

ADOLFO SCALFATI

*Professore ordinario di Procedura penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”*

## Punire o reintegrare? Prospettive minime sul regime sanzionatorio contro gli enti

### *To punish or to reintegrate? Minimum perspectives about punishment versus legal entity*

---

Il contributo verte sulla possibilità di adottare nel procedimento contro gli enti le clausole che permettono risposte non tradizionali, già note nell'ambito del giudizio penale nei confronti dell'imputato.

*The contribution relate about the possibility to adopt in proceeding against legal entity the clauses that already allow non traditional answers notes in the circle of the penal judgment towards the accused.*

---

#### L'ALTERNATIVA ALLA PUNIZIONE

Attualmente, avanza una condivisibile linea di pensiero secondo la quale, in ottica di fondo, il catalogo delle pene vada arricchito con strumenti di risocializzazione non carcerari o non concentrati unicamente sulla sanzione pecuniaria. Il precipitato di tale prospettiva, peraltro già adottata nei segmenti giudiziari minorili e “periferici” (giurisdizione di pace), consiste sia nell'introduzione di attività (consensuali) riparatorie, sia nell'allestimento di percorsi partecipativi volontari volti a rivelare la compiuta auto-analisi del comportamento antisociale (messa alla prova), sia infine nella rapida via di fuga dal circuito giudiziario se il fatto, astrattamente illecito, non merita una condanna per la sua particolare tenuità.

Naturalmente, la sostituzione alla pena tradizionale si concentra in ambiti delittuosi meno allarmanti, per quanto rappresenti un fertile terreno di sperimentazione in vista di un più sistemico ripensamento del catalogo sanzionatorio; per altro verso, è abbastanza chiaro che, se un principale obiettivo di politica criminale risiede nell'evitare la recidiva, la minaccia della pena tradizionale, in specie per delitti più gravi, può ancora rispondere ad esigenze di prevenzione con la quale bisogna fare i conti.

In ogni caso, sarebbe ingenuo pensare che il menzionato (e piuttosto recente) rinnovamento legislativo risponda ad esclusive logiche “di mediazione” tra il reo, da un lato, e la vittima o la società, dall'altro<sup>1</sup>. In realtà – sebbene non sia il momento per approfondire il tema – il complesso delle vigenti previsioni che attenuano l'ottica carcere-centrica già nella fase cognitiva del processo non sono frutto di un percorso meditato, come s'intuisce da alcune norme che paiono svincolare la condotta riabilitativa dall'influenza della vittima<sup>2</sup>; piuttosto, sembrano prevalere interessi di funzionalità tesi ad accrescere una logica deflattivo-negoziale della giustizia penale.

Pur stando così le cose, messa alla prova dell'imputato adulto, estinzione del reato per condotte riparatorie e non punibilità per particolare tenuità del fatto rappresentano – forse di riflesso – un passo avanti verso l'idea che rieducare è meglio di punire *tout court*.

---

<sup>1</sup>Sul tema, anche per le relazioni tra diritto e processo, A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2010, *passim*.

<sup>2</sup>Per gli aspetti interpretativi, tra gli altri, E. Mattevi, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017 n. 103*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 42 ss.

Immaginando, ora, un trascinarsi di tale tendenza tra le coordinate della disciplina relativa alla responsabilità degli enti, si può ipotizzare che anche qui emerga, non tanto la necessità di adottare misure esclusivamente punitive (patrimoniali, interdittive, ablatorie) – quasi un contrappasso verso condotte che, tramite la commissione di taluni reati, alterano gli equilibri economici –, ma l'esigenza di aprire percorsi di recupero per l'ente imputato che, a certe condizioni, impediscano la tradizionale risposta afflittiva.

In quest'ottica, l'intermediazione giudiziaria potrebbe essere il laboratorio nel quale, anziché pregiudicare, si "sani" la struttura dell'ente, peraltro, a beneficio del contesto sociale; dinanzi ad una scarsa flessibilità dell'apparato sanzionatorio, il rischio è la polverizzazione dell'ente processato, verso il quale già le misure cautelari provocano intuibili effetti sul terreno economico.

Oltre che affidarsi, al riguardo, alle future scelte legislative – la creazione di istituti capaci di risolvere il giudizio di responsabilità coniugando esigenze di prevenzione con il mantenimento in vita della struttura economica –, *de jure condito* bisognerebbe verificare quali potrebbero essere i rapporti tra gli istituti "non punitivi" escogitati per la disciplina penale relativa alla persona fisica e il composto normativo concernente la responsabilità degli enti; in che limiti, insomma, la particolare tenuità del fatto, le condotte riparatorie contemplate dalla disciplina generale e la messa alla prova influenzino la responsabilità degli enti, nel duplice profilo dell'effetto indiretto conseguente all'uso di tali figure nel processo contro la persona fisica e del possibile trasferimento di queste ultime nel circuito giudiziario proprio dell'ente.

## DUE REGIMI A "VASI" POCO COMUNICANTI

La disciplina contenuta nel d.lgs. n. 231 del 2001, quanto alle sue coordinate di fondo, nasce volutamente ambigua, al punto da far discutere animatamente sulla veste da attribuire all'illecito dell'ente, la cui morfologia appare senza dubbio complessa; all'opposto, è esplicitamente prescritto che, salvo deroghe, gli strumenti dell'accertamento siano mutuati dalle regole del processo penale.

La disputa sulla natura della responsabilità (amministrativa, penale, *tertium genus*) produce riflessi sulla trasferibilità al settore in esame – al di là di esplicite norme che lo permettono in via frammentaria (artt. 2, 3 e 4, d.lgs. n. 231 del 2001) – degli statuti generali della legge penale, inclusi i caratteri di offensività e colpevolezza. Non si trascuri, comunque, come la presenza di un fatto di reato colpevole e anti-giuridico rappresenti una rilevante "quota" del precetto legislativo che esprime la responsabilità dell'ente; cosicché, l'assenza di uno o più elementi costitutivi della fattispecie penale impedisce, per conseguenza, l'integrazione dell'illiceità specifica.

Naturalmente, ai fini della responsabilità dell'ente, un conto è il mancato configurarsi di un fatto colpevole e anti-giuridico, altro conto è l'assenza di condizioni per l'applicabilità della pena all'autore del reato "presupposto" (clausole soggettive o oggettive di non punibilità; estinzione della pena): in questo caso è più arduo sostenere che la mancata punizione del reo influenzi il giudizio sull'ente<sup>3</sup>.

Proprio a tal riguardo, peraltro, l'art. 8, d.lgs. n. 231 del 2001 esprime un principio di autonomia della responsabilità dell'ente (rispetto a quella che colpisce l'autore del reato "presupposto") sancendola anche quando: a) la persona fisica non è imputabile o è ignota; b) si verifica un'eventuale estinzione del reato diversa dall'amnistia. Piccoli ma speciali legami emergono, invece, sul terreno dell'accertamento giudiziario, nel senso che l'improcedibilità si estende anche alla vicenda dell'ente e la prescrizione del reato preclude la contestazione dell'illecito (artt. 37 e 60, d.lgs. n. 231 del 2001).

## POSSIBILITÀ DI RECIPROCHE INFLUENZE: ESTINZIONE DEL REATO PER CONDOTTE RIPARATORIE

Riprendendo i rapporti tra le menzionate formule parapunitive previste per l'illecito penale e l'impalcatura della responsabilità degli enti, si tratta di tema sopravvenuto alla disciplina introdotta con d.lgs. n. 231 del 2001, considerato che le prime costituiscono il frutto di recenti innovazioni nel tessuto del codice penale (artt. 131-bis, 162-ter, 168-bis ss. c.p.) con le quali l'ordito positivo del 2001 non poteva misurarsi. Nondimeno, l'approfondimento di tali relazioni nasce dall'esigenza di valutare se e in che modo oggi tali formule interagiscano con la responsabilità dell'ente.

<sup>3</sup> Cfr., A. Bernasconi, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e responsabilità dell'ente*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 761 ss.

Quanto all'estinzione del reato per condotte riparatorie, considerato che l'ammissibilità della formula è limitata ai reati procedibili a querela (162-ter c.p.), essa troverebbe ridotto spazio tra i "reati presupposto" richiamati dal d.lgs. n. 231 del 2001; ma la tematica potrebbe riprendere vigore se il legislatore decidesse di ampliare il catalogo degli illeciti che postulano la responsabilità degli enti, coinvolgendo in modo più massiccio le ipotesi procedibili a querela.

In ogni caso, la clausola estintiva specifica sembra non interagire con la vicenda dell'ente per due ragioni: 1) per espressa esclusione dell'art. 8, d.lgs. n. 231 del 2001, laddove attribuisce rilevanza all'estinzione del reato per la sola amnistia; 2) a causa della disciplina speciale che richiama le condotte riparatorie (artt. 12 e 17 stesso decreto) quali premesse per attenuare il trattamento sanzionatorio<sup>4</sup>. Insomma, per quanto si tratti di previsione introdotta nel codice penale successivamente al composto positivo in esame – profilo che in astratto non ne escluderebbe la portata estensiva – la specialità delle disposizioni racchiuse nel d.lgs. n. 231 del 2001 rende difficile sostenere che l'estinzione riparatoria di cui beneficia la persona fisica generi analoghi effetti nei confronti dell'ente o che la clausola contemplata dal codice penale possa essere trasferita direttamente nella disciplina speciale.

Un ritocco legislativo al riguardo sarebbe largamente auspicabile. Ma l'esigenza di ripensare ad un effetto estintivo per l'ente dipendente dalle cd. condotte riparatorie nasce anche da un dubbio di compatibilità costituzionale della disciplina: mettere a disposizione il profitto per la confisca, rivedere i modelli di organizzazione e risarcire il danno costituiscono attività che l'ente deve effettuare in *limine litis* per beneficiare dello sconto di pena. Tale comportamento imposto all'ente implica che si individui un danno, che emerga un profitto illecito e che i modelli organizzativi non siano idonei; sul piano processuale, tutto ciò richiede la rappresentazione di un sostegno indiziario di colpevolezza che costituisce un pre-giudizio inevitabile rispetto alla successiva valutazione proscioglimento/condanna, aspetto poco compatibile con il valore di neutralità da attribuire alle condotte dell'incolpato quale requisito richiesto dall'art. 27, comma 2 Cost.<sup>5</sup>

Peraltro, anche la disciplina vigente (artt 12 e 17 d.lgs. n. 231 del 2001) meriterebbe un tagliando: la "riparazione" prevista dalla disciplina degli enti, anche posta a confronto con l'art. 162-ter c.p., determina qualche incertezza applicativa, al punto da meritare, di per sé sola, un ripensamento in vista di una maggiore funzionalità giudiziaria.

Può accadere, per esempio, che il risarcimento e l'elisione delle conseguenze dannose o pericolose praticate nel giudizio contro la persona fisica, pur provocando l'estinzione del reato, sia persino più deleterio se la riparazione e il risarcimento sono già state interamente effettuati e l'ente non può più procedere a riparare alcunché. Tenendo separati i due canali della responsabilità, l'assenza di una condotta attiva della persona giuridica potrebbe considerarsi come preclusione a beneficiare della premialità sanzionatoria, con ulteriori implicazioni relative al divieto dell'ente di accedere al patteggiamento dinanzi ad una pena interdittiva non temporanea (art. 63, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2001).

Può darsi, invece, che la riparazione sia realizzata direttamente dall'ente, per conseguire l'effetto estintivo verso l'imputato; poiché la disciplina non preclude una condotta attiva del terzo a beneficio dell'imputato, perlomeno quando si tratta di fornire una prestazione economica, niente esclude che la riparazione giovi anche all'ente.

Ma anche solo esaminando i contenuti degli artt. 12 e 17, d.lgs. n. 231 del 2001, risarcire il danno e riparare le conseguenze dannose o pericolose, secondo un disposto normativo soggiogato da una certa fissità, può non essere sempre semplice<sup>6</sup>; cosicché, un intervento normativo sarebbe parimenti auspicabile indipendentemente dalle correlazioni tra tale disciplina e quella che regola il giudizio contro l'imputato.

Si evidenziano perlomeno tre problematiche.

1) Quando l'illecito dell'ente pregiudica una serie indeterminata di soggetti, la ricerca e l'individuazione dei danneggiati potrebbe essere molto difficile. Ora, poiché non sarebbe ragionevole pensare che la condotta riparatoria sia applicabile solo dinanzi a danneggiati ben determinati, occorre valorizzare la clausola normativa secondo cui la riparazione è rilevante ogni volta in cui l'ente si è "efficacemente

<sup>4</sup>In materia, anche per gli utili richiami alla letteratura di settore, G. Varraso, *Un utile approfondimento della Suprema Corte in tema di misure cautelari interdittive e condotte riparatorie nel d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3393 ss.

<sup>5</sup>I rapporti tra condotte riparative e presunzione di non colpevolezza è recentemente trattato da H. Belluta, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 107 ss.

<sup>6</sup>A tal riguardo, le indicazioni di E. Dinacci, *La riparazione delle conseguenze del reato nell'illecito dell'ente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 991 ss.

adoperato" (art. 17, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 231 del 2001), non potendosi pretendere condotte inesigibili; resta il nodo dell'ampia discrezionalità giudiziaria a tal riguardo.

2) Perché il risarcimento abbia effetto, occorre mettere a disposizione il *quantum* economico in modo che i danneggiati lo acquisiscano indipendentemente dalla manifestazione di un ulteriore atto di volontà da parte dell'ente; il che impone alla persona giuridica di escogitare un contenitore dove collocare temporaneamente le somme o i beni nella esclusiva disponibilità dei danneggiati, questione non facile da risolvere. Per esempio, è stata ritenuta incongrua la costituzione di un trust, sostenendo che le somme ivi gestite non siano svincolate dalla disponibilità dell'ente<sup>7</sup>.

3) Resta non regolata l'ipotesi che il danneggiato non accetti la proposta di risarcimento; tuttavia, è impensabile che il danneggiato condizioni la scelta che ricade sul trattamento sanzionatorio (art. 27, comma 3 Cost.); così, bisognerebbe adottare, anche nel giudizio contro l'ente, la clausola di salvezza – stabilita dall'art. 162-ter c.p.<sup>8</sup> – secondo cui ha ugualmente efficacia l'offerta risarcitoria non accolta qualora il giudice la ritenga esaustiva.

### SEGUE: MESSA ALLA PROVA E NON PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO.

Anche l'introduzione della *probation* per l'imputato adulto rappresenta una forma di reazione dell'ordinamento diretta a fronteggiare, senza punire, la frattura sociale determinata dal reato; modello già sperimentato nella procedura per i minorenni, la messa alla prova contempla un programma riabilitativo e, se possibile, il ristoro verso la vittima, quali fattori di "rielaborazione personale" del crimine su base volontaria. La struttura assume una dimensione ibrida<sup>9</sup>: nel produrre l'estinzione del reato per esito positivo della prova, presenta una matrice sostanzialistica; tuttavia, la natura delle norme che connota la sua adozione concreta, insieme all'ampio margine di discrezionalità giurisdizionale desumibile dalle disposizioni, affonda le radici nel terreno processuale.

Non è difficile sostenere che l'estinzione del reato, determinatosi a seguito della messa alla prova adottata dall'imputato-persona fisica, non produca lo stesso effetto nel giudizio contro l'ente stante l'art. 8, d.lgs. n. 231 del 2001, secondo cui l'amnistia è l'unica causa estintiva rilevante in entrambi i settori.

Piuttosto, con uno sforzo interpretativo accidentato sul piano dei rapporti tra la disciplina penale e quella del d.lgs. n. 231 del 2001<sup>10</sup> – ma assai utile sul versante della complessiva stabilità economica e del recupero sociale dell'ente – si potrebbe trasferire nella materia giudiziaria in esame, adattandola, la procedura di messa alla prova di recente conio: il programma "riabilitativo" richiesto dall'art. 168-bis c.p. potrebbe consistere, ad esempio, nella rimodulazione dei modelli di organizzazione e controllo, insieme ad una condotta riparatoria consistente nel mettere a disposizione le risorse dell'ente a scopi sociali. Considerando, peraltro, che l'accertamento della responsabilità degli enti mutua le disposizioni del codice di procedura penale, salvo deroghe esplicite o motivi d'incompatibilità, l'uniformità processuale dell'accertamento potrebbe in astratto non vietare la trasposizione della disciplina di *genus* nell'ambito della vicenda giudiziaria dell'ente<sup>11</sup>.

Naturalmente, si tratterebbe di soluzione-ponte nell'ottica di stimolare un intervento legislativo sul tema<sup>12</sup>.

Quanto alla particolare tenuità del fatto, la giurisprudenza ha escluso che il beneficio adottato per la persona fisica influisca sulla responsabilità dell'ente<sup>13</sup>, postulando che il principio di autonomia fissato dall'art. 8, d.lgs. n. 231 del 2001 stabilisce, quale unico punto d'incontro tra i due regimi, l'estinzione del reato per amnistia. Inoltre, si sostiene che la non punibilità richiede la sussistenza di un fatto illecito e colpevole; cosicché non verrebbe meno la configurabilità in concreto del reato presupposto. Si tratta di

<sup>7</sup> Cass., sez. II, 9 febbraio 2016, n. 11209.

<sup>8</sup> Sulla quale, tra gli altri, C. Perini, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter c.p.: deflazione senza restorative justice*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 10, p. 1279.

<sup>9</sup> Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272.

<sup>10</sup> Si leggano le considerazioni elaborate nel paragrafo successivo.

<sup>11</sup> Nega tale possibilità, Tribunale di Milano, ordinanza 27 marzo 2017, est. Corbetta.

<sup>12</sup> Intervento legislativo propugnato da R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 171 ss.

<sup>13</sup> Cass., sez. III, 28 febbraio 2018, n. 9072.

lettura supportata da un'alta dose di formalismo e, sotto tale profilo, difficilmente superabile che, tuttavia, lascia irrisolto il profilo della punizione anche in caso di scarsa offensività dell'illecito penale<sup>14</sup>. Del resto, è ragionevole pensare che il fatto colpevole particolarmente tenue generi un danno altrettanto tenue quale conseguenza delle omissioni imputabili all'ente, con ogni intuibile implicazione quanto ad un trattamento diversificato tra imputato e persona giuridica.

C'è infine un interrogativo affascinante, quanto complesso, da sciogliere che tuttavia postula disamine di fondo più approfondite, inesigibili in questa sede: se è possibile esportare nel sistema della responsabilità degli enti la clausola di non punibilità per tenuità del fatto prevista dall'art. 131-bis c.p.

Il tema è analogo a quanto già detto per l'istituto della messa alla prova e, pertanto, molti dei successivi rilievi sono estensibili; anche se la componente essenzialmente oggettiva dei requisiti contemplati per dichiarare la speciale clausola di non punibilità può essere più facilmente compatibile – rispetto ai più articolati contenuti dell'art. 168-bis c.p. – alla complessa fattispecie che genera la responsabilità dell'ente. In altri termini, gli elementi costitutivi della non punibilità per particolare tenuità non appaiono distonici con un quadro normativo, quello sulla responsabilità dell'ente, incentrato su una dimensione non antropomorfa dell'autore.

La soluzione, però, non è semplice e dipende da una pluralità di sovra-quesiti.

Innanzitutto ci si domanda se e in quali limiti gli istituti penalistici siano esportabili nel perimetro della vicenda giudiziaria contro l'ente, profilo che a sua volta è influenzato dal quesito sulla natura della responsabilità, se di tipo penale o di tipo diverso; con l'effetto che, ove la si ipotizzi come una responsabilità penale, l'adozione delle cause di esclusione della pena non può *a priori* ritenersi preclusa; inseguendo simile prospettiva, si potrebbe tentare un'equiparazione strutturale della responsabilità dell'ente ad un fatto illecito colposo dovuto a negligenza organizzativa<sup>15</sup>.

Inoltre, ci si chiede se la natura della sanzione, economica (per quote) e interdittiva, quale effetto della responsabilità dell'ente, rientri nel significato di "pena" come conseguenza di un illecito di tipo penale; una risposta affermativa permetterebbe una più adeguata compatibilità delle clausole di esclusione della pena previste in via codicistica. Milita a favore di una scelta positiva la nozione di "pena" derivante dalla giurisprudenza di Strasburgo laddove impone l'estensione delle garanzie fondamentali anche ai tipi di sanzione che l'ordinamento nazionale non collocherebbe tra quelle propriamente "penali"<sup>16</sup>.

In linea generale, non sarebbe insormontabile l'obiezione – volendo accogliere la proposta espansiva – che il principio di legalità impedirebbe una lettura analogica delle previsioni codicistiche, trattandosi di una trasposizione con adattamenti *in bonam partem*, aspetto che sfugge ai rigidi criteri di orientamento derivanti dall'art. 25, comma 2 Cost.

Per concludere, attuare un'ottica (non punitiva ma) di "recupero" dell'ente imputato significherebbe sfruttare al meglio le previsioni inserite nella parte generale del codice penale, influenzando per via interpretativa su una prassi sinora poco incline a letture più aperte sulle relazioni tra i due sistemi.

Certo, sono auspicabili interventi normativi di adeguamento, ispirati ad una logica "ripristinatoria", non solo tesa a favorire condotte di ravvedimento quali suture della lesione inferta, ma diretta anche a consentire il salvataggio dell'ente nel tessuto economico di appartenenza; una soluzione che può realizzarsi tramite una serie di ritocchi alla disciplina che graduino il tipo di risposta giudiziaria in rapporto alla dimensione degli enti, alla tipologia di reato presupposto, alla realizzazione di condotte virtuose *post factum*, alla predisposizione di un salvacondotto giudiziario nelle ipotesi di scarso rilievo e, nel complesso, all'accrescimento premiale fondato su logiche consensuali.

---

<sup>14</sup> In chiave critica, cfr. i rilievi di C. Marinelli, *Il processo all'ente in esito al proscioglimento dell'imputato per particolare tenuità del fatto: un percorso accidentato tra incoerenze sistematiche ed effetti del giudicato*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2807 ss.

<sup>15</sup> Sulle diverse impostazioni che tendono a delineare la responsabilità dell'ente come una figura penalistica, D. Piva, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Arch. pen.*, 2016, 1, p. 2 ss.

<sup>16</sup> Cfr., M.A. Bartolucci, *L'art. 8 dlgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, p. 12 dell'elaborato.