

## **Penale o non penale? Il dramma sistemico della 231 esposto (ancora) dalla recente sentenza sulla messa alla prova (Sezioni Unite n. 14840/2023)**

di **Elia Corvaglia**

**Sommario** **1.** Introduzione: puntare il problema. - **2.** L'applicabilità della messa alla prova per gli enti: un dilemma nuovo specchio di antichi contrasti. - **2.1** La posizione contraria: le ordinanze di Milano, Bologna, Spoleto e la recente sentenza delle SS.UU. n. 14840/23. - **2.2** I favorevoli: le ordinanze di Modena e Bari. - **3.** Riflessioni conclusive: una questione di coerenza (sistemica).

### **1. Introduzione: puntare il problema**

Stupisce il fatto che ancora dopo oltre un ventennio dall'entrata in vigore della 231 continui ad emergere la necessità vitale di approfondire realisticamente l'esistenza di un discorso compiuto circa la finalità della pena per gli enti. Certamente non sono mancate precisazioni ed efficaci annunci programmatici (si pensi alla Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. 231 del 2001<sup>1</sup>) e nemmeno proposte interpretative da parte della dottrina e della giurisprudenza, che pure hanno rivelato una raffinatezza scientifica non affatto scontate specie per un ordinamento come quello italiano, che ha dovuto metabolizzare il superamento del *societas delinquere non potest* in un modo relativamente repentino. Tuttavia, sembra che solo negli ultimi tempi la questione della finalità della pena applicata agli enti si sia imposta come un vero e proprio dramma interpretativo. Ciò per una semplice ragione: la questione della rieducatività dell'ente, principio tranquillamente affermato sin da tempi non sospetti, si trova ora a dover passare le grate della pratica alla luce degli ultimi decisi interventi legislativi volti a ridefinire una volta per tutte il volto del sistema penalistico italiano in un senso *veramente* conforme alle enunciazioni dell'art. 27 Cost (si pensi, ovviamente, alla Riforma Cartabia). In questa fase di trasformazione così magmatica c'era quindi da aspettarsi che finalmente la problematica della finalità della pena dovesse (ri)trovare proposte e risposte, dilemmi e risoluzioni, in una serie di contributi e affermazioni talvolta convulsi e conflittuali. In ultimo, di particolare interesse è il confronto intercorso tra il Tribunale di Bari e la Corte di Cassazione in merito all'estendibilità dell'istituto della messa alla prova ai soggetti a cui si riferisce la 231.

---

<sup>1</sup> Relazione ministeriale al D. Lgs n. 231/2001, paragrafo 1.1

Anticipando alcune conclusioni di questo contributo, dopo aver approfondito i termini e i contenuti della questione, senza escludere alcuni richiami alla dottrina dominante, si cercherà di ricalibrare la problematica superando la tentazione di lasciarla confinata nei suoi limiti iniziali (quella dell'applicabilità della messa alla prova) e riportando quindi l'attenzione sulla necessità di affrontare il ruolo che la componente penalistica riesca a svolgere in quel *tertium genus* teorizzato per la 231.

## **2. L'applicabilità della messa alla prova per gli enti: un dilemma nuovo specchio di antichi contrasti**

### **2.1 La posizione contraria: le ordinanze di Milano, Bologna, Spoleto e la recente sentenza delle SS.UU. n. 14840/23**

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 14840 del 27/10/2022 La Sportiva s.p.a. (dep. 06/04/2022), hanno affermato i seguenti principi di diritto, così massimati: *"In tema di messa alla prova ex art. 168-bis cod. pen., il Procuratore generale è legittimato ad impugnare, con ricorso per Cassazione, per i motivi di cui all'art. 606 cod. proc. pen., l'ordinanza di ammissione alla prova ritualmente comunicatagli, e, in caso di omessa comunicazione della stessa, ad impugnare quest'ultima unitamente alla sentenza di estinzione del reato per esito positivo della prova."* (Rv. 284273-01); *"l'istituto dell'ammissione alla prova di cui all'art. 168-bis cod. pen. non si applica con riferimento alla disciplina della responsabilità degli enti di cui al d.lgs. 28 giugno 2001, n. 231. (Rv. 284273-02)"*.

La questione, si può immaginare, era già stata trattata in modo assai articolato dalla giurisprudenza, talvolta attraverso la proposizione di posizioni particolarmente strutturate.

Ripercorrendo in sintesi la questione, contro l'applicazione della messa alla prova agli enti si era posto in primo luogo il Tribunale di Milano con un'ordinanza del 27 marzo 2017. Ricordando una precedente pronuncia delle Sezioni Unite proprio sulla natura dell'istituto di cui all'art. 168 bis (Cass, SS.UU. n. 36272 del 2016), con cui la Suprema Corte ne riconosceva anche una natura sostanziale e non meramente processuale, il giudice meneghino respingeva la possibilità di una applicazione analogica della messa alla prova ai soggetti destinatari della 231, evidenziando una inaccettabile violazione dei principi della riserva di legge e tassatività della legge penale, così come riconosciuti sia a livello costituzionale (art. 25.2 Cost.), sia a livello sovranazionale (art. 7 CEDU)<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Trib. Milano, ordinanza 27 marzo 2017: *"Come affermato dalle Sezioni Unite, "la sanzione da applicare ad una fattispecie che ne sia priva non può essere rinvenuta attraverso l'interpretazione analogica. In caso contrario l'interprete della legge si trasformerebbe in legislatore con marcata incidenza negativa sia sul principio di certezza sia sulla stessa efficacia determinante delle disposizioni penali coinvolte in siffatta operazione interpretativa, diretta a correlare, con l'intervento del giudice il comportamento del soggetto attivo del reato ad una pena non costituente oggetto di specifica comminatoria"*

Il Tribunale di Bologna (con una ordinanza del 10 dicembre 2020) e quello di Spoleto (con un'ordinanza del 21 aprile 2021) pure si sono accodati alla posizione negativa espressa dal Tribunale di Milano, respingendone, tuttavia, le tesi fondamentali. In particolare, entrambi hanno ritenuto superabile l'obiezione inerente all'inapplicabilità analogica della messa alla prova agli enti in virtù del richiamo al divieto espresso dall'art. 25 co. 2 Cost. attraverso una sottostima della natura "penale" della sanzione in esame. In effetti, la misura di cui all'art. 168 bis c.p. non si sostanzierebbe in un'ulteriore misura afflittiva ai danni dell'imputato, bensì, al contrario, nel riconoscimento "*di ulteriori chances difensive all'ente-imputato, che tramite la volontaria sottoposizione a un programma trattamentale, ben potrebbe sottrarsi al giudizio ordinario e quindi alla eventuale applicazione di sanzioni anche fortemente afflittive*"<sup>3</sup>. Pure il Tribunale di Bologna ha riconosciuto che "*il trattamento programmato [...] non è una sanzione penale, eseguibile coattivamente, ma dà luogo a un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato...*"<sup>4</sup>. In altre parole, quindi, l'obiezione dell'inapplicabilità analogica delle disposizioni contestate sarebbe facilmente superabile evidenziando come tale analogia sarebbe *in bonam partem*. Le ragioni ostative, secondo i due Tribunali, sarebbero piuttosto altre: per Spoleto, l'inapplicabilità della messa alla prova agli enti si dimostrerebbe una scelta necessitata a causa degli evidenti limiti applicativi che deriverebbero da una integrale applicazione dei requisiti oggettivi di ammissibilità evocati nell'art. 168 bis. Tali requisiti non solo non trovano un richiamo neppure nominale nella disciplina della 231 (si pensi alla pena detentiva come limite massimo previsto dalla norma del Codice penale), ma sarebbero già considerati da altre previsioni specifiche contenute nello stesso decreto, come quella all'art. 17 del d.lgs. 231/01 (che riconosce alle condotte riparative dell'ente l'occasione solo per una riduzione della pena). Per Bologna, invece, l'applicazione analogica sarebbe comunque impossibile alla luce delle profonde diversità strutturali tra il sistema delineato dalla 231 e quello riservato alla persona fisica.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, come già ricordato, si sono pronunciate sulla questione in esame con la sentenza citata a capo del paragrafo. Dopo aver precisamente ripercorso le varie posizioni giurisprudenziali sul tema, la Suprema Corte ha infine aderito a quell'orientamento che evidenzia l'incompatibilità strutturale tra l'istituto della messa alla prova e gli enti, proponendo valutazioni che si rifanno

---

*legislativa" (Sez. U, n. 5655 del 26/5/1984, Sommella, RV. 16485701). Di conseguenza, in assenza, de jure condito, di una normativa di raccordo che renda applicabile la disciplina di cui agli artt. 168 bis c.p. alla categoria degli enti, ne deriva che l'istituto in esame, in ossequio al principio di riserva di legge, non risulta applicabile ai casi non espressamente previsti, e quindi alle società imputate ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001."*

<sup>3</sup> Trib. Spoleto, ordinanza 21 aprile 2021

<sup>4</sup> Trib. Bologna, ordinanza 10 dicembre 2020

principalmente alle deduzioni dell'ordinanza del Tribunale di Milano, anche se non mancano riferimenti alle posizioni espresse dal Tribunale di Spoleto e quello di Bologna:

a) In primo luogo, la Corte ha affermato che *"l'introduzione attraverso provvedimenti giurisdizionali di un trattamento sanzionatorio – quello della messa alla prova – ad una categoria di soggetti – gli enti – non espressamente contemplati dalla legge penale si pone in contrasto con il principio della legalità della pena"*<sup>5</sup>. L'ostacolo posto dall'art. 25 co. 2 Cost., infatti, non può essere superato valorizzando l'assunto secondo cui l'istituto della messa alla prova, dando all'imputato un ulteriore "chance", si risolve in un trattamento certamente migliorativo. L'applicabilità della messa alla prova agli enti, in altre parole, non può giustificarsi evidenziando come tale operazione si traduca in una analogia *in bonam partem*, giacché in tal modo l'interprete rischierebbe di trasformarsi in legislatore con una marcata incidenza negativa sul principio della certezza della pena<sup>6</sup>.

Tuttavia, anche volendo ritenere superabile l'obiezione inerente alla natura dell'analogia, per le Sezioni Unite si creerebbe comunque una incompatibilità strutturale tra il sistema delineato dall'art. 168 bis c.p. e quello definito nel d.lgs. 231/2001 tale da escludere radicalmente ogni forma di applicabilità dell'istituto della messa alla prova anche agli enti. La disposizione di cui all'art. 168 bis c.p., infatti, dimostra una puntualità e una precisione nell'individuazione dei requisiti oggettivi e soggettivi per il suo riconoscimento difficilmente applicabile *de plano* agli enti<sup>7</sup>, così come il sistema delineato nella 231, pur in presenza della clausola di apertura degli artt. 34-35 (di natura processuale, si precisi), sembra impedire ogni frettolosa apertura ad istituti diversi da quelli contemplati quando la disomogeneità sostanziale si dimostri manifesta. In questo senso, ci si chiede in che modo la detenzione citata nell'art. 168 bis c.p. possa trovare una corrispondenza per gli enti (l'interdizione?); in che modo i due sistemi possano convivere quando si osservi il rispettivo riferimento a diverse categorie di delitti (l'art. 168 bis c.p. fa riferimento ai delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 mentre per gli enti l'elencazione è tassativamente contenuta nella sez. II del d.lgs. 231/01); in che modo, infine, sia possibile estendere anche all'ente la possibilità di un affidamento al servizio sociale per lo svolgimento di un programma implicante attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali: prescrizioni queste, com'è evidente ad una superficiale lettura, chiaramente modulati esclusivamente sulla persona fisica. Le Sezioni unite, in ultimo luogo, acutamente hanno sottolineato che il

<sup>5</sup> Cass. SS. UU. 6 aprile 2023 n. 14840, 25

<sup>6</sup> Cass SS. UU. 26 maggio 1984 n. 5655

<sup>7</sup> Cass SS. UU. 6 aprile 2023 n. 14840, 24-26

criterio di cui all'art. 464-quater co. 3 c.p.p. – secondo cui la sospensione del procedimento con messa alla prova è disposta dal giudice quando, in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p. reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati – rende ancora più evidente l'impossibilità di estendere una disciplina chiaramente riservata all'imputato persona fisica ad un ente privo di qualsivoglia sostrato psicofisico su cui basare la propria valutazione. In conclusione, le Sezioni Unite hanno ritenuto inaccettabile un'applicazione analogica dell'istituto della messa alla prova non solo perché ciò costituirebbe una violazione dei principi costituzionali, particolarmente chiari in merito alle scelte sanzionatorie da seguire, ma soprattutto per la sussistenza di evidenti e insuperabili disomogeneità strutturali tra l'istituto in esame, modulato chiaramente sulla persona fisica, e il sistema delineato dalla 231. Tesi questa, peraltro, già affermata in una precedente sentenza del 2019<sup>8</sup>, quando la Corte già aveva ricordato che il sistema della responsabilità degli enti è *"sostanzialmente diverso da quello penale"* e legato a questo da *"limitata permeabilità"*.

b) In secondo luogo, tuttavia, l'impossibilità di realizzare un'applicazione analogica dell'istituto della messa alla prova agli enti sarebbe oltretutto imposta dalla necessità di distinguere le determinazioni penalistiche riservate alla persona fisica e quelle, invece, riconosciute agli enti nella 231. Senza indugiare troppo sull'annosa questione (anche se certamente cruciale) relativa alla natura penalistica o amministrativa della 231, basti ricordare come l'orientamento ad oggi più diffuso (pur non unanime) sia nella giurisprudenza che nella dottrina riconosca nella 231 un vero e proprio sistema a sé stante, un *tertium genus* rispetto ai tradizionali sistemi di responsabilità penale e di responsabilità amministrativa e quindi un'autonoma responsabilità amministrativa dell'ente con suoi principi e suoi meccanismi processuali. Le Sezioni unite hanno sposato la tesi dell'ibridazione normativa operante nella 231 con la storica sentenza ThyssenKrupp, riconoscendo pregio a quell'indirizzo che *"pur rimarcando i tratti penalistici della normativa, preferisce valorizzare l'autonomia del sottosistema di cui si parla, entro il più ampio quadro del sistema punitivo che comprende sia l'illecito penale che quello amministrativo. Si riprendono le considerazioni esposte nella Relazione al D.lgs. n. 231 per sottolineare che si è in presenza di un articolato sistema di responsabilità da reato che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo. Si tratterebbe, peraltro, di un sottosistema distinto ma strettamente connesso al diritto penale: una sorta di terzo binario del diritto criminale"*<sup>9</sup>.

Una volta riconosciuto ciò, ha affermato la Corte, occorre poi approfondire la natura dell'istituto della messa alla prova così come disciplinato all'interno

<sup>8</sup> Cass. Sez. III 23 gennaio 2019 n. 11518

<sup>9</sup> Cass. SS. UU., 18 settembre 2014, n. 38343

del c.p. e del c.p.p. L'istituto in esame possiede sì una natura sia processuale che sostanziale, come affermato dalle Sezioni Unite nel 2016, ma anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza 240 del 2015, ha certo una connotazione insieme specialpreventiva e generalpreventiva, ma comunque veste una indubbia connotazione sanzionatoria<sup>10</sup> tale da valorizzare indici applicabili in un modo esclusivo all'imputato persona fisica e non certo agli enti. In altre parole, la messa alla prova avrebbe sicuramente una natura atipica in grado di favorire anche interpretazioni flessibili e applicazioni elastiche, ma la sua vocazione rigorosamente penalistica si deduce inequivocabilmente da una serie di indicatori quali l'obbligo di prestare lavori di pubblica utilità, la proporzionalità delle prestazioni da eseguire alla gravità del danno e, non ultimo, la valutazione dell'idoneità del programma in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p.

Una volta compreso ciò, una volta, quindi, aver riconosciuto la sistematicità peculiare della 231 e, inoltre, la natura rigorosamente penalistica della messa alla prova, si comprende l'incompatibilità radicale di una applicazione analogica dell'istituto in esame ai soggetti individuati nell'art. 1 del d.lgs. 231/2001. In altre parole, non solo, come ricordato sopra, una lettura analogica, sia essa *in bonam partem* o meno, si dimostrerebbe *contra legem*, ma oltretutto ad uno sguardo "applicativo" ci si accorgerebbe del contrasto strutturale che verrebbe a crearsi tra l'oggetto e il soggetto, tra l'istituto in esame e le particolarità dell'ente.

## 2.2 I favorevoli: le ordinanze di Modena e Bari

Si sono posti, invece, nel solco dell'opinione minoritaria - quella che riconosce la legittimità di una applicazione analogica della messa alla prova agli enti - il Tribunale di Modena e quello di Bari.

Il Tribunale di Modena (ordinanza 15 dicembre 2020), in primo luogo, ha ritenuto possibile parlare di "rieducazione" degli enti e quindi ammettere all'istituto della messa alla prova anche questi ultimi al solo patto che l'ente stesso si sia dotato prima del fatto illecito di un modello organizzativo valutato come inidoneo dal giudice. Solo in questo modo, infatti, sarebbe possibile formulare un giudizio positivo o negativo in ordine ad una futura rieducazione dell'ente (*"che dimostrerebbe, così di esser stato diligente e di avere adottato un modello ritagliato sulle proprie esigenze specifiche, per quanto valutato non idoneo dal giudice"*<sup>11</sup>).

La posizione assunta dal Tribunale di Bari (ordinanza del 22 giugno 2022), invece, ha colto ulteriori specificità. Dopo aver precisato anch'egli, similmente al Tribunale di Bologna, che il divieto di analogia opererebbe soltanto quando generi effetti sfavorevoli per l'imputato, cosa che certamente non si configura nel caso di specie, il Giudice ha ricordato come le originarie

<sup>10</sup> Cass SS.UU. 6 aprile 2023 n. 14840, 27: "... non vengono in questione *sistemi omogenei*."

<sup>11</sup> Trib. Modena, ordinanza 15 dicembre 2020

intenzioni del legislatore nelle fasi di formazione del d.lgs. 231/2001 fossero indirizzate al perseguimento di una logica di prevenzione del crimine da perseguire attraverso la rieducazione dell'ente: *"la ratio politica [...] non è la retribuzione fine a sé stessa, né la mera prevenzione generale (sicuramente perseguita, pure in termini di orientamento culturale delle politiche imprenditoriali) ma la prevenzione speciale in chiave rieducativa"*<sup>12</sup>. Di conseguenza, la pretesa inconciliabilità strutturale affermata, ad esempio, dal Tribunale di Bologna, non coglierebbe nel segno, così come le ulteriori argomentazioni adottate dal Tribunale di Spoleto. Ricordando quanto affermato da quest'ultimo, l'impossibilità di applicare analogicamente l'istituto di cui all'art. 168 bis c.p. ai soggetti citati nell'art. 1 della 231 si potrebbe spiegare evidenziando i notevoli limiti applicativi di tale operazione alla luce della diversità strutturale delle diverse discipline, nonché valorizzando il fatto che i medesimi presupposti sarebbero già considerati nell'art. 17 del d.lgs. 231/01. Tuttavia, secondo il Tribunale di Bari, da un lato vi sarebbe una evidente diversità tra gli elementi valorizzati da quest'ultima disposizione e quelli considerati nell'istituto della messa alla prova (*"la messa alla prova ha un oggetto ben più ampio, contemplando pure l'affidamento al servizio sociale per lo svolgimento di un programma che può comprendere attività di volontariato di rilievo sociale, nonché la prestazione di lavoro di pubblica utilità"*<sup>13</sup>) e dall'altro quelle incertezze applicative ricordate dal Tribunale di Spoleto non sarebbero altro che la fisiologica sfera di discrezionalità nell'ambito della quale si muove il giudice in sede di applicazione analogica della legge. Tesi, quest'ultima, difficilmente contestabile, ma che pure sembra non risolvere il dilemma inerente alla determinazione dei presupposti per il riconoscimento del beneficio. L'art. 168 bis c.p. ammette al comma 1 l'istituto della messa alla prova nei procedimenti per reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale. Ci si chiede in che modo il Giudice possa esercitare una discrezionalità che non scada nell'arbitrio nei procedimenti in cui l'ente sia condannabile solo o congiuntamente ad una pena interdittiva, sanzione certamente non assimilabile integralmente a quella detentiva e quindi non considerata nel testo dell'art. 168 bis c.p., oltre al modo con cui riempire di un significato adeguato alla personalità dell'ente *"l'affidamento dell'imputato al servizio sociale"* citato espressamente nell'articolo del Codice penale.

Se la giurisprudenza favorevole all'applicazione della messa alla prova agli enti, salvo le statuizioni delineate, si dimostra ancora minoritaria, di diverso avviso sembra essere la dottrina. E' possibile notare, infatti, una certa

<sup>12</sup> Trib. Bari, ordinanza 22 giugno 2022

<sup>13</sup> Trib. Bari, ordinanza 22 giugno 2022



convergenza intorno alla possibilità di ammettere tale istituto anche con riferimento ai soggetti indicati nella 231, possibilità che diventa, in verità, necessità quando si invochi l'opportunità di interpretare in senso rieducativo anche l'assetto sanzionatorio delineato nel decreto in esame. Tuttavia, ed è questa una particolarità da non sottovalutare, la stessa dottrina si dimostra scettica attorno alla possibilità di una applicazione meramente analogica della messa alla prova agli enti<sup>14</sup>. Da un lato, quindi, vengono condivise le medesime conclusioni espresse dalla giurisprudenza minoritaria e quindi l'opportunità di valorizzare la 231 attraverso una progressiva integrazione con gli istituti del diritto penale classico, ma dall'altro si riconosce la profonda diversità strutturale tra lo stesso diritto penale classico in cui l'art. 168 bis è incastonato e la 231, sistema certamente ibridato ma con specificità strutturali non ignorabili. Di conseguenza, l'opportunità di un intervento chiarificatore del legislatore si porrebbe come un passaggio irrinunciabile. Il medesimo ragionamento, in realtà, tende ad essere riproposto con riferimento agli altri istituti del Codice, come, ad esempio, a proposito della clausola di non punibilità ex 131 bis c.p.<sup>15</sup>. Ciò, pur innanzi ad avanguardie interpretative solide e condivise, condurrebbe a confermare la diversità organica della 231 rispetto al sistema penale "classico".

La posizione espressa dalla Cassazione, tuttavia, non ha impedito al Tribunale di Bari nella persona del dott. Antonio Donato Coscia di riaffermare icasticamente con una successiva pronuncia del 14 giugno 2023 la posizione espressa dallo stesso nell'ordinanza del 22 giugno 2022.

### **3. Riflessioni conclusive: una questione di coerenza (sistemica)**

La questione relativa all'applicabilità della messa alla prova agli enti è stata in grado di rivelare, in realtà, un dilemma ancora più profondo, se non radicale. In particolare, innanzi alla questione inerente alla possibilità di estendere agli enti sempre più istituti riservati tradizionalmente alle persone fisiche - come, in questo caso, la messa alla prova -, il legislatore e la giurisprudenza sembrano non riescano più a sottrarsi dal dovere di stabilire quale sia la vera natura della responsabilità degli enti al di là di mere dichiarazioni estemporanee. In altre parole, se da un punto di vista, per così dire, "normativo" gli indizi ricavabili dal testo del d.lgs. 231/2001 sembrano avvalorare la tesi che la responsabilità degli enti possa comodamente ridursi ad un *tertium genus* con caratteristiche proprie sia rispetto al sistema penalistico che a quello amministrativo, da un punto di vista "applicativo" è proprio l'incalzante emergere di sempre nuove questioni interpretative apparentemente irrisolvibili a disvelare il dramma nella sua nudità: la

---

<sup>14</sup> MAUGERI A.M., La funzione rieducativa della sanzione del sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. n. 231/2001, Torino, 2017, 143-144

<sup>15</sup> TELESCA M., Contributo all'analisi dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, Torino, 2022, 154



responsabilità degli enti ha una natura penale o no? Domanda che, in realtà, ne rivela un'altra: l'ente è *veramente* assimilabile ad una persona fisica? E' chiaro che per ragioni storiche il sistema penale delineato all'interno del nostro ordinamento sia stato cucito *ad hoc* per la persona fisica. Sembra opportuno, poi, ricordare che, se da un lato negare rilevanza giuridica agli enti ormai si dimostrerebbe un'assurdità, dall'altro "bisogna evitare ogni confusione tra l'essere e il volere", citando il Ferrara: se la rilevanza giuridica dell'ente può essere assimilabile a quella della persona fisica, non per questo si può negarne la diversità organica, specie nella fase formativa della volontà. Come si è visto, la posizione maggioritaria della giurisprudenza (vedasi sopra le SS. UU. e l'ordinanza del Tribunale di Bologna) tende a dimostrarsi sempre più insofferente alle cieche sovrapposizioni categoriali che, forse complice un certo imbarazzo, per anni sono stati non sufficientemente approfondite da una certa parte della dottrina. La natura della responsabilità degli enti, in effetti, continua a faticare a raggiungere una statuizione definitiva. La famosa sentenza sul caso Jolly Mediterraneo del 2005 si era permessa di sbilanciarsi a favore di una qualificazione della 231 in chiave solo nominalmente amministrativa e sostanzialmente penale, mentre, com'è ormai noto, è la sentenza ThyssenKrupp del 2014 (anticipata da un'altra statuizione del 2008<sup>16</sup>) a proporre la soluzione del *tertium genus*, quella dell'"ibridazione". Tuttavia, tale posizione potrebbe apparire molto meno solida di quanto possa sembrare se ancora nel 2011, con un'altra sentenza, le stesse SS. UU. (Cass., Sez. un. 23 gennaio 2011, n. 34476) avevano azzardato a "rincalzare" la tesi che avvalorò la natura amministrativa della responsabilità degli enti. Stupisce, quindi, che la dottrina – salvo numerose eccezioni – persista nel dare per assodato l'orientamento maggioritario in assenza di una riflessione organica e non meramente normativistica sulla natura dell'ente e del suo raffronto strutturale con la persona fisica.

Tuttavia, a ben vedere, sembrerebbe che anche quella stessa dottrina maggioritaria - favorevole, per quanto sembra, all'estensione all'ente dei principi riservati alla persona fisica e così granitica nel sostenere la natura ibrida dell'ente - fatichi sempre più a districarsi da un certo imbarazzo nel momento in cui le questioni interpretative impongano una trasvalutazione della teoria nella prassi. Lo dimostrerebbe una certa tendenza a reinterpretare i principi riservati alla persona per adattarli faticosamente all'ente, una tendenza, però, che prevedibilmente ha avuto come esito una consistente liquefazione dei principi stessi e una loro radicale svalutazione programmatica. Si pensi, ad esempio, alla rieducazione. Secondo i propugnatori di una estensione della validità di tale principio alla disciplina riservata agli enti sarebbe possibile aggirare le difficoltà concettuali consistenti nel suo riferirsi storico alla persona fisica attraverso una qualificazione ulteriore della prevenzione speciale, indirizzata, ad esempio,

---

<sup>16</sup> Cass., SS. UU. 27 marzo 2008, n. 26654

nei confronti di una politica d'impresa eticamente riorientata verso finalità economiche, certo vantaggiose ed ottimizzanti il profilo patrimoniale, ma comunque da attuarsi in un contesto di liceità di interventi anche in punto di impiego delle risorse e non più di criminalità imprenditoriale. A questo punto, il cuore della questione, però, sarebbe sotto gli occhi di tutti: per ammettere la compatibilità tra il principio rieducativo e il sistema definito dalla 231 l'unica strada percorribile consisterebbe nel ridefinire la stessa rieducatività per adattarla alla realtà dell'ente. Ma questo non andrebbe a confermare l'idea che l'ente e la persona fisica siano due soggetti del diritto assolutamente differenziati? E, qualora la risposta sia positiva, non confermerebbe ciò l'impossibilità di prevedere un medesimo trattamento normativo (e soprattutto punitivo) sia per l'uno che per l'altro? La rieducazione, così come è stata faticosamente ricostruita sino alla contemporaneità, è confezionata *ad hoc* per la persona fisica e lo dimostra la centralità in chiave garantistica della differenziazione tra libertà morale, presidio giudicato intoccabile, e l'opportunità di offrire meccanismi di risocializzazione al reo. Con riferimento agli enti, invece, la stessa confusione terminologica tra morale e politiche economiche ma soprattutto lo sforzo compiuto dagli interpreti per adattare la rieducazione alla realtà dell'ente dimostra inequivocabilmente l'incompatibilità tra il principio rieducativo e la realtà dei soggetti evocata all'art. 1 d.lgs. 231/2001 o, perlomeno, l'incompatibilità tra quest'ultima e l'interpretazione fino ad ora compiuta del concetto di rieducazione.

Le strade che si aprono, quindi, sono teoricamente due: in primo luogo si potrebbe negare la compatibilità tra la 231 e il principio rieducativo nella sua formulazione classica constatando la diversità dei destinatari in questione; oppure, in secondo luogo, si potrebbe provare a ridefinire il principio stesso di rieducazione e proporre una nuova sintesi in grado di adattarlo alla realtà dell'ente, il che ovviamente comporterebbe perciò proprio l'inizio di un nuovo percorso dialogico avente diversi presupposti e diversi riferimenti. In entrambi i casi, comunque, si ammetterebbe che il principio rieducativo *così come lo si è inteso finora* non sembrerebbe applicabile alla 231. E' ormai principio condiviso che l'idea di rieducazione, così come è stata elaborata fin d'oggi dalla dottrina e dalla giurisprudenza, tragga la sua linfa vitale dall'art. 27 co. 3 Cost. Ma la Costituzione, com'è noto, non si limita a stabilire che la pena per un fatto debba tendere alla rieducazione, ma oltretutto che la responsabilità per il fatto stesso debba essere personale (art. 27 co.1 Cost.). Ora, com'è noto, sarebbe proprio sul concetto di "personalità" che si scontrano i maggiori sostenitori del "rieducativismo" dell'ente: la compatibilità tra la pena rieducativa e la realtà dell'ente, infatti, potrebbe ammettersi solo qualora si adotti la teoria "realistica" della persona giuridica - per l'appunto, accettando che la persona giuridica sia una realtà a sé state e distinta dalle persone fisiche che la compongono non per mezzo di una

finzione, ma proprio perché sarebbe la realtà effettiva che lo dimostrerebbe. D'altro canto, sembrerebbe invece che la strada scelta dall'ordinamento per emanciparsi dal *societas delinquere non potest* abbia avuto come esito semplicemente l'approdo ad un prudente finzionismo. E' ormai consolidato nella dottrina e nella giurisprudenza italiana l'idea che il principio personalistico espresso all'art. 27.1 Cost sia da ritenersi inscindibile dal principio di colpevolezza, tale per cui la responsabilità è solo quella derivante da un fatto proprio e colpevole. Se è argomento condiviso che la persona giuridica sia incapace di esprimere una volontà colpevole *equiparabile* a quella delle persone fisiche, le possibilità che si aprirebbero sono solo due: o si nega che la responsabilità penale degli enti sia compatibile con il principio rieducativo alla luce dell'interpretazione sistemica del testo costituzionale, o, ancora una volta, si dovrà cercare una nuova teorizzazione della colpevolezza in grado di adattarsi alla realtà dell'ente. Ma ciò dimostra ancora una volta la diversità strutturale tra i sistemi qui considerati, ciò dimostra ancora una volta, in altre parole, che è inconcepibile affermare una automatica compatibilità tra la realtà dell'ente e l'ordinamento penale generale. Com'è evidente, allora, la soluzione della questione relativa alla applicabilità della messa alla prova agli enti non può cogliersi semplicemente dall'analisi della affinità strutturali tra i due sistemi e nemmeno dalla possibilità di immaginare in senso rieducativo l'apparato sanzionatorio delineato nella 231. Il punto è, invece, comprendere e/o decidere se l'ente possa/debba *veramente* assimilarsi ad una persona fisica. Affrontare ancora tale tema non è un mero feticismo dottrinale, come alcuni potrebbero pensare<sup>17</sup>, ma il solo passo per riconoscere alla 231 lo spazio che davvero meriterebbe nelle aule dei tribunali.

Il dramma interpretativo, anche in questo caso, si riduce allora ad una questione di coerenza non solo normativa, ma sistemica.

---

<sup>17</sup> Paolo Grossi, all'inizio dei suoi immortali *Itinerari moderni della persona giuridica*, pubblicati nei *Quaderni fiorentini*, fece riferimento ad Alois Brinz quando questi aveva parificato chi amasse ancora dedicarsi al tema a chi volesse occuparsi seriamente di fantasmi. GROSSI P. (a cura di), *Itinerari della persona giuridica*, Quaderni fiorentini, 11/12, Firenze, 1982/1983, Tomo I, 1