

ANTICIPAZIONI

ALESSANDRO PASTA

L'accertamento della responsabilità degli enti: una delega (non esercitata) del legislatore agli operatori giuridici per l'elaborazione delle regole del processo¹

Mentre il d.lgs 231/2001 ha dedicato una certa attenzione alla configurazione della responsabilità amministrativa da reato degli enti, ha solo superficialmente trattato la disciplina processuale, la quale non configura un processo di accertamento, magari lacunoso o parzialmente contraddittorio, ma un invito - rivolto agli operatori giuridici - a elaborarlo. È stato chiesto loro di stabilire se e quali disposizioni del codice Vassalli fossero applicabili, se e quali principi costituzionali fossero operativi. All'inerzia del legislatore è però corrisposta quella della giurisprudenza, molto poco incline ad applicare il decreto, un processo agli enti, dunque, non esiste né nelle disposizioni legislative, né nelle elaborazioni giurisprudenziali. A distanza di un ventennio dalla promulgazione del decreto è quindi prevista la responsabilità amministrativa degli enti, ma non il mezzo per accertarla.

Ascertaining liability of the entities: an unexercised delegation by the Legislator to the operators for elaborating the rules of trial.

While the d.lgs.281/2001 has partly approached the definition of the liability of the entities, it has only superficially dealt with procedural discipline, which doesn't define an ascertaining process -not even an imperfect or a partially contradictory one - but only an invitation for the operators to elaborate it. They have been asked to establish if and which provisions of the Vassalli Code could be applicable, if and which constitutional principle should be operational. However, the inertia of the legislator has been matched by that of jurisprudence, very little inclined to apply the decree. A trial of entities, therefore, does not exist in legislative provisions nor in jurisprudential elaborations. Twenty years after the decree, the liability of the entities is envisaged, but the means to ascertain it have not been defined.

SOMMARIO: 1. Una consapevolezza mancata. Abdicazione. - 2. La questione dell'applicabilità dei principi costituzionali sul processo penale. - 3. Un rinvio azzardato. - 4. Una delega non esercitata. Resa.

1. Una consapevolezza mancata. Abdicazione. Spesso, nell'uso dei giuristi, «il vocabolo “norma” è riferito indistintamente sia alle formulazioni del discorso legislativo, sia al contenuto del loro significato². Talora non viene considerata la distinzione tra enunciati normativi (disposizioni, per usare la terminologia di Vezio Crisafulli³), e norme, che «sono da considerarsi piuttosto il risultato che il presupposto delle attività in senso lato interpretative»⁴.

Un legislatore, dunque, prevede disposizioni, non norme, mentre gli operato-

¹ Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume *La responsabilità da reato degli enti: profili dogmatici e politico criminali*, a cura di CORNACCHIA e CRESPO.

² GUASTINI, *Rileggendo Tarello sull'interpretazione*, in *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, 2017, 2.

³ CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 195.

⁴ TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 38.

ri giuridici applicano norme, non disposizioni. È possibile che la norma elaborata sia pressoché identica alla disposizione dalla quale l'interprete ha iniziato la propria operazione esegetica; ma ciò non muta il fatto che nelle aule di giustizia non vengano applicate le disposizioni, ma le norme.

Un ordinamento che si vorrebbe essere improntato al principio di legalità, ovviamente, richiede che lo scarto tra disposizione e norma sia minimo, se non assente: diversamente la disciplina sarebbe decisa dagli operatori giuridici. Chiunque sia avvezzo alle aule di giustizia sa però che vengono applicate norme pressoché identiche alle disposizioni ma anche norme - per necessità o per scelte ideologiche degli operatori - lontanissime dagli enunciati normativi; norme la cui esistenza è giustificata in modo convincente e norme la cui giustificazione non persuade affatto. È tutt'altro che infrequente l'applicazione di «norme inesprese (che si pretendono implicite) non formulate in alcuna fonte del diritto: norme, insomma, elaborate, “costruite”, dagli interpreti, ma prive di una disposizione corrispondente»⁵. A volte l'elaborazione di norme inesprese è dovuta alla necessità di fronteggiare una lacuna della legislazione: quando il legislatore omette di disciplinare una situazione in cui si troverà un operatore giuridico, o nulla stabilisce sulla possibilità di utilizzare un nuovo strumento del quale s'ipotizza un uso processuale, gli operatori non possono astenersi e non decidere, ma *devono* elaborare una norma, magari formulata in termini negativi, come divieto («è inammissibile l'uso del captatore» è una norma quanto lo è: «è ammissibile l'uso del captatore»; in fondo «comandare o prescrivere un'azione è la stessa cosa che proibire la sua omissione; e proibire un'azione è la stessa cosa che prescriverne l'omissione»⁶).

Per colmare le lacune o per allontanarsi dal dato testuale delle disposizioni gli interpreti si servono dei più vari strumenti. Uso dei principi (espressamente previsti, o elaborati dagli interpreti stessi), selezione del testo legislativo⁷, im-

⁵ GUASTINI, *Conoscere il diritto. Un inventario di problemi*, in *Dir. e quest. pubbl.*, 2013, 522.

⁶ CASTIGNONE, *La norma giuridica*, in Castignone, Guastini, Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova, 1982, p. 45.

⁷ È l'operatore giuridico a decidere che per interpretare una disposizione che il legislatore ha previsto per il giudizio abbreviato è necessario servirsi anche di una disposizione che è stata prevista per il dibattimento, o per il patteggiamento. L'ambiguità di certe disposizioni e la vaghezza di alcuni concetti forniscono i più immediati punti d'appoggio dei quali gli interpreti si servono per tracciare i più vari percorsi ermeneutici, ma non sono certo gli unici: «di fatto, l'apparenza di univocità persino di un enunciato [...] semplice si rivela ingannevole. Nel mondo giuridico, beninteso, queste situazioni d'incertezza sarebbero rose e fiori, e qualunque giurista si leccherebbe i baffi. Ciò, soprattutto, a causa del fatto che gli enunciati giuridici soffrono di solitudine: non si aggirano mai dai soli, ma sono sempre in compagnia dei loro simili, che costituiscono una moltitudine. Cosicché non si tratta mai di interpretare un solo enunciato, ma - prima ancora - di scegliere quale enunciato o quali enunciati utilizzare (GUASTINI, *Introduzione all'analisi del linguaggio normativo*, in *Introduzione teorica*, cit., 25).

piego dei più vari argomenti interpretativi sono alcuni dei modi utilizzati per l'elaborazione delle norme. E tutti dipendono da scelte, più o meno ragionevoli, degli operatori: che innanzi a una disposizione si debba usare un argomento *a contrario*, uno *a simili*, *a fortiori*, *ab absurdo*, non lo si ricava dalla disposizione. Lo decide l'interprete⁸.

Piaccia o meno questo quadro, con esso ci si deve misurare, perché non lo si può cambiare. Il primo passo da compiere per limitare lo spazio di movimento degli operatori giuridici, per contenere le spinte alle libere creazioni, per salvaguardare – quanto possibile – il principio di legalità, muove dalla consapevolezza di questo stato di cose: è necessario prendere atto del ruolo che hanno gli operatori giuridici nell'elaborazione delle norme per poter adottare avvedute scelte di tecnica legislativa che non esasperino la discrezionalità che gli operatori comunque hanno.

Quando si è trattato di stabilire le regole di accertamento della responsabilità degli enti il legislatore ha dimostrato di non aver minimamente avuto questa consapevolezza. Non solo non ha tentato di limitare la discrezionalità degli operatori, ma ha loro assicurato la massima libertà, abdicando dal proprio ruolo: le disposizioni stabilite dal decreto 231/2001 non configurano un processo di accertamento, magari lacunoso o parzialmente contraddittorio, ma un invito – rivolto agli operatori - a elaborare un processo di accertamento. Forse nostalgico dei tempi in cui alla procedura penale veniva fatta indossare la veste di Cenerentola⁹, o forse stanco per aver profuso notevoli sforzi nella stesura della parte sostanziale della disciplina¹⁰, il legislatore ha liquidato la parte del decreto che si occupa della disciplina processuale con la pigra previsione di qualche disposizione speciale e di una prescrizione, l'art. 34, che si è tradotta in una delega agli interpreti. Sia stato per sufficienza, o per un'estrema fiducia nella giurisprudenza, non è facile dire. Certo è che innanzi a questo prodotto legislativo anche gli interpreti più ossequiosi del principio di legalità, quelli meno inclini a ricavare norme creative dalle disposizioni, a causa delle miopi decisioni legislative, si sono ritrovati senza guida, smarriti tra molti si-

⁸ Sul tema ci si permette di rinviare a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell'ipotesi, il paradigma dell'interesse*, Padova, 2016, LXII ss.

⁹ L'espressione è oggi nota soprattutto grazie a CARNELUTTI, *Cenerentola*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, 1, ma, come ricorda GARLATI, *Novità nel segno della continuità: brevi riflessioni sulla processual penalistica italiana di ieri e di oggi*, in *Diritti individuali e processo penale nell'età repubblicana*, a cura di Negri e Pifferi, Milano, 2011, 297, era già presente nel dibattito otto-novecentesco.

¹⁰ Che fosse auspicabile una maggiore attenzione ai profili processuali da parte del legislatore del 2001 è rilevato anche da DINACCI, *La dimensione probatoria e del diritto al silenzio nella disciplina della responsabilità da reato degli enti. Verso letture "osservanti" dei principi*, in *questa Rivista*, n.1, 2022, 1.

lenzi e qualche prescrizione.

2. *La questione dell'applicabilità dei principi costituzionali sul processo penale.* La prima causa di disorientamento è legata alla questione dell'applicabilità dei principi sul processo penale previsti dalla Costituzione. Che debbano essere ritenuti operativi, o meno, nel processo agli enti, era ed è ignoto.

A una risposta affermativa si potrebbe giungere per due vie. Una indiretta e una diretta.

Il primo percorso muove dalla soluzione al quesito relativo alla natura della responsabilità dell'ente. Se si optasse per la natura penale, sarebbe difficile escludere l'applicabilità dei principi che la Costituzione ha espressamente previsto per l'accertamento degli illeciti di questo tipo. In questa eventualità, non si potrebbe negare l'applicazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale, del giudice naturale, del diritto di difesa e della presunzione di non colpevolezza, in ogni loro declinazione.

Stabilire quale sia la natura dell'illecito, forse, non è possibile. Da più di vent'anni gli studiosi del diritto penale discutono sulla questione¹¹, ma il decreto legislativo offre segnali tanto contraddittori da non consentire un sicuro inquadramento.

Tra gli studiosi del processo penale non sembra esserci una divisione analoga a quella che caratterizza i sostanzialisti. È anzi frequente l'affermazione secondo cui «le nuove figure di responsabilità tradiscono, al di là dell'etichetta, una natura sostanzialmente penale»¹²: gravità delle sanzioni, dipendenza dell'illecito dalla verifica di un reato e decisione di disporre l'accertamento dell'illecito in sede penale sarebbero indici inequivoci della natura penale della responsabilità degli enti. Il legislatore, dunque, avrebbe voluto che «il sofisticato (ancorché dispendioso) dispositivo processualpenalistico trovi impiego anche nella materia *de qua*, per assicurare all'ente un giusto processo»¹³. All'ente, dunque, dovrebbero «essere concesse tutte le fon-

¹¹ Tra gli innumerevoli contributi, v. MARINUCCI, *“Societas puniri potest”: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1201; MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, 40; PALIERO, *Dalla vicarious liability alla colpevolezza d'impresa: tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo*, in Corso, Zanetti, *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. 3, Piacenza, 2010, 427; PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 415.

¹² DINACCI, *La dimensione probatoria*, cit., 8; CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2019, 50. GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, in *Responsabilità degli enti per illeciti dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova 2001, 270; MAZZA, *art. 66*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Venziani, Torino, 2010, 725.

¹³ CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 53.

damentali garanzie di cui gode nel sistema penale l'imputato: il principio di responsabilità personale per fatto proprio, la presunzione di non colpevolezza, il diritto alla contestazione dell'accusa, il diritto al silenzio, il contraddittorio, la regola della prova oltre ogni ragionevole dubbio»¹⁴.

Che questa conclusione sia plausibile, è sicuro; che sia necessaria, lo è un po' meno.

La gravità delle sanzioni può essere un indice importante, ma non decisivo: molte autorità amministrative possono irrogare sanzioni che comportano rilevantissime conseguenze, ma non per questo muta la natura dell'illecito che viene sanzionato. A ciò si aggiunga che, storicamente, «nella sede penale l'interesse tipico è sempre lo stesso, ed è – per dirla col barone di Montesquieu – la vita e l'onere del cittadino»¹⁵. Le sanzioni previste dal d.lgs 231/2001 colpiscono un'entità evanescente, che non ha né cuore, né terminazioni nervose. Per quanto gravi potranno essere le sanzioni, per quanto nefaste potranno essere le conseguenze per le persone indirettamente coinvolte dalla condanna dell'ente (dipendenti, clienti, soci, fornitori, investitori), rimarrà fermo un punto: la limitazione della libertà di un individuo è *altro*. L'art. 13 della Costituzione tutela una libertà il cui esercizio è riservato alle persone. Le pagine sulla giustizia penale di Locke e Hume, Mill e Carrara, non riguardavano società per azioni, ma individui che soffrono e gioiscono. Le pene che l'autorità può, ancor oggi, infliggere a una persona non sono nemmeno paragonabili a quelle che possono essere applicate a un ente¹⁶, così come non lo è la finalità a cui la sanzione tende¹⁷. Tenendo in debita considerazione l'identità del destinatario della sanzione, dunque, l'argomento incentrato sulla gravità delle conseguenze appare essere meno solido di quanto a prima vista possa apparire.

Anche gli ulteriori argomenti non sembrano essere decisivi. Quotidianamente

¹⁴ FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 705.

¹⁵ TARELLO, *La difesa penale ed il difensore penale. Profili deontologici*, in *Ann. Fac. Giurisp. Genova*, 1980, 155.

¹⁶ Il punto è ben evidenziato da BONTEMPELLI, *Tutela delle libertà e decorso del tempo nel processo penale agli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 144 il quale, trattando il tema del differente regime di prescrizione dei due illeciti, rileva come sia «estraneo alla giustizia penale degli enti il problema che sta al centro della vicenda giudiziaria riguardante le persone fisiche, vale a dire la sofferenza dell'animo umano provocata all'imputato dal fatto solo della esistenza di un procedimento a suo carico. Né appare comparabile il sacrificio apportato dal processo agli enti alle libertà delle persone umane a vario titolo coinvolte».

¹⁷ Come è stato osservato «il finalismo rieducativo della pena [...] presuppone necessariamente come interlocutore la complessa ed articolata unità di esperienza esistenziale della persona fisica» (DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito dell'ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 112).

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

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

Una volta esclusa la perfetta sovrapposibilità tra l'illecito ex 231/2001 e l'illecito penale, non è nemmeno di grande aiuto ipotizzare di essere innanzi a una responsabilità parapenale, pseudo penale, «ibrida», a un «*tertium genus*», come viene sostenuto nella Relazione ministeriale al decreto e in alcune pronunce giurisprudenziali. Anche se così fosse, regnerebbe comunque l'incertezza. Messa fuori gioco la perfetta equiparazione tra illecito dell'ente e reato, che renderebbe operativi tutti i principi sul processo penale, non si avrebbe modo di stabilire se, e quali, principi applicare: il diritto di difesa sì, ma non la presunzione di non colpevolezza? Non il principio di obbligatorietà, ma quello del contraddittorio nella formazione della prova? Chi si serve della locuzione «natura ibrida» in relazione alla responsabilità degli enti suggerisce un inquadramento del problema, non ne propone una soluzione¹⁸.

Forse, per venire a capo della questione dell'applicabilità al processo agli enti dei principi costituzionali sul processo penale si potrebbe tentare un'altra via, dogmaticamente meno impegnativa. Senza misurarsi con la questione della natura della responsabilità, si potrebbe sostenere che nel processo agli enti debbano essere applicati i principi costituzionali sul processo penale per via di una scelta, espressa o implicita, del legislatore. Il tentativo, però, sembra destinato al fallimento.

Quanto a un'espressa indicazione, l'art. 34 ha previsto che per il procedimen-

¹⁸ Né un grande contributo è giunto da una delle più note pronunce sulla responsabilità degli enti (Cass. sez. un., 24 aprile 2014, Thyssen Krupp Acciai speciali Terni s.p.a., n. 38343, in *Cass. pen.*, 2015, 426). La Corte, dopo aver ritenuto (punto 62) che «le dispute definitive e classificatorie» sulla natura della responsabilità possano «essere senz'altro collocate nell'ambito delle disquisizioni d'impronta prevalentemente teoretica», afferma che «il sistema di cui si discute costituisce un corpus normativo di peculiare impronta, un *tertium genus*» che è «parte del più ampio e variegato sistema punitivo» e che «quale che sia l'etichetta che si voglia imporre su tale assetto normativo, è doveroso interrogarsi sulla compatibilità della disciplina legale con i principi costituzionali dell'ordinamento penale». Il problema è che le risposte alle doverose domande dipendono essenzialmente dall'«etichetta» che si attribuisce alla responsabilità.

to relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato si osservano, oltre alle disposizioni previste dal decreto, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e delle norme di attuazione del codice. Il legislatore avrebbe potuto aggiungere un paio di espressioni all'art. 34, prevedendo che «per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato si osservano [...] le disposizioni del codice di procedura penale e *i principi costituzionali sul processo penale*». Ma di questa appendice non vi è traccia. Il legislatore ha ritenuto necessario esplicitare che, oltre alle disposizioni del codice Vassalli, si applicano «le norme di attuazione del codice», ma nulla ha detto in relazione alle disposizioni costituzionali. Ha così azzerato i dubbi su una questione tutto sommato marginale, ed ha aperto una voragine d'incertezza in relazione a una di ben altra portata.

Anche perché non è possibile nemmeno giungere alla conclusione opposta: il legislatore non ha escluso l'applicabilità dei principi costituzionali. Non c'è alcuna disposizione in tal senso. Né l'interpretazione dell'art. 34 permette di giungere a questa conclusione. Qualcuno, servendosi dell'argomento *a contrario*, potrebbe sostenere che il legislatore ha previsto che al processo agli enti si applicano determinate disposizioni (quelle appositamente previste nel decreto, e, in quanto applicabili, quelle del codice e delle disposizioni d'attuazione). Quindi non si dovrebbero applicare quelle non richiamate. Le disposizioni che la Costituzione prevede per il processo penale non sono richiamate. Quindi non si applicano.

L'argomento *a contrario* però è più problematico di quanto si sia soliti pensare. È possibile servirsene in due modi: può essere «usato come argomento produttivo di una norma implicita (di contenuto negativo), e sortisce l'effetto di colmare una lacuna»¹⁹ (in questo modo è stato appena utilizzato, per giungere alla norma: «nel processo degli enti non si applicano i principi costituzionali sul processo penale»). Ma può anche essere «usato come argomento semplicemente interpretativo, e sortisce l'effetto non già di colmare una lacuna (mediante una norma implicita), ma anzi di metterla in luce, lasciando

¹⁹ GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 365. In questo senso, è quello per cui, «essendo data una norma che predica una qualsiasi qualificazione normativa (ad esempio un potere, un obbligo, uno status) di un soggetto o di una classe di soggetti, in mancanza di altra norma espressa» porta a «escludere che valga (che esista, che sia valida) una diversa norma, la quale predichi quella stessa qualificazione normativa per qualsiasi altro soggetto o classe di soggetti» (TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 346). Espresso nel brocardo: *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*, esso si presenta come «una regola sulla produzione giuridica, e precisamente come una regola che esclude la produzione, mediante implicazione o analogia, di norme ulteriori rispetto a quelle già espresse» (TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 346).

aperta la possibilità di colmarla in modi diversi»²⁰. Così utilizzato in relazione all'art. 34, si giunge alla conclusione che il legislatore non ha preso posizione in ordine all'applicabilità dei principi costituzionali al processo degli enti, ed ha lasciato agli interpreti la possibilità di sostenere la tesi della loro applicabilità (ad esempio, affermando che l'illecito «amministrativo» è, in realtà, penale, e ad esso si applicano dunque i principi che la Costituzione riserva all'accertamento di questo tipo di illeciti²¹).

L'art. 34, dunque, non permette di pervenire ad alcuna soluzione.

Volendo comunque giungere alla conclusione che nel processo agli enti si debbano applicare i principi costituzionali sul processo penale si potrebbe tentare un'ultima via. Si potrebbe sostenere che, in fondo, nel decreto c'è un rinvio al codice Vassalli, il quale è evidentemente informato ai canoni costituzionali sul processo penale²². A questa tesi si potrebbe però obiettare che tra le poche disposizioni espressamente previste per l'accertamento della responsabilità degli enti ve ne sono alcune difficilmente conciliabili con i principi sul processo penale. Anzi, il disallineamento è tanto significativo da giustificare il sospetto che il legislatore non intendesse affatto adottare, *tout court*, lo statuto della giurisdizione penale.

Per esempio, l'art. 58 ha attribuito al pubblico ministero il potere di disporre l'archiviazione, senza alcun coinvolgimento nella procedura dell'organo giurisdizionale, in piena sintonia con il sistema previsto per le violazioni amministrative²³. Se si accede all'interpretazione secondo la quale la tutela del principio di obbligatorietà impone indefettibilmente un controllo giurisdizionale²⁴ e alla tesi della natura penalistica della responsabilità degli enti «questa singolare deviazione dalla procedura ordinaria si espone [...] a fondati dubbi di legittimità costituzionale in rapporto all'art. 112 Cost.»²⁵.

²⁰ GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., 365.

²¹ Affermazione che, come si è visto, non convince.

²² L'art. 2, comma 1, l. 16 febbraio 1987, n. 81 (Delega legislativa al governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale), espressamente ha previsto che «il codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle Convenzioni internazionali ratificate dall'Italia». Ma anche in assenza di questa disposizione sarebbe stato davvero difficile sostenere che non si sarebbero dovuti applicare i principi costituzionali sul processo penale al processo penale.

²³ Segnatamente l'art. 18, comma 2, l. 24 novembre 1981, n. 689.

²⁴ Tesi, come noto, non pacifica. Sulla questione, v. CAIANIELLO, voce *Archiviazione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir. Amm.*, Vol. II, Tomo 1, Milano, 2008, 60; DINACCI, *Il controllo giurisdizionale sulla decisione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale*, in *Cass. pen.*, 1991, II, 582; VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1994.

²⁵ FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento, in Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Gar, Padova, 2002, 225. BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in *Responsabilità degli*

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

Anche l'art. 6 sembra essere poco compatibile con i principi costituzionali. La disposizione prevede che nei casi in cui il reato presupposto sia commesso da soggetti in posizione apicale, «l'ente non risponde se prova» una serie di fatti²⁶. Che questa configurazione dei «fatti impeditivi» «la cui prova grava interamente sulla difesa che, per schivare una condanna, deve documentare l'adozione di un efficace modello preventivo», si ponga in tensione con la presunzione di non colpevolezza, è stato osservato sin dai primi commenti del decreto²⁷.

Non sembra dunque possibile sostenere che il silenzio legislativo sull'applicabilità al processo degli enti dei principi costituzionali sia comunque eloquente, trasparendo dalle disposizioni effettivamente previste la volontà del legislatore di adeguarsi ai canoni sul giusto processo²⁸. Anzi.

enti, cit., p. 300.

²⁶ Segnatamente, che l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione e non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo a cui è stato affidato tale compito.

²⁷ FERRUA, *Il processo*, cit., 231 (dal quale è tratta la citazione); così anche DINACCI, *La dimensione probatoria*, cit., 10; MAZZA, *art. 66*, cit., 729; TAVASSI, *L'onere della prova nel processo penale*, Padova, 2020, 252.

²⁸ I giuristi inclini a qualificare come penale la responsabilità dell'ente hanno invocato l'intervento del Giudice delle leggi o hanno avanzato argomenti per ricavare da queste disposizioni non in linea con i principi costituzionali delle norme conformi alla costituzione.

In relazione all'art. 6, per esempio, mediante una mirata selezione del testo normativo e alla clausola di rinvio prevista dall'art. 34, è stato osservato che «non è l'art. 6 d.lgs. n. 231/2001 a fungere da criterio interpretativo degli artt. 530 e 533 c.p.p. È l'esatto contrario. Sono gli artt. 530 e 533 c.p.p. a fornire la chiave di lettura per intendere correttamente il contenuto e la funzione dell'art. 6 d.lgs. n. 231/2001 nello specifico contesto decisorio. Quest'ultima disposizione andrebbe quindi interpretata sia alla luce della regola di giudizio che consente al giudice di condannare l'imputato solo se si è raggiunta la prova della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio (art. 533, 1° comma, c.p.p.), ma, allo stesso tempo, anche alla luce della regola di giudizio che obbliga il giudice ad assolvere l'imputato ogni volta in cui il quadro cognitivo si assesti al di sotto di quella soglia, cioè in presenza di un ragionevole dubbio»

Che siano applicabili al processo agli enti i principi costituzionali è, dunque, quanto meno dubbio. E se, ancor prima di iniziare a interpretare le disposizioni del decreto, non viene risolta questa questione, i processi agli enti che si svolgeranno nelle aule di giustizia verranno regolati dalla casualità, non dalla legge. A un giudice che riterrà irrinunciabili le garanzie del processo penale verrà posta la questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 44 per violazione degli artt. 3, 24 Cost., 6 e 7 CEDU e Trattato di Lisbona; la rigetterà, considerandola manifestamente infondata, «posto che in forza della parificazione dell'ente all'imputato prevista dall'art. 35 D.lvo 231/2001 e del principio costituzionale del diritto di difesa, comprensivo del diritto di non autoincriminazione (artt. 24 Cost. e 6 CEDU), un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata della norma, di cui si denuncia l'illegittimità, porta a ritenere che il rappresentante dell'ente, che non fosse tale al momento della commissione del reato, non debba essere esaminato come testimone, bensì nelle forme previste dall'art. 44, comma II, d.lgs., ovvero ai sensi dell'art. 210 c.p.p.»²⁹.

Un altro giudice, meno sensibile al diritto di difesa e alle sue declinazioni, dichiarerà inammissibile la richiesta di riesame avanzata per denunciare l'illegittimità del decreto di sequestro preventivo presentata dal legale rappre-

(PAULESU, *Responsabilità "penale" degli enti e regole di giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 843). Quanto all'incompatibilità a testimoniare del legale rappresentate che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del reato, si è osservato che «dal tenore della norma e dal carattere eccezionale delle cause di incompatibilità si dovrebbe a *contrario* ricavare la possibilità di sentire come teste il rappresentante che non rivestisse quel ruolo al momento della commissione del reato: ci si riferisce, ovviamente, al processo contro l'ente, dal quale derivano poi eventuali limiti alla testimonianza del rappresentante anche nel processo, riunito o separato, contro la persona fisica» (FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 705). Nondimeno «vi è da dubitare che questa sia la conclusione corretta. L'argomento a *contrario* è piuttosto debole; o meglio regge sul presupposto che l'incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale non discenda da altra norma o dai principi generali del sistema, come invece sembra accadere nella fattispecie. L'art. 35 parifica l'ente all'imputato; e poiché l'ente può partecipare al processo solo attraverso il suo rappresentante, è giocoforza estendere a quest'ultimo le stesse garanzie del soggetto rappresentato, a cominciare dalla facoltà di non rispondere; sarebbe una grave lesione 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» (FERRUA, *Diritti umani*, cit. 705).

Alla base di queste operazioni esegetiche vi è però un assunto che, come si è visto, non convince, ossia che nel processo agli enti si debbano adottare i medesimi principi che la costituzione prevede per il processo che può terminare con una sentenza che limita la libertà di un essere umano. Non pare casuale che tali percorsi ermeneutici siano respinti dagli interpreti che muovono da assunzioni diverse (v. ad es. FIDELBO, *La testimonianza: casi di incompatibilità*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di Lattanzi, Milano, 2010, 497 il quale, in relazione all'interpretazione sopra riportata dell'art. 44, parla di «lettura deformante»).

²⁹ Trib. Verbania, 6 giugno 2012, in *Dir. e Giust. online*.

sentante che non ha ancora depositato l'atto di costituzione dell'ente a norma dell'art. 39, adottando l'interpretazione delle Sezioni unite, le quali hanno ritenuto che il rappresentante legale indagato del reato presupposto non può provvedere, a causa di tale condizione di incompatibilità, alla nomina del difensore dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dall'art. 39³⁰.

Se non viene fornita una soluzione alla questione dell'applicabilità dei principi costituzionali al processo agli enti, il percorso di accertamento sarà una fiera della casualità affidata alle diverse sensibilità degli operatori. In poche evenienze il mancato scioglimento del nodo non creerà problemi - ad esempio, quando la chiarezza delle disposizioni appositamente previste dal decreto renderà irrilevante la questione dell'applicabilità dei principi costituzionali (nel momento in cui l'art. 55 del decreto prevede l'obbligo di immediata annotazione dell'illecito, non serve stabilire se l'art. 112 Cost. sia applicabile o meno). Ma in moltissime altre occasioni non sarà così.

La difficoltà nell'individuare un lineare percorso di accertamento è stata poi ulteriormente aggravata da un'altra scelta di politica legislativa: quella di porre al centro del processo agli enti l'art. 34, una disposizione che prevede una clausola di rinvio a un processo pensato per tutt'altro³¹.

3. *Un rinvio azzardato.* Il rinvio alla disciplina prevista dal codice Vassalli non è, per così dire, integrale, ma è espressamente limitato: le disposizioni del codice si applicano «in quanto compatibili». Con ogni probabilità, anche in assenza di questo espresso limite, nulla sarebbe cambiato³². Non è l'inserimento di queste tre parole a creare problemi, quanto piuttosto il giudizio di compatibilità che sarebbe stato necessario anche in assenza di questa specificazione.

³⁰ Cass., sez. un., 28 maggio 2015, n. 33041, in *Cass. pen.*, 2016, 51, con nota di VARRASO, *Il "compromesso" delle sezioni unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente "incolpato" nel procedimento*

³¹ Non verranno esaminate le singole disposizioni del decreto che, già di per sé, sarebbero ampiamente criticabili, quali l'art. 39, decisamente «ispirato ad eccessivo formalismo: l'ente è soggetto passivo necessario del procedimento [...]; è equiparato all'imputato al quale - come noto - non è richiesta alcuna formalità di costituzione, stante l'inutilità della stessa a incidere sulla qualità di soggetto passivo; condizionare la partecipazione ad una costituzione appare evocare schemi civilistici (l'ente come convenuto) o comunque propri delle parti private accessorie (responsabile civile, parte civile) quale evidentemente non è l'ente sottoposto a indagini» (CORSO, *La partecipazione dell'ente al procedimento penale ex d.lgs n. 231/2001*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, *Diritto processuale penale*, a cura di Corso e Peroni, Piacenza, 2010, 255; per delle condivisibili critiche sul punto v. anche CERESA GASTALDO, *Procedura penale*, cit., 72).

³² Nessuno avrebbe comunque avanzato la tesi dell'applicabilità all'ente dell'art. 386, comma 1, lett. g) c.p.p. il quale garantisce all'arrestato il diritto di accedere all'assistenza medica d'urgenza.

La tecnica del rinvio non è certa inedita, nemmeno nel recente diritto processuale. Era già stata effettuata, per citare qualche esempio, dal legislatore che aveva regolato il processo penale dei minorenni³³ e quello davanti al giudice di pace³⁴. Anche il legislatore del 1988 se ne era servito per disciplinare la modalità di esame dei periti e dei consulenti³⁵. E già in quelle occasioni questa tecnica aveva mostrato seri limiti, giustificando l'idea che, forse, non è in questo modo che si deve fare economia di disposizioni: non è sempre facile stabilire quando una prescrizione prevista per un essere umano in possesso di una determinata caratteristica a cui viene attribuito un rilievo giuridico (l'essere un maggiorenne accusato, l'essere un testimone) sia applicabile a un altro essere umano che ha un diverso tratto caratteristico giuridicamente rilevante (l'essere un accusato minorenne, l'essere un consulente tecnico); e infatti, a distanza di alcuni decenni, su moltissime questioni regna ancora l'incertezza (e, forse, regnerà ancora a lungo)³⁶. Non è difficile immaginare - e non lo era nemmeno nel 2001 - la confusione che avrebbe generato una disposizione la quale rimette agli interpreti il compito di decidere se una disposizione prevista per un essere umano possa essere applicata a ciò che di umano non ha nulla: moltissime disposizioni del codice di procedura penale presuppongono l'esistenza di una persona, la sua presenza fisica, la sua capacità di soffrire e di comunicare, la sua libertà, la sua famiglia, i suoi rapporti sociali, la sua salute³⁷. Naturalmente non sempre sussistono dei dubbi. In alcuni casi il «giudizio di compatibilità» è facile da formulare. Un paio di passaggi parrebbero essere sufficienti per giungere a una soluzione: prima si verifica che la disposizione del codice che si ipotizza possa essere applicata non sia in contrasto con una espressamente prevista dal decreto; in caso di risposta affermativa, si dovrebbe propendere per la tesi dell'inapplicabilità; in caso di risposta negativa si

³³ Art. 1, comma 1, d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448.

³⁴ Art. 2, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

³⁵ L'art. 501 c.p.p. prevede che per l'esame di queste persone «si osservano le disposizioni sull'esame dei testimoni, in quanto applicabili».

³⁶ Per esempio, in relazione all'esame dei periti e dei consulenti, non è chiaro se debba essere applicato il secondo comma dell'art. 497 c.p.p. in relazione all'impegno a dire la verità, o l'art. 149 disp. att. c.p.p., che concerne il divieto di essere informati su ciò che avviene nell'aula d'udienza prima d'essere esaminati, o il regime delle contestazioni. Chi - per alcuni o per tutti i quesiti - opta per una risposta affermativa, fa leva sulla clausola di rinvio contenuta nell'art. 501 c.p.p. Chi opta per la diversa soluzione pone in evidenza come il rinvio non sia indiscriminato, ma limitato dalla locuzione «in quanto applicabili»: secondo questa seconda linea di pensiero nelle tre fattispecie l'analogia tra una persona «che riferisce fatti» e quella che «svolge indagini» o «formula valutazioni» non reggerebbe.

³⁷ Mentre il legislatore non ha certamente trascurato il problema dell'assenza di una persona fisica quando ha elaborato la parte sostanziale della disciplina, che è anzi finalizzata a risolvere questo problema, quando s'è occupato della parte processuale ha del tutto sottovalutato la questione.

dovrebbe procedere, verificando che quella disposizione – prevista per un essere umano – possa essere applicata anche un ente (la doppia verifica naturalmente potrebbe procedere anche in senso inverso).

Adottando questo schema, per esempio, si può agevolmente sostenere che il pubblico ministero è tenuto a inviare all'ente l'avviso di conclusione delle indagini *ex art. 415-bis c.p.p.* (la disposizione non è in contrasto con alcuna disposizione del decreto, e la circostanza che il destinatario sia un ente, e non una persona, non pone problemi). Con la stessa sicurezza si può affermare che non è operativa la disciplina del giudizio direttissimo fondato sul presupposto della convalida dell'arresto in flagranza (nel decreto non ci sono disposizioni incompatibili, ma la convalida dell'arresto di un ente è un evento evidentemente fantasioso). Con altrettanta certezza, si può concludere che non si applica il primo comma dell'art. 408 c.p.p., il quale stabilisce che quando la notizia di reato è infondata il pubblico ministero presenta al giudice richiesta di archiviazione (la disposizione non è conciliabile con l'art. 58 del decreto).

Al netto della considerazione che un simile schema è piuttosto ingenuo (il codice è formato da disposizioni, ma a essere applicate sono le norme: non si tratta allora di stabilire se si applicano i singoli commi degli articoli del codice, ma le interpretazioni che ne vengono offerte, di regola innumerevoli³⁸), il giudizio di compatibilità non è quasi mai così semplice. Esclusi questi selezionati esempi, si profila un ginepraio dal quale ogni interprete se ne esce a suo modo³⁹.

Si pensi alla disciplina del codice sulla riapertura delle indagini. Al fine di evitare chiusure e riaperture strumentali delle indagini, finalizzate a eludere la disciplina dei termini, l'art. 414 c.p.p. prevede che dopo il provvedimento di archiviazione il giudice autorizzi la riapertura delle indagini su richiesta del pubblico ministero, motivata dall'esigenza di nuove investigazioni. Quale sia la disciplina nel procedimento agli enti non è facile dire⁴⁰. Nessuna disposizione del decreto regola la questione, ma sarebbe davvero difficile avanzare la tesi secondo cui la riapertura non sia possibile. Ammessa però tale possibilità, si aprono vari scenari: del tutto privi della guida del legislatore, a seconda delle preferenze dell'interprete, si potrà sostenere che il pubblico ministero che ha deciso l'archiviazione dovrà richiedere l'autorizzazione alla riapertura a un

³⁸ In via preliminare, dunque dovrà essere individuata la norma che si ipotizza possa essere applicata: già questa operazione può essere di estrema complessità. Già il punto di partenza, quindi, sarà spesso opinabile.

³⁹ Sul punto, v. DINACCI, *La dimensione probatoria*, cit., 6.

⁴⁰ Sul tema v. M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale*, cit. 182.

giudice delle indagini preliminari ignaro di quanto accaduto prima; oppure, proseguendo nella linea dell'affrancamento dai vincoli, si potrebbe ipotizzare che il potere di riaprire le indagini sia in capo a chi ne ha deciso la conclusione; ma è anche possibile creare una simmetria con l'art. 58, e coinvolgere il procuratore generale, al quale era stata comunicata l'emissione del decreto motivato di archiviazione. In questa eventualità si prospettano due varianti: quella più in linea con l'art. 58 - il pubblico ministero è tenuto a comunicare al procuratore la propria decisione di riaprire le indagini, e quella un po' più rigorosa, che impone al magistrato di attendere l'autorizzazione del procuratore generale. Si tratta di soluzioni, più o meno, plausibili. Hanno in comune una caratteristica: non hanno alcuna base legislativa. Sono pura creazione dell'interprete.

Un altro esempio su una questione apparentemente meno problematica. Secondo molti interpreti nel procedimento per l'accertamento degli illeciti amministrativi sarebbe ammissibile il «giudizio direttissimo nei confronti dell'ente, quando, per voce del proprio rappresentante, abbia confessato la commissione dell'illecito dipendente da reato»⁴¹. Questa lettura suggerisce dunque di equiparare alla confessione della persona fisica quella dell'ente. Naturalmente l'ente non ha corde vocali, né lingua, ed è necessario ipotizzare che la bocca dalla quale proviene la confessione sia quella del legale rappresentante. Finché si resta sul piano della enunciazione teorica la soluzione non sembra irragionevole. I problemi iniziano però a profilarsi non appena ci si cala in una qualunque aula di giustizia. Innanzitutto, non è così facile stabilire a quale legale rappresentante ci si riferisca. A quello che rivestiva tale qualifica al momento della commissione dell'illecito amministrativo o a quello che è tale al momento del processo? Oppure solo la persona fisica che riveste la funzione in entrambi i momenti è legittimata a rendere confessione? Forse, però, prima di pensare a una risposta, è necessario venire a capo di un'altra questione: *cosa* dovrebbe confessare il legale rappresentante (chiunque esso sia)? Nel caso degli accusati dei quali si è occupata la giustizia penale per millenni, la risposta è stata, con buona approssimazione, facile: del fatto da *egli stesso* commesso. Per simmetria, verrebbe da dire che il legale rappresentante dovrebbe «confessare» la commissione dell'illecito «amministrativo». Ma a parte la considerazione che a distanza di vent'anni non è ancora chiaro cosa

⁴¹ CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 211; TIRELLI, *I procedimenti speciali*, in, *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2001, 346.

quest'ultimo sia (mentre - al solito - è molto facile dire cosa non sia⁴²), il problema è che non si può confessare ciò che non si ha commesso⁴³. Non si può confessare qualcosa realizzato da altri. Ed è sicuro che il legale rappresentante, chiunque esso sia, non ha commesso l'illecito dell'ente. È noto che «l'esigenza di una tutela differenziata e più rapida della giustizia, spogliata delle formalità ordinarie inessenziali *a fronte di particolari situazioni probatorie*, è immanente in tutta la storia dell'esperienza giuridica, dal diritto romano ai giorni nostri»⁴⁴. Per questo convalida dell'arresto e confessione sono state assimilate, anche dal legislatore odierno. Così non è, né potrebbe essere, per la «confessione del legale rappresentante», che con la confessione dell'accusato ha in comune la contrarietà all'interesse di chi la rende, non l'oggetto. Come non esistono «consensi successivi»⁴⁵ e «rieducazioni degli imputati»⁴⁶, così non esistono «confessioni degli enti» o «confessioni di illeciti amministrativi rese dai legali rappresentanti». Si tratta di espressioni con le quali si designano pseudoconcetti che - apparentemente - possono essere utilizzati solo in virtù dell'astrattezza dei discorsi giuridici. Sono oggetto di discussione, sono utilizzati nelle argomentazioni dei giuristi, solo per l'inafferrabilità di ciò che con essi si vorrebbe designare.

⁴² Con le parole di Corte cost., n. 218 del 2014, con nota di CERESA GASTALDO, *La pretesa emarginazione del danneggiato nel processo penale alle società*; Corte cost., n. 218 del 2014, (corsivo aggiunto), «illecito ascrivibile all'ente costituisce] una fattispecie complessa e *non* si identifica] con il reato commesso dalla persona fisica».

⁴³ Certo è che la dichiarazione dovrebbe vertere su tutti gli elementi costitutivi dell'illecito. Dovrebbe affermare che manca un modello organizzativo, oppure che c'è, ma è inadeguato, che è stato commesso uno dei reati presupposto da un soggetto in posizione apicale e, in questo caso, che non sussistono i c.d. «fatti impeditivi» indicati nell'art. 6, oppure che il reato è stato commesso da soggetti sottoposti all'altrui direzione.

⁴⁴ GAITO, *Il giudizio direttissimo*, Milano, 1980, 29 (il corsivo è aggiunto).

⁴⁵ È possibile parlare «consenso» quando la manifestazione di volontà è espressa prima del compimento di un'attività, non dopo. Non si può acconsentire a quanto è già accaduto. Lo si potrà «approvare», «avallare», o si potrà «prestare acquiescenza». «Ratifica» o «convalida» guardano, per così dire, al passato, presupponendo un'attività già svolta. «Consenso», al pari di «autorizzazione», no. È rivolto al futuro, e chi ne parla assume che ci sia un'attività da compiere. Sia consentito il rinvio a PASTA, *Costi e benefici della proliferazione dei riti alternativi. il procedimento per decreto*, in *Cass. pen.*, 2021, 2618.

⁴⁶ Da anni per giustificare l'introduzione della sospensione del procedimento con messa alla prova si usano espressioni come «istituto che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata», «risocializzazione dell'accusato». Ma i termini «rieducazione», «risocializzazione» non possono essere avvicinati a qualunque altro termine. La parola «rieducato» presuppone che il soggetto al quale viene riferito sia «colpevole». Altrimenti non ha senso. Una persona che non ha commesso alcun reato non può - nemmeno se lo chiede - essere «rieducata». Dunque, non si può qualificare come «procedimento rieducativo» un rito che non presuppone un accertamento della colpevolezza. Sul tema ci si permette di rinviare a PASTA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e "rieducazione degli imputati": commiato dalla semantica e dalla logica dualista del processo*, in *Cass. pen.*, 2019, 2238.

Con ciò, però, non si vuole segnalare tanto che la disciplina del giudizio direttissimo non sembra essere applicabile al processo agli enti nemmeno nel caso della confessione, ma che la questione della compatibilità con il codice di rito è spesso più problematica di quanto sembri, e che tanti dubbi, tante incertezze, non sono ancora emersi solo per via della modesta applicazione del decreto 231/2001. Nel caso le cose cambiassero, ci si dovrà chiedere, per esempio, se la facoltà di non rispondere riconosciuta dall'art. 199 c.p.p. ai prossimi congiunti dell'imputato debba essere assicurata anche ai prossimi congiunti del legale rappresentante (e, in caso di risposta affermativa, si dovrà stabilire a quale legale rappresentante), o se cause di astensione e di ricsuzione previste in ragione dei rapporti tra giudice e parti private debbano valere anche quanto il rapporto è con il legale rappresentante (e, eventualmente, con quale). Molte disposizioni del codice (es. il primo comma dell'art. 62 c.p.p.) ed altrettante norme⁴⁷ che si riferiscono all'indagato/imputato pongono questo problema, che nasce dalla circostanza che in un caso colui il quale avrebbe - secondo l'accusa - compiuto l'illecito coincide esattamente con la persona fisica che è stata sottoposta a processo, mentre nell'altro caso la sovrapposizione non c'è - e non potrebbe esserci - mai.

In molti casi il «giudizio di compatibilità» richiede di stabilire in quali casi, dove è scritto nel codice «imputato», si deve leggere «ente», oppure «legale rappresentante dell'ente», oppure «legale rappresentante costituito dell'ente» (o dove è scritto «reato», «illecito amministrativo»). È un'operazione spesso difficile e, quasi sempre, opinabile. Decidere fino a che punto è possibile torcere le disposizioni del codice Vassalli per adattarle al processo agli enti, fino a quale punto l'interprete può spingersi per manipolare il dato legislativo non è facile. E anche se lo fosse, ci sarebbe comunque qualche interprete pronto a contestare la conclusione, per l'ovvia ragione che il legislatore nulla ha detto e gli interpreti hanno ideologie diverse. Oralità, *diversion*, prevenzione generale, contraddittorio nella formazione della prova, funzione cognitiva, potere d'indagine, deflazione, imparzialità sono termini che non esercitano il medesimo fascino nei confronti dei vari interpreti.

Emblematica è la questione dell'applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova, istituito introdotto nel codice Vassalli nel 2014. Alcune disposizioni che regolano il recente istituto non sembravano davvero

⁴⁷ Es. quella secondo cui la disciplina prevista in tema di testimonianza indiretta dall'art. 195 c.p.p. non troverebbe applicazione quando la fonte di riferimento sia costituita da un soggetto che rivesta la qualità di imputato nel medesimo procedimento o in procedimento connesso (Cass., Sez. II, 11 maggio 2017, in *Mass. UII*, n. 271165).

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

Eppure, non sono mancati autori, né giudici⁴⁸, che hanno ritenuto l'istituto applicabile anche nel processo agli enti. Da una parte, è stato richiamato «il *passpartout* di cui agli artt. 34 e 35, [il quale] può garantire l'agevole trasferimento della messa alla prova anche nella giurisdizione *de societate*»⁴⁹; dall'altra - come spesso accade quando si ha qualche difficoltà con il dato testuale delle disposizioni - è stata fatta leva sui principi: «l'istituto deflativo-premiale palesa infatti una spiccata affinità con le svariate occasioni di ravvedimento che si ripetono lungo tutto l'arco processuale di cui la persona giuridica è protagonista; affinità, questa, destinata a emergere ancor più chiaramente se si considera che il decreto già contempla situazioni che comportano, al pari del *probation*, una momentanea paralisi del rito funzionale al perfezionamento di condotte di operosa resipiscenza (artt. 49 e 65)»⁵⁰.

La disciplina che regola il nuovo istituto sembra presupporre l'esistenza di una persona fisica. Eppure, apparentemente senza troppe difficoltà, alcuni interpreti hanno superato il problema evocando i principi generali e la comune filosofia rieducativa che valorizzerebbe il ravvedimento come presupposto alla base della messa alla prova e del processo agli enti. Altri giuristi⁵¹ e altri

⁴⁸ Trib. Modena, 11 dicembre 2019, in *Cass. pen.*, 2021, 2540, con nota di BARTOLI, *Verso una non punibilità d'organizzazione? Note a margine di un caso modenese*; Trib. Modena, 15 dicembre 2020, in *Giur. pen. web*, 2021, 2.

⁴⁹ GARUTI, TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale di Modena ha ammesso la persona giuridica al probation*, in www.giurisprudenzapenale.it.

⁵⁰ GARUTI, TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione*, cit., 4; CENTORAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto al probation dell'imputato persona giuridica*, in Lupària, Marafioti, Paolozzi, *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Giappichelli, Torino, 2018, 199; RICCARDI, CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵¹ BARTOLI, *Verso una non punibilità d'organizzazione?*, cit., 2541.

giudici⁵², poco convinti da questi argomenti, hanno negato ogni spazio di operatività alla messa alla prova nel processo *ex d.lgs. 231/2001*.

Siccome gli interpreti hanno ideologie diverse, che li portano a prediligere conclusioni differenti, con l'art. 34 del decreto si è dato vita a un meccanismo che genera incessantemente contrasti⁵³. In assenza di espresse disposizioni che escludono l'applicabilità di determinate prescrizioni, ci sarà sempre qualche operatore pronto a sostenere che, tutto sommato, un giudizio di compatibilità è possibile, mentre altri negheranno recisamente questa possibilità. Ciò vale non solo per ogni istituto che nel codice Vassalli viene introdotto⁵⁴, oppure rimosso⁵⁵, ma per pressoché ogni istituto. Al riguardo, la questione della costi-

⁵² Trib. Milano, Sez. XI, ord. 27 marzo 2017, in *www.penalecontemporaneo.it*; Trib. Bologna, Sez. Gip, ord. 10 dicembre 2020, in *www.giurisprudenzapenale.it*; Trib. Spoleto, ord., 21 aprile 2021, *ivi*.

⁵³ Una diversa questione, sulla quale gli interpreti non si possono che dividere, concerne i possibili effetti sulla responsabilità dell'ente di una sentenza di proscioglimento per essere il reato presupposto estinto per il buon esito della messa alla prova.

⁵⁴ Si pensi al d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28 che ha introdotto l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: da una parte è stato necessario chiedersi se l'estinzione del reato presupposto ex art. 131 bis c.p. comportasse conseguenze per la responsabilità dell'ente e, dall'altra, interrogarsi sulla possibilità di considerare operativa la nuova causa di non punibilità anche in relazione all'illecito dell'ente. La giurisprudenza nega in entrambi i casi un rilievo al nuovo istituto (Cass., Sez. III, 10 luglio 2019, n. 1420, in *questa Rivista*, n. 1, 2020, con nota di D'ALTILIA, *L'inapplicabilità all'ente della particolare tenuità del fatto riconosciuta in caso all'autore (persona fisica) del reato*; in *Cass. pen.*, 3359, con nota di SANTORIELLO, *Niente particolare tenuità nel processo contro gli enti collettivi*; Cass., Sez. III, 23 gennaio 2019, n. 11518, in *questa Rivista*, 2020, n.1, con nota di GIACCHI, *Gli argomenti della Cassazione sull'inapplicabilità della particolare tenuità del fatto all'ente*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 280, con nota di MOSSA VERRE, *Le cause di esclusione della punibilità nel sistema della responsabilità degli enti: il caso della particolare tenuità del fatto*; Cass., Sez. III, 17 novembre 2017, n. 9072, in *Giur. it.*, 2018, 1999, con nota di LARIZZA, *Particolare tenuità del fatto e responsabilità degli enti da reato*; in *Cass. pen.*, 2018, 2807, con nota di MARINELLI, *Il processo all'ente in esito al proscioglimento dell'imputato per particolare tenuità del fatto e autonomia della responsabilità dell'ente: un percorso accidentato tra incoerenze sistematiche ed effetti del giudicato*; in *Proc. pen. Giust.*, 2018, 761, con nota di BERNASCONI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e autonomia della responsabilità dell'ente*). Più articolato il quadro della dottrina, larga parte della quale è incline a riconoscere un rilievo al nuovo istituto sotto entrambi i profili. Per approfondimenti, oltre agli autori già citati, v. CORSO, *Responsabilità dell'ente da reato non punibile per particolare tenuità del fatto*, in *Quotid. Ipo*, 24 marzo 2015.

⁵⁵ La l. n. 67 del 2014 ha abrogato la contumacia nel processo penale, senza nulla disporre in ordine all'art. 41 del decreto che regola il processo degli enti, il quale continua a prevedere che «l'ente che non si costituisce nel processo è dichiarato contumace». Per taluni autori però l'art. 41 sarebbe stato tacitamente abrogato (GARUTI, *Processo agli enti*, in *Dig. Pen.*, V Agg., 2014, Torino, 585; MARCOLINI, *I presupposti del giudizio in assenza*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di Vigoni, Torino, 2014, 163); non così per altri: la disciplina della contumacia dell'ente si differenzerebbe infatti da quella dell'imputato persona fisica, con la conseguenza che non potrebbe ipotizzarsi un fenomeno di abrogazione tacita dell'art. 41 d.lgs. 231/2001, potendosi, invece, individuare un ambito di parziale compatibilità con il novellato testo dell'art. 420 *bis* c.p.p. (DI GERONIMO, *La riforma del processo penale in absen-*

tuzione di parte civile nei confronti dell'ente è, forse, quella che più di ogni altra rivela come nel decreto sia possibile rinvenire ciò che si vuole a sostegno della tesi preferita.

Punto comune, pacifico e indiscutibile, è che nel decreto nulla si dice sull'ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente.

Secondo alcuni il silenzio sarebbe dovuto alla volontà di far operare la clausola contenuta nell'art. 34: «era inutile appesantire la disciplina di legislazione speciale con la menzione delle statuizioni concernenti le conseguenze civili da reato, che avrebbero comunque trovato applicazione in forza dell'importante norma generale contenuta nell'art. 34»⁵⁶. Altri sostengono invece che nel silenzio del decreto va vista «una scelta consapevole del legislatore», contrario alla costituzione di parte civile⁵⁷: «alcuni indizi testuali lasciano comprendere che il silenzio del legislatore sul punto non sia affatto casuale: l'art. 27, per un verso, limita la responsabilità patrimoniale dell'ente all'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria, senza fare alcuna menzione alle obbligazioni civili; mentre per altro verso, l'art. 54, disciplinando il sequestro conservativo dei beni della società, si differenzia significativamente dall'art. 316 c.p.p. proprio perché non prevede l'iniziativa della parte civile nella richiesta della misura né la tutela delle obbligazioni civili derivanti dal reato quale presupposto per la sua applicazione»⁵⁸. Senza troppe difficoltà i fautori della tesi opposta affermano che in questi casi l'argomento *a contrario* non deve essere usato come produttivo di una norma implicita negativa, ma come argomento meramente interpretativo: l'argomento non colma una lacuna, ma la pone in rilievo, e lascia all'interprete il compito di colmarla mediante l'art. 34, che rinvia alle disposizioni del codice, le quali ammettono la costituzione⁵⁹ (del resto, pressoché tutti i processual penalisti che negano la possibilità di costituzione nei confronti dell'ente, nell'interpretare altre disposizioni del decreto, evitano di servirsi dell'argomento *a contrario* come produttivo di una norma implicita negativa. Si pensi non solo al già visto art. 44, comma 1, lett. b) in tema di in-

tia e le possibili ripercussioni sulla disciplina della contumacia dell'ente, in *Resp. Ammin. Soc. e degli enti*, 2014, n. 4, 27).

⁵⁶ GROSSO, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1341; ZANCHETTI, *La tutela degli interessi fondamentali milita a favore dell'ammissibilità della costituzione di parte*, in *Guid. dir.*, 2008, f. 25, 87.

⁵⁷ È la tesi di Cass., Sez. VI, 5 ottobre 2010, Fenu, in *Cass. pen.*, 2011, 2539 con nota di VARRASO, *L'«ostinato silenzio» del d.lgs. n. 231 del 2001 sulla costituzione di parte civile nei confronti dell'ente ha un suo «perché»*.

⁵⁸ CERESA GASTALDO, *Procedura penale*, cit., 106.

⁵⁹ GROSSO, *Sulla costituzione*, cit., 1341.

compatibilità a testimoniare del legale rappresentante, ma anche all'art. 59 comma 1, relativo all'esercizio dell'azione penale: la prescrizione stabilisce che la contestazione dell'illecito debba avvenire mediante «uno degli atti indicati dall'articolo 405, comma 1 c.p.p.», eppure gli interpreti sono concordi nel sostenere che nei casi in cui per il reato presupposto si debba procedere con citazione diretta, anche nel caso dell'illecito amministrativo si deve seguire la stessa via⁶⁰, preclusa qualora si adottasse una lettura *a contrario* dell'art. 59 comma 1).

Chi propende per l'ammissibilità della costituzione di parte civile pone l'attenzione sugli artt. 12, comma 1, lett. a) e 17, lett. a) del decreto, i quali «fanno rispettivamente riferimento a determinati effetti, al danno di speciale tenuità ed al risarcimento dello stesso»⁶¹. Dal versante opposto si rileva che «il danno cui si riferiscono è quello derivante dal reato e non quello determinato dall'illecito amministrativo»⁶² e che, anche se il riferimento fosse all'illecito amministrativo, sarebbe «circostanza del tutto neutra rispetto al problema dell'ammissibilità della costituzione di parte civile, come dimostrato dalla disciplina del processo penale a carico di imputati minorenni, in cui è prevista la possibilità di adottare prescrizioni volte a riparare le conseguenze del reato (art. 28) e nello stesso tempo è esclusa l'ammissibilità dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale (art. 10)»⁶³. Ma proprio dalla disciplina del processo ai minorenni i fautori della tesi dell'ammissibilità della costituzione di parte civile traggono un argomento a favore della propria interpretazione: quando il legislatore ha inteso escludere la costituzione, lo ha fatto espressamente, come appunto nel processo ai minorenni; nel processo agli enti non l'ha fatto, dunque opera la clausola enunciata nell'art. 34⁶⁴.

In questa sede naturalmente non importa stabilire quale tesi sia più fondata. Si vuole solo segnalare che tanto in un caso, quanto nell'altro, la scelta della

⁶⁰ BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, in *Enc. dir. Ann.*, II-2, Milano, 2008, 1000; CERESA GASTALDO, *Procedura penale*, cit., 183; DELL'ANNO, *sub art. 59*, in Presutti, Bernasconi, Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 510; FIORELLI, *La vocatio in iudicium dell'ente, tra istanze di semplificazione probatoria e forme di responsabilità "senza fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1264; GARUTI, *Contestazione dell'illecito amministrativo e udienza preliminare*, in *Resp. ammin. soc. ed enti*, 2006, n. 3, 8.

⁶¹ GROSSO, *Sulla costituzione*, cit., 1342.

⁶² Cass., Sez. VI, 5 ottobre 2010, Fenu, cit.

⁶³ Cass., Sez. VI, 5 ottobre 2010, Fenu, cit.

⁶⁴ Trib. Trani, sez. unica pen., ord. 7 maggio 2019, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di ANGIOLINI, *Costituzione di parte civile nei confronti dell'ente incolpato dell'illecito da reato: ammissibile secondo il Tribunale di Trani nel processo penale relativo al disastro ferroviario sulla linea Andria-Corato*.

via da seguire è dell'interprete, lasciato solo da un legislatore del tutto inconsapevole del proprio ruolo. In questo, come in moltissimi altri casi, le regole del processo agli enti non sono il frutto di una scelta legislativa, ma delle interpretazioni che gli operatori giuridici effettuano. O meglio, sono il frutto di una volontà legislativa di delegare alla giurisprudenza il compito di elaborare le regole di accertamento della responsabilità degli enti.

Come s'è visto, non è noto se al c.d. processo agli enti debbano essere applicati i principi costituzionali sul processo penale. Certamente il legislatore non ha applicato il principio di legalità enunciato nel primo comma dell'art. 111 Cost.

4. Una delega non esercitata. Resa. Un paio d'anni prima dall'entrata in vigore del d.lgs 231/2001 un noto giurista aveva osservato come il diritto penale manifestasse «la propria rilevanza, come fenomeno giuridico, col processo e nel processo in cui si realizza l'accertamento del reato, la determinazione della responsabilità, e l'applicazione (o la non applicazione) delle conseguenze sanzionatorie. Questa peculiarità contrappone in termini radicali il diritto penale a qualsiasi altra branca dell'ordinamento: il diritto civile o commerciale, il diritto amministrativo o costituzionale, il diritto sindacale e del lavoro “vivono” anche, e soprattutto, in una dimensione extraprocessuale; il diritto penale, fuori del processo, è viceversa “invisibile”»⁶⁵.

Se le cose stanno in questi termini, il diritto previsto dal decreto 231/2001 è ben distante dall'ambito penale. Vive nei convegni e nelle riviste, nei consigli di amministrazione delle società di grandi dimensioni e nelle università. Non altrove. Non nelle aule di giustizia, non nei processi penali che si celebrano quotidianamente. Sebbene l'adozione di un modello di organizzazione e di gestione sia «una scelta discrezionale e la non adozione non è di per sé fonte di responsabilità “da reato” della persona giuridica»⁶⁶, quando viene contestato un illecito penale appartenente al catalogo dei reati presupposto, l'incolpazione dell'ente per l'illecito amministrativo dovrebbe essere doverosa. Eppure, non avviene mai, o quasi. L'illecito è contestato in una modesta percentuale dei casi in cui sarebbe stato possibile dalle procure notoriamente all'avanguardia nella repressione della criminalità economica⁶⁷; dalle altre, quasi mai, o mai.

⁶⁵ PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 527-528.

⁶⁶ CORSO, *Sistema 231: problemi irrisolti, con nuovi problemi. Ancora dopo 20 anni!*, in www.quotidianogiuridico.it.

⁶⁷ CERESA GASTALDO, *Procedura penale*, cit., 170-171.

Le ragioni di questo atteggiamento della magistratura sono probabilmente varie. Forse è la stessa configurazione del sistema 231/2001 a non essere di facile metabolizzazione. Nel processo penale l'imputato del quale si chiede la condanna è la persona che si ritiene essere responsabile dell'illecito; a torto o a ragione, l'ente del quale si dovrebbe chiedere la condanna non viene percepito come il reale responsabile dell'illecito, la cui stessa struttura, del resto, non è ancora chiara⁶⁸. È stata superata dal legislatore nel 2001, non dai magistrati che hanno operato nel ventennio successivo, la «pregiudiziale ideologica - *rectius*, una pregiudiziale che non è esagerato definire di natura quasi-teologica - volta ad escludere per sé la possibilità di imputare un reato (direttamente o indirettamente, ma soprattutto direttamente) alla persona giuridica. Tale esclusione deriverebbe necessariamente dalla *Natur der Sache*, ovvero dalla 'incapacità naturale', ontologicamente radicata, della persona giuridica, in quanto non-uomo, ad essere attinta dall'*ethos* che impregna il rimprovero penale»⁶⁹. E dove è mancata questa opinione, è comparso «il convincimento, diffuso in diverse Procure della Repubblica, che, rispetto a realtà aziendali piccole o medie, il procedimento contro l'imprenditore/datore di lavoro sia sufficiente a soddisfare istanze preventive e repressive (mentre il ricorso anche alle sanzioni verso l'ente finirebbe per dar vita, sostanzialmente, a un bis in idem)»⁷⁰.

Una ragione meno ideologica va forse ricercata nell'assenza di una disciplina legislativa che regola il processo. La scelta del legislatore è stata quella di rimettere al singolo operatore il compito di stabilire se e quali disposizioni del codice Vassalli dovessero essere applicate, se e quali principi costituzionali ritenere operativi. Gli operatori hanno risposto in modo analogo: con l'inertza. Il legislatore ha rinunciato al proprio compito di emanare disposizioni, gli operatori giuridici a quello di elaborare norme. A distanza di vent'anni, le pronunce della Corte di cassazione sulle disposizioni del decreto 231/2011 sono pochissime, quasi tutte relative alle misure cautelari. Proba-

⁶⁸ Osserva CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 945 che «l'esperienza maturata nell'applicazione del d.lgs.vo n. 231 del 2001 non fornisce sicure indicazioni sulle regole operative utilizzate dai giudici nell'imputazione della responsabilità alle persone giuridiche. [...] la (ancora modesta) giurisprudenza si è formata prevalentemente su procedimenti cautelari reali: non sono dunque stati oggetto di particolare affinamento concettuale, tra gli altri, i cardini della colpa di organizzazione, la prova dell'adeguatezza del modello organizzativo, i requisiti necessari della *compliance* aziendale e i presupposti di "idoneità" dell'organismo di vigilanza».

⁶⁹ La citazione è tratta da PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1516.

⁷⁰ CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 967.

bilmente sono state formulate più massime sull'arresto in flagranza che non sull'intera disciplina processuale di un decreto del tutto nuovo. Il tema della costituzione di parte civile nel processo agli enti, trattato con spasmodica frequenza nei convegni e oggetto di un profluvio di articoli, è stato oggetto di una massima del giudice nomofilattico (che non ha convinto i giudici di merito⁷¹).

Né la Corte costituzionale ha fornito un contributo maggiore: il testo legislativo offrirebbe ai giudici la possibilità di porre al Giudice delle leggi una serie innumerevole di questioni⁷²; eppure di magistrati inclini a indossare la veste di rimettenti non se ne trovano. Il numero di pronunce della Corte sul decreto n. 231/2001, appena più di un paio⁷³, testimonia la molto esangue vitalità di un testo legislativo celebrato nelle biblioteche e negli studi legali, negletto nei tribunali.

L'opinabilità delle conclusioni a cui questa manciata di disposizioni permette di giungere e la ritrosia nell'applicazione della disciplina hanno fatto sì che la delega che il legislatore aveva conferito alla magistratura di elaborare un sistema di regole di accertamento non sia stata, di fatto, esercitata: il processo agli enti non esiste né nelle disposizioni legislative, né nelle norme elaborate dalla giurisprudenza. Il circolo si è poi autoalimentato: privi della guida del legislatore, sprovvisti delle indicazioni giurisprudenziali, i magistrati inquirenti sono restati immoti.

Dopo quasi un quarto di secolo il legislatore non sembra essersi reso conto del problema. Anziché rivedere radicalmente la disciplina processuale prevista dal d.lgs 231/2001, ha incessantemente esteso il catalogo dei reati presupposto. Essendosi forse avveduto della mancata applicazione del decreto, ha deciso di porvi rimedio ampliandone l'ambito di applicazione. Così facendo, però, non ha fatto altro che aumentare il tasso di ineffettività⁷⁴: anziché assicu-

⁷¹ Trib. Lecce, sez. II, 29 gennaio 2021, in *Giur. pen. web*, 15 febbraio 2021; Trib. Trani, sez. unica pen., ord. 7 maggio 2019, cit.; Corte Ass. Taranto, ord. 4 ottobre 2016, in *Giur. pen. web*, 2017, 4, con nota di RICCARDI, "Sussulti" giurisprudenziali in tema di costituzione di parte civile nel processo de societate: il caso Iva riscopre un leitmotiv del processo 231.

⁷² V. § 2.

⁷³ Le pronunce, tutte di inammissibilità, sono Corte cost., n. 218 del 2014; Corte cost., 18 luglio 2014, n. 218, con nota di MARANDOLA, *Sulla validità costituzionale del regime delle notificazioni all'ente effettuate al rappresentante legale imputato del medesimo reato* in *Giur. cost.* 2011, 3196; Corte cost., n. 249 del 2011.

⁷⁴ Meno amare le conclusioni di DINACCI, *La dimensione probatoria*, cit., 30, secondo il quale «il sistema delineato dal D.lvo n. 231/01 si caratterizza per forti criticità in ordine al metodo probatorio disciplinato per pervenire ad un'affermazione di responsabilità. Ma a ben vedere non è questo il fine ultimo del sistema. Questo, infatti, appare orientato alla prevenzione e neutralizzazione dei rischi; nel senso che al legislatore pare stia più a cuore, piuttosto che pervenire ad un legittimo accertamento, "condurre"

rarsi che la responsabilità degli enti venisse accertata nei casi in cui sussisteva, curando la fase applicativa mediante una radicale revisione della disciplina processuale, ha preferito aumentare esponenzialmente la c.d. cifra nera. L'inserimento tra i reati presupposto dei delitti tributari⁷⁵ è solo l'ultimo passaggio di questo infelice modo d'intendere il diritto e la giustizia, anni luce distante dalla visione pragmatica che servirebbe.

Analoga frenesia legislativa s'è riversata sul codice Vassalli, semestralmente interpolato. Se solo fosse esistito un processo agli enti, a causa della clausola di rinvio contenuta nell'art. 34 e delle migliaia di questioni che il giudizio di compatibilità avrebbe posto, sarebbe deflagrato.

Non sembra allora insensato chiedersi se sia possibile immaginare una nuova disciplina legislativa in grado di guidare gli operatori giuridici nell'accertamento della responsabilità degli enti con un ragionevole grado di certezza. O forse, prima ancora, ci si dovrebbe interrogare sull'opportunità di avere – se mai fosse possibile – un simile sistema. Considerando la complessità dei processi di accertamento della responsabilità amministrativa ex 231/2001, lo sterminato novero di enti suscettibili di essere incolpati, l'ormai estesissimo catalogo dei reati presupposto e, soprattutto, la disastrosa situazione della giustizia penale, che si vorrebbe risolvere con cicliche iniezioni di istituti deflattivi – concausa, non rimedio, al problema⁷⁶ – è ragionevole credere che un passo in quella direzione non porterebbe nulla di buono. Forse, prima di pensare a un processo agli enti, alla responsabilità degli enti, sarebbe stato necessario interrogarsi sulla realtà che stava loro attorno, alla situazione della società italiana e della sua giustizia. Forse, sarebbe stato prima necessario risolvere i consueti, colossali problemi del diritto e del processo penale.

l'ente verso un percorso virtuoso e riparatorio». Movendo da una condivisibile premessa, l'autore pare essere sin troppo ottimista. A essere censurabile non sono solo le regole probatorie, ma l'intera disciplina processuale. I processi agli enti non solo non si concludono, ma nemmeno iniziano. Non solo non si ha accertamento, ma nemmeno prevenzione e ravvedimento. Quando è noto che il diritto non viene applicato, il diritto svanisce.

⁷⁵ D.L. 26 ottobre 2019, convertito con modifiche in L. 19 dicembre 2019, n. 157.

⁷⁶ Ci si permette di rinviare a PASTA, *Costi e benefici della proliferazione dei riti alternativi. il procedimento per decreto*, in *Cass. pen.*, 2021, 2616.

