa nella sua *accezione soggettiva* (cioè, come diritto di ciascun imprenditore a gareggiare con altri in condizioni, per quanto possibile, di parità); oppure nella sua *valenza oggettiva* (vale a dire: come principio – guida inteso ad assicurare l'efficienza complessiva del "mercato")³⁷.

Del resto, concepire i fatti riconducibili alle norme sulla corruzione come accadimenti capaci di menomare i congegni di un'economia tendenzialmente liberista permette di trovare agevolmente il "bene", di livello costituzionale, la cui salvaguardia giustifica l'incriminazione di simili comportamenti: da tempo il Giudice delle leggi ha ravvisato nella "concorrenza" un interesse tutelato dalla Carta fondamentale³⁸; la quale – inoltre -, nella Sua versione attuale, conferma esplicitamente l'esattezza di simile statuizione, indicando la «*tutela della concorrenza*» come materia oggetto di legislazione statutale «*esclusiva*» (art. 117 comma 2, lett. e, come sostituito dall'art. 3 l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3)³⁹.

Infine, l'intento di salvaguardare il libero gioco dei meccanismi sottesi ad un'economia di mercato ben può giustificare la nuova incriminazione della "corruzione tra privati": l'indebita negoziazione, tra l'appartenente – come soggetto "apicale" oppure dipendente – all'organizzazione societaria ed un terzo, di atti od omissioni pregiudizievoli per

danni alle finanze pubbliche, le deviazioni del normale andamento delle linee di politica economica [...]».

³⁷ A tal proposito, A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico – criminali*, in *Incidenza di corruzione concussione e riciclaggio sulla libera concorrenza e sul mercato*. Atti del Convegno di Studi (Palermo, 12 – 13 novembre 2010), Palermo, 2011, 76 ss., distingue: in un'ottica microeconomica, «[...] *la tutela della concorrenza si giustifica in via indiretta, ossia in quanto l'esigenza di un sistema concorrenziale è (ritenuto) funzionale alla salvaguardia di certi interessi ulteriori facenti capo ad individui o a collettività di individui*»; nella prospettiva macroeconomica, invece, rileva «[...] *l'interesse generale alla concorrenzialità del mercato, quale condizione di efficienza del mercato stesso e di crescita dell'economia nazionale e comunitaria [...]*».

³⁸ V., fra le decisioni più recenti, Corte cost., 21 febbraio 2007, n. 6, § 4 dei "considerato in diritto".

³⁹ Cfr. in questo senso G. PITRUZZELLA, *Tutela della concorrenza e contrasto alla corruzione. Riflessioni a partire dalla giurisprudenza costituzionale*, in *Incidenza di corruzione, concussione e riciclaggio*, cit., 37.

l'ente, con la conseguente consumazione di simili condotte, sembra davvero agevolmente riconoscibile come una sorta di "messa in pericolo" rispetto agli obiettivi di economicità, efficienza e concorrenzialità che devono caratterizzare l'attività d'impresa. Del resto, questa conclusione risulta confermata dal quarto comma del citato art. 2635, laddove si prevede la perseguibilità d'ufficio, anziché a querela, delle ipotesi di reato con esso introdotte, qualora «[...] dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi».

Certamente, non ogni illegittima pattuizione tra l'agente privato ed un terzo riguardo all'erogazione di utilità da parte della *societas* preponente si configurerà necessariamente come un pregiudizio per il fisiologico funzionamento dei congegni concorrenziali; sotto questo profilo, allora, la nuova fattispecie sembra presentarsi piuttosto come un "reato di rischio"; fermo restando, però, il maggior rigore nella sua persecuzione, in quanto "reato di danno", laddove il suddetto nocumento realmente si verifichi.

Tuttavia, più in generale, la tesi *de qua* non lascia pienamente soddisfatti: essa, se dà pienamente ragione del "perché" vada punita la corruzione come prassi generalizzata e globalmente considerata, non spiega l'incriminazione del *singolo episodio* corruttivo; non appaga – insomma – laddove s'adotti una prospettiva "microeconomica".

Sotto quest'ultimo aspetto – infatti – sembra pressoché impossibile ritenere che ogni "fatto" del genere in oggetto perturbi il funzionamento di quella libera competizione che è premessa indispensabile per realizzare un'autentica economia di mercato⁴⁰; tanto più – poi – quando il *pactum sceleris* abbia ad oggetto una prestazione del funzionario non suscettibile di una precisa quantificazione economica (si pensi, per esempio, al rilascio d'un certificato).

⁴⁰ Nel senso che la polarizzazione degli illeciti *de quibus* «sull'esclusivo paradigma della corruzione "sistemica" e "ambientale" [...] risulta [...] del tutto inadeguata a dare conto del fenomenologicamente diverso modello della corruzione "pulviscolare" o comunque episodica» v. G. BALBI, *op. cit.*, 45. Analogamente, con riferimento all'(allora) futuribile incriminazione della corruzione privata, lo A. SPENA, *op. cit.*, 81, osservava: «Il pericolo per la concorrenza discende [...] non da un singolo fatto di corruzione privata, ma dalla possibilità che questa diventi un fenomeno diffuso, metta le radici, venga elevata a sistema».

Ma poi - e soprattutto - anche a voler considerare le condotte di cui agli artt. 318 ss. c.p. come pregiudizievoli per l'interesse suinducato, resterebbe, allora, senza ragione la mancata incriminazione di comportamenti ben più offensivi della "concorrenzialità", quali quelli descritti dalla normativa *antitrust* (l. 10 ottobre 1990, n. 287), recante «*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*»; ad es.; delle intese ivi contemplate all'art. 2 o dell'abuso da tale provvedimento normativo previsto all'art. 3⁴¹.

I.7. Segue: f) la corruzione quale fonte d'irragionevoli costi e di disfunzioni nelle istituzioni democratiche

In realtà - a ben vedere - la tesi che considera la corruzione come indebita compravendita d'una pubblica funzione⁴² coglie nel segno per un punto: ogni accordo corruttivo - precedente o successivo alla "prestazione" del funzionario, (e consista quest'ultima in un atto conforme o contrario ai doveri d'ufficio) - comporterà, per l'*extraneus* che vi sia addivenuto, il pagamento d'un prezzo; e ciò si tradurrà, oggettivamente ed necessariamente, a carico di questi, in un "costo", od in un "maggior costo" ; del quale, il corruttore - presumibilmente, spesso - cercherà di "sgravarsi" facendolo "pesare", in tutto od in parte, sulla collettività.

Anche per quanto concerne questo profilo, l'esperienza italiana di "Tangentopoli" risulta esemplificativa: pagato l'illecito compenso, gli imprenditori tendevano a "recuperarlo", "maggiorando" il prezzo dell'opera o del servizio e determinando, così, un aumento del suo costo destinato ineludibilmente a ricadere sui contribuenti; e/o ad offrire "in cambio" un prodotto scadente, causando deficienze od inefficienze nell'effettuazione di lavori pubblici o nell'erogazione di pubblici servizi⁴³; talora, poi, il "costo della

⁴¹ V. in tal senso A. SPENA, *op. cit.*, 83.

⁴² Cfr. ancora, per tutti, A. PAGLIARO - G. PARODI GIUSINO, *op. cit.*, 180 ss.

⁴³ «*L'imposta della tangente generalmente è gravata sugli enti pubblici e non sugli imprenditori perché questi, attraverso vari sistemi, ne trasferivano il costo sull'ente pubblico [;] alcuni imprenditori recuperavano il costo della tangente diminuendo occultamente il valore della prestazione, e quindi la qualità del prodotto*» (G. COLOMBO, *Stato di diritto e corruzione. I risultati*

tangente” consisteva proprio nella realizzazione di un’opera che, in mancanza di tale indebita utilità, non sarebbe mai stata effettuata⁴⁴.

Tutto ciò – com’è noto – si è tradotto in una “*sfiducia*” dei cittadini - relativamente al funzionamento ed al fondamento stesso delle istituzioni democratiche – la cui portata spetta e spetterà agli storici definire⁴⁵.

Del resto, la questione va ben oltre l’abnorme, ma pur sempre limitata, esperienza italiana: la “valenza” del fenomeno è generale, come dimostrano i testi medesimi di taluni dei menzionati (*supra*, al § I.1) Atti internazionali deputati a dirigere la lotta contro la corruzione.

In particolare, la «*Convenzione penale sulla corruzione*», nel *Preambolo*, sottolinea come tale forma di criminalità «[...] rappresent[i] una minaccia per lo Stato di diritto, la democrazia e i diritti dell’uomo, min[i] i principi del buon governo, di equità e di giustizia sociale [...] e mett[a] in pericolo la stabilità delle istituzioni democratiche [...]»; e la «*Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione*», nel *Preambolo*, definisce la stessa specie delinquenziale quale «[...] minaccia [...] per la stabilità e la sicurezza della società, [tale da compromettere] le istituzioni ed i valori democratici, [...] lo sviluppo sostenibile e lo stato di diritto». Analogamente, poi, la citata «*Decisione Quadro 2003/568/GAI*», nel *Considerando* (9), parla della corruzione come di una «[...] minaccia allo stato di diritto [...]».

Alla luce di siffatte considerazioni, allora, risultano essere numerosissimi i valori e gli interessi di rilievo costituzionale coinvolti nella lotta contro la corruzione; a cominciare da quei principi democratico, personalista e di uguaglianza i quali costituiscono le mura portanti della nostra Carta fondamentale (artt. 1, 2 e 3); e dagli stessi canoni basilari sanciti dal Trattato sull’Unione europea (v., *ivi*, art. 6)⁴⁶.

delle indagini milanesi sui reati contro la pubblica amministrazione, in *Cass. pen.*, 1994, 2263).

⁴⁴ «[...] si può generare il sospetto che in qualche caso la costruzione dell’opera pubblica sia stata effettuata non per venire incontro a necessità della collettività, ma per creare l’occasione per il pagamento delle tangenti» (G. COLOMBO, *loc. cit.*).

⁴⁵ Cfr., al riguardo, i vari scritti contenuti in G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente, passim*.

⁴⁶ Del resto, di questa incidenza negativa del fenomeno corruzione sui meccanismi sottesi alla fisiologia di ogni ordinamento democratico sono

Certo, sembra impossibile stabilire se, ed in quale misura, ogni singola ipotesi di *pactum sceleris* (magari, di minimo contenuto economico) contribuisca a determinare le gravissime conseguenze testé descritte; ma, invero, qualora si ravvisi in ogni accordo di tal genere una possibile fonte di maggiori costi per la collettività, la configurazione della corruzione come delitto, anche quando riguardi il compimento di un atto dell'ufficio, risulterà più facilmente accettabile.

Non pare invece che si possa attribuire la stessa oggettività giuridica alla nuova fattispecie della "corruzione tra privati": l'indebito accordo fra l'organo od il dipendente societario ed un terzo, se può porre in pericolo o addirittura compromettere l'andamento del mercato e l'efficienza della dialettica concorrenziale, non sembra poter influire sul credito delle istituzioni pubbliche presso i cittadini; né tantomeno – quindi – essere in grado di mettere a rischio lo Stato di diritto ed il metodo democratico. Il fatto *de quo* – insomma – appare incidere su di un'area racchiudente interessi squisitamente privatistici⁴⁷.

Il vero è che tra le forme di corruzione, per così dire, "classiche" e la nuova ipotesi di mercimonio *inter cives* intercorre una *sostanziale eterogeneità*: altro è la "compravendita" che investe l'esercizio d'una pubblica funzione o lo svolgimento d'un pubblico servizio, altro l'indebita negoziazione concernente l'attività d'impresa: solo i comportamenti afferenti alla prima ipotesi possono compromettere la fisiologia delle pubbliche istituzioni; non anche quelli riconducibili alla seconda, già *a priori* configurabili solo come pregiudizievoli della gestione societaria; o – al più – come fattori distorsivi del mercato.

apparsi ben consapevoli i Parlamentari italiani nel corso dei lavori preparatori che hanno condotto alla l. n. 190 del 2012; v. – fra gli altri - i seguenti interventi: Sen. LUMIA, in *Senato della Repubblica. XVI legislatura. Assemblea. Resoconto sommario. Resoconto stenografico. Allegati. Assemblea. 562 a seduta pubblica*, martedì 1° giugno 2011, XIV; Sen. CARDIELLO, *ivi*, 42; *Testo integrale dell'intervento della Senatrice Baio nella discussione generale del disegno di legge n. 2156 e connessi*, *ivi*, 80; Sen. INCOSTANTE, in *Senato della Repubblica. XVI legislatura. Assemblea. Resoconto sommario. Resoconto stenografico. Allegati. 563a seduta pubblica (antimeridiana)*, mercoledì 8 giugno 2011, VI.

⁴⁷ In particolare, nel senso che la nuova fattispecie di «Corruzione tra privati» tutela sia il patrimonio societario sia la libera concorrenza v. P. SEVERINO, *op. cit.*, 12.

Insomma: le due tipologie di condotte, intrinsecamente diverse, esigono differenti giustificazioni.

I.8. La “penalizzazione” delle società in un’ottica di repressione dei fenomeni corruttivi

Una volta che si guardi alla corruzione come ad un fenomeno complessivo e plurioffensivo, allora ben si spiegano le direttive internazionali pattizie intese a far introdurre dagli Stati un sistema di responsabilità delle persone giuridiche comportante la diretta applicabilità, a loro carico, d’un peculiare regime sanzionatorio per l’eventualità in cui siano commessi, nel loro interesse od a loro vantaggio, da parte di loro organi o dipendenti, uno o più fatti penalmente illeciti riconducibili alla tipologia in oggetto.

A questa direttiva di repressione criminale deve avere condotto, invero, anche la considerazione per cui ciascun accordo illecito è spesso risultato d’una “politica d’impresa”⁴⁸; nella cui ottica – appunto – il “prezzo” da pagare al fine di corrompere uno o più pubblici funzionari può essere considerato come un costo aggiuntivo – al limite, pressoché “fisiologico” – per raggiungere un obiettivo comunque economicamente proficuo; e che – come s’è detto – può essere “scaricato” aumentando artificiosamente il valore dell’opera offerta in “contro – prestazione”, oppure diminuendone la qualità. Cosicché la previsione d’una punizione dell’intera *societas* per il fatto d’una sua *longa manus*, prospettando alla prima l’eventualità d’un esito economicamente catastrofico, è apparsa come una misura idonea a dissuadere da tipologie di gestione criminogene.

Sembra, quindi, che alla concezione della corruzione come fenomeno rilevante negativamente anche sotto il profilo socio-economico, in quanto pregiudizievole per l’interesse dell’intera collettività, si sia giustapposta un’idea “sovra – individuale”

⁴⁸ «[...] le principali e più pericolose manifestazioni di reato sono poste in essere [...] da soggetti a struttura organizzata e complessa. L’incremento ragguardevole dei reati dei “colletti bianchi” e di forme di criminalità a questa assimilabili, ha di fatto prodotto un sopravanzamento della illegalità di impresa sulle illegalità individuali» (Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 433).

della responsabilità e della sanzione. In altri termini, par essersi ragionato nel modo che segue: posto che una determinata serie di analoghi fatti delinquenziali, tale da colpire “un po’ tutti”, è l’effetto non d’una pulsione e di un’iniziativa del singolo, bensì della “pianificazione” elaborata da un “macroantropo”, che, a guisa di “piovra”, agisce mediante le persone fisiche costituenti i suoi “tentacoli”; si tratta, allora, di colpire non solo questi ultimi, ma anche la “testa” da cui essi si diramano; occorre – insomma – “ferire” non solo la persona fisica, ma anche quella organizzazione che – animata da una volontà colpevole – per il tramite della prima ha agito. *Ad una maggiore pericolosità va contrapposto un più elevato grado di deterrenza*⁴⁹.

E’ alla luce di queste premesse, allora, che vanno esaminati gl’istituti giuridici attinenti alla “punizione delle società”.

⁴⁹ Nella *Relazione*, cit., 433, si menzionano espressamente i casi di: *a) impresa intrinsecamente illecita* (il cui oggetto è proiettato in modo specifico verso la commissione di reati; *b) commissione di reati rientrante nell’ambito d’una diffusa politica aziendale*; oppure *c) derivante da un difetto di organizzazione o controllo da parte degli apici*.

Sezione seconda La punizione delle società

II.1. La responsabilità dell'ente per l'illecito "dipendente da reato": a) generalità.

In Italia – com'è noto – è stata proprio la preoccupazione di attuare taluni Trattati diretti alla lotta contro la corruzione transnazionale e sopranazionale quella che ha condotto – dapprima – il Parlamento ad emanare la l. di delega 29 settembre 2000, n. 300 (recante, fra l'altro, «*Ratifica ed esecuzione [...] della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea [...] e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, [nonché] Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di responsabilità giuridica [...]*»); e – quindi – l'Esecutivo ad emettere il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (recante «*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica [...]*»). Il quale ultimo provvedimento persegue – proprio – l'intento dichiarato d'assicurare un'efficace deterrenza nella repressione della «*criminalità d'impresa*»; e – insieme – di garantire adeguatamente la *societas* nel contesto del relativo accertamento⁵⁰.

I lineamenti del sistema così istituito sono ben noti: la responsabilità di cui trattasi può riguardare gli «*enti forniti di personalità giuridica [...] e le società e associazioni anche prive di [tale] personalità*» (risultano espressamente eccettuati, invece, lo Stato, gli enti pubblici territoriali gli enti pubblici non economici e gli enti «*che svolgono funzioni di rilievo costituzionale*») (art. 1 commi 2 e 3 d.lgs.); e presuppone – anzitutto – la commissione di un reato - ricadente in una determinata tipologia, tassativamente declinata negli artt. da 24

⁵⁰ Nella stessa *Relazione*, cit., 439, si parla dell' «*[...] esigenza [...] di omogeneizzare i sistemi di responsabilità amministrativa [societaria] e di responsabilità penale all'insegna delle massime garanzie previste per quest'ultimo [...]*»

a 26 d.lgs.⁵¹ –, nell’interesse o a vantaggio della *societas*, da parte d’una persona fisica che, nella prima, riveste funzioni di rappresentanza, amministrazione o gestione; o – anche – ad opera d’un sottoposto alla direzione o vigilanza d’un simile “soggetto apicale” (c.d. “*criteri di imputazione oggettiva*”) (art. 5 d.lgs.). Inoltre, la stessa responsabilità postula anche la sussistenza, in capo all’ente, d’una certa specie di “colpevolezza”, definita dai c.d. “*criteri di imputazione soggettiva*” enunciati dall’art. 6 (per il caso di fatto d’un “soggetto apicale”), oppure dall’art. 7 (quanto all’ipotesi di reato del subordinato) d.lgs.⁵².

Connotato fondamentale della responsabilità di cui trattasi – infatti - è la sua «*autonomia*»: essa può essere ravvisata – tra l’altro - anche quando «[...] *l’autore del reato non è stato identificato o non è imputabile*» (art. 8 d.lgs.)⁵³.

L’ente considerato responsabile è passibile di una “pena” determinata alla stregua di un’ampia gamma: sanzione pecuniaria, confisca, pubblicazione della sentenza e – per quel che qui più specificamente interessa – sanzioni interdittive; nel cui elenco rientrano l’interdizione dall’esercizio dell’attività, la sospensione o revoca d’autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell’illecito, il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, l’esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e la revoca di quelli eventualmente già concessi, il divieto di pubblicizzare beni o servizi (art. 9 d.lgs.). Da notare che l’interdizione suddetta *dev’essere «definitiva»* (*rectius*: “perpetua”), «*Se l’ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di*

⁵¹ La l. 190 del 2012, con l’art. 1 comma 77 lett. *a* e *b*, ha ulteriormente integrato gli artt. 25 e 25-*ter* di cui al d.lgs. n. 231 del 2001, ampliando ulteriormente l’elenco dei reati suscettibili di determinare la responsabilità societaria da quest’ultimo provvedimento prevista: tra i medesimi sono state inserite l’induzione indebita a dare o promettere utilità e la corruzione fra privati.

⁵² In proposito, v. *Relazione*, cit., 441 ss.

⁵³ «*Una scelta di tal fatta non trova alcun ostacolo dal punto di vista del sistema. E’ chiaro, infatti, che in entrambi i casi ci si trova di fronte ad un reato completo di tutti i suoi elementi (oggettivi e soggettivi) e giudizialmente accertato, sebbene il reo, per l’una o l’altra ragione, non risulti punibile*» (*Relazione*, cit., 450 s.).

reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità [...]» (c.d. “morte dell’ente”) (art. 16 comma 3 d.lgs.)⁵⁴.

Quanto alle “forme” per accertare i suddetti presupposti ed irrogare le preindicate sanzioni, già la l. 300/2000, all’art. 11 lett. *q*, obbligava il Governo a prevedere «[...] *che le sanzioni amministrative a carico degli enti [fossero] applicate dal giudice competente a conoscere del reato [presupposto] e che per il [rispettivo iter di verifica si applicassero], in quanto compatibili le disposizioni del codice di procedura penale, assicurando l’effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale»*; con la lett. *l* dello stesso articolo, poi, s’imponessa di stabilire, altresì, che le sanzioni interdittive fossero «[...] *applicabili anche in sede cautelare, con adeguata tipizzazione dei requisiti richiesti»*⁵⁵.

Alla stregua di queste direttive, poi, il legislatore delegato ha regolato il procedimento *de quo* in modo alquanto dettagliato (in particolare, dedicandogli ben quarantotto articoli); richiamando, sì, in via generale, «*in quanto compatibili*» le norme codicistiche (art. 34); ma anche disciplinando piuttosto minuziosamente il rito in oggetto, talora proprio discostandosi da quella disciplina relativa alle persone fisiche che la legge di delega gl’imponessa, per quanto possibile, di seguire⁵⁶.

⁵⁴ «In questa evenienza [...], l’interruzione in via definitiva dell’attività, mediante la sua interdizione, costituisce un inevitabile corollario: si tratta, infatti, di enti strutturalmente e funzionalmente insensibili a qualsiasi prospettiva di riorganizzo in direzione di un recupero della legalità» (Relazione, cit., 467).

⁵⁵ «[...] la scelta [...] è stata [...] quella di privilegiare il procedimento penale come luogo di accertamento e di applicazione delle sanzioni, collocando l’ente nella stessa condizione dell’imputato. – La ragione di questo intervento è duplice e deriva dalla necessità di coniugare le esigenze di effettività e di garanzia dell’intero sistema. – Per un verso [...] si è preso atto dell’insufficienza dei poteri istruttori riconosciuti alla pubblica amministrazione nel modello procedimentale delineato dalla legge n. 689 del 1981 rispetto alle esigenze di accertamento che si pongono all’interno del sistema di responsabilità degli enti. [...] Per altro verso, la natura penale – amministrativa degli illeciti dell’ente, documentata dall’applicazione di penetranti sanzioni interdittive [...], rende necessario prefigurare un sistema di garanzie molto più efficace rispetto a quello, per vero scarno, della legge n. 689» (Relazione, 482).

⁵⁶ Cfr., *infra*, al § III.1.

II.2. Segue: b) la questione della sua natura giuridica

Sin dal momento immediatamente successivo all'entrata in vigore del suddetto decreto, si è posta la questione relativa alla natura della responsabilità societaria dal medesimo istituita; in particolare, si è dibattuto se questa abbia carattere amministrativo (secondo quanto recita già in rubrica tale medesimo provvedimento normativo) oppure penale; o non costituisca – piuttosto – un *tertium genus*, “intermedio”.

Va subito evidenziato come il quesito non abbia una rilevanza meramente teorica: dalla sua soluzione dipende l'inderogabilità o non, *in subiecta materia*, di tutti i principi e le garanzie stabilite *de hominibus* dalla Costituzione e dal diritto internazionale pattizio; in particolare, vanno ricordati: per quel che concerne il diritto penale sostanziale, i canoni di stretta legalità, personalità, colpevolezza, rieducazione (artt. 25 comma 2, 27 commi 1 e 3 della Carta fondamentale; v. anche art. 7 Conv. eur. dir. um.); e, per quanto riguarda le forme di accertamento, l'inviolabilità della difesa, la naturalità e la precostituzione legale del giudice, la presunzione di non colpevolezza, le regole sul “giusto processo” (artt. 24 comma 2, 25 comma 1, 27 comma 2 e 111 commi 1-7 della Carta; artt. 7 Conv. eur. dir. um. e 14 Patto int. dir. civ. pol.)⁵⁷.

Un primo indirizzo s'è espresso per il carattere *amministrativo* della responsabilità in oggetto, facendo leva sia sulla lettera della legge delegata (che in tal senso si manifesta sin dalla rubrica), sia sull'anzidetto principio di autonomia⁵⁸.

⁵⁷ Nel senso che dalla natura penale od amministrativa della responsabilità in oggetto discende la possibilità o no di attribuirvi valore vincolante ai principi costituzionali in materia penale, sia sul piano sostanziale, sia su quello processuale, v. S. DELSIGNORE, *Art. 1. Commento*, in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 67.

⁵⁸ V., *ex plurimis*: G. MARINUCCI, “Societas puniri ipotest”: *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1193 ss.; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 400. Puntuali obiezioni alla natura penale della responsabilità *de qua* sono state svolte da O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., Milano, 2010, 14 ss. Nella dottrina processualistica, la tesi “amministrativistica” è accolta da A. MOLARI, *I soggetti*, in M. PISANI – A. MOLARI – V. PERCHINUNNO – P. CORSO – O. DOMINIONI – A. GAITO – G. SPANGHER, *Manuale di procedura penale*, VIII ed., Bologna, 2008, 120 s.; e

Una posizione *intermedia* hanno assunto i redattori del decreto; secondo i quali, con questo provvedimento sarebbe nato «[...] *un tertium genus* [di responsabilità,] *che coniuga i tratti essenziali i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo* [,] *nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia*»⁵⁹.

Sembra, peraltro, da accogliere – a dispetto delle “etichette” nominalistiche⁶⁰ - la tesi che, della medesima

trova conforto nell'autorevolissima opinione di F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 1327, secondo cui, col decreto *de quo*, sarebbe nato «*un ibrido: l'apparato giudiziario penale adibito a repressioni amministrative*». In giurisprudenza, Ass. Torino, Sez. VI, 14 novembre 2011, Thyssen Krupp Acciai Speciali Terni S. p. A., in *Società*, 2012, 100, definita come amministrativa la responsabilità in oggetto, esclude che al riguardo possano porsi questioni di responsabilità in relazione all'art. 27 Cost.

⁵⁹ *Relazione*, cit., 435; più avanti (*ivi*, 439), si evidenzia «[...] *l'esigenza* [...] *di omogeneizzare i sistemi di responsabilità amministrativa e di responsabilità penale all'insegna della massima garanzia prevista per quest'ultim[a], spingendo verso la nascita di un sistema punitivo che [...] rappresenti un tertium genus rispetto ad entrambi*». In dottrina, per la natura “ibrida” della responsabilità punitiva societaria, v.: E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità*, in *Cass. pen.*, 2005, 322; S. DELSIGNORE, *op. cit.*, 73; G. FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di «metamorfosi» della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1398 ss.; A. GIARDA, *Procedimento di accertamento della «responsabilità amministrativa degli enti*», in G. CONSO – V. GREVI e M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, VI ed., Padova, 2012, 1258; L. STORTONI – D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, 15. Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, in *C.E.D. Cass.*, nn. 247665 - 247666, pur parlando d'un *tertium genus* di responsabilità, asserisce che questa non è né “per fatto altrui” né oggettiva, poiché dipende da una «*colpa in organizzazione*»; onde ne esclude il contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost. In adesione a questo orientamento, si è osservato che siffatto carattere “terzo”, da un lato, lascia spazio ad un criterio d'imputazione extrapenale *per immedesimazione* tra persona fisica rappresentante ed ente rappresentato, dall'altro evita ogni *vulnus* del principio di colpevolezza (C. E. PALIERO, *Dieci anni di “corporate liability” nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Società*, *D. lgs. 231: dieci anni di esperienza nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, 2011, 16).

⁶⁰ Di «*frode delle etichette*» parla E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. e giust.*, 2001, 23, 82; cfr. anche: G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Bologna, 2001, 146; L. CONTI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Abbandonato il principio societas delinquere non potest?*,

responsabilità, sostiene la *natura penale*⁶¹; infatti, un simile essenziale carattere si desume – anzitutto – dal carattere delle

in ID. (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXV, Padova, 2001, 866.

⁶¹ In questo senso v., fra gli altri: A. ALESSANDRI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in S. MOCCIA (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico – penale europeo*, Napoli, 2004, 88 *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA. VV., *Responsabilità amministrativa degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Milano, 2003, 45 (già in precedenza, lo stesso Autore aveva prospettato, *de iure condendo*, la questione relativa alla possibile previsione d'una responsabilità penale delle persone giuridiche: v. ID., *Art. 27*, in G. BRANCA – A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Artt. 27-28*, Bologna – Roma, 1991, 150); D. BRUNELLI – M. RIVERDITI, *Art. 1. Commento*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Padova, 2008, 82 ss.; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 327 ss.; EAD., *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni (I) Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 1348; 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*, cit., 79; G. DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri d'imputazione e qualificazione giuridica*, *ivi*, 51 ss.; G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, cit., 446; ID., *Le misure cautelari*, in *Responsabilità degli enti per reati commessi nel loro interesse*, suppl. al n. 6 di *Cass. pen.*, 2003, 119 ss.; 120; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti*, cit., 131; A. MANNA, (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, 75 ss.; ID., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, 1103; E. MUSCO, *op. cit.*, 9; T. PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Torino, 2004, 13 ss.; C. E. PALIERO, *Il d.lgs. n. 231/2001: d'ora in poi societas delinquere et puniri potest*, in *Corr. giur.*, 2001, 466 ss.; C. PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 1353 ss. Anche secondo A. GIARDA, *Societas delinquere potest: o no?*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 184 ss., «la responsabilità degli "enti" si muove nell'ambito della categoria delle funzioni di diritto penale». Più di recente, M. L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Napoli, 2012, 48 ss. – con riferimento a Cass., sez. VI, 18 febbraio 2010, Scarafia e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 247666 – ha rilevato che «[...] la giurisprudenza di legittimità, privilegiando un approccio eminentemente pragmatico [...], pur senza prendere posizione sulla natura penale,

“pene” applicabili all’ente: queste infatti possono essere non solo pecuniarie, ma anche interdittive; e l’interdizione - in via punitiva o cautelare - è misura tipicamente penalistica: lo si evince dagli artt. 28-37 c.p., che la prevedono come sanzione accessoria nei confronti dei condannati per determinati delitti; nonché dagli artt. 287-289 c.p.p., i quali la contemplano come misura cautelare penale applicabile alle persone fisiche sottoposte ad indagini od imputate. Del resto, se la sanzione penale si caratterizza rispetto alle altre esclusivamente per un profilo formale - l’essere irrogabile esclusivamente dall’autorità giurisdizionale penale attraverso l’omologo processo⁶² - non v’ha dubbio che simili connotati possedano anche le misure punitive istituite con la normativa in oggetto.

Peraltro, le obiezioni ad una “responsabilizzazione” in chiave penalistica delle società sono risalenti e ben note: le persone giuridiche sarebbero una “finzione”, mentre il diritto penale sarebbe invece fatto per l’uomo⁶³, poiché soltanto la persona fisica, come soggetto pensante, sarebbe dotato di un’intelligenza tale da consentirgli di comprendere il disvalore della sua condotta e di una volontà capace di farlo determinare conseguentemente, in conformità a quanto richiede il principio di colpevolezza ricavabile dall’art. 27 comma 1 Cost.; nonché, di “patire” l’afflittività propria della pena e d’intenderne la finalità rieducativa⁶⁴.

amministrativa o di tertium genus della responsabilità da reato degli enti, ha ritenuto che essa si conformi comunque al principio di personalità proprio della responsabilità penale».

⁶² V., in questo senso, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VII ed., a cura di L. CONTI, Milano, 1975, 551 ss. Di avviso sostanzialmente conforme è A. MANNA, *La responsabilità amministrativa*, cit., 1104, secondo cui «Le sanzioni previste [...] hanno forte sapore penalistico [...] sono irrogate dal giudice penale, secondo regole che ricalcano «quasi pedissequamente» quelle del processo penale [ed inoltre] i criteri di imputazione della responsabilità [...] sono di schietta impronta penalistica»; cfr. pure G. DE SIMONE, *op. cit.*, 78 ss.

⁶³ Secondo la teoria del F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (traduz. a cura di V. Scialoja), II, Torino, 1898, 313, le persone giuridiche sarebbero mere astrazioni, aventi un’entità solo fittizia, che trarrebbe origine da un atto di riconoscimento giuridico *a soli scopi leciti*. Pertanto, laddove commettessero un reato, cesserebbero *ipso facto* d’essere persone giuridiche e non potrebbero quindi neppure, come tali, essere sottoposte ad una pena.

⁶⁴ «Retribuzione, afflizione, prevenzione generale mediante intimidazione, mediante rafforzamento della coscienza etico - sociale dei cittadini, prevenzione speciale - rieducazione, emenda sono concetti che

Tuttavia, tali osservazioni non sembrano insuperabili. Anzitutto – infatti – in contrapposizione alla suddetta concezione “tradizionale” della persona giuridica, ne è stata elaborata un’altra, più moderna, secondo cui le società hanno, invece, una loro “realtà”, onde sono in grado d’esprimere una volontà identificabile come di esse propria ed autonoma⁶⁵; della quale, laddove la stessa s’estrinsecasse in fatti penalmente illeciti, le medesime non potrebbero non dover sopportare le conseguenze⁶⁶. In altri termini: se l’“ente” ha giuridicamente – e non solo – una sua realtà, essendo idoneo a costituire un “centro” per l’imputazione di rapporti giuridici, nonché ad agire, compiendo negozi validi ed efficaci, allora non v’ha ragione perché tali sue capacità, laddove si manifestino attraverso condotte antiggiuridiche, non siano a loro volta passibili di valutazione negativa, determinando un giudizio di colpevolezza e la conseguente irrogazione della sanzione penale a carico della stessa *societas*⁶⁷. Del resto, la configurazione d’una “responsabilità penale societaria”, se è incompatibile con una concezione “psicologica” della colpevolezza («*che ne esaurisce cioè il contenuto nel legame psicologico tra autore e fatto*») non lo è con l’idea «*di una colpevolezza intesa (in senso normativo) come rimproverabilità [...]*»⁶⁸.

hanno significato unicamente in riferimento ad un essere umano in carne ed ossa capace, almeno in linea teorica, di “lacrime e sangue” e, ancor prima, capace di orientare le proprie scelte in base ai condizionamenti delle norme» (G. FLORA, *op. cit.*, 1399).

⁶⁵ G. DE SIMONE, *op. cit.*, 76, ritiene che il riconoscimento di un’autonoma soggettività giuridica e l’accoglimento della teoria organicistica consentano di far salvo, con riferimento alle persone giuridiche, il principio della responsabilità per fatto proprio.

⁶⁶ «[...] una volta configurato l’ente alla stregua di un soggetto capace di instaurare rapporti giuridici e di svolgere attività leciti, risulterebbe senza senso non sanzionarne “l’agire illecito”» (G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti “amministrativi” da reato (D. lgs. n. 231 del 2001)*, Torino, 2005, 69). Del resto, già nella *Relazione*, cit., 441, si affermava: «[...] se gli effetti civili degli atti compiuti dall’organo si imputano direttamente alla società, non si vede perché altrettanto non possa accadere per le conseguenze del reato [...]».

⁶⁷ Secondo la concezione di G. DE VERO, *op. cit.*, 54, il fatto di reato «[...] se commesso da persona giuridica o ente collettivo con l’indefettibile concorso [di taluni] criteri di imputazione personale [...], dà luogo ad una sanzione punitiva intesa a realizzare la prevenzione dei reati per il tramite delle componenti più superficiali (negative) della prevenzione generale e speciale [...]».

⁶⁸ *Relazione*, cit., 435 e 444.

Più difficoltoso sembra superare l'obiezione per cui, se si considerasse come penale la responsabilità prevista dal d.lgs. 231/2001, ci si imbatterebbe necessariamente nella questione di legittimità concernente i suoi artt. 28, 29 e 30, che della stessa responsabilità prevedono la permanenza anche nel caso di trasformazione, fusione o scissione dell'ente dopo la commissione del reato presupposto; in relazione – evidentemente – al principio di personalità sancito dall'art. 27 comma 1 Cost.⁶⁹

Ma il rilievo pare cadere con la concezione della persona giuridica quale mera finzione; non v'ha dubbio, infatti, che, se ciò tale entità fosse, una volta poi che la medesima fosse venuta formalmente meno come centro d'imputazione di rapporti giuridici ed atti negoziali, dovrebbe cessarne, *a fortiori*, anche la responsabilità penale. Però, l'argomento non varrà più una volta che alla *societas* si sia guardato alla guisa d'una *realtà sostanziale*: se l'"ente" non è che la "forma" di un "substrato materiale" costituito – anzitutto – dall'aggregazione di più persone fisiche, è naturale che l'ordinamento giuridico continui a perseguire simile "sostanza" malgrado quest'ultima abbia assunto – magari, proprio per sfuggire alla sanzione – una differente configurazione. In fondo, il fenomeno in discorso non differisce da quello che si ha quando un imputato – soggetto fisico cerchi di sottrarsi procedimento penale ed alla condanna occultando le sue vere generalità: l'impossibilità di stabilire con esattezza quest'ultime «[...] *non pregiudic[herà] il compimento*

⁶⁹ «[...] *stride con una seria aspirazione garantista (propria del diritto penale) la disciplina della fusione e della scissione dell'ente, pervasa invece da logiche di stampo civilistico, che sovente negano il principio di personalità della responsabilità [...]*» (O. DI GIOVINE, *op. cit.*, 15; in egual senso cfr., tra i processualisti, A. MOLARI, *op. cit.*, 121). Sembra opportuno ricordare, a questo proposito, che la giurisprudenza appare oscillante circa la questione se il fallimento della società comporti o no l'estinzione dell'illecito "amministrativo" ad essa imputabile: in senso affermativo v. Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, in *Società*, 3, 294; Trib. Torino, 23 febbraio 2007, in *www.pluris – cedam.utetgiuridica.it.*; Trib. Palermo, 22 gennaio 2007, G. M. C. S. p. A., in *Riv. pen.*, 2008, 797; *contra* è la giurisprudenza di legittimità: v. Cass., Sez. V, 16 novembre 2012, n. 4335, in *C.E.D. Cass.*, n. 254326; Id., Sez. V, 26 settembre 2012, n. 44824, *ivi*, n. 253482. Senza alcun dubbio, invece, conformemente all'art. 8 co. 1 d. lgs., l'ente è considerato responsabile anche quando il reato presupposto è estinto per morte del reo intervenuta prima della condanna (Trib. Molfetta, 11 gennaio 2010, Truck Center S. a. s., in *Corr. merito*, 2010, 4, 409).

di alcun atto da parte dell'autorità giudiziaria, quando sia certa l'identità fisica della persona» (art. 66 comma 2 c.p.p.).

Sezione terza Lineamenti del procedimento penale *de societate*

III.1. Generalità

Per quanto concerne il procedimento diretto ad accertare l'illecito societario dipendente da reato e – eventualmente – ad irrogare le conseguenti sanzioni, si è visto (*supra*, al § II.1) come la l. di delega 300/2000 recasse ben scarse indicazioni, limitandosi a poco più che ad un richiamo delle norme codicistiche e di quelle per la rispettiva attuazione; e come il d.lgs. 231/2001 sia sembrato disattendere simile generica direttiva, dettando, *in subiecta materia*, un nutrito gruppo di disposizioni *ad hoc*, così da far parlare d'un "eccesso di delega"⁷⁰; anche nell'attuare quest'ultima – è stato addotto – ci si sarebbe dovuti ridurre al solo, suddetto, rinvio (come è parzialmente avvenuto con gli artt. 34 e 35 d.lgs.), e rimettere, invece, alla sensibilità dell'interprete la scelta dell'*an* e del *quomodo* nel "trasferire" le norme suindicate, evitando – per contro - di legiferare ulteriormente in modo minuzioso.

La critica – in verità – sembra, già dal punto di vista formale, di dubbia fondatezza⁷¹; quanto, poi, al profilo sostanziale, la novità e la singolarità della materia fanno risultare essere stato oltremodo opportuno un simile intervento normativo, caratterizzato da un elevato grado di specificità.

Resta ferma, comunque, - data l'anzidetta natura penale della "nuova" responsabilità societaria - l'esigenza di verificare, volta per volta, la conformità tra la disciplina del rito in oggetto

⁷⁰ V. A. GIARDA, *op. cit.*, 1258; ID., *D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231. sub Art. 34*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., Milano, 2010, 9632.

⁷¹ Nel senso che è stato lo stesso criterio della delega per cui occorreva assicurare «l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale» (ari. 11 lett. q l. 300/200) «ad imporre l'introduzione di un microsistema che si adatt[asse] alle esigenze della persona giuridica, avendo come schema di riferimento la normativa generale, contenuta nel codice di procedura penale», v. G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale*, cit., 445.

ed i principi sanciti *de hominibus* dalla Costituzione e dal diritto internazionale pattizio. Si seguirà – perciò – un ordine espositivo articolato secondo il raggruppamento delle questioni alla stregua della loro pertinenza agli stessi canoni.

III.2. Il principio del giudice naturale ed il *simultaneus processus*

Quanto a naturalità e precostituzione normativa del giudice, già la legge di delega, all'art. 11 lett. *q*, forniva una sintetica ma preziosa indicazione, ancorando la cognizione dell'illecito societario a quella riguardante il reato presupposto; né il decreto delegato s'è discostato dall'anzidetta direttiva, recitando, all'art. 36 comma 1: «*La competenza a conoscere gli illeciti amministrativi dell'ente appartiene al giudice penale competente per i reati dai quali essi dipendono*». Del resto, una volta configurata la responsabilità in oggetto come «*dipendente*» da un fatto penalmente antigiuridico commesso da un soggetto inserito nell'organizzazione societaria, un simile cumulo di attribuzioni dev'essere apparso come la soluzione maggiormente idonea ad assicurare l'economia dei giudizi e la coerenza tra i giudicati. Ben si spiega – inoltre – perché a simile concentrazione di poteri corrisponda, nella materia *de qua*, la regola – derogatoria da quella codicistica del *favor separationis*⁷² - secondo cui «*Il procedimento per l'illecito amministrativo dell'ente è riunito al procedimento nei confronti dell'autore del*

⁷² Cfr., sul punto, E. M. MANCUSO, *Autonomia di accertamento e simultaneus processus*, in AA. VV., *Responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 220. A. BERNASCONI, *I soggetti, la giurisdizione e la competenza*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013, 225 osserva al riguardo che, in quanto la cognizione unitaria della regiudicanda ripete le regole sulla competenza del codice di rito, «*risulta così salvaguardato il principio costituzionale [...] del giudice naturale precostituito per legge*». Quanto alla considerazione più generale per cui il codice di rito penale, al fine d'evitare il sorgere di giudizi aventi ad oggetto un numero eccessivamente elevato d'imputati od imputazioni, s'ispira al *favor separationis* v., *ex plurimis*: A. MOLARI, *op. cit.*, 36; G. NEPPI MODONA, *Il processo cumulativo nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1988, 948; G. TRANCHINA, *I soggetti*, in D. SIRACUSANO – A. GALATI – G. TRANCHINA – E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2006, 105. Secondo P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XIII ed., Milano, 2012, 83, tale canone si collega al sistema accusatorio che, per garantire la miglior difesa, tende ad assicurare un solo imputato in un singolo procedimento.

reato da cui l'illecito dipende» (art. 38 d.lgs.); la quale soluzione è stata infatti giustificata con «[...] *intuibili ragioni di effettività, di omogeneità e di economia processuale*»⁷³.

Peraltro – come ben è stato osservato⁷⁴ - «*Le due regiudicande non costituiscono i termini di un cumulo necessario*»: il carattere della responsabilità societaria *de qua* è tale da ammettere, in certe ipotesi, lo svolgimento di un procedimento penale separato a carico dell'ente. Difatti, a questo riguardo, occorre tenere presente il carattere *autonomo* della medesima, sancito dall'art. 8 d.lgs., che ne prevede la sussistenza – tra l'altro – anche nel caso in cui l'autore del reato sia ignoto o non imputabile; né vanno trascurate le ulteriori disposizioni di cui al citato art. 38; il quale, al comma 2, contempla espressamente un separato processo *de societate*, quando quello nei confronti della persona fisica imputata per il delitto presupposto sia stato sospeso - essendosi ritenuta la medesima incapace di partecipare coscientemente al rito -, oppure sia stato definito anticipatamente, con giudizio abbreviato, composizione sulla pena o decreto penale di condanna; o, anche, quando «[...] *l'osservanza delle disposizioni processuali lo rende necessario*».

Insomma: può essere che un procedimento penale sia iniziato, svolto e concluso *unicamente* nei confronti della *societas*. In particolare, - stando al citato art. 8 – è immaginabile un accertamento giudiziario di tal genere inteso al *solo fine* di verificare la responsabilità dell'ente dipendente da un delitto il cui autore è rimasto ignoto oppure non è imputabile.

⁷³ Così *Relazione*, cit., 482. Nel senso che la competenza per l'illecito amministrativo si radica nel luogo di commissione del reato presupposto v. Trib. Milano, 13 giugno 2007, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it. Per A. GIARDA, *Procedimento di accertamento*, cit., 1261, si avrebbe qui un'ipotesi di cumulo processuale eterogeneo, giustificata dagli ampi poteri investigativi riconosciuti all'autorità giudiziaria penale (nella fattispecie, esercitabili anche per valutare la consistenza della notizia "d'illecito amministrativo"), nonché dalla ampiezza delle garanzie di azione e di difesa riconosciute nel procedimento penale. Ad avviso di G. GARUTI, *Il processo "penale" agli enti*, in ID. (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, Torino, 2011, 1037, il decreto *de quo*, privilegiando il cumulo, avrebbe inteso «[...] *esaltare il profilo collegato alla correttezza nonché alla complessità dell'accertamento*».

⁷⁴ F. CORDERO, *op. cit.*, 1330.

Ora, mentre quest'ultimo caso sembra affatto improbabile⁷⁵, è il primo a suscitare le maggiori perplessità: se i criteri per l'imputazione soggettiva del "fatto" alla società variano a seconda della posizione ("apicale" o "subordinata") occupata, al suo interno, dalla persona fisica – agente (v., *infra*, § III.5); se, inoltre, la responsabilità in oggetto sarà esclusa, laddove quest'ultimo soggetto abbia operato «[...] nell'interesse esclusivo proprio o di terzi» (art. 5 comma 2 d.lgs.); se – infine – l'esistenza o non della stessa responsabilità discende dalla sussistenza o non del reato – premessa; allora appaiono davvero inconcepibili una dichiarazione della colpevolezza ed una condanna dell'ente per un illecito la cui integrazione dipende dall'essere avvenuto un delitto del quale è rimasto sconosciuto l'autore; cioè, una persona fisica di cui – in quanto ignota – s'ignorano la qualità e le finalità della rispettiva azione.

Certo, è inevitabile che, *reo non cognito*, il giudice, chiamato a deliberare *de societate*, lo faccia avvalendosi della clausola sancita dall'art. 2 c.p.p.; cioè, risolvendo la questione riguardante la colpevolezza individuale *incidenter tantum*⁷⁶; e nondimeno, un simile percorso ricostruttivo dei fatti esporrà il sistema al rischio di aporie tra giudicati⁷⁷, qualora alla definizione del processo *quoad societatem* segua poi quello contro l'imputato, successivamente identificato, dell'illecito penale presupposto; e del resto – comunque – l'ammettere un giudizio sull'illecito societario indipendente dalla verifica – evidentemente pregiudiziale – circa il reato normativamente

⁷⁵ V. – volendo – P. MOSCARINI, *Le cautele interdittive nel procedimento penale "de societate"*, Roma, 2010, 27, dove si ritiene altresì «[...] aberrante che si finisca per attribuire ad una "persona giuridica" una qualsivoglia responsabilità in conseguenza del fatto commesso da un suo organo - persona fisica, per esempio, nel contesto d'un improvviso raptus di pazzia [...]», data la mancanza, nella fattispecie, perfino dello stesso nesso di causalità materiale tra la gestione societaria e l'evento.

⁷⁶ Nel senso che, quando le due *res iudicandae* sono scisse, «[...] l'organo investito del giudizio sulla responsabilità amministrativa risolve *incidenter tantum* la questione penalistica» v. F. CORDERO, *loc. ult. cit.*; cfr. anche H. BELLUTA, *Art. 36. Commento*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., 356.

⁷⁷ Ritengono che la scelta del *simultaneus processus* sia stata dettata dall'intento d'evitare giudicati contrastanti G. M. BACCARI, *Art. 38. Commento*, in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, cit., 536, e G. GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, in ID. (a cura di), *Responsabilità degli enti*, cit., 271.

assunto come premessa sembra seriamente eccepibile, alla stregua del principio costituzionale di ragionevolezza⁷⁸.

Qualora, invece, sia il separato procedimento penale contro il dirigente, il rappresentante, l'amministratore od il dipendente ad essere concluso *prima* di quello *de societate*, si tratterà di stabilire la valenza, nel secondo, del giudicato formatosi in esito al primo. La questione, allora, dovrà essere risolta alla stregua della regola di cui all'art. 238-bis c.p.p. (applicabile, *in subiecta materia*, per virtù del richiamo operato dall'art. 34 d. lgs.): la sentenza penale irrevocabile *de homine* sarà valutata, *quoad societatem*, «[...] a norma degli articoli 187 e 192» c.p.p.⁷⁹; cioè: nei limiti segnati dal requisito di pertinenza – rilevanza e salva la necessità di “riscontri”⁸⁰. Quanto, poi, alle prove, esse

⁷⁸ «A far restare maggiormente perplessi [...] è il [...] caso [...] dell'“autore ignoto”: non si riesce davvero a capire come, in una circostanza del genere, sia possibile delibare (nel corso delle indagini e/o per finalità cautelari) oppure accertare (in esito a giudizio) la sussistenza o non della responsabilità in discorso quando questa dipende – appunto – tanto dalla qualifica personale di chi è stato autore del reato presupposto [...] quanto dall'atteggiamento psichico dell'agente [...]» (P. MOSCARINI, *op. cit.*, 28; cfr. anche ID., *Le cautele interdittive contro gli enti*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 1114). Nello stesso senso, del resto, è stato osservato che l'ipotesi in cui si proceda nei confronti dell'ente senza identificare l'autore del reato «pone una serie di problemi, di natura non solo teorica, in quanto sembrerebbe essere messo in crisi lo stesso meccanismo imputativo della responsabilità previsto dal d.lgs. n. 231/2001, secondo cui presupposto per l'applicabilità della sanzione agli enti è l'esistenza di un reato» (G. FIDELBO, *op. ult. cit.*, 451). Nello stesso senso v. G. PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 81, secondo cui la mancata individuazione dell'autore del reato precluderebbe l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato, facendo venir meno lo stesso presupposto della responsabilità della persona giuridica.

⁷⁹ Osserva il P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti*, cit., 227: la «[...] conclusione di un processo con sentenza irrevocabile non condiziona necessariamente l'esito dell'altro: l'efficacia del giudicato è limitata ai giudizi civili e amministrativi; mentre nell'ambito penale le sentenze irrevocabili, pur potendo essere acquisite, sono liberamente «valutate a norma degli articoli 187 e 192 comma 3 (art. 238-bis c.p.p.)»; conf. v. pure: ID., *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1480; A. BERNASCONI, *op. cit.*, 231; E. M. MANCUSO, *D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Art. 38*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., 9651.

⁸⁰ Sul punto v., anche per ulteriori richiami, N. ROMBI, *Art. 238 – bis*, in A. GIARDA – G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, cit., 2394.

“circoleranno” tra i due processi secondo le disposizioni dell’art. 238 c.p.p.⁸¹

III.3. L’ente come imputato...

Il carattere penale della responsabilità societaria dipendente da reato e del procedimento diretto ad accertarla fan sì che l’ente possa giovare di tutte le garanzie dettate *de hominibus* dalle norme costituzionali ed internazionali pattizie dirette a salvaguardare il prevenuto (cfr., *supra*, al § II.2): l’inviolabilità della difesa «[...] *in ogni stato e grado* [...]» (art. 24 comma 2 della Carta fondamentale); nonché gli ulteriori, più specifici, diritti a: *a*) un’informazione tempestiva e riservata circa la natura ed i motivi dell’accusa; *b*) tempo e facilitazioni per preparare la difesa; *c*) interrogare o far interrogare, davanti ad un giudice, i deponenti a carico ed a discarico; *d*) far acquisire ogni prova favorevole (v. artt. 111 comma 3 Cost., 6 § 3 Conv. eur. dir. um. e 14 § 3 Patto int. dir. civ. pol.)⁸².

In via di principio, tutta la normativa sull’anzidetta responsabilità sembra aver seguito tali indicazioni; la legge di delega, all’art. 11 lett. *q*, prescriveva di far applicare, nella materia, «[...] *in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale*»; e di assicurare «[...] *l’effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento*»; la legge delegata, poi, all’art. 35, recita: «*All’ente si applicano le disposizioni processuali relative all’imputato, in quanto compatibili*».

In particolare, il limite della “compatibilità” sembra escludere la vigenza, nella materia *de qua*, di «[...] *tutte le disposizioni che implicano o presuppongono la fisicità dell’atto*

⁸¹ In questo senso v. G. GARUTI, *loc. ult. cit.*

⁸² «[...] *molteplici indici normativi depongono a favore dell’insopprimibile compenetrazione tra il sistema processuale penale tradizionale e quello relativo ai soggetti collettivi, di tal che non è possibile per quest’ultimo prescindere dai fundamenta della procedura penale relativa alle persone fisiche anche sul piano costituzionale*» (M. L. DI BITONTO, *op. cit.*, 47 s.). Un’esauriente disamina dei diritti spettanti all’“accusato” alla stregua della “novellazione” intervenuta con l. cost. n. 2 del 1999 è in C. CONTI, *Art. 111 Cost.*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., 112 ss.

da compiere»⁸³; impone, cioè, di considerare richiamate soltanto le «[...] norme dettate per l'imputato nella sua dimensione di persona fisica che, per ciò stesso, implicano un atto processuale non riconducibile ad una persona giuridica o ad un'associazione priva di personalità giuridica»⁸⁴.

Nondimeno, il previsto diritto, in capo all'ente, di partecipare al procedimento penale *contra se* attraverso una persona fisica - rappresentante (art. 39 comma 1 d.lgs.) conduce a circoscrivere la portata dell'anzidetta clausola di riserva (cfr., *infra*, in questo §); ovvio, invece, che vadano ritenute inapplicabili le norme codicistiche necessariamente collegate alla "corporeità" del prevenuto; ad es., quelle su prelievi biologici coattivi (artt. 224-*bis* ss.), ispezioni e perquisizioni personali (artt. 244 ss.), cautele personali coercitive (artt. 280 ss.), arresto in flagranza e fermo (artt. 379 ss.)⁸⁵.

Sembra – invece – che la società vada considerata titolare non solo di tutte le facoltà rientranti nella "difesa tecnica", ma anche di quelle riconducibili alla "difesa materiale".

Difatti, per il succitato primo comma dell'art. 39, «*L'ente partecipa al procedimento penale con il proprio rappresentante legale [...]*», onde non risulta affatto impossibile che il medesimo soggiaccia alle "sommarie informazioni" di cui all'art. 350 c.p.p., oppure ad interrogatorio o ad esame, «*[...] secondo le regole tipiche della figura dell'imputato»⁸⁶.*

Peraltro, - stando al secondo comma dello stesso art. 39 – l'anzidetta partecipazione sembrerebbe presupporre necessariamente un atto di costituzione da parte della *societas*, da compiersi depositando presso la «*cancelleria*» un'apposita dichiarazione; e quindi – data l'espressa menzione di quest'ultimo ufficio – l'avvenuta instaurazione d'una qualche, vera e propria, fase processuale, in esito ad un'azione penale già esercitata; con conseguente esclusione di tutto il periodo delle indagini preliminari dalla suindicata possibilità di intervento.

⁸³ A. GIARDA, *D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Art. 35*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., 9636.

⁸⁴ A. GIARDA, *loc. ult. cit.*

⁸⁵ Nel senso che resta «*preclusa qualsiasi forma di antropomorfizzazione degli enti*» v. G. PAOLOZZI, *Processo agli enti (giudizio di cognizione)*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, III, Torino, 2005, 1171; conf. A. BERNASCONI, *Il procedimento di accertamento dell'illecito. Le disposizioni generali*, in A. PRESUTTI– A. BERNASCONI, *op. cit.*, 222.

⁸⁶ A. GIARDA, *loc. ult. cit.*; A. BERNASCONI, *loc. ult. cit.*

Ma la parte rimanente della stessa disposizione sembra smentire una simile, rigoristica, lettura: vi si parla – genericamente – di «partecipazione al procedimento» e di «autorità procedente». Appare – quindi – senz'altro condivisibile la dominante opinione, per cui la persona giuridica o l'associazione può intervenire, nel rito penale a suo carico, sin dalla fase investigativa⁸⁷.

Nondimeno, il carattere pressoché informale delle attività preistruttorie e – in particolare – la possibilità che, nel loro corso, siano comprese posizioni soggettive riportabili alla *societas* conducono a chiedersi se il diritto di questa a difendersi debba o no avere una qualche rilevanza ancor prima dell'anzidetta costituzione.

Le opinioni in proposito sono contrastanti: per un primo indirizzo, l'ente potrebbe difendersi – sempre – *solo subordinatamente* all'adempimento della suddetta formalità⁸⁸; stando ad un altro orientamento, quest'ultimo incombente condizionerebbe non già tutte le prerogative, ma soltanto quelle di autodifesa⁸⁹.

E' questa seconda tesi ad apparire preferibile; infatti, posto che: a) l'annotazione dell'illecito societario nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., ex art. 55 d.lgs., «[...] è comunicata all'ente e al suo difensore che ne faccia richiesta negli stessi limiti in cui è consentita la comunicazione delle iscrizioni delle notizie di reato alla persona alla quale il reato è attribuito»

⁸⁷ V., tra gli altri: P. DI GIRONIMO, *Aspetti processuali del d. lg. n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2002, 1570; G. FIDELBO, *op. ult. cit.*, 468; A. MOLARI, *op. cit.*, 121; C. QUAGLIERINI, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, Milano, 2003, 152; G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 241; *Cass.*, Sez. VI, 19 giugno 2009, Caporello, in *C.E.D. Cass.*, n. 244409; *Id.*, Sez. VI, 5 febbraio 2008, a.r.l. A.R.I., in *Cass. pen.*, 2009, 3798 ss.

⁸⁸ *Cass.*, Sez. VI, 5 febbraio 2008, a.r.l. A.R.I., cit.

⁸⁹ *Cass.*, Sez. VI, 9 giugno 2009, Caporello, in *Cass. pen.*, 2010, 1377, con nota adesiva del G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed "eterointegrazione" giurisprudenziale*; *Cass.*, Sez. VI, 5 novembre 2007, Quisquayana, in *C.E.D. Cass.*, n. 238322. Nel senso che la persona giuridica ha diritto all'assistenza difensiva indipendentemente da un atto formale di costituzione cfr. anche Gius. AMATO, *Le interferenze tra la responsabilità dell'ente e quelle della persona fisica*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, 2, 20 s. H. BELLUTA, *Art. 39. Commento*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., 372.

(art. 56 d.lgs.); *b*) all'ente – indagato è dovuta un'informazione di garanzia recante – tra l'altro - « [...] *l'avvertimento che per partecipare al processo deve depositare la dichiarazione di cui all'art. 39, comma 2*» (art. 57 d.lgs.); occorre allora concludere che la *societas*, ancor prima della sua costituzione, è titolare del diritto a conoscere l'esistenza di un'inchiesta penale a suo carico; e che la stessa, potendosi talora avvalere di tale medesima prerogativa solo attraverso un difensore, è legittimata a nominare il proprio legale ancor prima dell'atto costitutivo.

Dunque, la difesa tecnica sembra doversi attuare, mediante la designazione d'un patrocinatore fiduciario (oppure, se l'ente ne sia privo, d'un avvocato officioso)⁹⁰, *prima* della formale dichiarazione di costituzione; il quale adempimento par quindi condizionare solamente l'esercizio delle facoltà auto – difensive.

In particolare, riguardo al suddetto profilo dell'assistenza tecnica, il richiamo in materia dell'art. 96 c.p.p. («*mediato*» attraverso gli artt. 34 e 35 d.lgs.) conduce a ritenere che la società abbia diritto a nominare fino a due difensori⁹¹. Inoltre, una volta assimilato l'ente – inquisito all'indagato e considerata indefettibile l'assunzione della sua difesa da parte di un avvocato, non risulta certo incongruo applicare anche all'ente le norme codicistiche sulle «*Investigazioni difensive*» (Titolo VI-*bis*, inserito nel Libro V dall'art. 11 l. 7 dicembre 2000, n. 397)⁹². Di conseguenza, il medesimo patrocinatore, una volta nominato – sia o no la *societas* formalmente costituita – avrà diritto a svolgere tali “indagini private”, anche «[...] *per l'eventualità che s'instauri un procedimento penale*» (nella specie, a carico dell'ente) (art. 391-*bis* c.p.p.).

Quanto, poi, al profilo dell'autodifesa, c'è da domandarsi se la persona giuridica o l'associazione indagata od accusata,

⁹⁰ V.: A. BASSI – T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, 543; G. FIDELBO, *op. ult. cit.*, 474; G. GARUTI, *op. ult. cit.*, 288; S. LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in *Cass. pen.*, 2002, 2526; G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza difensiva delle persone giuridiche*, cit., 249.

⁹¹ E. AMODIO, *op. cit.*, 331, nt. 41; A. BASSI – T. EPIDENDIO, *op. cit.*, 542; G. VARRASO, *op. ult. cit.*, 248.

⁹² Cfr., in questo senso, G. PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., 119. Trib. Milano, 11 giugno 2004, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it, ha ritenuto necessario, a pena di nullità, l'avviso ex art. 415-*bis* c.p.p. anche nei procedimenti contro le società per la responsabilità in oggetto.

una volta formalmente costituitasi e “stando nel procedimento penale” attraverso la persona fisica di un rappresentante, sia o no titolare dello *ius tacendi*; se – cioè – possa o no, segnatamente laddove tale soggetto deputato sia sottoposto ad interrogatorio, invocare il principio “*nemo tenetur se detegere*”.

A rispondere – senza esitazioni – affermativamente porta lo stesso carattere penalistico della responsabilità in discorso: una volta che – coerentemente con questa ritenuta essenzialità – sia stato omologato l’ente alla persona fisica sotto il profilo delle garanzie (cfr., *supra*, al § II.2), sarà inevitabile attribuire al primo anche un diritto umano che discende dai principi costituzionali e dalle norme internazionali pattizie di salvaguardia⁹³. Del resto, alla stessa conclusione inducono sia la l. 300/2000 – laddove (art. 11 lett. q) impone l’osservanza del codice di rito penale e «[...] *l’effettiva difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento* [...]» - sia lo stesso d.lgs. 231/2001, che, con i citati rinvii di cui ai suoi artt. 34 e 35, richiama *de societate* anche gli artt. 63 e 64 c.p.p., diretti a tutelare la libertà morale del dichiarante *in causa propria*⁹⁴.

Infine – *ad abundantiam* – va ricordata la regola dell’art. 39 comma 1, ult. inciso, d. lgs., per cui la persona imputata del reato dal quale deriva l’illecito dell’ente non può rappresentare quest’ultimo nel procedimento penale contro il medesimo; tale divieto, infatti, ben si spiega, alla luce delle disposizioni generali sulla responsabilità per illecito derivante da reato della persona giuridica: poiché questa – se del caso – può esimersi

⁹³ In argomento, ci si permette di richiamare, anche per ulteriori riferimenti, P. MOSCARINI, *Silenzio (diritto al)*, in *Enc. dir. – Annali*, III, Milano, 2010, 1079 ss.

⁹⁴ A. BASSI – T. EPIDENDIO, *op. cit.*, 533. Si ritiene altresì – autorevolmente – che il diritto al silenzio spetti al rappresentante legale dell’ente *comunque*, e cioè anche se egli non sia imputato del reato presupposto né sia stato rappresentante legale dell’ente al momento del fatto; difatti, «[...] *sarebbe derisorio, lesivo del diritto di difesa se, dopo aver riconosciuto all’ente le garanzie dell’imputato, si costringesse a testimoniare chi lo personifica e gli dà voce nel processo*» (P. FERRUA, *Il processo contro gli enti*, cit., 238; v. anche M. CERESA Gastaldo, *Il “processo alle società” nel D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2002, 29 ss.). Sostanzialmente dello stesso avviso è M. L. DI BITONTO, *op. cit.*, 83 s., secondo cui, però, lo *ius tacendi* del rappresentante deriverebbe dall’applicazione *in subiecta materia* del *privilege against self – incrimination* di cui all’art. 198 comma 2 c.p.p. In margine, sembra opportuno ricordare che Trib. Milano, 2 febbraio 2010, D.B. ed altri, in *Corr. merito*, 2010, 415, ha riconosciuto all’ente straniero il diritto all’interprete.

dimostrando che il suo organo o dipendente ha agito «[...] *nell'interesse esclusivo proprio o di terzi*» (art. 5 comma 1 d.lgs.), oppure «[...] *eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione*» (art. 6 comma 1, lett. c, d.lgs.), la suindicata incompatibilità mira – tra l'altro – ad evitare che il predetto rappresentante, essendo inquisito per il reato presupposto, sia spinto da simile circostanza a discolpe personali con valenza “auto – incriminante” nei confronti della *societas* da lui stesso rappresentata⁹⁵.

La stessa incompatibilità – peraltro – non determina, in capo all'ente, l'impossibilità d'una partecipazione diretta e di un'autodifesa nel procedimento; una conseguenza di questo genere, del resto, porterebbe necessariamente a dubitare circa la legittimità della norma *de qua* con riferimento ai principi di uguaglianza, d'inviolabilità della difesa e del “giusto processo” (v. artt. 3, 24 comma 2 e 111 Cost.): la società, nell'ipotesi *de qua*, ben può designare, in sostituzione dell'”incompatibile a rappresentarla”, una persona fisica diversa, «[...] *utilizzando i normali parametri previsti all'interno della sua compagine organizzativa, quali lo statuto o il proprio atto costitutivo*»⁹⁶.

⁹⁵ A. BASSI – T. EPIDENDIO, *loc. ult. cit.*

⁹⁶ Cass., Sez. VI, 19 giugno 2009, Caporello, cit., 1379. Peraltro, la Suprema Corte intende rigorosamente tale incompatibilità: il rappresentante che in questa versa non può neppure nominare il difensore fiduciario dell'ente (Sez. VI, 19 giugno 2009, C.F., *C.E.D. Cass.*, n. 244409) ed è invalido l'atto di costituzione di una società nel procedimento a suo carico, se sottoscritto da rappresentante legale incompatibile (Cass., Sez. VI, 19 giugno 2009, Caporello, cit., 1378) . Inoltre, l'incompatibilità riguarda anche il rappresentante legale che ha soltanto “indagato”, in forza della regola di estensione delle garanzie dell'imputato di cui all'art. 61 c.p., applicabile anche nel processo a carico dell'ente in base alla norma di chiusura di cui all'art. 34 d.lgs. (Sez. VI, 19 giugno 2009, C. F., in *Dir. pen proc.*, 2010, 35). Infine, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 39 d.lgs., nella parte in cui impedirebbe all'ente di partecipare al procedimento penale a suo carico col proprio rappresentante legale, se incompatibile, è stata ritenuta manifestamente infondata per l'evidente erroneità del presupposto (Sez. VI, 19 giugno 2009, C.F., cit.; nello stesso senso si era anteriormente espressa Corte cost. 12 giugno 2007, n. 186).

III.4....e la questione della sua legittimazione passiva rispetto all'azione civile risarcitoria

L'assimilazione della persona giuridica o dell'associazione non riconosciuta all'imputato non poteva non determinare la ben nota, dibattuta, questione: può la prima, così come il secondo, essere soggetto passivo "diretto", nel processo penale contro di lei instaurato, dell'azione civile diretta a conseguire il risarcimento del danno derivato dal reato?

A questo riguardo, si sono contrapposti due orientamenti. Quello negativo adduce che l'art. 185 comma 2 c.p., parlando d'un obbligo risarcitorio relativo al danno "cagionato" dal reato, denota l come la *fonte* del corrispondente diritto risieda nella responsabilità determinata direttamente dal *fatto penalmente illecito*; la quale ultima – peraltro – non sarebbe configurabile in capo all'ente: a carico di questo penderebbe un giudizio non già in termini di *colpevolezza penale*, cioè, per il reato commesso nel suo interesse od a suo vantaggio, bensì in quelli d'una *responsabilità amministrativa* costituente il *riverbero*, nell'orbita della sfera giuridica societaria, di quell'antigiuridicità nella quale detto stesso delitto si risolve. Pertanto, la persona giuridica od associazione risponderebbe, sì, patrimonialmente, del fatto commesso dal soggetto fisico inserito nella sua organizzazione; ma non in via diretta – cioè, come imputata - , bensì solo in quanto sia citata, *ex artt.* 2049 c.c. e 83 ss. c.p.p., quale *portatrice di un obbligazione civilistica determinata da fatto illecito altrui*⁹⁷.

A sua volta, il contrario indirizzo – per cui la *societas* sarebbe *immediatamente* responsabile, ai sensi degli artt. 2043 c.c. e 185 c.p., e quindi legittimata, come imputata, a subire l'esercizio dell'azione civile aquiliana in virtù della costituzione come parte civile, *ex artt.* 74 ss. c.p.p., effettuata dall'asserito danneggiato – si basa su di un duplice ordine di ragioni. Anzitutto, la regolamentazione dettata dalla l. di delega

⁹⁷ V., tra le tante massime: Uff. G.I.P. Trib. Milano, 22 maggio 2012, in *Corr. merito*, 2012, 912; Trib. Pescara, 14 marzo 2011, in *P.Q.M.*, 2011, 2-3, 163; Id., 30 ottobre 2010, *ivi*, 2010, 2, 108; Trib. Torino, 2 ottobre 2010, Thissen Krupp Acciai Speciali Terni S.p.A., in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 851; Trib. Milano, Sez. II, 18 aprile 2008, in *Guida al dir.*, 2008, 25, 81; G.I.P. Trib. Milano, 25 gennaio 2005, Italaudit, in *Corr. merito*, 2005, 571, con nota adesiva di A. GIARDA, *Azione civile da risarcimento e responsabilità "punitiva" degli enti*; G.I.P. Trib. Milano, 9 marzo 2004, soc. Ilat e altri, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 1333 ss.

300/2000 e dal d.lgs. 231/2001 avrebbe configurato giuridicamente un nuovo ed autonomo caso nel quale un'azione fondata su presupposti normativi privatistici (gli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p. non sarebbero che specificazioni del precetto generale sancito dall'art. 2043 c.c.) può essere trasferita in sede penale. In secondo luogo, la suddetta legge delegata, in una molteplicità di disposizioni (artt. 2, 6, 21, 22, 24-26) riferisce la responsabilità dell'ente, *tout court*, al reato, «[...] *rivelando che in realtà l'asserito illecito amministrativo coincide in toto con i reati previsti quale possibile fonte della sua responsabilità amministrativa*»⁹⁸.

Tuttavia, quest'ultima tesi - pur autorevolmente sostenuta - non sembra meritevole d'adesione. Difatti, la responsabilità societaria prevista dal sistema *de quo agitur* non è cagionata, *sic et simpliciter*, dal solo reato presupposto considerato in sé e per sé, ma anche dal concorrere di quest'ultimo con una serie d'ulteriori circostanze; quel delitto, quindi, non è che uno degli elementi costitutivi d'una più ampia e complessa fattispecie, nella quale soltanto è ravvisabile il vero e proprio "illecito dell'ente" (a prescindere dall'intrinseca natura giuridica del medesimo illecito). In altri termini: ciò che l'ordinamento richiede è non soltanto la commissione d'un reato ricadente in una determinata tipologia (v. artt. da 24 a 26 d.lgs.), ma altresì che questa circostanza si venga a configurare come componente d'una più articolata figura, integrata pure da ulteriori dati oggettivi (la commissione del fatto da parte di un organo o dipendente societario: art. 5 comma 1 d.lgs.) e soggettivi (mancata od insufficiente adozione od attuazione, prima del fatto, di adeguati modelli organizzativi e gestionali: art. 6 d.lgs.; specifica inosservanza dei correlati obblighi di direzione o vigilanza: art. 7 d.lgs.). Insomma: la responsabilità societaria *de qua* scaturisce da una seriazione giuridica completata anche da "elementi costitutivi" aggiuntivi rispetto a quelli sufficienti per il profilarsi del delitto normativamente assunto quale premessa.

⁹⁸ C. F. GROSSO, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 1335 ss.; in favore della la costituzione *de qua* direttamente nei confronti dell'ente v. anche: G.U.P. Trib. Milano, 9 luglio 2009, in *Cass. pen.*, 2010, 768, 262 (con nota adesiva di P. BALDUCCI, *La costituzione di parte civile nei confronti dell'ente "imputato": una questione ancora aperta*); ID., 24 gennaio 2008, *ivi*, 2008, 3861, 1261;

Ed allora, - posto che l'illecito del quale l'ente è chiamato a rispondere non coincide se non in parte con il «reato» da cui l'art. 185 comma 1 c.p. fa discendere la responsabilità civile, e che manca una clausola espressa la quale legittimi la costituzione di parte civile “diretta” contro la “società imputata” - pare dogmaticamente corretto che ogni pretesa privatistica nei confronti di quest'ultima sia fatta valere in via indiretta; cioè, nel processo cumulativo svolgentesi contro la persona fisica accusata del reato presupposto, ai sensi dei preindicati artt. 2049 c.c. e 83 c.p.p.⁹⁹

Del resto, la situazione dell'ente appare perfettamente conciliabile con la posizione processuale di responsabile civile, ben potendo concretamente il primo essere interessato a dimostrare sia l'insussistenza del fatto di reato sia l'assenza d'un vincolo di responsabilità solidale con l'imputato – persona fisica¹⁰⁰.

Pertanto, resta ferma – ovviamente - la possibilità che la responsabilità civile della società *per fatto proprio* determinato da una colpa in organizzazione divenga ragione di pretesa in sede civilistica ex art. 2043 c.c.

⁹⁹ E' questa – appunto – la soluzione accolta da Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2011, Fenu, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 431 ss., con nota del F. MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile ex d. lgs. n. 231 del 2001*; conf. v., tra gli altri, A. BERNASCONI, *I soggetti, la giurisdizione, la competenza*, cit., 245 s. Del resto, anche la Corte di giustizia dell'Unione europea – posta di fronte ad una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata da G.I.P. presso il Tribunale di Firenze con riferimento all'art. 9 comma 1 decisione quadro 2001/220 (che attribuisce alla «vittima del reato il diritto di ottenere [...] una decisione relativa al risarcimento del danno da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale [...]») – ha ritenuto che l'illecito amministrativo da reato di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 sia un fatto antigiuridico distinto dal delitto presupposto, privo di un nesso causale diretto con i pregiudizi cagionati dal reato commesso da una persona fisica e dei quali si chiede il risarcimento. Pertanto, le persone offese dal suddetto illecito non possono essere considerate, ai fini del cit. art. 9 comma 1, come titolari del diritto *de quo* (Sez. II, 12 luglio 2012, Giovanardi, §§ 47 s., in *www.EUR – Lex.it*).

¹⁰⁰ V. in questo senso G. GARUTI – G. SOLA, *Art. 34. Commento*, in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, cit., 523 s.

III.5. Sui casi d'inversione dell'onere probatorio

La normativa concernente il procedimento penale *de societate* rivela un evidente *punctum pruriens* laddove, ponendo a carico della società – imputata l'onere di provare una serie di circostanze al fine di non essere condannata per il fatto commesso da un “soggetto apicale” (art. 6 comma 1 d.lgs.), fa dubitare circa un suo possibile contrasto con la presunzione d'innocenza, sancita dalla Costituzione (art. 27 comma 2) e dal diritto internazionale pattizio (artt. 6 § 2 Conv. eur. dir. um. e 14 § 2 Patto int. dir. civ. pol.).

Peraltro, si potrebbe esser tentati di superare l'ostacolo adducendo che la presunzione suddetta, essendo stabilita – appunto – come salvaguardia d'un diritto *dell'uomo*¹⁰¹, risulta inapplicabile nella fattispecie *de qua*: in quest'ultima è in gioco una responsabilità – anzitutto – normativamente definita come «amministrativa» e – poi – riferita non già ad un essere umano, bensì ad un ente¹⁰². Ma sarebbe anche agevole replicare richiamando la sostanziale omologazione tra responsabilità penale e responsabilità amministrativa operata – avendo riguardo al livello di “afflittività sostanziale” della sanzione irrogabile – dalla giurisprudenza di Strasburgo¹⁰³; ed osservando come il legislatore italiano, avendo scelto di

¹⁰¹ Cfr. sul tema – tra gli altri - G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, *passim*.

¹⁰² Cfr., in questo senso, P. MOSCARINI, *Le cautele interdittive penali*, cit., 1126. Del resto, la possibilità di distinguere la responsabilità delle persone fisiche da quella delle soggettività giuridiche, sottoponendo soltanto la prima a tutti i canoni costituzionali in materia di responsabilità penale, è stata sostenuta dal C. F. GROSSO, *Il principio di colpevolezza nello schema di delega legislativa per l'emanazione del nuovo codice penale*, in *Cass. pen.*, 1995, 1885; cfr. anche ID., *Quale diritto penale tributario per gli anni novanta?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 1022.

¹⁰³ V. in tal senso A. PRESUTTI, *Art. 45. Commento*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., 712. L'applicabilità agli enti della presunzione di non colpevolezza è del resto sostenuta anche in dottrina; v.: E. AMODIO, *op. cit.*, 333; H. BELLUTA, *Art. 35. Commento*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., 353; nonché – da ultimo – M. L. DI BITONTO, *op. cit.*, 69, a cui avviso «*Individuare il procedimento penale come sede dell'accertamento dell'illecito amministrativo dipendente da reato significa confluire in un fenomeno giuridico complesso, ad alta valenza politico – istituzionale, le cui regole fondamentali rappresentano la proiezione della presunzione di innocenza nelle sue molteplici articolazioni e implicazioni*».

assimilare le società alla persona fisica sotto il profilo delle garanzie quanto alle regole dell'accertamento circa la rispettiva "colpevolezza", avrebbe poi anche dovuto – per coerenza – uniformarsi alla suddetta presunzione sancita dalla Carta fondamentale e dai Trattati¹⁰⁴.

Invece, un simile adeguamento non sembra essere pienamente avvenuto: dalla stessa presunzione discende – tra l'altro – la fondamentale norma che grava l'accusatore dell'onere di dimostrare la responsabilità dell'accusato¹⁰⁵; per cui – in particolare – incombe sul pubblico ministero il compito di evidenziare la concreta sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie alla cui integrazione è subordinato il giudizio di colpevolezza¹⁰⁶.

Quanto a questo profilo – allora – risulta chiara la divergenza del procedimento penale *de societate* da quello contro la persona fisica; e la deviazione discende da una di quelle stesse disposizioni generali "sostanziali"¹⁰⁷ che regolano i criteri per l'"imputazione soggettiva" all'ente della responsabilità "amministrativa" conseguente al reato commesso da un appartenente alla sua organizzazione: se quest'ultimo soggetto, al momento del fatto, era posto istituzionalmente in "posizione apicale" (rivestiva, cioè, nell'ambito della persona giuridica o di una sua autonoma unità, funzione «*di rappresentanza, di amministrazione o di direzione*»: v. art 5

¹⁰⁴ Nel senso che l'inversione dell'onere probatorio prevista dall'art. 6 d. lgs. «*stride*» col principio costituzionale di colpevolezza v. P. FERRUA, *op. ult. cit.*, 224; ID., *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni*, cit., 1483. Nello stesso senso cfr, tra gli altri: A. BERNASCONI, *L'elusione fraudolenta del modello*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO, *op. cit.*, 173 s.; ID., *Art. 6. Commento*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., 151; F. NUZZO, *Primi appunti sugli aspetti probatori e sulle decisioni finali concernenti l'illecito amministrativo conseguente a reato*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2001, 460; S. LORUSSO, *op. cit.*, 2528. Nondimeno, App. Milano, Sez. II, 25 gennaio 2012, in *Fisco on line*, 2012, ha affermato: «*Ad eccezione dell'ipotesi in cui il reato è commesso dal singolo "nell'interesse esclusivo proprio o di terzi" (cioè, quando viene meno il rapporto di immedesimazione organica), l'Ente potrà andare esente da responsabilità solo laddove fornisca prova di avere adottato ed attuato le misure necessarie per impedire quello specifico reato*».

¹⁰⁵ G. ILLUMINATI, *op. cit.*, 105 ss.; P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2008, 186 ss.

¹⁰⁶ Sul punto, va segnalato *ex plurimis*, per l'estrema chiarezza, P. TONINI, *op. cit.*, 236.

¹⁰⁷ Sul collegamento esistente fra onere probatorio e norme sostanziali, v. F. CORDERO, *op. cit.*, 988 s.

comma 1 lett. *a* d.lgs.), la suddetta responsabilità societaria si considera accertata insieme con quella della persona fisica autrice del reato; a meno che *l'ente non provi* di aver adottato ed efficacemente attuato, prima del fatto, idonei accorgimenti organizzativi e gestionali diretti a scongiurare la perpetrazione dell'illecito penale presupposto (art. 6 comma 1 d. lgs.). Solo quanto al caso di reato commesso da dipendente sottoposto all'altrui direzione o vigilanza la regolamentazione *de qua* si riallinea, in punto di prova circa la responsabilità in oggetto, al principio generale: qui si esige dall'accusa il dimostrare che la commissione del reato è stata resa possibile dal non aver l'ente adempiuto ai suoi obblighi di direzione e sorveglianza (art. 7 comma 1 d.lgs.).

Che, nel primo caso, un'inversione dell'onere probatorio vi sia sembra inconfutabile; difatti, non pare convincere, in senso contrario, l'argomento per cui le regole di accertamento, nel procedimento penale, rimangono pur sempre quelle di quest'ultimo proprie¹⁰⁸: è appunto simile premessa a risultare errata, poiché è invece *il sistema delle norme incriminatrici ad implicare il canone del giudizio; segnatamente laddove pone a carico di chi è indicato come autore di un reato il rischio della mancata prova di una determinata circostanza*¹⁰⁹. Per l'aspetto che qui ne occupa, quindi, appare come un mero *flatus vocis* la disposizione di cui all'art. 66, 2° periodo, d.lgs., che impone al giudice di assolvere l'ente anche «quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova dell'illecito amministrativo»¹¹⁰.

¹⁰⁸ Secondo M. L. DI BITONTO, *op. cit.*, 71, «[...] la scelta legislativa di affidare l'accertamento della responsabilità da reato al giudice penale con le forme e le regole dell'accertamento penale non può non equivalere ad un'opzione favorevole all'applicazione della presunzione d'innocenza anche nel procedimento contro le imprese e gli altri enti».

¹⁰⁹ La riconducibilità delle varie ipotesi in cui risulta invertito l'onere istruttorio al modo in cui il legislatore ha costruito le fattispecie sostanziali è evidenziato da F. CORDERO, *loc. ult. cit.* Al riguardo, osserva A. ALESSANDRI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 99: «L'inversione dell'onere della prova non è mai neutro rispetto alla ricostruzione della fattispecie: qui pare difficile negare di trovarsi in presenza di una situazione «esimente», di un fatto impeditivo, che paralizza l'imputazione, ma si distingue nettamente dai fatti che la costituiscono».

¹¹⁰ Tuttavia, «[...] la mancanza, insufficienza o la contraddittorietà influenz[a] ogni aspetto del giudizio di fatto che concorre a integrare la "sussistenza" dell'illecito amministrativo»; onde, ad esempio, «[...] il dubbio che concerne la condotta del reato "condizione" influenza inevitabilmente il

Insomma: l'evidenziata antinomia tra il canone costituzionale e pattizio che grava l'accusa del compito di provare la colpevolezza e l'indicata presunzione (relativa) di colpa dell'ente stabilita dal decreto legislativo sembrerebbe dover far concludere per l'illegittimità del citato art. 6 comma 1.

Nondimeno, vien fatto di chiedersi se *l'impasse* non sia, per avventura, superabile attraverso un percorso ermeneutico tale da far apparire la norma *de qua* compatibile con la presunzione d'innocenza.

A tal fine, occorre specificamente domandarsi se, ferma restando la rilevanza del principio di colpevolezza anche nel procedimento penale *de societate*, tale canone escluda, sempre e comunque, la legittimità d'ogni inversione dell'*onus probandi*.

Emblematico della possibilità di risolvere negativamente tale quesito è l'indirizzo espresso dalla Corte europea dei diritti umani; secondo cui *il suddetto principio non fa venire meno, in capo agli Stati contraenti, la libertà di definire gli elementi costitutivi delle infrazioni penalmente represses, anche stabilendo presunzioni di fatto; purché, in tale operazione, Essi non oltrepassino il limite della ragionevolezza, considerando la posta in gioco e preservando i diritti della difesa (cui, pertanto, va sempre consentita la possibilità della prova contraria)*¹¹¹.

Del resto, anche la nostra Corte costituzionale ha talora negato che contrastino con la presunzione d'innocenza certune norme incriminatrici facenti incombere sull'imputato che volesse esimersi *l'onere di spiegare determinate circostanze fattuali*¹¹².

provvedimento sulla responsabilità dell'ente» (A. SCALFATI, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti*, cit., 364; conf. G. PAOLOZZI, *op. ult. cit.*, 213).

¹¹¹ Corte eur. dir. um., 7 ottobre 1988, Salabiaku c. Francia, §§ 27-28; nonché, successivamente, Id., 25 settembre 1992, Phan Hoang c. Francia, § 33.

¹¹² A proposito dei "reati di possesso", il Giudice delle leggi ha escluso il contrasto fra le rispettive norme incriminatrici (artt. 707 e 708 c.p.) e la presunzione di non colpevolezza; adducendo, dapprima, che questo canone «[...] non investe il modo di provare i "fatti di reato"» (sent. 2 luglio 1968, n. 110, in *Giur. cost.*, 1968, 1704 ss.); poi, che le anzidette disposizioni, nel richiedere al prevenuto di giustificare determinate situazioni fattuali, si limitano «[...] a pretendere una attendibile e circostanziata spiegazione, secondo i principi della libertà delle prove e del libero convincimento [...]» (sent. 29 gennaio 1971, n. 14, in *Giur. cost.*, 1971, 109 ss.). La Corte ha invece ritenuto confliggente con la stessa presunzione l'art. 12-*quinquies* comma 2 d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (recante «*Modifiche urgenti al nuovo*

In altri termini: la regola istruttoria *de qua* vieta che la legge penale istituisca, a carico del prevenuto, *presunzioni assolute ed inconfutabili circa l'esistenza di situazioni ridondanti in suo danno*; ma non anche proibisce che la medesima legge, data una certa particolare natura degli interessi coinvolti, possa, *nei limiti della ragionevolezza e salvi i diritti della difesa*, far incombere sull'imputato che voglia esonerarsi dalla responsabilità il compito di dimostrare la concreta sussistenza di date situazioni.

Ed è proprio questo – a ben vedere – ciò che si verifica nell'ipotesi contemplata dal menzionato art. 6 comma 1: vi spetta pur sempre all'accusa provare una serie d'elementi integranti la “fattispecie costitutiva” da cui dipende l'esistenza della responsabilità societaria (l'avvenuta commissione d'un reato ricadente in una delle tipologie tassativamente indicate dalla legge; l'esser stato tale illecito perpetrato nell'interesse dell'ente od a suo vantaggio; e da parte d'un soggetto fisico avente, nel contesto organizzativo della persona giuridica, una posizione “apicale”); mentre pesa sulla *societas* imputata la “prova liberatoria” relativa alle circostanze declinate nel medesimo comma, alle lett. da *a* a *d*.

Né – questo è il punto – *una simile inversione dell'onus probandi si può considerare irragionevole*: è ben verosimile che un'associazione per intrapresa destinata ad operare nel mondo economico conosca e possa adottare modelli organizzatori e gestionali idonei a prevenire la commissione, da parte dei suoi appartenenti, taluni fatti, penalmente illeciti, logicamente prevedibili come possibili conseguenze dell'attività societaria; senza che l'esistenza di siffatta norma decisoria faccia venir meno la libertà del giudice nel valutare la completezza della prova eventualmente fornita¹¹³.

codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa)), conv., con modificazioni, nella l. 7 agosto 1992, n. 356, laddove assumeva ad elemento costitutivo del reato ivi previsto la qualità di imputato od indagato per certi fatti penalmente illeciti (sent. 2 novembre 1996, n. 370, in *Giur. cost.*, 1996, 3351 ss.).

¹¹³ Il G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, VIII ed., Torino, 2013, 642, il quale, parlando della «*presunzione relativa di responsabilità*» fissata dal cit. art. 6, afferma: «*La ratio di tale asimmetria riposa su un dato di comune esperienza: il vertice esprime, normalmente, la politica dell'ente*». A sua volta, Cass., Sez. VI, 18 gennaio 2010, Scarafia, cit., adduce: «*Nessuna inversione dell'onere della prova è [...] ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente, gravando comunque sull'accusa*

III. 6. Segue: f) *il sistema delle cautele interdittive*

Siffatto rovesciamento delle attribuzioni istruttorie ha un'immediata "ricaduta" sulla disciplina dell'interdizione cautelare *de societate*.

Quanto a questa materia, il decreto legislativo tende a ricalcare il modello costituzionale e codicistico *de libertate* (art. 13 Carta fondamentale; artt. 272 ss. c.p.p.), uniformandosi alle riserve di legge e di giurisdizione (artt. 45 e 47) nonché al principio di motivazione (l'art. 45 comma 2, 2° periodo, richiama l'art. 292 c.p.p.); esso inoltre richiede il *fumus* relativamente al verificarsi dell'illecito societario dipendente da reato (l'art. 45, al comma 1, parla di «[...] *gravi indizi per ritenere[ne] la sussistenza*») ed al *periculum in mora* (lo stesso comma vuole che vi siano «[...] *fondati e specifici elementi* [tali da far] *ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole* [...]»); e stabilisce – ai fini della scelta fra le varie misure possibili – i criteri di adeguatezza e di proporzionalità (art. 46 d. lgs.)¹¹⁴.

l'onere di dimostrare la commissione del reato da parte di persona che riveste una delle qualità di cui al d. lg. n. 231, art. 5, e la coerente regolamentazione interna dell'ente. Quest'ultimo ha ampia facoltà di fornire la prova liberatoria. Inoltre, al riguardo occorre anche tener conto dell'atteggiamento pragmatico assunto dalla giurisprudenza di merito; la quale infatti ritiene «consentito al giudice delle indagini preliminari nominare un perito per valutare l'idoneità a prevenire in reati di un modello organizzativo aziendale, adottato dalla società indagata dopo la commissione del fatto o invocato per evitare l'applicazione di misure cautelari interdittive» (Trib. Roma, 22 novembre 2012, Finspa, in *Foro it.*, 2004, 2, 318; conf. v. G. FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in *Società, D. Lgs. 231: dieci anni di esperienza*, 2011, 61).

¹¹⁴ Per questi profili, ci si permette di rinviare ancora, per ulteriori citazioni di giurisprudenza e dottrina, a P. MOSCARINI, *Le cautele interdittive nel procedimento penale "de societate"*, Roma, 2010, 14 ss. Basti qui ricordare taluni conformi orientamenti giurisprudenziali in proposito; si ritiene che: *a*) la previsione dell'art. 45 d. lgs. rispetti il principio costituzionale della riserva di legge, indicando precisi presupposti che escludono ogni applicazione arbitraria delle cautele interdittive *de societate* (Cass., Sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 6248, in *C.E.D. Cass.*, n. 252426); *b*) conformemente al principio della domanda cautelare, non sia applicabile all'ente un provvedimento più gravoso di quello richiesto dal pubblico ministero (Trib. Salerno, 28 marzo 2003, Soc. Svam ed altri, in *Foro it.*, 2004, 435); *c*) l'esigenza cautelare cui si riferisce il d.lgs. vada valutata con riferimento ad un elemento oggettivo (le specifiche modalità e circostanze del fatto) e ad un elemento soggettivo (la "personalità" dell'ente) (Cass. civ., Sez. VI, 31 maggio 2010, G. A. c. Imprese Ferrara s. n. c., in *Foro pad.*, 2010, 4, 687;

Peraltro, la difformità dal modello *de hominibus* si appalesa in relazione al momento in cui il giudice, per decidere sull'adozione del provvedimento interdittivo *quoad societatem*, è chiamato a verificare l'esistenza o non del suddetto *fumus*: la citata regola di cui all'art. 6 comma 1 legittima i magistrati – prima, quello inquirente, poi, quello giurisdizionale che deve deliberare *de interdizione* – a prescindere dalla previa verifica di mancanze od insufficienze organizzative o gestionali nel contesto della *societas*, ai fini – rispettivamente – della domanda cautelare e della eventuale, conseguente, adozione d'adequata misura¹¹⁵.

E' pur vero – tuttavia – che, *in subiecta materia*, il legislatore delegato – probabilmente consapevole delle gravissime conseguenze, sul piano economico ed occupazionale, suscettibili di derivare da un'interdizione, anche interinale, *de societate* – si è discostato, per un punto, dal modello codicistico: mentre le misure cautelari personali – salvo che nel caso di cui all'art. 289 c.p.p. – sono applicate *inaudita altera parte* (il contraddittorio con l'indagato od imputato essendo garantito solo “in via differita”, attraverso l'interrogatorio previsto dall'art. 294 c.p.p.), quelle *quoad societatem* sono consentite solo a seguito di un previo confronto dialettico fra accusa ed ente – inquisito, da tenersi *coram iudice*,

Cass. pen., Sez. VI, 23 giugno 2006, Duemila S.p.A., in *C.E.D. Cass.*, 235634); *d*) sussista in materia un principio di proporzionalità della misura, in base al quale il giudice della cautela può applicare solo provvedimento omologo a quello adottabile dal giudice di cognizione (Cass., Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627, in *Impresa*, 2006, 11, 1665; *e*) sia consentito il ricorso alla motivazione *per relationem* con rinvio all'ordinanza cautelare emessa nei confronti della persona fisica autrice del reato solo in riferimento alla sussistenza dei gravi indizi circa la rispettiva consumazione, dovendo invece il giudice fornire autonoma motivazione in relazione circa la ritenuta sussistenza degli ulteriori presupposti che fondano la responsabilità dell'ente (Cass., Sez. II, 26 giugno 2000, Floravivai, in *C.E.D. Cass.*, n. 240169); *f*) sia nullo il provvedimento applicativo di misura cautelare che non esponga i motivi per cui sono stati considerati irrilevanti i motivi forniti dalla difesa (Cass., Sez. VI, 9 marzo 2013, *C.E.D. Cass.*, n. 254719).

¹¹⁵ In argomento, cfr. P. MOSCARINI, *op. ult. cit.*, 29 ss. Con particolare riferimento alle possibili difficoltà di accertamento del compendio indiziario nel caso in cui l'autore del reato presupposto sia ignoto o non imputabile v. anche, fra le opere più recenti, A. PRESUTTI, *Le cautele interdittive nel processo de societate al vaglio della sperimentazione applicativa*, in P. CORSO – F. PERONI (a cura di), *Studi in onore di M. Pisani*, I, *Diritto processuale penale*, Piacenza, 2010, 717.

in udienza (eventualmente, nella fase preistruttoria, in una *ad hoc*, camerale)¹¹⁶.

Di conseguenza, il diritto a “difendersi provando” della persona giuridica risulta – per questo aspetto – più efficacemente tutelato di quello, omologo, facente capo al soggetto fisico: l’ente può, nel suddetto contraddittorio preliminare, tentar d’evitare le pesanti ripercussioni che deriverebbero dalla sua interdizione provvisoria; in particolare – per ciò che concerne il punto poc’anzi evidenziato – cercando di evidenziare l’avvenuta previa adozione di congrui *compliance programs*. E tanto più, poi, siffatta protezione appare, oggi, poter essere effettivamente realizzata se si tiene conto di ciò che avviene nel concreto dell’esperienza giudiziaria: spesso il giudice, una volta investito della decisione *de societate*, finisce col disporre egli stesso *perizia* al fine di verificare l’avvenuto adeguamento o non dell’ente agli anzidetti modelli; cosicché, in tale sede “istruttoria”, la società può avvalersi dell’opera del proprio difensore e – magari – di quella d’un suo consulente tecnico, per evidenziare come essa abbia adempiuto ai propri corrispondenti obblighi.

Né può tacersi dell’esistenza, a favore della persona giuridica, anche di un’ulteriore *chance*: chiedere che sia sospesa l’adozione della cautela interdittiva, al fine di poter realizzare le condotte riparatrici previste dall’art. 17 d.lgs. (art. 49 del medesimo decreto)¹¹⁷.

Siffatta soluzione – normativamente preveduta *ex professo* - sembra anch’essa ispirata dalla volontà di tenere nella massima considerazione le eventuali gravissime implicazioni che (sul piano economico – imprenditoriale e su quello socio – occupazionale) deriverebbero da un’interdizione, pur provvisoria, *de societate*; e rivela altresì un certo “empirismo equitativo” improntato ad un sano pragmatismo.

Più specificamente, l’essersi consentita alla *societas* l’opportunità di evitare, riparando le conseguenze del reato - presupposto, l’afflizione con un’incapacità a titolo punitivo o – ancor prima – cautelare sembra mirare – in fondo – ad un singolare obiettivo: “rieducare” la *societas* “colpevole” di carenze organizzative o gestionali, recuperandola al “circuito della legalità”¹¹⁸; cosicché una simile disciplina par evocare,

¹¹⁶ Anche per questo profilo v. P. MOSCARINI, *op. ult. cit.*, 52 ss.

¹¹⁷ Cfr. P. MOSCARINI, *op. ult. cit.*, 63 ss.

¹¹⁸ V., ancora, P. MOSCARINI, *loc. ult. cit.*

nell'ambito del sistema sanzionatorio e cautelare *de societate*, il principio sancito per l'essere umano dall'art. 27 comma 3 Cost.

Tuttavia, proprio l'anticipazione di un "trattamento rieducativo" ad una sede – quale quella cautelare – assolutamente interinale e del tutto preliminare rispetto all'(eventuale) accertamento definitivo della "colpevolezza" societaria potrebbe sembrar confliggere con quella presunzione d'innocenza che – s'è detto (*supra*, al III.5) – deve considerarsi posta a presidio anche dell'ente – imputato. Ma questa difficoltà – certo, non superabile alla stregua di un'astratta categorizzazione logico-formale – può essere invece trascurata nell'ottica d'una concezione più "elastica", tale da prendere in considerazione le peculiari connotazioni proprie della "responsabilità penale" incombente sull'ente: le gravissime conseguenze - anche sulle posizioni giuridiche d'un numero *a priori* non definibile di soggetti incolpevoli – potenzialmente derivanti da un'interdizione cautelare *de societate* sembrano giustificare una soluzione deviante – ma *in bonam partem* – dal suddetto principio generale¹¹⁹.

III. 7. Segue: g) l'obbligatorietà dell'azione penale

Il regime del procedimento penale *de societate* si allontana da quello codicistico anche in ciò che concerne la regolazione del caso in cui il pubblico ministero, finite le indagini, si determini a non agire nei confronti dell'ente.

Com'è noto, l'ordinamento processuale penale italiano e la nostra stessa cultura giuridica, a partire dalla codificazione del 1913 (salva una parentesi, aperta dal regime fascista e con questo chiusasi, nel periodo 1931 – 1944) sono stati improntati dal principio del "controllo giurisdizionale" sull'inazione del magistrato d'accusa: questi – reputata la *notitia criminis* infondata o, per ragioni giuridiche, insuscettibile di dar luogo ad un processo – non può, egli stesso, direttamente, "archiviare": deve invece rivolgersi ad un giudice, trasmettendogli gli atti e domandandogli di provvedere in tal senso, così da essere implicitamente, se del caso, autorizzato, a non agire¹²⁰.

¹¹⁹ P. MOSCARINI, *op. ult. cit.*, 65.

¹²⁰ In ordine all'evoluzione storica dell'istituto v. F. CORDERO, *op. cit.*, 423 ss.

Invece, quanto al rito *quoad societatem*, il legislatore delegato – ricalcando il meccanismo già istituito, per le persone fisiche, dalla versione originaria del “codice Rocco”¹²¹ – ha previsto che il controllo sull’inazione sia di tipo “gerarchico”: l’archiviazione va disposta direttamente da parte del magistrato presso la procura della Repubblica, il quale la comunica al procuratore generale presso la corte d’appello; questi <<può>> svolgere gli accertamenti indispensabili e – ritenute sussistenti le condizioni – contestare all’ente la violazione amministrativa conseguente al reato (art. 58).

Contro questa soluzione si sono rivolte le critiche di gran parte degli autori¹²², in base all’assunto secondo cui quello del “controllo giurisdizionale” costituirebbe il solo ed indefettibile sistema per assicurare l’effettività del principio sancito dall’art. 112 Cost.

Al riguardo – però – va replicato che la soluzione accolta dal decreto *de quo* in punto di “non azione” si basa non già sulla volontà d’istituire, in capo agli uffici inquirenti, una qualche forma di *discrezionalità* nella scelta d’instaurare oppure no il

¹²¹ Cfr., sul punto, F. CORDERO, *op. cit.*, 425.

¹²² V., tra gli altri: M. BARESI, *Art. 58. Commento*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., 501; A. BASSI – T. EPIDENDIO, *op. cit.*, 582; A. BERNASCONI, *Indagini e udienza preliminare*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI, *op. cit.*, 316 s.; ID., *I profili della fase investigativa e dell’udienza preliminare*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti*, cit., 307 ss.; R. BRICCHETTI, *Società al debutto nel registro degli indagati*, in *Guida al dir.*, 2001, 26, 99; M. CERESA GASTALDO, *op. cit.*, 63; P. FERRUA, *Il processo contro gli enti*, cit., 225; ID., *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni*, cit., 1479; S. GENNAI – A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato. Commento al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2001, 264; S. LORUSSO, *Art. 58. Commento*, in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, cit., 655 ss.; ID., *La responsabilità ‘da reato’*, cit., 2531; G. LOZZI, *op. cit.*, 651. Peraltro, si è obiettato al riguardo che, una volta esclusa la natura penalistica della responsabilità degli enti e ricondotto il principio d’obbligatorietà al solo esercizio dell’azione penale, nulla si frapporrebbe a configurare come discrezionale l’azione diretta a far valere l’anzidetta responsabilità, in quanto avente carattere amministrativo (E. AMODIO, *op. cit.*, 2005, 334). Ma si è replicato che l’escludere la copertura con detto canone costituzionale dell’azione diretta all’accertamento della responsabilità societaria non necessariamente conduce a ritenere facoltativa tale azione medesima (P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, 2, 89 s.).

processo; bensì – semplicemente – su di un'avvertita esigenza di *semplificazione*¹²³.

Per quanto riguarda, poi, il profilo più propriamente teoretico, anche laddove si volesse considerare applicabile l'art. 112 Cost. *in subiecta materia* (come peraltro qui sembra necessario, data l'equiparazione, accolta quale premessa, tra la posizione giuridica della *societas* e quella dell'essere umano: v. *supra*, al § III.2) - nondimeno il sistema del controllo gerarchico sull'azione non risulterebbe necessariamente dissonare dal canone costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale, date le altre norme di rango primario nel cui contesto un simile istituto verrebbe oggi ad inserirsi: i canoni di eguaglianza, di stretta legalità in materia penale, d'indipendenza ed autonomia della magistratura (artt. 3, 25 comma 2, 104 – 110 della Carta fondamentale) integrano i capisaldi di un ordinamento tale da escludere la possibilità di opzioni arbitrarie o discriminatorie da parte di qualsiasi funzionario della pubblica accusa¹²⁴.

¹²³ V. *Relazione*, cit., 492, stando alla quale «Per l'archiviazione si è previsto un procedimento semplificato senza controllo del giudice [...]. Si tratta, infatti, di un illecito amministrativo, per il quale non sussiste l'esigenza di controllare il corretto esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero». Sull'intrinseca contraddittorietà, per tale aspetto, del d. lgs. n. 231, v.: E. AMODIO, *op. cit.*, 334; G. LOZZI, *loc. ult. cit.*

¹²⁴ «L'azione penale potrebbe restare obbligatoria anche se fosse il pubblico ministero a detenere il potere di archiviazione, attraverso la configurazione di un controllo affidato al procuratore generale presso la Corte d'appello» (M. L. DI BITONTO, *op. cit.*, 103; cfr. pure EAD., *Le indagini e l'udienza preliminare*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, cit., 618). Nota in proposito G. PAOLOZZI, *op. ult. cit.*, 152: «[...] l'eventuale atto arbitrario del p. m. procedente non sarebbe realizzabile senza la connivenza del procuratore generale, il che sembra francamente irrealizzabile».