

# Aspettative e realtà della (ancor breve) storia del D.Lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità da reato degli enti

di Carlo Piergallini

L'editoriale si sofferma sul D. Lgs. 231/2001 a poco più di vent'anni dalla sua entrata in vigore. Salutato come una riforma epocale, il decreto, pure ampiamente scrutato dalla dottrina nella sua impalcatura, ha conosciuto, nella prassi, applicazioni "a macchia di leopardo", "minimaliste", che hanno alimentato un senso diffuso di "delusione". L'editoriale prova a dissodare le cause di una simile "delusione", rintracciandole sia in una carente penetrazione della cultura delle organizzazioni complesse, che ne ostacola l'effettiva comprensione, sia in alcuni limiti del decreto, che potrebbero suggerire qualche limitato intervento di *restyling*.

*A little over 20 years after its entry into force as an epochal reform, Legislative Decree 231/2001 has not been uniformly applied in practice and has generated a sense of disappointment. The article suggests restyling measures.*

## Impulso, struttura e attese

Partorito, poco più di vent'anni or sono, sotto la spinta di sollecitazioni sovranazionali e di ineludibili esigenze di ammodernamento politico-criminale, il D.Lgs. n. 231/2001 ha annichilito il "*Societas delinquere et puniri non potest*". La sepoltura del dogma si è "materializzata" tramite un impianto normativo tanto complesso quanto ambizioso, essenzialmente incentrato: (a) per un verso, su di un *paradigma imputativo* "alimentato", alla stregua di un organo respiratorio, dalla *colpa di organizzazione* (che reperisce nel corrispondente "modello" il suo supporto materiale); (b) per altro collegato verso, su di un *sistema sanzionatorio* teleologicamente e sinergicamente orientato a finalità di *deterrence* (l'illecito "punito") e di *rehabilitation* (l'illecito "riparato").

(aa) Sul terreno *imputativo*, il legislatore del 2001 si confrontava essenzialmente con tre paradigmi.

(i) Il primo, di tipo "compenetrativo", si collega alla teoria "organicistica" e alla sua variante anglosassone della "identificazione": in questo contesto - sè risaputo - *gli elementi costitutivi dell'illecito e della colpevolezza sono interamente appiattiti su quelli della persona fisica*. Siccome l'ente è ontologicamente incapace di azione, tale modello si impernia sulla figura

dell'"organo" (che agisce, funzionalmente, per conto di, nel nome di), che funge, così, da selettore della imputazione oggettiva e soggettiva. Si punisce il fatto-reato della persona fisica perché è *funzionalmente consustanziale* all'ente, anche se dell'ente (della sua configurazione organizzativa) all'esterno non compare nulla: il *fenomeno organizzativo* è, quindi, *ignorato*, anche nella sua eventuale proiezione sul versante della prevenzione del rischio-reato.

Si tratta di un modello che *funziona bene* come nesso oggettivo di *ascrizione del fatto di reato all'ente*, soppendo al deficit di capacità naturalistica che lo affligge ontologicamente.

*Funziona male* laddove ambisce ad identificare la *mens rea*; in realtà, se è vero che la *mens rea* della persona fisica "apicale" "indizia" (come *ratio cognoscendi*) la *mens rea* dell'ente, tuttavia non ne integra la *ratio essendi*. La circostanza che l'illecito cova e si dipana nel ventre di una organizzazione complessa porta a ritenere che possa non esservi identità di *mens rea*. Il *principale limite*, prima di tutto empirico-criminologico, della teoria della identificazione sta, dunque, nell'*ignorare il rilievo del fenomeno organizzativo* e la sua capacità di incidere sulla struttura dell'illecito. Ove accolta *tout court*, la teoria confliggerebbe, nel nostro ordinamento, con il principio costituzionale

di personalità della responsabilità penale, come responsabilità colpevole.

(ii) Il secondo (concorrente) modello è di tipo “vicariale”, rappresentativo di una *responsabilità per fatto altrui*, destinato ad operare quando il fatto-reato è commesso dai *dipendenti*, cioè da soggetti incapaci di portare all'esterno la volontà dell'ente. In questo caso, il fulcro dell'illecito *si arricchisce*, perché compare la *trasgressione - previa - di un obbligo di controllo e di vigilanza da parte dell'ente*: dunque, si punisce una condotta dell'ente che sta *al di fuori* del fatto di reato. Tuttavia, detto obbligo è, per lo più, *sprovvisto di un supporto materiale*, nel senso che prescinde dalla creazione di un sistema organizzativo-preventivo. Il suo volto è prevalentemente mutuato dalla *disciplina civilistica*, in cui, come è noto, si risolve in formulette pigre, che fomentano imputazioni di taglio oggettivo.

(iii) Il terzo paradigma vira in direzione dell'*autore-sponsabilità*: punta, cioè, a ritagliare una *responsabilità propria (autonoma) dell'ente*, enfatizzando la *componente organizzativa*. Conosce varie declinazioni, ma l'idea di fondo è che la comprovata responsabilità penale della persona fisica non debba necessariamente coincidere, specie sul versante della colpevolezza, con quella dell'ente. In definitiva, si va alla *caccia di una colpa di organizzazione dell'ente*, la cui carenza permetterebbe di *dissociare* le due forme di responsabilità.

Sotto il profilo *tipologico*, si ravvisano almeno due versioni.

L'una, di natura *antropomorfica*, provando a disegnare l'ente alla stregua dell'uomo naturale, tende a reperire nel fatto-reato la spia di un *deficit organizzativo originario*, addirittura “caratteriale”; il rischio di una simile ricostruzione è quello di virare nella direzione di una “colpa di autore”, in cui svilisce il ruolo del fatto-reato di connessione, fattualmente degradato ad una condizione di punibilità.

La seconda versione, di stampo *isotopico*, punta a modellare la colpa di organizzazione *per analogia*, mutuando la paradigmatica che governa l'ascrizione della responsabilità penale alla persona fisica; per questa via, il fatto-reato diventa, *sub specie* di evento, un elemento costitutivo dell'illecito sul quale orientare il nesso imputativo colposo. È un modello, questo, che fuga il rischio della colpa di autore e che appare più aderente ai nostri principi costituzionali (perché rifugge dalla deriva del *versari*).

Peraltro, nell'ambito delle impostazioni che privilegiano il paradigma dell'autoresponsabilità, ne spiccano alcune che, in parte, se ne *distaccano*.

Una prima accorda alla colpa di organizzazione una funzione di mera *attenuazione della responsabilità* dell'ente, il cui criterio di ascrizione, oggettivo e soggettivo, resta quello dell'identificazione. È la soluzione, ad esempio, del sistema statunitense. In questo ambito, la ricorrenza di un'efficace organizzazione preventiva, se del caso “integrata” pure *post-delictum*, fomenta *accordi tra le parti processuali* (l'accusa e la *corporation* imputata), che possono sfociare nella *rinuncia all'azione penale* verso l'ente. Dunque, il fenomeno organizzativo si configura come moneta spendibile per una fuoriuscita dal processo e/o per un'attenuazione delle conseguenze sanzionatorie.

Una seconda impostazione (rintracciabile nell'*Accountability Model* australiano) valorizza il fenomeno dell'organizzazione preventiva in un'ottica *capovolta*: vale a dire come *reactive corporate fault*. La colpa di organizzazione non viene, cioè, accertata al momento della realizzazione dell'*actus reus* (che viene riferito alla *societas* sulla scorta della teoria dell'identificazione), bensì *dopo* la consumazione del reato. Ciò che rileva è quanto fatto dall'ente per inibire le conseguenze dannose o pericolose del reato o comunque per reagire alla scoperta di fatti lesivi, che, ad una valutazione *ex ante*, potrebbero anche apparire casuali ed imprevedibili. Il dato decisivo è che, in questo modello, spira un'aria di sfiducia sulla effettiva capacità di prevenzione dell'ente *ante factum*. Anziché dissipare energie nel vano tentativo di penetrare le complesse dinamiche decisionali dell'ente, si punta a far emergere il “sommerso” e ad adottare le opportune misure disciplinari, correttive e riparatorie successivamente alla scoperta dell'illecito. Tali condotte, ove tenute, potrebbero scongiurare l'irrogazione di sanzioni o attenuarne l'impatto: si è, quindi, al cospetto di un modello “riparativo”.

Il legislatore del 2001 ha privilegiato il modello dell'*autoresponsabilità*, ma la sua traduzione normativa rilascia un appariscente *polimorfismo*. L'*inversione dell'onere della prova*, che segna l'*incipit* dell'art. 6, tradisce un trasparente aggancio con il modello penetrativo, quando il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale; l'illecito viene addebitato all'ente, salvo che questi sia in grado di provare: di essersi efficacemente adoperato per impedire la verifica del reato, tramite l'adozione e l'efficace attuazione del modello di organizzazione; la presenza di una elusione fraudolenta del modello. Una soluzione di compromesso, che, come si vedrà, marginalizza la capacità “respiratoria” dell'auto-organizzazione preventiva.

In definitiva, al netto della rilevata “timidezza” dell’enunciato normativo, si può affermare che il *Tabbestand* oggettivo dell’illecito dell’ente sembra dogmaticamente riconducibile, sulla scorta di quanto sinora considerato, alla categoria del *reato d’obbligo*, contraddistinto: (i) da un *evento dannoso*, integrato dal reato-presupposto; (ii) da una *condotta (auto-organizzativa-preventiva) a forma vincolata*, il cui contenuto rimanda a *modelli di condizionamento comportamentale*, normativo-deontologici, raggruppati in un corrispondente *programma* (il modello di organizzazione), prevalentemente orientati alla *ragionevole riduzione del rischio-reato* (materializzati nell’evento).

(bb) Il sistema sanzionatorio disegnato nel decreto 231 accosta, quasi “meticcianole”, finalità di prevenzione generale e di prevenzione speciale, accordando, tuttavia a quest’ultima il ruolo prevalente. Ricorrendo ad una gamma di sanzioni articolate e flessibili in punto di invasività (si va dalla sanzione pecuniaria alle più temute sanzioni incapacitanti, peraltro mitigate dal commissariamento), punta, comunque, anche *post-factum* (con la previsione di corpose attenuazioni della sanzione pecuniaria e con l’inapplicabilità di quelle interdittive) a un riallineamento alla legalità e a una efficace prevenzione degli illeciti. Domina, in tal modo, la finalità *specialpreventiva*, che, tuttavia, per come declinata anche *post-factum*, rilascia una visibile predilezione per la *societas*, che, già *ex ante*, ottemperi alle istanze specialpreventive richieste dal decreto.

Al cospetto di un sistema “punitivo”, così congegnato, il decreto, specie da quando il catalogo dei reati-presupposto ha conosciuto significativi allargamenti (si pensi, soprattutto, ai reati colposi), ha condensato molteplici aspettative, legate all’entrata, *in amphitheatro iustitiae*, di un nuovo soggetto munito di una legittimazione politico-criminale pari a quella della persona fisica. A ragione, si poteva pure ritenere che il decreto 231 costituisse la più importante riforma “penale” del dopoguerra, in virtù della sua robusta intelaiatura sostanziale e processuale e delle solide radici criminologiche sulle quali poggiava. Munito di solidi arnesi, si pensava ad un impatto virtuoso nella prassi.

### Anamorfosi

Licenziato il prodotto, la cui carta d’identità certifica il raggiungimento della maggiore età, si staglia ormai, con chiarezza, la frattura che intercorre tra l’“accademia” e la “curia”.

Vi è stata, sul primo versante, una fioritura della “dogmatica”, di pregevolissimo spessore, orientata a cogliere la morfologia e a condensare le “costanti” delle forme di manifestazione del nuovo illecito. Una dogmatica che, talvolta, replica, per adattamento, lo strumentario del diritto penale individuale (con una metodologia “isotopica”), talaltra partorisce categorie di nuovo conio. Una fioritura inarrestabile, alla quale, se ci si pone in guisa di un osservatore esterno, fa da contraltare una “prassi” assai meno intrigante, nel cui ambito l’arnese si sta rivelando tutt’altro che irresistibile, sì da tradire le aspettative che ne avevano accompagnato la nascita.

Infatti, se è vero che ogni *affaire* penalistico produce uno “spettacolo”, anche, se non esclusivamente, massmediatico, è doveroso riconoscere che il decreto 231, ad oggi, vi figura prevalentemente come mera comparsa e, talvolta, non viene neppure introdotto in scena. In contrapposizione alla vitalità del “diritto libresco”, il “diritto vivo” fa registrare fenomeni preoccupanti, così compendiabili.

(a) Risalta la *mancata o difforme applicazione territoriale*, produttiva di effetti a macchia di leopardo. Nato con un ristrettissimo numero di reati-presupposto, nei primi anni di vita il decreto è stato, in modo niente affatto trascurabile, “dismesso” dalla giurisdizione, con un atteggiamento riconducibile ad una *inescusabile ignoranza della legge penale*, questa volta non da parte di chi ne è destinatario, ma da parte di chi dovrebbe applicarla. Solo con il progressivo allargamento del novero dei reati-presupposto, il formante giurisprudenziale ha iniziato a cimentarsi con il nuovo sistema punitivo, ma, occorre riconoscerlo, in modo *territorialmente “discontinuo”*, vuoi per il perdurare di un *deficit* di conoscenza, vuoi con il ricorso a prassi ispirate alla *discrezionalità* dell’azione, addirittura retroagenti al momento della “iscrizione” dell’illecito, che troverebbero una giustificazione nella sua asserita natura amministrativa. L’esito è sconsigliato: il decreto “vive” nello spazio a seconda del distretto giudiziario investito.

(b) A questa discontinuità, si è associata una vistosa ideologia “ammennicolare”: il decreto viene, cioè, “vissuto” come un “accessorio” da “liquidare” quanto prima, anche attraverso prassi disinvolte. È soprattutto il *modello di organizzazione* ad essere percepito come un *fastidioso incumbente*, che mal si concilia con i “tempi” e i “saperi” del giudice. Lo prova, in modo inconfutabile, il numero ridottissimo di decisioni che scrutano da vicino la sua adeguatezza preventiva.

L’esito, che si profila, è deludente: spicca, nella prassi, uno “spirito” “minimalista” (o, addirittura

“negazionista”), di fatto produttivo di una corposa “sedazione” della riforma, generatrice di una nemesis: nato per “punire” la *societas* che delinque, il decreto fomenta una ragguardevole fetta di “non punibilità”, di impronta interamente *prasseologica*, insuscettibile di qualsiasi predizione.

Tanto rumore per nulla, verrebbe da dire. Un giudizio, questo, di sapore amaramente “definitivo”, che sospingerebbe a riscoprire i modelli di ascrizione di stampo “compenetrativo” (la teoria della immedesimazione organica e la sua variante, anglosassone, della identificazione), in cui il fenomeno organizzativo, che costituisce l’architrate della colpa di organizzazione, viene completamente estromesso. Per questa via, il sistema si gioverebbe di una più snella operatività, che, però, giova sottolinearlo, funziona male, per eccesso di semplificazione, laddove equipara la *mens rea* della persona fisica “apicale” a quella dell’ente. Funziona male - lo si ripete - per una ragione autenticamente valoriale: ignorando il fenomeno organizzativo, apre le porte alla responsabilità oggettiva, sì da stridere con il principio di colpevolezza.

Tuttavia, prima di decretare, *d’emblée*, la sepoltura della riforma, è bene provare a setacciare le cause del suo attuale insuccesso, per vagliare se si diano percorsi che possano restituirle un’apprezzabile vitalità.

## Il problema culturale

Agitare, per primo, il problema culturale espone ad una prevedibile e tranciante obiezione: quando, al cospetto di una crisi, si evocano deficit culturali, lo si fa perché si è a corto di altri più efficaci argomenti. Un’obiezione, questa, che in molti casi coglie nel segno, ma che, in questo ambito, depurata dalle suggestioni, si rivela malferma. Veniamo al punto. Quando si addita il “problema culturale”, si allude ad una tuttora *carente conoscenza della morfologia delle organizzazioni complesse e del loro modo di operare*. Poiché il decreto 231, sia pure con i limiti che vedremo, poneva al centro del sistema la colpa di organizzazione e, perciò, l’esigenza di una *compliance* normativa, di stampo preventivo, ciò richiedeva una autentica svolta “culturale”, capace di decrittare la complessità delle organizzazioni e di muoversi al suo interno. Una latitanza culturale, per vero, estranea alla *societas* di medie o grandi dimensioni: già nel 2001, il rischio normativo e la pertinente *compliance* erano entrati a pieno titolo nei processi decisionali degli enti, issandosi ad elementi costitutivi. Si pensi, uno su tutti, al rischio fiscale, già ampiamente ponderato in relazione alle iniziative strategico-produttive. Nella giurisdizione penale, inutile sottacerlo,

mantiene invece intatto il suo primato il diritto penale della persona fisica, la cui forza attrattiva non è stata minimamente scalfita dalla responsabilizzazione degli enti. Una impermeabilità, questa, in buona parte prevedibile: secolarmente il diritto penale è potenza che spoglia e sfigura l’uomo, attraverso lo “spettacolo” del “giudizio” (per come variamente declinato nel tempo). Difficile contemperare questa atavica cultura con le esigenze cognitive del “nuovo” che avanza. Sarebbe stato ingenuo pronosticare un immediato cambio di costume: quello che preoccupa è che non si intravedono, ancora oggi, significativi segnali in controtendenza. Come si è detto, è operazione vana la ricerca di sentenze che si cimentino in un “carotaggio” del modello di organizzazione e delle cautele preventive espressione della *compliance*. È da dire che la stessa attività di formazione degli operatori si è, in modo quasi assorbente, indirizzata verso lo studio del “sistema” punitivo e della sua dommatica. Un’attività questa indiscutibilmente necessaria ma non sufficiente. Sarebbe tempo, ormai, di “sporcarsi le mani”, scendendo dai piani nobili della “teoria” al terreno della “prassi”: in breve, è ora di cimentarsi con il contenuto delle cautele preventive, per conoscere come nascono e saggiarne l’efficacia. È il *risk management* la sfida ineludibile. Ciò comporta: la conoscenza dei processi decisionali dell’ente (che nulla hanno a che vedere con il modello individualistico di azione); la capacità di misurare l’efficacia dei presidi cautelari o cautelativi; l’adeguatezza dei sistemi di controllo interno (che non coincidono, guai se lo fosse, con l’attività del neofita organismo di vigilanza, i cui compiti, peraltro, vengono grossolanamente travisati in alcune recenti sentenze). In definitiva, o si prende contezza della morfologia del nuovo entrato (la *societas*), oppure la colpa di organizzazione è incapace di respirare.

## Le ambiguità del testo

Occorre, però, riconoscere che il prodotto del legislatore del 2001 non ha contribuito ad incentivare l’auspicato mutamento culturale. Il contenuto dell’art. 6 si rivela espressivo. Si è già disvelato il “compromesso” che lo sorregge. L’*incipit* ne costituisce il *diapason*: l’inversione dell’onere della prova asseconda un’ideologia “accessoria” della colpa di organizzazione. È però doveroso riconoscere che la giurisprudenza più avveduta ne ha significativamente depotenziato l’impatto, ricorrendo, dapprima, all’artificio verbale del meno impegnativo “onere di allegazione”, per poi decretarne l’inoperatività,

accollando l'onere esplicitamente in capo all'accusa. Sta di fatto che, comunque, l'inversione tradisce un vistoso ossequio ai meccanismi imputativi "compenerativi". Ma non è questo il limite principale. Tra le "cose" da provare, da parte dell'ente, ne figura una munita di efficacia autenticamente *mortifera*: l'*elusione fraudolenta* del modello. Siamo dinanzi al *parce sepulto*, per ragioni tanto intuibili da non ammettere chiosa. Al netto delle "letture" che la dottrina più avvertita ha offerto per scongiurare la sostanziale impossibilità di darne la prova, sta di fatto che il requisito ha messo all'angolo la norma che, nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto incarnare la vera novità del decreto.

Se, dunque, la *compliance* preventiva *ante delictum* avrebbe dovuto fungere da propellente per metabolizzare la diversità del nuovo "soggetto" (l'organizzazione complessa) e il suo modo di vivere, questo ambizioso obiettivo, conviene riconoscerlo, non è stato ad oggi conseguito. Ciò ha determinato un'ulteriore ricaduta sul terreno della collegata prospettiva "riparatoria", che, *ex post*, marca il decreto 231. La denunciata, mancata introiezione della prevenzione tramite organizzazione tende fatalmente a privilegiare *riparazioni "monoculari"*, in cui ci si "accontenta" dei profili economici e patrimoniali (il risarcimento del danno e, soprattutto, la messa a disposizione del profitto illecito) a discapito del riallineamento dell'ente in direzione di una efficace *compliance* preventiva. Conseguiti i primi, magari all'esito di estenuanti trattative, sul secondo si è "benevolenti" o, peggio, "frettolosi": l'importante, in questa ottica "degenerata", è la chiusura della vicenda (magari con un conveniente patteggiamento sulla sola sanzione pecuniaria), che un'attenta cernita del modello e dei correlativi protocolli cautelari fatalmente rallenterebbe.

Per concludere, il decreto 231 nasce con una ambiguità di fondo, che condiziona pesantemente la funzionalità della colpa di organizzazione. È da dire che, verosimilmente, all'epoca della sua adozione, non erano maturi i tempi per una scelta più incisiva, priva di ambiguità. La soluzione di compromesso adottata rifletteva la diversità delle "ideologie" in campo tra i fautori dell'adozione di un meccanismo imputativo "semplificato", di matrice organicistica, e chi, invece, patrocinava un illecito imperniato sulla colpa di organizzazione. L'inversione dell'onere della prova e l'aggravio degli oneri finalizzati a conseguire l'impunità hanno, lo si ripete, depotenziato la cultura della *compliance*, rispetto alla quale la giurisdizione ha mantenuto e mantiene tuttora un atteggiamento di

sostanziale distacco. A ciò si aggiunga che il diffondersi di una visione, come si è detto "ammennicolare", del decreto è stata in qualche misura incentivata anche da ragioni concernenti il "governo" del processo. Posta come regola quella del *simultaneus processus*, è emersa, non di rado, la comprensibile difficoltà di trattare, congiuntamente, vicende gravate dalla presenza di numerosi imputati a cui si sommano, di rimbalzo, i correlativi enti di pertinenza. Disagevole muoversi in simili circostanze: non deve, quindi, stupire che il giudice provi a "semplificare", staccando qualche petalo.

### Limiti sopravvenuti

Il decreto 231 mostra inoltre alcuni vistosi limiti, non riconducibili, però, al suo impianto originario, che suggerirebbero una meditata rivisitazione. Si allude, in particolare: (a) al *catalogo dei reati-presupposto*; (b) alle vicende nella *non punibilità*.

(a) La "misura" del diritto penale individuale non conosce, ormai, ostacoli: tramanda una estensione topografica enormemente *dilatata*, qualificabile nei termini di un'autentica "invasione", che deriva da cause *esogene* (da rintracciare nella dimensione ormai reticolare delle fonti di produzione) ed *endogene* (riferibili, quanto alla giurisdizione, alla crisi del vincolo costituzionale di un'ermeneutica prescrittiva).

Con il decreto 231, il "penale" ha conosciuto una significativa *duplicazione*, che vanta indiscutibili appigli sul terreno politico-criminale e che ha partorito il "raddoppio" dei soggetti "puniti". Una duplicazione che, però, tende ad assumere, per stare al nostro ordinamento, un andamento preoccupante. Nel corso di quest'ultimo ventennio, si è assistito ad un allargamento continuo del decreto, senza che si sia provato ad innalzare un filtro volto a sondarne la coerenza politico-criminale. Basti pensare, per fare un esempio, non tanto alle vistose "eccentricità" (infibulazioni, alterazioni nummarie, ecc.), ma soprattutto all'inclusione dei *delitti associativi*, come se una *societas illicita* potesse piegarsi ad una *compliance* preventiva. Si assiste, così, ad una bulimia punitiva non di rado contraddittoria, in cui i "nuovi arrivati" fanno risaltare i "mancanti". E, ancora, si pensi alla frode in commercio: issata al rango di reato-presupposto, induce un effetto sorprendente, relativo alla mancata inclusione delle truffe in danno dei consumatori, che con sempre maggiore frequenza vedono coinvolte organizzazioni multinazionali, che operano in un regime fortemente concorrenziale. Sono stati inseriti nel catalogo i delitti contro

l'industria e il commercio, quelli in materia di violazione del diritto d'autore, mentre latitano quelli contro la pubblica incolumità. Insomma, si è dinanzi ad un quadro *disorganico*, talvolta eccentrico, che rilascia l'immagine di un legislatore confuso, che stenta a comprendere che sul terreno della responsabilità della *societas* occorrerebbe evitare estensioni sprovviste di plausibilità politico-criminale. Una confusione, questa, che ha trovato, proprio di recente, un'inaspettata, deprecabile accentuazione. Si allude al D.Lgs. n. 184/2021, attuativo della direttiva UE in materia di lotta contro le frodi e le falsificazioni dei mezzi di pagamento diversi dal contante. Con un intervento autenticamente sesquipedale, il legislatore ha pensato bene di frantumare uno dei pilastri del decreto 231: il principio di legalità/tassatività degli illeciti. Con una vistosa pigrizia intellettuale, si è stabilito che, salvo che il fatto integri altro illecito amministrativo più gravemente sanzionato, scatti la responsabilità dell'ente in relazione ad ogni delitto contro la fede pubblica, contro il patrimonio o che comunque offende il patrimonio, quando ha ad oggetto strumenti di pagamento diverso dai contanti (v. art. 3, che ha introdotto un nuovo art. 25-*octies*.1 nel decreto 231). Ne scaturisce un quadro a geometria variabile, ai confini dell'introspezione: vi è solo da augurarsi che non conosca replicanti!

(b) Il decreto 231 si ispira alla regola del *cumulo delle responsabilità*, che vanta solidi appigli sistematici e politico-criminali. Tuttavia, nell'affrontare il tema della punibilità, il legislatore si era confrontato con un numero ridottissimo di reati-presupposto, sì che la disciplina era stata forgiata avendo di mira un simile scenario. Lo *ius superveniens* ha partorito, nel diritto penale individuale, una fioritura di nuove ipotesi di non punibilità, variamente qualificate (estinzione del reato, non punibilità): sconosciute nel 2001, costringono oggi ad interrogarsi sulle possibili relazioni con il decreto 231 e, dunque, sul regime della responsabilità dell'ente. Due sono le disposizioni che prefigurano il decumulo della responsabilità; si tratta: (i) dell'art. 8, che sancisce il principio dell'*autonomia della responsabilità dell'ente*, e (ii) dell'art. 22, che disciplina la *prescrizione*.

(i) L'art. 8 - lo si sa - costituisce una delle norme più dibattute e controverse del decreto, di cui è opportuno mettere subito in risalto la struttura. Si è davanti ad una norma a più disposizioni, che regola fattispecie diverse di responsabilità "a titolo autonomo" dell'ente. Di conseguenza, è destinata ad integrare alcune tipologie di carenza di corresponsabilizzazione

della persona fisica per un reato-presupposto che sarà autonomamente imputato all'ente (*decumulo unilaterale* in danno della *societas*). Tali carenze rilasciano, come elemento comune, quello di riguardare, genericamente, un difetto di punibilità. Solo che, sotto il profilo sistematico, emerge immediatamente la *diversità dei titoli di responsabilità autonoma*: (i) le previsioni della lett. b) del comma 1 abbracciano una serie innominata, ma identificabile, di ipotesi di *estinzione del reato* (amnistia esclusa) e presuppongono, pertanto, un reato perfetto in ciascuno dei suoi elementi costitutivi (tipicità, antigiuridicità e colpevolezza); (ii) la lett. a) del comma 1 fa riferimento, invece, ad un modello "tronco" di illecito penale, in cui *non sia stato identificato l'autore*.

La previsione della lett. b) tramanda un'indiscutibile coerenza sul piano dogmatico e politico-criminale: nel caso di un reato-presupposto, integrato in tutti i suoi elementi costitutivi, ma "estinto", la permanente corresponsabilizzazione dell'ente corrisponde alla generale disciplina dell'operatività delle cause estintive, guidata dal principio di personalità. Dunque, si è al cospetto di una soluzione *omogenea* al sistema penale (v. art. 182 c.p.).

(ii) Un ulteriore decumulo è ravvisabile nella disciplina della *prescrizione*. L'estinzione del reato-presupposto non determina analogo effetto sull'illecito dell'ente, che, per contro, è disciplinato in modo del tutto autonomo, secondo scansioni che replicano la normativa civilistica, analogamente a quanto si prevede per l'illecito amministrativo nell'art. 28 L. n. 689/1981.

Come si è detto, dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 231/2001, si sono susseguite (ancora di recente) riforme che affondano le radici sul magmatico terreno della (non) punibilità e che, pertanto, possono alimentare frizioni con la disciplina apprestata dal decreto all'art. 8. Volendo sintetizzare, i prodotti legislativi somministrati riguardano: ( $\alpha$ ) ipotesi di non punibilità orientate al perseguimento di esigenze *deflattive* o, comunque, alla valorizzazione della *sussidiarietà* penale; viene in considerazione la non punibilità per la *particolare tenuità del fatto*, di cui all'art. 131-*bis* c.p.; ( $\beta$ ) ipotesi di non punibilità imperniate su modelli di ridefinizione alternativa del conflitto sociale, contraddistinti dal rilievo assegnato alle cc. dd. *condotte riparatorie*; ( $\gamma$ ) una fattispecie di non punibilità, di recentissimo conio (introdotta dalla citata L. n. 3/2019), avente ad oggetto condotte di *collaborazione processuale*; ( $\delta$ ) l'estinzione del reato derivante da *diversion*, in cui si sottraggono al processo penale reati per i quali l'imputato consente a

sottoporsi ad una *messa alla prova* (trattamento), il cui esito positivo estingue l'illecito (art. 168-bis c.p.). Dinanzi a un quadro così variegato e denso di problemi sistematici, il decreto mostra limiti operativi vistosi, che, come si vedrà tra breve, imporrebbero integrazioni normative, se si vuole evitare il rischio di relegare alla giurisprudenza il delicato compito di perimetrare l'*actio finium*.

### Che fare?

Il raggiungimento della "maggiore età" da parte del decreto 231 ha innescato un serrato dibattito sull'urgenza della riforma. Quasi tutti lodano le finalità del decreto e il prodotto consegnato nel 2001 ma, nel contempo, auspicano proposte di modifica che rilascino scenari variegati, talvolta forieri di uno stravolgimento. In questa sede, ci si accontenta di profilare, in corrispondenza dei limiti sopra segnalati (essenzialmente: colpa di organizzazione e non punibilità), qualche circoscritto intervento, volto a far decollare (lo si spera) l'operatività del decreto.

(a) Il radicamento della prevenzione *ex ante* non può che passare da una riforma dell'art. 6, che elevi la colpa di organizzazione ad *elemento costitutivo* dell'illecito dell'ente, così da implementarne i contenuti e la vitalità. Dunque, va, dapprima, eliminata l'inversione probatoria, che caratterizza la disposizione (del resto, oramai "sedata" dalla giurisprudenza); poi, urge sopprimere il requisito della "elusione fraudolenta", che, come si è detto, oltre a non vantare alcuna legittimazione dogmatica e politico-criminale, ha di fatto decretato la sepoltura della norma: sarà sufficiente, limitarsi a richiamare la "violazione del modello".

L'art. 6 tramanda, però, ulteriori e non trascurabili problemi.

Uno riguarda la *capacità preventiva delle cautele*, espressamente richiesta in relazione al reato occorso. In questa formulazione si annida un equivoco: quello di ritenere che l'idoneità preventiva coincida con l'impedimento del reato-presupposto. Una "frequenziazione", anche occasionale, della prassi fa comprendere subito che le cautele sostanziali (quelle che incidono, cioè, sull'*an* e il *quomodo* della decisione dell'ente) raramente rilasciano questa forza. A ben vedere, nelle organizzazioni complesse, i presidi cautelari sono in massima parte teleologicamente orientati a *ridurre ragionevolmente il rischio di consumazione del reato*, atteggiandosi come altrettanti *ostacoli* che si "frappongono" alla sua verifica. Così, per fare un esempio tra i tanti, il contrasto del rischio-reato di riciclaggio presuppone la conoscenza della

controparte. Una simile cautela si sostanzia nella redazione di questionari di *due diligence*, che scarnificano la controparte, allo scopo di sondarne la solidità professionale ed etica. Appurato positivamente ciò, non si può escludere che l'operazione possa tradursi in un reato di riciclaggio, ma all'ente non potrà certo rimproverarsi di non essersi compiutamente attivato per contenere questo rischio. Va ricordato che ci si muove in contesti culturali complessi, in cui occorre "controllare" decisioni partorite da una molteplicità di soggetti, che agiscono in sequenza, talvolta con fenomeni di *feed back*, in cui anche le più acuminata e sagaci attività di *assessment* e *management* non sono in grado di azzerare completamente il rischio. Del resto, e specularmente, non è un caso che, pure nel diritto penale individuale, la posizione di garanzia, che ha ad oggetto obblighi di contenimento di fatti illeciti altrui, risenta notoriamente di ragguardevoli asperità applicative. Sarebbe, dunque, opportuno esplicitare nel corpo del decreto la natura composita della prevenzione.

Il secondo problema concerne la cd. *validazione del modello*. La disposizione, come si sa, consegna interamente nelle mani del giudice la valutazione sulla idoneità e l'adeguatezza preventiva del modello. È, questo, uno scenario che veicola una diffusa sensazione di insofferenza e di malessere nel mondo delle imprese. È come se sottoscrivessero una cambiale in bianco: impiegano risorse economiche sul terreno della *compliance* preventiva senza poter prevedere, in anticipo, come sarà apprezzata. Per scongiurare i rischi di un'euristica dell'incertezza, occorre prendere atto che il problema della "validazione" del modello può trovare una soluzione equilibrata solo a patto di sfruttare le opportunità che offre la "colpa specifica". I rischi-reato riferibili alla *societas* non possono essere trattati alla stessa stregua di quelli "comuni" ("triviali"), affidati al governo (essenzialmente giudiziale) della colpa generica. I rischi, con cui si confronta la *societas*, abbracciano importanti beni giuridici, che implicano decisioni ed attività seriali. Dunque, il terreno più funzionalmente "proprio" è quello assimilabile alla colpa specifica. Va, pertanto, implementata la produzione di regole preventive, da associare ad una *formalizzazione del processo di elaborazione di tali presidi*, in contesti organizzativi complessi: per questa via, si consentirebbe all'ente, nella fase di auto-organizzazione preventiva, di poter contare su un catalogo sufficientemente testato di cautele. A distanza di venti anni dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 231/2001, è ormai possibile muoversi in questa direzione, orientandosi verso la *positivizzazione*

di *protocolli cautelari* imperniati sulle *best practices*. In modo non troppo dissimile da quanto avviene nell'ambito della colpa professionale del medico, governata da linee-guida e protocolli terapeutici, le associazioni di categoria potrebbero puntare al confezionamento di *modelli e protocolli "pilota"*, destinati a veicolare la nervatura delle cautele, sempre suscettibili, poi, di integrazioni di "dettaglio", dovute alle peculiarità organizzative ed operative di ciascun ente. I modelli e i protocolli, così costruiti, potrebbero essere assistiti da una *presunzione*, iuris tantum, di *idoneità preventiva*, superabile dal giudice solo attraverso una motivata *dissenting opinion*. La descritta attività di formalizzazione delle cautele dovrebbe mettere capo ad un'*azione procedimentalizzata* (diretta ad individuare, prima, e a cristallizzare, poi, le cautele), segnata dalle seguenti scansioni:

(i) in primo luogo, le associazioni rappresentative dovrebbero favorire la *discovery* dei modelli e dei protocolli adottati dagli enti che svolgono *omologhe attività a rischio*;

(ii) successivamente, si dovrebbero sottoporre ad una *valutazione critica* i diversi livelli di *compliance*, con l'ausilio di "*saperi*" esperti (aziendalistici, societari e giuridico-penalistici) e del "formante" giurisprudenziale;

(iii) parimenti fondativo si rivela il *riesame sistematico* dell'effettività preventiva dei protocolli e delle conoscenze sui cui poggiano: vanno, perciò, instaurati flussi informativi che agevolino la circolazione dei "saperi" ma anche degli errori.

Un simile percorso potrà replicare le fattezze di un processo di autonormazione "pura", oppure essere "governato" nell'ambito di un "tavolo" tecnico istituzionale, in cui il l'organo pubblico funge da "garante" di una *compliance* equilibrata, non "addomesticabile" dai soggetti destinatari degli obblighi contenuti nel decreto.

I descritti interventi di riforma dell'art. 6 puntano, in definitiva, a issare la prevenzione al centro del sistema, favorendo il radicamento della corrispondente cultura, non soltanto negli enti, ma soprattutto, vi è da auspicarlo, nella giurisprudenza, che potrà, così, progressivamente introiettare la complicata morfologia del "nuovo" soggetto che è chiamata ad apprezzare. A questo proposito, è da evidenziare che il radicamento della cultura dell'organizzazione potrà perfino recare un significativo contributo di efficienza al diritto penale "individuale", agevolando la ricognizione dei "garanti" e/o dei gestori del rischio nell'ambito di quei procedimenti che hanno ad oggetto eventi megalici di danno o di pericolo

verso beni giuridici individuali e collettivi, in cui, non di rado, si assiste a fenomeni di risalita verso l'alto delle responsabilità. Sono fenomeni noti, che, tradendo un'insufficiente conoscenza dei meccanismi di governo di una organizzazione complessa, finiscono per riproporre, neppure troppo surrettiziamente, ascrizioni a titolo di responsabilità oggettiva.

Un'ultima notazione. La "costante" di queste riflessioni è la "complessità". Coerenza vuole che la complicata "macchina" della *compliance* non possa, per ragioni autenticamente morfologiche, trovare applicazione nei confronti degli *enti di ridottissime dimensioni*, in cui latita proprio il fenomeno organizzativo. È raccomandabile un intervento del legislatore, teso ad escludere che il decreto trovi applicazione nei confronti degli enti, a base personale ristretta, in cui non è distinguibile l'interesse della persona fisica da quello dell'ente. In questa direzione, peraltro, si è sostanzialmente mossa una recente decisione della Cassazione (Sez. VI, sentenza del 16 febbraio 2021), che non ha però ancora conosciuto pronunce di eguale segno.

(b) Per quanto concerne il *cumulo* delle responsabilità, il monito da rivolgere al legislatore è chiaro: dovrebbe sforzarsi di ricordare che, quando interviene in materia di non punibilità, si trova spesso dinanzi a due soggetti (l'uomo e l'ente), sì che deve farsi carico di districare il fenomeno. Gli interventi, in questa area, successivi al 2001, sono stati plurimi e hanno fomentato dissimmetrie rilevanti. Allo stato, pare indifferibile, per lo meno, prendere posizione su due istituti, che trovano non trascurabili applicazioni nella prassi: si allude alla "tenuità del fatto" (art. 131-bis c.p.) e all'articolato sistema delle *obblazioni "contrattate"* nel contesto della legislazione antinfortunistica e ambientale.

Quanto alla *prima*, la Cassazione persiste nell'escludere l'estensione della non punibilità all'ente. Inutile, in questa sede, scrutinare la correttezza del *dictum*. Intervenga il legislatore. Lo scopo della causa di non punibilità coincide, come è noto, con l'autoriduzione del sistema penale, sì che l'istanza deflattiva dovrebbe, coerentemente, operare a tutto campo: se la caratura bagatellare del reato non merita sanzione, non si vede la ragione per scomodare la giustizia penale nei confronti dell'ente. L'unico limite alla propagazione della non punibilità potrebbe semmai rinvenirsi nell'ipotesi di "non occasionalità" della violazione da parte dell'ente: ove si intendesse accordare rilievo ad una simile esclusione, il sistema si staglierebbe alla stregua di un decumulo bilaterale condizionato.

Con riguardo alle *obblazioni*, la vigente inestensibilità all'ente appare grottesca. È risaputo che si è dinanzi a cause estintive "personali" (soggettive): opera, pertanto, la norma dell'art. 182 c.p. L'art. 8 del decreto 231 ne sancisce - come si sa - la non riferibilità all'ente. Eppure, inutile nascondere, si tratta di violazioni che si situano nel cono d'ombra del rischio di impresa, dunque criminologicamente riferibili all'ente, e le correlative azioni riparatorie non possono che vedere l'ente come protagonista, dipendendo la loro esecuzione, specie quando comportano un impegno di spesa, una deliberazione degli organi societari o di una funzione dirigenziale. La persona fisica, autrice dell'infrazione, non vanta, il più delle volte, alcun potere in tal senso. In definitiva, l'illecito viene partorito dall'ente e l'ente stesso provvede alla rimozione delle sue cause. L'impossibilità, sancita dalla legge, di coinvolgere l'ente in tali vicende estintive appare, pertanto, del tutto ingiustificata. *De lege ferenda*, si potrebbe pensare di ritagliare un'*autonoma causa di improcedibilità per l'ente*, in cui si associ alla tenuta delle condotte riparatorie pure il pagamento di una somma di denaro. La comminatoria per quote delle sanzioni pecuniarie rivolte all'ente sollecita, peraltro, la predeterminazione di un criterio oggettivo di individuazione della somma dovuta.

(bb) Sempre sul versante della non punibilità, è da riflettere sulla disciplina della *prescrizione*, di evidenti fattezze civilistiche. Difficile cogliere la ragione di un regime così diversificato rispetto a quello che assiste il reato-presupposto. Inutile attardarsi: l'illecito dell'ente è destinato a non conoscere l'effetto estintivo legato al decorso del tempo. Non è da escludere che la qualificazione come "amministrativa" della responsabilità dell'ente abbia suggerito di disseminare alcuni "marcatori" volti a giustificare la citata nomenclatura. Il regime della prescrizione e quello riservato all'archiviazione (interamente consegnato nelle mani della pubblica accusa) deporrebbero in tale senso. Del resto, lo stesso legislatore delegato (v. Relazione esplicativa), nel rinviare alla legge civile per la disciplina degli atti interruttivi, ha tradito esplicitamente il suo disagio, riconoscendo il rischio "di dilatare eccessivamente il tempo di prescrizione dell'illecito amministrativo dell'ente, potendo[si] persino favorire deprecabili prassi dilatorie, specie nei casi in cui si proceda separatamente nei confronti dell'ente". È, inoltre, evidente che la disciplina apprestata non tiene conto dello stretto rapporto di presupposizione che avvinghia l'illecito dell'ente al reato. Tali limiti sono solo in parte mitigati

dall'operatività dell'istituto della "decadenza dalla contestazione", di cui all'art. 60, D.Lgs. n. 231/2001, a tenore del quale se il reato-presupposto è estinto per prescrizione, il pubblico ministero non potrà esercitare l'azione penale contro l'ente. È di tutta evidenza che il volto della prescrizione merita senz'altro una riscrittura *de lege ferenda*. Se ne potrebbe prospettare una stretta dipendenza dal regime del reato-presupposto, allineando i tempi di prescrizione (per come meticcianti dall'ultima riforma - la L. n. 134/2021 -, in cui alla prescrizione si affianca una ermafrodita improcedibilità). Tuttavia, l'opzione panpenalistica non convince appieno. Soprattutto se allineata alla vigente disciplina codicistica, vi si oppongono alcuni argomenti di natura sistematica. Si pensi al "tempo necessario a prescrivere": a questi fini, l'art. 157 c.p. afferma che si deve tenere conto delle circostanze aggravanti ad effetto speciale, sì da inglobare gli aumenti di pena previsti per le ipotesi di recidiva aggravata e reiterata. Simili discutibili incrementi risulterebbero del tutto eccentrici rispetto all'ente, trattandosi - lo si ripete - di circostanze inerenti la persona fisica, che non possono, ontologicamente, proiettare una maggiore gravità in direzione dell'illecito dell'ente. L'auspicabile riforma della prescrizione dell'illecito dell'ente dovrebbe, pertanto, muovere da una *autonoma rimodulazione*, che tenga conto del suo impatto sostanziale sulla "penalità", nonché della circostanza che il suo accertamento può comportare non trascurabili difficoltà, legate, ad esempio, ai tempi di valutazione della idoneità ed effettività del modello di organizzazione. (c) Veniamo, infine, all'*illecito riparato*, emblematicamente evocativo dell'orientamento specialpreventivo del sistema 231. La "riparazione" è il Moloch dell'attuale stagione penalistica. Un arnese, per chi scrive, delicato, da maneggiare con estremo equilibrio. Senz'altro condivisibile l'ideologia che la anima: quella di restaurare il precetto violato. Ove se ne abusi, però, potrebbe rilasciare effetti criminogeni, veicolando una comunicazione in cui "scompare" (viene messa all'angolo) la pena, soppiantata dalla comoda "via di fuga" a disposizione.

In questo contesto, il robusto impianto riparativo del decreto 231 viene citato come modello, peraltro da implementare. Il tutto nell'ottica di enfatizzare come la vocazione riparatoria si atteggerebbe alla stregua di un prezioso strumento di riallineamento dell'ente alla legalità, senza arenarsi nelle incerte sabbie della repressione *tout court*. Un obiettivo condivisibile, ma che non va estremizzato. Nel decreto 231, prevenzione *ex ante* ed *ex post* devono mantenere una

*equilibrata dosimetria*: eventuali sbilanciamenti in una direzione finiscono per compromettere l'altra. In questo senso, è subito da porre in evidenza che il rafforzamento della *compliance ex ante*, per il tramite delle citate modifiche all'art. 6, potrebbe emendare le disinvolute prassi di riparazione "dimidiata", in cui il profilo "monetario" prevale sulla rielaborazione di un efficace sistema di prevenzione. Tuttavia, la riparazione, per come congegnata, accorda, allo stato, l'attenuazione della sanzione pecuniaria e l'inapplicabilità delle ben più temute sanzioni interdittive. Si sollecita l'introduzione di premialità aggiuntiva. È bene essere chiari: la configurazione di ulteriori vie di uscita a buon mercato potrebbe sospingere l'ente a trascurare la *compliance ex ante*: meglio la stasi o limitarsi alla costruzione di una prevenzione di facciata, cartolare, per poi attendere gli eventi e, ove dovesse accadere il peggio (la commissione di reato-presupposto), attivarsi, *post crimen patratum*, per guadagnare l'impunità. In una simile evenienza, la disciplina assumerebbe connotati esclusivamente reattivo-riparativi, dunque monoculari. Se, invece, si auspica il mantenimento del duplice volto della prevenzione, la riparazione va somministrata sapientemente, in modo di assicurarne la *cofunzionalità* con la dinamica *ex ante*.

Ciò premesso, nell'ottica di valorizzare la premialità, si caldeggia l'estensione al regime della responsabilità dell'ente dell'istituto della *messa alla prova*, previsto dall'art. 168-bis c.p.

Con una sorprendente decisione, autenticamente "creativa", il G.I.P. presso il Tribunale di Modena (ord. dell'11 dicembre 2019, seguita dalla sentenza 21 settembre 2020) ne aveva, di recente, riconosciuto l'estensione all'ente. *De lege lata*, dunque. Come prevedibile, questa decisione non ha trovato adesioni. La prospettiva non può che essere quella *de lege ferenda*, in elementare ossequio alla legalità: la causa estintiva è, in ragione della molteplicità delle condotte di ravvedimento, strettamente "personale" e, perciò, non può sottrarsi alla disciplina degli artt. 182 c.p. e 8 del decreto 231.

Nondimeno, l'istituto merita attenzione, specie se tiene conto del fatto che il decreto 231 contempla qualche "precursore". Si pensi al già rimarcato ruolo svolto dalle condotte riparatorie, vuoi come fattore di attenuazione della sanzione pecuniaria, vuoi come causa di inapplicabilità delle ben più temute sanzioni interdittive. Una chiara finalità "curativa" è, poi, rintracciabile nell'istituto del *commissariamento*, di cui all'art. 15, accostabile al *corporate probation* statunitense e al *placement sous surveillance judiciaire*

previsto in Francia. In definitiva, l'esportazione della messa alla prova nel decreto 231 non potrebbe che irrobustirne la finalità specialpreventiva, a patto però, vale la pena ripeterlo, di non paralizzare la (già precaria) funzione esimente dei modelli di organizzazione. Per scongiurare questo pericolo, è necessario picchettare adeguatamente il ricorso all'istituto. In tal senso, sarebbe auspicabile prevedere che l'ente possa essere ammesso alla prova non solo *se già munito, al momento del fatto-reato, di un modello di organizzazione*, ma anche quando lo stesso è stato attuato (sia pure in modo non del tutto efficace: vanno, perciò, banditi i modelli di mera facciata, *ictu oculi* inadeguati ed ineffettivi). Occorre, poi, guardarsi dal prefigurare contenuti laschi della messa alla prova, cioè "pagine bianche", da consegnare al riempimento *on demand*. L'ossatura del *probation* dovrebbe consistere nella eliminazione delle carenze organizzative che hanno agevolato la commissione del reato, da ottenere attraverso *forme pervasive di controllo*, specie nella fase di attuazione ed implementazione del modello. A ciò dovranno accompagnarsi le più tradizionali forme di compensazione, consistenti nel risarcimento del danno e nella eliminazione o attenuazione, se possibile, delle conseguenze dannose o pericolose del reato e nella messa a disposizione del profitto. Potranno altresì aggiungersi prestazioni di rilievo sociale. Così forgiata, la messa alla prova dell'ente si coniuga agevolmente con le finalità specialpreventive del sistema 231, che conoscerebbe una nuova originale forma di decumulo delle responsabilità.

Sempre sul versante della riparazione, si propugna anche una ulteriore via di fuga dalla penalità "repressiva", che troverebbe il suo *locus* di elezione nella fase delle indagini: si allude alla figura dell'ente "testimone della Corona", che offra all'accusatore la testa degli autori del reato. Figura già un precursore, sia pure come fattore di attenuazione delle sanzioni interdittive applicabili in seguito alla commissione di uno dei reti-presupposto di cui all'art. 25 del decreto 231 (concussione e corruzione): infatti, la L. n. 3/2019 ha introdotto la non punibilità delle persone fisiche, autrici dei reati di cui agli artt. 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, 353, 353-bis e 354 c.p., che, prima di avere notizia dello svolgimento di indagini nei loro confronti in relazione a detti reati, e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denunciano volontariamente e forniscono indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili. La causa di non punibilità viene poi

subordinata alla restituzione del “maltolto”. Questa condotta collaborativa riverbera i suoi effetti verso l’ente solo, come si è detto, in termini di attenuazione delle sanzioni interdittive: si profila così una dissimmetria “premiata” tra la persona fisica e l’ente. Proprio questa disciplina, alimenta l’idea di estendere, a tappeto, la non punibilità all’ente collaboratore. A ben vedere, una proposta di tal fatta, in cui traspaiono con evidenza suggestioni negoziali di derivazione statunitense, rinnega la filosofia del *societas delinquere potest*: riaggalla prepotentemente, come vero bersaglio, la persona fisica, di cui si reclama la punizione, mentre l’ente viene relegato sullo sfondo.

Si coglie agevolmente come, per questa via, si scaverrebbe uno iato incolmabile con la stessa filosofia che ha faticosamente condotto al superamento del dogma del *societas delinquere non potest*.

### La natura della responsabilità dell’ente: un questione da proporre?

Un osservatore rigoroso potrebbe legittimamente obiettare che qualsiasi riforma del decreto imporrebbe, previamente, di fare definitiva chiarezza sulla natura della responsabilità dell’ente. Il tema è stato ampiamente dibattuto sia in dottrina che nella giurisprudenza. Campeggiano diversificate prese di posizione: vi è chi la qualifica come “amministrativa”, oppure “penale” o, specie in alcune erudite sentenze di legittimità, la rielabora come un ibrido, definendola “*tertium genus*”. Per vero, il decreto, secondo chi scrive, tramanda vistose stimate della sua impronta penalistica. L’occasione di una riforma potrebbe, così, legittimamente suggerire di scogliere l’interrogativo. Tuttavia, pare opportuno volgere, per un attimo, lo sguardo al passato. Se si vanno a rispolverare i lavori parlamentari, che hanno accompagnato l’approvazione della legge delega (L. n. 300/2000), si noterà, non senza stupore, che l’opzione per l’illecito amministrativo non costituì il frutto di un approfondito dibattito, ma di una decisione addirittura “repentina”. Il testo della delega, partorito in seguito all’approvazione di un emendamento del Governo, qualificava, nella prima versione, come “penale” la responsabilità della *societas*. La reazione dei parlamentari fu immediata: probabilmente appellandosi a ricordi di scuola, opposero, all’unanimità, il dogma del *Societas*. Al cospetto di un diniego così perentorio, il Governo,

nel volgere di brevissimo tempo, si limitò a sostituire la parola “penale” con “amministrativa” e il testo, così modificato, fu approvato all’unanimità. Questo ricordo non è fine a sé stesso. Vi è da temere che la riproposizione della questione possa innescare discussioni paralizzanti, allungando i tempi, visto che, a differenza del 2001, non vi è alcuna urgenza di licenziare il prodotto (all’epoca, vi erano fonti sovranazionali che premevano in uno con la fine imminente della legislatura). In breve: varrebbe pure la pena di prendere posizione una volta per tutte, ma il rischio, tutt’altro che virtuale, di “impantanamento”, suggerirebbe di accantonare la questione, appellandosi al tutto sommato ragionevole “diritto vivente”.

### Conclusione

Quelli, appena descritti, sono alcuni circoscritti interventi di *restyling*, che ambiscono ad irrobustire la vitalità, sinora precaria, del decreto. Altri se ne potrebbero profilare, anche se un massivo intervento scontrerebbe, verosimilmente, problemi di gestione in sede parlamentare. A questo proposito, è inutile nascondersi che le riforme penali dell’ultimo ventennio offrono un quadro assai poco rassicurante. Vi è il rischio che anche il decreto 231, indiscutibilmente bisognoso di alcune modifiche, possa venire stravolto. Meglio la “stasi”, dunque, che abbandonarsi ad avventure dall’esito incerto? Una preoccupazione, questa, tutt’altro che virtuale. Ancora oggi il legislatore distribuisce elementi di incoerenza. Un esempio su tutti (per limitarsi alla stretta attualità): per un verso, si sta dando attuazione ad una riforma della giustizia, etichettata di alto respiro, che, sul terreno sanzionatorio, privilegia la “riparazione”, la “mediazione”, nuove sanzioni sostitutive, nella prospettiva di una riduzione del “carcere”; per altro verso, si sfornano prodotti che offrono comminatorie edittali di foggia bellica (si pensi alla L. n. 22/2022 a tutela del patrimonio culturale), in cui il carcere campeggia ben saldo. Spirano pulsioni e umori contraddittori, fluttuanti. Al cospetto di un quadro del genere, chi scrive non è in grado di formulare rassicuranti prognosi sull’esito di una eventuale riforma del decreto. La sensazione è che pure l’attesa di tempi migliori (cioè di un legislatore che rinunci, almeno in parte, ad adoperare il diritto penale come placebo sociale) potrebbe risultare vana.