



Classificazione Decimale Dewey:

345.4502323 (23.) REATI. CORRUZIONE. ITALIA

MATTEO RICCI

'HΔONH'
NORMA E MORALE GIURIDICA

TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE
E PROSPETTIVE DI RIFORMA





©

ISBN
979-12-218-1402-6

PRIMA EDIZIONE
ROMA 8 LUGLIO 2024

INDICE

- 7 *Prefazione*
- 9 CAPITOLO I
Soggetti pubblici e responsabilità penale
1.1. Una definizione di soggetto pubblico, 9 – 1.1.1. La teoria oggettiva di servizio pubblico, 10 – 1.1.2. Il pubblico ufficiale e l’incaricato di pubblico servizio, 11 – 1.1.3. Gli esercenti un servizio di pubblica necessità, 13 – 1.2. Soggetti pubblici e responsabilità penale personale ex art. 27 Cost., 15 – 1.3. La responsabilità amministrativa da reato per gli enti, 18 – 1.4. Gli enti pubblici economici, 24 – 1.5. Gli enti pubblici non economici esercenti anche non esclusivamente un’attività d’impresa, 30 – 1.6. Il bene giuridico tutelato, 34.
- 41 CAPITOLO II
Il reato di traffico di influenze illecite
2.1. Bene giuridico tutelato, 41 – 2.2. Le condotte incriminate, 46 – 2.2.1. Traffico di influenze millantate, 49 – 2.3. Le sanzioni, 58 – 2.4. Trojan horse, 62 – 2.5. Critica alla legittimità delle intercettazioni per reati derubricati nel corso del processo, 66 – 2.6. Bozze di legge sull’attività di “lobbying” (novembre 2021-gennaio 2022), 72.
- 81 CAPITOLO III
I rapporti negoziali tra pubblico e privato
3.1. Accenni sulla responsabilità civile nella P.A., 81 – 3.1.2. La solidarietà passiva degli enti pubblici, 82 – 3.2. Contatto sociale: una figura aperta, 87 – 3.2.1. Depenalizzare il 346-bis cp, 88 – 3.2.1. Casistica sul danno da

6 *Indice*

contatto sociale, 90 – 3.2.2. Rischi interpretativi e conseguenze, 91 – 3.2.3. Evoluzione giurisprudenziale sul legittimo affidamento nella P.A., 92 – 3.3. Legittimo affidamento a confronto: “omogeneo privato” ed eterogeneo, 96 – 3.4. Risarcibilità del danno da contatto sociale (prescrizione e onere probatorio), 98.

103 **CAPITOLO IV**

Prevenzione

4.1. Figura polimorfa del soggetto pubblico, 103 – 4.2. “La morale dell’immorale”, 104 – 4.2.1. Antefatto dalla fine, 105 – 4.2.2. Il Sistema, 107 – 4.2.3. L’inizio della fine, 108 – 4.2.4. Potere e controllo, 108 – 4.2.5. Acqua gelata, 110 – 4.3. Ruolo Dell’anac, 114 – 4.3.1. Codice di comportamento e codice etico, 115 – 4.3.2. Ambito soggettivo d’applicazione dei codici dei doveri comportamentali, 116 – 4.3.3. Vigilanza dell’Anac, 117 – 4.3.4. Strategie anticorruzione, 118.

121 *Conclusioni*

123 *Bibliografia*

PREFAZIONE

Il nostro paese, per uniformarsi alla Convenzione di Mérida e in modo specifico alla Convenzione penale anticorruzione di Strasburgo del 1999, introduce con la famosa legge Severino (l. n. 190/2012) il delitto di traffico d'influenze illecite: un reato comune che possa eradicare il fenomeno corruttivo dei pubblici agenti.

Purtroppo il 346-*bis* cp non ha sortito ad oggi gli effetti sperati, e anzi il centro studi *Rand* mostra che la corruzione abbia complessivamente aumentato la sua mole nel prodotto interno lordo italiano, alimentando molte critiche dottrinali⁽¹⁾, come quella che incolpa il legislatore di avere relativizzato la portata di questo reato, soprattutto alla luce di quanto si legge nei trattati⁽²⁾.

Particolarmente interessanti risultano invece due pronunce del Consiglio di Stato (sez. VI n. 6421/2014 e n. 3897/2012)⁽³⁾ che tendono ad estendere la responsabilità da contatto sociale alla Pubblica Amministrazione, una figura dottrinarica che potrebbe essere senz'altro più efficace di un reato d'autore qual è il 346-*bis* cp nella prevenzione del c.d. fenomeno del *trading in influence*. In questo modo verrebbe anche rispettata l'idea del professore F. Bricola per un diritto penale inteso come *extrema ratio*, arrivandoci gradualmente con altri, e spesso più efficaci interventi sul piano civile o amministrativo.

(1) *Cfr.* vedi *ultra*, Cap. 2, par. 1.

(2) *Cfr. ibi*, art. 12, par. 64 *Relazione del Consiglio d'Europa sulla Convenzione penale di Strasburgo* del 1999.

(3) *Cfr.* vedi *ultra*, Cap. 3, par. 2.3.

Secondo il Consiglio di Stato è ragionevole attendersi un elevato standard di correttezza del soggetto pubblico, cominciando dai casi di imprudenza e negligenza dell'azione amministrativa (secondo i parametri dell'articolo 1 l. n. 241/1990 che impone correttezza del procedimento fino all'emanazione dell'atto finale, salvo errore scusabile).

Le pronunce summenzionate non riguardano interessi legittimi, ma ritengono sia meglio attendersi una vera tutela contrattuale, invocando la figura del danno da contatto sociale, per certi fatti o atti comunque idonei a creare obbligazioni (ex art. 1173 cc). Nonostante la giurisprudenza convenga oggi sulla natura *aquiliana* della responsabilità da contatto sociale tradito, questa strada potrebbe essere di certo più efficace di un reato che, ad oggi, non permette nemmeno di disporre le intercettazioni.

D'altronde il 346-*bis* cp nasce per esigenza di tutelare la P.A. dal *mercimonio* diretto o indiretto delle pubbliche funzioni, in una fase prodromica al loro esercizio, ma di necessaria tutela per tutte quelle persone discriminate dal torbido gioco della corruzione; in tal modo le competenze e le capacità individuali non sono più i parametri di scelta efficiente nella pubblica amministrazione, compromettendo una più ottimale allocazione delle risorse economiche statali⁽⁴⁾.

Si tratterebbe comunque di atti o fatti così palesemente in deroga agli obblighi di correttezza e buona fede richiesti dalla l. n. 241/1990 da meritare un risarcimento pecuniario ai soggetti di cui sopra⁽⁵⁾. La sola responsabilità penale, essendo personale del trafficante d'influenze illecite o del corrotto, non spronerebbe gli enti pubblici a vigilare con l'unica prevenzione efficace, ma sovente ignorata: le sanzioni disciplinari.

La responsabilità civile da danno ingiusto (o anche quella amministrativa da reato, come si avrà modo di analizzare) si traduce in un ammanco nel bilancio degli enti, che per ragioni di economicità sarebbero costretti ad intervenire almeno sul piano disciplinare (a pena di gestione imprudente, etc..).

(4) Cfr. vedi *ultra*, Cap. 2, par. 1.

(5) Cfr. vedi *ultra*, Cap. 3, par. 3, ordinanza S.S.U.U. civili n. 8236 del 28/04/2020.

CAPITOLO I

SOGGETTI PUBBLICI E RESPONSABILITÀ PENALE

1.1. Una definizione di soggetto pubblico

Il 346-*bis* cp è un reato comune e di pericolo astratto, ove la consumazione del fatto ad opera di un pubblico agente integra l'aggravante speciale a effetto comune di cui al comma 3, determinando così un aumento di pena uguale a un terzo.

Il traffico d'influenze non può intendersi allora come un delitto funzionale in senso stretto, non essendo necessario, di base, che il reato in discorso venga commesso esclusivamente nell'esercizio della funzione o del pubblico servizio⁽¹⁾. Infatti nei reati propri contro la P.A. la qualifica soggettiva si dice che *non preceda il fatto* ma, come afferma illustre dottrina⁽²⁾, l'ufficio ricoperto dall'agente assume rilevanza penale qualora, indagando concretamente, risulti sia stato esercitato un potere autoritativo o certificativo.

La giurisprudenza più recente⁽³⁾, ispirata da orientamenti consolidati, si uniforma a una concezione *oggettivo-funzionale* di pubblico agente, di cui agli articoli 357 e 358 cp⁽⁴⁾, meno frammentaria e decisamente

(1) R. RAMPIONI, *I reati dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, in Antonio Fiorella (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, 2013, Torino, pag. 772.

(2) A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, p. 27.

(3) *Cfr.* Cassazione penale, sez. VI, n. 5550/2022, *Salza*.

(4) Ma non vi è una definizione di esercente un servizio di pubblica necessità, di cui al 359 cp, costituendo invece un limite inferiore all'esercizio del pubblico servizio. *Cfr.* R. Rampioni,

unitaria, badando al regime giuridico dell'attività concretamente esercitata dal soggetto medesimo.

1.1.1. *La teoria oggettiva di servizio pubblico*

Si ritiene che la nozione oggettiva dei soggetti pubblici nel penale tragga le mosse da una omonima teoria di diritto amministrativo risalente alla prima metà del novecento.

Ad oggi la Cassazione civile S.S.U.U. n. 71 del 30/03/2000 riconosce la nozione oggettiva di servizio pubblico, ritenuto tale perché rivolto alla collettività, a prescindere dalla natura soggettiva dell'istituto esercente o fornitore⁽⁵⁾.

In origine dominava invece una teoria statalista o *soggettiva* di servizio pubblico elaborata dal De Valles nel 1930, ove soltanto la P.A. poteva curare direttamente o indirettamente⁽⁶⁾ interessi generali. Una simile impostazione dottrinarie prevalse finché le sezioni unite civili decisero di recepirla ufficialmente nella pronuncia n. 4989 del 6 maggio 1995.

Eppure l'ingresso del nostro paese nell'Unione Europea ha mutato radicalmente la nozione di servizio pubblico, in modo da recuperare un'altra teoria, *cd. oggettiva*, elaborata dal Pototschnig nel 1968⁽⁷⁾. Il professore vicentino immaginava cioè un pubblico servizio aperto anche all'iniziativa privata, riservando così allo Stato il compito di regolare, attraverso leggi, determinati settori economici di interesse collettivo.

La teoria oggettiva appena enunciata troverebbe poi conferma nell'endiadi degli articoli 43 e 41.3 della Costituzione, laddove nel primo è ritenuto ammissibile che lo Stato riservi, a se medesimo, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti⁽⁸⁾, certe imprese o cate-

I reati dei pubblici ufficiali contro la P.A., p. 779; dal suddetto novero, saranno allora escluse tutte le ipotesi contemplate e intese come casi di confine, venendo puniti soltanto da fattispecie apposite (come l'articolo 481cp sulla *Falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità*).

(5) F. NICOTRA, *La nozione di servizio pubblico nel diritto interno e comunitario*, 25 febbraio 2015, p.10.

(6) Tramite una concessione a privati che, di fatto, garantisce al destinatario un beneficio di monopolio.

(7) *Ivi*, p.3.

(8) Quindi anche ai privati.

goria di imprese di interesse generale riguardo i servizi pubblici essenziali, le fonti energetiche o certe posizioni monopolistiche di mercato.

Il comma terzo dell'articolo 41 C. richiede infine, come condizione di possibilità al servizio pubblico inteso in senso oggettivo, che la legge determini ogni programma e controllo necessario a garantire che l'attività economica pubblica o privata *possa essere indirizzata ed organizzata ai fini sociali*⁽⁹⁾.

1.1.2. Il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio

Come accennato sopra gli ermellini nel 2022⁽¹⁰⁾, riprendendo la lettera della norma, definiscono *pubblico ufficiale* chiunque eserciti una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa⁽¹¹⁾. Il legislatore del '90 sembra essersi concentrato maggiormente sull'attività svolta in modo concreto dall'autore di reato (piuttosto che sul titolo) e così *agli effetti della legge penale* non rileva né il rapporto di dipendenza con un ente pubblico, né la qualifica pubblicistica dell'istituto datore di lavoro.

Nel caso affrontato la sezione VI richiama altre due pronunce più note⁽¹²⁾, ove per i pubblici ufficiali, come per gli incaricati di un pubblico servizio, bisogna applicare una nozione oggettivo funzionale come criterio di individuazione della responsabilità penale.

Soprattutto il comma secondo dell'articolo 357 richiede si valuti soltanto l'*attività* concretamente svolta dal soggetto, la ricerca e individuazione della *disciplina normativa* di suddetta attività⁽¹³⁾ e la verifica della presenza dei *poteri* (autoritativi e certificativi) tipici della potestà amministrativa.

Diversamente, un *incaricato di pubblico servizio* (ex art. 358 cp) sarà un soggetto che a qualunque titolo presta un servizio pubblico, a prescindere da qualsivoglia rapporto d'impiego⁽¹⁴⁾ con un determinato ente pubblico.

(9) Ivi, p. 7.

(10) Cassazione penale, sez. VI, n. 5550/2022, *Salza*. Pag. 6 ss.

(11) Ove la funzione amministrativa, disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, è caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della P.A. o dal suo svolgersi per mezzo di poteri *autoritativi* o *certificativi*.

(12) S.S.U.U. n. 10086, 13/07/1998, caso *Citaristi*; sez. VI n. 1943, 13/01/1999, *Mascia ed altro*. Ivi p. 7.

(13) A prescindere dalla *connotazione soggettiva* del suo autore. *Ibidem*.

(14) La riforma del '90 ha eliminato ogni riferimento pervigente al rapporto d'impiego

Conclude il giudice delle leggi, ritenendo il servizio pubblico, in fede al comma secondo dell'articolo trecentocinquantotto, come *omologo* alla pubblica funzione del 357 cp, ma difettevole dei suoi noti poteri deliberativi, autoritativi o certificativi.

La sezione VI della Cassazione nei casi Cofano (n. 53578 del 21/10/2014) e Ferrazzoli (n. 39359 del 7/03/2012) individua un *parametro di delimitazione esterna* del pubblico servizio, ritenuto quindi identico alla pubblica funzione, inteso come una regolamentazione pubblicistica che vincoli l'operatività dell'agente o ne possa disciplinare l'agire discrezionale secondo il principio di legalità, diversamente dalla libertà tipica dell'autonomia privata.

Può desumersi allora che, *agli effetti della legge penale*, bisogna escludere l'esercizio della pubblica funzione o del pubblico servizio ad opera dell'agente quando l'attività di questi sia regolata in forma privatistica.

Non è rilevante che nell'attività medesima concorra una persona giuridica pubblica o che il soggetto ipotetico rappresenti una società partecipata quasi totalitariamente da un ente pubblico (proprio come la società della controversia affrontata).

Gli ermellini precisano infatti che la funzione pubblica e il pubblico servizio possono essere svolti persino da privati, perché ai fini penalistici rileva soltanto la *mansione* concretamente svolta dal soggetto agente⁽¹⁵⁾.

Nel caso d'ispecie veniva contestato all'imputato, il signor *Salza*, amministratore unico di una società gestore di complessi immobiliari e patrimoniali a scopo termale, turistico, alberghiero, ricreativo e industriale delle Terme di Stabia, il delitto di peculato per l'appropriazione di circa 30.000 euro facendo acquisti vari con una carta di credito intestata all'azienda (la *S.I.N.T. S.p.a.*).

La Cassazione, pur avendo constatato il fatto come prescritto⁽¹⁶⁾, prosegue ritenendo *irrelevante* come criterio accertativo la qualifica di cui all'art. 358 cp:

con lo stato o un ente pubblico, favorendo una nozione oggettiva-funzionale di servizio pubblico grazie all'espressione: *a qualunque titolo*. *Ibidem*.

(15) *Ivi*, p. 8.

(16) Diversamente qualificandolo in *appropriazione indebita*, non ritenendo, il signor Salza, un incaricato di pubblico servizio per difetto di poteri imperativi.

- la *quasi totalitaria partecipazione pubblica* nella società da parte del Comune di Castellammare di Stabia⁽¹⁷⁾.
- il *perseguimento di un interesse pubblico* e nello specifico la gestione di beni comunali; infatti una simile attività risulta pienamente compatibile con il ricorso a forme non imperative di svolgimento e cioè dettata, come nel caso della *S.I.N.T.*, da un regime operativo integralmente privatistico⁽¹⁸⁾.

1.1.3. *Gli esercenti un servizio di pubblica necessità*

Il terzo profilo soggettivo nei reati al Titolo II – Cap. 2 del codice penale riguarda gli *esercenti un servizio di pubblica necessità* i quali, in base alla lettera dell'articolo 359 cp, ricomprendono innanzitutto:

1. tutti quei privati che svolgono professioni forensi o sanitarie, o in generale si allude ad ogni lavoro altrimenti vietato senza che si disponga di una speciale abilitazione rilasciata dallo Stato quando la collettività è obbligata a servirsi dell'opera di tali soggetti. Si intendono ad esempio i medici e gli avvocati, assieme ai farmacisti⁽¹⁹⁾, alle ostetriche, agli infermieri, ai tassisti, ai vetturini, ai barcaioli, agli addetti alle rivendite di sali e tabacchi o ai servizi di ristoro e a coloro i quali svolgono attività similari⁽²⁰⁾;
2. i privati che non esercitano una pubblica funzione, ma svolgono un servizio dichiarato di pubblica necessità da un atto della Pubblica Amministrazione⁽²¹⁾.

(17) Tale da garantire comunque all'ente territoriale i poteri di nomina e revoca di vertici, di controllo preventivo e successivo sul loro operato e infine di direzione e controllo. *Ibidem*.

(18) *Ibidem*.

(19) E anche le *parafarmacie* vengono incluse nel 359 cp. *Cfr.* Sentenza del T.A.R. Toscana, sez. III, n. 520 del 23 febbraio 2016 sul ricorso numero di registro generale 855 del 2015, p. 2 ss.

(20) *Cfr. Rivista italiana di medicina legale, n. 4, 2020, F. G. SEREGNI, nota a Cassazione penale, sez. V, n. 28847, 07/09/2020, p. 2113.*

(21) Le S.S.U.U. n. 18056/2002 individuano il requisito di cui all'art. 359.1 n. 2 cp, o la *dichiarazione di pubblica necessità*, nella L. 990/1969 che ritiene espressamente utile alla collettività, nonché obbligatoria, l'assicurazione del rischio di responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli e natanti. *Cfr. Commentato Codice Penale n. 359, autore: Pierluigi Di Stefano, in De Jure banche dati editoriali GFL.*

L'articolo in esame ben potrebbe alludere a figure soggettive complementari o sovrapponibili ai pubblici ufficiali o agli incaricati di un pubblico servizio, o almeno così sembrerebbe, non utilizzando l'interpretazione *oggettiva* di servizio pubblico analizzata ad inizio paragrafo.

La differenza principale risiede quindi nell'attività concretamente svolta da tali individui, partendo dal 359 cp che funge da limite inferiore⁽²²⁾ nei reati propri contro la P.A., escludendo così la sussistenza del pubblico servizio di cui al 358 cp e quindi la configurabilità di reati eventualmente più gravi.

Purtroppo il confine tra le due figure soggettive è spesso labile e incerto, come emerso nel 2020 in una controversia lunga 6 anni finita in Cassazione⁽²³⁾, circa la configurabilità o meno della qualità di pubblico ufficiale o di esercente un servizio di pubblica necessità, riferita a un medico che aveva commesso *falso ideologico* nella prescrizione di medicinali⁽²⁴⁾.

La sentenza cerca di operare una distinzione tra la falsità di certificati rilasciati da un medico convenzionato e da uno non dipendente della A.S.L.

Nel primo caso i farmaci prescritti sono erogati a carico del Servizio Sanitario Nazionale (più avanti *SSn*) sulla base di ricettari regionali, e allora ogni falsità deve riguardare senz'altro la forma pubblica dell'atto poiché *pubblica* è la funzione esercitata dal medico⁽²⁵⁾.

Nel secondo, le *ricette bianche* del ricettario personale del medico curante, il professionista non risulta come dipendente dell'A.S.L. o convenzionato con essa, rientrando piuttosto nella categoria di soggetti contemplati dal 359 cp. Più propriamente tali ricette contengono prescrizioni totalmente a carico del cittadino assistito⁽²⁶⁾ ed esse vengono redatte da medici privati o da medici pubblici di strutture sanitarie che svolgono la propria attività *intra moenia* e cioè senza un ricettario regionale.

(22) R. Rampioni, *I reati dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, p. 775.

(23) Cassazione penale, sez. V, n. 28847, 19/10/2020.

(24) *Cfr. Rivista italiana di medicina legale-n. 4-2020*, p. 2110 ss.

(25) In questo caso il medico sarà un pubblico ufficiale. *Cfr.* Cassazione penale, sez. V, n. 28847, 19/10/2020, p. 6 ss.

(26) Oltre ad avere un contenuto senz'altro più scarno e privo di anamnesi e del nome dell'assistito. *Ibidem.*

Il punto della questione è che il sanitario, prescrivendo con ricette bianche, non può considerarsi un medico pubblico, ma appartiene più propriamente al novero di soggetti di cui all'articolo 359 cp in quanto esercente una professione considerata di per sé un servizio di pubblica necessità.

Nel caso di specie, come giustamente riformato dalla Corte d'Appello di Torino, la condotta del ricorrente (falso ideologico in certificati) fu riqualificata nel più mite reato del 481 cp, rispetto al precedente 480 cp⁽²⁷⁾.

Infatti solo un medico convenzionato che usa ricette rosa⁽²⁸⁾ agisce come pubblico ufficiale, configurandosi il falso ideologico di cui all'articolo 480 cp.

Una ricetta bianca invece, come quelle due richiamate nel caso d'ispecie, afferisce al servizio di pubblica necessità (ex art. 359 cp).

1.2. **Soggetti pubblici e responsabilità penale personale ex art. 27 Cost.**

L'articolo 27.1 C. enuncia il principio della responsabilità penale personale o diretta, definita dal brocardo *nulla poena sine culpa*.

Dunque ciascuno può essere condannato soltanto per un fatto proprio, col divieto conseguente di responsabilità indiretta o per fatto altrui.

Nonostante il ventisette non si collochi tra i controlimiti della nostra Carta dei diritti, le sentenze n. 364/1988 e n. 1085/1988 della Corte costituzionale fanno assurgere la colpevolezza a elemento imprescindibile del fatto di reato⁽²⁹⁾.

Per *fatto proprio* non si intende semplicemente un legame tra fatto e soggetto (ovvero del nesso di causalità materiale), ma soprattutto il *momento subiettivo* che richiede almeno la colpa in senso stretto⁽³⁰⁾: cioè prevedibilità dell'evento ed evitabilità della condotta.

Infine un'altra sentenza della Consulta (n. 322/2007) eleva il principio di colpevolezza a canone ermeneutico per il giudice “nella lettura e nell'applicazione delle norme vigenti”.

(27) Ivi, p. 2; *Rivista italiana di medicina legale*, p. 2110.

(28) Così chiamate per il colore delle prescrizioni a carico del Ssn.

(29) G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale. Settima edizione*, p. 326.

(30) Corte Costituzionale, n. 364 del 30/03/1988, p. 14.

Bisogna precisare che nelle due pronunce manca un esplicito divieto a ipotesi di responsabilità oggettiva (solo nesso di causalità), richiedendo nella s.364 di verificare attentamente quali elementi della fattispecie non possano essere coperti almeno dalla colpa, trattandosi di sommi beni giuridici penalmente protetti e più significativi rispetto all'offesa (ad es. l'incolumità personale).

Si allude ai casi dei 2 delitti preterintenzionali, ai delitti aggravati dall'evento, agli artt.116 e 117 cp, alle condizioni obiettive estrinseche di punibilità (44 cp), etc⁽³¹⁾...

Per ogni reato commesso da soggetti pubblici dunque, sarà penalmente obbligato il responsabile persona fisica e, civilmente, del danno ingiusto aquiliano, anche la P.A. secondo l'articolo 28 della Costituzione.

Inoltre il 197 cp non si applica agli enti territoriali e allo Stato in caso di insolvibilità del condannato, che rimarrà direttamente responsabile delle due sanzioni pecuniarie penali.

Così gli enti pubblici sembrano beneficiare di un importante scudo, dovendo altrimenti pagare al posto di "qualche" funzionario edonista con spese e aspettative di vita ben al di sopra delle proprie disponibilità.

In realtà sembrerebbe incoerente, e quasi un'*auto-fustigazione* per lo Stato, comminarsi sanzioni penali ideate con scopi di deterrenza e neutralizzazione sociale o di prevenzione generale e speciale negativa.

D'altronde lo Stato rappresenta il *gold standard* della legalità, ma non sempre è così, consultando la casistica, i media e persino il cinema o le chiacchiere diffuse.

Condizione necessaria della responsabilità penale è lo stato di imputabilità, ovvero una generica attitudine della personalità a rispondere dei reati ascritti⁽³²⁾.

La lettera dell'85cp subordina la punibilità per fatto criminale al possesso della capacità d'intendere e di volere durante il *tempus commissi delicti*. Quindi si può essere imputati solo riuscendo a comprendere l'eventuale disvalore sociale degli atti commessi e il loro significato sul piano sanzionatorio.

(31) G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, pagg. 673 ss.

(32) Cfr. E. MEI, *Medicina legale e delle assicurazioni*, pagg. 204 ss.

Esistono tuttavia delle apposite cause di esclusione dell'imputabilità, come: le **fisiologiche**, che includono lo stato di infraquattordicenne, ritenuto assolutamente incapace di intendere e di volere⁽³³⁾, e di infradiciottenne, il quale potrebbe essere ritenuto immaturo o sprovvisto di un *equilibrio etico* tale da garantire una corretta valutazione di eventuali illeciti commessi.

Al di fuori di queste circostanze, l'imputabilità non è esclusa, ma il giudice in sede di condanna può valutare preliminarmente alcune condizioni fisiologiche utili a garantire, ad esempio, una delle consuete misure alternative alla pena detentiva.

Nello specifico, l'articolo 163.3 cp, ai fini della sospensione condizionale della pena, equipara la senilità, o lo status di ultrasettantenne, al soggetto infraventunenne che ha già compiuto diciott'anni.

Le cause **morbose**, che escludono l'imputabilità solo nel vizio totale di mente e riducendo la pena per vizio parziale⁽³⁴⁾.

In particolare la capacità di intendere e di volere (o *autodeterminativa*) si valuta badando alle funzioni intellettive, relazionali, sociali (e lavorative) del soggetto. Inoltre va riscontrato il possesso di autonomia decisionale di consapevolezza di sé nel mondo esterno.

A seconda del livello di intralcio e preclusione esistenziale, la scienza ritiene che generalmente soltanto i *disturbi qualitativi* dello psichismo incidano sull'imputabilità del soggetto (disturbi comportamentali, psicosi, sviluppi di personalità, delirii interpretativi e psicosi da eventi psicotraumatizzanti).

Eppure alcuni disturbi della personalità, notoriamente ricompresi nel novero dei *disturbi quantitativi*, se di particolare intensità possono rivestire importanza per la medicina legale e con ciò si allude a un eventuale screzio psicotico che si aggiunge ai disturbi a monte⁽³⁵⁾ e capace di scardinare (anche se momentaneamente) le funzioni di consapevolezza di sé (*insight*) e della realtà (*outsight*).

(33) Per immaturità psichica presunta. *Ibidem*.

(34) Rispettivamente artt. 88-89 cp. *Ivi*, p. 205.

(35) Cfr. *Ivi* p. 208 ss.

1.3. La responsabilità amministrativa da reato per gli enti

In origine valeva il brocardo *societas delinquere non potest* risalente al medioevo, essendo papa Innocenzo IV contrario alla scomunica di soggetti collettivi, per evitare che degli onesti pagassero con una simile e tragica pena⁽³⁶⁾.

Anche il Von Savigny escludeva l'idea di una responsabilità penale degli enti, non essendo questi altro che entità fittizie riconosciute dall'ordinamento per compiere atti leciti⁽³⁷⁾. Egli riteneva infatti che ogni atto illecito dovesse così esulare dalla possibilità di esistenza concessa dallo Stato ai soggetti collettivi.

Coerentemente il codice penale italiano del 1930 negava una responsabilità penale diretta delle persone giuridiche grazie all'articolo 197 cp che, in caso di insolvibilità del condannato persona fisica, obbligava civilmente l'istituto⁽³⁸⁾ (come anche oggi accade) per la multa e per l'ammenda, se l'illecito fosse stato commesso nell'interesse del medesimo ente⁽³⁹⁾.

Così però il vero autore del reato, persona fisica, rimane di fatto immune alla pena pecuniaria, gravante solo sull'ente. Inoltre si violerebbe l'articolo 27.1 della Costituzione a presidio del principio di responsabilità penale personale, esclusa per fatto altrui.

Infatti non bisogna ignorare che il combinato disposto degli articoli 3 e 27.1 C. richiede, per avere la tipicità del reato, un fatto personale e colpevole ed è impossibile concepire per gli enti, mere entità fittizie, uno stato psicologico affine al dolo o almeno alla colpa⁽⁴⁰⁾ (prevedibilità come elemento minimo).

Il chiaro e dilagante fenomeno dei reati finanziari, alla resa dei conti, pone l'urgenza istituzionale di adottare il decreto legislativo n. 231/2001, introducendo infine una responsabilità amministrativa da reato per le persone giuridiche, le società e le associazioni (anche prive di personalità giuridica).

(36) R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, 2017, p. 49.

(37) *Ivi*, 50.

(38) Tranne alcune, ma non tutte le P.A., quali lo Stato ed altri enti locali, ex art. 197.1 cp

(39) *Ivi*, 55.

(40) *Ivi*, 55-56; G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, su *Diritto Penale Contemporaneo*, 28 ottobre 2012, p. 11.

Il decreto è frutto di una legge delega troppo generica, secondo illustre dottrina⁽⁴¹⁾, e quindi contrastante col principio di legalità (25 C.) circa l'aspetto della riserva di legge (e l'annosa questione dell'abuso di leggi delega in Parlamento).

Con il modello 231 si introduce una forma di responsabilità punitiva diretta, non sostitutiva, ma aggiuntiva a quella della persona fisica e valida per l'ente: scoraggiando così reati societari secondo prevenzione generale (negativa)⁽⁴²⁾.

La vera natura della responsabilità nel modello 231 era materia controversa fin dalla sua presentazione alle Camere.

Per alcuni la responsabilità amministrativa serviva ad aggirare il limite della responsabilità diretta nel penale (27 C.), lamentando anche la difficoltà a concepire una pena rieducativa per un'entità fittizia.

Altri vedevano nel modello 231 "un terzo binario" oltre la pena e la misura di sicurezza (oggi giorno disposta per soggetti incapaci e pericolosi socialmente, nella maggior parte dei casi). Dunque la sanzione amministrativa varrebbe tuttora ai fini di una semplice prevenzione generale e speciale (negativa).

Infine la sentenza S.S.U.U. n. 38343/2014 di Cassazione, pacificando la questione, riconosce nella responsabilità amministrativa degli enti da reato un *tertium genus*⁽⁴³⁾ a sé stante, comunque appartenente al diritto punitivo e con i tratti seguenti:

- la competenza del giudice penale (ordinario), con sanzione amministrativa applicata dallo stesso;
- il rito è del processo penale con tutte le sue garanzie, per quanto compatibili, alle quali rinvia l'articolo 34 d.lgs.231/2001;
- l'ente deve nominare un difensore tecnico con iscrizione in un apposito registro per le persone giuridiche indagate, potendo anche meritare l'applicazione di misure cautelari e altri provvedimenti.

Molti tra gli addetti ai lavori condividono la scelta degli Ermellini, ma altri (come lo Zannotti) la ritengono una soluzione troppo comoda

(41) Secondo E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità*, 8, citato da R. ZANNOTTI, *op. ult. cit.*, 61-62.

(42) *Ivi*, ZANNOTTI, 60.

(43) *Ivi*, 64.

per le società⁽⁴⁴⁾, ben potendo queste, intuitivamente, addossare ogni misfatto su amministratori interscambiabili e direttamente incriminati.

Soprattutto lo statunitense Friedman vede nelle persone giuridiche delle entità ben definite nella società civile, meritevoli indistintamente come i privati di sanzioni penali⁽⁴⁵⁾.

Invero sarebbe disparitario, e non eguale pure ai sensi dell'articolo 3 della nostra Costituzione, irrogare una pena soltanto alla persona fisica e non anche alla società.

Vista tale esigenza, ci si aspettava perlomeno uno sforzo di coerenza da parte di chi di dovere (il legislatore o la Cassazione), giacché fin dai tempi della bozza Pisapia a riforma del codice penale si condivideva l'orientamento che il modello 231 fosse nient'altro che un'autentica responsabilità penale, mascherata da amministrativa⁽⁴⁶⁾.

La portata applicativa del succitato decreto si estende (ex art. 1.2) agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche non iscritte nel Registro delle imprese.

Generalmente tra i destinatari figurano le società commerciali (di capitali e di persone, personificate e non), le società lucrative, cooperative, associazioni (riconosciute o meno) e gli enti con personalità giuridica (fondazioni, comitati riconosciuti e istituzioni private riconosciute).

Rimangono così esclusi gli imprenditori individuali, giacché il modello 231 richiede almeno la collegialità dell'ente, ma non ugualmente le s.r.l. unipersonali (secondo il Tribunale di Milano 2008).

L'articolo 1.3 esenta tuttavia gran parte della P.A. (lo Stato, gli enti territoriali e gli altri enti pubblici non economici), assieme a quegli enti privati, come partiti politici e sindacati, che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

1) Gli enti pubblici non economici⁽⁴⁷⁾, non perseguendo scopi lucrativi, si rivolgono a utilità solidaristiche (eroganti servizi pubblici come le Università, altri enti associativi simili alla Croce Rossa, etc..).

Tuttavia la giurisprudenza (S.S.U.U. 11/07/2006 n. 15661) in senso restrittivo, ritiene ente pubblico non economico quell'istituto che esercita anche non esclusivamente un'attività economica (come un

(44) *Ivi*, 66.

(45) *ivi*, 65.

(46) *Ivi*, Cap. III, par. 2.1.

(47) Vedi *ultra*, par. 1.5.