

TENUTA DEL FATTO: BREVI RIFLESSIONI SULLA POSIZIONE DELL'ENTE

VITTORE D'ACQUARONE, AVVOCATO IN VERONA E SOLICITOR UK

Il d.lgs. 28/2015, con dichiarate finalità deflative, ha introdotto nel sistema penale comune la non punibilità per particolare tenuità del fatto, senza tuttavia porsi il problema di specificare se l'istituto operi anche nei confronti dell'ente sotto processo. Partendo dal silenzio serbato sul punto dal legislatore, il contributo offre una sintesi dei due principali orientamenti finora formati sulla questione dell'applicabilità della «non punibilità» all'ente, mettendo in luce alcuni profili di maggiore criticità cui danno luogo tanto l'opzione estensiva quanto quella preclusiva. Si evidenzia, in particolare, la difficoltà di individuare un corretto bilanciamento tra le finalità di economia processuale cui si ispira il nuovo istituto, pregiudicate dall'eventuale prosecuzione del procedimento penale nei confronti della sola persona giuridica, e le esigenze di specialprevenzione cui è improntato il d.lgs. 231/2001, messe in crisi dal fatto che la società potrebbe, nell'ipotesi estensiva, sentirsi deresponsabilizzata rispetto all'adozione ed efficace attuazione di Modelli organizzativi o alla messa in atto di condotte riparatorie. Benché non vi siano ragioni sostanziali per inibire all'ente l'accesso alla nuova causa di non punibilità, la sua applicabilità richiede un apposito intervento legislativo che renda l'istituto coerente con i principi fondanti la responsabilità da reato degli enti.

1. Gli obiettivi dell'intervento legislativo

Con il d.lgs. 28/2015¹, il legislatore, accogliendo le proposte formulate nel corso degli anni dalle commissioni ministeriali di studio, ha esteso al sistema penale comune un istituto affine a quelli già operativi nell'ordinamento minorile (art. 27 d.p.r. 448/1988) e in quello relativo alla competenza penale del giudice di pace (art. 34 d.lgs. 274/2000): la non punibilità per cd. «irrelevanza del fatto»². Con tale intervento normativo – disciplinato dal nuovo art. 131 *bis* c.p.³ – si è, in sostanza, autorizzato il

¹ Pubblicato in Gazz. Uff., 18 marzo 2015, n. 64.

² Sul tema dell'irrelevanza del fatto nel processo minorile, v. BATTISTACCI, *Il nuovo processo penale a carico di imputati minorenni*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*. Atti del convegno di Perugia 14-15 aprile 1988, 1989; MESTITZ e COLAMUSSI, *Processo penale minorile: l'irrelevanza del fatto e la messa alla prova*, in *Working Papers IRSIG-CNR n. 8*, Bologna, 1997; NUNZIATA, *La sentenza di 'non luogo a procedere per irrelevanza del fatto' nel processo penale minorile: considerazioni critiche*, in *Critica penale*, gennaio-giugno 1997; PATANÈ, *L'irrelevanza del fatto nel processo minorile*, in *Esperienze di giustizia minorile n. 3*, 1992. Sul tema dell'irrelevanza del fatto nel sistema del giudice di pace, v. CESARI, *La particolare tenuità del fatto*, in GIOSTRA e ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, 340; GALANTINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, in PICOTTI e SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale «conciliativa»*, Milano, 2002, 220; QUATTROCOLO, *Irrelevanza del fatto (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, tomo I, Milano, 2008, 519 ss.

³ Gli artt. 2 e 3, d.lgs. 28/2015 contengono, inoltre, modifiche al c.p.p. (artt. 411, 469 comma 1 *bis* e 651 *bis* c.p.p.).

giudice a dichiarare non punibili per particolare tenuità i reati sanzionati con la pena della reclusione non superiore nel massimo a cinque anni, se il fatto esprime un'offensività attenuata e «rimediata», oltre ad un comportamento non abituale del reo.

L'istituto, emblematicamente definito come il «*più grande arretramento dello Stato nella repressione dei reati*»⁴ risponde ad evidenti e dichiarati propositi deflattivi, risolvendosi nel potere di abdicare alla punizione in concreto di alcune condotte penalmente rilevanti.

Ancora rinviata una consistente depenalizzazione in astratto, si è optato per l'introduzione di un nuovo meccanismo per tarare l'obbligatorietà dell'azione penale, che ha comunque il pregio di arginare la prassi piuttosto diffusa e incontrollabile di sgravio processuale tramite l'impiego dell'espedito prescrizione dell'inerzia protratta o di reiterate e defatiganti richieste di archiviazione.

Il nuovo istituto impone, altresì, di tracciare un bilanciamento di interessi e privilegia all'aspetto sanzionatorio logiche riparatorie che, lealmente amministrare, dovrebbero premiare le effettive istanze della persona offesa.

La ponderazione dell'offensività del fatto e della non abituale attitudine del reo a delinquere e della propensione a rimediare le conseguenze dannose appaiono canoni appropriati non solo per esonerare dalla punizione le persone fisiche, bensì anche quelle giuridiche che per un difetto organizzativo si fossero avvantaggiate di quella illecita condotta, ma sul punto la norma tace.

2. Le incerte ragioni del silenzio in tema di responsabilità amministrativa dipendente da reato

È noto che il legislatore non ha specificato se il nuovo istituto possa o meno operare nei confronti della persona giuridica che si trovi coinvolta, unitamente a quella fisica, in un procedimento penale⁵.

Il silenzio non è certamente indotto da ragioni di opportunità, giacché sono numerose le fattispecie, rientranti nel catalogo dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente, sanzionate con la pena della reclusione non superiore nel massimo a cinque anni⁶ e, come tali, capaci di soddisfare il requisito editale imposto dalla nuova causa di esclusione della punibilità. Il quesito è, dunque, inevitabilmente affidato all'interprete, che dovrà decidere se la declaratoria di non punibilità pronunciata nei confronti della persona fisica possa determinare, in forza di una potenziale ampia operatività dell'istituto, l'impunità anche della società.

Il compito ermeneutico è, però, suggestionato dal dubbio che il legislatore abbia taciuto per trascuratezza e non per scelta, sicché non sia ontologicamente possibile

⁴ V., CORSO, *Responsabilità dell'ente da reato non punibile per particolare tenuità del fatto*, in *www.ipsoa.it*, 24 marzo 2015.

⁵ Non pare superfluo ricordare che, in forza dell'art. 38, d.lgs. 231/2001 ove è sancita la regola del *simultaneus processus*, l'accertamento della responsabilità da reato dell'ente avviene cumulativamente a quello riguardante la responsabilità penale della persona fisica, autore del reato.

⁶ A titolo esemplificativo: corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.); truffa in danno di ente pubblico (art. 640, comma 2, numero 1, c.p.); induzione indebita a dare utilità, con riguardo alla pena prevista per il soggetto indotto (art. 319, comma 2, c.p.); accesso abusivo a sistema informatico non aggravato (art. 615 *ter* c.p.); contraffazione di marchi e brevetti (art. 473 c.p.); frode in commercio (515 c.p.); false comunicazioni sociali, tranne l'ipotesi del grave nocumento (art. 2622 c.c.); violazioni del diritto d'autore; reati ambientali, tranne l'attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti ex art. 260 del cd. codice dell'ambiente; impiego di stranieri irregolari.

rintracciarne una precisa volontà nel congegno normativo della tenuità del fatto e nemmeno, così stando le cose, sia possibile trovare un soluzione coerente con i principi che regolano la responsabilità degli enti.

Militano a favore dell'amnesia non solo il testo della norma e la relazione governativa, che, appunto, trascurano ogni riferimento alla responsabilità degli enti, ma anche il contenuto dell'Analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.) compilata dal Ministero della Giustizia all'epoca della redazione dello schema di decreto legislativo. Nella sezione dell'Analisi dedicata all'«*Individuazione e la stima degli effetti dell'opzione prescelta*», possiamo, infatti, leggere che «*l'intervento [normativo] non incide sulle micro, piccole e medie imprese*⁷».

L'inciso è telegrafico e sarebbe arbitrario trarne deduzioni eccessive o definitive. È, però, vero che l'affermazione del Ministero della Giustizia appare, comunque, inesatta. Infatti, l'intervento normativo in esame non può certamente dirsi privo di ricadute pratiche per l'ente sotto processo in ambedue le opzioni interpretative:

- laddove ritenessimo l'istituto estensibile alle persone giuridiche, ciò inciderebbe non poco sulle sorti della società coinvolta in un procedimento penale, la quale, potendo godere di una causa di esclusione della punibilità pienamente liberatoria, andrebbe in tal modo esente da responsabilità, a prescindere dall'esistenza del Modello organizzativo e, dunque, in conflitto con i principi che oggi sanciscono la responsabilità degli enti, appositamente creata per soddisfare obiettivi di deterrenza e specialprevenzione verso i soggetti collettivi e così contrastare manifestazioni di reato che si sviluppano in strutture organizzate⁸;
- ove, invece, optassimo per l'interpretazione opposta, la prosecuzione del procedimento penale nei confronti della sola persona giuridica per un reato rispetto al quale la persona fisica sia stata dichiarata non punibile imporrebbe riflessioni sia di natura sostanziale che processuale sul d.lgs. 231/2001 e, comunque, sulla ragionevolezza ed opportunità dell'esito in termini di prevenzione speciale e di idoneità retributiva della pena, poiché non è agevole comprendere perché l'ente, colpevole in organizzazione, sia più meritevole di pena della persona fisica che ha materialmente realizzato la condotta e che ne uscirebbe «deresponsabilizzata».

3. Possibili soluzioni alla questione dell'applicabilità all'ente dell'art. 131 bis c.p.

Preso atto dell'influenza che la nuova normativa, comunque venga interpretata, è in grado di esercitare nei confronti della persona giuridica sotto processo, esaminiamo, seppur sinteticamente, i due principali orientamenti.

Un primo indirizzo sostiene che l'art. 131 bis c.p., «*salvando la persona fisica, salva anche la persona giuridica, con eccezione dei casi in cui sia ravvisabile una diversa*

⁷ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA (UFFICIO LEGISLATIVO), *Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare, Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, Analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.)*, in *www.senato.it*, 5 novembre 2014.

⁸ Emerge dalla Relazione al d.lgs. 231/2001, in *www.aodv231.it*, 1, che la nuova forma di responsabilità degli enti nasce proprio per reagire al sopravvivere dell'illegalità d'impresa sulle illegalità individuali.

*volontà legislativa*⁹ e ciò, ancorché ravvisandosi nella «non punibilità» una causa di estinzione del reato, vi sarebbe una diversa volontà legislativa proprio nel dettato dell'art. 8, d.lgs. 231/2001, secondo cui «*la responsabilità dell'ente sussiste anche quando: b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia*». A tale obiezione, tuttavia, si è opposto che «*l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto è istituito diverso dalla causa di estinzione del reato*» e che il nuovo istituto si trova, dunque, «*al di fuori del campo di applicazione dell'art. 8, d.lgs. 231/2001*», sicché, non potendosi ravvisare nell'ordinamento altra deroga espressa, non vi sono ragioni per impedire l'estensione alla persona giuridica del disposto di cui all'art. 131 bis c.p.

Un secondo indirizzo giunge a diverse conclusioni, poiché considera la «particolare tenuità» non una causa di estinzione del reato ma una causa di esclusione della punibilità¹⁰.

Così tipizzata la natura del nuovo istituto, vi sarebbe un ostacolo all'applicazione dell'art. 131 bis c.p. alla persona giuridica laddove, in un passaggio della relazione governativa al d.lgs. 231/2001, il legislatore delegato chiarisce che «le cause di estinzione della pena [...] al pari delle eventuali *cause di non punibilità* e, in generale, alle vicende che ineriscono a quest'ultima, non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente, non escludendo la sussistenza di un reato¹¹».

Quindi, alla luce delle parole del legislatore delegato, il nuovo istituto, essendo configurabile come causa di non punibilità, non sembra, secondo tale orientamento, poter esercitare una qualche influenza sulla responsabilità dell'ente, in quanto esso, non operando sulla punibilità in astratto, non esclude la configurazione del reato, ma, anzi, conferma e conserva la natura antigiuridica del fatto e si limita a non punirlo, in concreto, perché ritenuto di scarsa offensività. E mentre la nuova causa di non punibilità pone quale condizione per la sua operatività il riconoscimento giudiziale di un fatto di reato, la citata relazione ministeriale vieta espressamente che la società possa sottrarsi all'irrogazione della sanzione a fronte della ritenuta sussistenza dell'illecito dipendente da reato. Facoltà, questa, che deve, quindi, essere riconosciuta solo alla persona fisica.

Infine, secondo tale orientamento, la declaratoria di non punibilità ottenuta dalla persona fisica potrà produrre quale unico beneficio per la persona giuridica la possibilità di godere della «tenuità dell'illecito», in virtù dell'art. 12, d.lgs. 231/2001, che appunto attenua la risposta sanzionatoria senza intaccare la punibilità dell'ente. La pena pecuniaria potrà, infatti, essere ridotta della metà e le sanzioni interdittive, a norma dell'ultimo comma dell'art. 13, d.lgs. 231/2001, non si applicheranno nel caso in cui l'autore del reato abbia commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi, o la persona giuridica non ne abbia tratto vantaggio o ne abbia ricavato un vantaggio minimo, ovvero il danno patrimoniale cagionato sia stato di particolare tenuità.

Segnaliamo, da ultimo, che tale conclusione non ha, tuttavia, trovato un riscontro positivo nella prima prassi applicativa. La Procura della Repubblica di Palermo, nel tracciare, all'interno di una circolare diffusa nel luglio di quest'anno, le linee guida essenziali in tema di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, ha,

⁹ CORSO, *Responsabilità dell'ente da reato non punibile per particolare tenuità del fatto*, cit.

¹⁰ ARENA, *Tenuità del fatto e responsabilità dell'ente*, in www.linkedin.com, 26 marzo 2015.

¹¹ Cfr., *Relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001*, cit., 11.

infatti, affermato, con argomentazioni piuttosto stringate, che *«l'archiviazione per la causa di non punibilità [...] riguardante la persona fisica si estende senza dubbio anche a quella giuridica»*¹². Ciò – prosegue la Procura, in adesione al primo orientamento illustrato – in ragione dell'omessa previsione, rispetto all'istituto della tenuità del danno, di una clausola di salvaguardia simile a quella prevista dall'art. 8, d.lgs. 231/2001.

4. Conclusioni

Indipendentemente dall'interpretazione alla quale si scelga di aderire, il silenzio del legislatore si dimostra opzione problematica.

Se la disciplina in esame è applicabile solo alla persona fisica, essa determina una complessiva svalutazione delle finalità deflattive cui è principalmente preordinato il nuovo istituto e induce inoltre una frattura tra le sorti della persona fisica e quelle dell'ente che pare illogica e poco efficiente in termini di prevenzione speciale. La prospettiva di impunità della persona fisica pregiudica, infatti, la responsabilizzazione del soggetto agente a conformarsi alle prescrizioni organizzative dell'ente, potenzialmente contaminando il sistema di prevenzione del rischio reato.

Se, invece, come pare preferibile, la nuova causa di esclusione della punibilità è applicabile anche alla persona giuridica, in assenza di idonei correttivi, essa risulterebbe difficilmente compatibile con i valori che assistono la responsabilità degli enti e il procedimento volto al suo accertamento, tutto incentrato ad incentivare l'ente ad adottare il modello organizzativo e così scongiurare che lo stesso ricada nell'illecito.

L'accertamento della condotta della persona fisica, inoltre, meriterebbe di essere diversamente valutato, quanto alle conseguenze dell'ente nel cui interesse o vantaggio fosse orientato il reato, in relazione all'adozione, all'osservanza e all'idoneità del Modello organizzativo, piuttosto che invece della sua assenza.

In definitiva, non si vedono ragioni sostanziali per le quali non si possa abdicare anche alla punizione dell'ente che rimedi alle eventuali lacune organizzative eziologicamente connesse con il reato commesso dalla persona fisica e non punibile per tenuità, magari incentivando l'ente a collaborare nelle iniziative riparatorie. Si tratta, però, di approdi che meriterebbero un conio normativo e non giurisprudenziale.

L'auspicio è, pertanto, che il legislatore mediti ulteriormente sull'istituto, non solo per meglio definirne i parametri e le priorità e per chiarire la posizione dell'ente rispetto ad esso, ma anche, e soprattutto, per rendere il nuovo istituto coerente con i principi fondamentali che governano la disciplina della responsabilità amministrativa dipendente da reato.

¹² PETRALIA e LO VOI, *D.lgs. 28/2015 «Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto (...)» – Circolare esplicativa/applicativa*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2 luglio 2015, 25.

