



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

LA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI
NEL CONTESTO DELLE COOPERATIVE
AGRICOLE E VITIVINICOLE

Atti del Convegno
Trento, 2 dicembre 2022

a cura di
ALESSANDRO MELCHIONDA
ENRICO PEZZI

2023



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

68

2023

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* interno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2023
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-5541-022-9
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS -
Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons
Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.
Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea
per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli
con ISBN 979-12-5976-723-3

Luglio 2023

LA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI
NEL CONTESTO DELLE COOPERATIVE
AGRICOLE E VITIVINICOLE

Atti del Convegno
Trento, 2 dicembre 2022

a cura di
ALESSANDRO MELCHIONDA
ENRICO PEZZI

Università degli Studi di Trento 2023

Il presente volume è pubblicato nell'ambito del progetto
“MOG 231 e società cooperative.
Studio e analisi dei processi di creazione e validazione
dei modelli di *compliance* per la prevenzione di reati”
finanziato dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Trento e Rovereto
e da Federazione Trentina della Cooperazione
(bando post-doc 2020).



INDICE

	Pag.
Alessandro Melchionda <i>La responsabilità da reato degli enti e le peculiarità delle società cooperative nel settore agricolo e vitivinicolo. Le ragioni di una ricerca</i>	1
Vincenzo Mongillo <i>Struttura e funzione della responsabilità da reato dell'ente collettivo: potenzialità, limiti e prospettive.....</i>	11
Danilo Galletti <i>Modelli e assetti nel diritto moderno dell'impresa</i>	39
Giuseppe D'Onza <i>La valutazione dell'attività dell'organismo di vigilanza 231: un approccio economico-aziendale.....</i>	67
Pasquale Profiti <i>D.lgs. n. 231/2001: il profitto diretto del reato nei confronti dell'ente e della persona fisica.....</i>	83
Enrico Pezzi <i>L'integrazione del Modello 231 con i regolamenti mutualistici nelle cooperative agricole di conferimento.....</i>	93
Marco Grotto <i>La Costruzione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo nelle società cooperative di conferimento. Spunti di riflessione</i>	113

INDICE

	Pag.
Roberto Bertuol	
<i>Cooperative agricole e vitivinicole. Alla ricerca di una specificità nel sistema 231</i>	133
Cinzia Catrini	
<i>Modello 231 nel settore agro-alimentare. Verso una compliance integrata</i>	149

STRUTTURA E FUNZIONE DELLA RESPONSABILITÀ DA REATO DELL'ENTE COLLETTIVO: POTENZIALITÀ, LIMITI E PROSPETTIVE

Vincenzo Mongillo

SOMMARIO: 1. *Cambiamenti epocali del diritto penale. Il congedo dal* *societas delinquere non potest*. 2. *I destinatari del decreto 231 e il problema* *della piccola impresa*. 3. *L'evoluzione degli apparati e degli scopi sanzionato-* *ri. L'inedito dinamismo del sistema*. 4. *L'illecito dell'ente: dalla missione alla* *struttura*. 5. *La questione della carente determinatezza delle cautele organiz-* *zative doverose*. 5.1. *Le possibili soluzioni*. 6. *Qualche notazione de lege* *ferenda sul sistema sanzionatorio 231*. 7. (Segue) *e sul diritto processuale del-* *l'ente*. 8. *Postilla conclusiva*.

1. Cambiamenti epocali del diritto penale. Il congedo dal societas delinquere non potest

La premessa di queste riflessioni è una considerazione oggi ampiamente condivisa: l'incremento del crimine d'impresa nell'epoca in cui viviamo, frutto anche delle dinamiche economiche globali, ha scosso e profondamente mutato gli equilibri interni ai nostri impianti penalistici.

In effetti, i settori dell'ordinamento penale e di quella che chiamiamo la dommatica penale in cui si sono registrati cambiamenti più profondi, anche di forme sanzionatorie, riguardano il controllo penale dei fenomeni economico-imprenditoriali patologici. L'obiettivo di fondo è evitare distorsioni del mercato e l'accumulo di ricchezze illecite; appare eloquente la proliferazione e la crescita applicativa esponenziale delle molteplici tipologie di sequestri e confisci di cui è disseminato l'ordinamento.

Uno di questi sovvertimenti epocali ha riguardato i *soggetti del diritto penale* e si è tradotto nel congedo da un dogma secolare, il *societas delinquere non potest*. Di fronte a una consolidatissima tradizione an-

tropocentrica, la scelta del legislatore italiano, con il d.lgs. n. 231/2001, è stata quella di ammettere una soggettività criminale plurima e così l'ingresso degli enti collettivi – in particolare le imprese societarie – tra le “persone” che possono rispondere per la commissione di un reato, sebbene in questo caso la relativa responsabilità sia stata etichettata come “amministrativa”.

2. I destinatari del decreto 231 e il problema della piccola impresa

Com'è noto, il *novum* si applica, in modo onnicomprensivo, «agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica» (art. 1, co. 2). Pertanto, i soggetti che possono essere dichiarati responsabili della commissione dei reati sono sia le persone giuridiche, sia gli enti di fatto o privi di personalità giuridica. Il tradizionale diaframma tra questi due emisferi del pianeta delle entità collettive è stato così superato.

Sono esclusi dall'ambito applicativo del decreto 231 solo lo Stato, gli altri enti territoriali, gli enti pubblici non economici e gli organismi che svolgono funzioni di rilevanza costituzionale (per esempio, partiti politici, sindacati). Non sono escluse, invece, le società pubbliche e, sul piano dimensionale, gli enti di minori.

Tra tutti i destinatari del decreto, i problemi maggiori sono posti, ovviamente, dalle piccole e medie imprese, perché in queste realtà più elementari non è agevole distinguere il centro d'imputazione collettiva da un lato e la persona fisica che agisce od omette dall'altro. Inoltre, è assai più arduo che attecchisca la filosofia della *compliance* promossa dal d.lgs. n. 231/2001.

Tuttavia, tenuto conto anche di una realtà imprenditoriale come quella italiana, composta per più del 95% da microimprese e per il 99% da micro e piccole aziende, non pare appropriata un'esonazione secca dal campo applicativo del d.lgs. n. 231/2001 delle organizzazioni di minori dimensioni.

Si aggiunga, a conferma, che se è certo più difficile separare la volontà del singolo dalla *policy* dell'ente nelle piccole realtà imprenditoriali, ciò non è necessariamente impossibile.

Peraltro, anche dal punto di vista politico-criminale, non appare opportuno rinunciare *in toto* a qualsiasi reazione sanzionatoria. Basti pensare alla confisca del profitto illecito: perché rendere una piccola entità economica immune dalla funzione riequilibratrice che è in grado di assicurare l'ablazione dei benefici economici illecitamente incamerati attraverso il reato? Anche a voler applicare il discutibile principio – invalso nella giurisprudenza italiana – della solidarietà tra ente e individuo colpevole nel recupero del profitto ottenuto *contra ius*, non è detto che la persona fisica abbia la medesima capienza economica dell'ente imprenditoriale.

Ci sembra preferibile – come abbiamo suggerito in altra sede – un sistema che consenta di calibrare il giudizio di esigibilità oggettiva e soggettiva delle cautele rivolte alla prevenzione del rischio reato anche sul grado di sviluppo organizzativo dell'ente e altresì l'introduzione, sul piano del *sentencing*, di un principio flessibile di *compensazione* tra le pene applicate agli individui e alle realtà societarie minori, sul modello – ma con opportuni correttivi, per contenere le incertezze insorte nel contesto spagnolo – del principio di *modulación* obbligatoria delle pene pecuniarie irrogabili alla persona fisica e alla persona giuridica, fissato dall'art. 31-ter, co. 1, del codice penale spagnolo¹.

Ad ogni modo, osservando la concreta esperienza giudiziaria e le reali prassi delle Procure italiane, non emerge alcuna riluttanza a perseguire anche piccole imprese, con l'unica eccezione delle società con unico socio. Le prime statistiche giudiziarie elaborate nell'ambito di un progetto coordinato dal CNPDS rivelano che una consistente fetta delle società sottoposte a procedimento 231 e condannate sono di modeste dimensioni, chiamate a rispondere in buona parte di delitti in materia ambientale o di infortuni sul lavoro.

Del resto, neppure la giurisprudenza di legittimità ha mai contestato l'astratta sussumibilità di tutte le imprese societarie, pubbliche o private, nella fattispecie di responsabilità da illecito dipendente da reato. La

¹ Cfr. V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, p. 250 ss., 481 ss. Più di recente, approfonditamente, sui problemi di imputazione e sanzionatori posti dalle piccole imprese, V. MONGILLO, *Ai confini della responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001: la sfida della compliance penale negli enti imprenditoriali di piccole dimensioni*, in *Leg. pen.*, in corso di pubblicazione.

Cassazione si è peritata solo di escludere le ditte individuali, in linea con la *littera legis* riferita ai soli enti collettivi².

Qualche problema interpretativo maggiore si è posto solo per le *società unipersonali*. Di recente, la Cassazione ha ritenuto di dover comunque tenere separate queste realtà dalle imprese individuali, in quanto pur sempre soggetti giuridici autonomi, dotati di un proprio patrimonio e formalmente distinti dalla persona fisica dell'unico socio: di qui la loro astratta assoggettabilità alla disciplina dettata dal d.lgs. n. 231/2001. Al contempo, però, la S.C. ha chiarito che, ai fini dell'accertamento della responsabilità dell'ente, occorre verificare se sia individuabile un interesse sociale realmente distinto da quello dell'unico socio, tenendo conto dell'organizzazione della società, dell'attività svolta e delle dimensioni dell'impresa, nonché dei rapporti tra socio unico e società³.

3. L'evoluzione degli apparati e degli scopi sanzionatori. L'inedito dinamismo del sistema

L'altro cambiamento radicale ha riguardato gli *apparati sanzionatori* destinati all'ente collettivo, le organizzazioni che possono delinquere o essere contaminate da reati o dall'attività di organizzazioni criminali.

² Cass. pen., sez. VI, 22 aprile 2004, n. 18941, in *Cass. pen.*, 2004, 4046 ss., con nota di P. DI GERONIMO, il quale ha auspicato *de iure condendo* di ricondurre all'orbita del d.lgs. 231/2001 almeno le imprese individuali caratterizzate da complessità organizzativa tale da permettere una scissione tra l'autore del reato e il titolare dell'impresa che ottiene un vantaggio illecito (p. 4050). Di recente, nella giurisprudenza di merito, nello stesso senso, Trib. Ravenna, 24 maggio 2021 (dep. 7 giugno 2021), n. 1056. Appare, dunque, frutto di mera svista il *dictum* di un'altra pronuncia della terza sezione della Corte regolatrice (n. 15657 del 15 dicembre 2010), rimasta del tutto isolata, secondo cui «le norme sulla responsabilità da reato degli enti si applicano anche alle imprese individuali, che devono ritenersi incluse nella nozione di ente fornito di personalità giuridica utilizzata dall'art. 1, comma secondo, d.lgs. n. 231 del 2001 per identificare i destinatari delle suddette disposizioni».

³ Cass. pen., sez. VI, 6 dicembre 2021, n. 45100, in *Giur. it.*, 2022, p. 1727 ss. con nota di R. SABIA.

È intuitiva la *ratio* di questa evoluzione, perché se l'obiettivo è applicare delle sanzioni a soggetti privi di sostrato psico-fisico, occorre necessariamente innovarne le fattezze.

Nel composito elenco racchiuso nel d.lgs. 231 figurano, così, la sanzione pecuniaria, la confisca, varie sanzioni interdittive, la pubblicazione della sentenza di condanna (cfr. art. 9).

Una grande trasformazione ha investito, però, anche le *dinamiche sanzionatorie*, quindi la dimensione *in action* del sistema, distanziandolo dalla sequenza logica classica del diritto penale, quella reato-pena, che per molto tempo ha rappresentato la nostra unica postura mentale. Nella visione tradizionale, com'è noto, la pena, come risposta monistica ai fenomeni criminali, è per sua natura rigida⁴. Al reato deve necessariamente corrispondere – quale negazione del delitto e dunque riaffermazione del diritto – una pena o, più in generale, una sanzione penale, se annoveriamo in questa nozione anche le misure di sicurezza. È il sistema tradizionale basato sul binomio legalità sostanziale e legalità processuale, *nullum crimen sine lege* (tipizzazione legale e determinata della fattispecie) e *nullum crimen sine poena* (quindi obbligatorietà dell'azione penale).

Volendo utilizzare una categoria nietzschiana, diremmo che la “trasmutazione dei valori”, radicalizzando tendenze in atto anche nel diritto penale delle persone in carne e ossa, è stata veramente radicale da questa angolazione e lo è stata per *ragioni pragmatico-economiche* e non umanitarie come potrebbe accadere qualora la riparazione divenisse il paradigma ordinario di giustizia penale in luogo della reazione punitiva pubblica⁵.

Il sistema 231 è caratterizzato, in tutti i suoi snodi – soprattutto nella fase sanzionatoria – da una marcata discrezionalità e flessibilità.

Perché una metamorfosi così marcata? Non tanto per ragioni di efficienza: i procedimenti 231 (ma anche i processi contro i colletti bian-

⁴ Per tutti, A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, *passim*; C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 453.

⁵ La ventura *restorative justice* veicolata dalla riforma Cartabia avrà, di fatto, una funzione più integrativa che alternativa alla giustizia punitiva tradizionale.

chi) non affliggono numericamente il sistema. Anzi, da più parti si lamenta l'applicazione estremamente selettiva, disomogenea, quasi *random* nei diversi distretti giudiziari di questo inedito plesso del diritto punitivo, che tuttora sconta vistosi limiti conoscitivi.

La ragione essenziale dell'elasticità della risposta all'illecito dell'ente sociale è molto semplice: a fronte di organizzazioni pluripersonali, *a fortiori* se parliamo dell'attore principale dell'epoca contemporanea, cioè la *corporation*, più della sanzione inflessibilmente irrogata, che può distruggere ricchezza e occupazione, diviene desiderabile la *riorrganizzazione*, quindi la "bonifica" della situazione ambientale criminogena, assieme alla *riparazione* delle vittime e/o della collettività. L'economia, come fenomeno sociale complesso, altamente dinamico e poliforme (per attori e attività), ha bisogno di *risposte flessibili*.

Certo, il *principio di legalità* dell'illecito e delle sanzioni non manca di campeggiare tra i primi articoli del d.lgs. n. 231/2001: l'art. 2, in particolare, sancisce questo canone dell'epistemologia penalistica moderna in tutti i suoi corollari; figura anche l'avverbio "espressamente", per cui è sancita anche la tassatività. Ma se leggiamo l'intera trama del d.lgs. n. 231/2001 emerge, in filigrana, un sistema pervaso di una discrezionalità e di una flessibilità che definiremmo consustanziali.

Nel diritto penale dell'economia a destinatario individuale la situazione resta, invece, assai diversa. Esso trasuda ancora moltissimo *blame*, biasimo, persino una logica arcaica di tipo vendicativo, comunque tanta prevenzione generale negativa. Basti considerare la risposta punitiva in materia di abusi di mercato: la filosofia ispiratrice pare, esattamente, quella di una retribuzione vendicativa e di una sofferenza inferta come contraccambio della sofferenza patita dai risparmiatori; c'è assai poca proporzione e molta deterrenza che sconfina in terrorismo punitivo.

4. *L'illecito dell'ente: dalla missione alla struttura*

La *missione sostanziale* del nuovo *corpus* normativo ha cominciato a emergere con maggior nitore solo nel corso del tempo, grazie a un laborioso processo di decantazione.

Dal punto di vista *teleologico-funzionale*, il diritto punitivo dell'ente trova giustificazione e spiegazione su basi cautelative o prevenzionali, in quanto le sanzioni minacciate dal d.lgs. n. 231/2001 puntano a coinvolgere la sorgente del rischio-reato, l'organizzazione complessa, nell'azione di prevenzione di illeciti che, nel caso delle società commerciali, sono motivati essenzialmente da uno scopo di lucro.

Tenendo conto anche della strategia di intervento post-delittuosa, il diritto sanzionatorio degli enti poggia, più precisamente, su due architravi o – se si preferisce – due strategie convergenti di contrasto al crimine di impresa: *prevenzione* e *riparazione*⁶, profilassi organizzativa e – a reato commesso ed emerso processualmente – riorganizzazione e altre contro-azioni di natura reintegrativa.

Il *trait d'union* è, pertanto, la filosofia della *compliance*⁷, che si connette al fenomeno della diffusione pervasiva dell'autoregolamentazione o *autonormazione* negli ordinamenti penali contemporanei, *incoraggiata* e non imposta nel disegno normativo della responsabilità della *societas*⁸.

⁶ Abbiamo approfondito questo duplice pilastro, dall'angolo visuale del sistema sanzionatorio 231, in V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni applicabili all'ente collettivo tra prevenzione e riparazione. Prospettive de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3-4/2022, p. 559 ss.

⁷ Cfr., diffusamente, il volume collettaneo di S. MANACORDA, F. CENTONZE (a cura di), *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness*, Cham, 2022; volendo anche il nostro V. MONGILLO, *Presente e futuro della compliance penale*, in *Sist. pen.*, 11.01.2022, nonché, A. GULLO, voce *Compliance*, in C. PIERGALLINI *et alii* (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, t. III, Milano, 2022, p. 1289 ss.

⁸ Sulla recente emersione del fenomeno dell'autonormazione nel diritto penale, specie sul terreno della responsabilità della *societas* per quanto attiene al contenuto dei modelli di organizzazione, cfr. C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 3/2015, p. 161 ss. Sul concetto e le diverse declinazioni/interazioni della *self-regulation* in rapporto alla sfera penale, v. le istruttive riflessioni di S.B. TAVERRI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2020, p. 1931 ss.; EAD., *Che cosa genera il sonno del Leviatano? Modelli e movimenti dell'autonormazione nelle pieghe dell'ordinamento penale statale*, in *Criminalia*, nonché in *disCrimen*, 15.06.2022. A livello monografico, cfr. l'ampio studio di D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2022.

Nel contesto italiano, la *compliance*, l'idea più avanzata e di successo degli ultimi decenni nell'orizzonte dei sistemi di governo delle imprese e di gestione del rischio di illegalità, ha rappresentato, in origine, un *prodotto d'importazione*: il riferimento scontato è all'esperienza statunitense dei *compliance programs*.

Di contro, la *nouvelle vague* della responsabilità sanzionatoria dell'ente fondata su un sostrato di *deficit* organizzativo ha rappresentato un'invenzione genuina del nostro legislatore, poi assunta a *modello da esportazione* globale, tra Stati che hanno praticamente clonato la disciplina italiana (soprattutto la Spagna a partire da una legge di riforma del 2015) e altri che vi si sono verosimilmente ispirati (vari Paesi europei – tra cui Polonia, Austria, con più marcate deviazioni Svizzera, Repubblica Ceca, ecc. – e latino-americani: Cile, Perù, Argentina, ecc.).

L'aspetto più interessante sono le modalità di funzionamento dell'architettura bivalente duale dal legislatore.

Tanto la *compliance ex ante* quanto la riparazione/riorganizzazione *ex post* sono obiettivi puntellati da corposi *incentivi*⁹. Tuttavia, per non sacrificare l'aspirazione allo sforzo prevenzionistico “anteatto”, l'intensità del beneficio offerto dalla legge è inferiore nella fase postuma alla commissione del reato. La piena esenzione da responsabilità è ragionevolmente offerta solo in caso di adozione pregressa di una modellistica organizzativa efficace¹⁰.

⁹ Sull'“asse premiale” del sistema 231, la sua portata operativa generalizzata, nonché le prospettive di riforma, P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente ex d.lg. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, t. II, Milano, 2018, p. 1116 ss. Specificamente, sulla logica premiale del decreto 231, avente, nella fase post-delittuosa, come «stella polare l'adozione successiva del modello», cfr. A. GULLO, *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI, P. SEVERINO, *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I: *Diritto sostanziale*, Torino, 2020, p. 242.

¹⁰ Sulla scalarità dei benefici nel d.lgs. n. 231 del 2001, v. S. MANACORDA, *L'ido- neità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, p. 49 ss. Sulla necessità di non eclissare il polo della prevenzione *ex ante*, sovrastimando in chiave premiale le condotte riparatorie *ex post*, da ultimo, R. SABIA, *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi. Esperienze comparate e scenari di riforma*, Torino, 2022, p. 164, 295 ss., 302 ss.

Ex post factum, l'obiettivo del sistema è stimolare *contro-condotte positive*, in senso lato *riparatorie*: 1) risarcimento integrale del danno ed eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, 2) rimozione delle carenze organizzative, 3) restituzione del profitto illecito. Basti considerare tutti gli incentivi che la legge offre per indurre l'ente a riorganizzare il suo agire in direzione della legalità e che, come detto, connotano in senso oltremodo flessibile la reazione ordinamentale: 1) nella *fase cautelare*, non applicazione (art. 45) ovvero sospensione e successiva revoca di eventuali misure cautelari interdittive (artt. 49-50); 2) al momento della *irrogazione giudiziale* della pena, attenuazione della sanzione pecuniaria ex art. 12 e mancata applicazione delle sanzioni interdittive ai sensi dell'art. 17; 3) persino in *sede esecutiva*, l'art. 78 prevede che

l'ente che ha posto in essere tardivamente le condotte di cui all'articolo 17, entro venti giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza, può richiedere la conversione della sanzione amministrativa interdittiva in sanzione pecuniaria.

Se il baricentro teleologico della disciplina è quello appena segnalato, appare consequenziale che l'obiettivo della prevenzione organizzativa finisca per plasmare la *struttura dell'illecito* dell'ente, la quale – al di là di talune tortuosità del dettato normativo: si pensi, per esempio, al doppio regime imputativo per apici e sottoposti (artt. 6 e 7) – è attigua, con tutti i necessari “adattamenti”, al *tipo (omissivo) colposo*¹¹.

¹¹ Per maggiori dettagli, sia consentito il rinvio a V. MONGILLO, *La responsabilità*, cit., p. 134 ss., 425 ss. Sulla struttura della responsabilità dell'ente, in una letteratura sterminata non compendiabile in questa sede, v., altresì, con impostazioni diversificate, A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, p. 5101 ss.; C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2006, p. 167 ss.; C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2008, p. 1516 ss.; A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 131 ss.; nonché, nella manualistica, R. BARTOLI, *Il criterio di imputazione oggettiva*, in G. LATTANZI, P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, cit., p. 171 ss.; O. DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, ivi, p. 203 ss. Sulla colpa di organizzazione, anche in chiave comparatistica, E. VILLANI, *Alle radici del concetto di 'colpa di organizzazione' nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli, 2016.

L'illecito corporativo, infatti, si sostanzia nell'omissione di cautele organizzative doverose, tale da aver reso possibile – in termini condizionalistici – o quantomeno sensibilmente agevolato la realizzazione, nell'interesse o a vantaggio dell'ente, di un reato espressamente nominato da parte di una persona fisica qualificata (artt. 5, co. 1, lett. a) e b), 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001)¹².

Varie autorevoli sentenze della Corte di Cassazione hanno aderito a questa visione, sia pure con qualche differente *nuance* espositiva: le SS.UU. nel procedimento *ThyssenKrupp*; la pronuncia della IV sezione concernente il disastro ferroviario di Viareggio; da ultimo, l'atto finale della saga *Impregilo*, ad opera della VI sezione¹³.

La colpa di organizzazione – si è colto in tali pronunce e in altre stilate nel solco di esse – è il *fondamento giustificativo* della responsabilità *ex crimine* dell'ente. Sostanzialmente, si tratta di una formula compendiaria che esprime l'impasto di plurime disfunzioni diacroniche e sincroniche che rispecchiano, in negativo, la dimensione pluri-personale del controllo efficace.

¹² Si badi però: a differenza di una ordinaria partecipazione omissiva, la lacuna organizzativo-gestionale che fonda il fatto colposo dell'ente è frutto, di norma, della interazione disfunzionale – sincronica e diacronica – di una molteplicità di condotte inadeguate, attive od omissive, rispecchiando il contesto e i processi collettivi in cui si annida.

¹³ Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 3834; Cass. pen., sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, in *Giur. it.*, 4/2022, p. 953 ss., con nota di V. MONGILLO, *Imputazione oggettiva e colpa tra "essere" e normativismo: il disastro di Viareggio*; Cass. pen., sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401, *Impregilo s.p.a.*, in *Sist. pen.*, 20.06.2022, su cui v. i commenti di C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*, *ivi*, 27.06.2022; E. FUSCO, C.E. PALIERO, *L'"happy end" di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo*, *ivi*, 27.09.2022; D. BIANCHI, *Verso un illecito corporativo personale. Osservazioni "umbratili" a margine d'una sentenza "adamantina" nel "magma 231"*, *ivi*, 14.10.2022; G. DE SIMONE, *Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l'annosa vicenda Impregilo*, in *Giur. it.*, 12/2022, p. 2758 ss.; F. CENTONZE, *Il crimine dell'"attore decisivo", i limiti della compliance e la prova "certa" della colpa di organizzazione. Riflessioni a margine della sentenza "Impregilo"*, in *Cass. pen.*, 12/2022, p. 4372 ss.; A. MERLO, *Il D.Lgs. 231/01 preso sul serio: la Cassazione scrive l'ultimo capitolo della saga "Impregilo"*, in *Foro it.*, 11/2022, p. 669 ss.

Certo, non è mancata una dose di creatività giurisprudenziale¹⁴ nel riconoscere nella c.d. colpa di organizzazione un cardine della responsabilità della *societas*. Detto in termini probatori: nell'affermare che la carenza organizzativa non è non mero fatto impeditivo, ma *fatto costitutivo* dell'illecito dell'ente, della cui dimostrazione è onerata l'accusa, a prescindere dalla collocazione dell'autore materiale del reato matrice nella gerarchia aziendale. Nondimeno, tale approdo ermeneutico ci sembra motivato da una apprezzabile interpretazione costituzionalmente orientata, necessaria per riordinare il sistema e metterlo in sincrono con i principi fondamentali attorno a cui ruota pure la disciplina in esame, *in primis* il principio di personalità della responsabilità punitiva.

5. La questione della carente determinatezza delle cautele organizzative doverose

C'è un nodo che nei primi venti anni di esperienza applicativa non ha costituito *uno dei* problemi, ma *il problema par excellence*: la scarsa *precisione* dei parametri di adeguatezza del modello e la conseguente insufficiente prevedibilità delle decisioni giudiziarie circa la conformità del programma di *compliance* penale adottato dall'ente¹⁵. Ovviamente,

¹⁴ Pone l'accento su quest'aspetto G. DE SIMONE, nel commento alla sentenza *Impregilo bis* citato alla nota precedente. Apprezzano questo esercizio di creatività, in quanto "di impronta garantistica" e razionalizzante, E. FUSCO, C.E. PALIERO, *L' "happy end"*, cit., p. 144.

¹⁵ Che questo rappresenti il dilemma di fondo è testimoniato anche dall'entità e diffusione dei contributi dedicati alla questione: in una letteratura non riassumibile in questa sede, v. almeno, in ordine cronologico-alfabetico, G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 172 ss.; C. PIERGALLINI, *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, II ed., Milano, 2010, p. 153 ss.; ID., *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *Soc.*, 12S/2011, p. 46 ss.; G. FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, *ivi*, p. 55 ss.; F. D'ARCANGELO, *I canoni di accertamento della idoneità del Modello Organizzativo nella giurisprudenza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2011, p. 129 ss.; A. FIORELLA, *Elasticità dei parametri di idoneità dei modelli preventivi e incertezze della "pratica"*, in A.M. STILE, V. MONGILLO, G. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal D.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di ri-*

non è un problema solo italiano, è un problema che riguarda tutti gli ordinamenti che basano la responsabilità su un requisito di “colpa organizzativa” o comunque valorizzano l’adozione di sistemi di gestione del rischio-reato. Più in generale è un problema che riguarda la *porosità della colpa*, dunque la fisionomia notoriamente aperta del tipo colposo, che in questo caso è amplificata dall’essenza di collettività organizzata immanente all’impresa e ai connotati morfologici della criminalità che essa può incubare.

A fronte dell’estrema varietà di organizzazioni, settori produttivi e ambiti di rischiosità, non è agevole la fissazione della soglia del *rischio tollerato* ed è proibitivo per il legislatore definirla in modo sufficientemente preciso per qualsiasi tipologia collettiva e figura di reato. Ma neppure sarebbe ragionevole che questo limite fosse lasciato interamente al “fai da te” delle imprese o all’intuizionismo ondivago del giudice.

Va dato atto al legislatore italiano di non essersi disinteressato completamente del problema e, anzi, di aver fatto qualcosa di più rispetto a molti altri ordinamenti (cfr. per esempio, la formula utilizzata nell’art. 102, co. 2, del c.p. svizzero, vale a dire «misure organizzative ragionevoli e necessarie per prevenire il reato»).

Tuttavia, i *parametri di idoneità* del modello organizzativo tracciati dall’art. 6, co. 2, sono molto elastici e privi di contenuto realmente modale-cautelare. La colpa dell’ente, che *primo visu* parrebbe “specifica”

forma, Napoli, 2013, p. 359 ss.; V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 3/2011, p. 69 ss.; M. COLACURCI, *L’idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2016, p. 66 ss.; V. MANES, A.F. TRIPODI, *L’idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità “penale” degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, p. 137 ss.; S. MANACORDA, *L’idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2/2017, p. 49 ss.; E. PEZZI, *La vexata quaestio dell’idoneità ed efficacia dei MOG fra prospettive di riforma e fonti delle regole cautelari*, in *Legisl. pen.*, 08.10.2021. Nella manualistica, per tutti, N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell’economia*, V ed., 2020, p. 52 ss.; A. GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., p. 254 ss., 267 ss., 272 ss. Nella produzione monografica, con accurata analisi comparatistica, R. SABIA, *Responsabilità da reato*, cit., p. 127 ss., 273 ss.

per inosservanza di regole scritte, in realtà è tale solo “tendenzialmente”¹⁶, giacché rivela, nei suoi meccanismi ricostruttivi, i lineamenti della colpa c.d. “generica”¹⁷.

Non si dimentichi, inoltre, che il legislatore interno ha inteso coniare anche la figura dell'*organismo di vigilanza*, che è rimasta – questa sì – una specificità nel panorama internazionale. Infatti, anche la Spagna e i Paesi dell'America Latina che hanno mutuato questa componente del sistema precauzionale, l'hanno declinata come *encargado de prevención de delitos*, quindi in termini più affini al *compliance officer* anglosassone¹⁸.

Nel tentativo di colmare il denunciato *gap* di determinatezza, il sistema 231 italiano è evoluto, nel corso degli anni, nel segno di una *flessibilità strutturata*, tipica di un apparato di regole “multilivello” o – detto diversamente – a cerchi concentrici.

Con un margine d'inevitabile stilizzazione, possiamo distinguere:

(i) un *nucleo centrale* di regole di *hard law*, cogenti sebbene (come detto) assai elastiche, che dettano i requisiti minimi generali e gli obiet-

¹⁶ Abbiamo optato, nell'ambito di una tassonomia a sfondo comparatistico, per questo predicato più sfumato in V. MONGILLO, *La responsabilità*, cit., p. 285 ss.

¹⁷ In generale, per la considerazione che «in presenza di una regola elastica, sebbene si tratti di inosservanza di regole scritte, saremo piuttosto di fronte a una “colpa generica” (quanto ai meccanismi ricostruttivi)», v. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 318. Secondo A. FIORELLA, in R. PINZA (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti. Progetto di modifica D.LGS. 231/2001*, Arel-PwC, Roma, p. 31, l'estrema elasticità dei criteri di giudizio elencati dalla legge fa sì che «l'accertamento della loro violazione non differisc[a] sostanzialmente da quello della violazione di una norma di mera e generica diligenza caratteristica della cosiddetta colpa generica».

¹⁸ Per approfondimenti, V. MONGILLO, *La vigilanza sull'attuazione del sistema aziendale di prevenzione dei reati in Italia e nei principali ordinamenti ispanoparlanti: circolazione dei modelli e specificità nazionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2018, p. 148 ss.; A.S. VALENZANO, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Napoli, 2020, p. 446 ss. Sulla *compliance* nelle imprese multinazionali, per tutti, S. MANACORDA, *The “Dilemma” of Criminal Compliance for Multinational Enterprises in a Fragmented Legal World*, in S. MANACORDA, F. CENTONZE (a cura di), *Corporate Compliance on a Global Scale*, cit., p. 67 ss.; C. PIERGALLINI, *La gestione ermeneutica del rischio normativo internazionale nel contesto della responsabilità da reato degli enti*, in *Soc.*, 3/2021, p. 321 ss.

tivi essenziali del modello di prevenzione del rischio-reato (artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001), senza indicazioni differenziate per tipologie di illecito penale (con l'unica eccezione, allo stato, del modello organizzativo in materia di salute e sicurezza sul lavoro ex art. 30 d.lgs. n. 81/2008);

- (ii) un *cerchio intermedio* che consta di indicazioni, regole e direttive più puntuali ma non vincolanti e per questo più malleabili e se del caso superabili dalle singole imprese con misure ritenute maggiormente adatte (c.d. *soft law*): si tratta, nel disegno legislativo, dei codici di comportamento delle associazioni di categoria sottoposti al vaglio del Ministero della Giustizia, «che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati» (art. 6, co. 3, d.lgs. n. 231/2001);
- (iii) oltrepassando questo strato intermedio, si apre lo spazio più indefinito della c.d. *best practice*, distinta sia dalle cautele positivizzate (*hard* e *soft*) sia dal groviglio delle pratiche aziendali non ancora sufficientemente accreditate. Con l'espressione “migliori prassi” (o “pratiche”) si vuole indicare il sapere scientifico-esperienziale stabilizzato e dunque elevato, su basi consuetudinarie, alla dignità di parametro doveroso (benché non formalizzato), che il giudice dovrebbe poi *riconoscere* in quanto – eventualmente – vigente al tempo della condotta, senza “creare” *a posteriori* la cautela doverosa o comunque applicare un sapere postumo in modo sostanzialmente retroattivo.

Di quest'assetto normativo multistrato si nutre la “*compliance 231*” *in action*, cioè il modello che l'ente dovrà ritagliare sulle sue peculiari caratteristiche: dimensione, tipo di attività, area geografica, evoluzione diacronica, natura pubblica o privata, ecc.

Ma anche in un impianto regolatorio così articolato e policromo serpeggiano alcune criticità e lacune. Ci limitiamo a segnalare le due principali, al di là delle più limitate carenze del dettato legislativo.

Il *primo fattore di debolezza* della regolamentazione italiana concerne il livello intermedio delle cautele: la *soft law* pensata per assicurare maggiore omogeneità alla modellistica aziendale. Le linee guida delle associazioni di categoria hanno svolto un ruolo orientativo essenziale nella prima fase applicativa. Tuttavia, essendo di matrice essenzialmen-

te privata, anziché frutto di confronto dialogico e dialettica democratica con tutti i titolari degli interessi in conflitto¹⁹ e avendo assunto il controllo ministeriale tratti essenzialmente burocratici²⁰, i *codici di comportamento* a cui fa riferimento l'art. 6, co. 3, sono stati sviliti nella prassi giudiziale, verosimilmente perché ritenuti poco credibili. Ciò ha scoraggiato la formulazione, meglio la cristallizzazione, da parte degli enti associativi esponenziali di regole prasseologiche più incisive e differenziate per specifiche aree di rischio-reato, così da sottrarre la *compliance* penale al frastuono d'innunerevoli e spesso contraddittorie voci. Ha prevalso il timore di ingessare le scelte organizzative delle imprese, senza garantire reali vantaggi processuali in caso di adesione spontanea.

In quasi tutti gli altri Paesi, invece, la *soft law* in tema di gestione del rischio-reato è di matrice pubblica, essendo emanata da istituzioni governative o da autorità indipendenti, per lo più l'autorità di regolazione del mercato finanziario od organi assimilabili all'ANAC italiana. Inoltre, le linee guida e le raccomandazioni sono molto più differenziate a seconda dei segmenti produttivi o imprenditoriali di riferimento²¹.

La *seconda fondamentale menda* concerne la *best practice*, le migliori prassi. A distanza di due decenni dall'entrata in vigore del decreto 231, non siamo certo all'"anno zero"; tuttavia, è rimasto aggrovigliato il nodo dello *scarso consolidamento esperienziale* delle cautele preventive. Proprio ciò ha alimentato gli atteggiamenti ipercautelativi della giurisprudenza e dunque la tendenza a forgiare *a posteriori* la misura di diligenza dovuta, anziché ricavarla da una piattaforma nomologico-

¹⁹ Sull'importanza di elevare il tasso di democraticità nella redazione delle regole di comportamento di fonte privata, per superare la diffidenza che circonda la loro parzialità, cfr. C. PIERGALLINI, *Autonormazione*, cit., p. 266; nonché S.B. TAVERRITI, *Autonormazione*, cit., p. 1953.

²⁰ Lo ha notato anche G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in A.M. STILE, V. MONGILLO, G. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, p. 177.

²¹ Si veda, per es., in tema di anticorruzione, la dettagliata guida emanata in Argentina, il 12 novembre 2019, dalla *Oficina Anticorrupción*, sulla implementazione dei programmi di integrità nelle piccole e medie imprese: Oficina Anticorrupción, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación, *Resolución 36/2019: Guía complementaria para la implementación de programas de integridad en PyMEs*, 2019.

esperienziale (eventualmente) preesistente. Del resto, dopo che un reato sia commesso, è sempre comodo asserire – nella stanza di un Tribunale – che qualcosa di più e di diverso avrebbe potuto essere fatto in chiave preventiva (il noto *bias* del “senno del poi”). Ma così ragionando, la regola di diligenza è, di fatto, statuita *ex post*, anche se il giudice argomenta come se fosse nota o conoscibile anticipatamente da un ente-modello avveduto e diligente.

5.1. Le possibili soluzioni

La sentenza *Impregilo bis* della VI sezione della Cassazione²² ha da ultimo impresso una benefica “scossa” a un panorama applicativo che si stava avvitando in un asfittico rigore. Il tentativo di uscita dall’*impasse* è stato compiuto in una triplice direzione.

(i) Anzitutto, la Cassazione è opportunamente rifuggita da letture giurisprudenziali poco realistiche, in quanto ultra-cautelative, dei doveri preventivi dell’ente.

Così, in un caso di *aggiotaggio* (art. 2637 c.c.) quale reato presupposto, il giudice di legittimità ha, in prima battuta, censurato con fermezza la fallacia logica del *post hoc propter hoc*, vale a dire l’idea che l’inidoneità del modello possa essere dedotta dalla stessa consumazione del reato²³.

Dopodiché, ha ritenuto idoneo a prevenire la commissione di “delitti di comunicazione” un modello organizzativo aziendale che non contemplava forme di controllo preventivo sul testo dei comunicati e delle informazioni divulgate dagli organi di vertice, in quanto tali comunicazioni sono espressione dell’autonomo potere gestionale di questi ultimi²⁴. Nel caso di specie, la condotta del presidente e dell’amministratore delegato della società risultava frutto di un’iniziat-

²² Cass. pen., sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401, cit.

²³ §§ 7.2 e 7.4 della sentenza.

²⁴ In particolare, il modello di Impregilo s.p.a. prevedeva un procedimento nel quale era sempre necessaria la partecipazione di due o più persone, nonché un apposito *iter* autorizzativo preventivo nei casi in cui comunicati stampa o divulgazioni di analisi o studi potessero contenere informazioni suscettibili di incidere sul prezzo delle azioni.

va estemporanea e fraudolentemente elusiva delle prescrizioni del modello organizzativo adottato e reputato adeguato dalla Corte.

- (ii) Nel chiarire i contorni del giudizio di adeguatezza del modello implementato da *Impregilo*, la Cassazione ha inoltre cercato di rivitalizzare, quale parametro giuridico di riferimento, quello che stava via via divenendo un fantasma esangue. Ci riferiamo alle summenzionate *linee guida* redatte dalle associazioni di categoria e scrutinate dal Ministero della Giustizia (art. 6, co. 3, d.lgs. n. 231/2001). Il messaggio indirizzato, sul punto, agli enti destinatari del decreto 231 è chiarissimo: se osservate i codici di comportamento positivamente riscontrati dal Ministero,

il giudice *sarà tenuto specificamente a motivare* le ragioni per le quali possa ciò nonostante ravvisarsi la ‘colpa di organizzazione’ dell’ente, individuando la specifica disciplina di settore, anche di rango secondario, che ritenga violata o, in mancanza, le prescrizioni della migliore scienza ed esperienza dello specifico ambito produttivo interessato dalle quali i codici di comportamento e il modello con essi congruenti si siano discostati, in tal modo rendendo possibile la commissione del reato (corsivi nostri).

Breviter: in caso di disconoscimento del valore normativo delle linee guida, incombe sul giudice un obbligo di motivazione rafforzato e a questa limitazione della discrezionalità giudiziale corrisponde il miglior posizionamento processuale dell’ente osservante.

- (iii) Infine, la Cassazione ha stabilito che

ai fini del giudizio di idoneità del modello di organizzazione e gestione adottato, il giudice è chiamato ad adottare il criterio epistemico-valutativo della c.d. “prognosi postuma”, proprio della imputazione della responsabilità per colpa: deve cioè idealmente collocarsi nel momento in cui l’illecito è stato commesso e verificare se il “comportamento alternativo lecito”, ossia l’osservanza del modello organizzativo virtuoso, per come esso è stato attuato in concreto, avrebbe eliminato o ridotto il pericolo di verifica di illeciti della stessa specie di quello verifica-

tosì, non richiedendosi una valutazione della “compliance” alle regole cautelari di tipo globale²⁵.

L’assimilazione strutturale al reato colposo di evento è evidente.

Quella proposta dalla VI sezione è una *soluzione di metodo* e di *ermeneutica giudiziale*, che punta tutte le carte sul percorso valutativo richiesto ai giudici per renderne più certo l’approdo.

Si consoliderà nella prassi giudiziaria? Non è facile pronosticarlo. D’altro canto, vi sono alternative parimenti o maggiormente efficaci?

Sotto questo profilo, la *comparazione* può svolgere un ruolo prezioso, suggerendo o sconsigliando possibili traiettorie riformistiche.

Un’opzione che ciclicamente riaffiora nella discussione politico-legislativa e nel *certamen* dottrinale è quella dell’accreditamento/validazione pre-processuale del modello.

In particolare, la suggestione che aleggia è quella della *certificazione o attestazione preventiva* del sistema di *compliance* penale ad opera di organismi abilitati, vale a dire di soggetti privati investiti del potere di validare la regolare conformità allo standard normativo dei contenuti del modello.

In Italia, com’è noto, in questa direzione si orientò un progetto elaborato dall’AREL nel 2009-2010²⁶, che venne poi recepito anche dal Governo in carica ma non approdò mai alle Camere. La proposta, però, fu sottoposta a severo vaglio critico nel *certamen* dottrinale e non riscosse particolare entusiasmo nemmeno nel mondo imprenditoriale perché, grossomodo, si temeva un’onerosa bollinatura seriale senza vantaggi certi per le imprese, notandosi anche che la certificazione non avrebbe mai potuto spogliare il giudice del suo libero convincimento, immaginando prove legali vincolanti²⁷.

²⁵ Così riassume l’articolato percorso argomentativo della Cassazione la massima CED, rv. 283437-01. Per un commento analitico a tale snodo cruciale della pronuncia e il modo in cui deve essere inteso, dobbiamo rinviare per ragioni di spazio al nostro V. MONGILLO, *La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità “da reato” dell’ente collettivo*, in corso di pubblicazione, § 4.1.

²⁶ L’ultima versione si trova pubblicata – insieme alla Relazione illustrativa – in R. PINZA (a cura di), *La responsabilità amministrativa*, cit., p. 9 ss.

²⁷ G.M. FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lg. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in Cass. pen.,

Qualcosa di affine a una certificazione, *de lege lata*, l'abbiamo solamente nel settore nevralgico della sicurezza sul lavoro. Ci riferiamo alla denominata *asseverazione* dell'adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008, prevista dall'art. 51, co. 3-bis, dello stesso decreto. Nondimeno, i soggetti, i contenuti e gli effetti di tale validazione sono ben diversi dallo strumento ipotizzato nel progetto AREL. Secondo il precetto normativo interno, infatti, la detta asseverazione è di competenza degli organismi paritetici e di essa gli organi di vigilanza «possono tener conto ai fini della programmazione delle proprie attività»²⁸.

Proprio nel torno di anni in cui venne respinto in Italia, l'istituto della certificazione si concretizzò dall'altra parte dell'Oceano, segnatamente in Cile, con l'entrata in vigore della l. n. 20.393/2009.

In particolare, in Cile le attestazioni possono essere emesse, per una durata non superiore a due anni, da soggetti privati iscritti in un apposito registro pubblico, in base a una *Norma de Carácter General* n° 302/2011: società di revisione esterne, società di *rating* o altri enti registrati presso la *Comisión para el Mercado Financiero* in conformità alle norme stabilite dall'organo di vigilanza²⁹.

11/2010, p. 4032. Ulteriori riserve in G. DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 10/2011, p. 1140; F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Soc.*, 10/2010, pp. 1247 ss.; S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., p. 100 ss. Di diverso avviso, A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Compliance Programs e dominabilità «aggregata» del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 117 s.

²⁸ Cfr., in tema, P. PASCUCCHI, *L'asseverazione dei modelli di organizzazione e di gestione*, in *I Working Papers di Olympus*, n. 43/2015.

²⁹ Cfr. A.S. VALENZANO, *Il rilievo della certificazione dei Modelli organizzativi anche con riferimento all'esperienza cilena*, in A. FIORELLA, R. BORGOGNO, A.S. VALENZANO (a cura di), *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, Napoli, 2015, 161 ss.; R. SABIA, *Responsabilità*, cit., p. 256 ss. Diversa è la scelta compiuta nell'ordinamento spagnolo, rispetto alla quale anche la *Circular* 1/2016 della *Fiscalía General del Estado*, p. 52, precisa che l'eventuale certificazione del modello è un elemento di cui i pubblici ministeri possono tenere conto, ma «in nessun modo accredita l'efficacia

Nella prassi, però, questo meccanismo non ha dato buona prova di sé; ora siamo nella fase della disillusione e si ragiona sulla sua soppressione.

È bene, allora, cercare di cogliere le matrici di questo fallimento: di esse dovrebbe farsi tesoro qualora si pensasse di coniare un analogo congegno in Italia.

Anzitutto, in Cile non è stato mai chiarito il valore legale-probatorio della certificazione. Non sorprende, allora, che sia partita subito la ridda delle interpretazioni, che hanno coperto l'intero spettro delle alternative: presunzione assoluta di conformità, effetto di attenuazione della responsabilità³⁰, presunzione relativa, valore meramente indicativo senza alcun vincolo per il giudice, ecc. Tendenzialmente, è prevalsa la tesi secondo cui la certificazione può rendere più arduo il compito dell'accusa e al contempo alleggerire, sul piano probatorio, la posizione dell'ente³¹.

In secondo luogo, la certificazione dei modelli da parte di organismi esterni non è sufficientemente regolata. I requisiti di qualificazione dei certificatori, alla luce del dettato normativo, sono minimi. La succitata *Norma* n° 302/2011 richiede agli enti certificatori di sviluppare una metodologia, ma non specifica i criteri di redazione e i contenuti a cui attecnersi. Nessun controllo amministrativo è previsto sulle certificazioni rilasciate.

In prospettiva interna *de iure condendo*, non si tratta di atteggiarsi ad antagonisti intransigenti della certificazione o attestazione che dir si voglia.

Non può escludersi che meccanismi certificatori – se accortamente declinati – possano contribuire a elevare lo standard delle cautele implementate dalle imprese, supportando il processo di miglioramento continuo.

Sul piano processuale, però, continuiamo a ritenere valida la riserva secondo cui nessuna forma di validazione anticipata potrebbe sottrarre alla magistratura il controllo sull'effettiva attuazione del modello. Ed è

del programma, né sostituisce la valutazione che compete esclusivamente all'organo giudiziario».

³⁰ J.P. MATUS, *La certificación de programas de cumplimiento*, in L. ARROYO ZAPATERO, A. NIETO MARTIN, *El derecho penal económico en la era compliance*, Valencia, 2013, p. 151; tuttavia, di tale attenuante non v'è traccia nel testo codicistico.

³¹ Cfr., per i riferimenti, ancora R. SABIA, *Responsabilità*, cit., p. 260.

verosimile che i giudici, il più delle volte, sarebbero indotti a ravvisare, nonostante la certificazione, *défaillances* quanto meno nella fase attuativa del sistema di *compliance*. Ci pare allora più realistico immaginare l'accesso a percorsi privilegiati di uscita anticipata dal procedimento e/o l'esenzione da misure "paralizzanti" per l'ente il cui modello sia stato "attestato". Si pensi, in particolare, alla radicale neutralizzazione di misure interdittive sin dalla fase cautelare e alla possibilità di richiedere o consentire da parte dell'ente la messa alla prova, quale nuovo istituto da immettere nel perimetro del d.lgs. n. 231/2001³² e la cui chiave di accesso andrebbe indicata nell'esiguità della colpa di organizzazione, che anche l'attestazione in parola potrebbe contribuire a suffragare³³.

Soluzioni alternative, ma funzionalmente affini alla certificazione, potrebbero essere:

- a) il ricorso a *presunzioni di conformità iuris tantum* (cioè confutabili, ma con motivazione rafforzata, dal giudice) dei modelli sviluppati al metro delle norme tecniche (norme ISO e assimilabili) o delle linee guida più accreditate nei diversi settori. Questi meccanismi presuntivi fanno parte della tendenza all'irrigidimento della *soft law*, nel senso

³² Cfr., sull'opportunità di questo innesto nel sistema 231, G. FIDELBO, A.R. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2016, pp. 3 ss.; A.R. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Torino, 2018, p. 171 ss.; H. BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Torino, 2018, p. 121 ss.; G. FIDELBO, V. MONGILLO, *Le recenti modifiche introdotte dalla "spazzacorrotti" e dal decreto legislativo di attuazione della direttiva PIF al regime della responsabilità dell'ente in materia di reati contro la pubblica amministrazione*, in G. FIDELBO (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi: dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2020, p. 387 ss.; FE. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino, 2020, p. 294 ss.; P. TRONCONE, *La messa alla prova dell'ente collettivo e delle società. Gli effetti non previsti di un diritto sanzionatorio criptico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2021, n. 3-4, p. 836 ss. Le SS.UU. della Corte di Cassazione hanno – a nostro parere correttamente – escluso l'applicabilità dell'ammissione alla prova (art. 168-bis c.p.) agli enti: Cass., sez. un., 27 ottobre 2022, informazione provvisoria n. 17/22.

³³ Per maggiori dettagli sia permesso il rinvio a V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni*, cit., p. 619 s.

della integrazione della *soft law* nella *hard law*. A tale visione si ispira, nel nostro ordinamento, l'art. 30, co. 5, del d.lgs. n. 81/2008, che ha introdotto una presunzione di adeguatezza del modello conforme ad alcune regole tecniche/standard nazionali o internazionali (le *Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro* del 28 settembre 2001 o il *British Standard OHSAS 18001:2007*; oggi dobbiamo fare riferimento alla ISO 45001:2018).

- b) l'elaborazione di *modelli e protocolli pilota* da parte di un organismo pubblico da individuare, che potrebbe anche assolvere a un ruolo di consulenza e supporto agli enti nella costruzione dei modelli preventivi (una sorta di *cooperative compliance*), secondo tecniche di interpellato di cui potrebbero beneficiare soprattutto le piccole imprese³⁴.

Ovviamente, nessuna soluzione è una panacea. Nondimeno, riteniamo vi siano ampi margini per un'evoluzione più accorta e razionale del sistema della responsabilità dell'ente, *in primis* rispetto a ciò che ne rappresenta il cuore pulsante, vale a dire la strategia della prevenzione mediante adeguata organizzazione.

6. Qualche notazione de lege ferenda sul sistema sanzionatorio 231

Qualche considerazione in prospettiva di riforma merita anche il sistema delle sanzioni corporative.

Si ricorda che l'arsenale sanzionatorio forgiato dal d.lgs. 231 è informato a uno spiccato *gradualismo*³⁵, rapportato alla varietà idealtipica

³⁴ Su questa proposta – avanzata originariamente da C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, Parte II, in *Cass. pen.*, 2013, spec. p. 866 s.; ID., *Aspettative e realtà della (ancor breve) storia del D.Lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità da reato degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, n. 7, p. 867 s. – v., per recenti sviluppi, non senza evidenziare talune problematiche attuative, v. R. SABIA, *Responsabilità*, cit., p. 159 ss., 315 ss.

³⁵ Si consentito rinviare, al riguardo, a V. MONGILLO, *Il sistema sanzionatorio. Considerazioni generali*, in G. LATTANZI, P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, cit., p. 289 ss.

degli enti che il legislatore ha considerato come possibili destinatari di procedimenti 231.

La sintassi “sanzione/autore collettivo”, in cui si riflette, a monte, quella “illecito/autore”, è solare nel d.lgs. 231/2001.

Le sanzioni patrimoniali obbligatorie (sanzione pecuniaria e confisca) sono pensate, primariamente, per l'ente lecito incorso *occasionalmente* nell'illecito, quindi per l'ente “correggibile” senza bisogno di trattamenti invasivi.

Le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza di condanna sono concepite, invece, per l'ente recidivo, delinquente abituale o persino incorreggibile.

Si stanno cominciando, finalmente, a stilare in modo più organico ed euristicamente appagante le prime statistiche giudiziarie sull'impatto sanzionatorio del d.lgs. n. 231, nei primi 20 anni e poco più di vigenza³⁶.

Risulta dai dati raccolti che la mediana (non stiamo parlando della media) delle sanzioni pecuniarie irrogate in primo grado per delitti contro la p.a. è 30.000 euro, per i reati in materia infortunistica o ambientali (quelli più frequentemente contestati) è tra i 10 e i 15mila euro.

L'ammontare non è molto elevato. Ma ciò dipende, verosimilmente, anche dall'incidenza degli sconti di pena e dal fatto che una normativa pensata principalmente per la grande impresa venga, nella prassi, applicata più frequentemente nei riguardi della PMI, anche per la peculiare composizione del tessuto produttivo italiano.

Le statistiche rivelano, altresì, che le *sanzioni interdittive* conoscono una applicazione estremamente circoscritta all'esito del processo, quasi inesistente. Ciò indizia che i meccanismi premiali tendono a funzionare, sin dalla fase cautelare (artt. 49-50 d.lgs. n. 231/2001).

All'interno dell'arsenale sanzionatorio *contra societatem* l'unica sanzione intangibile e non modulabile appare la *confisca* (art. 19). Rispetto a essa, si registra il più evidente strappo della legalità nel sistema 231, che invero affligge anche gli analoghi istituti ablatori previsti dal diritto penale delle persone fisiche. Basti pensare alla nozione del tutto

³⁶ Quanto detto nel testo risulta dai dati raccolti nell'ambito di una ricerca coordinata dal CNPDS e che verranno resi pubblici nel volume a cura di S. MANACORDA, F. CENTONZE, *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti: dato empirico e dimensione applicativa*, in corso di pubblicazione.

indeterminata di *profitto illecito*, con gli inevitabili minuetti di statuizioni giurisprudenziali contraddittorie. Questa incertezza è un problema serissimo. Benché, infatti, la confisca, sul piano logico-finalistico, serva più a perequare che a punire, essa è allo stato la più temuta dalle società che delinquono per gli importi che può raggiungere. Non essendo proporzionabile in senso classico entro una forbice edittale, guardando al passato del reato e alla sua gravità, può facilmente tracimare in concreto in una sanzione grossolanamente “eccessiva” e finanche assumere una portata interdittiva *de facto* sin dalla fase dei sequestri.

Ci sembra, pertanto, non più rinviabile una precisazione legislativa della nozione e dei criteri di calcolo del profitto illecito. Ad ogni modo, l’assunzione di un ruolo impropriamente afflittivo da parte della confisca (e a monte dei sequestri) è stato fomentato nella prassi anche da un livello edittale della sanzione pecuniaria non particolarmente incisivo, specie nei confronti della grande azienda.

Nell’ordinamento italiano, strumenti di ingerenza e conformazione forzata della operatività delle aziende sono rinvenibili fuori dell’orbita 231 dove la *compliance* è solo incentivata. Si pensi ai vari strumenti previsti dal codice antimafia nella disponibilità del prefetto o del giudice della prevenzione, alle misure di controllo giudiziario applicabili dal giudice penale per esempio in materia di sfruttamento lavorativo e riduzione in schiavitù (art. 3 della l. n. 199/2016), ecc.

De iure condendo, potrebbe rivelarsi feconda anche la previsione, almeno per alcune categorie di reati, di sanzioni principali votate alla riorganizzazione coattiva dell’ente (sulla falsariga dell’esperienza spagnola della *intervención judicial* o di quella francese del *placement sous surveillance judiciaire*) e altresì di *misure ingiunzionali* che impongano all’ente che non vi provveda spontaneamente l’adozione del modello o altre misure riparatorie³⁷.

³⁷ Per altre proposte di riforma concernenti il sistema sanzionatorio, cfr., *amplius*, il nostro V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni*, cit.

7. (Segue) e sul diritto processuale dell'ente

Le nostre ultime riflessioni riguardano il diritto processuale dell'ente.

Oggi da più parti si reclama maggiore discrezionalità anche nell'esercizio dell'azione punitiva nei confronti della persona meta-individuale o nella conclusione di accordi stragiudiziali tra Procure ed enti.

Nella prassi operativa del d.lgs. n. 231/2001, a dire il vero, già è affiorata una tendenza strisciante verso una discrezionalità che non esitiamo a definire *contra legem*, giacché investe persino l'annotazione dell'illecito, prima ancora che la sua contestazione.

Si pensi, altresì, al baratto opaco che spesso viene praticato nella stanza del pubblico ministero con il legale dell'ente, per esempio promettendo l'inazione in cambio di condotte riparatorie.

Si consideri, infine, la strumentalizzazione dall'art. 8 del d.lgs. n. 231/2001 talvolta sperimentata per patteggiare con l'ente salvaguardando le persone fisiche, assumendo per pura *fictio* l'impossibilità di identificazione, a cui in realtà si è rinunciato a monte³⁸.

Con questi stratagemmi, vengono importati in modo surrettizio e senza espressa trasposizione legale i *deferred prosecution agreements* statunitensi, attraverso i quali i pubblici ministeri divengono arbitri assoluti dell'addebito contro l'ente.

Personalmente siamo contrari a forme di americanizzazione spuria del nostro sistema di giustizia penale. La *diversion* statunitense è una giustizia opaca e "monetizzata", che per ragioni di asserita efficienza svende la legalità processuale. Andrebbe studiata andando a fondo di tutte le sue patologie, tra le quali – non da ultimo – le porte girevoli tra uffici dei *prosecutors* e delle *law firms*.

³⁸ Rilievi critici a questa obliqua discrezionalità dell'azione punitiva, che, attraverso un uso strumentale dell'art. 8 d.lgs. n. 231/2001, conduce a patteggiamenti "anticipati" per l'ente al fine di incamerare somme a beneficio dell'Erario, lasciando "silenziosamente" indenni le persone fisiche, M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, cit., p. 603; similmente, V. MONGILLO, *La responsabilità*, cit., p. 364, nt. 165, anche qui con considerazioni a margine del caso milanese *Credit Suisse*.

Ciò nonostante, le tecniche di *diversion* statunitensi si stanno diffondendo a livello globale in tutti i paesi di *common law* e da ultimo persino in un Paese di *civil law* come la Francia (v. la *convention judiciaire d'intérêt public* introdotta con legge del 2016). Ciò è espressione di riflesso imitativo, ma anche della competizione tra Stati per aggiudicarsi una fetta della ricca torta dell'*enforcement* internazionale anti-corruzione. Abbiamo avuto casi di accordi stragiudiziali multilaterali pure per dirimere conflitti tra diverse giurisdizioni; uno di questi, concernente il colosso aerospaziale Airbus, ha coinvolto Francia, Regno Unito e USA nel 2020.

Reputiamo queste forme di *diversion* distorsive e neppure utili. Gli stessi effetti di deflazione possono ottenersi già *de lege data* mediante istituti come il patteggiamento e potrebbero essere ulteriormente incrementati *de lege ferenda* con accorte revisioni. Potrebbe obiettarsi che il patteggiamento provochi uno stigma maggiore rispetto a forme di *diversion* pre-processuale del tipo di quelle appena evocate. Ma come si è notato, le sanzioni 231 non veicolano *blaming*, hanno scopi puramente pragmatici.

La collaborazione processuale dell'ente potrebbe essere incentivata introducendo una attenuante *ad hoc* (come oggi accade in Spagna), ma senza nutrire eccessive aspettative – tanto più in un sistema imprenditoriale come il nostro – e possibilmente evitando il baratto in salsa nord-americana tra informazioni fornite agli inquirenti e fuoriuscita anticipata o sospensione del procedimento..

Un embrione di premialità per la collaborazione *post-delictum* dell'ente è affiorato, finora, nell'ordinamento interno solo nel settore dell'anticorruzione con l'intervento novellistico del 2019 (legge n. 3), ma nel quadro di un innalzamento draconiano e palesemente irragionevole dei livelli edittali delle sanzioni interdittive³⁹.

Possiamo ipotizzare ulteriori utili innovazioni. Due le abbiamo già evocate: potenziare il patteggiamento e introdurre una forma di *proba-*

³⁹ Dettagli e severe critiche in C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 537; N. PISANI, *La recente politica di inasprimento sanzionatorio tra irragionevolezza e irrazionalità*, in C. IASEVOLI (a cura di), *Croniche innovazioni tra diritto penale e processo*, Bari, 2021, p. 25 ss.; G. FIDELBO, V. MONGILLO, *Le recenti modifiche*, cit., p. 367 ss.

tion processuale dell'ente, sulla falsariga della messa alla prova oggi prevista per gli individui adulti. Sul versante della non punibilità, potrebbero essere, altresì, ricercati nessi di raccordo tra l'art. 131-bis c.p. e la responsabilità dell'ente, con opportuni accorgimenti.

8. Postilla conclusiva

Il d.lgs. n. 231/2001 ha rappresentato una *sfida culturale* che imponeva – e tuttora impone – una migliore formazione del giurista in materie così tecniche⁴⁰ e, soprattutto, un profondo cambio di mentalità negli operatori.

Questo mutamento di *habitus* mentale non ci pare sia ancora maturato appieno, specie nella magistratura (giudici, ma soprattutto pubblici ministeri). Essa continua a vedere nella nuova responsabilità un impaccio processuale. Dovrebbe piuttosto cogliervi uno strumento pragmatico con cui valorizzare e quindi incentivare l'impegno organizzativo degli enti (evitando il fallace senno del poi o approcci ipercautelativi *post factum*) e – in caso di non-compliance – per azionare la leva riparatoria del decreto 231.

Per vero, tutti gli operatori del diritto devono sforzarsi di metabolizzare la valenza positiva dei nuovi strumenti di contrasto al crimine di impresa.

Il legislatore, dal canto suo, deve ora evitare di farsi suggestionare dalle sirene di esperienze distanti dal contesto socio-economico italiano e poco coerenti con le nostre coordinate ordinamentali. Con il d.lgs. n. 231/2001, l'Italia è tornata a essere contesto di produzione giuridica, originale e avanzata; adesso è bene guardarsi dal divenire contesto di ricezione acritica di modelli altrui.

⁴⁰ Lo rimarca anche V. MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Giur. comm.*, 4/2021, p. 633 ss.