

ORIENTAMENTI

CARLO PIERGALLINI

La “maggiore età” della responsabilità dell’ente: nodi ermeneutici e pulsioni di riforma

Il saggio, prendendo spunto da recenti decisioni giurisprudenziali, si sofferma su alcuni punti nodali della disciplina della responsabilità da reato degli enti, anche in una prospettiva *de iure condendo*.

The “coming-of-age” of corporate liability: interpretative issues and urges of reforms.

Moving from the recent case-law, the paper addresses some key points of the corporate liability deriving from the commission of offenses, also in a de iure condendo perspective.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L’elusione fraudolenta del modello e la colpevolezza di organizzazione. - 3. Il limite ‘inferiore’ del d. lgs. 231/2001.- 4. Messa alla prova dell’ente? - 5. Conclusioni.

1. *Premessa.* Il d. lgs. 231/2001 si avvia a compiere vent’anni. Se si provasse a trarre un bilancio tra le aspettative che ha innescato e la ‘resa’ nella prassi, aggalla un sentimento di delusione. Sottoposto ad applicazioni corrive, territorialmente disomogenee, viene non di rado percepito come un fastidioso ‘ammennicolo’ da scansare al più presto. Basti pensare che il modello di organizzazione, cuore pulsante della colpa di organizzazione, continua ad essere ‘vissuto’ come un ostico incombente, arduo da decrittare, anche a causa del perdurante ostracismo tra i “saperi” del giudice e quelli “aziendalistici”, che fomenta una preoccupante incomunicabilità. Dunque, la riforma, tanto attesa, è stata introiettata con un approccio ‘minimalista’, che stride, peraltro, con il ‘successo’ che sta avendo oltreconfine. Tuttavia, il mancato ‘decollo’ del decreto non può certo essere ascritto solo alla pigrizia degli attori e a un deficit di metabolizzazione culturale. È più che verosimile che il prodotto legislativo, al di là della indiscutibile originalità dell’impianto, sia gravato da alcuni limiti che ne rallentano l’operatività.

Non è questa la sede per setacciarli compiutamente. Nondimeno, proprio di recente, la giurisprudenza, in specie quella di merito, ha partorito alcune decisioni che affrontano alcuni *punti nodali* della disciplina: condivisibili o meno, sollecitano alcune riflessioni anche in un’ottica *de lege ferenda*. Ecco in successione: a) un decreto di archiviazione della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Como del 29 gennaio 2020, che ha argomentato l’infondatezza nella *notizia criminis* a carico dell’ente, sul presupposto della ricorrenza dell’*elusione fraudolenta* del modello di organizzazione; b) alcune

sentenze, di merito e di legittimità¹, che affrontano il tema della applicabilità del d. lgs. 231/2001 ad *enti di ridotte dimensioni*; c) contrastanti decisioni di giudici di merito sulla riferibilità all'ente dell'istituto della *messa alla prova*². Esaminiamole separatamente.

2. *L'elusione fraudolenta del modello e la colpevolezza di organizzazione.*

Questa, in breve, la vicenda. Era stato contestato ad una società l'illecito amministrativo dipendente dal reato di corruzione, programmato ed eseguito da soggetti in posizione apicale (presidente e consigliere delegato) con l'intento di 'sistemare' una pendenza tributaria che gravava sulla società. Dagli accertamenti svolti, era emerso che i predetti soggetti avevano consumato la corruzione muovendosi completamente *al di fuori del circuito societario*: in particolare, avevano versato la tangente attingendo al *patrimonio personale*, non già a quello societario, intrattenendo altresì *rapporti extrasocietari con il pubblico ufficiale* corrotto. A dimostrazione della predetta "*gestione parallela*", risultava che la società si era, per contro, attivata autonomamente per apprestare una difesa tecnica nei confronti dell'ufficio fiscale, deliberando l'accantonamento di un fondo imposte. Veniva, infine, acclarato che la società era munita di un modello di organizzazione, che, in relazione al rischio-reato in questione, era stato ritenuto idoneo ed effettivo. Infine, si dava atto che gli autori del reato avevano rassegnato le dimissioni dalla società. Di qui, il provvedimento di archiviazione.

Si è al cospetto di un esito corretto, in cui l'organo decidente ha intravisto nella "gestione extrasocietaria" della vicenda l'*aggiramento*, in *funzione elusiva*, del modello di organizzazione. Del resto, al modello di organizzazione non si può certo richiedere un prolungamento della sua azione preventiva al di fuori del perimetro societario, vale a dire verso comportamenti realizzati 'privatamente'. Certo, si potrebbe obiettare che una soluzione di questo tipo potrebbe fomentare accordi collusivi, ma, sta di fatto, che, ove non provati, l'esito profilato appare del tutto soddisfacente. Si tratta, per quanto consti, dell'*unica decisione* che prende di petto l'elusione fraudolenta per sancire l'efficacia esimente del modello, a norma dell'art. 6 d. lgs. 231/2001. Un requisito che, occorre prenderne atto, ha 'scatenato' un dibattito dottrinale volto

¹ Cass., Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 18941, *soc. Ribera*, in *Riv. pen.*, 2005, 184; Cass., Sez. VI, 25 luglio 2017, *Brambilla e altri*, in *Mass. Uff.*, n. 49056; G.i.p. Tribunale Milano, 16 luglio 2020.

² Trib. Milano, 27 marzo 2017; ord. G.i.p. Trib. Modena, 11 dicembre 2019, seguita dalla sent. 21 settembre 2020; ord. G.i.p. Trib. Bologna, 10 dicembre 2020.

a saggiarne il contenuto e la funzione³. Inutile nascondersi: si tratta di un requisito pretenzioso⁴, che depotenzia l'architrave imputativo della colpevolezza di organizzazione, delineato nell'art. 6, aprendo il campo ad una vera e propria *probatio diabolica*, specie se lo si intende come 'replicativo' delle condotte di frode che trovano il loro archetipo nel reato di truffa. Ma anche se si optasse per ricostruzioni che lo interpretano alla stregua di un dolo specifico della condotta di 'violazione' del modello⁵, oppure come un elemento evocativo di un'antitesi reale tra l'autore del crimine e la *societas*⁶, le asperità, pur affievolendosi, non potrebbero certamente sparire. Per non dire, poi, delle insormontabili difficoltà nell'accostare un simile marchio (doloso) ai reati-presupposto colposi: si è davanti ad una insanabile contraddizione.

Il carattere isolato del *decisum* in esame testimonia, quindi, come era del resto facilmente prevedibile, che il legislatore ha disegnato un congegno 'diabolico', destinato a funzionare *'pro societate'* in casi ridottissimi. Dunque, la pronuncia riversa sul tappeto un problema autenticamente fondativo, che concerne la funzionalità dell'esimente dell'art. 6.

E' evidente che l'*inversione dell'onere della prova*, indicato nell'art. 6, è frutto di un compromesso tra il paradigma organicistico e quello imperniato sulla colpevolezza di organizzazione⁷, che ha rilasciato prestazioni pressoché nulle,

³ Per una efficace ricostruzione critica, v. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità degli enti*, Padova, 2013.

⁴ Richiede, cioè, il confezionamento di un modello munito di una efficacia preventiva talmente acuminata che solo condotte supportate da attività fraudolente potrebbero eludere.

⁵ Così, PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo "de profundis"?*, in *Società*, 2014, 476.

⁶ Cfr. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta*, cit., 80 ss.

⁷ Il meccanismo di inversione probatoria, nel caso di reato commesso da soggetti 'apicali', comprova che il decreto si è ispirato alla *teoria dell'identificazione organica* dell'ente con la persona fisica: la responsabilità dell'ente non è, dunque, colposa (per difetto di organizzazione, cioè), ma autenticamente *dolosa*, perché la persona fisica, a causa della sua collocazione apicale, costituisce la *mano visibile* del vertice aziendale, il soggetto, cioè, che incarna all'esterno la strategia messa in atto dagli apici dell'azienda. Al cospetto di un criterio di ascrizione sostanzialmente incontrovertibile, il legislatore del 2001 si è chiesto se questa forma di responsabilità dolosa fosse sempre e in ogni caso rimproverabile all'ente, o se si dessero ipotesi in cui il vertice aziendale potesse legittimamente *dissociare* la propria responsabilità da quella di chi lo ha rappresentato all'esterno. L'interrogativo è scaturito dall'esigenza di tenere conto delle moderne dinamiche organizzative aziendali, sempre più pervase da una *compartimentazione orizzontale* delle funzioni, che mette in crisi la validità dell'asserto secondo il quale non sarebbe mai possibile prefigurare l'esistenza di un diaframma che separi la volontà della persona fisica da quella dell'ente. A ben vedere, se ciò può dirsi vero in relazione al modello tradizionale di ente collettivo (emblematico quello imperniato sull'amministratore unico), non altrettanto vale per la situazione societaria attuale, in cui il *management* non si sviluppa più secondo un modello rigidamente verticistico, ma si distende su un'ampia *base orizzontale*, alla quale i poteri di amministrazione sono delegati dal consiglio di amministrazione che conserva, dunque, il potere-dovere di vigilare sull'andamento

vanificando la forza *selettiva* della colpevolezza di organizzazione, si da aprire il campo ad una punizione quasi ‘scontata’ dell’ente. Sebbene la giurisprudenza abbia, in parte, scalfito la forza dell’inversione, tramutandola, con una ben nota “formula magica”, in un meno impegnativo onere di allegazione⁸, circola nondimeno una motivata sfiducia: emerge il timore che, pure all’interno del sistema della responsabilità dell’ente, si prolunghi quella logica del *propter hoc*, o del “*senno di poi*” (un reato si è consumato, *ergo* il modello era inidoneo), che ha fomentato un progressivo ‘indurimento’ giurisprudenziale nell’accertamento della colpa individuale nei territori del diritto penale di impresa. Una preoccupazione, questa, sinergicamente implementata dalla rimessione al giudice della ‘*validazione*’ dell’*efficacia preventiva del modello*.

Se si intende scongiurare questo deludente effetto, il decreto necessita di un *restyling*.

In primo luogo, sul terreno delle *dinamiche imputative*, riconoscendo esplicitamente la *centralità* della *colpevolezza di organizzazione*, come *elemento costitutivo dell’illecito dell’ente*⁹, che spetterà all’accusa provare. In questa ottica di valorizzazione della colpevolezza organizzativa, il riferimento all’“*elusione fraudolenta*” dovrà essere sostituito dalla “*violazione*” del modello, cioè da un elemento ‘neutro’, che non abbraccia soltanto le condotte elusive, destinato a rilevare, *contra societatem*, quando è dipeso da una carente attività di controllo o di vigilanza¹⁰.

In secondo luogo, occorre farsi carico del problema della cd. ‘*validazione*’ del *modello di organizzazione*. Si è visto che, nel decreto 231, è il giudice il mediatore del conflitto, senza che, nell’attuale stadio di sviluppo della prassi, si sia stati capaci di ritagliare una paradigmatica che ne guidi, in modo trasparente, i criteri di giudizio. Ciò alimenta una intollerabile, pervasiva sensazione di

della gestione e di impedimento degli atti pregiudizievoli (art. 2392 c.c.). Può, dunque, accadere che il compimento di un illecito da parte di uno dei svariati soggetti in posizione apicale non rifletta la politica di impresa espressa dal consiglio di amministrazione, che, nei casi di delega delle funzioni o di parti di esse, finisce con l’essere un *organo intermedio* (con funzioni di generale sovrintendenza sull’amministrazione) tra l’assemblea e l’organo di vera e propria gestione della società (comitato esecutivo o gli amministratori delegati). Proprio per queste ragioni, il legislatore ha introdotto, all’art. 6, un *paradigma di colpevolezza*, per il vertice societario, costruito *negativamente*, alla stregua cioè di una *scusante con inversione dell’onere della prova a carico dell’ente*.

⁸ Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn e altri*, in *Cass. pen.*, 2015, 2, 426 ss., relativa alla vicenda *ThyssenKrupp*.

⁹ Sulla struttura e la funzione della colpa di organizzazione, cfr., per tutti, PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 3, 167 ss.

¹⁰ Per una riflessione, *de lege ferenda*, v. PIVA, *Presunzioni di colpa e onere della prova dell’ente: ragioni e spunti per una riforma dell’art. 6 D.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2018, 171.

incertezza nelle imprese: impegnano risorse economiche nella redazione del modello senza poter prevedere, in anticipo, come sarà apprezzato dal giudice. E' nostra convinzione che i rischi-reato, riferibili alla *societas*, non possano essere riversati nell'alveo di quelli 'comuni', da affidare al dominio della colpa generica. Essi abbracciano *beni giuridici di ragguardevole spessore* e coinvolgono *decisioni ed attività seriali, procedimentalizzate*. Ci si dovrebbe, pertanto, decisamente orientare in direzione della *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 terapeutici¹¹, 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, dovrebbero essere assistiti da una *presunzione*, iuris tantum, di *idoneità preventiva*, superabile dal giudice solo attraverso l'adempimento dell'obbligo di motivare la *dissenting opinion*¹².

3. *Il limite 'inferiore' del d. lgs. 231/2001*. All'indomani dell'entrata in vigore del decreto 231, si è rilevato come questo tacesse sui suoi limiti applicativi 'superiori' e 'inferiori': si alludeva, cioè, alla mancata espressa disciplina del macro-fenomeno del *Gruppo di società*, per un verso, e, specularmente, del microcosmo rappresentato dal "*piccolo ente*", per altro verso.

Il problema del 'limite superiore', dopo alcune iniziali decisioni di merito orientate a configurare una nozione di "interesse di gruppo", al quale parteciperebbe ogni *societas* componente del medesimo¹³, è stato, infine, appianato da una condivisibile sentenza della Cassazione, che risolve il tema della corresponsabilizzazione sanzionatoria richiamando l'istituto del *concorso di persone nel reato*, sì che, per fare un esempio, la controllante potrà rispondere del reato commesso da un esponente della controllata, solo se un suo membro

¹¹ Come è noto, le linee-guida, nell'ambito della colpa professionale del medico, hanno ricevuto un esplicito riconoscimento, dapprima, con il cd. decreto Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modifiche, dalla l. 8 novembre 2012, n. 189) e, successivamente, con la cd. legge Gelli-Bianco (l. 8 marzo 2017, n. 24). Per un'approfondita analisi del ruolo delle linee-guida medico-sanitarie sulle dinamiche imputative del reato colposo, anche alla luce delle citate riforme, v. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017.

¹² Sul punto, per considerazioni più ampie, cfr., volendo, PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del 'modello organizzativo' ex d. lgs. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, parte II, 865 ss.

¹³ Cfr. G.i.p. Trib. Roma, 4 aprile 2003, *Fin spa*, in *Foro it.*, 2004, II, 317 ss.; G.i.p. Trib. Milano, 20 settembre 2004, *I.V.R.I. Holding spa e altre*, in *Guida dir.*, 47/2004, 69 ss.

avrà posto in essere un contributo concorsuale nell'interesse o a vantaggio della società di appartenenza¹⁴. Tutto ciò, fatta salva l'ipotesi di una *holding* che agisca quale amministratore di fatto delle controllate, sottraendo ai vertici di queste qualsiasi potere di gestione.

Il limite 'inferiore' resta, invece, un problema aperto. Si segnala, in proposito, una recente sentenza del Gip di Milano¹⁵, che affronta da presso il tema dell'applicabilità del decreto agli enti di piccole dimensioni. Nella specie, si trattava di una società a responsabilità limitata semplificata (art. 2463-*bis* c.c.), successivamente posta in liquidazione, con capitale versato dal socio unico, che fungeva da presidente del consiglio di amministrazione, mentre il fratello risultava consigliere. Nessun'altra diramazione organizzativa o di controllo era presente. In definitiva, si era dinanzi ad una *società unipersonale*, sprovvista di dipendenti. Dopo avere richiamato i pochi precedenti giurisprudenziali disponibili, peraltro non univoci¹⁶, il giudice sancisce l'inapplicabilità del decreto, rimarcando che la disciplina, da esso prevista, può avere luogo solo quando è possibile distinguere l'interesse della persona fisica da quello dell'ente, del resto comprovata dall'inesistenza di una apprezzabile struttura organizzativa. È da segnalare che, in precedenza, la Corte di cassazione aveva sposato la tesi opposta, sostenendo che la società unipersonale è annoverabile tra i soggetti destinatari del decreto 231, in quanto autonomo centro di interessi giuridici, munito di una soggettività giuridica distinta da quella di chi ne detiene le quote. Purtuttavia, nella motivazione, si legge che «il presupposto indefettibile per l'applicazione del diritto sanzionatorio degli enti è l'esistenza di un 'soggetto di diritto metaindividuale', quale autonomo centro di interessi e di rapporti giuridici»¹⁷. Dunque, pure la Cassazione rimarca la caratura 'metaindividuale' che l'ente deve possedere. Il tema posto non concerne ovviamente solo la società unipersonale, ma abbraccia tutti quegli enti, a base personale ristretta, in cui i centri di interesse non risultano distinguibili, perché "confusi". Inutile negare le asperità sul campo: è in gioco l'orbita applicativa del decreto. La decisione del Gip appare, sul piano *sostanziale*, ragione-

¹⁴ Cass., Sez. V, 20 giugno 2011, n. 24583, *Tosinvest e altri*, in *Dir. pen. cont.*, 6.7.2011. Nello stesso senso, Cass., Sez. V, 27 settembre 2016, n. 52316, *Riva e altri*, in *rivista231.it*. In dottrina, v. SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 8; SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006; ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in *Ind. pen.* 2005, 1003 ss.; BEVILACQUA, *Responsabilità da reato ex d. lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Milano, 2010.

¹⁵ G.i.p. Trib. Milano, 16 luglio 2020, cit.

¹⁶ Cass., Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 18941, cit.; Cass., Sez. VI, 25 luglio 2017, in *Mass. Uff.*, n. 49056, cit.

¹⁷ Cass., Sez. VI, 25 luglio 2017, in *Mass. Uff.*, n. 49056, cit.

vole e, tutto sommato, condivisibile, anche se le argomentazioni addotte necessitano di ulteriori prolungamenti. Nondimeno, sul piano *formale*, è da interrogarsi se un simile ‘ritaglio’ del decreto debba necessariamente rimettersi nelle mani del legislatore. Andiamo con ordine.

Il decreto 231 fa della colpevolezza di organizzazione il suo elemento distintivo rispetto ai sistemi tradizionalmente legati ad un paradigma imputativo “*compenetrativo*”, che mette capo alla teoria “*organicistica*” e alla sua variante anglosassone della “*identificazione*”, nel cui ambito gli elementi costitutivi dell’illecito e della colpevolezza sono interamente appiattiti su quelli della persona fisica¹⁸. Il fenomeno organizzativo è, quindi, ignorato, anche nella sua eventuale proiezione sul versante della prevenzione del rischio-reato. Se, in contrapposizione a detti paradigmi, il legislatore del 2001 ha valorizzato la colpevolezza di organizzazione, vi è da chiedersi cosa accade quando una organizzazione non sia rintracciabile. Si allude a quelle strutture semplici, in cui il fenomeno organizzativo evapora (il ‘vertice’ e la ‘base’ si toccano) e non è dato di rintracciare una diversità di centri di interessi sul piano patrimoniale. Al cospetto di simili strutture, non ha senso parlare di colpevolezza di organizzazione, proprio perché manca il terreno (l’organizzazione) sul quale la rimproverabilità dovrebbe proiettarsi. Come si può pensare di costruire un modello di organizzazione in una società, che, ad esempio, veda al comando un solo unico amministratore, che, per giunta, è pure il titolare della quota, senza che vi siano dipendenti (o ve ne sia un numero esiguo)? Ad ammetterlo, apriremmo il campo ad un immaginario ‘solipsismo’, con il quale l’amministratore edifica il modello per controllare se stesso! Inutile indugiare: sul terreno imputativo, non vi è spazio per l’art. 6. Ma non basta. L’indistinguibilità dei centri di interesse finirebbe con il partorire un *bis in idem*: la persona fisica verrebbe, cioè, punita tanto per il reato-presupposto quanto come ‘ente’, visto che quest’ultimo non è, organizzativamente e patrimonialmente, separabile dal primo¹⁹. E, allora, se la ‘metaindividualità’ è il

¹⁸ Per una raffinata analisi di tali sistemi ‘compenetrativi’, v. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012, 117 ss.

¹⁹ Dinanzi ad un simile rilievo, si potrebbe ‘pensare’ ad una *inapplicabilità ‘relativa’* del decreto, circoscritta, cioè, alle sole sanzioni pecuniarie, lasciando inalterata l’operatività delle sanzioni interdittive. Una soluzione, questa, che troverebbe conforto nel fatto che, nel finitimo versante dell’illecito amministrativo, pullulano sanzioni accessorie comminate ad imprese ed enti collettivi (si pensi, ad esempio, alla chiusura temporanea di imprese o esercizi per alcune violazioni materia alimentare). Tuttavia, questa soluzione cozza con quanto si evidenzierà nel testo con riguardo alla funzionalità dell’art. 5 del decreto 231.

prerequisito per sottoporre l'ente alle sanzioni, gli enti che non rispondono a questa condizione dovrebbero ritenersi estranei alla disciplina. *Difetta, a ben vedere, la stessa possibilità di applicare l'art. 5*, che, per definizione, postula l'*alterità* dei centri di interesse: in assenza di questa, colui che commette il reato-presupposto opera nell'*esclusivo interesse proprio* (sì, che a norma dell'art. 5, comma 2, non vi è spazio per una responsabilità dell'ente). Resta, però, un importante interrogativo sullo sfondo: è sufficiente la coincidenza dei centri di interesse per escludere la 'metaindividualità'? Il Gip, nella sentenza, per legittimare il proscioglimento dell'ente, insiste proprio su tale requisito²⁰. Giusto, ma non è sufficiente. E' da ritenere che un ente possa *comunque* definirsi 'metaindividuale' quando esterna un *apprezzabile apparato organizzativo* (la cd. *base personale*), la cui ricorrenza supporta il disegno di una *compliance* preventiva ispirata alla segregazione dei processi decisionali, assistita da meccanismi di controllo, interni ed esterni, al citato processo. Così, per fare un esempio, si pensi al risaputo fenomeno del 'capitalismo familiare', in cui la società vanta, tuttavia, un sistema organizzativo e di controllo (consiglio di amministrazione, amministratore delegato, collegio sindacale, direttore generale, dirigenti, dipendenti, ecc.): pur se, dal punto di vista patrimoniale, i centri di interesse non sono 'sostanzialmente' diversi, sarebbe, nondimeno, impensabile sottrarre una simile configurazione societaria al decreto. E' la ricorrenza dell'ampia 'base personale' (distesa verticalmente ed orizzontalmente) che, presupponendo il coinvolgimento di svariate funzioni nei processi decisionali, 'ristabilisce' qual rapporto di alterità funzionale, apparentemente negato dalla composizione del capitale²¹. Si può, pertanto, affermare che l'indistinguibilità dei centri di interesse sul versante patrimoniale si atteggia come *condizione necessaria ma non suffi-*

²⁰ Che non sarebbe, pertanto, ravvisabile nell'ipotesi in cui venga costituita una società unipersonale, in cui vi è separazione tra il *management* e il sottoscrittore del capitale. Si tratta di un'ipotesi tutt'altro che infrequente, alla quale fanno ricorso, non di rado, alcune società multinazionali e non: si pensi al settore delle energie alternative, in cui si creano tante società unipersonali, controllate dalla capogruppo, per quanti sono gli impianti, sprovviste di dipendenti ed affidate ad un amministratore unico-*manager*. A ben vedere, si tratta di configurazioni organizzative che, con l'obbiettivo di diversificare i rischi, costituiscono in società meri rami di azienda: sono questi i casi in cui potrebbe pure profilarsi una circolazione della responsabilità da reato, ex d. lgs. 231/2001, nell'ambito del gruppo, specie laddove ricorra pure il fenomeno del cd. *Interlocking Directorate*, che si ha quando l'amministratore di una società (ad es. della controllante) siede nell'organo amministrativo della controllata.

²¹ In una organizzazione complessa, si assiste, infatti, ad una frammentazione dei centri decisionali, che determina il coinvolgimento di una pluralità di soggetti: è evidente che, in un simile contesto, evocare l'unicità del centro di interessi è un fuor d'opera. Sui processi decisionali nelle organizzazioni complesse, v., per tutti, il celebrato lavoro di MINTZBERG, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Bologna, 1996, 172 ss.

ciente dell'inapplicabilità del decreto: perché ciò accada, occorre, altresì che l'ente sia sprovvisto di significative articolazioni organizzative.

In conclusione, la decisione del giudice milanese ha il merito di ricollocare il decreto 231 nel suo *contesto* privilegiato: è indiscutibile, infatti, che, per come congegnato, l'ancoraggio alla colpevolezza di organizzazione reclama una *societas* dotata di un apprezzabile livello di complessità organizzativa, che sola legittima la predisposizione di una *compliance* preventiva idonea a minimizzare i rischi-reato. Solo che un risultato del genere, più che essere rimesso nelle mani della (sempre volubile) giurisdizione, richiederebbe un sapido intervento del legislatore.

4. *Messa alla prova dell'ente?* Con una recente decisione, il Gip presso il Tribunale di Modena ha disposto la sospensione del procedimento con messa alla prova nei confronti di una società, imputata di frode in commercio, reato-presupposto della responsabilità dell'ente, a norma dell'art. 25-bis.1 d. lgs. 231/2001²². Il giudice, appurata l'insussistenza di cause di proscioglimento immediato e la capacità della società di tornare ad operare nei limiti della legalità, ha consentito all'esecuzione del programma di trattamento proposto dalla difesa, consistente: a) nella eliminazione degli effetti negativi dell'illecito; b) nel risarcimento del danno; c) nella ristrutturazione del modello di organizzazione; d) nello svolgimento di una attività di volontariato a favore di un organo religioso, che gestisce un punto di ristoro per persone bisognose, tradottasi nella fornitura gratuita di una parte della produzione alimentare. All'esito del positivo riscontro di tali adempimenti, il giudice ha pronunciato la sentenza di estinzione del reato, di cui all'art. 168-ter, comma 2, c.p.

Una decisione 'impegnativa', non c'è che dire, che risalta, soprattutto, per l'assertività, visto che, tanto nella sentenza quanto nell'ordinanza di ammissione, non si colgono le argomentazioni che legittimerebbero l'applicabilità del *probation* anche in direzione dell'ente.

E dire che, qualche anno prima, il Tribunale di Milano aveva decisamente negato una simile estensione, sostenendo che la stessa violerebbe il principio della riserva di legge in materia penale²³. Muovendo da una ricostruzione *ibrida* dell'istituto (provvisto, cioè, di una natura sia processuale che sostanziale), il giudice milanese aveva evidenziato che il trattamento sanzionatorio non detentivo, posto a base della 'prova', vantava comunque una caratura 'sostanzia-

²² Cfr. ord. G.i.p. Trib. Modena, 11 dicembre 2019, cit., seguita dalla sent. 21 settembre 2020, cit.

²³ Trib. Milano, 27 marzo 2017, cit.

le', sì che, per trovare applicazione, doveva trovare espressa esplicitazione nella legge, non potendo formare oggetto di applicazione analogica.

La 'novità' del provvedimento modenese, che pure ha attirato qualche commento adesivo²⁴, è stata di lì a poco ridimensionata da un'ordinanza del Gip di Bologna²⁵, che ha negato l'accesso all'istituto ad una *societas*. All'esito di un'argomentazione serrata, l'organo bolognese si è peraltro discostato dal precedente negativo meneghino, evidenziando che il contenuto della 'prova' non costituisce una sanzione penale, ma, come sottolineato dalla Corte costituzionale, «dà luogo a un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente farla cessare con l'unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso»²⁶. Dunque, non vi sarebbe spazio per evocare la violazione della riserva di legge. A ben vedere, le ragioni che militerebbero in direzione del diniego andrebbero ricercate altrove. Ad avviso del giudice, il *mancato coordinamento tra la l. 64/2014 (che ha introdotto l'istituto) e il d. lgs. 231/2001* non è frutto di una dimenticanza del legislatore, ma una *scelta voluta*. Ciò si ricaverebbe dal fatto che buona parte delle disposizioni del nuovo istituto sono pacificamente ritagliate sull'agente persona fisica, sì da risultare insuscettibili di adeguamento all'ente.

All'esito di questa breve ricognizione giurisprudenziale, ciò che colpisce è la lapidarietà del provvedimento modenese, che, isolato dal contesto, rischia di apparire in un vero e proprio esercizio di diritto 'creativo'. E' di tutta evidenza che il prolungamento della messa alla prova verso l'ente può avvenire solo all'esito di una estensione analogica di una causa di non punibilità, che, però, stagliandosi come disposizione 'eccezionale', ostacola un simile percorso ermeneutico. Si aggiunga, poi, come correttamente rilevato dal Gip di Bologna, che i contenuti della prova risultano, in significativa parte, disfunzionali rispetto all'ente, rilasciando un'evidente impronta antropomorfa.

Purtuttavia, il riferito contrasto di verdetti consente di cogliere come il d. lgs. 231/2001 proprio sul terreno della *non punibilità* sia afflitto da vistose carenze di disciplina²⁷, che hanno, tra l'altro, trovato un ulteriore, significativo ele-

²⁴ GARUTI-TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il tribunale di Modena ha ammesso la persona giuridica al probation*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 10.

²⁵ Ord. G.i.p. Trib. Bologna, 10 dicembre 2020, cit.

²⁶ Corte cost., sent. 91/2018.

²⁷ Per una panoramica, cfr., volendo, PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2019, 531 ss. Più in generale, sul delicato tema dei rapporti tra responsabilità penale individuale e responsabilità dell'ente, v. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018.

mento di fibrillazione in ordine all'istituto della *particolare tenuità del fatto* (art. 131-*bis* c.p.), con riguardo alla possibilità, negata dalla giurisprudenza, di estendere l'effetto estintivo, che esplica verso la persona fisica, anche in direzione dell'ente²⁸. E' risaputo che, dopo il 2001, vi è stata una fioritura di nuove ipotesi di non punibilità, diversamente qualificate, che costringono oggi ad interrogarsi sulle possibili relazioni con il decreto 231. Una di queste è la messa alla prova.

L'istituto valorizza le condotte *post-factum*, in attuazione del principio dell'*extrema ratio* del diritto penale e della sussidiarietà "secondaria", realizzata, cioè, all'interno della dinamica applicativa delle norme penali²⁹. Vengono, così, perseguiti scopi di deflazione processuale e sostanziale. Si volga, ora, lo sguardo alla *societas*.

Risalta, subito, l'inesensibilità dell'effetto estintivo del reato all'ente: 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.

Né, come si è detto, è pensabile di ammettere l'ente alla fruizione della 'prova'.

Tuttavia, proprio le caratteristiche e le finalità dell'istituto suggeriscono una riflessione, *de lege ferenda*. Specie se si consideri che lo stesso decreto 231 contempla qualche 'precursore'. Si pensi al 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. Si è così osservato che l'esportazione della messa alla prova nel decreto 231 non potrebbe <<che rin vigorir[n]e la filosofia special-preventiva, tratto caratterizzante della normativa>>³⁰. Non sfugge, però, che la sua introduzione richiederebbe un *coordinamento* con le norme riparative contenute nel decreto, ma, soprattutto, imporrebbe una scelta di fondo. È chiaro che la messa alla prova dell'ente, in ragione della sua sfera applicativa (potrebbe, infatti e a ragione, essere riferita a tutti i reati-presupposto³¹), rischia di paralizzare la (già precaria) funzione

²⁸ Cfr. Cass., Sez. II, 28 febbraio 2018, Ficule, in www.giurisprudenzapenale.it.

²⁹ Per un'analisi del nuovo istituto, v. BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015, 1 ss.

³⁰ Così, FIDELBO-RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4, 2016, 2.

³¹ FIDELBO-RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit., 13-14.

esimente dei modelli di organizzazione. Le società potrebbero infatti privilegiare una posizione di attesa: invece di predisporre un efficace modello *ante delictum*, la possibilità di ottenere la messa alla prova e, in caso di esito positivo, la non punizione, le indurrebbe a dotarsi del modello solo in presenza di un evento avverso (la consumazione di un reato-presupposto). Ove si perseguisse questa via, assumerebbe rilievo assorbente l'idea di una “*colpevolezza reattiva*”, che emerge *post-factum*, chiamata a comprovare la volontà dell'ente di riorganizzare il suo agire in direzione della legalità³². L'obbiettivo principale (e dichiarato) del decreto 231 – la prevenzione *ante delictum* – risentirebbe, così, di una vistosa de-quotazione, restituendo forza alle impostazioni organizzative, che vanterebbero un governo più agile del sistema, in cui la responsabilità della *societas* scade ad un accessorio oggettivamente legato alle sorti della persona fisica. Per scongiurare questo pericolo, sarebbe auspicabile prevedere che l'ente possa essere ammesso alla prova solo *se già munito, al momento del fatto-reato, di un modello di organizzazione* e a condizione che lo stesso non risulti di mera facciata (un involucro burocratico-cartolare, *ictu oculi* inadeguato ed ineffettivo)³³. Lo scopo della prova dovrebbe consistere, poi, nella eliminazione delle carenze organizzative che hanno agevolato la commissione del reato, da ottenere anche 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. Così forgiata, la messa alla prova dell'ente potrebbe agevolmente coniugarsi con le finalità specialpreventive del sistema 231, che conoscerebbe una nuova originale forma di decumulo delle responsabilità.

5. *Conclusioni.* Le decisioni passate in rassegna, al di là della loro maggiore o minore robustezza argomentativa, testimoniano come i temi affrontati incidano su profili non marginali del decreto 231, che, per essere risolti, vanno consegnati nelle mani del legislatore, che, per Costituzione, ha il governo delle leve. Solo che non occorre attardarsi troppo per denunciare che, almeno da qualche decennio, i prodotti legislativi sono afflitti da un lessico confuso, non di rado munito di una imbarazzante foggia bellica. È il frutto dei ‘tempi’: il

³² Sulle caratteristiche della colpevolezza “reattiva”, che fonda il sistema della responsabilità degli enti australiano, v. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 163 ss.

³³ Così, FIDELBO-RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit., 13.

diritto penale, lo si sa, è un formidabile *instrumentum regni*, capace di tramandare, con immediatezza, le istanze e le aspirazioni di chi lo maneggia. Si è, di recente, denunciato, con un linguaggio tagliente, che i partiti «preferiscono ormai definizioni fantasiose o puerili o metafisiche [...] vivono per lo più come alone intorno al leader, non hanno veri e propri programmi di un qualche respiro, per lo più fiutano l'aria, cioè le pulsioni dell'opinione pubblica»³⁴. Al cospetto di un simile scenario 'strutturale', vi è da chiedersi se il *restyling* del decreto sia davvero auspicabile, covando il rischio di scelte destrutturanti e contraddittorie. Qualche segnale di allarme vi è già stato³⁵. L'opinione di chi

³⁴ CANFORA, *La metamorfosi*, Bari-Roma, 2021, 6.

³⁵ Si pensi alle modifiche al decreto 231 recate dalla l. 3/2019, sinistramente nota come "legge spazzacorrotti". Colpisce, soprattutto, l'intervento operato sulla *cornice edittale delle sanzioni interdittive*, che scuote la coerenza del sistema sanzionatorio del decreto 231, ispirato, come è noto, alla filosofia del *Carrot and Stick Approach*. L'art. 1, comma 9, lett. *b*), della legge stabilisce, sul terreno *repressivo*, l'aumento della durata delle sanzioni interdittive, irrogate con riguardo alla commissione dei reati-presupposto di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 25: oggi fissata in una durata non inferiore ad un anno (e, dunque, non superiore a due anni nel massimo, a norma dell'art. 13, comma 2), la riforma la eleva, distinguendo a seconda del soggetto autore del reato-presupposto. Se si tratta di un soggetto apicale, la sanzione interdittiva ha una durata non inferiore a quattro anni e non superiore a sette; se, per contro, l'autore è un dipendente, la durata andrà da un minimo di due anni ad un massimo di quattro. Entra, poi, in gioco la *'carota'*, che ripristina il regime del comma 2 dell'art. 13, se, prima della sentenza di primo grado, «l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi».

La disciplina lascia sbigottiti. L'innalzamento delle comminatorie edittali interdittive degenera in una direzione inimmaginabile, addirittura 'definitiva'. Solo chi non conosce la realtà di un'impresa può pensare a simili comminatorie, camuffandole per 'temporanee': l'irrogazione della sanzione dell'interdizione dall'esercizio dell'attività, sia pure per quattro anni, equivale alla *pena di morte dell'ente!* Questo inaspettato, mirato aggravamento ha poi innescato una *speciale 'carota'*, che determina, però, un vistoso sovraffollamento con le altre condotte riparatorie. Il legislatore ha previsto che *alcune condotte riparatorie* (caratterizzate da un affastellamento di ipotesi: collaborazione processuale, restituzione del maltolto, riorganizzazione) possono ripristinare l'originario trattamento temporale, previsto nell'art. 13, comma 2, se tenute *prima della conclusione del giudizio di primo grado*. Ecco il confuso scenario che si prospetta: se sono poste in essere le condotte riparatorie, di cui all'art. 17 (che non contemplano la collaborazione processuale), prima dell'apertura del dibattimento, le sanzioni interdittive sono inapplicabili; realizzate, per contro, successivamente le 'nuove', minore durata delle sanzioni interdittive, ma a condizione che venga rispettato il limite della sentenza di primo grado. Vi è poi l'art. 78, che, come si è visto, consente di 'convertire' le sanzioni interdittive in sanzioni pecuniarie, anche in fase esecutiva, purché vengano realizzate le condotte riparatorie dell'art. 17. Peraltro, la previsione in commento rilascia una *dissinmetria* con il nuovo regime 'premiale' riservato alle persone fisiche. L'art. 1, comma 1, lett. *g*) della l. n. 3/2019 introduce, nel codice penale, l'art. 323-ter, che accorda la *non punibilità* per i reati di cui agli artt. 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, 353, 353-bis e 354 c.p. a coloro 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.

scrive è di impronta precauzionale: meglio la ‘stasi’ che abbandonarsi ad ‘avventure’ dense di rischi ingovernabili.

te 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’.