

## CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

---

GIULIA ANGIOLINI

### **Un'applicazione del *ne bis in idem* al procedimento ex d.lgs. n. 231 del 2001. Cambia ancora la fisionomia del principio?**

La recente estensione della garanzia - convenzionalmente intesa - del divieto di secondo giudizio mostra come la stessa sia oggetto, al contempo, di una continua, progressiva espansione e trasformazione. Se, da un lato, è testimonianza di come il principio, alla luce dei criteri alsaziani di definizione della "*matière pénale*", possa trovare spazio anche in un territorio - quello del "doppio binario" sanzionatorio degli enti in ambito tributario - dove la materia, duplicemente, non sarebbe formalmente "penale", dall'altro, mette in luce una natura del divieto sempre più lontana dal contenuto dell'art. 649 c.p.p. La forte valorizzazione del requisito di proporzionalità della sanzione, tra i fattori da valutare nel giudizio di connessione temporale e materiale richiesto da Strasburgo e, successivamente, anche dalla Corte costituzionale rischia di sfumare i margini della garanzia processuale - che preclude un secondo giudizio indipendentemente dall'esito del primo - avvicinandola sempre di più a quella sostanziale che protegge esclusivamente da una seconda condanna. L'inclusione della ponderazione delle eventuali condotte riparatorie nel giudizio di proporzionalità della sanzione, inoltre, significherebbe un'apertura - non legislativamente normata - dell'ordinamento italiano alla *diversion* nel processo agli enti che potrebbe comportare il rischio di trasformare ulteriormente il *ne bis in idem* facendolo operare in un'ottica premiale anziché come garanzia di per sé.

*An application of ne bis in idem to proceedings under Legislative Decree No. 231 of 2001. Does the principle's shape change again?*

*The recent extension of the guarantee - conventionally defined - of the prohibition to be tried twice shows how it is, at the same time, the subject of a continuous, progressive expansion and transformation. On the one hand, it is evidence of how the principle, in the light of the Alsatian criteria for defining the "matière pénale", can also find a place in an area - that of the "double track" of entities' sanctions in fiscal sector - where the subject matter, doubly, would not be formally "criminal". On the other hand, it highlights a nature of the prohibition that is increasingly far from the content of Article 649 of the Code of Criminal Procedure. The strong emphasis on the requirement of the proportionality of the penalty, among the factors to be assessed in the judgment of connection in substance and time required by Strasbourg and, subsequently, also by the Constitutional Court, risks blurring the margins of the procedural guarantee - which precludes a second trial regardless of the outcome of the first - bringing it ever closer to the substantive guarantee that protects exclusively against a second conviction. The inclusion of the consideration of any restorative conduct in the judgement of the proportionality of the penalty, moreover, would mean an opening - not legislatively regulated - of the Italian legal system to diversion in the proceedings against entities, which would entail the risk of a further transformation of the ne bis in idem by making it operate in a rewarding perspective rather than as a guarantee per se.*

**SOMMARIO:** 1. Il contesto: il doppio binario sanzionatorio degli enti in ambito tributario. - 2. Il paradigma europeo del *ne bis in idem*. - 3. La verifica dell'applicabilità della garanzia nel caso concreto: una materia doppiamente "sostanzialmente" penale. - 4. (segue)... la *close connection* si infrange con il giudizio di proporzionalità della sanzione. - 5. Alcuni rischi celati dietro l'estensione della garanzia.

1. *Il contesto: il doppio binario sanzionatorio degli enti in ambito tributario.* È dello scorso autunno un interessante provvedimento<sup>1</sup> che offre spunti di riflessione sul fronte non solo dell'applicazione dei canoni europei di divieto di secondo giudizio, ma anche della loro estensibilità al procedimento agli enti *ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*.

Il contesto è uno dei procedimenti nei confronti di una società per presunta fittizietà degli appalti di manodopera che sono stati avviati dalla Procura milanese a seguito dell'ingresso dei reati fiscali nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti<sup>2</sup>.

Come in altri casi recenti, era stato iscritto un procedimento nei confronti di una società ai sensi degli artt. 5 lett. a), 6 lett. a) e 25 *quinquiesdecies* d.lgs. 231/2001 in relazione all'art. 2 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 per aver asseritamente utilizzato fatture per operazioni inesistenti, simulando contratti di appalto in luogo di somministrazione di manodopera.

Il 9 novembre 2022, la Procura presso il Tribunale di Milano ha emesso un decreto di archiviazione nei confronti di una società indagata ravvisando un *bis in idem* rispetto al complementare procedimento tributario che aveva coinvolto la società definito mediante la procedura del ravvedimento operoso con l'integrale versamento all'Agenzia delle entrate dell'imposta ritenuta evasa (oltre interessi e sanzioni).

Significativo è il percorso argomentativo che ha condotto all'esito archiviativo.

2. *Il paradigma europeo del ne bis in idem.* La Procura avvia il proprio ragionamento a partire dalla recente pronuncia della Corte costituzionale che, dopo quasi dieci anni e svariate questioni di legittimità costituzionale, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. estendendo, seppure limi-

---

<sup>1</sup> Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, decreto di archiviazione 9 novembre 2022, in *www.sistemapenale.it*, 25 novembre 2022, con nota di MUCCIARELLI. Per un commento, v. anche SCOLETTA, *Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari*, in *www.sistemapenale.it*, 28 novembre 2022 e TRIPODI, *Archiviazione 231 per ne bis in idem. Quando la disciplina della responsabilità da reato degli enti "incrocia" la garanzia europea*, in *Cass. Pen.*, 3, 2023, 981 ss.

<sup>2</sup> Solo per alcuni esempi, v. FERRARELLA, *Mondialpol, sequestrati 25 milioni di euro: «Prezzi più bassi grazie a coop finte»*, in *www.corriere.it*, 12 maggio 2023; ID., *Milano, sequestrati a Brt-Bartolini e a Geodis 102 milioni di euro*, *ivi*, 15 dicembre 2022; ID., *Salumificio Beretta, manodopera da cooperative «volanti»*, *ivi*, 13 aprile 2022; ID., *Gls, indagato il colosso della logistica: «Frode fiscale sui lavoratori»*, *ivi*, 19 novembre 2021.

tatamente al circoscritto ambito della tutela del diritto d'autore, la garanzia del divieto di secondo giudizio ivi previsto oltre i confini della materia penale<sup>3</sup>.

Il provvedimento ripercorre, quindi, la «profonda evoluzione»<sup>4</sup> che ha subito il principio partendo dalla miccia che ha innescato l'acceso dibattito in Italia sullo stesso, la pronuncia Grande Stevens<sup>5</sup>. Il decreto non manca di sottolineare come in quel primo passaggio dell'esegesi alsaziana - per lo meno da quando è stata risvegliata l'attenzione sul tema anche nel nostro Paese - la posizione della Corte fosse «alquanto netta»: la garanzia del divieto di secondo giudizio opera quando per un medesimo fatto, dopo una sentenza irrevocabile, sia avviato un secondo procedimento sempre in “materia penale” (da individuarsi secondo i noti “criteri Engel”<sup>6</sup> e, quindi, non solo la qualifica giuridica dell'offesa nel diritto interno, ma anche la natura della stessa misura e la natura e la gravità della “sanzione” tenendo anche conto della finalità perseguita dalla stessa<sup>7</sup>).

---

<sup>3</sup> V. Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149 del 2022, in *Giur. cost.*, 2022, 3, 1554 con nota di BIN, Ne bis in idem europeo vs. controllo di razionalità interno di un doppio binario sanzionatorio. A commento della sentenza, cfr., anche, SEMINARA, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 11, 1381 ss.; LONATI, *L'incostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d'autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del ne bis in idem?*, in *Medialaws*, 2022, 3, 15 ss.; RECCHIA, *L'ennesima stagione del ne bis in idem nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo ubi consistam processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 4, 1676 ss.; SCOLETTA, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in *www.sistemapenale.it*, 23 giugno 2022; e, volendo, ANGIOLINI, *Ne bis in idem: una declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. che invoca un intervento legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 3, 1329 ss.

<sup>4</sup> Il decreto di archiviazione riprende così le parole della Corte costituzionale nella sentenza Corte cost., 2 marzo 2018, n. 43 ove appunto si era riconosciuto come la sentenza Corte EDU, Grande Camera, A e B c. Norvegia, 15 novembre 2016 avesse ridefinito i confini del principio *de quo*.

<sup>5</sup> Corte EDU, Grande Stevens *et al.* c. Italia, 4 marzo 2014 con la quale l'Italia è stata condannata per violazione dell'art. 4 Prot. 7 C.E.D.U. a seguito dell'avvio di un processo penale dopo la conclusione del procedimento amministrativo e l'irrogazione della relativa sanzione per un fatto di manipolazione del mercato. In tale occasione la Corte di Strasburgo aveva ravvisato anche una violazione dell'art. 6 C.E.D.U. essendo stato considerato il procedimento amministrativo vertente su quella che la Corte di Strasburgo ha ritenuto essere, nonostante il *nomen legis*, una «accusa in materia penale», non rispettoso delle garanzie previste per l'imputato.

<sup>6</sup> I tre criteri operanti in via disgiuntiva tra loro erano stati individuati nella sentenza Corte EDU, Grande Camera, Engel *et al.* c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976.

<sup>7</sup> Al riguardo è stato specificato nella sentenza Corte EDU, Grande Stevens *et al.* c. Italia, cit., parr. 93-97 che si deve far riferimento non alla sanzione che è stata infine inflitta, ma alla «sanzione che può essere inflitta a priori alla persona interessata».

La Procura di Milano non dimentica poi di ricordare come i termini del principio siano stati fortemente ridimensionati – sottolineando come la logica sottesa sia di non precludere agli ordinamenti interni la strada di un doppio binario sanzionatorio in determinati ambiti – dalla Corte di Strasburgo con la nota pronuncia **A e B c. Norvegia**<sup>8</sup>. Con essa, infatti, i giudici alsaziani hanno scalfito l'inderogabilità e automaticità della garanzia che sembrava emergere dalle precedenti pronunce (tra le quali anche **Grande Stevens c. Italia**) riconoscendo che il divieto non opera in presenza di una «*sufficiently close connection in substance and time*» da valutarsi sulla base di una serie di presupposti quali il perseguimento di scopi complementari, o l'attinenza a diversi aspetti del comportamento illecito; la prevedibilità, in base alla legge e alla pratica, della duplicità dei procedimenti quale conseguenza del comportamento sanzionato; la previsione legislativa di meccanismi volti a evitare duplicazioni nella raccolta e nella valutazione delle prove<sup>9</sup>, e ad assicurare una ragionevole coordinazione temporale dei procedimenti o che assicurino una proporzionalità complessiva della sanzione consentendo al giudice penale (ovvero all'autorità amministrativa in caso di formazione anticipata del giudi-

---

<sup>8</sup> Corte EDU, **Grande Camera, A e B c. Norvegia**, cit., par. 130-134, in [www.archivioldpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archivioldpc.dirittopenaleuomo.org), 18 novembre 2016, con nota di VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*. A tale criterio, la Corte di Strasburgo aveva già prima fatto riferimento in alcune altre decisioni, tra cui Corte EDU, **R.T. c. Svizzera**, 30 maggio 2000; Corte EDU, **Nilsson c. Svezia**, 13 dicembre 2005; Corte EDU, **Boman c. Finlandia**, 17 febbraio 2015 e Corte EDU, **Nykänen c. Finlandia**, 20 maggio 2014. Su tale filone della giurisprudenza di Strasburgo, v. BONTEMPELLI, *La litispendenza penale*, Milano, 2017, 68 s. Questo metro di valutazione è stato mantenuto costante nelle successive pronunce: v., tra le altre Corte EDU, **Jóhannesson et al. c. Islanda**, 18 maggio 2017, in [www.archivioldpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archivioldpc.dirittopenaleuomo.org), 22 maggio 2017, con nota di VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*; Corte EDU, **Velkov c. Bulgaria**, 21 luglio 2020, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, con nota di CANESCHI, *Ne bis in idem: una garanzia ancora in cerca di identità* e Corte EDU, **Tsonyo Tsonev c. Bulgaria (n° 4)**, 6 aprile 2021, ove, in particolare, data la già insufficiente connessione sostanziale, la Corte ha ritenuto di non dover prendere in considerazione l'esame del parametro temporale (v. par. 50).

<sup>9</sup> Sugli ambiti in cui, per mano della giurisprudenza si assiste sempre più a «un doppio binario “a vasi (largamente) comunicanti”» e sui risvolti critici, v. Busetto, *Utilizzabilità delle prove tributarie nell'ambito del processo penale*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 28 marzo 2020; CERESA-GASTALDO, *L'accertamento dei tributi tra disciplina amministrativa, penale e processuale. Circolazione dei materiali istruttori ed autonomia dei giudizi*, in *Quad. SSM*, 2022, 14 - *Il diritto tributario nella prospettiva penale e civile*, 45 ss. che, in particolare, evidenzia come la valorizzazione del parametro della circolazione probatoria dal procedimento tributario a quello penale, comportando che «il materiale raccolto e formato in un processo sommario e non garantito (fondato su presunzioni e su prove dichiarative e valutative mascherate da documenti, sottratte al contraddittorio)» porti con sé il rischio di trasformare il *bis in idem* in una «garanzia cannibale» che svuota di contenuto il *fair trial* penale.

cato penale) di tenere conto di quella già inflitta ai fini della commisurazione della pena.

Il decreto arriva dunque ad evidenziare come, alla luce del *revirement*, «risulta evidente la contaminazione di un principio di carattere processuale con logiche di natura sostanziale: in caso di concorso tra procedimenti penali e “sostanzialmente penali”, la legittimità del cumulo procedimentale, e quindi l’osservanza del *ne bis in idem* processuale è ora subordinata al rispetto del *ne bis in idem* sostanziale. L’accertamento da svolgere, caso per caso, quindi diventa più rigoroso, estendendosi l’apprezzamento del giudice anche al requisito della proporzionalità della sanzione unitariamente intesa».

Nel quadro ricostruttivo del principio in questione non viene omesso di evidenziare come sull’interpretazione del principio «si siano registrate significative convergenze tra gli ordinamenti delle Corti europee»<sup>10</sup>. Viene inoltre ricordato che, nell’ambito della “Piccola Europa”, la Corte di giustizia<sup>11</sup> è giunta alle medesime conclusioni dei giudici di Strasburgo affermando che «la valutazione cui è chiamato il giudice nazionale debba estendersi, oltre che alla proporzionalità, alla effettività e dissuasività della sanzione complessivamente irrogata.

*3. La verifica dell’applicabilità della garanzia nel caso concreto: una materia doppiamente “sostanzialmente” penale.* Completato il quadro ricostruttivo del principio secondo l’interpretazione europea, la Procura milanese lo cala nel caso concreto per verificare se sia applicabile o meno il divieto.

Il primo parametro su cui si sviluppa la verifica è rappresentato dall’*idem factum*. Il decreto, riecheggiando ancora una volta l’interpretazione della giurisprudenza di Strasburgo, precisa che «la medesimezza del fatto si apprezza

<sup>10</sup> Al riguardo, v. LONATI, *Doppio binario e giurisprudenza europea*, in *Riv. soc.*, 2023, 1, 138. Per una recente ricostruzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e della Corte di giustizia sul principio v. J.I.E. VEAS, *Ne Bis in Idem and Multiple Sanctioning Systems: A Case Law Study of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the EU*, Cham, 2023, 93 ss.

<sup>11</sup> In particolare con le pronunce Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, Menci; Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, Garlsson Real Estate *et al.* e Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-597/16, Di Puma e Zecca, in [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), 21 marzo 2018, con nota di GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*. Per un commento alle pronunce v. anche FRANCAZI, *Ne bis in idem e reati tributari*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 9, 1229 ss. e CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice europolitano*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 7, 949 ss.

alla luce delle circostanze fattuali concrete», considerando il fatto storico e a nulla rilevando la diversa qualificazione giuridica. Sia nel procedimento *ex d.lgs. 231/2001* sia, precedentemente, dall’Agenzia delle entrate sono contestati i medesimi fatti di frode dell’imposta sul valore aggiunto in relazione alle annualità 2019 e 2020 e, pertanto, la valutazione viene risolta in senso positivo<sup>12</sup>.

Nel decreto si passa poi alla valutazione circa la “*matière pénale*”. Dando per scontato che sia penale la responsabilità – formalmente amministrativa – degli enti *ex d.lgs. 231/2001*, l’attenzione si concentra sul valutare se le sanzioni tributarie applicate dall’Agenzia delle entrate, debbano ritenersi “sostanzialmente penali” secondo i criteri Engel residuali rispetto alla qualifica del legislatore. A sostegno della natura penale delle sanzioni tributarie la Procura adduce, in primo luogo, come siano stati estesi – dai d.lgs. 18 dicembre 1997, nn. 471, 472 e 473 – alle sanzioni amministrative i principi di legalità, di personalità della sanzione e l’istituto della continuazione, propri del diritto penale; in secondo luogo, si sottolinea come la natura “sostanzialmente” penale delle sanzioni tributarie sia stata già riconosciuta non solo dalla Corte di Strasburgo<sup>13</sup>, ma anche dalla Corte di legittimità italiana<sup>14</sup> sottolineandone le componenti dissuasive ed afflittive che superano il fine del mero risarcimento/indennizzo del danno cagionato dal contribuente. Date queste premesse, il corollario che ne viene fatto discendere è che la sanzione tributaria per dichiarazione fraudolenta che l’art. 1 del d.lgs. 471/1997 individua tra il 135 e il 270% dell’imposta evasa, nonostante nel caso concreto quella effettivamente irrogata sia stata ridotta alla luce dell’adesione alla procedura di ravvedimento operoso (ma attestandosi comunque oltre il 30% dell’imposta evasa) debba considerarsi di natura penale.

---

<sup>12</sup> Per alcune interessanti riflessioni circa la medesimezza del fatto quando uno dei termini del confronto è l’illecito dell’ente *ex d.lgs. 231/2001*, v. SCOLETTA, *Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari*, cit. e TRIPODI, *Archiviazione 231 per ne bis in idem. Quando la disciplina della responsabilità da reato degli enti “incrocia” la garanzia europea*, cit., 981.

<sup>13</sup> Viene richiamata in particolare Corte EDU, 18 maggio 2017, Johannesson *et al.* c. Islanda, cit. ove era stata considerata tale la sanzione tributaria ammontante al 25% dell’imposta evasa.

<sup>14</sup> Cass., Sez. III, 20 gennaio 2022, n. 2245, Rv. 282799 che aveva ritenuto tale la sanzione ammontante al 30% dell’imposta evasa.

4. (segue)... la *close connection* si infrange con il giudizio di proporzionalità della sanzione. Accertata la sussistenza dell'*idem factum* in ambito “sostanzialmente penale”, il decreto si addentra nell’esame della valutazione ulteriore richiesta da Strasburgo, quella circa l’assenza di una *close connection* materiale e temporale. Il decreto snocciola i vari requisiti indicativi, secondo la Corte europea, della connessione. Vengono ritenuti sussistenti la complementarità e la prevedibilità dei procedimenti paralleli, così come il coordinamento probatorio tra gli stessi (ricordando che, per l’emissione del processo verbale di constatazione, l’Agenzia delle entrate ha utilizzato gli esiti delle indagini esplesate nel procedimento penale).

A far cadere la connessione è il parametro della proporzionalità della sanzione complessiva (*rectius* il riferimento del decreto è alla sanzione «complessivamente irrogata»). I procuratori milanesi, al riguardo, sottolineano come l’introduzione dei reati fiscali tra i presupposti della responsabilità degli enti non abbia previsto anche un meccanismo compensatorio che consenta di tener conto nel secondo procedimento della sanzione già irrogata e divenuta definitiva nel primo<sup>15</sup>.

Solo qui, nel bel mezzo del giudizio di proporzionalità, si apre una riflessione circa la natura delle sanzioni previste per l’ente dal d.lgs. 231/2001. A sostegno dell’affermazione di un rischio di irrogazione di sanzioni sproporzionate che porta con sé l’omissione da parte del legislatore di un sistema di coordinamento sanzionatorio, riemerge la natura formalmente amministrativa della responsabilità degli enti derivante da reato. Viene così evidenziato come tali effetti sarebbero tanto più irragionevoli se si considera che entrambe le sanzioni (sia quella tributaria di cui al d.lgs. 471/1997, sia quella prevista per l’ente dal d.lgs. 231/2001) formalmente sono amministrative. Nel sostenere l’applicabilità anche all’ente della garanzia nella sua accezione europea il ragionamento sembra però incorrere in un “corto circuito”.

Inizialmente, infatti, si parte dal presupposto della natura sostanzialmente penale tanto del procedimento a carico dell’ente *ex* d.lgs. 231/2001 quanto del procedimento amministrativo conclusosi con l’irrogazione della sanzione tri-

---

<sup>15</sup> In una recente pronuncia, peraltro, la Corte europea dei diritti dell’uomo, seppure nel diverso ambito degli abusi edilizi, ha ritenuto violato l’art. 4 Prot. 7 C.E.D.U. in considerazione del mancato superamento del *test* della *close connection in substance and time* non avendo il giudice penale tenuto conto, nella commisurazione della sanzione, di quella precedentemente irrogata nel procedimento amministrativo oltre che per lo scostamento temporale tra i due procedimenti (v. Corte EDU, 16 giugno 2022, Golundris e Vardinogjanni c. Grecia).

butaria. Per quanto riguarda il primo dei due ambiti, note sono le diatribe che sono sorte<sup>16</sup> che sembrano aver trovato pace, almeno in giurisprudenza, con il riconoscimento da parte delle Sezioni unite della sua appartenenza a un *tertium genus*<sup>17</sup>. D'altro canto, anche la lettura europea dei tratti della "materia

---

<sup>16</sup> La Relazione illustrativa del decreto già individuava un *tertium genus* (*Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, in AA. VV., Responsabilità amministrativa degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2003, 435), con toni critici, v. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato (D. lgs. n. 231 del 2001)*, Torino, 2005, 5 che si riferisce a una «sorta di ermafrodita dai "tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo"», di un «ibrido» che «coniugando "regole di accertamento proprie della giurisdizione penale ... in chiave teleologica con comminatorie di natura amministrativa"» finisce «per salvaguardare formalmente proprio la sopravvivenza del principio *societas delinquere non potest*, dal quale ci si voleva distaccare». Configuravano la responsabilità come sostanzialmente penale, tra gli altri, FERRUA, *I limiti patrimoniali dell'indennizzo per l'ingiusta detenzione*, in *D&G*, 2001, 29, 8, secondo cui non si è parlato «schiettamente» di responsabilità penale perché «qualcosa stride sul piano penalistico del principio di colpevolezza»; MOSCARINI, *I principi generali del procedimento penale* de societate, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 10, 1268 che ricorda anche come «a fronte della concezione tradizionale della persona giuridica come finzione, incapace d'una "volontà colpevole", si è andata facendo progressivamente strada la più moderna idea secondo la quale, invece, le società avrebbero una propria realtà e sarebbero quindi in grado di esprimere una volontà identificabile come loro propria ed autonoma; della quale, laddove questa s'estrinsecasse in fatti penalmente illeciti, quelle non potrebbero non sopportare le conseguenze»; ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA. VV., *Responsabilità amministrativa degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2003, 45; DE MAGLIE, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni (I) Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 11, 1348. Tra chi riteneva, invece, si trattasse di un illecito amministrativo v. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in AA. VV., *Societas puniri potest. La responsabilità del reato degli enti collettivi*, Atti del Convegno di Firenze, 15-16 marzo 2002, Padova, 2003, 308 e MOLARI, *I soggetti*, in PISANI - MOLARI - PERCHINUNNO - CORSO - DOMINIONI - GAITO - SPANGHER, *Manuale di procedura penale*, VIII ed., Bologna, 2008, 120 ss.

<sup>17</sup> Si fa riferimento a Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, Espenhahn, Rv. 261112 secondo cui il sistema normativo introdotto dal d.lgs. 231/2001, coniugando i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo, costituisce un *corpus* normativo di peculiare impronta, un *tertium genus*, cogliendo nel segno le considerazioni della Relazione che accompagna la normativa della responsabilità amministrativa degli enti quando descrivono un sistema che coniuga i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo. La pronuncia non manca di evidenziare anche che il complesso normativo rappresentato dal d.lgs. 231/2001 sia parte del più ampio e variegato sistema punitivo e che abbia evidenti ragioni di contiguità con l'ordinamento penale a causa 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. Di recente, in questo senso, ancora Cass., Sez. un., 6 aprile 2023, n. 14840, in *Cass. Pen.*, 2023, 6, 1912. Prima di allora, tre erano i filoni in cui si frammentava la giurisprudenza: oltre alle pronunce che già sostenevano la tesi del *tertium genus* (v., *inter alia*, Cass., Sez. VI, 16 luglio 2010, Scarafia, n. 27735, Rv. 247665-666; Cass., Sez. VI, 17 settembre 2009, n. 36083, Rv. 244256); altre, da un lato, erano ferme, facendo riferimento all'inquadramento legislativo formale, nell'affermare la natura amministrativa della responsabilità da reato (cfr. Cass., Sez. un., 22 settembre 2011, Deloitte & Touche, Rv. 250347; Cass., Sez. un., 5 marzo 2014, Gubert, Rv. 258647; Cass., Sez. VI, 17 maggio 2013, Barla,

penale” e la conseguente applicazione dei c.d. “criteri Engel”, non sembra portare a conclusioni differenti dal riconoscimento di una natura “sostanzialmente” penale della responsabilità *ex d.lgs. 231/2001*<sup>18</sup>.

Passando al secondo contesto, sarebbe sempre l’applicazione dello standard europeo di definizione dell’ambito penale a portare a ritenere che anche il procedimento amministrativo debba considerarsi “sostanzialmente” penale.

Sin qui il ragionamento sarebbe assolutamente lineare: vertendo in entrambi i casi, in una materia penale, si applicano le garanzie proprie del procedimento penale e, con esse, anche il divieto di secondo giudizio.

Se non che, per rafforzare ulteriormente la necessità di applicare il principio *de quo* e argomentare *ad abundantiam* l’assenza di proporzionalità, la natura diventa cangiante e torna ad essere in entrambi i casi amministrativa. Dietro, però, a questo ulteriore tentativo di provare la sproporzione della sanzione si cela un’insidia: si sgretola la legittimazione per l’applicazione della garanzia del *ne bis idem* che, sia a livello europeo, sia a livello nazionale, si applica in ambito penale.

L’argomentazione prosegue calandosi nel caso concreto e osservando che l’assenza, nello specifico sistema di doppio binario in ambito tributario cui è soggetto l’ente, di un meccanismo di compensazione tra i due piani sanzionatori determinerebbe, nell’ottica della Procura, un «eccesso punitivo» (anche alla luce del fatto che già la sola sanzione irrogata dall’Agenzia delle entrate appare proporzionata, dissuasiva ed effettiva rispetto all’interesse dello Stato alla percezione dei tributi) e dunque l’eventuale prosecuzione del procedi-

---

Rv. 255369; Cass., Sez. IV, 16 ottobre 2013, Ciacci, Rv. 257126) e dall’altro a riconoscere, al contrario, la natura penale della responsabilità dell’ente (v. Cass., Sez. un., 2 luglio 2008, Fisia Italmobiliari, Rv. 239922-923-924-925-926-927 e Cass., Sez. II, 30 gennaio 2006, D’Azzo, Rv. 232957).

<sup>18</sup> Sulla riconducibilità della responsabilità degli enti alla *matière pénale* v. MAZZACUVA, *L’ente premiato. Il diritto punitivo nell’era delle negoziazioni: l’esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino, 2020, 123 ss. Del resto è stata la stessa Corte di Strasburgo a riconoscere come le garanzie previste dalla Convenzione si applichino indifferentemente tanto alle persone fisiche quanto a quelle giuridiche essendo rilevante non la natura del soggetto che ha commesso l’illecito, ma quella dell’illecito stesso (Corte EDU, Fortum Corporation c. Finlandia, 15 luglio 2003). In generale, sulla possibilità di applicazione delle garanzie convenzionali agli enti, tenuto conto dei richiami della Carta ai diritti della *societas* e delle prerogative da ritenersi coesistenziali alla natura umana, v. CONSULICH, *L’ente alla Corte. Il D.LGS. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2019, 4, 21 ss. e, sulle ragioni per cui, nonostante la formale qualifica dell’illecito degli enti come amministrativo, al procedimento di accertamento della commissione dello stesso debbano essere applicate le garanzie previste per il giusto processo cfr. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, IV ed., Torino, 2021, 55.

mento a carico dell'ente, determinando una pena sproporzionata<sup>19</sup>, potrebbe rappresentare una violazione della garanzia del divieto di secondo giudizio.

Per rafforzare ulteriormente tale determinazione, viene sviluppato un ragionamento che si fonda sul bilanciamento tra il bene giuridico tutelato dai procedimenti e la garanzia del *ne bis in idem*. Anche in questo caso lo spunto viene tratto dalla giurisprudenza di Strasburgo e, segnatamente, dalla pronuncia *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria*<sup>20</sup> che ha ammesso la possibilità di sacrificare la garanzia individuale del divieto di secondo giudizio dinnanzi all'esigenza di tutela di beni giuridici di rango primario (quali la vita e l'integrità fisica), ma escluso che tale deroga potesse ritenersi operante in ambito fiscale essendo qui il bene giuridico tutelato (l'interesse dello Stato alla percezione dei tributi) efficacemente presidiato anche dalla sanzione amministrativa considerando la particolare gravosità della stessa.

Molto interessante è, infine, lo sviluppo conclusivo del ragionamento dei procuratori ove, sempre nella valutazione circa la proporzionalità della sanzione, si inserisce un ulteriore argomento sicuramente denso di spunti di riflessione. Si innesta qui, infatti, anche la ponderazione di eventuali condotte riparatorie che abbiano ridotto, se non annullato, il danno cagionato potendo le stesse determinare un'attenuazione della risposta punitiva che in casi simili sarebbe stata inflitta dall'ordinamento per la medesima tipologia di reati.

Viene evidenziato come la logica riparativa permei tutto il tessuto della disciplina della responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001 che prevede per l'ente «molteplici strade [...] per mitigare gli effetti afflittivi della risposta dell'ordinamento rispetto ad eventi dannosi o pericolosi, in un'ottica riparativa e preventiva (si pensi alla disciplina di cui agli artt. 12 e 17 D.lgs. 231/2001) così creando un sistema, nel complesso, "responsivo"». E ancora, la finalità della responsabilità da reato dell'ente sarebbe quella di incentivarlo «sia prima sia dopo la commissione di un reato - a dotarsi di un apparato organizzativo adeguato, idoneo a contrastare i rischi-reato connessi all'attività svolta. In quest'ottica, il momento sanzionatorio, quale *extrema ratio*, si giustifica e si legittima come conseguenza della mancata riorganizzazione».

Nel decreto quindi si apprezza come la società indagata «abbia proseguito virtuosamente nello sforzo di dotarsi di un'organizzazione adeguata rispetto alla

---

<sup>19</sup> Il decreto non manca di svolgere alcune riflessioni anche sul principio di proporzionalità sulle quali, però, in questa sede, non si ritiene di doversi addentrare.

<sup>20</sup> Corte EDU, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria*, cit.

finalità preventiva perseguita dal decreto», in particolare, adottando specifici protocolli relativi al monitoraggio sugli adempimenti relativi all’Imposta sul valore aggiunto da parte dei fornitori, sviluppando un progetto di *insourcing* dei lavoratori che tramite i fornitori svolgono servizi di gestione dei magazzini e altre attività connesse, implementando un modello «virtuoso» di gestione diretta del magazzino e, in generale, quindi ponendo «una netta cesura con il precedente assetto organizzativo» ove aveva trovato spazio la realizzazione del reato presupposto contestato.

Anche questo snodo converge verso la conclusione di ritenere non sussistente, nello specifico caso, il parametro preclusivo della stretta connessione temporale e materiale, sotto il profilo della proporzionalità della sanzione. Infatti, pur considerando lo scopo delle sanzioni tributarie articolato in fini dissuasivi e preventivi oltre che ripristinatori e retributivi, secondo la Procura, tutti sono già stati soddisfatti nell’ambito del procedimento di ravvedimento operoso e, quindi, la «prosecuzione del procedimento ex D.lgs. 231/2001 costituirebbe un’indebita duplicazione, che sfocerebbe nella sottoposizione, ormai non più giustificata, della società agli ulteriori effetti stigmatizzanti e afflittivi che il coinvolgimento in un procedimento penale comporta».

La conseguenza che ne viene fatta discendere è che la prosecuzione del procedimento ex d.lgs. 231/2001 risulta in violazione del *ne bis in idem* nella sua esegesi europea e, conseguentemente, richiamando la garanzia processualpenalistica italiana di cui all’art. 649 c.p.p., ne viene disposta l’archiviazione.

*5. Alcuni rischi celati dietro l’estensione della garanzia.* La lettura del provvedimento - anche senza voler entrare nella dibattuta questione relativa alla scelta di adozione, in diversi settori, di un doppio binario sanzionatorio<sup>21</sup> - genera riflessioni in più direzioni.

---

<sup>21</sup> Al riguardo, v., tra gli altri, VIGANÒ, *Ne bis in idem e pluralità di sistemi sanzionatori per lo stesso fatto*, in *Riv. soc.*, 2023, 1, 189 ss.; con specifico riguardo al doppio binario sanzionatorio per gli enti in ambito tributario, cfr. GRASSO, *Responsabilità da reato tributario dell’ente e ne bis in idem: tra “binari” doppi e multipli alla luce del d.l. n. 124 del 2019, conv. in l. n. 157 del 2019*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 31 gennaio 2021; MUCCIARELLI, *I reati tributari nel ‘catalogo 231’. Un nuovo (ma imperfetto) strumento di contrasto alla criminalità d’impresa*, in *Quad. SSM*, 2022, 14 - *Il diritto tributario nella prospettiva penale e civile*, 194 ss.; PIZZONIA, *La responsabilità degli enti per reati tributari, tra ne bis in idem e principio di specialità*, in *Riv. dir. fin.*, 2021, 1, 102 ss.; SANTORIELLO, *Il “ne bis in idem” nel processo verso le società. Un problema da porsi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2019, 4, 9 ss.; TRIPODI, *L’ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori*, in *www.sistemapenale.it*, 28 dicembre 2020; e a commento del decreto di archivia-

Un primo aspetto che merita attenzione è la confusione tra il *ne bis in idem* sostanziale e quello processuale che rischia di derivare come conseguenza dai parametri europei “mitiganti” dell’originario e ortodosso *standard* di valutazione che sembrava discendere dalla pronuncia Grande Stevens.

La Procura milanese richiama e fa proprio l’esame della sussistenza della connessione materiale e temporale secondo l’insegnamento di Strasburgo. Ed è proprio l’applicazione di questo principio che ingenera la sovrapposizione tra i due piani. Come si legge nel decreto, infatti, «risulta evidente la contaminazione di un principio di carattere processuale con logiche di natura sostanziale: in caso di concorso tra procedimenti penali e “sostanzialmente penali”, la legittimità del cumulo procedimentale, e quindi l’osservanza del *ne bis in idem* processuale, è ora subordinata al rispetto del *ne bis in idem* sostanziale».

La garanzia processuale prevista dall’art. 649 del codice di rito, infatti, si estende ben oltre quella tipicamente sostanziale di preclusione di una seconda condanna essendo volta ad evitare anche la duplicazione dei giudizi. In altri termini, quindi, il principio processuale riconosciuto nell’ambito nazionale indubbiamente opera, sulla base della stessa lettera dell’art. 649 c.p.p., anche laddove il primo giudizio si sia concluso con una sentenza di proscioglimento.

La garanzia “europea”, stando al dettato delle rispettive disposizioni della Convenzione e della Carta di Nizza, prevede l’operatività del principio in presenza non solo di un giudizio conclusosi con una condanna, ma anche dinanzi a un primo esito assolutorio<sup>22</sup>. Si è comunque dubitato che la disposi-

---

zione della Procura di Milano *de quo*, MUCCIARELLI, *Ne bis in idem, sanzioni tributarie e responsabilità dell’ente*, cit. e SCOLETTA, *Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari*, cit.

<sup>22</sup> L’art. 4 par. 1 Prot. 7 C.E.D.U., invero, prevede espressamente che «Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato» e così anche l’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell’Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

Non solo. La Corte di Strasburgo, nella stessa sentenza Grande Stevens (Corte EDU, Grande Stevens *et al.* c. Italia, cit., par. 220) ha voluto ulteriormente precisare, come aveva già fatto in precedenza nella sentenza Zolotukhin c. Russia (Corte EDU, Grande Camera, Zolotukhin c. Russia, 10 febbraio 2009), che, infatti, «l’articolo 4 del Protocollo n° 7 sancisce una garanzia contro un nuovo procedimento o il rischio di un nuovo procedimento, e non il divieto di una seconda condanna o di una seconda assoluzione». Tuttavia, la giurisprudenza alsaziana riconosce l’operare della garanzia solo in presenza di pro-

zione convenzionale e quella contenuta nel codice di rito italiano fossero sovrapponibili e che nella prima i confini tra la garanzia processuale e quella sostanziale scolorissero<sup>23</sup>. Dubbi che si sono rafforzati con l'introduzione del vaglio circa la stretta connessione temporale e sostanziale e, in particolare, con la previsione – tra gli elementi determinanti per questa valutazione – del criterio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio<sup>24</sup>. Questo parametro, infatti, ponendo in relazione le sanzioni, potrebbe far ritenere che,

---

nunche nel merito escludendo quindi che il divieto trovi applicazione dinanzi a un proscioglimento per intervenuta prescrizione (v. Corte EDU, Smoković c. Croazia, 5 dicembre 2019, par. 43-45). Anche la Corte di giustizia richiede un previo esame nel merito per ritenere definitivo il provvedimento che precluda un successivo *bis* su quel fatto (v. Corte giust. UE, 16 dicembre 2021, C-203/20, AB, par. 56 e, a commento, NASCIBENI, *La Corte di giustizia (C-203/20) ancora in tema di ne bis in idem (nella sua declinazione nazionale) e necessità di una valutazione nel merito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 2, 918 s.). Per un'attenta ricostruzione degli arresti della giurisprudenza di Strasburgo e Lussemburgo sul punto, cfr. RUGGIERO, *Proscioglimento e ne bis in idem nel doppio binario sanzionatorio*, Torino, 2022, 32 s.

<sup>23</sup> Cfr. BONTEMPELLI, *La litispendenza penale*, cit., 64 ss. secondo cui dalla lettura giurisprudenziale dell'art. 4 Prot. 7 emergerebbe una tutela che va oltre il momento processuale includendo tre diversi profili: il divieto di non essere perseguito, processato e condannato per lo stesso illecito penale. Al riguardo, v. anche ID., *Ne bis in idem e legalità penale nel processo per gli abusi di mercato*, in *Arch. pen.*, 2016, 2, 395; BARONTINI, *La nuova fisionomia del ne bis in idem: da garanzia processuale a istituto ibrido*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 26 novembre 2021 e GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem" tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, 1, 221.

<sup>24</sup> Come si è già avuto modo di ricordare, infatti, tale requisito è pacificamente riconosciuto tra gli addendi del *test* dalla giurisprudenza di Strasburgo. Ma anche la Corte del Lussemburgo, quando ha avuto occasione di esprimersi sul principio *de quo*, ha subordinato la sussistenza del divieto di secondo giudizio a un'operazione di valutazione della sussistenza di specifici indici di proporzionalità della sanzione (v. Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, Menci, cit.; Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, Garlsson Real Estate *et al.*, cit., e Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-597/16, Di Puma e Zecca, cit. Comun denominatore delle tre pronunce è infatti che il cuore del ragionamento decisorio è sempre rappresentato dall'argomentazione secondo cui il cumulo di sanzioni "sostanzialmente penali" in relazione allo stesso fatto storico non rappresenta di per sé una violazione del principio di *ne bis in idem*, ma una semplice limitazione di tale garanzia ammessa laddove sia accertato che la stessa, congiuntamente, sia: *i*) finalizzata, nel rispetto del principio di proporzionalità, al rispetto di un interesse generale; *ii*) prevista da regole chiare e precise; *iii*) rispettosa del principio di proporzione della pena).

Al riguardo, GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, cit. evidenzia appunto come le due "giurisprudenze europee" siano allineate sul principio di proporzione delle sanzioni complessivamente irrogate, ma non sul criterio di connessione temporale (richiesto esclusivamente dalla giurisprudenza di Strasburgo). V. altresì CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, cit., 955 il quale osserva come, «il sostanziale allineamento tra Corti europee non ha prodotto un *accrescimento* del livello di garanzie in tema di *ne bis in idem*, bensì piuttosto la mera ratifica *eurounitaria* della sua *trasformazione*, da meccanismo di tutela processuale a congegno, non particolarmente stringente, volto a prevenire la manifesta sproporzione della risposta sanzionatoria».

nell'interpretazione europea, il divieto di un *bis in idem* possa trovare applicazione esclusivamente quando il primo dei procedimenti è stato definito con una sentenza di condanna. È pur vero che la stessa Corte di giustizia ha ammesso che il principio possa trovare applicazione anche in presenza di una sentenza di proscioglimento<sup>25</sup>, tuttavia il fatto che l'effetto preclusivo di un secondo giudizio possa venire a dipendere - come sembra trarsi dall'esegesi europea - dalla tipologia di provvedimento proscioglitivo<sup>26</sup>, comporterebbe comunque una notevole reinterpretazione della garanzia, non solo rispetto al dettato dell'art. 649 del codice di rito italiano, ma anche a quanto previsto dalla stessa lettera delle previsioni convenzionale e unionale.

Un ulteriore punto nevralgico del ragionamento della Procura milanese è l'utilizzo delle condotte riparatorie ai fini della valutazione di proporzionalità. Quale argomento finale, *ad abundantiam*, della parte motiva del decreto, infatti, la valutazione circa la proporzionalità della sanzione sconfinava nella valorizzazione delle condotte riparatorie. Al riguardo, in particolare, si ricorda che, «con l'irrompere in determinati settori dell'ordinamento della logica ripartiva», si è affermato che pure il giudizio di proporzionalità della sanzione debba considerare la realizzazione di condotte riparatorie che abbiano ridotto o persino annullato il danno cagionato alla vittima del reato. Viene evidenzia-

<sup>25</sup> Il riferimento è a Corte giust. UE, C-597/16, Di Puma, cit. che, in ambito di manipolazioni del mercato, ha rilevato come non confligga con il quadro legislativo dell'Unione una normativa nazionale in forza della quale un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale non possa essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti, che possono costituire una violazione della normativa sugli abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento, non erano provati. In particolare, la Corte di Lussemburgo ha riconosciuto che, a seguito di un procedimento penale conclusosi con sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste, la prosecuzione dell'accertamento da parte della Consob per i medesimi fatti risulterebbe sproporzionato rispetto al fine di tutela degli interessi finanziari.

<sup>26</sup> In merito, v. RUGGIERO, *Proscioglimento e ne bis in idem nel doppio binario sanzionatorio*, cit., 147 ss. che, dopo una scrupolosa analisi, perviene alla conclusione per cui le considerazioni cui è giunta la Corte di giustizia possano essere estese anche ad ambiti ulteriori rispetto a quello dell'abuso di informazioni privilegiate e che l'effetto preclusivo di un secondo giudizio venga a dipendere dalla tipologia di provvedimento proscioglitivo. Il canone della proporzionalità, nell'accezione attribuitagli dalla Corte di giustizia, attinente alla ragionevolezza/irragionevolezza di una scelta di accertamento e così, mentre nel sistema formalmente penale «un proscioglimento (come una condanna) rende un nuovo giudizio sproporzionato *ope legis*. Nei sistemi a doppio binario, dove comunque gli illeciti appartengono a sistemi diversi, rispondono a regole differenti, il criterio di proporzionalità suggerisce di tener conto di ciò che è implicato dal previo provvedimento liberatorio». Pertanto, solo la sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso (anche per insufficienza probatoria *ex art. 530, co. 2, c.p.p.*) osterebbero alla celebrazione di un secondo giudizio solo «sostanzialmente» penale.

to come l'inclusione di tale fattore nel calcolo di proporzionalità, potrebbe portare enti «anche di grandi dimensioni» ad essere «tanto più incentivati a porre rimedio alle lacune organizzative (per il passato riparando e per il futuro adottando moduli organizzativi non di carattere cosmetico) quanto più possano avere una fondata aspettativa che questi sforzi saranno “premiati” sul piano sanzionatorio evitando un'inutile duplicazione della portata afflittiva della pena». Si aggiunge poi che, del resto, la disciplina della responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001 è ispirata da una «logica di rispondenza fiduciaria nel rapporto tra singole aziende e controlli giudiziari». In sostanza, la *ratio* animatrice della normativa della responsabilità degli enti concepirebbe «il momento sanzionatorio, quale *extrema ratio* [che] si giustifica e si legittima come conseguenza della mancata riorganizzazione».

Se è indiscutibile che la logica special-preventiva si celi dietro l'intelaiatura del d.lgs. 231/2001, suscita, però, qualche interrogativo la scelta della Procura milanese di una sua valorizzazione nel calcolo di proporzionalità e nell'argomentazione a sostegno dell'esistenza di un *bis in idem*.

Seppure *prima facie* sembrerebbe che la sanzione amministrativa, secondo i Procuratori milanesi, debba considerarsi di per sé sproporzionata, tuttavia a una lettura più introspettiva del decreto non sfugge come «la condotta riparativa è decisamente inserita nel giudizio di proporzione»<sup>27</sup>. Sembrerebbe, quindi, che la prosecuzione del procedimento nei confronti dell'ente risulterebbe in contrasto con il divieto di secondo giudizio perché, da un lato, lo scopo punitivo della sanzione è già stato soddisfatto con l'applicazione della sanzione tributaria e, dall'altro, la logica preventiva (che connatura l'intero sistema della responsabilità degli enti derivante da reato) già appagata dalla realizzazione di una serie di condotte riparatorie da parte della società.

Così ragionando, però, le condotte riparatorie possono diventare vero e proprio strumento di *diversion*. L'applicazione del principio del divieto di secondo giudizio porterebbe dunque ad estendere le conseguenze del comportamento virtuoso dell'ente oltre ai limiti cui il d.lgs. 231/2001 ha voluto arre-

---

<sup>27</sup> Così, SCOLETTA, *Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari*, cit. che prosegue evidenziando come nell'argomentazione del decreto «sebbene inesplicito, il profilo rilevante è quello della “complementarietà di scopo” tra i due procedimenti, ovvero l'altro ed ulteriore requisito della *close connection*: la responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001 trova la sua più autentica “ragion d'essere” non nella prospettiva punitiva, bensì in quella preventiva, cioè nella *compliance*, nell'obiettivo di corretta organizzazione e gestione dei rischi penali».

starsi. Se, infatti, il legislatore italiano, diversamente da altri ordinamenti<sup>28</sup>, ha scelto di limitare i risvolti premiali delle condotte riparatorie a benefici sul piano sanzionatorio e di applicazione delle misure cautelari, non prevedendo che potessero estendersi fino a determinare la conclusione del procedimento nei confronti dell'ente; questo effetto verrebbe a prodursi in sede di valutazione di un *bis in idem*. Qui, infatti, le condotte riparatorie potrebbero essere valorizzate, tramite la loro inclusione nel giudizio di proporzionalità della sanzione, al punto da determinare l'esito archiviativo o comunque proscioglitivo per l'ente.

Se, da un lato, finalmente questo significherebbe un'apertura anche dell'ordinamento italiano alla *diversion* nel processo agli enti; dall'altro però non mancherebbero i rischi.

Primariamente, un profilo di tensione può essere rappresentato dal fatto che la scelta di non applicare alcuna sanzione all'ente potrebbe unicamente dipendere dall'organo dell'accusa, incrementando ulteriormente i margini di discrezionalità del suo agire che già connaturano il procedimento nei confronti dell'ente<sup>29</sup>. Qualora, infatti, il momento di valutazione circa il secondo giu-

---

<sup>28</sup> Il pensiero si rivolge subito, solo per citare i riferimenti più noti, a quello statunitense dove già negli anni '90 del secolo scorso sono nati e hanno trovato terreno fertile gli istituti dei *deferred prosecution agreements* (DPA) e dei *non-prosecution agreements* (NPA) che, rispettivamente, prevedono che non venga formulata l'imputazione o non venga nemmeno avviato il procedimento dinanzi alla realizzazione da parte della società di una serie di "rimedi"; o a quello inglese dove sono stati recepiti i DPA, ma anche merita un cenno la francese *convention judiciaire d'intérêt public* introdotta dalla l. 9 dicembre 2016, no. 2016-1691, c.d. *Loi Sapin II* che, limitatamente ad alcuni reati (traffico di influenze illecite e riciclaggio dei profitti derivanti dalla frode fiscale), riconosce all'ente una via di fuga dal procedimento a seguito dell'adempimento, oltre che di obblighi di natura pecuniaria, di un programma di "ripristino della legalità".

<sup>29</sup> Cfr. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 186 ss. e RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Torino, 2018, 1 ss. e, con specifico riferimento alla fase delle indagini preliminari, CANESCHI, *Le fragili garanzie dell'ente nella fase delle indagini preliminari*, in *Arch. pen. web*, 2022, 2. La discrezionalità ha portato, sulla base del riconoscimento della sostanziale natura penale della responsabilità dell'ente anche a sospettare possibili frizioni con il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale previsto dall'art. 112 Cost. v., tra gli altri, IANDOLO PISANELLI, *Ipotesi di specialità nel procedimento di archiviazione: vincolo del giudicato cautelare e autonomia del pubblico ministero a confronto con il modello ordinario*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 8, 1097; BARESI, *Art. 58. Commento*, in PRESUTTI - BERNASCONI - FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 501; BASSI - EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, 582; BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 307 s.; BRICCHETTI, *Società al debutto nel registro degli indagati*, in *Guida dir.*, 2001, 26, 99; FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie*

dizio si collochi nelle indagini preliminari – come auspicabile che sia –, la valutazione delle condotte riparatorie si troverebbe ricompresa in un provvedimento – quale quello *ex art. 58 d.lgs. 231/2001* – svincolato dal controllo giurisdizionale<sup>30</sup>. Dietro questa innovativa applicazione, si cela anche un pericolo di snaturalizzazione del principio di *ne bis in idem* che rischierebbe di operare in un’ottica premiale anziché come garanzia di per sé. L’applicazione del principio, infatti, verrebbe a dipendere non solo – come è fisiologico – dalla constatazione della celebrazione di un precedente giudizio conclusosi con sentenza definitiva, ma anche dalla realizzazione o meno di condotte riparatorie. Ci si troverebbe così dinnanzi a un’ulteriore erosione della garanzia che, invece, dovrebbe operare – almeno nella sua originaria fisionomia – a prescindere da qualsiasi constatazione ulteriore rispetto alla presenza di un giudicato su quello stesso fatto.

In conclusione, dietro un’apparente estensione del principio – duplicemente nei confronti di una materia che, *stricto sensu*, non sarebbe “penale” ma lo diventa in considerazione dell’esegesi europea – rischia di celarsi una sua trasfigurazione da garanzia tipicamente processuale a istituto – sostanziale – di valutazione circa l’esigenza di applicare o meno una seconda sanzione.

Ecco che allora anche questo sconfinamento del principio nella disciplina della responsabilità degli enti derivante da reato mostra come stia evolvendosi verso contenuti sempre più lontani da quelli della disposizione codicistica dell’art. 649 al cui richiamo, però, viene ancorata dalla Procura milanese l’archiviazione del procedimento nei confronti dell’ente.

---

*nelle regole di accertamento*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 224; GARUTI, *Il processo “penale” agli enti*, in SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VII, GARUTI (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, tomo II, Torino, 2011, 1071; GENNAI - TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato. Commento al d. lg. 8 giugno 2001 n. 231*, Milano, 2001, 264; LORUSSO, *La responsabilità “da reato” delle persone giuridiche: profili processuali del d. lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. Pen.*, 2002, 7-8, 2531.

<sup>30</sup> Al riguardo, v. anche TRIPODI, *Archiviazione 231 per ne bis in idem*, cit., 994.