

UN'INTRODUZIONE ALLA RESPONSABILITÀ PUNITIVA DEGLI ENTI (*)

di Roberto Bartoli

L'Autore compie un'introduzione alla responsabilità punitiva degli enti, esaminando tre diversi aspetti: in una prospettiva – per così dire – morfologica, l'ente come destinatario della responsabilità attraverso una comparazione con l'individuo; in una prospettiva di politica criminale, i possibili modelli di sistema punitivo che si possono adottare, ponendo particolare attenzione ai sistemi che valorizzano la colpa c.d. di organizzazione; ed infine, il sistema vigente, avuto riguardo alle principali problematiche applicative.

SOMMARIO: 1. La responsabilità punitiva degli enti: una rivoluzione con radici antiche. – 2. Un confronto tra uomo ed ente: struttura, consistenza, concezioni. – 3. Le conseguenze delle differenze tra uomo ed ente sui sistemi punitivi. – 4. Modelli di sistema punitivo dell'ente. – 4.1. Il sistema punitivo antropocentrico. – 4.2. Il sistema punitivo antropomorfo. – 4.3. Il sistema punitivo dualistico. – 5. I fattori condizionanti la scelta tra i sistemi. – 6. I sistemi che valorizzano l'organizzazione (antropomorfo e dualistico) e le alternative di disciplina. – 6.1. La colpa di organizzazione per minimizzare il rischio reato: tra cautelare e cautelativo. – 6.2. Il sistema sanzionatorio: tra reattività e premialità/reattività. – 6.3. I rapporti tra responsabilità individuale e responsabilità dell'ente: tra dipendenza e autonomia. – 7. Il sistema vigente: punti fermi, ambiguità, contraddizioni. – 8. Quale futuro per la responsabilità degli enti? – 9. Cenni alla necessità di una riconfigurazione della parte speciale.

1. La responsabilità punitiva degli enti: una rivoluzione con radici antiche.

L'introduzione nel nostro ordinamento della responsabilità punitiva degli enti collettivi ha costituito una vera e propria rivoluzione non soltanto giuridica, ma anche sociale e culturale, sia perché è stato annientato un autentico tabù espresso dal brocardo *societas delinquere non potest*, sia perché tale innovazione ha costretto a riconfigurare categorie giuridico-penalistiche che per secoli sono state forgiate sull'individuo, assumendo come punto di riferimento il ben diverso destinatario costituito dall'ente.

A dire il vero, l'affermazione che si tratti di una rivoluzione non è del tutto corretta, poiché, se si abbandona la prospettiva che ci costringe a guardare il punto dell'attualità e si adotta quella molto più ampia che consente di cogliere la linea della storia, ci rendiamo conto che il tema della responsabilità degli enti è sempre stato presente nella riflessione penalistica e a volte anche nella disciplina di alcuni

(*) Il contributo è destinato al volume *La responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001: profili sostanziali e processuali*, a cura di D. Piva, Torino, 2021. Si ringraziano curatore ed editore per aver acconsentito alla pubblicazione su questa *Rivista*.

ordinamenti dei secoli addietro (si pensi in particolare a quello canonico)¹. In estrema sintesi, si può ritenere che negli ultimi due secoli, l'idea così diffusa, soprattutto nell'Europa continentale, di una incompatibilità assoluta tra ente e responsabilità punitiva sia stata il frutto della concezione illuministica del diritto penale, fortemente incentrata sull'uomo. E tale prospettiva, se, da un lato, ha portato a indiscussi e fondamentali progressi sul piano della civilizzazione del diritto penale, dall'altro lato, però, ha anche costruito autentici tabù, come per l'appunto l'idea che l'ente non possa essere fatto responsabile di reati, oppure veri e propri miti, come quello che ha identificato le garanzie sostanziali a protezione dei consociati contro l'autoritarismo e le prevaricazioni degli Stati con la legalità e la democrazia, mito superato dal moderno costituzionalismo a seguito delle tragedie del Novecento.

2. Un confronto tra uomo ed ente: struttura, consistenza, concezioni.

Per comprendere appieno le problematiche poste dalla responsabilità degli enti è indispensabile soffermarsi sul destinatario di tale responsabilità, vale a dire sull'ente, e, a nostro avviso, un ottimo metodo, anche sul piano didattico, per mettere bene in evidenza le caratteristiche e le peculiarità di questo "soggetto", è compiere una comparazione tra l'uomo e l'ente, in una prospettiva che muove dalle esigenze – per così dire – imputative e responsabilizzanti proprie del diritto punitivo.

Ebbene, mentre l'uomo: a) ha una struttura – per così dire – unitaria e immutabile, b) ha una personalità che si radica su componenti psico-fisico-motivazionali, c) e quindi viene concepito sulla base di vincoli naturalistico-ontologici, l'ente invece: a) ha una struttura dualistica e modificabile, b) ha una personalità che consiste nell'organizzazione, c) e può essere concepito in termini decisamente diversi proprio in ragione del suo dualismo strutturale e della sua personalità socio-normativa.

a) Più precisamente, circa la struttura, l'uomo è soggetto unitario, nel senso che risulta nella sostanza non scindibile e non scomponibile in parti, rimanendo strutturalmente identico a se stesso dalla nascita fino alla morte². Si tratta di aspetti che si danno per scontati e sui quali non è necessario porre attenzione, ma quando si parla della responsabilità degli enti occorre sottolinearli proprio perché gli enti, al contrario dell'uomo, hanno una struttura che invece si compone fisiologicamente di due parti distinte, costantemente presenti ed anche costantemente in dialettica e tensione tra di loro: da un lato, vi sono i singoli uomini che fanno parte dell'ente e lo costituiscono;

¹ Cfr. V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, p. 49 ss.; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012, p. 35 ss.; G. CHIODI, «*Delinquere ut universi*». *Scienza giuridica e responsabilità penale delle universitates tra XII e XIII secolo*, in *Studi di Storia del diritto*, vol. III, Milano, 2001, p. 91 ss.

² G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 51 ss., sottolinea «l'unità di esperienza esistenziale (la "storia", appunto) della persona fisica», che vale a distinguere nettamente quest'ultima dall'ente collettivo (ciò porta l'A. a ritenere impossibile una rieducazione del secondo paragonabile a quella della prima).

dall'altro lato, v'è l'ente in quanto tale, inteso come sintesi ed entità scissa e diversa dalle singole persone, ciò che i medievali chiamavano *universitas*. Inoltre, la struttura dell'ente può subire trasformazioni nel tempo, potendo essere soggetta a scissioni, unioni, fusioni etc. Senza considerare che esistono addirittura enti a loro volta costituiti da enti, come ad esempio i gruppi societari.

b) Per quanto riguarda la consistenza, l'uomo ha una consistenza fisica, psichica e motivazionale, vale a dire una consistenza che trova le proprie componenti nella realtà naturalistica. Certo, alcune di queste componenti, come ad esempio la psiche e ancor di più il procedimento motivazionale, risultano nella sostanza empiricamente inconoscibili o comunque conoscibili solo indirettamente, ma si tratta comunque di componenti reali, cioè effettivamente esistenti nella realtà. Diversamente, l'ente ha una consistenza che ruota attorno al concetto di organizzazione, la quale è sempre un qualcosa che si estrinseca nella realtà, ma ha natura socio-normativa, nel senso che attiene alle dinamiche relazionali tra più soggetti e si basa sulla determinazione di regole disciplinanti tali relazioni: la stessa componente minima ed embrionale di ogni organizzazione, vale a dire la distribuzione di compiti tra più soggetti, implica una dimensione normativa e regolatrice.

Interessante osservare due aspetti ulteriori destinati ad avere importantissime conseguenze. Da un lato, mentre alcune componenti dell'uomo, come abbiamo visto, pur essendo reali e naturalistiche sono comunque inconoscibili e imponderabili, l'organizzazione dell'ente è una realtà che risulta invece sempre conoscibile dall'esterno, sia per quanto attiene alla dimensione regolatrice "astratta", sia per quanto riguarda poi il contegno effettivamente tenuto in concreto dal singolo soggetto rispetto alla pretesa comportamentale di tipo organizzativo. Dall'altro lato, esistono sempre diversi livelli di organizzazione: un primo livello che riguarda la stessa attività dell'ente (organizzazione dell'attività); un secondo livello, che invece si occupa di organizzare l'organizzazione, potendosi distinguere all'interno di quest'ultimo ambito tra quella organizzazione che comunque ha collegamenti con l'attività organizzata (organizzazione dell'attività organizzata) e quella organizzazione che invece si riferisce alla vera e propria organizzazione (organizzazione dell'organizzazione).

c) Infine, uomo ed ente sono concepibili in modo molto diverso. Il modo di concepire l'uomo, avendo questa consistenza naturalistica, tende ad essere ontologico-universale, con la conseguenza che l'uomo non può che essere concepito sempre nella stessa identica maniera, nel senso che ogni uomo viene ricondotto a un concetto di uomo, a un modello di uomo, che si attaglia per l'appunto ad ogni essere umano. Non a caso, è tipico degli ordinamenti autoritari negare la dimensione ontologico-universale dell'uomo. L'ente invece può essere concepito in termini decisamente diversi. Proprio perché avente "ontologicamente" una struttura duale e una consistenza organizzativa socio-normativa, l'ente può essere concepito secondo valutazioni e scelte alternative che lo rendono nella sostanza un concetto relativo in termini di tempo e spazio. In particolare, e in estrema sintesi, l'ente può essere concepito valorizzando la persona fisica che appartiene all'ente e assieme ad altri lo costituisce, oppure, all'opposto, valorizzando l'ente in quanto tale e a prescindere dalla considerazione delle singole

persone, oppure, ancora, valorizzando sia la persona fisica che l'ente in quanto tale e quindi il rapporto che intercorre tra queste due componenti.

3. Le conseguenze delle differenze tra uomo ed ente sui sistemi punitivi.

Ebbene, queste peculiarità che contraddistinguono l'ente (struttura duale, consistenza organizzativa socio-normativa, concepibilità relativa) sono destinate a riflettersi sulla configurazione del diritto punitivo. Mentre il diritto punitivo dell'individuo: a) ha come centro di imputazione il singolo uomo, b) si basa sulla personalità della responsabilità penale intesa come riferibilità fisica e psicomotivazionale del fatto a una persona, c) e tende ad avere una configurazione caratterizzata da una certa predeterminazione; al contrario, il diritto punitivo dell'ente: a) ha due centri di imputazione, b) ha una personalità della responsabilità intesa come riferibilità del reato all'organizzazione, c) ed ha una configurazione soltanto in piccola parte predeterminabile, risultando invece per la gran parte suscettibile di modulazioni diverse a seconda di determinate scelte di fondo relative proprio al modo di concepire l'ente.

a) Più precisamente, per quanto riguarda i centri di imputazione, dalla circostanza che l'uomo ha una struttura unitaria e immodificabile deriva che il diritto penale dell'individuo ha un unico centro di imputazione consistente per l'appunto nel singolo uomo. Certo, vi può essere la disciplina del concorso di persone nel reato, come anche fattispecie di parte speciale che incriminano organizzazioni criminali, ma quale che sia il fatto imputato, esso viene sempre imputato, accollato, riferito al singolo uomo, per cui se tutti agiscono insieme, tuttavia ognuno risponde per se stesso. Diversamente, per quanto riguarda l'ente, dalla struttura dualistica deriva che gli stessi centri di imputazione possono essere nella sostanza due: l'individuo che fa parte dell'ente o l'ente in quanto tale. Si pensi alla sconfitta di una squadra di calcio: subito si pone il problema se la "responsabilità" sia del portiere che ha fatto una povera o dell'attaccante che ha sbagliato il rigore oppure se sia dell'intera squadra che non ha fatto alcun goal o ne ha subiti troppi: all'interno di ogni organizzazione i centri d'imputazione risultano sempre due, le persone fisiche che compongono l'ente oppure l'ente in quanto tale.

b) Per quanto riguarda la personalità della responsabilità punitiva, dalla circostanza che la personalità dell'uomo ha una consistenza psico-fisico-motivazionale deriva che il diritto punitivo dell'individuo si basa su un principio di personalità della responsabilità che valorizza siffatte componenti. Condotta (che si porta dietro il nesso causale là dove è previsto un evento), elemento psicologico, procedimento motivazionale sono i pilastri che stanno alla base della personalità della responsabilità umana e sono tutti legati da un filo rosso che esprime una riferibilità, a base ontologico-naturalistica, del reato all'uomo. Riferendosi invece la personalità dell'ente all'organizzazione, la responsabilità non può che radicarsi nell'organizzazione e, più precisamente, su un difetto di organizzazione al quale è ricollegabile il reato.

c) Infine, dal fatto che l'uomo è concepito in termini – per così dire – ontologici e universali, consegue che anche il diritto penale assume una disciplina tendente all'universalismo. Certo, vi sono margini di scelta anche nella costruzione delle categorie di parte generale, ma si tratta di margini che comunque operano all'interno di uno spazio che in qualche modo risulta delimitato dalla "natura naturale" delle cose. Diversamente, il modo di concepire il diritto punitivo dell'ente muta a seconda del modo di concepire l'ente: se infatti si valorizza la persona fisica che compone l'ente, il sistema, pur riferendosi all'ente, tende ad assumere connotati che continuano a porre al centro il singolo individuo; se invece si valorizza l'ente in quanto tale, il sistema finisce per avere come punto di riferimento l'ente in quanto tale, concepito come se fosse un uomo, una sorta di Leviatano; infine, è possibile valorizzare sia la persona fisica che l'ente in quanto tale, attribuendo rilevanza ad entrambi i centri di imputazione³.

4. Modelli di sistema punitivo dell'ente.

Da quanto abbiamo detto fin qui, si può ricavare che un sistema punitivo dell'ente può essere ricostruito secondo tre grandi prospettive: antropocentrica (centralità dell'individuo), antropomorfa (centralità dell'ente in quanto tale) oppure dualistica (centralità/dialettica dell'individuo e dell'ente). Si tratta di tre prospettive che si differenziano non soltanto per la maggiore o minore centralità della persona fisica, ma anche, corrispondentemente, per la maggiore o minore centralità dell'organizzazione dell'ente in quanto tale, essendo ruolo della persona fisica e ruolo dell'ente due facce della stessa medaglia. Con conseguenze relevantissime su almeno quattro piani, vale a dire: a) sul perché si punisce; b) sul come si punisce, sia in termini funzionali e di scopo, che contenutistici; c) sul come si configura la teoria generale del reato; d) e, infine, su quale sia il rapporto che intercorre tra la responsabilità della persona fisica e quella dell'ente.

4.1. Il sistema punitivo antropocentrico.

In particolare, la concezione antropocentrica pone al centro del sistema la persona fisica che fa parte dell'ente.

a) Muovendo dal dato di realtà che una persona fisica che appartiene a un ente può commettere reati al fine di avvantaggiarlo (si pensi a una corruzione attiva finalizzata ad ottenere un appalto oppure a una evasione fiscale di imposte che riguardano l'ente); e che l'ente, al fine di agevolare questi comportamenti, può creare

³ Sui modelli di responsabilità dell'ente e sulla dipendenza di questi dalla concezione di ente da cui si muove, v. C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, p. 175 ss.; V. MONGILLO, *op. cit.*, p. 104 ss.; sia consentito anche il rinvio a R. BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta... o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul «sistema 231»*, in R. Borsari (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, p. 13 ss.

meccanismi premiali o di protezione dalla responsabilità penale della persona fisica che ha commesso i reati (promozioni, assistenza legale ed economica là dove il soggetto andasse incontro a un processo o addirittura a una condanna): ebbene, muovendo da questi dati. la punizione dell'ente ha come obiettivo quello di rompere siffatto legale "perverso", per cui, punendo l'ente, l'ente risulta disincentivato a proteggere la persona fisica che realizza reati a suo vantaggio. In questa prospettiva, posto che la responsabilità per il fatto si incentra interamente sulla persona fisica, l'ente viene punito secondo una logica che potremmo definire "cumulativa", aggiuntiva, nel senso che, risultando "insufficiente" punire il singolo uomo per una intrusione "falsante" da parte dell'ente, diviene opportuno sanzionare anche l'ente, non soltanto perché vero destinatario dei vantaggi, ma anche proprio perché tende a "proteggere" dal diritto penale la persona fisica che commette i reati a vantaggio dell'ente⁴.

b) Sul piano sanzionatorio, la logica che si crea è quella di impedire che l'ente si arricchisca attraverso la realizzazione dei reati del singolo, anche perché è proprio attraverso questo arricchimento che l'ente crea una "protezione" nei confronti della persona fisica che ha agito a suo vantaggio. Nel momento in cui si elidono i vantaggi derivanti dal reato, e con i quali si potrebbe tutelare la persona fisica, l'ente non ha più interesse a proteggere la persona fisica, perché diviene un costo. Si potrebbe parlare di una logica se non ripristinatoria, comunque capace di neutralizzare e annientare i vantaggi indebitamente conseguiti che costituiscono una fonte di pericolo per politiche di protezione degli autori di reato. Con la conseguenza che il sistema sanzionatorio colpisce soprattutto la dimensione patrimoniale dell'ente, primariamente attraverso la confisca, ma anche con pene pecuniarie destinate a incidere sui bilanci dell'ente⁵.

c) Circa la teoria generale del reato, trattandosi di responsabilità che ruota attorno alla singola persona fisica, si deve osservare come non vi sia alcuna elaborazione di nuove categorie, poiché il reato realizzato dall'individuo semplicemente si "ribalta" sull'ente: tutti gli elementi costitutivi che riguardano la persona fisica, vengono trasferiti all'ente. Si parla infatti di vera e propria "immedesimazione", nel senso che l'ente si immedesima nella persona fisica e tutto ciò che è riferibile alla persona fisica viene riferito poi all'ente. Va da sé che elemento fondamentale per l'imputazione del reato all'ente è che la persona fisica, oltre ad appartenere all'ente, abbia agito per avvantaggiare l'ente. Una persona che "strumentalizza" l'ente per compiere reati a proprio vantaggio non può comportare anche una responsabilità per l'ente.

d) Conseguenza finale relevantissima è che la responsabilità dell'ente finisce per essere strettamente connessa, se non addirittura dipendente, dalla responsabilità della persona fisica. Soltanto se si accerta la responsabilità della persona fisica è poi possibile

⁴ È la logica tradizionale (e persistente) dei sistemi di *common law* e in particolare di quello statunitense: v. J. ARLEN, *L'applicazione della legge penal-societaria negli Stati Uniti: l'uso delle transazioni per trasformare imprese potenzialmente criminali in tutori dell'ordine*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, p. 1 ss.; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 251 ss.; G. DE VERO, *op. cit.*, p. 19 ss.

⁵ Infatti la classica sanzione corporativa è rappresentata proprio da quella pecuniaria.

punire l'ente, così come le vicende concernenti la punibilità della persona fisica sono destinate a riflettersi su quelle dell'ente.

4.2. Il sistema punitivo antropomorfo.

La prospettiva antropomorfa pone al centro del sistema l'ente in quanto tale.

a) L'ente viene punito direttamente perché si muove dalla convinzione che autentico responsabile di un determinato reato non sia tanto la persona fisica che necessariamente l'ha realizzato, quanto piuttosto l'ente in quanto tale all'interno del quale opera il singolo individuo. In questa prospettiva, si potrebbe parlare di una responsabilità propria e autonoma dell'ente, risultando nella sostanza del tutto indifferente la responsabilità della persona fisica. Rispetto ad alcuni fenomeni criminosi, soprattutto se colposi e di ampia portata, vero responsabile non è tanto il singolo soggetto che si è trovato a svolgere funzioni apicali o subordinate nell'ente, ma l'ente in sé, sia perché le persone fisiche passano, mentre l'ente resta, sia perché, conseguentemente, è l'ente che finisce per essere il *dominus* complessivo dell'intera dinamica criminosa. Si pensi a fatti offensivi derivanti da comportamenti che si sono frammentati tra più soggetti sul piano organizzativo oppure temporale e che si sono protratti nel tempo o dispersi in più luoghi, causando eventi offensivi di grandi dimensioni⁶.

b) In questa prospettiva, l'ente è punito per esigenze retributive e di prevenzione generale: da un lato, si vuole renderlo responsabile per ciò che ha compiuto, dall'altro lato, si vuole punire l'ente responsabile di un reato affinché gli altri enti traggano la lezione e si astengano dal tenere identici comportamenti costituenti reati. Conseguentemente, la sanzione finisce per avere un contenuto afflittivo, che va ad incidere sugli interessi preminenti dell'ente, consistendo soprattutto in misure interdittive che incidono sullo svolgimento dell'attività propria di un determinato ente.

c) Per quanto riguarda la teoria generale del reato, la prospettiva antropomorfa determina una vera e propria rivoluzione concettuale e categoriale, in quanto si viene a configurare un reato che è proprio dell'ente. In particolare, da un lato, il difetto organizzativo costituisce la condotta dell'ente, mentre il reato realizzato dalla persona fisica è nella sostanza una condizione obiettiva di punibilità dalla cui verifica dipende per l'appunto la punibilità dell'ente.

d) Infine, è di tutta evidenza come nella concezione antropomorfa si rompa completamente il legame che intercorre tra la responsabilità dell'ente e quella della persona fisica, nel senso che la prima prescinde sia da qualsiasi accertamento della responsabilità della persona fisica, sia, conseguentemente, da qualsiasi vicenda punitiva concernente la persona fisica.

⁶ È la concezione più innovativa, definita anche olistica: v. per tutti G. DE VERO, *op. cit.*, p. 24 ss.; G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 159 ss.; V. MONGILLO, *op. cit.*, p. 123 ss.

4.3. Il sistema punitivo dualistico.

Nella concezione dualistica a giocare un ruolo significativo sono sia il singolo individuo che l'ente in quanto tale.

a) L'idea di fondo è che la stessa appartenenza del singolo a un ente costituisce un fattore che agevola la commissione di reati, in quanto il singolo si sente non solo deresponsabilizzato, sapendo che sta agendo a vantaggio di un interesse collettivo, ma anche spersonalizzato, sapendo che gode dell'anonimato derivante proprio dall'appartenenza all'ente. Dati questi presupposti, l'ente viene responsabilizzato per indurlo ad organizzarsi al proprio interno in modo tale da, se non escludere, quantomeno ridurre il rischio e quindi ostacolare la realizzazione di reati da parte dei singoli individui⁷.

b) Sul piano sanzionatorio, assume rilevanza soprattutto la funzione rieducativa/risocializzante della pena, nel senso che fine ultimo è quello di ricondurre l'ente ad avere una struttura organizzativa orientata al rispetto della legalità e alla penetrazione della stessa negli assetti e nella cultura dell'organizzazione, condizionando così anche le condotte delle persone fisiche che appartengono all'ente. Qui, come vedremo, si aprono scenari di un certo interesse, perché più che a punire retrospettivamente attraverso sanzioni afflittive, l'ordinamento è interessato a che l'ente si riorganizzi per evitare la commissione in futuro di ulteriori reati.

c) Per quanto riguarda la struttura del reato, prende forma l'idea di una sorta di "concorso di persone", per cui il reato che è stato realizzato viene visto come il frutto del concorso tra la persona fisica e l'ente, come se l'ente finisse per cooperare alla realizzazione del reato commesso dalla persona fisica attraverso la propria disorganizzazione sul piano della gestione del rischio-reato⁸.

d) Infine, in questa prospettiva si pongono problemi di rapporto tra responsabilità individuale e responsabilità dell'ente. Va da sé infatti che la persona fisica resta figura significativa. Ecco allora che si pone la questione della responsabilità dell'ente rispetto alla responsabilità del singolo, in una duplice prospettiva: da un lato, sul piano della necessità o meno di un accertamento della responsabilità del singolo; dall'altro lato, sul piano della operatività o meno rispetto all'ente degli istituti che possono incidere sulla punibilità del singolo: si pensi a istituti come la prescrizione del reato, la messa alla prova, la sospensione condizionale, etc.

⁷ È la concezione "intermedia" che sembra aver trovato spazio nel D.lgs. n. 231/2001. Cfr. G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 155 ss.; C.E. PALIERO, *op. cit.*, p. 196 ss.; V. MONGILLO, *op. cit.*, p. 159 ss.

⁸ Cfr. C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F. Palazzo (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 17 ss.; ID., *La colpa di organizzazione*, cit., p. 196 ss.

5. I fattori condizionanti la scelta tra i sistemi.

La scelta di quale sistema di responsabilità adottare all'interno di un determinato ordinamento dipende da molti fattori. Anzitutto, si deve riscontrare un collegamento tra tipo di sistema e tipo di ente esistente all'interno di una determinata realtà socio-economica. Ed infatti, più gli enti sono di piccole dimensioni e di minore consistenza organizzativa, più ha senso un modello di disciplina che valorizza il ruolo della persona fisica. Diversamente, in presenza di enti di grandi dimensioni, dove l'assetto organizzativo è contraddistinto da particolare complessità, non ci si può che orientare verso modelli che valorizzano l'organizzazione.

In secondo luogo, un certo collegamento intercorre anche tra modello di disciplina e tipo di criminalità. Si pensi alla distinzione tra criminalità dolosa e criminalità colposa, per cui rispetto alla prima risultano particolarmente funzionali il modello antropocentrico e quello dualistico, per ragioni che sono esattamente opposte: nella concezione antropocentrica, il dolo della persona fisica si combina perfettamente con il vantaggio che si persegue nei confronti dell'ente; mentre nella concezione dualistica, il modello organizzativo costituisce la trama normativa fisiologicamente orientata a porre ostacoli alla realizzazione dei comportamenti criminosi volontari. Rispetto alla criminalità colposa, invece, risultano particolarmente funzionali soprattutto i modelli che valorizzando l'organizzazione, vale a dire l'antropomorfo e il dualistico, ponendosi tuttavia la necessità di distinguere le cautele orientate all'attività e a ridurre il rischio di realizzazione dell'evento dalle regole che invece sono orientate ad ostacolare la vera e propria realizzazione dell'intero delitto colposo. D'altra parte, là dove la responsabilità dell'ente rispetto a reati colposi si radica sulla violazione delle regole cautelari orientate a impedire l'evento, si torna a valorizzare il ruolo della persona fisica e quindi nella sostanza si scivola addirittura verso il modello antropocentrico.

In terzo luogo, si pensi ai condizionamenti giuridici, sia sul piano dei principi, come anche della elaborazione concettuale delle categorie penalistiche. All'interno degli ordinamenti maggiormente pragmatici, che pongono attenzione più alle ricadute concrete che alle questioni giuridiche a volte caratterizzate da un certo astrattismo, si tende ad ispirarsi a modelli di disciplina basati sull'immedesimazione. Negli ordinamenti più "sostanziosi", invece, attenti ai principi e alle categorie, si pone un ineludibile problema di rispetto del principio di personalità della responsabilità penale riconfigurato alla luce della particolare struttura dell'ente, che quindi impone una valorizzazione dell'organizzazione e del difetto organizzativo.

Infine, non sono da trascurare ulteriori esigenze pratiche e a volte addirittura strumentali. Così, ad esempio, è noto come nella cultura penalistica nordamericana la grande attenzione dedicata ai modelli organizzativi non sia diretta all'imputazione, che spesso è risolta con i meccanismi della immedesimazione, ma operi in seconda battuta, e non solo e non tanto in sede di commisurazione, quanto piuttosto nell'ambito degli

accordi tra accusa e difesa, consentendo così nella sostanza un controllo e un'ingerenza pubblici sull'organizzazione degli enti⁹.

6. I sistemi che valorizzano l'organizzazione (antropomorfo e dualistico) e le alternative di disciplina.

Fondamentale osservare fin d'ora come, sul piano rigorosamente concettuale e non strumentale, mentre nella prospettiva antropocentrica non c'è alcuno spazio per l'organizzazione, nelle altre due prospettive risulta invece centrale la componente organizzativa. Ed è proprio quando, attraverso i sistemi antropomorfo e dualistico, si attribuisce rilevanza e rilievo all'organizzazione che si aprono alcune alternative di disciplina di grandissimo rilievo, le quali costituiscono la vera e propria cifra della responsabilità punitiva degli enti.

6.1. La colpa di organizzazione per minimizzare il rischio reato: tra cautelare e cautelativo.

Il primo concetto da chiarire è la colpa c.d. d'organizzazione, basata sul c.d. difetto organizzativo ovvero sulla mancata adozione o attuazione dei modelli organizzativi. Preliminarmente si deve precisare che la colpa di organizzazione non ha nulla a che vedere con la colpa consistente nella violazione delle regole cautelari orientate a porre vincoli all'esercizio di attività per contenere il rischio di verificazione degli eventi morte o lesione. Una colpa siffatta, proprio perché orientata a ostacolare gli eventi e attinente all'attività "produttiva" effettivamente capace di cagionare siffatti eventi è la colpa delle persone fisiche che agiscono per compiere tale attività.

Certo, in una prospettiva antropocentrica è ben possibile che la colpa delle persone fisiche, e in particolare delle persone fisiche che svolgono funzioni apicali, si ribalti sull'ente. Anche perché accanto alle regole cautelari orientate a impedire la verificazione degli eventi che riguardano direttamente la stessa attività dell'ente (regole cautelari dei subordinati), vi sono anche regole cautelari sempre orientate a ridurre i rischi di verificazione di eventi, ma che riguardano aspetti organizzativi e che quindi riguardano i vertici. Detto in altri termini, nelle realtà organizzate, le regole cautelari dirette a contenere il rischio di evento insito in una determinata attività si possono distinguere in quelle che riguardano direttamente l'attività "produttiva" dell'ente e quelle che invece sono – per così dire – di organizzazione dell'attività produttiva dell'ente, a supporto di tale attività¹⁰.

⁹ Cfr. J. ARLEN, *op. cit.*, p. 3 ss.; C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 80 ss.; FEDERICO MAZZACUVA, *L'ente premiato*, Torino, 2020, p. 159 ss.

¹⁰ C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 204 ss. distingue tra regole cautelari "di primo grado" e regole cautelari di "secondo grado"; la distinzione è ripresa anche da D. BIANCHI, *Gestione del rischio clinico e responsabilità penale dell'ente sanitario e dei suoi vertici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, in corso di pubblicazione, p. 24 del dattiloscritto, che parla di regole "operative" e regole "organizzative".

La colpa di organizzazione è cosa ben diversa, perché i modelli organizzativi non sono diretti a ridurre il rischio di verifica degli eventi offensivi, ma a ridurre il rischio di verifica dei reati e quindi di realizzazione di condotte criminose. Il punto è delicatissimo e di estremo rilievo. Anzitutto, perché appare evidente come la stessa capacità contenitiva del rischio di questi modelli sia caratterizzata da una – per così dire – intrinseca e fisiologica minore efficacia, potremmo dire “imprevedibilità”, tanto più se si è in presenza di reati dolosi: un conto è forgiare regole, oltretutto scientificamente fondate, per neutralizzare i rischi di verifica di un evento strettamente connesso ad attività esercitate e dominate da un determinato individuo; un conto è forgiare regole (modelli organizzativi), nella sostanza prive di una base scientifica, per neutralizzare i rischi di un comportamento criminoso di una persona fisica¹¹. Insomma, rispetto alla condotta umana, se da un lato si possono adottare i criteri di prevedibilità ed evitabilità tipici della colpa per l’evento delle persone fisiche, dall’altro lato, tali criteri devono essere riadattati al particolare oggetto. Inoltre, l’organizzazione dell’organizzazione non si può considerare una vera e propria attività “produttiva” capace di produrre eventi lesivi, per la semplice ragione che sussiste non solo una distanza, ma anche una teleologia decisamente diversa: l’organizzazione dell’organizzazione è orientata ad organizzare la stessa organizzazione dell’ente.

In secondo luogo, peculiare risulta la connessione che intercorre tra le regole finalizzate a ridurre il rischio di commissione del reato e il reato stesso. Proprio perché rispetto alla condotta umana criminosa le valutazioni di prevedibilità prognostica si fanno fisiologicamente molto più incerte ed evanescenti, risulta arduo poter dire che un determinato reato è il frutto della colpa di organizzazione.

Vero questo, si deve tuttavia osservare come vi siano due concetti di colpa di organizzazione, che se, da un lato, sono entrambi portati a relazionarla alla riduzione del rischio-reato e si fondano sulla violazione di regole, dall’altro lato, si basano su modalità di accertamento della colpa di organizzazione decisamente diverse: da un lato, v’è una colpa di organizzazione che viene concepita in modo simile alla colpa per la verifica dell’evento, tant’è vero che si parla di concezione cautelare della colpa di organizzazione, dove i modelli organizzativi sono sempre concepiti come finalizzati ad ostacolare la verifica del reato e quindi come regole comportamentali, ma l’accertamento della colpa di organizzazione assume come paradigma di riferimento quello della colpa per la realizzazione dell’evento; dall’altro lato, v’è una colpa di organizzazione che invece viene concepita in modo del tutto peculiare, tant’è vero che si parla di concezione cautelativa della colpa di organizzazione, dove lo stesso accertamento della colpa di organizzazione assume connotati peculiari.

In particolare, nella colpa di organizzazione cautelare, il giudice deve verificare non solo la mancata adozione o attuazione del modello organizzativo, ma anche

¹¹ Secondo C. PIERGALLINI, [Note in tema di prevenzione del rischio-corrruzione nel contesto societario](http://www.la legislazione penale.eu), in www.la legislazione penale.eu, 16 febbraio 2021, p. 2, «specie con riguardo al contenimento del rischio di commissione dei reati dolosi, le cautele (prevalentemente autonormate) esplicano di rado una funzione impeditiva [...] Esse assumono una funzione prevalentemente “frappositiva”, volta a rendere “disagevole” la consumazione del reato, “incidendo” sulle condotte prodromiche al suo avveramento».

l'idoneità del modello omesso secondo le sequenze procedurali tipiche dell'illecito colposo di evento, e cioè: individuazione della specifica regola cautelare che si assume violata; ricostruzione della c.d. causalità della colpa, con conseguente verifica di connessione tra l'evento-reato che si è verificato e lo scopo della regola cautelare; in terzo luogo, occorre verificare l'effettiva capacità impeditiva del modello organizzativo lecito; infine, si deve accertare la c.d. misura soggettiva della colpa, consistente nella concreta esigibilità del comportamento alternativo lecito¹². E' del tutto evidente come in questa prospettiva il reato sia concepito come una sorta di evento elemento costitutivo.

Diversamente, nella colpa di organizzazione cautelativa, il giudice compie una verifica che risulta necessariamente e inevitabilmente semplificata, proprio perché si parte dall'idea che rispetto a un reato non è possibile individuare un difetto organizzativo puntuale e specifico. La colpa di organizzazione cautelativa non implica una valutazione di puntuale idoneità dell'"organizzazione alternativa lecita", dovendosi piuttosto valutare anzitutto una "macroscopica" violazione consistente nella totale mancata adozione o nella totale mancata attuazione dei modelli organizzativi dalla quale si può far derivare una vera e propria responsabilità per la disorganizzazione, mentre se si è in presenza di una disorganizzazione "parziale", ciò che si può chiedere all'ente è soprattutto di riorganizzarsi, anche perché risulta per l'appunto difficile, se non impossibile, ricostruire una puntuale idoneità impeditiva del modello. Ed è di tutta evidenza come in questa prospettiva il reato non sia concepito come un elemento costitutivo, bensì, coerentemente, come una condizione obiettiva di punibilità¹³.

Vero questo, si deve osservare come orientare la colpa di organizzazione in un senso o nell'altro abbia un'altra conseguenza relevantissima non solo per l'accertamento della colpa, ma anche sul modo stesso di concepire la responsabilità dell'ente. Ed infatti, mentre la colpa di organizzazione cautelare si combina perfettamente con una responsabilità che guarda al passato e che nella sostanza rende l'ente responsabile per quanto ha contribuito a "realizzare", la colpa organizzativa cautelativa, invece, si combina con una responsabilità che guarda al futuro e che rende l'ente responsabile, non per il reato che si è verificato, ma per una mancata riorganizzazione nel senso della legalità riscontrata in virtù del reato che si è verificato. Il punto è davvero centrale e merita una trattazione a sé.

¹² V. per tutti C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 188 ss. Nella stessa prospettiva G. FIDELBO, *La valorizzazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in *Le società, Gli speciali*, 2011, p. 55 ss.; V. MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in questo Volume.

¹³ Cfr. F. MUCCIARELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche*, in C. PARODI (diretto da), *Diritto penale dell'impresa*, vol. II, Milano, 2017, p. 59 ss.

6.2. Il sistema sanzionatorio: tra reattività e premialità/reattività.

In particolare, là dove si valorizza la colpa di organizzazione e il difetto organizzativo, la seconda alternativa che si apre è tra un sistema sanzionatorio “reattivo”, orientato a rendere l’ente responsabile per il reato “commesso” e un sistema sanzionatorio non solo reattivo, ma anche, e potremmo dire prima ancora, premiale, volto cioè ad indurlo a rimediare al difetto organizzativo per rendere l’organizzazione conformata allo scopo ultimo di farvi penetrare la legalità¹⁴.

La responsabilità ha carattere reattivo allorché si tende a rendere l’ente responsabile per lo specifico reato realizzato: l’idea di fondo è che l’ente abbia concorso a cagionare l’evento/reato. Da qui la punizione dell’ente finalizzata a rendere l’ente responsabile per ciò che ha commesso.

Nella prospettiva reattiva e premiale opera invece una logica che non guarda tanto al passato e alla responsabilizzazione, ma nella sostanza al futuro e alla prevenzione. Poiché il reato si può considerare strettamente connesso alla disorganizzazione dell’ente solo se i modelli organizzativi non sono stati adottati o attuati, mentre non lo si può considerare tale in presenza della adozione e attuazione difettosa e lacunosa di modelli, in questa seconda circostanza il reato altro non è che l’occasione per andare a verificare l’assetto organizzativo dell’ente e là dove si riscontra che l’ente non è bene organizzato nel senso della legalità, si chiede all’ente di riorganizzarsi per il rispetto della legalità: se entro una determinata scadenza, l’ente si riorganizza, non è necessario che l’ente sia punito e quindi alla riorganizzazione segue il premio della non punibilità. Se però l’ente non si riorganizza nei tempi dovuti, allora scatta la punizione.

Vero tutto questo, si devono compiere tre considerazioni. Anzitutto, come già accennato, occorre rilevare come esista un legame strettissimo tra tipologie di colpa organizzativa (cautelare o cautelativa) e tipologie di sistema (reattivo oppure premiale-reattivo), per cui mentre nella prospettiva reattiva la colpa tende ad essere concepita in senso cautelare, nella prospettiva premiale la colpa non può che orientarsi in senso cautelativo.

Più precisamente, se la colpa di organizzazione è concepita come difetto organizzativo “cautelare” che in definitiva ha cooperato alla produzione dell’evento, la responsabilità dell’ente guarda verso il passato e tende ad accollare il reato, per cui il sistema opera per attribuire all’ente il reato e per sanzionarlo in virtù della responsabilità che l’ente ha nella produzione/mancato impedimento dell’evento. Se invece la colpa di organizzazione è concepita come difetto organizzativo cautelativo, concernente la stessa organizzazione legale dell’ente, è difficile parlare di una vera e propria responsabilità reattiva in quanto alla fin fine l’ente non ha concorso alla produzione dell’evento, ma il reato è occasione per verificare la disorganizzazione, con

¹⁴ C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 535 ss.

la conseguenza che, una volta accertati difetti organizzativi, l'ente è responsabile se omette di organizzarsi in termini legali.

In secondo luogo, si deve osservare come la colpa di organizzazione cautelativa apra a un'idea di responsabilità davvero del tutto nuova e originale, consistente nella sostanza nella creazione di un percorso dialogico tra l'ente e lo Stato finalizzato alla riorganizzazione in termini di legalità per il futuro, per cui se l'ente si riorganizza, non si punisce, mentre la punizione scatta in presenza della mancata disponibilità a riassetarsi. Insomma, nella prospettiva cautelativa e premiale, proprio perché non è possibile collegare in modo rigoroso un reato ai difetti organizzativi, in presenza di difetti organizzativi si tende a indurre l'ente a riorganizzarsi, con la conseguenza che il vero e proprio illecito dell'ente non consiste nella commissione del reato, ma piuttosto nella mancata riorganizzazione la cui esigenza è emersa a seguito del reato, potendosi a ben vedere distinguere due ipotesi molto diverse: quella della totale disorganizzazione, che giustifica una reazione e quindi una punizione immediata, e quella della difettosa organizzazione che invece fa scattare una logica premiale, rispetto alla quale il vero illecito dell'ente consiste nella mancata riorganizzazione, nel senso che una eventuale punizione a chiusura del sistema potrà scattare soltanto se l'ente non si riorganizza.

Infine, si deve osservare come soprattutto la logica premiale apra a peculiari e consistenti rischi di strumentalizzazione della responsabilità dell'ente, che ancora una volta si possono ben comprendere attraverso una comparazione con ciò che accade riguardo alla responsabilità dell'individuo. Da un lato, si deve ricordare che mentre il procedimento motivazionale e la personalità umani, in quanto dimensioni interiori, sono inconoscibili, l'assetto organizzativo di un ente orientato al rispetto e alla penetrazione nello stesso della legalità risultano invece conoscibili, ed è proprio per questa ragione che riguardo all'ente si tende ad ammettere una premialità che passa dalla ristrutturazione dell'assetto organizzativo nel senso della legalità.

Dall'altro lato, si deve osservare che mentre nel diritto penale umano gli istituti reattivi premiali hanno contenuti sanzionatori ben determinati, che possono essere predefiniti e il cui adempimento/inadempimento può essere verificato *ex post*, nel diritto penale degli enti, consistendo in un generico riassetto organizzativo, l'attività necessaria per determinare l'estinzione del reato tende a non essere preliminarmente prestabilita con la conseguenza che la verifica *ex post* risulta essere alquanto incerta e priva di parametri predefiniti per sottoporla a sua volta a un controllo razionale.

Ebbene, se tutto questo è vero, ci si deve rendere conto che rispetto agli enti si pone un grandissimo rischio di strumentalizzazione, in quanto lo Stato finisce per ingerirsi nella personalità dell'ente e per compiere una valutazione problematicissima per determinatezza, prevedibilità e controllabilità.

6.3. I rapporti tra responsabilità individuale e responsabilità dell'ente: tra dipendenza e autonomia.

La terza e ultima, ma non ultima per importanza, alternativa che apre quando si valorizza l'organizzazione, è il rapporto che intercorre tra la responsabilità/individuazione dell'uomo e la responsabilità dell'ente. Da un lato, si può prescindere dalla persona fisica e ciò accade soprattutto se la disciplina si ispira a una concezione antropomorfa, per cui si può fare a meno del tutto del ruolo della persona fisica e quindi anche della sua responsabilità. Dall'altro lato, si può restare ancorati alla persona fisica, e in questa prospettiva si muove la concezione dualistica, in virtù della dialettica che intercorre tra persona fisica ed ente.

In particolare, con riferimento alla prospettiva dualistica si possono distinguere due problematiche ulteriori. Anzitutto, si pone il problema dell'identificazione della persona fisica autrice del reato e quindi dell'accertamento della responsabilità della persona fisica: per rendere un ente responsabile è necessario accertare la responsabilità della persona fisica che ha commesso il reato oppure è sufficiente un accertamento diverso, meno "impegnativo" e più "semplificato", e cioè che un reato sia stato realizzato all'interno dell'ente da una persona che risulta appartenere alla struttura anche se non si è in grado di identificarla?

In secondo luogo, si pone il problema se gli istituti che possono condizionare la punibilità della persona fisica possano operare anche rispetto all'ente¹⁵. Si pensi all'ipotesi in cui una riparazione del danno da parte della persona fisica possa estinguere il reato: l'effetto estintivo si estende anche all'ente?

A ben vedere, molto dipende dalla *ratio* della singola causa estintiva che viene in gioco. Così, ad esempio, è indubbio che l'istituto della prescrizione risponda a logiche molto diverse a seconda che si riferisca al reato realizzato dalla persona fisica oppure dall'ente, per cui se rispetto alla persona fisica il decorso del tempo può determinare un allentamento del legame che intercorre tra il singolo individuo e il reato, rispetto all'ente le cose stanno in termini decisamente diversi, proprio perché il legame che intercorre tra l'ente e il reato finisce per andare al di là di quello della persona fisica, in ragione del fatto che mentre le persone fisiche che appartengono all'ente "passano", l'ente invece permane¹⁶.

Diversamente, vi sono istituti, come ad esempio le condotte riparatorie previste per alcuni reati di parte speciale (si pensi ai reati tributari), che hanno una *ratio* fortemente oggettiva e compensativa, per cui non si vedono ragioni per escludere l'operatività anche nei confronti dell'ente, anche perché spesso è proprio l'ente che realizza effettivamente quelle condotte al posto della persona fisica¹⁷.

¹⁵ C. PIERGALLINI, *op. cit.*, p. 540 ss.

¹⁶ G. DE VERO, *op. cit.*, p. 256, ritiene «tutt'altro che irragionevole una valutazione politico-legislativa del legislatore ordinario intesa a riconoscere all'interesse punitivo nei confronti della persona giuridica una diversa, e nella specie maggiore 'resistenza' al trascorrere del tempo».

¹⁷ Secondo F. GIUNTA, *L'ente non punibile. Prendendo spunto dall'evasione fiscale riparata*, in www.discrimen.it, 5 ottobre 2020, p. 5, «le cause di non punibilità oggettive, che attengono alle modalità della condotta e al

Infine, vi sono istituti in cui invece il coinvolgimento della persona fisica è così significativo, che non avrebbe senso ribaltare la loro operatività sull'ente, mentre sarebbe possibile e auspicabile prevedere una disciplina che possa riconfigurare l'istituto calibrandolo sulle specifiche esigenze dell'ente. Si pensi all'istituto della messa alla prova, rispetto al quale non avrebbe senso una estinzione della responsabilità dell'ente là dove sia stata la persona fisica a compiere la prova, mentre si potrebbe pensare a una messa alla prova specificamente prevista per l'ente, incrementando così ulteriormente il momento del dialogo tra ente e Stato in una prospettiva cautelativa e premiale¹⁸.

7. Il sistema vigente: punti fermi, ambiguità, contraddizioni.

Venendo alla disciplina contenuta nel sistema 231, occorre distinguere tra i criteri di imputazione disciplinati dagli artt. 5-8 e il tipo di responsabilità dell'ente adottato, il quale si ricava soprattutto dalla disciplina complessiva del sistema sanzionatorio.

In estrema sintesi, si può dire che, stando rigorosamente alla lettera della legge, sia i criteri che l'impianto sanzionatorio risentono di una ambiguità di fondo, in quanto mentre i criteri di imputazione si ispirano in parte a una concezione antropocentrica e in parte a una concezione dualistica, l'impianto complessivo risponde invece in parte a una logica reattiva e in parte a una logica premiale.

In particolare, per quanto riguarda i criteri di imputazione, alla concezione antropocentrica risponde sicuramente l'art. 5 che disciplina il criterio di imputazione oggettiva¹⁹. E ciò si ricava non tanto dalla richiesta di un legame strutturale tra la persona fisica e l'ente – legame che, a dire il vero, deve sempre sussistere quale che sia il modello di sistema adottato –, quanto piuttosto dalla richiesta di un legame funzionale consistente nella circostanza che la persona fisica deve aver agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Insomma, è proprio della concezione antropocentrica richiedere un legame teleologico tra il reato realizzato dalla persona fisica e l'ente, mentre nelle altre prospettive che valorizzano il difetto di organizzazione non v'è alcuna ragione per limitare la responsabilità di un ente alle ipotesi in cui il reato produca vantaggi per esso. Ciò è tanto vero che, sul piano della prassi, si è assistito a un'evoluzione ermeneutica di progressiva oggettivizzazione del legame funzionale²⁰, che ha coinciso con la progressiva valorizzazione della colpa di organizzazione.

piano dell'offesa, [...] non possono non operare nei confronti dell'ente».

¹⁸ V. G. FIDELBO – R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un itinerario possibile*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, p. 3 ss. In giurisprudenza, cfr. Trib. Modena, sent. 11 dicembre 2019; Trib. Modena, sent. 21 settembre 2020.

¹⁹ Per una ricostruzione complessiva delle problematiche relative all'art. 5, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Il criterio di imputazione oggettiva*, in G. Lattanzi – P. Severino (a cura di), *La responsabilità degli enti*, vol. I, *Diritto sostanziale*, Torino, 2020, p. 171 ss.

²⁰ Cass. pen., n. 49775/2019; Cass. pen., n. 43656/2019; Cass. pen., n. 29538/2019; Cass. pen., n. 16598/2019; Cass. pen., n. 38363/2018.

Gli artt. 6 e 7, relativi alla imputazione soggettiva, sembrano ispirarsi invece a una concezione dualistica, in considerazione del fatto che viene attribuita rilevanza al difetto organizzativo e quindi alla colpa di organizzazione. D'altra parte, a ben vedere, per quanto riguarda la responsabilità da reato commesso da apicale prevista dall'art. 6, la lettera della legge valorizza notevolmente la persona fisica, sia perché la disciplina è costruita più come una scusante che come un vero e proprio criterio di imputazione; sia in virtù dell'inversione dell'onere della prova; sia perché si richiede che la persona fisica abbia eluso fraudolentemente i modelli, potendosi parlare addirittura di un esito finale che si basa su una vera e propria immedesimazione che rende molto arduo dimostrare l'irresponsabilità dell'ente: anche perché chi ha eluso fraudolentemente i modelli è più probabile che abbia agito nel proprio esclusivo interesse che nell'interesse dell'ente²¹. Leggermente diversa la disciplina prevista per la responsabilità dell'ente da reato commesso da subordinati, visto che, sempre stando alla lettera della legge, l'inosservanza degli obblighi di direzione su cui si radica la responsabilità dell'ente (colpa di organizzazione cautelare) è esclusa dall'adozione e attuazione dei modelli organizzativi (colpa di organizzazione cautelativa).

Al di là della lettera, nella prassi si sono affermate interpretazioni che tendono ad attribuire rilevanza al difetto organizzativo anche rispetto all'art. 6²². Si apre così il problema del modo di concepire la colpa di organizzazione rispetto a reati realizzati dagli apicali. Ebbene, si deve osservare come, soprattutto in presenza di reati colposi, la tendenza della giurisprudenza sia addirittura a ribaltare la colpa della persona fisica per l'evento sull'ente e da qui a identificare la colpa di organizzazione con la colpa per l'evento propria delle persone fisiche in posizione apicale²³. Quando invece si apre ad una vera e propria colpa di organizzazione per il reato, la difesa degli imputati si rifugia spesso nel concepirla come colpa di tipo cautelare, richiedendosi un vero e proprio metodo di accertamento analogo a quello che caratterizza la colpa per gli eventi: individuazione specifica della regola violata, causalità della colpa, idoneità del comportamento alternativo lecito, esigibilità del comportamento dovuto. Ed è proprio qui che si pongono i maggiori problemi di coerenza sistematica dell'intero sistema 231, perché questo modo di concepire la colpa di organizzazione si concilia perfettamente con un sistema sanzionatorio reattivo, mentre, come vedremo tra poco, tale sistema è congegnato in termini non soltanto reattivi, ma anche premiali e quindi come sistema che si concilia con una colpa di organizzazione pensata in termini cautelativi. Ecco allora che sono da apprezzare quelle recenti sentenze che a nostro avviso hanno iniziato a valorizzare la colpa di organizzazione in termini cautelativi²⁴.

Infine, l'art. 8 è una disposizione che, sempre nella prospettiva dualistica, cerca di risolvere il problema del rapporto tra responsabilità della persona fisica e quella dell'ente conservando margini di autonomia alla seconda rispetto all'identificazione e

²¹ Sul problematico requisito dell'elusione fraudolenta v. A. F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013.

²² Cass. pen., Sez. Un., n. 38343/2014.

²³ Cass. pen., n. 29585/2020; Cass. pen., n. 13575/2020.

²⁴ Cass. pen., n. 3731/2020; Cass. pen., n. 43656/2019; Cass. pen., n. 29538/2019.

gli istituti di non punibilità operanti per la persona fisica, ma ponendosi ancora una volta non pochi problemi di coerenza sistematica. Ed infatti non è soltanto l'art. 5 che nel richiedere un legame funzionale tra l'autore del reato e l'ente impone di individuare il primo, ma anche la distinzione dei criteri di imputazione soggettiva a seconda che si tratti di reato commesso da apicale (art. 6) o subordinato (art. 7) costringe comunque a fare i conti con l'individuazione della persona fisica. Vero è che nella prassi, la giurisprudenza ha tentato addirittura letture antropomorfe mediante un'interpretazione estensiva dell'art. 8, diretta a prescindere non solo dalla identificazione, ma anche dalla stessa individuazione della persona fisica²⁵, tentativi tuttavia stoppati dalla Cassazione²⁶.

Per quanto riguarda il sistema sanzionatorio, da un lato, c'è una logica reattiva indefettibile, connessa alla pena pecuniaria; dall'altro lato, c'è una logica reattivo-premiale, relativa alle sanzioni interdittive, per cui se entro una certa scadenza l'ente si riorganizza, le sanzioni interdittive non si applicano, venendo invece applicate se l'ente non si riorganizza²⁷. Sotto quest'ultimo profilo, le norme chiave sono offerte dall'art. 17, per cui le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'azione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; dall'art. 49, relativo alla sospensione delle misure cautelari, per cui le misure cautelari possono essere sospese se l'ente chiede di poter realizzare gli adempimenti cui la legge condiziona l'esclusione delle sanzioni interdittive a norma dell'art. 17; dall'art. 78, che disciplina la conversione delle sanzioni interdittive, per cui l'ente che ha posto in essere tardivamente le condotte di cui all'art. 17, entro venti giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza, può richiedere la conversione della sanzione amministrativa interdittiva in pena pecuniaria.

L'impianto complessivo tende quindi con notevole forza verso una prospettiva che dovrebbe valorizzare la colpa di organizzazione cautelativa, in contrasto però, come abbiamo visto, con la tendenza della prassi a ricostruirla in termini di colpa di evento o della elaborazione scientifica a ricostruirla in termini cautelari: si tratta, forse, lo ribadiamo, della maggiore contraddizione del sistema.

8. Quale futuro per la responsabilità degli enti?

La responsabilità degli enti necessita ormai di una riforma²⁸. D'altra parte, la maggiore certezza richiesta dalle imprese non si può ottenere irrigidendo il sistema,

²⁵ Cass. pen., n. 20060/2013.

²⁶ Cass. pen., n. 28210/2020; Cass. pen., n. 28299/2015. Cfr. inoltre F. D'ARCANGELO, *La responsabilità dell'ente per reato commesso da autore ignoto*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2017, p. 21 ss.

²⁷ Unitamente alla riorganizzazione mediante adozione *post factum* del Modello sono richiesti anche la riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, il risarcimento del danno e la messa a disposizione del profitto ai fini della confisca.

²⁸ F. CENTONZE – MASSIMO MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016; C. PIERGALLINI, *La "maggiore età" della responsabilità dell'ente: nodi ermeneutici e*

per cui se l'ente adotta e attua determinati modelli "preconfezionati", la responsabilità è sempre e necessariamente esclusa: si tratterebbe di una scelta oltretutto disfunzionale rispetto alle esigenze responsabilizzanti, simile a quella che è stata ideata per la colpa medica attraverso la valorizzazione dell'adozione delle linee guida, ma che ha creato soltanto disastri e addirittura maggiori incertezze. Vero è che una maggiore determinatezza agevolerebbe i compiti di accertamento anche del difetto organizzativo in una prospettiva cautelativa, ma ciò non sarebbe a nostro avviso ancora sufficiente²⁹.

A ben vedere, la maggior certezza passa proprio non solo da un ripensamento delle regole di imputazione e del sistema sanzionatorio, ma anche da una riconduzione a coerenza di questi due apparati. Sotto il primo profilo del ripensamento, riguardo alle regole di imputazione, si potrebbe eliminare il legame teleologico/funzionale dall'art. 5, nella sostanza già neutralizzato dalla prassi applicativa, allorquando si è dovuto fare i conti con i reati colposi. In secondo luogo, si potrebbe eliminare la distinzione tra criteri di imputazione soggettiva all'ente a seconda che si tratti di apicali e subordinati, prevedendo soltanto una responsabilità per difetto organizzativo. Ed ancora, si potrebbe riscrivere l'art. 8 ampliando le ipotesi in cui può esserci una maggiore dipendenza tra la non punibilità della persona fisica e la non punibilità dell'ente e ricalibrando istituti di non punibilità sull'ente.

Sul piano del ripensamento del sistema sanzionatorio, risulta anzitutto fondamentale distinguere tra mancata adozione e mancata attuazione, riconoscendo l'operatività di una logica premiale soltanto per quest'ultima ipotesi. In secondo luogo, proprio per potenziare la certezza e il dialogo tra ente e Stato si potrebbe prevedere l'istituto della messa alla prova calibrato sull'ente, generando anche maggiore certezza in ordine alle pretese di riorganizzazione dell'ente.

Sotto il secondo profilo della configurazione di un sistema coerente nel complesso, una eventuale riforma dovrebbe essere in grado di delineare un legame indissolubile tra colpa di organizzazione concepita in termini cautelativi e sistema sanzionatorio concepito in termini reattivo-premiali. Insomma, da un lato, al momento del procedimento contro l'ente si deve ragionare in termini di colpa cautelativa e quindi nella sostanza, posto che l'ente deve aver adottato e attuato il modello, verificare se quel modello può essere ulteriormente implementato: insomma, il reato è l'occasione per verificare l'assetto organizzativo in termini di legalità. Dall'altro lato, si deve aprire alla dimensione premiale, magari appunto con il supporto della messa alla prova riadattata all'ente e concepita come fase riorganizzativa. Insomma, a seguito di totale mancata adozione o attuazione del modello, l'ente dovrebbe essere punitivo. A seguito di parziale mancata adozione o attuazione del modello, l'ente dovrebbe essere messo alla prova per la riorganizzazione, con la conseguenza che se si riorganizza, la responsabilità si estingue in una logica premiale, mentre se non si riorganizza deve essere punito.

pulsioni di riforma; D. 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*, 4/2018, p. 159 ss.

²⁹ Per una valorizzazione della positivizzazione dei protocolli cautelari orientati sulle *best practices*, C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, parte II, in *Cass. pen.*, 2013, p. 865 ss.

In termini più ampi e anche maggiormente pragmatici, ma al momento soltanto in sede scientifica, si dovrebbe aprire una riflessione se non si debba distinguere a seconda della tipologia di reato, doloso o colposo, e all'interno dei colposi, a seconda che si tratti di reati di evento o di mera condotta, per cui, mentre rispetto ai reati dolosi la colpa di organizzazione non potrebbe che essere cautelativa, nei reati colposi si potrebbe addirittura pensare a una responsabilità dell'ente per immedesimazione, dove la colpa per l'evento della persona fisica si ribalta sull'ente, dovendosi osservare come forse una logica premiale, non escludente, ma soltanto riduttiva della responsabilità, potrebbe ancora permanere per la violazione delle regole cautelari da parte dei vertici (colpa di evento per difetto organizzativo), come del resto avviene di già per le contravvenzioni nell'ambito della sicurezza nei luoghi di lavoro. Insomma, adottare prima della condanna le regole cautelari che hanno prodotto l'evento e sono state violate dai vertici, potrebbe giustificare una diminuzione della pena per l'ente.

9. Cenni alla necessità di una riconfigurazione della parte speciale.

La responsabilità degli enti incide anche sulla configurazione dei reati. Si tratta di un profilo non ancora messo bene in evidenza e indagato, ma di grande rilievo. Così, ad esempio, difficile ipotizzare una responsabilità degli enti per i reati associativi di stampo mafioso, per la semplice ragione che, allorquando all'interno di un ente si pratica un metodo mafioso, automaticamente l'ente diviene un ente nella sostanza illecito, con la conseguenza che ad un ente illecito non si applica la disciplina del sistema 231, visto che proprio l'art. 16, comma 3, prevede che "se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione a quali è prevista la sua responsabilità, è sempre disposta l'interdizione definitiva dall'esercizio delle attività e non si applicano le disposizioni previste dall'art. 17". Le cose stanno diversamente per l'associazione per delinquere, dove esistono ampi margini per differenziare tra scopi leciti e scopi illeciti, tant'è vero che in tali ipotesi si pone soprattutto un problema di possibile qualificazione dell'attività di coloro che hanno operato nell'associazione per delinquere in termini di attività ad esclusivo interesse proprio³⁰.

Ed ancora, per quanto riguarda l'autoriciclaggio si pongono problemi strutturali a sé stanti, visto che, rispetto all'ente, la condotta di chi ha commesso il reato presupposto e quella di chi compie l'operazione sul provento illecito possono essere riferite anche a persone fisiche diverse, essendo invece necessario che entrambi appartengano all'ente. E potremmo continuare per molto ancora: insomma, la stessa struttura del reato di parte speciale muta nel momento in cui viene riferito all'ente e i singoli elementi costitutivi non possono che essere ricostruiti riadattandoli all'ente.

³⁰ Cass. pen., n. 38243/2018; Cass. pen., n. 41768/2017.