

peraltro, facendo proprio l'insegnamento delle Sezioni Unite La Sportiva che "hanno concluso nel senso che, ove l'ordinanza di ammissione sia stata comunicata al Procuratore generale sussista la sua legittimazione all'impugnazione immediata ex art. 464 *quater* c. 7 c.p.p."; soltanto in difetto di comunicazione, viene in rilievo il nuovo principio di diritto affermato dalla Corte: ossia la legittimazione del Procuratore generale all'impugnazione dell'ordinanza contestualmente all'impugnazione della sentenza che attesta l'esito della prova. "E allora, stante nel processo che ci occupa" – evidenzia il Giudice – "[il fatto che] la comunicazione dell'ordinanza di ammissione dell'ente alla MAP [è pervenuta] tanto al Procuratore generale quanto alla Procura della Repubblica, non avendo quest'ultime esercitato la facoltà loro prevista ex art. 464 *quater* c. 7 c.p.p. va concluso che l'ordinanza di ammissione alla messa alla prova è divenuta definitiva".

"Ne consegue che nel caso specifico non può essere più discussa l'eventuale ammissibilità o meno dell'ente alla MAP": in questa vicenda, quindi, è con un impedimento rituale che il Giudice supera il tema spinoso dell'applicabilità dell'istituto della *probation* giudiziale anche alle persone giuridiche o enti; mancano, infatti, ulteriori argomenti in punto di diritto che scendano nel merito della questione, forse per la contiguità temporale e argomentativa (o per la quasi sovrapponibilità) tra la pronuncia con cui lo stesso Giudice ha definito questo giudizio e quella che ha deciso il precedente, nonché per il fatto che si è ritenuto esaustivo il rimando, effettuato dal Giudice di Bari, alle ragioni esposte dal Tribunale di Perugia – il quale parimenti si era discostato dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite – nell'ordinanza del 7 febbraio 2024.

CAPITOLO III. LA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ: DALL'*OBITER DICTUM* DA PARTE DELLE S.S.U.U. NEL 2023 AL VINCOLO AI PRINCIPI DI DIRITTO STATUITI DALLE S.S.U.U. DA PARTE DELLA SEZ. IV NEL 2025

SOMMARIO: 1. CASSAZIONE S.S.U.U. N. 14840/2023 (LA SPORTIVA); 1.1. *Fattispecie e decisione: dalle pronunce del Tribunale di Trento alla rimessione alle Sezioni Unite*; 1.2. *Fattispecie e decisione: i principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 14840/2023*; 1.3. *L'interpretazione della dottrina e delle corti di merito: un semplice obiter dictum sulla messa alla prova degli enti?*; – 2. CASSAZIONE SEZ. IV N. 22438/2025 (OVERMEK); 2.1. *Fattispecie e decisione*; 2.2. *L'interpretazione delle sezioni semplici: un principio di diritto vincolante (art. 618, comma I-bis c.p.p.)*; - 3. LE RAGIONI DELLE S.S.U.U. A SOSTEGNO DELLA INAPPLICABILITÀ: ESAME E CRITICA; 3.1. *Su l'affermato inquadramento della responsabilità ex D.lgs. n. 231/2001 quale tertium genus rispetto a quelle penale e amministrativa*; 3.2. *Sulla affermata natura sanzionatoria della messa alla prova ex art. 168 bis c.p. e conseguente impossibilità di analogia in bonam partem o di interpretazione estensiva per il principio di tassatività e per il divieto di analogia delle norme penali*; 3.3. *Sulla affermata modulazione sanzionatoria della messa alla prova ex art. 168 bis c.p. specificamente sull'imputato persona fisica e sui reati allo stesso astrattamente riferibili e conseguente impossibilità di estensione all'ente*; – 4. ULTERIORI CRITICITÀ DELLA PRONUNCIA PERCHÉ IN CONTROTENDENZA RISPETTO ALLE ESPERIENZE DEGLI ALTRI ORDINAMENTI E ALLA EVOLUZIONE DEL DIRITTO INTERNO; 4.1. *L'esperienza anglo-americana (intese DPA e NPA) e l'art. 49 D.lgs. n. 231/2001: alla ricerca della cooperazione e riparazione da parte dell'ente*; 4.2. *L'impatto della c.d. riforma Cartabia (D.lgs. n. 150/2022) sulla messa alla prova: restorative justice interpersonale*.

1 Cassazione S.S.U.U. n. 14840/2023 (La Sportiva)

1.1 Fattispecie e decisione: dalle pronunce del Tribunale di Trento alla rimessione alle Sezioni Unite

Il tema dell'applicabilità dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova nell'ambito del rito *de societate* è stato affrontato anche dai giudici di legittimità; questi ultimi, è opportuno sin d'ora anticipare, hanno accolto l'orientamento restrittivo e statuito che "l'istituto dell'ammissione alla prova di cui

all'art. 168-*bis* c.p., non trova applicazione con riferimento alla disciplina della responsabilità degli enti di cui al D.Lgs. n. 231 del 2001".

Le occasioni in cui gli Ermellini si sono occupati della questione *de qua* sono state, invero, finora soltanto due: le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono pronunciate con sentenza n. 14840/2023 nel caso La Sportiva (originato dall'accoglimento di un'istanza di ammissione alla prova da parte del Tribunale di Trento, di cui si tratterà a brevissimo *infra*); poi, la Sezione IV è intervenuta con sentenza n. 22438/2025 nel caso Overmek (a valle delle pronunce del Tribunale di Perugia già esaminate nel capitolo II, paragrafo 3.3).

Prima di analizzare nel dettaglio la pronuncia delle Sezioni Unite, è opportuno ripercorrere la relativa vicenda di merito che ha visto protagonista il Tribunale di Trento. Tale organo giurisdizionale, con le ordinanze del 12 marzo 2018 e del 12 aprile 2019, ha ammesso alla prova, su espressa richiesta, non solo la persona fisica che ricopriva la qualifica di legale rappresentante dell'ente La Sportiva s.p.a. ma anche la società stessa; quest'ultima era incolpata dell'illecito di cui all'art. 25 *septies*, III comma del D.lgs. n. 231/2001 (lesioni colpose gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro) per aver tratto vantaggio economico, sotto forma di risparmio di spesa sui costi connessi all'adeguamento degli impianti produttivi, dal delitto occorso a danno di un dipendente impegnato nell'utilizzo di un macchinario non a norma.

Con riguardo al programma trattamentale elaborato per l'ente, era previsto che la società non solo provvedesse al risarcimento del danno nei confronti della persona offesa e alla revisione del proprio modello di organizzazione e controllo, ma anche svolgesse il lavoro di pubblica utilità tramite fornitura a un organismo religioso di beni (in specie di calzature) di propria produzione.

Successivamente, constatato l'esito positivo del periodo di prova, con sentenza del 18 dicembre 2019, n. 906¹, a firma del Giudice G. Avolio, è stato dichiarato di non doversi procedere nei confronti della suddetta società ai sensi dell'art. 464 *septies* c.p.p. per essersi estinto l'illecito.

1 Richiesta e trasmessa su autorizzazione del Presidente del Tribunale di Trento.

Il Tribunale di Trento, va però detto, con queste pronunce non ha contribuito diffusamente al dialogo (e contrasto) argomentativo sviluppatosi tra giudici di prime cure – di cui si è dato atto nel capitolo precedente – dal momento che non si è soffermato molto sulle ragioni deponenti per l'accoglimento dell'istanza di ammissione alla prova né nelle ordinanze né nella sentenza.

Avverso tale sentenza – comunicata alla Procura generale presso la Corte d'appello di Trento in data 23 dicembre 2019 – e avverso le predette ordinanze di ammissione alla prova è stato proposto ricorso per Cassazione ex art. 464 *quater*, comma VII c.p.p. (c.d. ricorso *per saltum*) in data 7 gennaio 2020.

Il ricorso è stato formulato dal Procuratore generale in quattro motivi: con i primi due motivi è stata dedotta, ex art. 606, comma I, lett. b) c.p.p., l'inosservanza e l'erronea applicazione della legge penale (non essendo applicabile agli enti l'istituto di cui all'art. 168 *bis* c.p.) e degli artt. 62 ss. del Decreto; con il terzo e quarto motivo, inoltre, il ricorrente ha dedotto, ex art. 606, comma I, lett. c) c.p.p., la mancanza e la contraddittorietà della motivazione (in quanto meramente apparente) dell'ordinanza di ammissione alla prova dell'ente. Va precisato, altresì, che le ordinanze di ammissione alla prova non erano state comunicate tempestivamente all'ufficio della Procura generale presso la Corte d'appello; queste sono ivi pervenute, difatti, soltanto congiuntamente alla sentenza di proscioglimento in data 23 dicembre 2019; conseguentemente, avendone avuto notizia solo in tale occasione, il Procuratore generale non ha potuto impugnarle appena emesse; nel ricorso ha reclamato, pertanto, la propria legittimazione all'impugnazione (essendo in termini per farlo) contestualmente a quella della sentenza. Si chiedeva alla Cassazione di provvedere all'annullamento con rinvio sia con riguardo alla sentenza sia con riguardo alle ordinanze sopra menzionate.

Il ricorso è stato assegnato alla Quarta Sezione penale della Corte di Cassazione che, prima di entrare nel merito (ossia di valutare i motivi di impugnazione concernenti l'applicabilità della messa alla prova agli enti), ha rilevato la sussistenza di un'altra questione parimenti dibattuta e certamente preliminare: se il Procuratore generale sia legittimato a proporre impugnazione avverso l'ordinanza

che ammette l'imputato alla messa alla prova ai sensi dell'art. 464 *bis* c.p.p. e avverso la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 464 *septies* c.p.p., e in caso affermativo quali siano i vizi deducibili con il ricorso avverso tale sentenza. Sulla presente questione di rito, avente natura assorbente, sussisteva – come rilevato dalla Quarta Sezione – un contrasto giurisprudenziale; da qui la necessità di rimettersi, sul punto, alle Sezioni Unite.

La Quarta Sezione ripercorre i termini del contrasto giurisprudenziale fondato sull'ambiguità del riferimento al "pubblico ministero" che si trova nel disposto dell'art. 464 *quater*, comma VII c.p.p., ove si legge che "l'imputato e il pubblico ministero anche su istanza della persona offesa" possono ricorrere "contro l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova". *Quid iuris* relativamente al Procuratore generale presso la Corte d'appello?

Per capire se quest'ultimo soggetto rientri nell'ambito dei legittimati a impugnare (specificamente quale "pubblico ministero"), la Sezione semplice procede discernendo i due opposti orientamenti emersi sul punto nella giurisprudenza di legittimità.

Il primo orientamento si rifà alle pronunce Ongaro e Lorini (della Prima Sezione), Hoelzi (della Quinta Sezione) e Sperindeo (della Seconda Sezione), a mente delle quali il Procuratore generale presso la Corte d'appello è "legittimato ad impugnare l'ordinanza di accoglimento dell'istanza di sospensione del procedimento unitamente alla sentenza con la quale il giudice dichiara l'estinzione del reato per esito positivo della prova, qualora non sia stata effettuata nei suoi confronti la comunicazione dell'avviso di deposito dell'ordinanza di sospensione"².

Il secondo orientamento, di segno inverso, emerge nella sentenza Stompanato (della Sezione Sesta) ove al Procuratore generale non viene riconosciuta la suddetta facoltà, "non essendo individuato tra i soggetti – l'imputato, il pubblico ministero e la persona offesa – che possono proporre ricorso per cassazione (...) ai sensi dell'art. 464 *quater* c.p.p., comma 7"³. Nell'ambito dell'orientamento negativo, tuttavia, deve

2 Cfr. Cass. pen., Sez. I, sent. 27.10.2021, n. 43293 (caso Ongaro, Rv. 282156); Sez. I, sent. 15.04.2019, n. 41629 (caso Lorini, Rv. 277138); Sez. V, sent. 24.02.2021, n. 7231 (caso Hoelzi, non massimata); Sez. II, sent. 25.02.2021, n. 7477 (caso Sperindeo, non massimata)

3 Cfr. Cass. pen., Sez. VI, sent. 09.04.2021, n. 18317 (caso Stompanato, Rv. 281272)

essere evidenziata un'altra impostazione, ricavabile dalla sentenza Betti (della Sesta Sezione) che in termini espliciti esclude soltanto che il Procuratore generale possa impugnare l'ordinanza contestualmente alla sentenza secondo il modello dell'art. 586 c.p.p. e, in aggiunta, che sottolinea che con l'impugnazione della sentenza ex art. 464 *quater*, comma VII c.p.p. non possono più essere dedotte doglianze relative "all'originaria insussistenza di uno dei presupposti stabiliti dall'art. 168 *bis* c.p. per l'accesso al rito speciale"⁴.

Il contrasto tra le sezioni semplici, in sintesi, come rilevato dalla Quarta Sezione nell'ordinanza di rimessione n. 15493/2022 di cui trattasi in questa sede, atteneva "alla possibilità per il procuratore generale di impugnare l'ordinanza ammissiva della prova o a seguito della comunicazione del relativo avviso o unitamente alla sentenza ... con riferimento alla specifica ipotesi in cui il procuratore generale non sia stato avvisato dell'ordinanza e ne venga a conoscenza solo con la comunicazione della sentenza". Fuori discussione, pertanto – poiché consolidato ormai in giurisprudenza (anche a fronte dell'intervento delle Sezioni Unite Rigacci⁵) – il fatto che il Procuratore generale che abbia avuto tempestivamente notizia dell'ordinanza ammissiva sia legittimato a impugnare, in un secondo momento, la sentenza solamente per "motivi attinenti alla fase del procedimento successiva all'ordinanza di sospensione, ma non per motivi inerenti all'ammissibilità della richiesta di sospensione".

Ritornando al tema ancora da risolvere, a sostegno della tesi che la locuzione "pubblico ministero" ricomprenda anche il Procuratore generale presso la Corte d'appello, si richiama il fatto che il codice di rito utilizza tale espressione per riferirsi indifferentemente al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale e al Procuratore generale presso la Corte d'appello⁶; se la legge non distingue e non seleziona per il profilo soggettivo uno specifico ufficio del pubblico ministero, sono da considerarsi legittimati entrambi ai sensi della norma generale ex art. 570, I comma c.p.p. e al

4 Cfr. Cass. pen., Sez. VI, sent. 10.06.2020, n. 21046 (caso Betti, Rv. 279744); e anche Cass. pen., Sez. V, sent. 14.01.2020, n. 5093 (caso Cicolini, Rv. 278144) e sent. 30.04.2019, n. 17951 (caso Bonifacio, non massimata)

5 Cass. pen., S.S.U.U., sent. 29.07.2016, n. 33216 (caso Rigacci)

6 Cfr. Cass. pen., S.S.U.U., sent. 31.05.2005, n. 22531 (caso Campagna, Rv. 231056) e sent. 28.05.2009, n. 31011 (caso Colangelo, Rv. 244029)

Procuratore generale è riconosciuto un potere di surroga ai sensi del combinato disposto degli artt. 570 e 548, III comma c.p.p. e 585, II comma lett. d) e 608, comma IV c.p.p.

Al contrario, nella sentenza Stompanato si evidenzia che il sistema dei rimedi esperibili avverso le ordinanze che decidono sull'ammissione alla prova "è improntato, sul piano dell'economia processuale, alla finalità di ridurre sensibilmente le ipotesi di regressione del procedimento, se non addirittura di eliminarle del tutto e di garantire il massimo favore dell'istituto della sospensione con messa alla prova"; in aggiunta, poiché la fase dell'ammissione alla prova deve essere intesa come un procedimento incidentale autonomo rispetto all'ordinario processo di cognizione, le doglianze ad essa riferite (come statuito dalle Sezioni Unite Rigacci) possono farsi valere solo con l'impugnazione dell'ordinanza, giammai della sentenza: trattasi di un regime disgiunto di impugnazione che deroga all'art. 586, comma I, ultima parte c.p.p.

Si badi che, se viene accolta la tesi possibilista, riconoscendo la legittimazione a impugnare anche al Procuratore generale presso la Corte d'appello, per coerenza e nel rispetto dell'art. 128 c.p.p., è necessario che il provvedimento sia portato a conoscenza (mediante lettura in udienza o notifica o comunicazione dell'avviso di deposito) anche a questo soggetto in quanto titolare del diritto di impugnazione. In difetto di tale comunicazione, deve essere riconosciuto il potere di impugnazione dell'ordinanza per la prima volta assieme alla sentenza.

Con l'ordinanza n. 15493 emessa in udienza in data 23 marzo 2022 e depositata in cancelleria il 21 aprile 2022⁷, la Quarta Sezione di Cassazione ha ritenuto necessario rimettere alle Sezioni Unite il seguente quesito di diritto: "Se il procuratore generale sia legittimato a proporre impugnazione avverso l'ordinanza che ammette l'imputato alla messa alla prova ai sensi dell'art. 464 *bis* c.p.p. e avverso la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 464 *septies* c.p.p., e quali siano i vizi deducibili con il ricorso avverso tale sentenza".

7 Scaricata da banca dati OneLegale, Wolters Kluwer: <https://onelegale.wolterskluwer.it>

1.2 Fattispecie e decisione: i principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 14840/2023

Stante quanto finora esposto – ripercorse, ossia, tutte le tappe dell'unica vicenda in tema di messa alla prova degli enti approdata alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – sembra chiaro che queste ultime siano state investite soltanto della risoluzione del contrasto inerente la legittimazione a impugnare da parte del Procuratore generale. Va ricordato, tuttavia, che tale questione preliminare di rito, sollevata dalla Quarta Sezione, impediva a quest'ultima di provvedere alla decisione nel merito del ricorso inerente l'applicabilità della *probation* giudiziale agli enti. La rimessione del (più circoscritto) quesito sopra riportato è stata, così, occasione perché le Sezioni Unite prendessero posizione sul tema oggetto del merito del ricorso. Questo è avvenuto tramite la statuizione di un principio di diritto che, pur essendo forse un mero *obiter dictum* (come si vedrà meglio nel paragrafo seguente), non è rimasto senza conseguenze rilevanti per la giurisprudenza successiva chiamata ad affrontare il medesimo tema.

La sentenza n. 14840 delle Sezioni Unite emessa in udienza il 27 ottobre 2022 e depositata in data 6 aprile 2023⁸ risponde affermativamente al quesito sottoposto dalla Quarta Sezione; viceversa, scendendo nel merito del ricorso, esclude che la messa alla prova possa trovare spazio nel procedimento a carico degli enti disciplinato dal D.lgs. n. 231/2001.

Procedendo con ordine, in primo luogo si analizzerà brevemente quanto statuito dalle Sezioni Unite sul tema (propriamente rimesso loro ex art. 618, I comma c.p.p.) della legittimazione a impugnare da parte del Procuratore generale presso la Corte d'appello e, in secondo luogo, si tratterà delle argomentazioni addotte circa il merito del ricorso (rispetto al quale – si ribadisce – è stato, pur in difetto di rimessione o di contrasti giurisprudenziali tra sezioni semplici, parimenti sancito un principio di diritto).

8 Scaricata da banca dati OneLegale, Wolters Kluwer: <https://onelegale.wolterskluwer.it>

Con riguardo alla prima tematica, le Sezioni Unite rievocano brevemente i due contrapposti orientamenti esistenti in seno alla giurisprudenza di legittimità e risolvono il contrasto confermando "l'orientamento maggioritario, secondo cui il procuratore generale presso la Corte di appello è legittimato ad impugnare, con ricorso per cassazione, l'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, ai sensi degli artt. 464-*bis* e 464-*quater* c.p.p."

Le motivazioni sono presto dette: è necessario – afferma la Corte – prendere le mosse dai principi enunciati dalle Sezioni Unite Rigacci⁹ per approfondire ulteriormente il tema dell'impugnabilità dell'ordinanza ammissiva sotto il profilo, questa volta, della titolarità della legittimazione attiva. "La risposta positiva al quesito" si fonda poi sulla "constatazione che il regime impugnatorio delle ordinanze di cui all'art. 464-*quater*, comma 7, c.p.p., non contiene alcuna precisazione normativa selettiva quanto ad uno specifico ufficio del pubblico ministero legittimato all'impugnazione" tramite ricorso per Cassazione; ne consegue l'applicabilità delle regole basilari di cui all'art. 570, comma I c.p.p. per individuare chi della parte pubblica sia autorizzato a impugnare (regole che sono state – la Corte in questa sede sottolinea – sintatticamente manipolate nella sentenza Stompanato, cui fa capo il minoritario orientamento negativo). Richiamandosi alle Sezioni Unite Campagna, invece, viene evidenziato che tale regola generale è fonte di una "interpretazione sistematica del termine «pubblico ministero» [che] non si estend[e] ai procedimenti incidentali ... come nel caso – oltre a quello delle impugnazioni delle ordinanze del tribunale del riesame – della materia esecutiva". Tale carattere di incidentalità (che porterebbe con sé una deroga al regime delle impugnazioni) difetta nel caso della sospensione del procedimento con messa alla prova che, pur avendo una sua autonomia, è "pur sempre collegato a quello principale".

Chiarito il fatto che il Procuratore generale presso la Corte d'appello è legittimato a impugnare l'ordinanza di ammissione alla prova, resta da definire quali vizi siano deducibili con l'impugnazione ex art. 464 *quater*, comma VII c.p.p.: le Sezioni Unite dichiarano che, in assenza di precisazioni nella norma in questione, la

⁹ Le quali escludono l'autonoma impugnabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di ammissione alla prova (appellabile soltanto con la sentenza di primo grado), ammettendo "la diretta ed autonoma impugnabilità solo dell'ordinanza di «ammissione» alla prova".

facoltà è esercitabile “per i motivi consentiti dall’art. 606 c.p.p., relativi a violazioni di legge e a vizi di motivazione, come già evidenziato in motivazione da Sez. U. Rigacci, trattandosi di un rimedio che non soffre limitazioni quanto ai motivi deducibili”.

Infine, resta da risolvere il caso dell’omessa comunicazione dell’ordinanza di ammissione al Procuratore generale. Le Sezioni Unite rispondono affermativamente anche su questo punto: la mancata comunicazione “non esclude, infatti, il potere del procuratore generale di impugnazione di essa [*ergo*, dell’ordinanza ammissiva] unitamente alla sentenza che dichiara estinto il reato ex art. 464-*septies* c.p.p., secondo la regola generale fissata dall’art. 586 c.p.p.” poiché “la sentenza di estinzione del reato per esito positivo della prova, pronunciata in pubblica udienza successivamente alla costituzione delle parti, ha natura di sentenza di proscioglimento ed è perciò impugnabile con l’appello del «pubblico ministero», ai sensi dell’art. 593, comma 2, c.p.p.”. L’impugnazione del proscioglimento può certamente, quindi, proporsi con il mezzo dell’appello; ma, si badi, ciò non esclude che la parte avente diritto di appellare (in specie il Procuratore generale) possa altresì “proporre direttamente ricorso per cassazione per violazione di legge, ai sensi del combinato disposto dei commi 1 e 3 dell’art. 569 c.p.p.”. Va precisato che il ricorso *per saltum*, anche nei confronti delle ordinanze impugnate congiuntamente alla sentenza di estinzione del reato, può contenere soltanto la deduzione di vizi di violazione di legge (categoria in cui va ricompresa, ad ogni modo, anche la mancanza di motivazione).

Si passa, a questo punto, dalle questioni di rito al merito.

L’ammissibilità del ricorso immediato per Cassazione proposto dal Procuratore generale presso la Corte d’appello di Trento – secondo le Sezioni Unite La Sportiva – “comporta la necessità della soluzione della questione sulla quale è incentrato il ricorso in esame, relativa alla possibilità per l’ente di essere ammesso alla prova, ai sensi dell’art. 168-*bis* c.p., nell’ambito del processo instaurato a suo carico per l’accertamento della responsabilità amministrativa dipendente da reato ex D.Lgs. n. 8 giugno 2001, n. 231”.

Al suddetto tema nevralgico, infatti, le Sezioni Unite dedicano molte pagine nella sentenza in commento, in virtù dell'asserita necessità di risolvere anche questo profilo dubbio, pur in assenza di una rimessione espressa al riguardo.

L'*iter* argomentativo delle Sezioni Unite merita un approfondimento ulteriore che si andrà subito a svolgere, ripercorrendo in questa sede le ragioni esposte e le conclusioni tratte dagli Ermellini e, nel prosieguo, dando conto delle impressioni della dottrina nonché delle opinioni dei giudici di merito successivamente intervenuti (cfr. paragrafo 1.3).

Innanzitutto, la Cassazione nel proprio supremo consesso, partendo dal quadro normativo di riferimento, precisa che "le norme relative alla messa alla prova non contengono alcun riferimento agli «enti» quali possibili soggetti destinatari di esse" e che "neppure le norme del D.Lgs. n. 231 del 2001, sebbene introdotte antecedentemente ... , contengono agganci o richiami deponenti per l'immediata applicabilità dell'istituto di più recente introduzione agli enti". In breve, si dà atto della mancanza di una espressa e chiara disciplina di coordinamento. La Corte precisa che gli "artt. 34 e 35 del D.Lgs. n. 231 del 2001, infatti, ... contengono un richiamo esclusivamente alle disposizioni del codice di procedura penale e alle disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili". In difetto di norme di collegamento, non si può che tentare l'operazione ermeneutica dell'applicazione estensiva ovvero analogica; questo è stato fatto nella giurisprudenza di merito – ricorda la Corte – registrando, tuttavia, decisioni contrastanti.

Dopo aver ripreso, in motivazione, le posizioni dei Tribunali di Milano, Bologna, Spoleto, Modena, Bari, *etc.* di cui si è già ampiamente dato conto (cfr. capitolo II), le Sezioni Unite "ritengono di privilegiare l'interpretazione, secondo cui l'istituto della messa alla prova, di cui all'art. 168-*bis* c.p., non può essere applicato agli enti in relazione alla responsabilità amministrativa dipendente da reato, di cui al D.Lgs. n. 231 del 2001, con la conseguenza che il ricorso proposto dal Procuratore generale presso la Corte di appello di Trento nei confronti delle ordinanze di ammissione alla prova della società (*Omissis*) Spa e della sentenza di estinzione del reato ex art. 464-*septies* c.p.p. è fondato".

A sostegno di tale conclusione, la Corte ritiene opportuno “brevemente riassumere i punti di approdo della giurisprudenza di legittimità e costituzionale, rilevanti in questa sede, riguardanti le due discipline da porre a confronto – quella di cui al D.Lgs. n. 231 del 2001 e quella della messa alla prova ex art. 168-*bis* c.p. – al fine di saggiarne la compatibilità e, dunque, la possibilità di applicare il procedimento di messa alla prova all’ente”.

Da un lato, sulla natura della responsabilità degli enti esistevano, anche nella giurisprudenza di legittimità, “indirizzi non univoci, a fronte di un nutrito dibattito anche dottrinario” circa l’effettività dell’intitolazione *ex lege* di responsabilità “amministrativa”, dietro la quale emergeva sempre più marcatamente l’ombra del modello penale. Un punto era già stato messo dagli Ermellini, tuttavia, con la sentenza delle Sezioni Unite nel caso Espenhahn (noto anche come Thyssen-Krupp)¹⁰ che ha optato per la tesi del c.d. *tertium genus*: si legge in quest’ultima pronuncia che “il Collegio considera che, senza dubbio, il sistema di cui si discute costituisce un *corpus* normativo di peculiare impronta, un *tertium genus*, se si vuole. Colgono nel segno, del resto le considerazioni della Relazione che accompagna la normativa in esame quando descrivono un sistema che coniuga i tratti dell’ordinamento penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell’efficienza preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia. Parimenti non è dubbio che il complesso normativo in esame sia parte del più ampio e variegato sistema punitivo; e che abbia evidenti ragioni di contiguità con l’ordinamento penale per via, soprattutto, della connessione con la commissione di un reato, che ne costituisce il primo presupposto, della severità dell’apparato sanzionatorio, delle modalità processuali del suo accertamento”.

Dall’altro lato, sulla natura della messa alla prova, le Sezioni Unite affermano che l’inquadramento dell’istituto nell’ambito di un “trattamento sanzionatorio” penale si ricava dalla giurisprudenza, tanto di legittimità quanto costituzionale, che ne ha più volte affermato “la natura sostanziale, oltre che processuale, e «sanzionatoria»”. A titolo di esempio, le Sezioni Unite richiamano la pronuncia della Consulta n. 240/2015 (già analizzata nel capitolo I, paragrafo 2.3) che “ha avuto modo di precisare che il

10 Cass. pen., S.S.U.U., sent. 18.09.2014, n. 38343

nuovo istituto ha effetti sostanziali, perché dà luogo all'estinzione del reato, ma è connotato da un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio¹¹: trattasi in fin dei conti di una "duplice anima". Per quanto concerne il profilo sostanziale, le Sezioni Unite riprendono la pronuncia del caso Sorcinelli¹¹ ove "gli effetti sostanziali della messa alla prova sono stati chiaramente posti in rilievo". In seguito, viene ricordato che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 91/2018 (cfr. capitolo II, paragrafo 2.2) "ha avuto modo di delineare in maniera sempre più chiara la portata dell'istituto, tenendo conto dei principi affermati dalla sentenza Sorcinelli" asserendo che, stante la volontarietà della sottoposizione, "il trattamento programmato – pur sanzionatorio – non è una pena eseguibile coattivamente" (a differenza di quella patteggiata). Però, continuando l'*excursus* evolutivo della giurisprudenza dei giudici delle leggi, le Sezioni Unite danno atto che "la natura sanzionatoria della messa alla prova per gli adulti risulta poi, ancor più chiaramente, ribadita dalla successiva sentenza n. 68 del 2019, con la quale la Corte costituzionale, nell'enunciare le diverse caratteristiche dell'istituto di cui all'art. 168-*bis* c.p., rispetto alla messa alla prova per i minorenni, ha appunto sottolineato la connotazione sanzionatoria delle prescrizioni inerenti alla sospensione del processo con messa alla prova per gli imputati adulti" (differentemente da quella dei minorenni, ove non può rinvenirsi alcuna funzione sanzionatoria ma soltanto un'esigenza educativa). La sentenza della Consulta appena menzionata¹², infatti, "ha enucleato molteplici indici rappresentativi della portata sanzionatoria della messa alla prova"; aggiungono, poi, le Sezioni Unite che non può

11 Cass. pen., S.S.U.U., sent. 31.03.2016, n. 36272 (Rv. 267238)

12 C. Cost., sent. n. 68/2019: non sono fondate le questioni di legittimità sollevate in merito all'art. 657 *bis* c.p.p. nella parte in cui non è applicabile ai minorenni e all'art. 29 D.P.R. n. 488/1988 nella parte in cui non prevede alcun meccanismo per tenere in considerazione la rilevanza del percorso seguito durante la prova con epilogo sfavorevole. La differenza di trattamento tra imputati minori e adulti non è irragionevole, poiché vanno tenute in considerazione le "significative differenze strutturali" tra la messa alla prova del processo minorile (a carattere ri-educativo) e quella del codice di rito (a carattere rieducativo, ma connotata in termini prettamente afflittivi).

trascurarsi che “con le recentissime sentenze n. 146 del 2022¹³ e 174 del 2022¹⁴, la Corte costituzionale ha ribadito le innegabili connotazioni sanzionatorie dell’istituto”.

La natura sanzionatoria della messa alla prova, in definitiva, viene ritenuta “indubbia” dalle Sezioni Unite che, a sostegno di tale inquadramento, riportano gli “inequivoci indici rivelatori valorizzati [già] nella sentenza n. 91 del 2018 della Corte costituzionale, tra cui” i seguenti: l’obbligo di prestare lavoro di pubblica utilità (ex art. 168 *bis*, III comma c.p.), non retribuito e di durata non inferiore a dieci giorni e di massime otto ore giornaliere; le condotte eliminatorie delle conseguenze dannose o pericolose derivanti da reato; il risarcimento del danno; gli obblighi prescrittivi comprendenti attività di volontariato di rilievo sociale, oppure rapporti con il servizio sociale (o strutture sanitarie), o ancora restrizioni alla libertà di movimento e circolazione; la sussistenza di un rapporto di proporzionalità tra le prescrizioni imposte e la gravità del fatto, nonché il rilievo di quest’ultima anche nel determinare la durata della prova; il richiamo ai parametri di cui all’art. 133 c.p. che “sovrintendono ordinariamente alla commisurazione della pena”; la previsione ex art. 657 *bis* c.p.p. di scomputo del periodo di prova dalla pena inflitta, secondo un coefficiente di legge fondato “su una valutazione di minor afflittività – ma pur sempre di afflittività – delle prescrizioni” eseguite.

Dalle premesse suesposte (da un lato la natura di *tertium genus* della responsabilità degli enti e, dall’altro, la riconducibilità della messa alla prova a un trattamento sanzionatorio penale) le Sezioni Unite traggono la conclusione che “l’istituto della messa alla prova non può essere applicato agli enti, a ciò ostando, innanzitutto, il principio della riserva di legge di cui all’art. 25, comma 2, della Costituzione”. In questi termini, perciò, l’unico argomento portato dagli Ermellini a sostegno della propria presa di posizione in senso restrittivo è che nessuno può

13 C. Cost., sent. n. 146/2022: dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 517 c.p.p. nella parte in cui non prevede, in seguito alla contestazione di reati connessi a norma dell’art. 12, comma I, lettera b) c.p.p., la facoltà dell’imputato di richiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova con riferimento a tutti i reati contestatigli.

14 C. Cost., sent. n. 174/2022: dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 168-*bis*, IV comma c.p. nella parte in cui non prevede che l’imputato possa essere ammesso alla sospensione del procedimento con messa alla prova nell’ipotesi in cui si proceda per reati connessi, ai sensi dell’art. 12, comma I, lettera b) c.p.p., con altri reati per i quali tale beneficio sia già stato concesso.

essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

Il principio di legalità della pena, con il suo corollario di riserva di legge, fonda e giustifica l'inesorabile soluzione di chiusura delle Sezioni Unite.

Icasticamente la Corte puntualizza che "non possono soccorrere, al fine di ritenere applicabile agli enti l'istituto della messa alla prova, né l'analogia *in bonam partem*, né tantomeno l'interpretazione estensiva, come invece sostenuto nelle pronunce di merito favorevoli".

Più nel dettaglio, è da escludersi l'operatività del ragionamento per similitudine in ragione del dettato normativo degli artt. 12 e 14 delle preleggi al codice civile: l'analogia opera in caso di lacuna, ma le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati, stante il principio di tassatività (quale ulteriore corollario di quello di legalità). Ciò a salvaguardia della separazione dei poteri, della certezza del diritto e dell'efficacia determinante delle norme penali.

"Il divieto di analogia per le norme penali ... , a maggior ragione, deve trovare applicazione nella fattispecie in esame, in cui viene in questione la traslazione o meglio l'innesto del «trattamento sanzionatorio penale» della messa alla prova in un sistema – quello della responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato – che non solo non è assimilabile ad un sistema penale – ma riguarda appunto enti, ossia soggetti giammai indicati quali destinatari di precetti penali, dichiaratamente esclusi dal novero di essi dalla già citata Relazione ministeriale di accompagnamento al D.Lgs. n. 231 del 2001".

Il principio di legalità (con i suoi corollari di riserva di legge e tassatività) è, quindi, il perno del ragionamento delle Sezioni Unite. È un principio di rango costituzionale ed è sancito altresì nel Decreto all'art. 2, ove è previsto che la responsabilità amministrativa dell'ente non può prescindere da una norma di legge che la preveda e che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

L'analogia, inoltre, secondo le Sezioni Unite non è consentita nel caso di specie perché, quand'anche si considerasse *in bonam partem* – ammessa in certi ambiti anche in materia penale – e si ritenesse pertanto non lesiva del principio di legalità,

comunque “non vengono in questione sistemi omogenei”. Il Decreto è un sistema che “mutua dal sistema penale solo le garanzie che lo assistono”; l’analogia “non può comportare un trattamento sanzionatorio non previsto dalla legge e che, seppur invocato dall’ente, comporterebbe la scrittura *ex novo* da parte del giudice del suo ambito di applicazione, di tempi, contenuti e modalità compatibili, all’evidenza in violazione del principio di cui all’art. 25, comma 2, Cost. demandando al giudice la «descrizione» e modulazione della sanzione e, ancor prima, la determinazione delle ipotesi a cui essa consegue”. È sempre il principio di legalità a fondare le ragioni del diniego, ma emerge in quest’ultimo passaggio un argomento ulteriore (addotto più sottotono): l’impossibilità pratica di applicare quanto disposto per la persona fisica a quella giuridica, con il rischio che, in assenza di un intervento del legislatore, il giudice si renda creatore della legge anziché restare meramente *la bouche de la loi*.

L’argomento della modulazione della messa alla prova “specificamente sull’imputato persona fisica e sui reati allo stesso astrattamente riferibili”, infatti, viene sviluppato *ad abundantiam* dopo aver già deciso di accogliere il ricorso. La Corte afferma, infatti, “per mera completezza espositiva” che la specificità del destinatario in carne e ossa “emerge dalla mera lettura dell’art. 168-*bis* c.p.” circa i riferimenti alle prescrizioni comportamentali e al coinvolgimento umano e socio-relazionale; in aggiunta, la prognosi demandata al giudice in sede di ammissione alla prova ex art. 464 *quater*, III comma c.p.p. “rende ancor più evidente che la disciplina è stata modellata per l’imputato e la sua rieducazione e risocializzazione e non può essere traslata ad una persona giuridica, soggetto non «imputato», privo di sostrato psicologico”. L’operazione ermeneutica estensiva finirebbe per stravolgere le finalità del Decreto, assurgendo a “una sorta di immedesimazione organica rovesciata in cui le colpe dell’ente ricadrebbero sugli organi e questi sarebbero chiamati a rieducarsi per conto di un diverso soggetto”.

Per quanto concerne l’interpretazione estensiva, essa va esclusa *a fortiori* “poiché tale operazione attiene alle ipotesi in cui il risultato interpretativo si mantiene, comunque, all’interno dei possibili significati della disposizione normativa, situazione questa, neppure astrattamente, confacente alla fattispecie in esame”.

Infine, le Sezioni Unite portano alcuni argomenti aggiuntivi a sostegno dell'enunciato principio di diritto al fine di suggellare l'orientamento restrittivo.

In primis, "l'art. 168-ter c.p. prevede che l'esito della prova estingue il reato per cui si procede, ma non pregiudica l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, ove previste dalla legge, a dimostrazione ulteriore che le sanzioni diverse da quelle penali, operando in ambiti e per finalità diverse, non sono interessate dal percorso della messa alla prova e possono essere ugualmente irrogate".

In secundis, vi sono alcuni limiti che emergono dallo stesso testo del Decreto: in questo senso, dato che l'art. 67, "nel prevedere le ipotesi in cui il giudice pronuncia sentenza di non doversi procedere nei confronti dell'ente, richiama esclusivamente i casi previsti dall'art. 60 e l'estinzione per prescrizione", il giudice non avrebbe la possibilità di emettere una sentenza con tale formula proscioglitrice per esito positivo della prova e finirebbe per creare una causa estintiva dell'illecito *ex novo*; inoltre, "sono già previste nel D.Lgs. n. 231 forme di riparazione delle conseguenze da reato che rilevano, tuttavia, per l'ente solo in relazione alla mancata applicazione di sanzioni interdittive e non già per l'estinzione di sanzioni pecuniarie".

Per tutte le ragioni così richiamate, le Sezioni Unite accolgono il ricorso del Procuratore generale e, annullando senza rinvio le ordinanze e la sentenza impugnate, dispongono la trasmissione degli atti al Tribunale di Trento per l'ulteriore corso.

Questo l'esito della prima vicenda, avente ad oggetto il tema dell'applicabilità della messa alla prova nel rito *de societate*, che è approdata alle Sezioni Unite di Cassazione: un esito negativo, non privo di un'eredità ingombrante.

1.3 L'interpretazione della dottrina e delle corti di merito: un semplice *obiter dictum* sulla messa alla prova degli enti?

La pronuncia delle Sezioni Unite nel caso La Sportiva ha scaturito reazioni molto eterogenee sul punto cruciale della messa alla prova degli enti; ciò è occorso sia in seno alla dottrina, che ha commentato ampiamente l'atteso intervento

dell'organo giurisdizionale di vertice munito di potere nomofilattico, sia in seno alle corti di merito che nell'immediato futuro sono state chiamate a decidere dell'ammissione alla prova di alcune società.

Per quanto attiene alla dottrina, la presente decisione non ha stupito poiché la giurisprudenza di legittimità già sembrava orientata in senso negativo; questa tendenza si inferisce piuttosto agilmente tenendo a mente che, poco prima, la Suprema Corte¹⁵ aveva escluso l'applicabilità degli "istituti specificamente previsti per le sanzioni di natura penale" nel contesto della responsabilità degli enti, proprio in ragione della natura amministrativa di quest'ultima. Tuttavia, con riguardo alla messa alla prova, è criticabile la marcata valorizzazione del carattere sanzionatorio al fine di escluderne l'applicabilità all'ente, dal momento che ciò "potrebbe comportare il rischio di una eterogenesi dei fini, per cui a fronte di una opportuna tutela del principio di legalità si finirebbe col negare in radice la possibilità di accedere ad un istituto comunque premiale, che sarebbe peraltro ad attivazione di parte"¹⁶.

Parimenti, taluno ha qualificato la soluzione sposata dai giudici di legittimità come "l'alternativa più sicura e condivisibile"¹⁷, rimarcando che optare per l'opposta tesi avrebbe sconfessato la granitica giurisprudenza di legittimità formatasi in materia di inapplicabilità al sistema "231" – che su questo aspetto potremmo definire "blindato" – di istituti che escludono o modificano la punibilità dell'imputato-persona fisica (quali la sospensione condizionale della pena, ma anche l'indulto, la non punibilità per particolare tenuità del fatto, la morte del reo) e, persino, di altri istituti processuali tipici del codice di rito (quale la costituzione di parte civile). Vi era però chi auspicava, poco prima dell'intervento delle Sezioni Unite, che queste ultime imboccassero la "strada più coraggiosa ... coerente con la filosofia riparativo-premiale sulla quale si erge l'intero sistema a cui ha dato vita il legislatore di inizio millennio"¹⁸.

15 Cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 02.11.2020, n. 30305 (caso Locorriere s.r.l.) in tema di sospensione condizionale della pena.

16 S. VISCONTI, *Les jeux sont faits: le Sezioni Unite pongono la parola fine alla messa alla prova dell'ente*, p. 11

17 M. MOSSA VERRE, *La "messa alla prova" degli enti collettivi è esclusa anche dalla Cassazione a Sezioni Unite*, p. 192

18 G. GARUTI, C. TRABACE, *La messa alla prova nel processo penale agli enti: lo stato dell'arte*, p. 20

Un'Autrice ha, d'altro canto, definito la pronuncia in questione "una decisione giusta con un'argomentazione incongrua"¹⁹. Essendo state le Sezioni Unite "sia pure in maniera, per così dire obliqua, ... investite del problema principale" della messa alla prova degli enti, "è significativo che ... abbiano passato in rassegna, per condividerne o criticarne gli argomenti, le decisioni adottate dai giudici di merito" (solitamente, infatti, sono questi ultimi a doversi confrontare con le pronunce degli Ermellini); tuttavia, per concludere in senso restrittivo la Corte avrebbe potuto, nel caso di specie, impiegare la categoria del "provvedimento abnorme" poiché nella decisione impugnata, "pur essendo in astratto manifestamente legittimo il potere [esercitato], [quest'ultimo] si esplic[ava] al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite". Ciò non è avvenuto, "però in questo modo" – sostiene l'Autrice nella nota a sentenza – "nonostante la motivazione della sentenza sia ampia e documentata, non risulta perfettamente centrata": l'approfondimento, quasi scolastico, sulla natura della responsabilità dell'ente "non ha in alcun modo influito sull'efficacia della disciplina né ha prodotto conseguenze particolari sul piano ermeneutico" e, poi, non era trascurabile l'approdo recente della giurisprudenza europea in tema di ampiezza della *matière pénale*. "In conclusione, per le sezioni unite la disciplina della messa alla prova non può essere applicata all'ente. Possiamo però aggiungere, *rebus sic stantibus* ... Giusto, dunque, che le sezioni unite abbiano chiuso a possibili ulteriori esperimenti della giurisprudenza di merito che tuttavia ha portato al centro della riflessione sul d.lgs. n. 231 l'opportunità di un intervento normativo in grado di introdurre un'alternativa che, per una volta, sembrava aver messo d'accordo tutti. Dottrina, giurisprudenza e pure le società". La comunanza di voci in dottrina è, difatti, piena sull'auspicabilità di un intervento normativo per introdurre la messa alla prova degli enti, vista la *ratio* preventiva e rieducativa comune alle due discipline, le quali sono destinate a incontrarsi almeno *de lege ferenda*.

Ancora, è stata qualificata come decisione "del tutto condivisibile per quel che attiene al risultato raggiunto" anche se, "pur apprezzando lo sforzo profuso nel tentativo di edificare la soluzione della questione su basi argomentative il più

19 R.A. RUGGIERO, *Roma locuta: no alla messa alla prova per l'ente imputato*, p. 1936 ss.

possibile solide, non può tacersi come in certi passaggi la motivazione risulti appesantita da notazioni non necessarie ai fini della decisione e in parte non pertinenti²⁰ (ad esempio, come detto poc'anzi, non indispensabile era il passaggio sulla natura della responsabilità degli enti; non del tutto convincente, invece, l'insistere sul carattere sanzionatorio della messa alla prova, quasi sorvolando sull'indubbia ambivalenza riconosciuta all'istituto ormai da una giurisprudenza più che consolidata).

Al contrario, pur condividendo le conclusioni in tema di legittimità del Procuratore generale a impugnare, vi è chi in dottrina ha dichiarato che "sotto altro profilo, non appare, invece, parimenti condivisibile la soluzione rassegnata dalle Sezioni Unite in merito alla non applicabilità dell'istituto della messa alla prova agli enti di cui al d.lgs. n. 231 del 2001, soprattutto se correlata alle recenti modifiche apportate dalla riforma del sistema penale introdotta con il d.lgs. 150 del 10 ottobre 2022 all'istituto di cui all'art. 168 *bis* c.p. e alla *ratio* propria della riforma"²¹ (sul punto cfr. paragrafo 4.2 *infra*); in più, "negando la possibilità all'ente di poter accedere all'istituto, si creerebbe il paradosso di dover proseguire il procedimento penale nei soli confronti dell'ente per accertarne la responsabilità in relazione all'illecito amministrativo che deriva dalla commissione di un reato che verrà dichiarato estinto". Sulla stessa scia, alcuni²² hanno dubitato che la decisione delle Sezioni Unite possa davvero sopire o attenuare i contrasti emersi nella giurisprudenza di merito, vista "la sempre più sentita esigenza di perseguire, nell'attuale contesto normativo, le finalità di economia processuale e di *extrema ratio* della sanzione penale, di cui l'istituto ex art. 168 *bis* c.p. è espressione, che verrebbero così eccessivamente limitate nel contesto della responsabilità degli enti", ponendosi la decisione in buona sostanza "in controtendenza con la direzione ormai intrapresa dal nostro ordinamento, sempre più incentrato al perseguimento di finalità di deflazione ed economia processuale, nonché di riduzione del perimetro di intervento sanzionatorio penale, come del resto testimoniato dalla recente Riforma Cartabia".

20 E. LA ROSA, *Le Sezioni unite escludono la possibilità di messa alla prova dell'ente*, p. 1662

21 C. FIACCHI, *Applicabilità agli enti della disciplina della messa alla prova e poteri impugnatori del Procuratore Generale*, p. 15

22 A. PUCCIO, F. MONCADA, *Messa alla prova e responsabilità ex 231, le SU mettono un punto (per ora) all'applicabilità dell'istituto agli enti*, p. 1 e p. 7

Inoltre, qualcuno ha espresso opinione concorde sulla natura sostanziale della messa alla prova ma, al contempo, ha reputato superabili le considerazioni attinenti alle criticità operative: "quanto al programma della messa alla prova non si intravedono significative differenze tra il programma di trattamento confezionato per la persona fisica e quello confezionato per la persona giuridica"²³; il vero ostacolo all'applicabilità dell'istituto agli enti è il dato normativo, in specie l'inequivocabile "formulazione linguistica dell'art. 8 ... che come detto ritiene rilevante per le società la sola figura dell'amnistia"²⁴. *Contra*, vi è chi sostiene che l'argomento delle "insuperabili difficoltà non tanto di ordine teorico, quanto di carattere pratico" sia dirimente e che le Sezioni Unite avrebbero dovuto dare maggiore luce a questo aspetto che resta, invece, un po' in ombra²⁵.

Un profilo alquanto dubbio in ogni caso è, però, il valore da attribuire al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite sul merito del ricorso. Non essendo stato questo punto rimesso loro dalla Sezione Quarta, si tratta di un vero principio vincolante o di un *obiter dictum*?

Qualcuno in dottrina²⁶ ha posto questo problema, visto che le Sezioni Unite erano state adite espressamente per risolvere un'altra questione, eppure, nell'economia della motivazione, il tema della messa alla prova degli enti riveste uno spazio tutt'altro che secondario.

Taluni hanno sottolineato, purtuttavia, l'opportunità che le Sezioni Unite decidessero il vero tema di fondo, nonostante "sul punto non [ci fossero] gli estremi per formulare direttamente un quesito alle sezioni unite, dal momento che il contrasto (con ricadute pratiche assai rilevanti) non coinvolgeva, allo stato, le sezioni della Corte di cassazione, ma i tribunali. In un caso del genere infatti solo il presidente, ritenendo la questione «di speciale importanza», può disporre l'assegnazione alle sezioni unite (art. 610, comma 2, c.p.p.). Aver rimesso la questione preliminare sull'inammissibilità comportava che, una volta risolta

23 C. SANTORIELLO, *Niente messa alla prova per le società*, p. 5

24 C. SANTORIELLO, S. SODANO, *Quando la prassi non si arrende alle Sezioni Unite: per i giudici di merito le società vanno «messe alla prova»*, p. 222

25 E. LA ROSA, *Le Sezioni unite escludono la possibilità di messa alla prova dell'ente*, p. 1663

26 P. DELLA NOCE, *Guademus: le Sezioni Unite chiariscono che la messa alla prova non è applicabile agli enti ex d.lgs. 231*, p. 1; M. MOSSA VERRE, *La "messa alla prova" degli enti collettivi è esclusa anche dalla Cassazione a Sezioni Unite*, p. 187-188

[facilmente, aderendo all'orientamento maggioritario,] la stessa in senso positivo, le sezioni unite avrebbero potuto pronunciarsi anche nel merito e affrontare la questione della messa alla prova²⁷.

Su quest'ultima parte, è opportuno precisare che le Sezioni Unite non avrebbero dovuto necessariamente occuparsi del merito del ricorso, sussistendo anche l'ipotesi di risoluzione del quesito di diritto rimesso loro e conseguente restituzione del merito della vicenda al giudice di rinvio. L'annullamento con rinvio dovrebbe costituire, invero, la regola nell'ottica complessiva del sistema; viceversa, l'annullamento senza rinvio sarebbe circoscritto ai casi di cui all'art. 620 c.p.p., tra cui figura però alla lettera l) l'ipotesi in cui "la corte ritiene di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, o di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti necessari, e in ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio". Trattasi di un'ipotesi vaga e flessibile, una sorta di clausola di chiusura aperta che demanda alle stesse Sezioni Unite la valutazione (un bilanciamento di interessi contrapposti: da un lato la superfluità del rinvio per ragioni di economia processuale e la ragionevole durata del processo e, dall'altro, la necessità di restituire la decisione sul fatto al giudice di merito e non snaturare la funzione di legittimità della Corte)²⁸. Va ricordato che, pur essendo l'annullamento senza rinvio un'ipotesi eccezionale, con la L. 23 giugno 2017, n. 103, la fattispecie è stata estesa col dichiarato intento di ampliare i casi di annullamento senza rinvio (e con il conseguente rischio di arbitri, incertezze e trasformazione della Cassazione in un giudice di terza istanza). La superfluità del rinvio è stata implicitamente ritenuta operante dalle Sezioni Unite anche nel caso La Sportiva.

Va altresì ricordato che, a differenza di quanto previsto nel processo civile ex art. 142 disp. att. c.p.c, alle Sezioni Unite penali non è concesso decidere soltanto la specifica questione oggetto del contrasto e devoluta dalla sezione semplice: la rimessione alle Sezioni Unite penali, infatti, coinvolge l'intero ricorso, che dalle stesse deve essere integralmente definito (non essendo configurabile un rinvio alla sezione semplice, già rimettente, per la definizione delle questioni residue non devolute); solo

27 R.A. RUGGIERO, *Roma locuta: no alla messa alla prova per l'ente imputato*, p. 1935

28 In questi termini A. CABIALE, sub *Art. 620*, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato – Tomo III*, p. 2017

in materia civile è possibile distinguere, nel ricorso per Cassazione, tra i motivi quelli di competenza delle sezioni semplici e quelli delle Sezioni Unite. Nel caso in esame, la definizione del ricorso non sarebbe potuta tornare alla Sezione Quarta.

Se nel complesso la dottrina ha reagito in modo variamente articolato, a far scalpore è stata la “ribellione” dei giudici di merito che hanno disatteso e contrastato il principio di diritto espresso delle Sezioni Unite: nel giro di pochi mesi dalla pronuncia della Suprema Corte, infatti, due Tribunali si sono espressi comunque a favore dell’ammissibilità della messa alla prova dell’ente. Trattasi delle pronunce, già analizzate in precedenza, del Tribunale di Perugia (cfr. capitolo II, 3.3) e del Tribunale di Bari (cfr. capitolo II, 3.2 e 3.4²⁹).

Secondo questi Giudici, infatti, il principio sancito dalle Sezioni Unite in tema di messa alla prova degli enti sarebbe solo apparentemente vincolante; come si è già avuto modo di accennare, l’unico caso in cui il giudice di prime cure è formalmente vincolato al rispetto delle statuizioni della Cassazione si rinviene nell’art. 627, III comma c.p.p.: il giudice di rinvio si uniforma alla sentenza della Corte di Cassazione per ciò che concerne ogni questione di diritto con essa decisa (c.d. “precedente verticale”³⁰). Va precisato, sinteticamente, che ciò accade peraltro solo nel caso di annullamento della decisione per violazione di norme di diritto; al contrario, se l’annullamento è legato a rinvenuti vizi di motivazione, il giudice di rinvio presso cui il procedimento regredisce conserva poteri di indagine e di valutazione della prova e, non essendoci alcun principio di diritto cui doversi conformare, egli è tenuto soltanto

29 Va ricordato, per ragioni di chiarezza espositiva, che sussiste un’importante differenza tra i due procedimenti avanti al Tribunale di Bari. La vicenda di cui al paragrafo 3.2 si fondava su un’ordinanza di ammissione alla prova emessa in data 22 giugno 2022 (vale a dire prima dell’intervento delle Sezioni Unite, che hanno deciso il ricorso in data 27 ottobre 2022): l’ordinanza non sarebbe più stata, ormai, revocabile se non per una delle ipotesi tassative dell’art. 168 *quater* c.p.; il Giudice avrebbe potuto, in sentenza, motivare su queste basi l’impossibilità di adeguamento al principio di diritto delle Sezioni Unite. Contrariamente, nella vicenda processuale di cui al paragrafo 3.4 – come anche per quella avanti il Tribunale di Perugia – l’ordinanza ammissiva (14 giugno 2023) si innesta a valle dell’enunciazione del principio di diritto da parte delle Sezioni Unite, pertanto il discostamento dal medesimo doveva essere necessariamente motivato in punto di diritto (per erroneità o ingiustizia delle conclusioni adottate dall’organo di nomofilachia).

30 Così definito da G. DE AMICIS, *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione*, p. 8; questo Autore precisa, altresì, che nell’ambito del giudizio di rinvio sussiste anche un “autoprecedente”: in caso di impugnazione della decisione del giudice di rinvio, la stessa Corte non potrà distaccarsi dal principio già enunciato.

a non ripetere i vizi già censurati e a non fondare la propria decisione su argomentazioni già ritenute incomplete o illogiche.

Al di fuori del suddetto caso specifico, definire i termini del rapporto intercorrente tra giurisprudenza di merito e di legittimità è tutt'altro che semplice.

Premesso che il nostro ordinamento, a differenza di quelli di tradizione anglosassone, non conosce lo *stare decisis* in senso stretto, l'art. 65 ord. giud. sancisce, tra le attribuzioni della Cassazione, la sua funzione nomofilattica: vale a dire assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale. A tal fine, riconosciuto un valore prescrittivo a questa disposizione, non può che ritenersi che il dovere della Suprema Corte di fare nomofilachia sia coordinato con il dovere immanente della giurisprudenza di merito di aderire agli orientamenti dell'organo di vertice, rendendo effettiva la desiderata uniformità e prevedibilità delle decisioni. Tuttavia, riconoscere valore autoritativo e non solo persuasivo alle statuizioni della Cassazione (in particolare a quelle del suo massimo collegio) non significa escludere ogni possibilità di discostamento: il dovere giuridico dei giudici di merito di seguire e applicare i principi di diritto della Cassazione è pur sempre tendenziale; è possibile decidere in senso inverso, purché sussistano gravi ragioni analiticamente indicate e argomentate. La *gravitas*³¹ delle ragioni poste a fondamento di una decisione contraria al diritto uniforme è il parametro legittimante, sul piano giuridico e sociale, della decisione difforme ed è altresì garanzia dell'autonomia interpretativa del giudice di merito rispetto al precedente (in conformità al principio di cui all'art. 101 Cost. per cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge e tra essi non vi sono gerarchie).

Il richiamo – presente nelle pronunce del Tribunale sia di Bari sia di Perugia – all'art. 618, comma I-*bis* c.p.p. risulta, invece, inconferente poiché tale norma

31 Secondo F.M. DAMOSSO, *Quali vincoli argomentativi per il giudice di merito di fronte al precedente della Cassazione?*, p. 3842 ss.: ragioni dotate di *gravitas*, e perciò forti, atte a giustificare il discostamento del giudice di merito dal precedente di Cassazione sussistono solo se il primo soddisfa alcune condizioni di metodo (svolgimento di un'analitica operazione di *pars destruens* della completa *ratio decidendi* della Corte; valorizzazione della fattispecie concreta per valutare l'operatività di un *distinguishing*) e condizioni di contenuto (denuncia dell'erroneità di diritto per contrarietà al *dictum* costituzionale o per manifesta incongruenza sistematica; ingiustizia per compressione o sacrificio di principi assoluti, quali la presunzione di innocenza e il *favor rei*).

disciplina i rapporti tra le sezioni semplici e le Sezioni Unite, come si avrà modo di approfondire *infra* (cfr. paragrafo 2.2), e non tra giudici di merito e di legittimità.

2 Cassazione Sez. IV n. 22438/2025 (Overmek)

2.1 Fattispecie e decisione

La seconda e, ad oggi, ultima pronuncia della Cassazione sul tema dell'applicabilità della messa alla prova nel procedimento "231" è la sentenza n. 22438/2025, intervenuta a valle della vicenda riguardante la società Overmek s.r.l., che era stata ammessa alla prova e successivamente prosciolta per esito positivo della stessa da parte del Tribunale di Perugia, il quale ha ritenuto di poter superare l'insegnamento delle Sezioni Unite La Sportiva (come già esposto nel capitolo II, paragrafo 3.3). Non ci si dilungherà ulteriormente sulla vicenda di merito, la cui narrazione era rimasta interrotta al momento della proposizione del ricorso per Cassazione da parte del Procuratore generale presso la Corte d'appello di Perugia.

Avverso la sentenza del 2 ottobre 2024, infatti, quest'ultimo ha proposto ricorso *per saltum*, chiedendo l'annullamento con rinvio sulla base di un unico motivo: il Procuratore generale ha denunciato l'intervenuta violazione di legge in merito agli artt. 168 *bis* c.p. e 464 *bis* ss. c.p.p. per avere il Tribunale applicato la messa alla prova a una persona giuridica, dimenticando che il rinvio operato dagli artt. 34 e 35 del Decreto (valorizzati in sentenza dal Giudice di merito) è stato previsto "antecedentemente all'introduzione nell'ordinamento dell'istituto della messa alla prova, in occasione della quale il legislatore ha consapevolmente omesso questa nuova causa di estinzione dell'illecito dell'ente, modulandola con riferimento esclusivo all'imputato persona fisica". Vi sarebbe, perciò, una lacuna intenzionale.

Si precisa che, contrariamente a quanto eccepito dalla difesa dell'ente, il Procuratore generale è stato ritenuto legittimato a impugnare la sentenza – anche se

per lamentare, in fondo, l'ammissibilità dell'ordinanza di ammissione alla prova – per il fatto che l'ordinanza non gli era stata comunicata.

Il ricorso è stato deciso dalla Sezione Quarta all'udienza del 29 aprile 2025 con sentenza depositata in cancelleria in data 14 giugno 2025, n. 22438³². La Cassazione annulla senza rinvio la sentenza impugnata e con essa la precedente ordinanza; dispone, poi, la trasmissione degli atti al Tribunale di Perugia, in diversa persona fisica per il giudizio.

La conclusione della Quarta Sezione è conseguenza diretta dell'enunciato principio di diritto da parte delle Sezioni Unite in merito all'inammissibilità della messa alla prova nel rito *de societate*. Infatti, la stessa Sezione Quarta nella presente sentenza dichiara che "mentre, nel giudizio di merito, il giudice è legittimato ad adottare una statuizione in contrasto con un principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, argomentando in ordine alle ragioni del dissenso (come nel caso oggetto del ricorso), al contrario, nel giudizio di legittimità, le sezioni semplici della Corte di Cassazione sono vincolate al principio di diritto statuito dalle Sezioni unite, nel senso che, laddove intendano discostarsene, devono, ai sensi dell'art. 618, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., rimettere con ordinanza a queste ultime la decisione del ricorso". Nel caso di specie, la Sezione Quarta non si ritiene persuasa dalle argomentazioni del Tribunale di Perugia al punto tale da rimettere in discussione il tema al cospetto del massimo collegio di legittimità (ritenuto che il Giudice "non si è confrontat[o] compiutamente" con l' "articolato ragionamento" delle Sezioni Unite La Sportiva).

La Quarta Sezione, quindi, applica il principio di diritto statuito dalle Sezioni Unite, evidenziando che intende dare continuità all'indirizzo della Cassazione circa la vincolatività per le sezioni semplici del "principio di diritto enunciato come tale dalle Sezioni Unite, anche se estraneo alla questione controversa specificamente devoluta dalla sezione rimettente"³³. Irrilevante, pertanto, chiedersi se l'affermata inapplicabilità della messa alla prova agli enti fosse un semplice *obiter dictum*, poiché

32 Scaricata da banca dati OneLegale, Wolters Kluwer: <https://onelegale.wolterskluwer.it>

33 Cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 25.07.2023, n. 32084 (caso Fiore)

le sezioni semplici si ritengono vincolate a qualsivoglia enunciato delle Sezioni Unite qualificato dalle stesse come principio di diritto.

La Sezione Quarta, in ultimo, riprende schematicamente la *ratio decidendi* delle Sezioni Unite per rinnovarne l'autorevolezza: la natura della responsabilità degli enti, secondo il *dictum* delle Sezioni Unite Espenhahn/Thyssen-Krupp, è iscrivibile in un *tertium genus*; la messa alla prova ha, invece, natura sanzionatoria in virtù di una serie di indici normativi; ne consegue l'inapplicabilità dell'analogia *in bonam partem* o dell'interpretazione estensiva; da ultimo, la modulazione dell'istituto sulla persona fisica è incompatibile con l'ente.

2.2 L'interpretazione delle sezioni semplici: un principio di diritto vincolante (art. 618, comma I-*bis* c.p.p.)

Anche se "la realtà fuori buss a forte", come si evince dalle prese di posizione della giurisprudenza di merito successiva alle Sezioni Unite, la Cassazione ha nuovamente chiuso le porte alla messa alla prova per l'ente³⁴. E, in tale occasione, le motivazioni non attengono tanto al merito del dibattito – vale a dire all'opportunità o legittimità dell'operazione ermeneutica – ma si rifanno a una dinamica relazionale interna alla stessa giurisprudenza di legittimità: tutto ruota attorno al precipuo rapporto tra sezioni semplici e Sezioni Unite.

Per comprendere la ragione del vincolo sussistente in capo alla sezione semplice con riguardo al principio di diritto delle Sezioni Unite, è opportuno svolgere un approfondimento circa la relazione che intercorre tra i collegi di legittimità.

La Sezione Quarta richiama, infatti, l'operatività del nuovo art. 618, comma I-*bis* c.p.p.: questa disposizione, introdotta con la c.d. riforma Orlando nel 2017, aggiunge un'ipotesi (inedita³⁵) di rimessione "obbligatoria" da parte della sezione

34 Espressioni tratte da C. SANTORIELLO, *La Cassazione chiude le porte alla messa alla prova per l'ente (ma la realtà fuori buss a forte)*, p. 1 ss.

35 Invero, la novella apportata dalla riforma del 2017 si uniforma a quanto già previsto dal 2006 per la Cassazione civile ex art. 374, comma III c.p.c.; in aggiunta, la medesima regola era già stata prevista nel progetto definitivo del codice di procedura penale (art. 610 *bis*), ma non fu approvata per paura che il sistema di giustizia penale si contaminasse col vincolo del precedente (in violazione del principio di separazione dei poteri, soggezione dei giudici soltanto alla legge e

semplice alle Sezioni Unite, segnando un importante passaggio verso la valorizzazione della funzione nomofilattica della Cassazione e, in prospettiva, verso il sistema del precedente³⁶. Più nel dettaglio, è oggi previsto che “se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso”. L'utilizzo dell'indicativo presente “rimette” (a differenza della locuzione “può rimettere” di cui al comma I della stessa disposizione) porta con sé l'obbligatorietà della rimessione, la quale opera (diversamente dal comma I, relativo a un generico contrasto giurisprudenziale attuale o potenziale) nell'ipotesi speciale di contrasto attuale o potenziale tra sezione semplice e Sezioni Unite. Trattasi di una sotto-fattispecie³⁷ del comma I, la quale opera quando vi è già stata una statuizione delle Sezioni Unite che, in seguito, la sezione semplice ritiene di non condividere: non potendo quest'ultima decidere in senso difforme al principio di diritto enunciato, deve rimettere la decisione al massimo collegio.

Può sembrare, a un primo sguardo, che in tal modo il sistema si vada a irrigidire, perda la pluralità di prospettive, stronchi sul nascere qualsiasi tentativo di sperimentazione ermeneutica alternativa da parte della giurisprudenza di merito, e non sia più reattivo di fronte alle istanze provenienti dalla realtà che sollecita un'evoluzione interpretativa. Invece, è proprio nell'ordinanza di rimessione obbligatoria della sezione semplice dissenziente (anche stimolata dalle tesi dei giudici di merito e dai suggerimenti delle parti) che si individua l'anello di congiunzione tra i collegi e che costituisce l'occasione di un rinnovamento interpretativo. Tramite la motivazione dell'ordinanza, in specie, si sviluppa un nuovo rapporto dialogico tra sezione semplice e Sezioni Unite: la prima tenta, con la propria argomentazione (che deve essere solida e rigorosa), di convincere le seconde in ordine all'opportunità di superare il principio di diritto precedentemente enunciato, per evitare la

riserva di legge penale).

36 G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11*, p. 117 ss.

37 In questo senso, suggerendo la lettura unitaria del comma I e I-bis, G. DE AMICIS, *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione*, p. 10

cristallizzazione e per consentire al sistema di rinnovarsi; solo le seconde, però, detengono il potere di auto-smentirsi per modificare l'orientamento espresso.

L'interlocuzione non coinvolge più le varie sezioni semplici tra loro, ma queste ultime e le Sezioni Unite; il rapporto paritario tra i nuovi dialoganti si configura come partecipativo, non coattivo (non essendoci, peraltro, sanzioni o invalidità processuali in caso di omessa rimessione ex art. 618, comma I-*bis* c.p.p.). La nuova configurazione non è un dialogo "a rime obbligate" ma implementa una "sintassi virtuosa"³⁸ in una logica di responsabilizzazione delle sezioni semplici, garanti dell'avanzamento del sistema.

Il vincolo al precedente è stato introdotto, infatti, nell'ordinamento italiano in modo graduale: è un vincolo solo interno alla Cassazione (non coinvolge, quindi, i giudici di merito) ed è soltanto relativo-negativo (ovverosia, la sezione semplice non può pronunciarsi in senso difforme al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite; contrariamente, nel rispetto dell'art. 101 Cost., non è ad essa imposto di decidere in positivo secondo l'orientamento del supremo collegio)³⁹.

Stante il fatto che il presupposto dell'obbligatoria rimessione alle Sezioni Unite è la sussistenza di un già enunciato principio di diritto, è necessario chiarire i termini di questo concetto. Tipicamente il principio di diritto (che nel nostro ordinamento non costituisce fonte normativa) è definito come "la generalizzazione della interpretazione ed applicazione della norma ad una fattispecie concreta", risultando da un'operazione interpretativa che riconduce la decisione individuale a un canone ermeneutico idoneo ad applicarsi a casi uguali e anche simili o assimilabili; l'universalizzazione, tuttavia, non ha carattere astratto ma è pur sempre "diritto applicato al caso" specifico; è, di fatto, "regola di giudizio in cui si condensa il criterio di decisione della fattispecie concreta"; il giudice individua il principio guardando al passato per scoprire la radice

38 G. DI CHIARA, *Laboratori giurisprudenziali di legittimità, flussi nomofilattici e "isole nella corrente": il coagulo di una nuova sintassi nei rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni unite*, in A. PULVIRENTI (a cura di), *Le impugnazioni penali dopo la riforma*, p. 277

39 F.M. DAMOSSO, *Quali vincoli argomentativi per il giudice di merito di fronte al precedente della Cassazione?*, p. 3839-3840 precisa che, essendo un vincolo negativo per la sezione semplice, *a fortiori* non può reputarsi vincolato il giudice di merito (altrimenti si rischierebbe di soffocare il fisiologico ruolo propulsivo, in quanto unico giudice del fatto e vicino al fatto, verso il rinnovamento interpretativo; in più la norma in questione ha carattere eccezionale, poiché deroga al principio di autonomia interpretativa del giudicante).

profonda della disciplina ma lo costruisce ed enuncia guardando al futuro”⁴⁰. Il principio di diritto si distingue, tradizionalmente, dalla *ratio decidendi* (il percorso logico che mira a persuadere dell’esattezza della decisione, in quanto *iter* di argomenti posti a fondamento della stessa) e dall’*obiter dictum*⁴¹ (tutte quelle proposizioni di diritto che non sono necessarie alla decisione del caso concreto, quali trattatelli teorici su questioni diverse da quelle oggetto della lite oppure principi formulati su casi ipotetici suggeriti da quello sottoposto al giudice).

Dall’art. 173 disp. att. c.p.p. è, poi, possibile ricavare due diverse nozioni di principio di diritto. La prima, più circoscritta, deriva dal disposto del comma II: nel caso di annullamento con rinvio, la sentenza enuncia specificamente il principio di diritto al quale il giudice di rinvio deve uniformarsi. La seconda, invece più ampia, si ricava dal III comma: quando il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite, la sentenza enuncia sempre il principio di diritto sul quale si basa la decisione.

A quale “principio di diritto” fa riferimento il nuovo comma I-*bis* dell’art. 618 c.p.p.? Senza dubbio a quello con cui le Sezioni Unite risolvono la questione oggetto della rimessione (nel caso La Sportiva, ad esempio, la legittimità del Procuratore generale a impugnare). In più, dovendo in ogni caso le Sezioni Unite penali decidere l’intero ricorso, molti in dottrina ritengono che anche i principi enunciati fuori dall’oggetto della rimessione siano ricompresi nella nuova norma, specialmente i principi strettamente connessi o logicamente pregiudiziali (purché autonomamente isolabili e decisivi per la soluzione del quesito principale)⁴², e persino quelli estranei

40 Espressioni tratte da G. DE AMICIS, *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione*, p. 1 ss.

41 Così definito da G. GORLA, in nota nel contributo «*Ratio decidendi*», *principio di diritto (e «obiter dictum»)*. – *A proposito di alcune sentenze in tema di revoca dell’offerta contrattuale*, p. 89; cfr. dello stesso Autore il contributo *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, p. 83 e anche p. 76 e 79 in nota, ove l’Autore evidenzia che il principio di diritto, a differenza dell’*obiter dictum*, è legato ai fatti del caso, ma nella tradizione italiana si suole basarsi su raccolte di giurisprudenza (prive di elementi fattuali, ricche di *omissis*) ove è difficile distinguerlo, e che le massime spesso sono regole giuridiche sganciate dal caso concreto e quindi *obiter dicta*.

42 G. DE AMICIS, *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione*, p. 17. Cfr. Cass. pen., Sez. VI, sent. 20.01.2021, n. 23148 (Rv. 281501-01, massimata, caso Bozzini): “anche in relazione agli aspetti preliminari e consequenziali ad esso, ancorché relativi a profili non specificamente devoluti ma che si rendano, tuttavia, necessari per meglio delimitare il significato e la portata applicativa del principio stesso che, in tal modo, riveste carattere unitario”.

alla controversia⁴³. Per evitare incongruenze, la dottrina è unanime nel reputare conveniente che le Sezioni Unite – anche in virtù del maggior peso loro attribuito dalla riforma (poiché chiamate a intervenire più spesso per risolvere contrasti interpretativi) e di conseguenza al maggior rilievo delle loro decisioni (destinate ad acquistare maggior stabilità) – indichino in modo espresso i principi rilevanti ai sensi dell'art. 618, I-*bis* c.p.p.; in tal modo, il vincolo al precedente può porsi alla base di una rinnovata concezione della legalità penale: il sistema tramite la nomofilachia, che è diretta espressione del principio di uguaglianza, garantirebbe al cittadino non solo la previa conoscibilità della legge ma anche la prevedibilità della sua (tendenziale) interpretazione e applicazione⁴⁴.

3 Le ragioni delle S.S.U.U. a sostegno della inapplicabilità: esame e critica

3.1 Su l'affermato inquadramento della responsabilità ex D.lgs. n. 231/2001 quale *tertium genus* rispetto a quelle penale e amministrativa

43 Sostengono la vincolatività di tutti i principi enunciati dalle Sezioni Unite G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11*, p. 125; e anche F.M. DAMOSSO, *Quali vincoli argomentativi per il giudice di merito di fronte al precedente della Cassazione?*, p. 3841; e G. DE AMICIS, *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione*, p. 18.

Contra, ritengono il riferimento circoscritto ai principi di diritto enunciati su quanto oggetto della rimessione R. APRATI, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017). Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L.103/2017)*, in A. MARANDOLA, T. BENE (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, p. 295; e G. SPANGHER, *Nomofilachia "rinforzata": serve trasparenza*, p. 986. Cfr. anche Cass. pen., Sez. I, sent. 07.12.2022, n. 49744 (Rv. 283840-02, massimata, caso Petrillo): "riguarda esclusivamente l'oggetto del contrasto interpretativo rimesso e non si estende ai temi accessori o esterni".

44 F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. PALIERO et al. (a cura di), *La crisi della legalità: il "sistema vivente" delle fonti penali – Atti del Convegno, Napoli, 7-8 novembre 2014*, p. 240 ss.

La prima delle due premesse da cui si sviluppa la *argumentatio* delle Sezioni Unite in tema di inapplicabilità della messa alla prova agli enti, poi ripresa pedissequamente dalla Sezione Quarta, attiene alla natura della responsabilità ex D.lgs n. 231/2001. Si tratta di un tema classico della materia *de qua*, stante la discrasia evidente tra la sua formale intestazione (quale responsabilità “amministrativa”) e la sua sede di accertamento con tanto di disciplina applicabile tramite rinvio ex artt. 34 e 35 (ossia, giurisdizione e disciplina processuale “penale”).

La letteratura è vasta sul tema e numerosi sono stati anche gli interventi della giurisprudenza di legittimità (si rimanda al capitolo I, paragrafo 1.4); è stato, tuttavia, messo un punto fermo alla questione con la sentenza delle Sezioni Unite Espenhahn/Thyssen-Krupp. A tale pronuncia si rifanno anche gli Ermellini nel caso La Sportiva e nel caso Overmek, ove è stato ribadito che la natura della responsabilità dell’ente si configura come un *tertium genus*, anche in conformità alla Relazione di accompagnamento al Decreto.

Al proposito, tuttavia, è possibile rilevare che tale conclusione sia quasi sterile. Posto che è innegabile che il sistema “231” abbia elementi propri del sistema penale ma è anche invalicabile la denominazione legislativamente adottata, affermare semplicemente che non sia una responsabilità né penale né amministrativa ma “altra” configura una pronta e facile soluzione ma non soddisfa fino in fondo, poiché non definisce né riempie di contenuto questa alterità, che viene lasciata inconsistente.

Al di là del limite formalistico derivante dall’etichetta apposta dal legislatore – rispetto alla quale vale la pena ricordare che molti in dottrina hanno parlato di “truffa delle etichette”⁴⁵ – è paradossale che in giurisprudenza si insista ancora, dopo decenni dall’intervenuta rivoluzione normativa legata al *societas delinquere et puniri potest*, sulla qualifica amministrativa o si eluda il problema trincerandosi dietro la vaghezza del *tertium genus*.

Alla dottrina maggioritaria, ciononostante, non manca l’audacia di affermare che la natura della responsabilità degli enti sia in sostanza penale e che la

45 V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/02: una truffa delle etichette davvero innocua?*, p. 899 ss.: “la verifica della natura penale di una certa forma di responsabilità dovrà necessariamente spingersi oltre (il dato puramente formale del)la definizione legale, ricercando la soluzione corretta attraverso criteri ermeneutici di tipo sistematico”.

denominazione ufficiale nasconda una "cripto responsabilità"⁴⁶. G. Marinucci, impegnato a tracciare uno schizzo storico-dogmatico sull'ontologia della responsabilità della persona giuridica, è arrivato a sostenere che "si può comunque lasciare da parte a cuor leggero il terreno delle controversie ideologiche, sempre scivoloso, perché vi è una stringente ragione giuridica – il principio di eguaglianza – che milita a favore del passaggio dalla responsabilità amministrativa alla responsabilità penale. Ancora una volta la parola a Hirsch: «È ingiustificabile che un fatto sia per il singolo autore un illecito criminale, e non lo sia per l'impresa che sta alle sue spalle: è un privilegio senza giustificazione oggettiva»!"⁴⁷.

Queste considerazioni, per giunta, sono pienamente in linea con la più recente tendenza delle corti sovranazionali, animate pur sempre da fini garantisti ed egualitari, volta all'estensione del perimetro della *matière pénale*, il quale va definito guardando alla sostanza dell'addebito e prescindendo dalle etichette.

Vi è chi sostiene, comunque, che la diatriba sulla natura della responsabilità dell'ente non sia essenziale ai fini della soluzione del quesito relativo all'applicabilità della messa alla prova agli enti. Precisamente, i termini della questione non mutano sia che la responsabilità venga ritenuta amministrativa, sia che venga ritenuta penale o *tertium genus*. Taluno ha sostenuto che solo la natura della messa alla prova sia fattore determinante ai fini della conclusione, poiché, a voler semplificare al massimo, "delle due l'una: o si ritiene che l'art. 168-*bis* c.p. determina nel complesso effetti più favorevoli al reo e, come tale, è suscettibile di applicazione analogica, oppure si nega la produzione di un simile effetto e allora se ne ritiene preclusa l'analogia"⁴⁸. Sul tema dell'analogia, si proseguirà l'indagine *infra* (paragrafo 3.2).

In modo più approfondito, qualcuno ha sviscerato l'intricato rapporto tra i due istituti a confronto, della cui natura si discute doppiamente, affermando che da un lato, nella prospettiva di chi ritiene penale la natura della responsabilità degli enti, nessun problema sussisterebbe nel far entrare nel suo campo d'azione anche la messa alla prova (eventualmente qualificata come "pena"); dall'altro, invece, da

46 Così la definisce P. TRONCONE, *La messa alla prova dell'ente collettivo e delle società. Gli effetti non previsti di un diritto sanzionatorio criptico*, p. 837

47 G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: uno schizzo storico-dogmatico*, p. 469 si riferisce a H. H. HIRSCH, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, p. 617

48 E. LA ROSA, *Le Sezioni unite escludono la possibilità di messa alla prova dell'ente*, p. 1661

parte di chi resta fermo al mero *nomen iuris* e concepisce la responsabilità degli enti come amministrativa, andrebbe preso atto – per restare coerenti con la propria intransigenza formale – che la messa alla prova è stata introdotta dalla legge come “prova” (innegabilmente sanzionatoria, come sottolineato anche dalla già richiamata sentenza della Consulta n. 75/2020) ma non come “pena”⁴⁹.

Orbene, non vale in ogni caso l’argomento fondato sull’art. 168 *ter* c.p. (che a fronte dell’estinzione del reato per esito positivo della prova fa, comunque, salva l’applicazione delle sanzioni amministrative accessorie), portato avanti da chi si ostina ad appigliarsi alla testuale indicazione di responsabilità “amministrativa”; ciò dal momento che è proprio il testo della disposizione a riferirsi inequivocabilmente alla persistenza di sanzioni sì amministrative ma accessorie: nella (opinabile) ipotesi di qualificazione della responsabilità dell’ente come “amministrativa”, la sanzione pecuniaria o interdittiva prevista dal Decreto (art. 9) non potrebbe comunque in nessun modo ritenersi “accessoria” bensì principale.

3.2 Sulla affermata natura sanzionatoria della messa alla prova ex art. 168 *bis* c.p. e conseguente impossibilità di analogia *in bonam partem* o di interpretazione estensiva per il principio di tassatività e per il divieto di analogia delle norme penali

L’altra premessa che sta alla base del ragionamento delle Sezioni Unite è l’asserita natura sanzionatoria della messa alla prova, impeditiva del suo innesto nel sistema “231” poiché, per il principio di tassatività e riserva di legge, non possono operare né l’analogia (quand’anche *in bonam partem*) né l’interpretazione estensiva.

Il tema della natura della messa alla prova costituisce, forse, terreno ancor più accidentato di quello a esso speculare relativo alla natura della responsabilità prevista dal Decreto.

La sospensione del procedimento con messa alla prova, così come disciplinata nell’ordinamento italiano, ricomprende talune componenti di *probation* e altre di

⁴⁹ P. TRONCONE, *La messa alla prova dell’ente collettivo e delle società. Gli effetti non previsti di un diritto sanzionatorio criptico*, p. 845 ss.

diversion (cfr. capitolo I, paragrafo 2.2) e ha duplice anima, sostanziale e processuale (cfr. capitolo I, paragrafo 2.3). La pronuncia delle Sezioni Unite – a valle di un *excursus* giurisprudenziale da cui sono state estrapolate statuizioni autentiche ma decontestualizzate – pur non potendo negare *tout court* l’ambivalenza ontologica della messa alla prova, ne ha opinabilmente accentuato la natura sanzionatoria. Proprio partendo dalla natura sostanziale-sanzionatoria e dal carattere afflittivo dell’istituto – e invocando poi il principio di legalità penale – viene infatti costruito l’argomento decisivo dell’inesistibilità interpretativa tramite analogia (e *a fortiori* tramite interpretazione estensiva).

L’insistenza sul carattere di trattamento sanzionatorio, tuttavia, non pare convincente; ciò peraltro, come si è accennato, in virtù dei medesimi riferimenti giurisprudenziali (costituzionali soprattutto) richiamati in motivazione dalle Sezioni Unite: trattasi di pronunce ove il *fil rouge* non è tanto la natura sanzionatoria della messa alla prova, bensì la sua ambivalenza. Senza contare che, pur richiamandosi alla sentenza della Consulta n. 91/2018 per valorizzarne gli inequivoci indici sanzionatori, le Sezioni Unite ne hanno ignorato l’altrettanto inequivoca, e persino più netta, statuizione relativa al fatto che la messa alla prova “non è una sanzione penale” (stante la volontarietà della sua esecuzione). A conferma, invece, del fatto che l’ambivalenza dell’istituto sia neutra, è opportuno rifarsi alle parole dei giudici di legittimità che hanno affermato che “l’istituto in esame si configura come una peculiare forma di definizione alternativa del procedimento, attraverso la previsione di un ulteriore rito speciale, che sicuramente persegue un obiettivo di deflazione ma che trova la sua *ratio* nell’esigenza di configurare anche un sistema che vuole porsi come mezzo di tutela sostanziale dei beni giuridici lesi, più che come astratto ed indefettibile meccanismo retributivo conseguente alla commissione del reato”⁵⁰.

Ingiustificata, di conseguenza, risulta essere la decisione delle Sezioni Unite di soprassedere al profilo processuale dell’istituto della messa alla prova, la quale indubbiamente si configura (anche per espresso riconoscimento giurisprudenziale costituzionale) pure come rito speciale. Da questa scelta criticabile deriva anche l’inesattezza metodologica di omettere, senza adeguata motivazione, la valutazione di

50 Cass. pen., Sez. II, sent. 04.05.2015, n. 18265 (caso C.F.)

compatibilità dell'istituto – pur sempre disciplinato nel codice di rito – con il Decreto in base al richiamo che l'art. 34 fa alle disposizioni processuali. Le Sezioni Unite, infatti, hanno ritenuto di procedere direttamente con il tentativo di applicazione analogica, escludendone la praticabilità in virtù degli artt. 12 e 14 delle preleggi al codice civile (che restringono l'ambito applicativo dell'analogia introducendone un divieto in materia penale).

Il tema dell'analogia in materia penale, liquidato dalle Sezioni Unite in poche righe della parte motiva della sentenza in commento, merita di essere sviluppato ulteriormente in ragione della sua complessità.

L'operazione analogica è il procedimento attraverso cui vengono risolti i casi non previsti dalla legge, estendendo a essi la disciplina prevista per i casi simili (analogia *legis*) o, altrimenti, desunta dai principi generali del diritto (analogia *iuris*). A una prima lettura del disposto di cui all'art. 14 prel. c.c. si evince che l'analogia è vietata nel campo penale, ma questo è vero solo in via di principio; secondo la dottrina, infatti, vanno operate delle distinzioni tra l'analogia c.d. *in malam partem* e *in bonam partem*.

Il divieto di analogia *in malam partem* (con riguardo sia al precetto sia al trattamento sanzionatorio) è da tutti riconosciuto come assoluto; esso trova il suo fondamento nel principio di legalità (principio costituzionale e persino supremo, enunciato all'art. 1 c.p. e all'art. 25, II comma Cost.), essendo volto in ultima analisi alla tutela del *favor libertatis* (inteso innanzitutto come libertà da imprigionamenti arbitrari e incoercibilità del corpo) e alla tutela del libero arbitrio, per il tramite della chiarezza e prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni. Diversamente, l'analogia *in bonam partem* – ammessa da parte della dottrina e dalla gran parte della giurisprudenza – può operare a certe condizioni anche in materia penale; infatti, il fondamento del suo divieto sta nel principio di certezza del diritto, che è un principio non specificamente penale, e nella necessità di evitare che l'analogia a favore del reo si risolva indebitamente a sfavore di un altro cittadino (tipicamente la vittima, anche se il pregiudizio non è ai diritti fondamentali di quest'ultima – in quanto già lesi dal fatto di reato in sé – ma all'eventuale risarcimento del danno morale) o che essa vada a sfavore della collettività.

Fatta questa premessa sul diverso fondamento del divieto di analogia con effetti sfavorevoli al reo rispetto a quella con effetti favorevoli al medesimo, “una equiparazione ... risulta fuori fuoco e non dovrebbe sussistere – come vedremo – ragione alcuna per trattare le due figure con il medesimo, intransigente rigore”⁵¹.

Nella pronuncia delle Sezioni Unite non risulta chiaramente apprezzata la distinzione tra analogia *in bonam partem* (che viene citata espressamente dagli Ermellini) e *in malam partem* (cui i medesimi sembrano riferirsi implicitamente). L’equivoco, ad ogni modo, sta a monte: dato che la messa alla prova viene considerata dalle Sezioni Unite come pena, il suo innesto nel sistema “231” (a prescindere dall’asserita disomogeneità rispetto a quello penale) viene concepito come estensione analogica *in malam partem*, vietata in senso assoluto in materia penale. Non si può dissentire su quest’ultimo punto, ma dell’opinabilità della premessa si è già detto. La questione per le Sezioni Unite si chiude così, pertanto in sentenza non viene affatto approfondito il tema dell’analogia *in bonam partem*.

La messa alla prova, però, nel suo aspetto sostanziale non è solo un momento sanzionatorio-afflittivo (come hanno voluto sottolineare i giudici di legittimità) ma è soprattutto causa di estinzione del reato. O meglio, la messa alla prova non è essa stessa causa estintiva del reato, ma è la cornice procedimentale entro cui viene sviluppato un programma di trattamento al cui esito positivo si verifica l’estinzione del reato⁵².

La natura di causa estintiva del reato permette di ricondurre l’esito positivo della messa alla prova alle cause di non punibilità. Tale categoria, in verità, viene tradizionalmente suddivisa nelle seguenti: cause di giustificazione (o scriminanti), cause di esclusione della colpevolezza (o scusanti) e cause di non punibilità in senso stretto. La tripartizione appena suggerita non è priva di conseguenze; infatti, l’applicazione analogica *in bonam partem* non viene riconosciuta in modo unanime per tutte le tipologie di cause che pur producono un effetto favorevole al reo. Quanto affermato poiché, come evidenziato dalla più autorevole dottrina, va considerato un

51 R. D’ANDREA, *L’analogia in bonam partem nel diritto penale. Una riflessione sulla natura “eccezionale” delle norme di favore*, p. 58

52 Così precisano G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, p. 518

altro limite dell'analogia: viene in rilievo in queste ipotesi il carattere eccezionale della norma, più che quello penale (essendo in quest'ultimo caso, come detto, secondo i più preclusa solo l'analogia *in malam partem*).

Le Sezioni Unite non sono scese così in profondità: non vi è alcun riferimento nella sentenza all'ammissibilità o meno dell'analogia *in bonam partem* delle norme eccezionali. Il tema è però raffinato e interessante.

L'art. 14 prel. c.c. impedisce *apertis verbis* di applicare in via analogica le norme eccezionali⁵³, poiché è nella natura stessa di un'eccezione il fatto che il legislatore l'abbia voluta confinare ai margini del sistema, ovverosia a situazioni peculiari. E questo vale, nella dottrina penalistica classica, di certo per le cause di non punibilità "poiché la regola che governa l'intero sistema penale è che all'autore di un fatto penalmente rilevante devono essere applicate le sanzioni previste dalla legge per quel particolare fatto di reato, la previsione che egli resti in tutto o in parte impunito per ragioni di opportunità politico-criminale non può non presentarsi agli occhi dell'interprete come una eccezione"⁵⁴. L'inesensibilità, quindi, per la dottrina tradizionale è lapalissiana.

Non mancano, però, Autori che portano avanti una diversa lettura del tema, riconoscendo nell'art. 3 Cost. il fondamento dell'art. 14 prel. c.c. e sostenendo che l'approccio tralatizio al tema dell'analogia (che si ritiene preclusa per le norme eccezionali) debba essere superato: senza trascurare le cospicue differenze che giustificano la tripartizione interna alle cause di non punibilità, "dal ristretto punto di vista della possibilità di estensione analogica, la loro diversità, sinora fortemente rimarcata dalla dottrina di gran lunga maggioritaria, potrebbe essere in larga misura

53 Pur non esistendo una definizione univoca, una delle più autorevoli e acute è stata elaborata da F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte generale*, p. 76, secondo cui il diritto eccezionale è il "complesso normativo che regola il *minor numero* di ipotesi in modo non solo diverso ma *antitetico* rispetto al complesso normativo che regola il maggior numero di ipotesi (diritto regolare), in quanto l'uno vieta e l'altro comanda o l'uno vieta e l'altro permette o l'uno permette e l'altro comanda la serie di fatti rispettivamente previsti"; si distingue dal diritto speciale che è "quel complesso normativo che, in ordine ad una determinata materia, regola il *minor numero* di ipotesi in modo *diverso* ma non antitetico rispetto al complesso normativo che regola il maggior numero di ipotesi (diritto comune), poiché entrambi pur sempre vietano o comandano o permettono i fatti rientranti nelle rispettive sfere di previsione".

54 R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto penale – Parte generale*, p. 209

ridimensionata”⁵⁵. Tradizionalmente le scriminanti vengono considerate espressione di principi generali, viceversa le scusanti e le cause di non punibilità in senso stretto sarebbero norme eccezionali. Tuttavia, se anche alla base delle scriminanti vi è un principio generale che rende più agevole ed evidente la loro possibile applicazione ad altri casi, anche le altre due categorie hanno una propria *ratio legis* e relativamente a esse non sussiste una difformità ontologica e qualitativa rispetto alle scriminanti, tale da precluderne l’estensione analogica, ma soltanto una questione di grado, ossia quantitativa. Secondo questo approccio moderno, è l’art. 3 Cost. a dover costituire “un ineludibile punto di riferimento per ogni ragionamento giuridico intorno al procedimento analogico perché ... [esso] chiede di valutare se la *ratio* della legge di volta in volta in esame postuli una equiparazione o differenziazione di trattamento” e, in quest’ottica, l’analogia può essere intesa come “strumento di interpretazione costituzionalmente conforme in senso ampio”. Stravolgendo la prospettiva tradizionale, non è l’incriminazione-punizione a essere regola generale; nelle liberaldemocrazie il principio cardine della materia penale è quello del *favor libertatis* per cui è meglio lasciare impuniti dieci colpevoli che condannare un innocente; ne consegue che, per garantire libertà e uguaglianza, si deve partire da una norma di favore per individuare analogicamente i casi a essa riconducibili. “Le cause di non punibilità in senso stretto, ponendosi come eccezione dell’eccezione [incriminare], confermerebbero la regola, ossia il principio di libertà”.

Nel senso di un avvicinamento tra scriminanti e altre cause di non punibilità, va ricordato un fulgido esempio di abbandono dell’approccio tradizionale da parte della giurisprudenza⁵⁶ che ha riconosciuto di poter applicare in via analogica le scusanti (in quanto espressione del principio generale del *nemo tenetur se detegere* e del *ad impossibilia nemo tenetur*, riconducibili al principio di colpevolezza di cui all’art. 27, comma I Cost.). Tale operazione ermeneutica correttamente si è fondata sull’individuazione della *ratio* della norma da estendere; a determinare l’impiego

55 R. D’ANDREA, *L’analogia in bonam partem nel diritto penale. Una riflessione sulla natura “eccezionale” delle norme di favore*, p. 64 ss.

56 Cass. pen., S.S.U.U., sent. 17.03.2021, n. 10381 (caso F.L.) in merito all’estensione analogica della scusante di cui all’art. 384, I comma c.p. a chi ha commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente *more uxorio* da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell’onore.

dell'analogia non è, infatti, la presenza di una lacuna colmabile da una norma sulla base della stessa *ratio*, ma al contrario è la *eadem ratio* ad avere priorità logica rispetto alla lacuna: la stessa *ratio* (quand'anche regga una norma c.d. eccezionale) va applicata oltre la fattispecie espressa per rispettare le irrinunciabili esigenze costituzionali e per garantire il dover essere normativo ma soprattutto valoriale. Naturalmente questo deve avvenire con ragionevolezza, poiché non va trascurato l'innegabile rischio operativo di discrezionalità del giudice; ma ciò non vale a negare alla radice la possibilità e l'opportunità dell'estensione analogica anche delle norme eccezionali: il principio di separazione dei poteri non traccia, peraltro, una linea di demarcazione qualitativa tra legislatore e giudice, poiché nessun potere è libero nei fini ed entrambi concorrono a innovare l'ordinamento creando e interpretando.

Ritornando alla pronuncia delle Sezioni Unite La Sportiva, resta fermo che (anche a prescindere dalle riflessioni teoriche sui limiti dell'analogia) concepire la messa alla prova come una mera sanzione per concludere nel senso dell'inesistibilità analogica è riduttivo, se non altro perché la messa alla prova in concreto è certamente vicenda sanzionatoria più vantaggiosa⁵⁷ – per l'ente e per la collettività – rispetto alle pene previste dal catalogo del Decreto.

In più, si è giustamente affermato in dottrina che il carattere sanzionatorio, pur esistente, "non può giustificare – come sembrerebbero suggerire le Sezioni unite – una sorta di incompatibilità ontologica della messa alla prova con la responsabilità degli enti, tale da escluderne a priori la sua applicabilità. Si dovesse portare questo ragionamento alle logiche conseguenze, nessuna norma dettata per la giustizia penale in senso stretto sarebbe applicabile se non ne fosse espressamente prevista la validità, perché dettata *ad hoc* o direttamente richiamata. E per assurdo anche la stessa funzione rieducativa – in base alla quale il d.lgs. 231 è costruito – dovrebbe risultare estranea al sistema. L'argomento dunque, così come sviluppato, prova troppo, e in ogni caso non sembra del tutto conseguente"⁵⁸.

57 A testimonianza del fatto che la messa alla prova sia sempre stata considerata una sorta di beneficio per l'imputato, non può sottacersi che non si è mai sollevato il problema di garantire l'imputato dall'inflizione di un trattamento sanzionatorio non previsto dalla legge nelle altre ipotesi in cui se ne è prospettata l'applicazione a casi formalmente estranei all'area applicativa dell'art. 168 *bis* c.p.; cfr. C. Cost., sent. n. 174/2022 e n. 240/2015.

58 R.A. RUGGIERO, *Roma locuta: no alla messa alla prova per l'ente imputato*, p. 1937

3.3 Sulla affermata modulazione sanzionatoria della messa alla prova ex art. 168 *bis* c.p. specificamente sull'imputato persona fisica e sui reati allo stesso astrattamente riferibili e conseguente impossibilità di estensione all'ente

Ad abundantiam le Sezioni Unite sviluppano l'argomento cui forse avrebbero dovuto dare centralità al fine di irrobustire la loro tesi. L'impossibilità di estendere in via analogica la messa alla prova ex art. 168 *bis* c.p. agli enti sembra infatti risiedere, secondo un Autore che ha commentato la pronuncia⁵⁹, nell'allusa "inesistenza di una rilevante similitudine tra le fattispecie" (la Corte parla di disomogeneità di sistemi) e nel fatto che si renderebbe necessaria "la riformulazione per analogia non solo della 'fattispecie' del beneficio (ossia l'insieme dei presupposti richiesti dalla legge per ottenere la sospensione con messa alla prova), ma anche della sua 'disciplina' (principalmente, il programma di prova e l'effetto estintivo): a tal proposito, può infatti osservarsi che l'analogia, come procedimento a disposizione dell'interprete della legge, dovrebbe consistere nell'estendere a fattispecie simili una stessa disciplina, non anche [consentire] di formulare una disciplina diversa, quand'anche funzionalmente analoga o ispirata alla medesima *ratio* sottesa alla legge che regola la fattispecie simile".

La preoccupazione più grande, eppure non dichiarata, pare infatti essere legata alle già ricordate incertezze e discrezionalità applicative in cui i giudici – stavolta sì in spregio al principio di legalità e uguaglianza – potrebbero incorrere nella traslazione in via analogica e nell'adattamento all'ente della messa alla prova degli adulti.

Affermando che la messa alla prova è modulata sulla persona fisica, le Sezioni Unite manifestano perplessità riguardo alla configurazione di un programma per l'ente. Sul punto si è già dato conto, però, di come la prassi abbia superato in concreto questo presunto limite (cfr. i programmi trattamentali elaborati per le persone giuridiche dalla giurisprudenza di merito nel capitolo II, paragrafo 3).

⁵⁹ M. MOSSA VERRE, *La "messa alla prova" degli enti collettivi è esclusa anche dalla Cassazione a Sezioni Unite*, p. 194

Schematicamente, nella disciplina della messa alla prova vengono integrati tre contesti prescrittivi: un primo di natura riparatorio-compensativa (risarcimento), un secondo di carattere riabilitativo (affidamento al servizio sociale, prescrizioni limitative della libertà personale) e un terzo di tipo punitivo a rilevanza sociale (lavoro di pubblica utilità). È necessario capire se sia possibile procedere a una "entificazione" della disciplina del programma trattamentale nei suoi vari profili.

Il primo aspetto è del tutto compatibile con l'organizzazione societaria, da parte della quale è possibile provvedere alla *restitutio in integrum*. Il secondo elemento, invece, andrebbe declinato nel senso di una riorganizzazione virtuosa e della rieducazione verso una politica di impresa corretta. Il terzo profilo, poi, è solo apparentemente insuscettibile di traslazione in capo all'ente; infatti va precisato che il lavoro (anche in virtù del richiamo al concetto più ampio di "progetto" nel testo dell'art. 20 *ter* della L. ord. pen.) non è da intendersi soltanto come sforzo fisico personale – altrimenti persino alcune persone fisiche (si pensi ai soggetti affetti da handicap) non potrebbero svolgere la prova – ma può essere costituito da qualsiasi iniziativa e attività atipica che abbia un connotato di socialità, che vada, cioè, a beneficio della collettività. Inoltre, priva di forza persuasiva è l'argomentazione che vede nel programma dell'ente una monetizzazione della pena: le sanzioni che la messa alla prova andrebbe a sostituire sarebbero comunque pecuniarie (in origine o per conversione di quelle interdittive, secondo i meccanismi premiali già previsti nel Decreto). Va aggiunto che, per l'ente, l'accesso al programma trattamentale rappresenta un'alternativa a sanzioni altrimenti gravemente afflittive (persino idonee a causare la c.d. morte dell'ente) e "potrebbe addirittura condurre a esiti più proficui di quelli riscontrati con riguardo alle persone fisiche"⁶⁰, dal momento che consente la prosecuzione dell'attività economica tutelando sia il valore sociale dell'impresa sia gli interessi dei terzi incolpevoli.

In seguito, dovendosi valutare l'idoneità del programma sulla base dei parametri dell'art. 133 c.p., le Sezioni Unite escludono che possa effettuarsi in capo all'ente tale prognosi di astensione dal commettere ulteriori reati; la valutazione

60 E. SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'obblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, p. 206

prognostica che viene richiesta va infatti a svelare le funzioni di rieducazione e risocializzazione dell'istituto, finalità che non sarebbero riferibili all'ente perché privo di un sostrato psicofisico. In questo senso, nelle ultime righe della sentenza si intravede un radicale scetticismo anche in prospettiva *de lege ferenda*: è empiricamente inimmaginabile una rieducazione dell'ente; dunque la messa alla prova delle persone giuridiche è impossibile non solo *rebus sic stantibus*, ma lo sarebbe proprio *tout court*.

Sulla possibilità di riconoscere una personalità all'ente la dottrina è nettamente divisa. Taluno esclude categoricamente che l'ente possa essere equiparato all'individuo; le perplessità muovono dal fatto che "l'ente, nella sua realtà dinamica, non è in alcun modo paragonabile alla vicenda della persona fisica, che pur muta continuamente nel tempo. Nell'ente si succedono e cambiano i soggetti, le attività, gli obiettivi, i mezzi, lasciando eredità (formali o informali, palesi o occulte) che si sovrappongono, si deformano e s'intrecciano, dando luogo a una sorta di fusione dei singoli elementi costitutivi, eterogenei tra loro, suscettibile di un giudizio di adeguatezza o meno solo se considerata nel suo complesso. L'ente, in conclusione, è oggetto suscettibile di radicali trasformazioni complessive o settoriali (non mi riferisco a quelle civilisticamente rilevanti) che nulla hanno a che vedere con lo sviluppo, l'evoluzione e i mutamenti della persona fisica, poiché questa mantiene un nucleo di personalità inesistente nella persona giuridica (assunta quale esempio degli enti). ... Senza lasciarsi risucchiare dall'immensità dei problemi, pare che, indipendentemente dall'accezione che si voglia dare alla finalità indicata dall'art. 27, comma 3, della Costituzione, essa presupponga sempre un «persona» o, meglio, tenuto conto dell'intonazione dinamica propria di ogni finalità tendenziale, di una personalità ... [ma] è evidente che qualsivoglia comparazione con le dinamiche psicologiche sottostanti alle modifiche della personalità, più che essere un traslato, assume la natura di un infondato ricorso ad un'assonanza verbale. L'ente è il frutto di una disciplina giuridica, che regola la natura e gli effetti di un complesso organizzato di persone, unite dal perseguimento di uno scopo comune. Come tutte le strutture la sua totalità è diversa dalla somma delle componenti umane e materiali. ... Se condivido pienamente l'intento di responsabilizzare l'impresa ... questo si colloca,

fuori di ogni metafora, su un piano schiettamente oggettivo, data l'assenza di un centro o un'entità a cui riferire una personalità comparabile con quella umana"⁶¹. Per contro, qualcun altro (partendo dal curioso, ma disincantato, presupposto⁶² che "la rieducazione del condannato-persona fisica è un mito" e "lo scopo rieducativo si ritiene soddisfatto quando la pena non produca un'ulteriore desocializzazione del reo-persona fisica") ha affermato che "una sanzione nei confronti delle persone giuridiche può invece ambire a quegli obiettivi irraggiungibili delle pene dirette all'individuo" dal momento che non vi è il rischio, aborrito per il principio di dignità umana, di straziare un corpo o umiliare un animo; quindi, permessa una maggior invadenza e pervasività o persino violenza, "nei confronti di un'impresa il diritto penale può dar sfogo a tutte le pretese di rimodellamento e di riformulazione della struttura; può ricostruire una «persona nuova», modificando il carattere e reimpostando la condotta di vita. ... Quando il destinatario della pena è una società tutto è concesso: il risultato può essere un soggetto che ha mutato radicalmente personalità e che ha chiuso con il suo passato criminale. Il diritto penale può scavare fino in fondo nel vissuto dell'organizzazione, attuando degli interventi di lobotomia, che creano una persona giuridica nuova, con uno stile di vita rispettoso della legge"⁶³. Orbene, probabilmente tra le tesi dei due Autori suesposte è possibile concludere che *in medio stat virtus*; ad ogni modo, sia che a livello dogmatico si neghi, sia che si affermi l'esistenza di una personalità dell'ente, empiricamente non può rifiutarsi l'idea che il soggetto giuridico possa essere riportato nei binari della legalità.

Infatti, per quanto concerne la prognosi positiva di rieducazione e l'adattabilità dei parametri ex art. 133 c.p., è possibile apprezzare la personalità dell'ente "in termini di propensione alla dis-organizzazione aziendale" e valutare anche "il

61 A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, p. 241-248; l'Autore ha un approccio molto pragmatico, nega la natura penale della responsabilità ex D.lgs. n. 231/2001 e contesta altresì la ricostruzione della dogmatica penalistica (cfr. C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*) che si è interrogata sugli elementi del fatto e della colpa nella responsabilità degli enti (ad esempio, C.E. PALIERO affronta il tema della natura dell'illecito ma anche del suo carattere – commissivo vs. omissivo; d'evento vs. di pericolo – e conclude nel senso di una "fattispecie plurisoggettiva di parte generale, tipizzante una nuova ipotesi di concorso (necessario) di persone fisiche e giuridiche nello stesso reato").

62 L'intuizione ed elaborazione teorica si deve al noto contributo di E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, p. 469 ss.

63 C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, p. 291

contegno tenuto dallo stesso *ante* e *post factum* e, infine, le condizioni e, dunque, il contesto imprenditoriale e sociale in cui si è trovato ad operare l'ente (verificando, se, per caso, le condizioni del mercato di riferimento abbiano «spinto» l'ente alla commissione dell'illecito)”⁶⁴.

Con riguardo alla compatibilità finalistica, invece, va ribadito che l'obiettivo della messa alla prova non è solo quello deflattivo e di ridimensionamento del sovraffollamento carcerario; l'istituto può essere concepito come una “sanzione complessa” ove “aspetti tipici della pena” si affiancano a “aspetti nuovi, che avvicinano quest'istituto agli strumenti di «giustizia riparativa»”, caratteristici di altri settori o ordinamenti, che coniugano la risocializzazione del reo con la tutela della persona offesa⁶⁵. Messi da parte i presunti profili di contrasto con la disciplina costituzionale, in particolar modo con la presunzione di non colpevolezza ex art. 27, II comma Cost.⁶⁶, la disciplina della messa alla prova deve comunque essere interpretata in senso costituzionalmente orientato, adattandone il meccanismo applicativo a una quanto più ampia possibile platea di destinatari. Ciò al fine di compiere il disegno di deflazione voluto dal legislatore, pur sempre controllato però dalla finalità preventiva che governa la materia penale e dalle tendenze riparativo-conciliative che sono in procinto di aprire un nuovo orizzonte di politica criminale nel nostro ordinamento (cfr. paragrafo 4.2 *infra*).

Non va trascurata, poi, la finalità rieducativa che è insita nella messa alla prova; per utilizzare le parole dei giudici di legittimità: “l'esigenza di rieducazione del condannato così come indicata nell'art. 27 della Carta Costituzionale, comma 3, rappresenta un beneficio non solo per l'imputato ma per la collettività e l'essenza dell'istituto in esame non può certo ricollegarsi al solo fatto materiale di consentire all'imputato di vedere estinto il reato del quale è chiamato a rispondere, ma ha radici ben più profonde (e nobili), che tendono all'eradicazione completa delle tendenze di condotta antiggiuridica del soggetto e che contrastano con l'idea di un individuo semi-

64 M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": Quali prospettive per la diversion dell'ente?*, p. 70

65 Così V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?*, p. 3-6

66 Si allude alle criticità evidenziate in merito all'istituto di cui all'art. 168 *bis* c.p. con riguardo all'autore individuale, dal momento che vengono imposte prescrizioni sanzionatorie in difetto di un accertamento di responsabilità per il fatto commesso. La Consulta, con sent. n. 91/2018, però ha respinto le censure avanzate circa la presunta violazione della presunzione di non colpevolezza.

risocializzato”⁶⁷. Il fine alto della rieducazione è un principio fondante la giustizia penale moderna, però è in concreto “difficile cogliere nel non detto del terzo comma dell’art. 27 Cost. quale possa essere ritenuto l’autentico percorso di recupero sociale da assegnare ad una persona. Il sistema di *probation* penitenziario che si è stratificato nel nostro ordinamento guarda, in realtà, al prevalere delle ragioni che in una dimensione prognostica mirano all’abbattimento della recidiva dopo la sottoposizione a prescrizioni limitative del normale agire di un individuo. La linea di indirizzo intrapresa sembra assumere che per «individuo» dovrà intendersi un giorno sia essere umano che persona giuridica (del resto come in altri ordinamenti europei si è affermata), superando definitivamente lo steccato posto da una vetero lettura della «responsabilità penale personale» nel senso della sola persona fisica”⁶⁸.

È arrivato il momento, pertanto, di andare oltre la concezione antropomorfizzata ed eticamente connotata di rieducazione. La finalità rieducativa è senz’altro compatibile con il Decreto, poiché quest’ultimo si regge sull’idea che la commissione di reati nell’ambito aziendale dipenda da una cultura d’impresa tendente all’illegalità. Quindi, l’art. 27, III comma Cost. – letto in combinato disposto con l’art. 41 Cost., che bilancia l’iniziativa economica privata con l’utilità sociale – va declinato nell’ambito della responsabilità degli enti nel senso di un ritorno alla legalità dell’impresa che assuma, dall’evento criminoso in avanti, “un *modus operandi* rispettoso delle regole di convivenza da questa [*ergo*, dalla comunità civile] approvate”⁶⁹.

67 Cass. pen., Sez. II, sent. 08.04.2015, n. 14112 (caso Allotta) in tema di messa alla prova c.d. parziale.

68 P. TRONCONE, *La messa alla prova dell’ente collettivo e delle società. Gli effetti non previsti di un diritto sanzionatorio criptico*, p. 847

69 M. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità e innovazione dei modelli sanzionatori*, p. 352

4 Ulteriori criticità della pronuncia perché in controtendenza rispetto alle esperienze degli altri ordinamenti e alla evoluzione del diritto interno

4.1 L'esperienza anglo-americana (intese DPA e NPA) e l'art. 49 D.lgs. n. 231/2001: alla ricerca della cooperazione e riparazione da parte dell'ente

Alle suddette criticità e incongruenze interne alla pronuncia delle Sezioni Unite, fedelmente richiamata poi dalla Quarta Sezione, si aggiungono ulteriori vulnerabilità, che si andranno a suggerire *infra*, legate al fatto che la decisione si ponga in evidente controtendenza rispetto alle esperienze di altri ordinamenti e alla evoluzione del diritto interno.

Già si è evidenziato che l'argomento centrale impiegato dalle Sezioni Unite, che hanno deciso di valorizzare il principio di legalità, è stato quello della presunta incompatibilità sostanziale tra il sistema sanzionatorio degli individui e quello degli enti; tuttavia, si è subito detto che l'enfasi posta sulle differenze ontologiche tra i due sistemi è stata eccessiva e che, con il senno di poi, la Cassazione avrebbe meglio fatto a utilizzare argomenti diversi (che sono stati solo vagamente accennati ma sarebbero risultati più persuasivi, anche se non totalmente condivisibili) per sostenere l'impraticabilità dell'estensione analogica, come l'argomento della natura eccezionale delle cause di non punibilità oppure quello della volontarietà della lacuna. Oltre a ciò, è opportuno ricordare che l'insistenza sulla tesi della disomogeneità vacilla già nel testo della pronuncia delle Sezioni Unite, ove gli Ermellini sembrano caduti in contraddizione quando si sono dovuti affrettare a puntualizzare che, nonostante la dichiarata eterogeneità e impermeabilità tra i sistemi (impeditiva dell'estensione agli enti della disciplina della messa alla prova), il sistema "231" però mutua qualcosa da quello penale: "solo le garanzie che lo assistono".

La conclusione negativa cui la Corte è pervenuta espone però l'ordinamento a un rischio non irrealistico: lo sviluppo (eversivo e problematico) di "forme di negozialità informale tra pubblico ministero e imprese. Qualcosa di simile ai *non*

prosecution agreements di marca statunitense, accordi privati con il *prosecutor* che consentono all'ente indagato, a fronte del compimento di condotte riparatorie, di sottrarsi all'esercizio dell'azione penale"⁷⁰. Tra le pieghe dell'indecisione della giurisprudenza, complice della procrastinazione del legislatore a introdurre in Italia strumenti di diversione processuale degli enti *ad hoc* (ben regolamentati e coerenti con l'ordinamento interno e costituzionale), si intravede un concreto rischio di importazione sregolata di accordi informali – "sotto le spoglie d'una promessa ufficiosa di archiviazione «meritata»"⁷¹ – che utilizzano l'impunità come merce di scambio.

Guardando al di fuori del perimetro della sentenza, e in particolare volgendo lo sguardo oltre il confine dell'ordinamento italiano, a sostegno dell'opportunità di una messa alla prova degli enti è interessante accennare al modello anglo-americano dei *non prosecution agreements* (NPA) e *deferred prosecution agreements* (DPA), rappresentante uno storico punto di riferimento nel senso della diversione processuale degli enti collettivi.

I due accordi di collaborazione pubblico-privata summenzionati si differenziano, principalmente, per il momento in cui intervengono: i *deferred prosecution agreements* si inseriscono nell'ambito della vicenda processuale in un momento successivo all'*indictment* (accusa formale) e sono sottoposti, per tale ragione, al vaglio del giudice che valuterà se concedere la sospensione del procedimento; i *non prosecution agreements*, invece, si collocano prima

70 E. DAVÌ, *Quel no delle sezioni unite alla «messa alla prova» per l'ente che spiana la strada ai non prosecution agreements*, p. 342

71 *Ibi*, p. 5 rifacendosi ad un'espressione utilizzata in Italia da M. GIALUZ, *L'archiviazione meritata come terza via tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale* per definire la propria teoria di riforma del sistema penale: l'Autore propone l'introduzione di un nuovo istituto (sul modello di meccanismi analoghi che hanno dato buona prova di funzionamento in alcuni Paesi europei, tra cui Germania e Francia, ove furono introdotti a partire dagli anni '70) denominato "archiviazione condizionata" o, meglio, "meritata", e concepito come terza via tra l'archiviazione semplice e l'esercizio dell'azione penale; la proposta muove dalla constatazione del fallimento, rispetto all'obiettivo di riduzione del carico giudiziari, di strumenti nostrani quali gli atti di clemenza, la prescrizione, i riti alternativi; l'idea è quella di un istituto coperto da un vaglio giudiziale, ma ad attivazione del pubblico ministero, che operi qualora quest'ultimo ritenga, al termine di indagini preliminari complete, da un lato sostenibile l'accusa in giudizio e dall'altro tecnicamente possibile che l'indagato acconsenta allo svolgimento di condotte positive nei confronti della collettività e/o della vittima (a esclusione del lavoro di pubblica utilità) evitando l'imputazione.

dell'imputazione e quindi vengono conclusi privatamente senza il suggello dell'organo giudicante.

Di origine nordamericana, tali accordi furono impiegati dapprima nell'ambito della *juvenile delinquency* agli inizi del '900; a partire dagli anni '90 furono estesi agli enti collettivi al fine di ampliare il bacino di soggetti giuridici chiamati a rispondere (ancorché mediante meccanismi alternativi alla sanzione tradizionale) e al fine di scongiurare ripercussioni negative sul mercato derivanti dai procedimenti ordinari. "Le società, un po' come i giovani, necessitano di guida, riabilitazione e supervisione"⁷². In un primo momento, nelle *U.S. Sentencing Guidelines* (1991), la collaborazione dell'ente era ricompensata tramite il riconoscimento di una circostanza attenuante; il beneficio, tuttavia, risultava poco appetibile, pertanto il *Department of Justice* (più di chiunque altro bisognoso della cooperazione delle imprese nelle indagini⁷³) introdusse i veri e propri accordi. Oggi le intese DPA (soprattutto) e NPA rappresentano lo strumento privilegiato per fronteggiare il fenomeno della criminalità dei colletti bianchi, anche in ragione del timore che i processi celebrati contro grandi colossi societari (in particolar modo finanziari) inducano questi ultimi ad abbandonare gli Stati Uniti.

"Un ruolo importante nel successo dello strumento va ... attribuito proprio al diffuso ricorso alla pratica del *whistleblowing* posto che il tasso di successo del sistema degli *agreements* è direttamente proporzionale alle probabilità che eventuali illeciti della società giungano comunque all'attenzione delle autorità indipendentemente dagli sforzi cooperativi profusi dall'impresa"⁷⁴: se l'ente confida di rimanere indenne da qualsivoglia punizione in assenza di una spontanea *disclosure*,

72 Ripreso da B.L. GARRETT, *Too big to jail : how prosecutors compromise with corporations*, p. 55

73 Così D.M. UHLMANN, *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, p. 1312: "I therefore would agree that the Department's increased use of deferred prosecution and non-prosecution agreements initially occurred because the government wanted to obtain as much cooperation as possible from corporations involved in criminal activity". Anche in Italia, nel bilancio di responsabilità sociale pubblicato dalla Procura della Repubblica di Milano, relativo al biennio 2019-2020 (p. 76), si afferma che i tempi sono ormai maturi "per raccogliere il suggerimento della dottrina e degli operatori del settore, che insistono per la previsione di una vera e propria causa di non punibilità in favore dell'ente che, in aggiunta all'adempimento degli oneri individuati dall'art. 17 d.lgs. 231/2001, si sia preventivamente attivato ed abbia concretamente collaborato con l'Autorità giudiziaria, fornendo informazioni e segnalazioni tempestive e utili al fine dell'accertamento dei fatti".

74 F. NICOLICCHIA, *Ente e imputato nella procedura penale d'impresa*, p. 152

non si impegna nella collaborazione prodromica alla formalizzazione dell'accordo; al contrario, il rischio di divenire oggetto di attenzione investigativa incentiva il *self-reporting* al fine di scongiurare, o quantomeno mitigare, le conseguenze deteriori derivanti da eventuali contestazioni.

Nei DPA – più simili alla nostra sospensione del procedimento con messa alla prova – l'ente si impegna per un periodo di "osservazione" (in genere, da sei mesi a due anni) ad adempiere una serie di obblighi: presa in carico dell'addebito mosso (*statements of facts*, irretrattabile ma che non equivale formalmente all'ammissione di colpevolezza); cooperazione con le autorità inquirenti per l'individuazione della persona fisica colpevole; rinuncia all'*attorney-client privilege*⁷⁵ e alla *work product protection*⁷⁶; adozione o modifica del *compliance program*, spesso sotto il controllo di un commissario esterno (*monitor*); versamento di una somma di denaro a titolo di, a seconda dei casi, *financial penalty* o risarcimento del danno o donazione; messa a disposizione del profitto ai fini di confisca. A fronte dei NPA invece, pur essendo il contenuto dell'accordo solitamente analogo, non viene iscritta la notizia di reato e non c'è un procedimento pubblico davanti a un giudice terzo e imparziale (come sarebbe indirettamente imposto dalla prescrizione del IV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America): il *prosecutor* gode di un'amplissima, criticata e criticabile, discrezionalità. In ragione di ciò, a partire dal 2000, furono adottati dei *memoranda*⁷⁷ dal DOJ per individuare in modo più omogeneo i presupposti di esercizio dell'azione penale e, pur non parlandosi ancora di *pre-trial diversion*, tra le varie ragioni per non incriminare le imprese fu valorizzata la collaborazione offerta dalla società. Nel *memorandum* del 2003, invece, aggiornato dopo la vicenda Enron-Arthur Andersen, vennero per la prima volta formalmente riconosciuti i DPA e NPA

75 In caso di rinuncia, i legali interni all'azienda vengono autorizzati a fornire tutte le informazioni in loro possesso per ragione del loro ufficio e di cui siano venuti a conoscenza, anche per il tramite di dichiarazioni rese da dipendenti sottoposti ad accertamento. Oggetto di numerose critiche, la previsione venne prima limitata a casi eccezionali e, poi, definitivamente esclusa quale condizione imprescindibile degli accordi.

76 In caso di rinuncia, la società si impegna a consegnare tutta la documentazione interna predisposta in vista di un possibile contenzioso.

77 Si tratta dei *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, noti come "Holder Memo" (1999) e "Thompson Memo" (2003), dal nome dei rispettivi *Deputy Attorneys General*.

(che richiedevano alle società non solo di cooperare, ma di farlo in maniera autentica).

Il Regno Unito ha invece, più recentemente, tentato di positivizzare nel *Crime and Courts Act* (2013) e nel *Code of practice* (2014) la disciplina dei *deferred prosecution agreements* di origine nordamericana, riservandoli alle imprese che si dimostrino capaci di reagire virtuosamente in un ragionevole periodo di tempo dalla commissione dell'illecito (secondo l'inedito canone della *reactive fault*); non si è ritenuto, invece, di introdurre le intese NPA, asseritamente incompatibili con i principi cardine del sistema penalistico inglese a causa del difetto di controllo giudiziale sull'accordo. Il pregio del modello inglese sta, per lo più, nell'opportuna predeterminazione dei contenuti dell'accordo, che deve rispondere ai criteri di equità, ragionevolezza e proporzione, e nell'accresciuta rilevanza del ruolo del giudice in sede di scrutinio e approvazione, in ossequio ai principi della *consistency* e *transparency*. Tuttavia, nel vecchio continente, oltremania, la minaccia dell'azione penale è percepita come meno concreta, dunque il numero di accordi è inferiore rispetto a quelli conclusi nel nuovo continente, oltreoceano, ove il rischio è più sentito e di conseguenza aumenta l'*appeal* della *diversion*⁷⁸.

Tra gli effetti positivi degli *agreements* (in specie DPA) si annoverano i seguenti⁷⁹: lo scrutinio da parte dell'autorità giudiziaria di un maggior numero di enti; l'incremento delle somme incamerate nelle casse pubbliche; il risparmio di risorse pubbliche e di tempo; il rientro delle aziende nella legalità; l'incoraggiamento verso una cultura della prevenzione, della trasparenza e della cooperazione con l'autorità; la possibilità per l'impresa di sottrarsi al clamore mediatico di un processo, così evitando un danno reputazionale potenzialmente irreversibile⁸⁰; l'assenza di ripercussioni su soggetti terzi incolpevoli nel mercato (dipendenti, azionisti, investitori, risparmiatori); l'occasione di definire con un solo accordo tutte le pendenze in essere, non solo di stretta competenza del pubblico ministero ma anche

78 S. VISCONTI, *L'ente tra sanzione e rieducazione. Una prospettiva comparata*, p. 5

79 Per un approfondimento si veda V. D'ACQUARONE, R. ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, p. 135 ss.

80 Così, tra gli altri, A. WEISSMANN, D. NEWMAN, *Rethinking Corporate Criminal Liability*, p. 426: "a criminal indictment can have devastating consequences for a corporation and risks the market imposing what is in effect a corporate death penalty".

di altre autorità di vigilanza (transigendo a condizioni ben più vantaggiose di quelle cui le stesse società soggiacerebbero all'esito del processo con applicazione di sanzioni penali e amministrative). Trattasi, in sintesi, di uno strumento di definizione veloce e (apparentemente) equa, accettabile sia per le *corporations* sia per l'opinione pubblica.

Non deve essere trascurato, tuttavia, che gli *agreements* negli ordinamenti di *common law* hanno manifestato varie criticità, soprattutto per via dell'eccesso di discrezionalità e intrusione nelle dinamiche aziendali da parte del *prosecutor* (che ormai si atteggia a vero e proprio attore del mercato); più di recente, il loro ampio utilizzo li ha resi bersaglio di aspre critiche, anche se non è tanto "l'opzione per i modelli negoziali a destare così tanto sospetto in un paese, come gli Stati Uniti, in cui la giustizia penale è ostaggio dei patteggiamenti ... [ma] a creare un allarme diffuso è la tipologia di accordo"⁸¹. In particolare, si osserva che spesso le società non hanno potere negoziale nelle trattative e, stante lo squilibrio tra le parti contrattuali, si ritrovano costrette ad accettare la proposta di accordo dell'accusa, la cui indebita ingerenza nei processi decisionali e di programmazione delle strategie aziendali avviene tramite consulenti esterni (il cui operato sfugge a qualsiasi controllo giudiziale) nominati dai *prosecutors* stessi e spesso privi delle adeguate competenze in tema di ristrutturazione d'impresa; in aggiunta, una volta intrapresa la strada della trattativa, le imprese non possono più retrocedere, vista l'avvenuta rinuncia a determinati diritti processuali e soprattutto l'informale ammissione di colpevolezza che, in caso di ripresa o cominciamento del processo, porterebbe a una condanna pressoché certa.

Trattandosi, però, di istituti nati in sistemi giuridici distanti dal nostro, in specie perché improntati a un diverso rapporto tra i poteri dello Stato e perché privi di alcuni

81 R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, p. 2. L'Autrice evidenzia un'inversione di tendenza nell'approccio statunitense: uno Stato reattivo, dichiaratamente e fieramente non interventista, che ha praticato la teoria del *laissez faire* in economia, dovrebbe evitare che l'amministrazione della giustizia sia mezzo di attuazione di scelte politiche (contrariamente alla prospettiva dello Stato attivo e interventista); ciononostante, sembra esserci stata una presa di coscienza del fallimento del liberismo puro e, di conseguenza, un ripensamento del ruolo dello Stato in economia (e giustizia, finendo quest'ultima per dirigere le condotte e le scelte delle imprese). "L'autorità giudiziaria ... attraverso i pubblici ministeri, detta le regole nell'economia. ... Parrebbe, dunque, che gli accordi in esame siano diventati il mezzo più comune per etero-disciplinare il mercato".

principi costituzionali (primo fra tutti l'obbligatorietà dell'azione penale), gli *agreements* possono essere presi solo come punto di riferimento; non è affatto auspicabile che vengano traslati così come sono nel nostro ordinamento. Costituiscono invece, nella lotta alla *corporate criminal liability*, un valido esempio dell'importanza di ricercare la collaborazione dell'ente e perseguire il suo ritorno alla legalità, nonché una ragione in più per introdurre una messa alla prova dell'ente.

Tale introduzione, pur potendo, in una prima fase, avvenire in via giurisprudenziale, richiederà presto un intervento legislativo che è certamente giustificabile in virtù della piena coincidenza dei caratteri tipici della messa alla prova – l'ottica rimediale, la riparazione, la premialità, la consensualità, la negozialità – con il sistema della responsabilità degli enti, la cui finalità specialpreventiva verrebbe esaltata dalla previsione normativa di una *probation* giudiziale declinata e costruita *ad hoc* per il soggetto giuridico.

"In definitiva, l'esperienza anglo-americana rappresenta senz'altro un modello cui guardare, pur con le dovute cautele. ... In questa prospettiva, l'estensione agli enti della messa alla prova potrebbe rappresentare un «trapianto» a limitato rischio di «rigetto», e ciò per diverse ragioni"⁸²: il diritto penale d'impresa è pervaso dalla logica della contrattazione con modelli di fuoriuscita dal procedimento tramite ravvedimento operoso *post factum*; gli artt. 12 e 17 del Decreto prevedono già forme di attenuazione della risposta sanzionatoria in relazione al rientro nella legalità; l'art. 58 del Decreto, in tema di archiviazione, attribuisce ampi margini di discrezionalità al pubblico ministero; l'impianto prevenzionistico basato sul modello *ante factum* si è rivelato poco efficace, in specie sotto il profilo della valutazione della sua idoneità.

A queste ragioni se ne aggiunge una decisiva nel senso di estendere la messa alla prova all'ente in via legislativa: "è lo stesso legislatore del 2001 che suggerisce la possibile via della riforma, e la strada è tracciata dall'art. 49 che, come noto, disciplina la sospensione delle misure cautelari ... l'idea che lo ispira è certamente quella vincente: proviamo dunque ad esportare questa filosofia che ispira il

82 F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana. Alcuni spunti di riflessione de iure condendo*, p. 88 ss. (citazioni tratte da p. 87 e p. 88)

procedimento cautelare a quello di merito”⁸³. Infatti, l'improcrastinabilità di una riforma del D.lgs. n. 231/2001 è acclamata dalla maggioranza della dottrina, le ipotesi e soluzioni però variano.

Pensando a una modifica legislativa, sembra opportuno partire, ad ogni modo, dalla constatazione che, in un ventennio di applicazione della normativa *de qua*, due sono stati gli istituti che hanno sortito effetto positivo: da un lato il modello riparatorio *post factum* e, dall'altro, i procedimenti speciali su base consensuale.

Questi due profili si incastrano perfettamente, nell'ottica di valorizzare il ravvedimento e la correzione *post factum*, tramite l'estensione della messa alla prova anche alle imprese; tale proposta, difatti, secondo un'Autrice “ha il pregio di non stravolgere l'impianto del d.lgs. n. 231 del 2001 dal momento che un meccanismo simile a quello ora descritto si rinviene, come già segnalato, nell'art. 49 che disciplina la sospensione delle misure cautelari. Si tratterebbe, dunque, di rielaborare in chiave differente uno strumento già disponibile e già sperimentato positivamente”⁸⁴. Orbene, non si può che convenire sul fatto che le componenti costitutive della fattispecie della messa alla prova “– proiettate, rispettivamente, verso il passato (quella reintegrativa-compensativa) e verso il futuro (quella preventivo-organizzativa) – se correttamente declinate nella prospettiva dell'ente, integrino i tasselli di un possibile «patto di riabilitazione» che l'ente stringe con l'autorità giudiziaria”⁸⁵.

Un altro Autore, invece, pur condividendo l'indifferibilità di una riforma del Decreto e pur avendo il medesimo obiettivo ultimo, immagina varie strade per soddisfare questa esigenza: estendere in via interpretativa la messa alla prova anche agli enti è solo una delle ipotesi; si potrebbe in alternativa valorizzare, attraverso elementi già previsti nel Decreto, l'esperienza anglo-americana dei “*pre-trial agreements* (con la previsione di un *monitor* che presieda alla *probation* dell'ente, o la *self disclosure*⁸⁶ dell'illecito)”; o ancora apportare alcune minime modifiche alla

83 R.A. RUGGIERO, *Il futuro della responsabilità degli enti e la valorizzazione del modello post factum mediante un nuovo rito speciale*, p. 3386 ss.

84 *Ibi*, contra, F. NICOLICCHIA, *Ente e imputato nella procedura penale d'impresa*, p. 167

85 M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": Quali prospettive per la diversione dell'ente?*, p. 74

86 L'attività di *self disclosure* (o *self-reporting*) consiste in una tempestiva comunicazione degli illeciti scoperti e condivisione dei risultati delle indagini interne. Alcuni Autori hanno manifestato perplessità in merito all'esportazione di questo modello in Italia, ove il fenomeno della

disciplina della gestione commissariale o alle forme di premialità (dandovi maggior specificità di contenuti); in ultimo, "ben più interessante sembra possa essere sfruttare il peculiare meccanismo dell'archiviazione previsto dal d.lgs. 231/2001, con particolare riguardo al controllo esercitato dal Procuratore generale della Corte di appello ex art 58. ... si tratterebbe, perciò, di introdurre una «*nuova causa di archiviazione*» rappresentata dall'*accordo pre-processuale con impegni*, e con riapertura delle indagini subordinata al loro mancato rispetto o all'emersione di nuovi elementi non comunicati"⁸⁷.

Il tema dell'archiviazione, tuttavia, nell'ambito del procedimento a carico degli enti non è privo di criticità, stante il dubbio sull'assoggettamento o meno del sistema "231" al canone di obbligatorietà ex art. 112 Cost., dal momento che manca nel Decreto un controllo giurisdizionale ed essendo in esso prevista una mera verifica gerarchica. I più ritengono che l'azione nei confronti degli enti non possa dirsi discrezionale o facoltativa, sussistendo perciò in capo al pubblico ministero un qualche obbligo di agire se ne ricorrono i presupposti; non essendoci unanimità sulla natura penale della responsabilità (dalla quale discenderebbe il vincolo diretto al precetto costituzionale), si può affermare che il Decreto conosce "un regime distinto da quello di vera e propria «obbligatorietà» dell'azione penale prevista ex art. 112 Cost.", dal carattere più attenuato ma che deve necessariamente rispettare il principio di uguaglianza. È comunque opportuno ricordare che il disposto costituzionale sull'obbligatorietà dell'azione penale "è stato ritenuto incompatibile solo con forme di *diversion* impennate sulla totale discrezionalità dell'organo di accusa (c.d. *archiviazione semplice*), ma non con quelle condizionate a presupposti ben determinati (c.d. *archiviazione condizionata*). Inoltre, se forme di *diversion*, come visto, sono ammesse nel processo per la responsabilità «penale» delle persone fisiche, non si vede perché non possa procedersi analogamente per la responsabilità

collaborazione di giustizia esiste, ma è stato introdotto con riguardo a fattispecie criminosi emergenziali (terrorismo, anche mafioso), e prevede come beneficio per le persone fisiche (i c.d. pentiti) soltanto un'attenuazione di pena; estenderlo agli enti rischierebbe di stimolare una ricerca di un capro espiatorio che, ove esiste il meccanismo in questione (negli Stati Uniti), si rivela però vana: il numero di condanne degli individui per *corporate crimes* è insignificante, peraltro quasi mai si tratta di rappresentanti del *management*. Cfr. G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti: un possibile itinerario*, p. 9-11

87 T.E. EPIDENDIO, *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, p. 154 ss.

«mista» degli enti, anche se si tratta di responsabilità «para-penale», soprattutto se si considera che si opera in favore dell'ente medesimo⁸⁸.

4.2 L'impatto della c.d. riforma Cartabia (D.lgs. n. 150/2022) sulla messa alla prova: *restorative justice* interpersonale

La decisione delle Sezioni Unite si pone in controtendenza, come accennato, anche rispetto alla direzione verso cui si sta sviluppando l'ordinamento interno. Un punto decisivo nell'evoluzione recente del sistema della giustizia penale italiana è rappresentato dalla legge delega 27 settembre 2021, n. 134⁸⁹ (c.d. riforma Cartabia, dal nome della Ministra della Giustizia *pro tempore*), attuata con il D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, quale strumento per conseguire i *target* fissati dal P.N.R.R., ossia, in particolare, la riduzione del 25% della durata dei giudizi penali entro il 2026: "l'unicità della manovra risiede nella circostanza che essa costituisce un tassello di un disegno di riforma organico della giustizia, teso a rilanciarne l'efficienza, individuando una sintesi equilibrata tra un approccio pragmatico di stampo europeo e una rinnovata sensibilità per la dimensione costituzionale ... Una riforma di sistema che realizza un «tagliando» del codice di procedura penale, adeguandolo a un panorama profondamente mutato, per conservarne le scelte assiologiche fondamentali. Alcuni commentatori hanno presentato la manovra come una fuga dalla funzione cognitiva in nome dell'efficientismo. È proprio il contrario: la riforma non intende affatto trasformare l'efficienza in un'ideologia, ma ha come obiettivo quello di creare le condizioni di sistema per riaffermare la centralità del contraddittorio scolpito nell'art. 111 Cost. È difficile negare che, solo garantendo la ragionevole durata, si può dare piena attuazione al metodo dialettico di ricostruzione del fatto ... In questo contesto,

⁸⁸ *Ibi*, p. 156

⁸⁹ La presente legge delegava al Governo la "modifica del codice di procedura penale, delle norme di attuazione del codice di procedura penale, del codice penale e della collegata legislazione speciale nonché delle disposizioni dell'ordinamento giudiziario in materia di progetti organizzativi delle procure della Repubblica, per la revisione del regime sanzionatorio dei reati e per l'introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa e di una disciplina organica dell'ufficio per il processo penale" per "l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari".

la riforma persegue tre obiettivi: (i) la modernizzazione del procedimento penale, attraverso la valorizzazione delle tecnologie al servizio del compimento di atti più efficaci e accurati; (ii) la drastica riduzione della domanda di giustizia penale e il potenziamento delle forme di definizione alternative al dibattimento, attraverso il rafforzamento dei filtri, la nuova disciplina dell'assenza, l'estensione dei riti alternativi e l'introduzione di forme inedite di *diversion*; (iii) la durata ragionevole del procedimento, a partire dalla fase delle indagini, sino ad arrivare alla riaffermazione del canone di concentrazione del dibattimento e alla riduzione dell'incidenza delle impugnazioni⁹⁰.

La riforma è intervenuta anche sull'istituto della messa alla prova, e precisamente in senso estensivo in ossequio a quanto prescritto dalla legge delega n. 134/2021; ai sensi dell'art. 1, comma 22 si chiedeva al Governo di incidere sulla disciplina in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato "nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) estendere l'ambito di applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, oltre ai casi previsti dall'articolo 550, comma 2, del codice di procedura penale, a ulteriori specifici reati, puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, compatibili con l'istituto; b) prevedere che la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato possa essere proposta anche dal pubblico ministero".

Con riguardo al punto b) – di natura processuale – si rinvia alla disciplina del nuovo art. 464 *ter*1 c.p.p. (cfr. capitolo I, paragrafo 2.5).

Invece, in merito al punto a) – riguardante l'aspetto più sostanziale dell'istituto – il legislatore delegato ha solo parzialmente recepito l'indirizzo tracciato nella legge delega: l'estensione dell'ambito di applicazione della messa alla prova, infatti, è risultata nell'atto normativo delegato meno ambiziosa, poiché è stata operata solo tramite interpolazione dell'art. 550 c.p.p., arricchito di nuove fattispecie che, oltre a non presentare particolari difficoltà di accertamento (così da giustificare la citazione

90 M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, p. 1 ss.

diretta a giudizio), si prestassero anche a percorsi risocializzanti o riparatori da parte dell'autore. Prescindendo dalle problematiche legate alla tecnica dei "rinvii multipli", va evidenziato che quest'ultimo carattere (l'attitudine alla risocializzazione) sia stato scavalcato dall'altro criterio selettivo (la minor complessità di accertamento) e che, in fondo, non sia stata debitamente tenuta in considerazione quella valutazione di inutilità o dannosità del rito penale che accompagna qualsiasi misura di diversione dal processo: "si tratta di un'ambiguità di fondo (densa di pratiche conseguenze) determinata dalla circostanza che, anche nel dibattito accademico, la «diversione» è spesso sovrapposta o trattata unitariamente ai temi della «giustizia riparativa», della «mediazione» e delle «misure alternative al carcere». Indubitabile che si tratti di categorie con possibili e rilevanti aree di intersezione, ma sarebbe un grave errore smarrire l'autonomia concettuale delle stesse, proprio perché le differenze di struttura e di funzione hanno conseguenze di natura non meramente teoretica, ma soprattutto pratica"⁹¹.

Non è stata però prevista un'estensione dell'istituto anche agli enti, la quale sarebbe stata purtuttavia auspicabile e coerente con le finalità deflative e premiali perseguite dalla riforma (che comunque, nella sua scelta estensiva, testimonia altresì la "piena consapevolezza in ordine all'assenza di frizioni [riguardo la messa alla prova] con l'impianto costituzionale"⁹²). "Ed infatti, dato l'effetto deflattivo che la Riforma Cartabia si è proposto, era logico attendersi l'estensione dell'operatività dell'istituto in questione anche alle persone giuridiche imputate per illecito 231, proprio al fine di evitare che il giudizio penale, una volta estinto il reato ascritto alla persona fisica per esito favorevole della messa alla prova, proseguiva per anni unicamente per accertare la responsabilità amministrativa da delitto degli enti collettivi"⁹³. In aggiunta, la stessa Ministra M. Cartabia aveva riconosciuto l'opportunità di "revisionare, ... correggere errori, ma soprattutto tenere vivo il valore

91 T.E. EPIDENDIO, sub Cap. XX, Sezione I, *Profili sostanziali della messa alla prova post-Cartabia*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, p. 787 ss.

92 V. MAFFEO, *Efficienza e deflazione processuale nella riforma dei procedimenti speciali (legge n. 134 del 2021 e d.lg. n. 150 del 2022)*, p. 47

93 F. MARZULLO, *La riforma Cartabia: un'occasione perduta per incidere su alcuni profili applicativi più controversi del microsistema della responsabilità amministrativa degli enti, di cui al D.Lgs. 231 del 2001*, p. 56

e il cuore” del D.lgs. n. 231/2001, definendolo “una pietra miliare [che] ha segnato una svolta culturale straordinaria” senza sovvertire i principi del diritto penale italiano e, anche, “uno dei frutti di cui andare più fieri del nostro sistema penale italiano”⁹⁴.

Come si è accennato, la riforma Cartabia è incentrata sul tema della giustizia riparativa e porta avanti l’obiettivo di un “diritto penale dal volto più umano attraverso il depotenziamento della reclusione mediante misure alternative al carcere, pene sostitutive o forme di giustizia riparativa e c.d. mediazione penale”. Non va però dimenticato che l’obiettivo strategico di sfondo della riforma (che si inserisce nell’ambito del P.N.R.R.) è rappresentato dalla deflazione processuale, in conformità alle esigenze di allineamento agli standard comunitari; ciononostante, è paradossale che in concreto “l’esistenza di cospicue aree di intersezione applicativa tra misure di giustizia riparativa, pene sostitutive o misure alternative al carcere diminuiscono ... l’appetibilità della messa alla prova come forma di diversione dal processo, riducendo corrispondentemente l’effetto deflattivo processuale che si [ritiene] centrale per il conseguimento degli obiettivi del P.N.R.R.”⁹⁵.

Da ciò si evince che, forse, il cambiamento del paradigma penalistico – muovendo dalla giustizia punitiva (pubblica, monopolisticamente statale o istituzionale, propria della modernità penale nata con l’Illuminismo, ove lo Stato ha la pretesa di fare tutto: stabilire precetti e sanzioni, ed eseguire coattivamente queste ultime sostituendosi alla vittima nella reazione al male) verso la giustizia riparativa (comunitaria e sociale, propria della post-modernità penale, ove si instaura un rapporto trilaterale tra lo Stato, il reo, la vittima/comunità) – non può essere perseguito in uno con l’aspirazione a una efficientista e consistente deflazione del carico giudiziario, senza che si perda di effettività in relazione a uno dei due aspetti. Infatti i percorsi di giustizia riparativa “lungi dall’essere strumenti di pura deflazione o di fuga dalla tradizionale giurisdizione punitiva, aprono nel processo delle parentesi di

94 Tratto da un intervento del Ministro della Giustizia *p.t.* Marta Cartabia all’incontro *La responsabilità degli enti tra presente e futuro. Un bilancio della riforma a vent’anni dal d.lgs. n. 231 del 2001*, presso l’Università LUISS, tenutosi il 20 ottobre 2021 (reperibile al seguente indirizzo web: <https://www.gnewsonline.it/decreto-legislativo-231-l-intervento-della-guardasigilli-alla-luiss/>).

95 T.E. EPIDENDIO, sub Cap. XX, Sezione I, *Profili sostanziali della messa alla prova post-Cartabia*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, p. 792

durata non predeterminabile⁹⁶ per il perseguimento di un obiettivo alto e più nobile della riduzione del carico del sistema giudiziario.

Come accennato, "la giustizia riparativa è un paradigma altro da quello punitivo ... se non addirittura tutt'altro": innanzitutto diverso è il ruolo dello Stato; poi, diversi sono i soggetti (da un lato la giustizia punitiva è dominata dalle figure del pubblico ministero, difensore e giudice; dall'altro la giustizia riparativa è incentrata sul rapporto tra autore e vittima e, lungi da essere una forma di giustizia privata, coinvolge la comunità); diversa è, ancora, la forma (da un lato una conflittualità verbale e argomentativa proceduralizzata; dall'altro uno spazio di ascolto mediato da un soggetto capace di empatizzare, non al di sopra delle parti ma in mezzo a loro); in seguito, diverso è il concetto di disvalore del fatto di reato (da un lato un disvalore astratto e simbolico ancorato al bene giuridico, dal carattere pubblico e spersonalizzato, che è oggetto della norma incriminatrice; dall'altro un disvalore reale, corrispondente all'interesse concreto e sostanziale della vittima, il cui dolore intimo richiede di essere elaborato); infine, sussiste una evidente diversità di conseguenze (da un lato afflittive, coercitive, violente; dall'altro volte a rammendare, ricucire uno strappo, rigenerare un rapporto e anche se stessi)⁹⁷.

La transizione dalla concezione punitiva della giustizia penale a quella riparativa (c.d. *restorative justice*) impone, perciò, un ripensamento profondo di uno dei pilastri del diritto penale, che merita un accenno anche in questa sede, quale la funzione della pena. Tradizionalmente la dottrina penalistica distingue tra le seguenti due funzioni della pena: funzione retributiva e funzione preventiva⁹⁸.

Con riguardo alla prima, la retribuzione – consistente nel contrapporre male al male – è probabilmente la più antica e naturale forma di risposta all'offesa subita; la celebre "legge del taglione", espressa già nel codice di Hammurabi e nell'Antico

96 M. BORTOLATO, *La disciplina organica della giustizia riparativa e i suoi effetti sulla risposta punitiva*, p. 1 ss.

97 R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, p. 2 ss.

98 M. DI FLORIO, *Le sanzioni con particolare riguardo de iure condendo alla restorative justice* in A. MANNA (a cura di), *Il sistema penale in materia di sicurezza del lavoro*, p. 205 ss.; M. MORSETTI, *Diritto e castigo. La pena oltre il carcere*, p. 12 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, p. 4

Testamento⁹⁹, diviene parte del diritto romano arcaico nelle XII Tavole¹⁰⁰ e, molti secoli dopo, viene elaborata in questi termini da Kant nella *Metafisica dei costumi*: "anche quando la società civile si dissolvesse col consenso di tutti i suoi membri (se, per esempio, un popolo abitante su di un'isola si decidesse a separarsi e a disperdersi per tutto il mondo), l'ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe prima venir giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta, e il sangue versato non ricada sul popolo che non ha reclamato quella funzione: perché questo popolo potrebbe allora venir considerato come complice di questa violazione pubblica della giustizia". In filosofia, alla concezione di retribuzione di Kant (che ha una netta impostazione morale) fa seguito quella di Hegel (che apporta un approccio socio-giuridico avulso da ogni riferimento etico); in letteratura, invece, si rifanno alla teoria retributiva e al principio di proporzionalità sia Dante nell'*Inferno* della *Divina Commedia*, con la legge del contrappasso, sia Dostoevskij nel romanzo *Delitto e castigo*.

Passando alla seconda, d'altro canto, la teoria preventiva ha il suo principale fautore in Beccaria, che ne *Dei delitti e delle pene* scrive "è meglio prevenire i delitti che punirli" e secondo il quale "la certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile". Si distingue convenzionalmente la teoria generalpreventiva (riguardante l'intera collettività) dalla teoria specialpreventiva (riguardante il reo), e ancora si differenzia solitamente tra prevenzione negativa e positiva. Nella prevenzione generale la minaccia della pena, che si rivolge alla generalità dei consociati in un momento anteriore alla commissione di un reato, assume sia una funzione di deterrenza a carattere negativo (c.d. teoria della coazione psicologica o dell'intimidazione, elaborata dal filosofo Feuerbach) sia un obiettivo di orientamento culturale al rispetto delle regole, che ne costituisce il carattere positivo; nella prevenzione speciale, dopo la commissione di un fatto di reato, l'applicazione della pena al reo risponde, invece, alla logica del *punitur ne*

99 Dal libro dell'Esodo, 21, 23-25: "Ma se segue una disgrazia, allora pagherai vita per vita: occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede, bruciatura per bruciatura, ferita per ferita, livido per livido".

100 Si legge nella Tavola VIII riguardante gli illeciti: "*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*", ovvero: "Se una persona mutila un'altra e non raggiunge un accordo con essa, valga la legge del taglione".

peccetur, attuata sia in negativo, tramite neutralizzazione materiale o giuridica del colpevole, sia in positivo, in senso rieducativo. La rieducazione, infatti, cui è improntato il sistema penale italiano ai sensi dell'art. 27, III comma della Costituzione, rappresenta una finalità (tendenziale) e non una vera e propria teoria funzionale della pena.

Così ricostruite in breve, dal punto di vista storico e ontologico, le teorie della pena, è opportuno soffermarsi sull'origine del differente approccio della *restorative justice*, la cui intuizione è che il reato è più della mera violazione di una norma giuridica: esso "è violazione dei diritti individuali delle vittime", pertanto lo scopo della sanzione non è la punizione né in funzione retributiva né preventiva, ma è "la *riparazione*, nel massimo grado possibile, del danno, o meglio dell'*offesa* arrecata a *vittime* individuali e allargate, dirette e indirette, ma anche alla *comunità* la quale ha vissuto direttamente o di riflesso la vicenda criminale"¹⁰¹. Poiché la commissione di un reato genera una profonda ferita nelle persone e nella comunità, la risposta al disordine provocato dal conflitto e alla "vulnerabilità" non sta nella presunzione di trovare una soluzione, ma nell'irrinunciabile dovere di "prendersi cura" degli uomini.

In merito alla "giustizia senza spada"¹⁰², Zagrebelsky, affermando che "il crimine determina una frattura nelle relazioni sociali", scriveva che "si tratta di una prospettiva nuova e antichissima al tempo stesso che potrebbe modificare

101 G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa: formanti, parole, metodi*, p. 8

102 Così definisce la *restorative justice* G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*. Interessante anche l'immagine proposta da U. CURI, *Senza bilancia. La giustizia riparativa forgia una nuova immagine della giustizia*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, p. 39-42: "Mentre abitualmente la giustizia tiene la spada nella mano destra e la bilancia nella sinistra, questa volta [riferendosi a una calcografia riportata nel libro] la spada è deposta ai piedi della donna, la quale dunque vi rinuncia, e anzi sembra deliberatamente renderla inutilizzabile. Questa simbologia è molto efficace per indicare quale sia il *proprium* della giustizia riparativa: rinunciare alla spada – e dunque all'esercizio della forza, del potere, della violenza del diritto – per privilegiare invece la bilancia e soprattutto la benda. Ebbene, se dovessi esprimere in maniera molto sintetica il mio punto di vista sulla giustizia riparativa, direi che essa può funzionare solo a patto che rinunci non solo alla spada, ma anche alla bilancia e alla benda. Essa può dunque funzionare solo a patto di un'immagine totalmente rinnovata di giustizia, mediante una relazione di netta discontinuità rispetto alla concezione tradizionale. ... La bilancia è il simbolo della giustizia in quanto esprime i rapporti oggettivi del fare e del subire, dell'avere e del dovere, i diritti e gli obblighi. Ma non è questa la situazione in cui è chiamata ad agire, sceglie di intervenire, la giustizia riparativa. Al contrario, il quadro generale in cui essa agisce è la sproporzione tra le forze, un irrimediabile squilibrio fra le due parti, qualcosa che assomiglia talora all'incommensurabilità fra le due parti".

profondamente le coordinate con le quali concepiamo il crimine e il criminale: da fatto solitario a fatto sociale; da individuo rigettato dalla società a individuo che ne fa pur sempre parte, pur rappresentandone il lato d'un rapporto patologico. Qualcosa si muove, nella giustizia minorile, nei reati punibili a querela. Ma molto resterebbe da fare"¹⁰³. Questo modello ha le sue radici, infatti, nelle antiche pratiche di sacrificio (volto a ristabilire il rapporto con la divinità) e di vendetta (volta a riequilibrare l'ordine violato all'interno del gruppo sociale)¹⁰⁴; in letteratura, tuttavia, la moderna *restorative justice* si riconduce al c.d. esperimento di Kitchener, una cittadina dell'Ontario in Canada, dove nei primi anni '70 due educatori proposero a un giudice, che aveva condannato due minori per danneggiamento, di sottoporli a un programma di *probation* inconsueto, che prevedeva, in luogo di attività di studio, ricreative e colloqui psicologici, un programma diretto a riconciliare i minori autori del reato con le famiglie colpite dai danneggiamenti, mediante un serio impegno risarcitorio nei confronti delle vittime. Il fulcro di questo nuovo modello di giustizia (de-formalizzata, se non addirittura de-istituzionalizzata) è la mediazione tra vittima e autore del reato (VOM, dall'inglese *victim-offender mediation*), finalizzata alla creazione di uno spazio dialogico indispensabile, se non per risolvere il conflitto, quanto meno per aprire un confronto costruttivo su di esso¹⁰⁵.

Questo approccio, che ripensa il diritto penale nel senso di "un'ellisse, figura geometrica a due fuochi, occupati, rispettivamente dal *reo* e dalla *vittima*"¹⁰⁶, si è propagato negli anni '70 in Nordamerica, in Australia e in Nuova Zelanda e, solo negli anni '80 in Europa, segnatamente in Francia e in Gran Bretagna. Nell'ambito del *common law* i principali meccanismi di giustizia riparativa sono i seguenti: *restorative circles* e *peacemaking circles* (incentrati sul dialogo autore-vittima); *family group conferencing* (allargati alla famiglia della vittima); *sentencing circles* (ovverosia, consigli forniti dalla vittima o dalla comunità al giudice per la commisurazione della pena); *victim/community impact statement* (un resoconto fatto dalla

103G. ZAGREBELSKY, *Che cosa si può fare per abolire il carcere*, p. 2

104M. BOUCHARD, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, p. 66 ss., secondo il quale "negli ultimi trent'anni è stata riscoperta in chiave moderna la modalità riparativa della pena a vantaggio della persona offesa, depurata – ovviamente – dell'antica radice vendicativa".

105R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, p. 2

106G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa: formanti, parole, metodi*, p. 9

vittima/comunità al giudice, in forma scritta o orale, per renderlo edotto degli effetti pregiudizievoli derivanti dal fatto di reato, al fine di quantificare correttamente la sanzione dal punto di vista qualitativo e quantitativo); *therapeutic justice* (valorizzazione del ruolo dell'intelligenza emotiva e delle dinamiche psicologiche delle parti, per la qualità della percezione di giustizia e del processo decisionale); *community restorative board* (gruppi di cittadini che incontrano l'autore del fatto per predisporre un percorso riparativo); *community service* (lavoro di pubblica utilità); *compensation program* o *financial restitution to victims* (riparazione materiale del danno).

È possibile definire "interpersonale" tale concezione tradizionale della *restorative justice*, incentrata sulla mediazione penale, la quale sposta l'attenzione del sistema penale sulla vittima, senza sbilanciarsi verso di essa ma riservandole uno spazio che né la Costituzione né il codice penale e di rito le riconoscono e dandole una voce. Tale appellativo è calzante, poiché questa nuova prospettiva guarda al rapporto tra autore e vittima del reato, stimolando tra loro un dialogo in uno spazio di ascolto protetto, ove sia possibile reinterpretare il fatto e superare il conflitto creatosi. La mediazione è definibile come "giustizia alta" oltre che "altra"¹⁰⁷; questo poiché pone al centro la persona (sia l'autore, sia la vittima) e "impegna l'uomo alla più alta considerazione ed espressione di sé, potremmo dire a una elevazione rispetto al degrado della vicenda criminosa, all'imprigionamento che essa comporta, alla conflittualità, al dolore. Il conflitto logora, abbruttisce, indurisce ... la mediazione innalza, eleva perché ... apre alla dimensione dell'altro ... una rigenerazione del rapporto con l'altro, ma anche una rigenerazione del rapporto di sé attraverso l'altro"¹⁰⁸. La giustizia riparativa esprime un personalismo, che potremmo definire come "nuovo umanesimo", proprio per il fatto che valorizza l'uomo nella sua dimensione relazionale. La mediazione penale è concepita come un percorso liberatorio e rigenerante, che tenta di superare lo squarcio concreto interpersonale al fine di determinare una rigenerazione esistenziale dell'uomo: trattasi di una sorta di "percorso pedagogico nel quale si perseguono finalità ancora più avanzate rispetto ai

107Espressioni tratte da M. MARTELLO, *Una giustizia alta e altra. La mediazione nella nostra vita e nei tribunali*

108R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, p. 5

principi costituzionali fissati nell'art. 27 ... la giustizia riparativa è, in fondo, propriamente una giustizia formativa ed educativa"¹⁰⁹. È una giustizia espressiva di un'alta civilizzazione, che unisce gli individui, nell'ottica che le relazioni umane si possano ancora costruire sulla fiducia e che possa essere fatto del bene; tutto il contrario di ciò che caratterizza le sanzioni tradizionali, che vanno a marchiare per sempre la persona, che dividono e generano rancore.

Far penetrare e diffondere nella nostra cultura un concetto alto e altro di giustizia come quello sopra descritto necessita di un enorme lavoro; con la riforma Cartabia vi è stata occasione propizia e, forse, irripetibile per tracciare una direzione in questo senso: ancorché non vi sia stata una vera sostituzione (pienamente legittima dal punto di vista teorico, stante l'alterità di cui si è detto, ma concretamente impraticabile e utopistica) della giustizia punitiva con quella riparativa, esse ad oggi si pongono in un rapporto di complementarietà dato che il nostro ordinamento ha una struttura per così dire bifasica, poiché è "caratterizzato da una pena astratta, minacciata, propria della comminatoria edittale e da una riposta in concreto che sempre più consiste in un qualcosa di diverso dalla pena minacciata ... la giustizia punitiva si sospende, per dare spazio alla giustizia riparativa" interpersonale e "se la giustizia riparativa fallisce, la giustizia punitiva non può che riprendere il suo corso"¹¹⁰.

Vi è però anche un'altra anima della *restorative justice*, che è stata individuata da recente e originale elaborazione dottrinale, a carattere "prestazionale"; trattasi di un nuovo modello di "delitto riparato", che trasforma l'idea di pena "subita" in pena "agita"¹¹¹.

La legge delega della riforma Cartabia sembra aver accolto solo la prima e più tradizionale concezione di *restorative justice*: l'art. 1, comma 18 prevede infatti (nel rispetto della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio) l'introduzione di una disciplina organica di giustizia riparativa coerente con i principi

109M. BOUCHARD, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, p. 78

110R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, p. 11-12

111M. DONINI, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, p. 2037 ss.; M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, p. 6 ss.

sovrnazionali, fornisce una definizione di vittima del reato, prescrive l'informazione tempestiva e la possibilità concreta di accesso ai programmi in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena con una nutrita serie di garanzie, valorizza l'esito positivo dei programmi ma al contempo non comporta pregiudizi in caso di fallimento degli stessi, pone a carico delle istituzioni pubbliche la predisposizione delle strutture di incontro e la formazione dei mediatori.

Viene in rilievo, però, in questo momento e specificamente in questa sede (in tema di D.lgs. n. 231/2001 e messa alla prova) l'opportunità di dare seguito, in prospettiva *de iure condendo* come si vedrà nel successivo capitolo, anche alla seconda anima della giustizia riparativa a carattere premiale.