

## FLESSIBILITÀ E DISCREZIONALITÀ NEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DA REATO DELL'ENTE COLLETTIVO (\*)

di Vincenzo Mongillo

*Il saggio analizza il ruolo della discrezionalità nel sistema di responsabilità degli enti previsto dal d.lgs. n. 231/2001, evidenziando la flessibilità della fattispecie dell'illecito "corporativo", le perduranti incertezze nella valutazione della colpa organizzativa e l'ampiezza del potere giudiziale nella applicazione e commisurazione delle sanzioni. Si sottolinea come una corretta canalizzazione della discrezionalità, orientata al telos normativo e in particolare agli obiettivi della prevenzione ex ante e della riparazione ex post, possa contribuire a rafforzare l'efficacia e la razionalità del sistema, riducendo i rischi di arbitrarietà ed eccessiva imprevedibilità delle decisioni giudiziali. Il contributo si conclude indicando alcune possibili linee di riforma, finalizzate a consolidare la determinatezza normativa e l'equilibrio tra esigenze di efficienza e garanzie.*

SOMMARIO: 1. Note preliminari su discrezionalità, interpretazione e dintorni. — 2. Il d.lgs. n. 231/2001 come rivoluzione di sistema. — 3. Legalità flessibile e discrezionalità come motori trainanti del sistema 231: luci e ombre. — 4. Dalla repressione alla *compliance*: le ragioni economiche. — 5. La discrezionalità penale non è di per sé un male. — 6. Il faticoso decollo del nuovo ordito normativo. — 7. Gli obiettivi fondamentali del decreto 231 quali strumenti di "canalizzazione" della discrezionalità. — 8. Le ricadute del *telos* sulla struttura dell'illecito dell'ente. — 9. Il nodo della carente determinatezza legale delle cautele preventive e della prevedibilità del vaglio di idoneità del modello organizzativo. — 10. Esistono alternative più appaganti? Le insidie del paradigma "soggettivistico" di valutazione giudiziale della responsabilità dell'ente. — 11. Cosa possiamo realmente fare. — 12. Qualche considerazione di carattere processuale. — 13. Il sistema della responsabilità *ex crimine* dell'ente come sfida culturale aperta.

### 1. Note preliminari su discrezionalità, interpretazione e dintorni.

« La discrezionalità tra modernità e sistema » è il titolo della sessione in cui si colloca questo contributo, in linea con il perimetro tematico del convegno dedicato a « Evoluzione del sistema penale e giudizi discrezionali ».

---

(\*) Testo ampliato e integrato da note e aggiornamenti della relazione tenuta al Convegno "Evoluzione del sistema penale e giudizi discrezionali", svoltosi a Firenze il 9-10 maggio 2024 e organizzato dall'Università degli Studi di Firenze, Dipartimento di Scienze giuridiche.

Una componente distintiva della contemporaneità penalistica è *sine dubio* la responsabilità penale o “da reato” dell’ente collettivo, in Italia introdotta dal d.lgs. n. 231/2001, che ha sancito, di fatto, il congedo da un dogma plurisecolare, vale a dire l’impossibilità di assoggettare a pena soggetti meta-individuali<sup>1</sup>.

Secondo la chiave di lettura che ha orientato i lavori di questo consesso, il tema va affrontato nelle sue intersezioni con la discrezionalità penale.

Per sviluppare la nostra riflessione con piena consapevolezza, riteniamo opportuno delineare in premessa alcuni riferimenti concettuali essenziali sulla nozione di discrezionalità. Essi ci consentiranno di articolare con maggiore precisione le considerazioni successive.

Prendiamo le mosse, dunque, da un’affermazione del grande giurista tedesco Karl Engisch, che ci rende subito edotti della densità dell’oggetto d’indagine: « [...] il concetto di discrezionalità appartiene ai più difficili e complessi concetti della teoria del diritto », da sempre fonte di profonde divergenze di opinioni <sup>2</sup>.

Anche numerosi e illustri penalisti italiani si sono confrontati con questo rebus, e molte voci autorevoli hanno rinnovato tale impegno alla luce dei nuovi scenari della discrezionalità in ambito penale. Il quadro è estremamente composito e non può certo essere esaurito in questa sede, anche perché l’analisi si è sviluppata oscillando tra prospettive unitarie e approcci più settoriali, spesso declinati in relazione ai diversi profili della discrezionalità: come potere, come attività o come atto risultante dal suo esercizio.

Nondimeno, è possibile individuare alcune tendenze di fondo e linee definitorie prevalenti.

Pietro Nuvolone ci ha insegnato la differenza tra discrezionalità limitata e illimitata, tra margine vincolato e libero di discrezionalità, evidenziando la lesione che può arrecare ai principi di certezza del diritto e di uguaglianza un potere discrezionale senza paletti, attraverso cui l’organo giudicante viene investito di « una specie di sovranità » delegatagli dal legislatore, che nei fatti si espone al rischio di arbitrio, lasciando il cittadino in balia del giudice sovrano <sup>3</sup>.

Marcello Gallo ha argomentato — al pari di Bricola (che sarà richiamato poco più avanti) e di molti altri giuristi di lingua tedesca <sup>4</sup> — la necessità di tenere ben separate le

---

<sup>1</sup> Per un inquadramento della genesi del dibattito scientifico e dell’elaborazione normativa in materia, v., per tutti, a livello monografico, C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Torino, 2012, e, volendo, V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018.

<sup>2</sup> K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. a cura di A. Baratta, Milano, 1970, p. 177, 185 ss.

<sup>3</sup> P. NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice in materia di sanzioni nel diritto penale italiano*, in *Stellung und Aufgabe des Richters im modernen Strafrecht, Mélanges Oscar Adolf Germann*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 75, 1959, p. 223 ss.; ID., *Il sistema del diritto penale*, 2° ed., Padova, 1982, pp. 61-63 (« [...] il giudice non può creare precetti penali o ridimensionarne discrezionalmente la portata, né può creare i presupposti di un’applicazione diseguale della legge penale, a seconda dei soggetti giudicati o dei soggetti giudicanti », sottolineando come il principio di discrezionalità, particolarmente ampio in materia di sanzioni, « non si contrappone, ma si coordina, al principio di legalità »).

<sup>4</sup> Cfr., per alcuni utili riferimenti, K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., p. 189.

nozioni di “interpretazione” e di “discrezionalità”. Su questa linea, in uno dei suoi ultimi scritti, il maestro torinese ha rivolto a Kelsen l’appunto di farne « un tutt’uno », cioè di considerare « allo stesso modo la lettura, la scelta, della fattispecie condizionante e la lettura, la scelta delle conseguenze condizionate »<sup>5</sup>.

Quest’assunto muove dalla considerazione secondo cui, mentre l’interpretazione in diritto penale deve sempre partire da un testo legale — più o meno determinato o elastico — per giungere alla soluzione del caso concreto, con il corollario del divieto di analogia (art. 14 delle preleggi, art. 1 c.p., art. 25, comma 2, Cost.), nella discrezionalità è invece assente un canovaccio legale predefinito e vincolante, di modo che la norma (reale) viene imposta dal caso concreto. Come ha argomentato Franco Bricola, « discrezionalità e interpretazione sono due categorie logiche distinte. Il procedimento ermeneutico è destinato ad operare fin dove esiste una significazione astratta da rendere esplicita nel caso concreto, indipendentemente dal grado di perfezione della tecnica normativa di tipicizzazione: è, infatti, interpretazione anche l’attività di chiarificazione dei concetti elastici e indeterminati »<sup>6</sup>. Sicché, « la nostra locuzione di “discrezionalità” ha [...] un significato più pregnante; derivando da “discernere” richiama più immediatamente l’idea dell’individuazione della regola per il caso concreto, ovvero di un suo significato di valore idoneo a far scattare un certo trattamento penale ». Nel caso dei « concetti indeterminati, [...] la regola è già astrattamente, sia pure non in forma esplicita, fissata »<sup>7</sup>.

La posizione di Bricola cristallizza con magistrale nitore l’impostazione tradizionalmente preminente nella dottrina penalistica italiana, in cui prevale la netta distinzione — perlomeno dalle altezze dei concetti — tra attività interpretativa e attività discrezionale.

A Bricola si devono anche direttive fondamentali — e che torneranno assai utili ai nostri fini — per circoscrivere il filtro della discrezionalità penale entro limiti compatibili con il dettato costituzionale. Al di là della funzione di garanzia assoluta dall’obbligo di motivazione<sup>8</sup>, primeggia la corretta *ricognizione ermeneutica della funzione o scopo*, predeterminato dalla legge, per orientare l’esercizio della discrezionalità come potere di scelta tra più soluzioni astrattamente ammissibili. Sotto questo profilo, il maestro bolognese individuò il paradigma della discrezionalità penale nell’art. 133 c.p.,

<sup>5</sup> M. GALLO, *Stimatissimo professor Kelsen*, Torino, 2020, p. 99, secondo cui « conviene, però, distinguerle perché distinte sono le regole che governano l’una e l’altra ».

<sup>6</sup> F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, Milano, 1965, p. 203 s.

<sup>7</sup> F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 160 s.; e ancora a p. XXXV delle *Considerazioni preliminari*: « [...] la discrezionalità penale significa infatti analizzare un certo tipo di norme penali sostanziali le quali si completano e si integrano in fase di accertamento alla luce della particolare significatività e della serie di valori espressa dal caso concreto ». Cfr. anche il già richiamato P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., p. 63, secondo cui è solo *apparente* la discrezionalità « che concerne la scelta tra un risultato e un altro dell’interpretazione della norma, sempre possibile quando la formula legislativa ha una certa elasticità »; è invece *reale* « quando la stessa legge attribuisce al giudice il potere di optare per l’una o per l’altra soluzione del caso concreto ».

<sup>8</sup> F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., pp. 5, 26 e *passim*. Cfr. anche A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, p. 205, sulla motivazione come « limite estrinseco all’esercizio del potere discrezionale del giudice penale ».

l'unico dato testuale disponibile, in cui troviamo l'enumerazione di tutti i criteri oggettivi e soggettivi, e quindi di « tutti i possibili elementi di valutazione per adeguare la pena al caso concreto ». Questa operazione, però, ha chiarito Bricola, deve sempre svolgersi entro i confini segnati dalle disposizioni costituzionali e in coerenza con gli scopi legittimamente perseguiti dalla pena. Proprio per la sua onnicomprensività, l'elenco contenuto nell'art. 133 c.p. non rappresenta un reale vincolo per il giudice<sup>9</sup>. Anche in assenza di questa disposizione, egli « non potrebbe che fare riferimento ai medesimi criteri »<sup>10</sup>.

Ecco prendere forma, dunque, i contorni della discrezionalità penale quale « forma di equità » ovvero « giudizio del caso concreto »<sup>11</sup>. L'essenza della discrezionalità consiste nella rinuncia del legislatore a « fissare in forma astratta i differenti significati di valore o di disvalore del fatto, tali da condizionare un certo trattamento giuridico-penale, nonché i differenti tipi criminologici »<sup>12</sup>. Tale rinuncia si traduce in un rinvio al caso concreto « nella sua multiforme varietà »<sup>13</sup>; più in dettaglio, « il segno distintivo della discrezionalità penale è il rinvio esplicito da parte del legislatore al caso concreto, che deve esprimere la significatività di valore più idonea e conforme allo scopo »<sup>14</sup>.

Seguendo queste coordinate, lo scopo diviene la bussola del giudice chiamato a fare buon uso del potere discrezionale<sup>15</sup>. In tal senso, « la rieducazione quale connotato teleologico della pena non è criterio che si aggiunga a quelli indicati dall'art. 133 c.p., ma semplice metro per la valutazione dei medesimi; la quale deve compiersi in guisa tale da consentire l'adeguarsi della pena, per specie e quantità, alla personalità del reo »<sup>16</sup>.

Fatte queste premesse, va comunque riconosciuto che l'impiego di termini a sfondo tecnico-giuridico si basa, per lo più, su definizioni stipulative. Non sorprende, dunque, che le articolazioni di un concetto nominale possano variare o, quantomeno, assumere sfumature semantiche differenti nelle pratiche argomentative e discorsive.

---

<sup>9</sup> Si veda anche la critica tradizionale secondo cui l'art. 133 c.p. risulterebbe inadeguato a costituire un reale vincolo per il giudice nell'esercizio del suo potere discrezionale, in quanto la norma non esplicita le finalità della pena: su questo punto, per tutti, si rinvia a E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, p. 34.

<sup>10</sup> F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 98.

<sup>11</sup> F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 102.

<sup>12</sup> F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 99.

<sup>13</sup> Coglie questo profilo, centrale nella speculazione dell'A., anche G. INSOLERA, *Introduzione. La discrezionalità nel diritto penale: ieri, oggi e domani*, in F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. XV.

<sup>14</sup> F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 102.

<sup>15</sup> Com'è noto, lo scopo in vista del quale è attribuito al giudice il potere discrezionale ex art. 133 c.p. e, al contempo, in grado di limitarne l'espansione, unitamente ad altri principi costituzionali, è da Bricola ricavato dall'art. 27, comma 3, Cost. riassumendosi dunque nella finalità rieducativa della pena, sia pure senza annullare il principio retributivo quale « momento logico coesistente alla pena »: F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 80 ss., 85, 93 ss. Diversamente, « l'onniscoprensività dell'art. 133 dimostr[erebbe] l'impossibilità di assumere i criteri ivi indicati in funzione di vincolo all'esercizio del potere discrezionale del giudice » (p. 99).

<sup>16</sup> F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 92.

Così, lo stesso Engisch, nel distinguere concettualmente tra “discrezionalità sulla fattispecie” (rispetto alla quale è invalso, nel lessico tedesco, il ricorso all’espressione *Tatbestandsermessen*) e “discrezionalità sulla conseguenza giuridica” (*Rechtsfolgenermessen*), riteneva che fosse possibile « avere sia in un caso che nell’altro a che fare con una vera discrezionalità », considerato anche « l’intimo legame fra i due tipi di discrezionalità »<sup>17</sup>. Nondimeno, consapevole dell’importanza della certezza giuridica quale esigenza pratica che coinvolge anche il ruolo del giudice, lo stesso Engisch precisava che « l’ambito della discrezionalità è ristretto e limitato fondamentalmente all’amministrazione. Il cosiddetto potere discrezionale del giudice è in gran parte vincolato. Nel caso di concetti indeterminati e degli elementi normativi della fattispecie si tratta per lo più di concetti normativi che richiedono indubbiamente una valutazione, ma non una valutazione personale, bensì una oggettivamente valida, univoca. Quei concetti però che sfociano in un vero potere discrezionale sono inevitabilmente al tempo stesso (entro certi limiti) concetti indeterminati e normativi. Dobbiamo poi annoverare fra i concetti normativi anche le cosiddette disposizioni “permissive”, le quali autorizzano implicitamente l’operatore giuridico ad una valutazione personale »<sup>18</sup>.

Più di recente, un filosofo del diritto del calibro di Luigi Ferrajoli, nel respingere il concetto di « interpretazione creativa », ritenuto *ex se* ossimorico, al pari di ogni teoria creazionista del diritto ad opera dei giudici<sup>19</sup>, ha ribadito però che l’interpretazione giuridica non può esaurirsi in una mera applicazione meccanica della legge. Sotto questo profilo, egli parla espressamente di « discrezionalità nell’interpretazione della legge »<sup>20</sup>, oltre che nella « valutazione delle prove », riconducendo alla « dimensione equitativa » del giudizio « il rapporto tra l’universalità delle norme applicate e la singolarità dei casi concreti che sono oggetto del giudizio »<sup>21</sup>. Ferrajoli, peraltro, non manca di riconoscere le difficoltà che s’incontrano nel tracciare un rigido confine tra interpretazione legittima e creazione illegittima di nuovo diritto, in assenza di criteri distintivi chiari<sup>22</sup>, così come il carattere fatalmente “relativo” della tassatività, « sicché la verità giuridica raggiunta

---

<sup>17</sup> K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., p. 188 s. Diversamente, F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 202, riteneva che l’espressione *Tatbestandsermessen*, cioè la discrezionalità nella determinazione del tipo di fatto, non abbia ragione d’essere, tra l’altro per la sua contraddittorietà intrinseca, posto che discrezionalità « significa rinuncia a fissare significati astratti ».

<sup>18</sup> In quest’ordine di idee, l’A. riservava il concetto di discrezionalità ai casi di valutazione personale del giudice, *ergo* non vincolata a criteri oggettivi del giusto, escludendo che, ad esempio, potesse dirsi discrezionale un concetto normativo-valutativo come quello di “osceno”: K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., p. 184, 187 s., 192. Certamente, ad avviso di Engisch, è un atto di discrezionalità « la determinazione concreta della pena ad opera del giudice »: p. 191, nonché p. 205, in ordine al potere di scelta di una pena pecuniaria.

<sup>19</sup> Di recente, nella vastissima produzione dell’Autore, v. L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Bari-Roma, 2024, p. 80 ss.

<sup>20</sup> Cfr., da ultimo, anche F. VIGANÒ, *Discrezionalità interpretativa del giudice e valore dei precedenti*, in *Sist. pen.*, 1 luglio 2025, secondo cui « ogni atto di interpretazione della legge [...] costituisce il frutto di una decisione da parte del giudice » e, come tale, « comporta l’esercizio di importanti margini di discrezionalità ». A differenza di Ferrajoli, tuttavia, Viganò ritiene che « l’interpretazione [...] in una certa misura crea il diritto, e comunque lo *conforma*, interagendo con il formante legislativo ».

<sup>21</sup> L. FERRAJOLI, *Giustizia*, cit., p. 31.

<sup>22</sup> L. FERRAJOLI, *Giustizia*, cit., p. 82 e nt. 2 (richiamando anche le tesi di G. PINO).

con l'interpretazione è sempre più o meno opinabile e richiede quindi una decisione argumentata in ordine alla scelta interpretativa ritenuta più plausibile »<sup>23</sup>.

Non v'è dubbio, al riguardo, che il distinguo tra interpretazione e discrezionalità tenda viepiù ad assottigliarsi nell'attuale temperie storica, dominata dall'imperiosa ascesa del "diritto vivente" e dalla tendenza alla giurisdizionalizzazione delle fonti. Lungo questo crinale la *iuris-dictio* tende a sottrarsi ai vincoli della *legis-latio*, erodendo in misura preoccupante il principio della divisione dei poteri su cui si fonda lo Stato di diritto.

Merita porre l'accento, per completare questa breve rassegna di taglio concettuale, su un'ulteriore espressione dello *ius dicere* che, nell'esperienza italiana, fu colta con acume da Alfonso M. Stile in un fortunato scritto degli anni settanta, laddove mise in luce come l'esercizio della discrezionalità penale possa talvolta sconfinare in una vera e propria "politica penale giudiziaria". Questa torsione si realizza quando la discrezionalità non è esercitata per tenere conto della realtà del caso concreto all'interno del sistema e segnatamente « per proseguire l'opera del legislatore dove questi non può inoltrarsi », « sul metro dei fini da esso assegnati al giudice ». Al contrario, essa si manifesta come un fenomeno di « macroscopico distacco dell'esercizio del potere discrezionale dai canali legislativi », di « distacco della prassi dallo stretto diritto », fino a determinare una vera e propria « rottura del sistema ». In quest'ultimo caso, il giudice finisce per sostituire « le proprie valutazioni, legate alla concretezza dell'episodio criminoso, a quelle normative » (di parte speciale)<sup>24</sup>.

Se quanto finora detto è vero, occorre anche comprendere che il rischio di un dominio incontrollato della decisione giudiziale sulla fonte normativa non si argina lanciando sterili anatemi contro i giudici, ma ripartendo da una scienza della legislazione all'altezza del suo compito<sup>25</sup>. *Scienza della legislazione e scienza della giurisdizione* — all'interno della quale la definizione dell'ambito e dei limiti della discrezionalità giudiziale costituisce un tassello fondamentale — rappresentano infatti i due pilastri coessenziali su cui si regge un solido edificio giuridico.

## 2. Il d.lgs. n. 231/2001 come rivoluzione di sistema.

Il nostro compito, fortunatamente, non è tentare di dirimere tutte le diatribe, annose e complesse, sollevate dalle nozioni di interpretazione e discrezionalità.

Le coordinate concettuali fin qui delineate sono utili, però, per addentrarsi nell'oggetto specifico di questa riflessione, che — come si è detto — verte sul grande

<sup>23</sup> L. FERRAJOLI, *Giustizia*, cit., p. 24.

<sup>24</sup> A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-1977, pp. 275 ss., 278, 281 nt. 12, 282, 300. Dello stesso A., si veda anche la limpida definizione di discrezionalità come « *potere concesso al giudice di cogliere un significato di valore*, cui sono collegate conseguenze giuridiche, senza la mediazione di una fattispecie per attuare la volontà legislativa (contenuta nella norma che conferisce il potere) preliminarmente individuata attraverso i normali canoni dell'interpretazione »: ID., *Il giudizio di prevalenza*, cit., p. 191.

<sup>25</sup> In tema, v., da ultimo, il volume collettaneo a cura di C.E. PALIERO - V. MONGILLO - R. BARTOLI, *La scienza della legislazione penale. Riforme e prospettive di razionalizzazione*, Napoli, 2024.

*novum* della responsabilità da reato dell'ente collettivo, osservata dall'angolazione della discrezionalità penale.

Cominciamo così col compendiare, servendoci di una formula di sintesi, l'impatto del d.lgs. n. 231/2001 sull'ordinamento penale: esso ha rappresentato una *rivoluzione* di sistema, non un'eccezione all'interno del sistema. In altre parole, non si è trattato dell'ennesima legge emergenziale dell'Italia repubblicana, questa volta votata a un più efficace contrasto della criminalità di impresa.

La radice di questa svolta epocale negli equilibri interni al sistema penale è ben nota: l'incremento del *corporate crime* nell'epoca in cui viviamo, frutto anche delle dinamiche economiche globali.

Ciò ha generato grandi sommovimenti nell'ordinamento e nella dommatica penale, con l'obiettivo di fondo di evitare distorsioni del mercato su scala locale e globale e l'accumulazione di ricchezze illecite.

Sono affiorate, così, le *tre grandi frontiere* del nuovo diritto penale dell'economia o dell'impresa: (i) la proliferazione — e la progressiva centralità applicativa — delle varie forme di sequestro e confisca; (ii) la crescita esponenziale di varie tecniche di ingerenza amministrativa o giudiziale nell'impresa, che sta dando luogo a una sorta di nuovo dirigismo pubblico nell'economia<sup>26</sup>; (iii) infine, per quanto più ci interessa in questa sede, il congedo dal plurisecolare assioma *societas delinquere non potest*, che pure riflette un *trend* di respiro globale.

Da quest'ultima angolazione, il decreto 231 ha introdotto una discontinuità paradigmatica non solo per l'emersione di un nuovo "soggetto criminale", ma anche — ed è il punto su cui dobbiamo ora soffermarci — per l'accentuata flessibilità dell'illecito e la discrezionalità riconosciuta al giudice, che di codesto sistema rappresentano tratti genetici e si estendono finanche all'accertamento della *culpa* dell'ente, sino al punto da evocare una vera "trasmutazione dei valori", volendo richiamare una categoria nicciana.

### 3. Legalità flessibile e discrezionalità come motori trainanti del sistema 231: luci e ombre.

Precisiamo meglio il nostro pensiero.

Il d.lgs. n. 231/2001 non manca di un solenne riconoscimento del *principio di legalità* dell'illecito dell'ente e delle relative sanzioni. Questo canone dell'epistemologia penalistica moderna è anzi stentoreamente affermato già all'art. 2 del nostro *corpus*

---

<sup>26</sup> Sia consentito, sul punto, il rinvio a V. MONGILLO, *Anatomia della prevenzione economico-aziendale antimafia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2023, nn. 3-4, p. 515 ss. (anche per ulteriori riferimenti bibliografici); nonché, ID., *Struttura, scopi e prospettive della prevenzione economico-aziendale antimafia*, in A. GULLO - V. MONGILLO (a cura di), *Manuale della prevenzione economico-aziendale antimafia*, Torino, 2025, p. 1 ss. Cfr., da ultimo, anche G.M. FLICK, *Il giudice e l'impresa. Economia e diritto: un rapporto difficile*, Milano, 2025, p. 107 ss., 115 ss., con accenti critici in merito all'evoluzione del contrasto alla "pericolosità sociale" dell'impresa e al ricorso agli strumenti di "bonifica" della stessa, qualificati come « forme alternative di perseguimento di reati che sarebbe difficile provare attraverso i meccanismi ordinari del processo penale »; nonché V. MANES, *La resistibile ascesa della "prevenzione mite"*, in *Diritto di difesa*, 30 luglio 2025.

normativo, che lo sancisce in tutti i suoi corollari, tant'è che vi figura anche l'avverbio "espressamente", in omaggio all'idea di tassatività.

Tuttavia, se si legge l'intera trama del decreto, emerge in filigrana una notevole elasticità nella conformazione del tipo di illecito corporativo e dei suoi presupposti, nonché un'esplosione di discrezionalità nella concretizzazione della risposta sanzionatoria.

In generale, risalta l'ampio ricorso a *concetti indeterminati*, per lo più concetti quantitativi non numerici, che si collocano sulla linea di confine tra mera interpretazione e "vera" discrezionalità: "vantaggio minimo", "danno patrimoniale di particolare tenuità", "prevalente interesse proprio o di terzi", "profitto di rilevante entità", "gravi carenze organizzative", "enti di piccole dimensioni"<sup>27</sup>, ecc. In più, sul piano sanzionatorio, si fa ricorso a norme permissive che facoltizzano il giudice, ad esempio, ad applicare l'interdizione definitiva all'ente plurirecidivo. Gli si richiedono, infine, giudizi prognostici la cui base cognitiva non è chiara: efficacia della sanzione pecuniaria, idoneità a prevenire ulteriori illeciti nel caso delle sanzioni interdittive, ecc.

I due momenti della dinamica punitiva — fattispecie di illecito e reazione sanzionatoria — sono, come ovvio, strettamente legati. Nel caso di specie, l'elasticità della fattispecie condizionante (il tipo di illecito corporativo e i suoi presupposti) e la discrezionalità concernente la conseguenza condizionata non accompagnano solo singole norme o istituti, ma permeano l'intero sistema.

Si sarebbe tentati di dire, quindi, che la discrezionalità, nel contesto in disamina, penetra sin quasi a invadere la stessa *fattispecie*: non si arresta alla scelta della sanzione o alla commisurazione infraeditale.

Ad ogni modo, per quanto concerne gli *apparati sanzionatori*, la trasformazione è stata, quasi naturalmente, ancora più radicale e strutturale. Essa non ha riguardato solo le *tipologie di sanzioni* ritagliate sull'ente collettivo, il che è auto-evidente: se si intende colpire un soggetto privo di sostrato psico-fisico e autocoscienza, occorre necessariamente aggiornare il catalogo delle sanzioni. Così, nel d.lgs. 231 troviamo tipizzate la sanzione pecuniaria, la sanzione ablativa (confisca), le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza di condanna.

La grande metamorfosi ha però investito anche le *dinamiche sanzionatorie*, ormai lontanissime dal ferreo legalismo del Codice Rocco delle origini, per quanto già fortemente ridimensionato a partire dalla storica novella del 1974<sup>28</sup>. Emerge una spiccata mobilità anche nella proiezione *in action* del sistema.

Nella visione tradizionale dello *ius terribile*, la pena, come risposta monistica ai fenomeni criminali, è per sua natura rigida e indefettibile<sup>29</sup>. Al reato deve

---

<sup>27</sup> Corsivi nostri.

<sup>28</sup> Sullo «straordinario ampliamento del potere discrezionale del giudice» indotto da questa riforma codicistica, v. A.M. STILE, *Discrezionalità*, cit., p. 284; F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, 3<sup>a</sup> ed., 1985, p. 23 ss., 29 ss.

<sup>29</sup> Per tutti, A. di MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, *passim*; più di recente, 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.

necessariamente corrispondere — quale negazione del delitto e dunque riaffermazione del diritto — una pena o, più in generale, una o più sanzioni penali, se in questa nozione si comprendono anche le misure di sicurezza. È il paradigma tradizionale, basato sul binomio legalità sostanziale e legalità processuale: *nullum crimen sine lege* (formulazione legislativa e tassativa della fattispecie) e *nullum crimen sine poena* (quindi obbligatorietà dell'azione penale). Questo binomio ha rappresentato, a lungo, la nostra postura mentale, in cui hanno albergato anche nitide venature retributive.

Se studiamo il variegato arsenale sanzionatorio forgiato dal d.lgs. n. 231/2001, notiamo, in particolare, due direttrici fondamentali<sup>30</sup>. Accanto al suddetto diffuso ricorso a elementi quantitativi non numerici, a clausole di facoltatività e a giudizi prognostici, ecc., viene in rilievo un marcato *gradualismo* funzionale a modulare la risposta sanzionatoria in relazione alla varietà idealtipica degli enti destinatari. Così, le sanzioni patrimoniali obbligatorie colpiscono l'ente lecito, occasionalmente incorso in un reato e dunque "correggibile" senza necessità di trattamenti invasivi. Diversamente, le sanzioni interdittive si applicano — in aggiunta a quelle patrimoniali — all'ente che abbia conseguito un profitto di rilevante entità, quando il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale, oppure in presenza di gravi carenze organizzative che abbiano determinato o agevolato un reato commesso da un soggetto sottoposto. Esse colpiscono, inoltre, l'ente recidivo (per "reiterazione degli illeciti"), quello plurirecidivo (una sorta di delinquente corporativo abituale), sino all'ente criminale, per il quale è prevista, in forma cogente, l'interdizione definitiva dall'attività.

Questa porosità si manifesta anche sotto forma di una pressione implicita, ma ben tangibile, sul destinatario affinché intraprenda azioni positive *post factum*. La spinta a "riparare" evidentemente funziona, perché le statistiche rivelano l'estrema rarità delle sanzioni interdittive applicate all'esito del processo in questa materia<sup>31</sup>.

A nostro avviso, entro questi limiti funzionali, la discrezionalità resta nei confini di un pragmatismo utilitaristico tollerabile.

Appare, invece, insostenibile lo strappo alla legalità che si è consumato nel campo delle *confische*, l'unica sanzione non proporzionabile in senso classico (cioè in chiave retrospettiva) entro una forbice edittale, e sicuramente la più temuta dalle imprese per gli importi che può raggiungere in concreto. Sotto questo profilo, ci sembra che le incertezze che ancora ammantano la nozione e i criteri di calcolo del profitto confiscabile — una lacuna invero diffusa nei vari ordinamenti nazionali e che affligge

---

<sup>30</sup> Per considerazioni più diffuse, si rimanda a V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni applicabili all'ente collettivo tra prevenzione e riparazione. Prospettive de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2022, nn. 3-4, p. 559 ss. Sulla fisionomia e le funzioni/scopi del sistema sanzionatorio 231, v. anche C.E. PALIERO, *Il sistema sanzionatorio dell'illecito dell'ente: sistematica e rationale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 1199 ss.; M. CATENACCI, *Sanzioni per l'ente e fini della pena: qualche riflessione*, in V. Plantamura - G. Salcuni (a cura di), *Liber amicorum Adelmo Manna*, Pisa, 2020, p. 87 ss.; A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001*, Torino, 2022, *passim*; V. TORRE, *La "capacità di pena" della persona giuridica*, Pisa, 2023, p. 79 ss.

<sup>31</sup> Si vedano i dati raccolti nell'ambito di una ricerca coordinata dal CNPDS e resi pubblici nel volume curato da S. MANACORDA - F. CENTONZE (a cura di), *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti: dato empirico e dimensione applicativa*, Bologna, 2023, p. 163 ss.

anche gli analoghi istituti ablatori previsti nel diritto penale delle persone fisiche — non siano più accettabili nell’ottica dello Stato di diritto. Esse costituiscono una patente violazione del principio di legalità della sanzione, *sub specie* di determinatezza, in un nucleo oggi fondamentale della potestà statuale di ingerenza nei diritti fondamentali. L’incertezza qui lamentata è, in effetti, un problema serissimo. Benché, infatti, la confisca, sul piano logico-finalistico, serva a “perequare” anziché a punire, essa può facilmente tracimare, in concreto, in una sanzione grossolanamente “eccessiva” e finanche assumere una portata interdittiva *de facto* sin dalla fase cautelare (sequestro). Ci sembra, pertanto, non più rinviabile una precisazione legislativa della nozione di profitto illecito, anche nelle sue diverse costellazioni casistiche, ad es. rispetto al riparto dell’ablazione patrimoniale nelle situazioni di *joint liability*<sup>32</sup>. Ad ogni modo, l’assunzione di un ruolo impropriamente afflittivo da parte della confisca (e, a monte, dei sequestri) è stata fomentata nella prassi anche da un livello edittale della sanzione pecuniaria non particolarmente incisivo, specie nei confronti della grande azienda<sup>33</sup>.

#### 4. Dalla repressione alla compliance: le ragioni economiche.

Perché questa accentuata flessibilità del “tipo” e questa marcata discrezionalità nella risposta sanzionatoria?

Non sembrerebbe trattarsi di una scelta dettata da ragioni di efficienza processuale, in quanto i procedimenti instaurati ai sensi della normativa in parola non affliggono numericamente il sistema; anzi, se ne lamenta da più parti la sporadicità.

In un mondo dominato dal mercato, la ragione è, a nostro avviso, squisitamente strumentale-economica.

Da un lato, si avverte l’urgenza di mettere paletti a dinamiche economiche travolgenti che altrimenti rischierebbero di sottrarsi a qualsiasi forma di controllo istituzionale (il c.d. “turbocapitalismo” o “supercapitalismo”<sup>34</sup>). In tale contesto, il nuovo paradigma della responsabilità *ex crimine* dell’ente collettivo rappresenta, a livello sia locale che globale, una risorsa punitiva di primaria importanza, messa a disposizione degli apparati di *enforcement* per il contrasto efficace della criminalità aziendale.

<sup>32</sup> Sul punto, si veda, da ultimo, l’intervento nomofilattico della Cass., Sez. Un., 8 aprile 2025, n. 13783, in *Giur. it.*, 2025, n. 10, con nota di M. PIERDONATI, *La confisca del profitto al vaglio delle Sezioni Unite: verso nuovi equilibri applicativi*.

<sup>33</sup> Rilevi critici anche in OECD, Working Group on Bribery, *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention, Phase 4 Report, Italy*, 13 ottobre 2022, p. 74 ss. In generale, sulla sanzione pecuniaria applicabile all’ente collettivo, v., da ultimo, la densa monografia di L. PELLEGRINI, *Sanzione pecuniaria e responsabilità degli enti. Modelli strutturali, tecnica premiale, funzionalismo ed effettività riscossiva*, Torino, 2025, p. 9, 503, che nota come i limiti edittali siano troppo elevati per imprese piccole e medio-piccole o in profonda crisi, mentre di contro « la complessiva somma di euro 1.549.370, esito della moltiplicazione fra il massimo del numero (1.000) ed il massimo dell’importo (euro 1.549,37) delle quote, non appare in grado di fotografare correttamente né la gravità dei fenomeni criminali, né la forza economico-patrimoniale delle grandi imprese sul suolo italiano ». Vedi, peraltro, anche le riflessioni dell’A. in merito all’ineffettività nella prassi della sanzione pecuniaria (p. 444 ss.).

<sup>34</sup> R.B. REICH, *Supercapitalism. The Transformation of Business, Democracy, and Everyday Life*, New York, 2007.

Dall'altro lato, l'economia — intesa come fenomeno sociale ad elevata complessità e caratterizzata da un'estrema dinamicità e varietà di attori, attività e *output* — reclama risposte duttili, che evitino il rischio di un collasso sistemico foriero di conseguenze persino più rovinose. Da questo punto di vista, se applicata all'impresa societaria, la pena in sé può fare ben poco, persino meno di quello che riesce a ottenere rispetto agli individui in carne ed ossa. Anzi, può generare pregiudizi superiori ai benefici attesi. Può distruggere valore economico e sociale, salvo che nel caso estremo dell'impresa strutturalmente criminale, la cui espulsione dal mercato si impone senza esitazioni.

Diversamente, la *compliance* che funziona può servire a rigenerare l'impresa, a bonificare la situazione organizzativa criminogena e alla salvaguardia della ricchezza e dell'occupazione. Questo, a ben vedere, è un *Leitmotiv* che oggi attraversa ampi settori dell'ordinamento e che ha alimentato la nascita di una fitta rete di norme ispirate a una logica conservativa: amministrazione di aziende sequestrate, crisi di impresa, misure c.d. "curative" previste dal codice antimafia in alternativa a quelle meramente ablative, ecc. In questo scenario, il d.lgs. 231/2001 si è progressivamente affermato anche come *asset* organizzativo cruciale per una gestione sana ed equilibrata dell'impresa, rispettosa di esigenze di sostenibilità economica e sociale, in linea con le finalità costituzionali sancite dall'art. 41 Cost., quali contrappesi della libertà d'iniziativa economica: tutela della salute, dell'ambiente, della sicurezza, nonché della libertà e dignità della persona.

Inoltre, nel porre l'accento sulle virtualità prevenzionistiche della *compliance*, il legislatore ha colto precocemente il vento che si stava levando dalle trasformazioni dell'economia, dei metodi di *governance* dell'impresa e delle tecniche regolatorie internazionali. Il modello di organizzazione e di gestione del rischio-reato si inserisce infatti nel più ampio rinnovamento delle strategie aziendali, fondate sulla centralità dei sistemi di *risk management* e di controllo interno.

Emblematico, a tale riguardo, è il proliferare negli ultimi anni di funzioni e strutture societarie dedicate: funzione di *compliance*, *internal audit*, *risk management*, comitati di *audit* nelle società quotate, ecc. Ulteriori segnali di tale tendenza si rinvencono nella riforma societaria del 2003, che ha attribuito al collegio sindacale il compito di vigilare sull'adeguatezza e sul funzionamento degli assetti organizzativi (art. 2403 c.c.), così come negli obblighi imposti agli amministratori (art. 2381 c.c.) e, più di recente, nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il quale — attraverso l'art. 375 (che ha determinato la sostituzione dell'art. 2086 c.c.) — ha introdotto il dovere per l'imprenditore che operi in forma societaria di dotarsi di assetti organizzativi, amministrativi e contabili idonei a rilevare tempestivamente lo stato di crisi.

## 5. La discrezionalità penale non è di per sé un male.

Possiamo formulare a questo punto una prima convinzione, pur senza poterne in questa sede sviluppare compiutamente tutte le implicazioni.

In linea generale, un ripudio secco e indiscriminato della flessibilità nella conformazione della fattispecie e della discrezionalità nella risposta sanzionatoria, anche

quando animato dall'impegno per l'affermazione dello Stato di diritto, finisce per rispecchiare una forma semplicistica di giuspositivismo logico-deduttivo<sup>35</sup>.

La discrezionalità, infatti, non è un bene o un male in sé: la sua reale portata è questione di misura e di scopi<sup>36</sup>.

Essa diviene patologica quando accentua a dismisura la dimensione potestativa delle scelte del pubblico ministero e quando fa rima con l'illimitata libertà di decisione del giudice, *ergo* col puro arbitrio giudiziale di taglio pre-moderno, inaccettabile dalla prospettiva costituzionale.

Ed è proprio questa — si potrebbe osservare — la cifra distintiva non tanto del sistema punitivo dell'ente disciplinato dal d.lgs. n. 231/2001, quanto piuttosto di quella vera e propria "terra di nessuno" nella quale oggi gravitano le misure di prevenzione patrimoniali (d.lgs. n. 159/2011): da quelle ablativo a quelle economico-aziendali di più recente conio, adottate al di fuori del circuito processuale penale.

Viceversa, il decreto 231 rappresenta un tentativo meritorio di bilanciare, in modo ragionevole, efficienza e garanzie. In questo contesto, la regola di giudizio c'è: è una regola che valorizza il ruolo dell'autorità giudiziaria sin dalla fase delle indagini preliminari, attraverso una flessibilità e una discrezionalità piegate — nella logica del sistema — non alle personali vedute del pubblico ministero o del giudice, bensì alla realizzazione degli obiettivi positivi sottesi al corpo normativo.

Semmai, l'insidia maggiore sembra oggi derivare dal confuso intersecarsi di segmenti normativi eterogenei, senza regole di raccordo. L'organo requirente ha a disposizione in molti casi plurimi binari paralleli e non comunicanti: l'azione punitiva *ex* d.lgs. n. 231/2001, l'attivazione della prevenzione patrimoniale, l'impiego di misure di controllo processuali, penali o extrapenali, cautelari o applicabili all'esito del giudizio.

In questo scenario, la discrezionalità rischia di tramutarsi in arbitrarietà sistemica, alimentata da una carenza di normazione primaria e da una debole cultura dei contrappesi.

## 6. Il faticoso decollo del nuovo ordito normativo.

È giunto il momento di approfondire la proiezione teleologica del sistema delineato dal d.lgs. n. 231/2001. Prima, tuttavia, è opportuno soffermarsi su un dato di fatto difficilmente contestabile: il nuovo *ordo* della responsabilità dell'ente si sta affermando molto lentamente nella prassi giudiziaria. Diverso è il discorso per l'esperienza aziendale, giacché — è bene ricordarlo! — questa rappresenta oggi l'unica disciplina penalistica che vive e opera anche al di fuori del processo.

---

<sup>35</sup> Per tutti, nella letteratura anglo-americana, in merito ai fraintendimenti o alle interpretazioni errate del positivismo giuridico, J. GARDNER, *Legal Positivism: 5½ Myths*, in *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, 2001, p. 199 ss.; A.J. SEBOK, *Misunderstanding Positivism*, in *Michigan Law Review*, vol. 93, 1995, p. 2054 ss.

<sup>36</sup> Del resto, anche la pena rieducativa è *ex definitione* flessibile, almeno nella fase esecutiva. Specie a seguito della c.d. riforma Cartabia (d.lgs. n. 150/2022), lo è divenuta di fatto anche nella fase cognitiva per molti reati.

Nella dimensione strettamente processuale, però, la regolamentazione in esame fatica ancora a decollare e a ottenere un'accettazione spontanea e diffusa da parte degli operatori del diritto. Le ragioni di tale stasi sono molteplici.

Pesano certamente, da un lato, la persistente scarsa familiarità con il decreto nei suoi risvolti più articolati e un *deficit* di cultura aziendale-organizzativa che affiora in non trascurabili aree della magistratura; dall'altro lato, le resistenze dommatico-giuridiche riconducibili alla plurisecolare tradizione antropocentrica dei nostri sistemi penali; senza dimenticare, infine, l'impatto erosivo di microsistemi concorrenti, pure a vocazione dichiaratamente "prevenzionistica", anche al di là della criminalità mafiosa od organizzata (si pensi, ad esempio, al contrasto allo sfruttamento lavorativo o al riciclaggio).

Ma a pesare ancor più, a nostro parere, è il senso di vertigine che l'operatore sperimenta di fronte a una nuova meccanica giuridica, capace di dissolvere moduli classici un tempo consolidati e di cui tende a percepirsi solo l'aggravio processuale. Ne risulta una deformazione dell'impianto: la flessibilità e la discrezionalità sostanziali, tratti strutturali del sistema 231, vengono trasposte in una discrezionalità processuale che non appartiene al modello delineato dal legislatore e che finisce per tradursi in una gestione arbitraria persino dell'annotazione dell'illecito, ancor prima della sua formale contestazione. L'esito è in larga parte segnato: inerzia e apatia applicativa.

Si è dunque al cospetto non di una reale discrezionalità strutturata, ma piuttosto di una "politica penale giudiziaria" o, più propriamente, di una personale politica dei titolari dell'azione punitiva, che finisce per sterilizzare, anziché attuare, gli obiettivi positivi fissati dalla legge.

## **7. Gli obiettivi fondamentali del decreto 231 quali strumenti di "canalizzazione" della discrezionalità.**

Se questo è il quadro, diventa cruciale, come per qualsiasi altra manifestazione della discrezionalità penale, una fedele ricognizione — condotta attraverso una corretta ermeneutica — dello scopo che ne vincola e "canalizza" l'esercizio. Solo l'identificazione chiara del *telos* di riferimento può impedire che una discrezionalità di portata quantitativamente significativa degeneri in arbitrio.

Nelle prime fasi del vissuto applicativo del decreto 231, le difficoltà incontrate dalla magistratura nell'assimilarne appieno l'estensione teleologica ne hanno condizionato negativamente l'impiego, sebbene proprio la *nouvelle vague* della responsabilità sanzionatoria dell'ente fondata su un sostrato di *deficit* organizzativo sia col tempo assunta a *modello da esportazione* globale <sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Alcuni Stati hanno praticamente clonato la disciplina italiana (soprattutto la Spagna a partire da una legge di riforma del 2015), mentre altri 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.).

Ciò nonostante, nella speculazione dottrinale, un punto fermo a cui pare ormai approdato lo studio della responsabilità da reato degli enti collettivi, secondo il già più volte menzionato d.lgs. n. 231/2001, attiene proprio alla sua *funzione* o *missione* sostanziale. Progressivamente, si è compreso che il diritto punitivo dell'ente trova la sua giustificazione e razionalità su basi eminentemente cautelative o prevenzionali<sup>38</sup>, in quanto le sanzioni minacciate dal d.lgs. n. 231/2001 puntano a coinvolgere la sorgente stessa del rischio-reato, l'organizzazione complessa, nell'azione di prevenzione di illeciti che, nel caso delle società commerciali, sono motivati dal perseguimento di un 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 *ex ante* e riparazione *ex post*, profilassi organizzativa e — a reato commesso ed emerso processualmente (anche solo in forma ipotetica) — riorganizzazione e altre contro-azioni di natura reintegrativa. Prevenzione e riparazione rappresentano, così, l'alfa e l'omega del nuovo diritto penale dell'economia che ha il suo fulcro soggettivo nell'ente.

L'aspetto più interessante è costituito dalle modalità di funzionamento dell'architettura bivalente voluta dal legislatore. Tanto la compliance *ex ante* quanto la riparazione/riorganizzazione postuma sono obiettivi puntellati da corposi *incentivi*<sup>39</sup>. Nondimeno, per non sacrificare l'aspirazione allo sforzo prevenzionistico "anteatto", l'intensità del beneficio riconosciuto dalla legge è ragionevolmente modulato in relazione al momento in cui l'intervento organizzativo si realizza: la piena esenzione da responsabilità è infatti offerta solo in caso di adozione e piena attuazione pregresse di una modellistica organizzativa efficace<sup>40</sup>.

Se fallisce la spinta preventiva, l'obiettivo si converte nella riparazione, che si scinde in varie *contro-condotte positive*, tra loro materialmente distinte<sup>41</sup>: 1) il risarcimento

<sup>38</sup> Concetto diverso dalla classica prevenzione generale a carattere intimidatorio.

<sup>39</sup> Sull'"asse premiale" del sistema 231, la sua portata operativa generalizzata, nonché le prospettive di riforma, v. 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 (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I: *Diritto sostanziale*, Torino, 2020, p. 242.

<sup>40</sup> Sulla necessità di non eclissare il polo della prevenzione *ex ante*, sovrastimando in chiave premiale le condotte riparatorie *ex post*, cfr. anche l'indagine monografica di R. SABIA, *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi. Esperienze comparate e scenari di riforma*, Torino, 2022, pp. 164, 295 ss., 302 ss.

<sup>41</sup> Sulle funzioni della *compliance* nell'impianto normativo del d.lgs. n. 231/2001, con particolare attenzione alle dinamiche riparatorie, cfr. M. COLACURCI, *L'illecito « riparato » dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistica nel d.lgs. n. 231/2001*, Torino, 2022. Sul rapporto tra riparazione e punizione nel perimetro della responsabilità dell'ente collettivo, v., da ultimo, anche F. CONSULICH, *La persona giuridica come centro di punibilità permanente. Il rapporto tra riparazione e punizione nel campo della responsabilità da reato dell'ente*, in *Sist. pen.*, 18 aprile 2025. In prospettiva dommatica più articolata, sul concetto di "colpa reattiva", prendendo spunto dalla *reactive fault* di matrice anglosassone o australiana, ma sviluppandone ulteriormente i profili teorici, v. il volume di A. ORSINA, *La responsabilità da reato dell'ente tra colpa di organizzazione e colpa di reazione*, Torino, 2024, spec. 145 ss., 620 ss.

integrale del danno e la eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (oppure l'essersi efficacemente adoperato in tal senso); 2) la rimozione delle carenze organizzative, mediante l'adozione e l'attuazione di modelli idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; 3) la restituzione del profitto illecito conseguito, ai fini della confisca.

Il meccanismo riparatorio-premiale opera attraverso plurime offerte di benefici sanzionatori che si ripetono nelle principali fasi del procedimento a cui è sottoposto l'ente: 1) in sede di incidente cautelare, non applicazione (art. 45) ovvero sospensione e successiva revoca di eventuali misure interdittive (artt. 49-50); 2) in sede di commisurazione giudiziale, l'abbattimento fino a due/terzi della sanzione pecuniaria *ex* art. 12 (*goodbye* proporzione classica!) e mancata applicazione delle sanzioni interdittive (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 »; 4) e analoghe previsioni, infine, sono dettate in materia di fusione e scissione dell'ente (art. 31, comma 2).

Ne risulta un assetto che colora la reazione ordinamentale all'illecito — accertato o anche solo ipotizzato in fase d'indagine — di un'accentuata elasticità e discrezionalità.

Per tutte queste ragioni, il sistema 231 si configura, a nostro avviso, più come un modello *regolatorio* che propriamente punitivo, o comunque come una forma ibrida, a metà strada tra il paradigma regolatorio (o *co-regolatorio*, considerati gli spazi di manovra lasciati alle imprese nel concretizzare il precetto normativo) e quello sanzionatorio in senso stretto. In particolare, il paradigma della responsabilità dell'ente si orienta più alla conformazione organizzativa che al castigo. Il *trait d'union* è rappresentato, pertanto, dalla filosofia della *compliance*<sup>42</sup>, 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 societaria<sup>43</sup>.

Siamo, dunque, lontani anni luce dalla sequenza eticizzante e inflessibile reato-pena evocata in principio. In molti settori del diritto penale dell'economia a destinatario individuale si osserva, tuttora, un movimento inverso, giacché essi, benché iperregolati e “funzionalizzati” all'obiettivo dell'adempimento organizzativo, trasudano ancora

---

<sup>42</sup> 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 gennaio 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.

<sup>43</sup> 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.*, 2015, n. 3, 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. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1931 ss., e ora l'approfondimento monografico EAD., *L'autocontrollo penale. Sistematica e funzionalità politico-criminale del diritto riflessivo*, Milano, 2025; D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2022; G. DE FRANCESCO, *Uno sguardo fugace sulla c.d. autonormazione*, in *Leg. pen.*, 17 aprile 2023.

forte biasimo (*blame*) verso l'autore del fatto penalmente rilevante. Basti considerare i cumuli punitivi in materia di abusi di mercato: la logica ispiratrice pare, esattamente, quella di una retribuzione vendicativa e di una sofferenza inferta come contraccambio di quella patita dalle vittime diffuse. Di proporzione vi è ben poco; abbonda, invece, una deterrenza esasperata che talvolta sconfina in vero e proprio terrorismo punitivo.

## 8. Le ricadute del *telos* sulla struttura dell'illecito dell'ente.

L'obiettivo di fondo della prevenzione organizzativa finisce, coerentemente, per plasmare la struttura dell'illecito dell'ente, la quale — al di là di talune tortuosità del dettato normativo (si pensi, ad es., al doppio regime imputativo per apici e sottoposti: artt. 6 e 7<sup>44</sup>) — è attigua, con tutti i necessari "adattamenti", al tipo (*omissivo*) colposo di evento<sup>45</sup>.

La *societas* risponde, in altri termini, per l'omissione di cautele organizzative doverose, tale da aver reso possibile — in termini para-condizionalistici — o quantomeno sensibilmente agevolato la realizzazione del reato da parte di una persona fisica qualificata, nell'interesse o a vantaggio dell'ente (artt. 5, comma 1, lett. *a*) e *b*), 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001).

Varie autorevoli sentenze hanno aderito a questa visione, sia pure con qualche differente *nuance* espositiva<sup>46</sup>: le Sezioni Unite della Cassazione nel procedimento

---

<sup>44</sup> In prospettiva di riforma, si tratta di complicazioni — in particolare, la differenziazione dei criteri di imputazione a seconda della posizione nell'ente dell'autore del reato — che potrebbero essere ripensate.

<sup>45</sup> Per maggiori dettagli, sia consentito il rinvio a V. MONGILLO, *La responsabilità penale*, 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*, 2006, n. 3, p. 167 ss.; C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 4, 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; da ultimo, con ulteriori approfondimenti, E. GRECO, *L'illecito dell'ente nella teoria della colpa. Modelli emergenti e proposte di rinnovazione*, Torino, 2024. Nella dottrina spagnola, segue il modello della partecipazione colposa accessoria (« indebida y negligente aportación colectiva al delito realizado que permitirá responsabilizarla, accesorariamente, por su concreta ejecución »), ad es., A. GALÁN MUÑOZ, *Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad de las personas jurídicas: un diagnóstico 13 años después*, in *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, 2023, n. 2, p. 39 ss.; ID., *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia, 2017, p. 159 ss.

<sup>46</sup> Cfr. V. MONGILLO, *La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità "da reato" dell'ente collettivo*, in *Cass. pen.*, 2023, n. 3, p. 704 ss., con accenti critici nei confronti di alcune tendenze tese a svincolare la colpa organizzativa dall'istituto del modello di organizzazione, gestione e controllo; del pari, forti riserve rispetto all'impianto dommatico seguito dalla IV sezione della Cassazione (v. nt. seguente), che affievolisce il ruolo del modello di organizzazione, degradandolo da elemento costitutivo della colpa organizzativa a mero indizio della sua eventuale sussistenza, sono formulate da C.E. PALIERO, *Colpa penale e colpa di organizzazione*:

*ThyssenKrupp*; la IV sezione della Cassazione nel caso concernente il disastro ferroviario di Viareggio; la VI sezione della stessa Corte di legittimità nell'atto finale della saga *Impregilo*<sup>47</sup>.

La colpa di organizzazione — si è colto in queste pronunce e in altre stilate nello stesso solco — è il *fondamento giustificativo* della responsabilità *ex crimine* dell'ente sociale.

Questa formula compendiaria, *colpa di organizzazione*, esprime l'impasto di plurime disfunzioni diacroniche e sincroniche che riflettono, in negativo, la dimensione pluri-personale propria anche del controllo efficace. Si badi quindi: a differenza di un'ordinaria partecipazione omissiva<sup>48</sup>, la lacuna organizzativo-gestionale che fonda il fatto colposo (di disorganizzazione) proprio dell'ente è di norma il prodotto della interazione disfunzionale — sincronica e diacronica — di una molteplicità di condotte inadeguate, attive od omissive, ai vari livelli dell'organizzazione. Essa rispecchia l'ambiente collettivo e i processi decisionali in cui si annida, configurandosi, in definitiva, come sintesi sistemica e multifattoriale di tali "anomalie"<sup>49</sup>.

*analogie, epifanie e dissolvenze*, in *Cass. pen.*, 2023, n. 10, p. 3346 ss.; C. PIERGALLINI, *L'uso obliquo della colpa di organizzazione: ripensamenti e regressioni*, ivi, p. 3356 ss.

<sup>47</sup> Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343; Cass., 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., sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401, *Impregilo s.p.a.*, in *Sist. pen.*, 20 giugno 2022, su cui v. i commenti di C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*, ivi, 27 giugno 2022; E. FUSCO - C.E. PALIERO, *L'"happy end" di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo*, ivi, 27 settembre 2022; D. BIANCHI, *Verso un illecito corporativo personale. Osservazioni "umbratili" a margine d'una sentenza "adamantina" nel "magma 231"*, ivi, 14 ottobre 2022; G. DE SIMONE, *Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l'annosa vicenda Impregilo*, in *Giur. it.*, 2022, n. 12, 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.*, 2022, n. 11, p. 669 ss. In senso adesivo alla sentenza *Impregilo*, v. Cass., sez. V, 19 maggio 2023, n. 21640, rv. 284675, annotata favorevolmente da E. MEZZETTI *L'accertamento della causalità in tema di colpa organizzativa quale (nuovo) criterio di imputazione della responsabilità dell'ente*, in *Cass. pen.*, 2024, n. 4, p. 1343 ss.; R. SABIA, *Non c'è responsabilità (corporativa) senza colpa (di organizzazione). La Cassazione ribadisce la metodologia di accertamento delineata nel caso "Impregilo bis"*, in *Giur. it.*, 2024, n. 2, p. 413 ss.

<sup>48</sup> Sotto questo profilo, concordiamo con B. FEIJOO SÁNCHEZ, *Reflexiones críticas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Una visión española y latinoamericana*, in *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, 2024, n. 4, p. 56, quando nota che « qualsiasi tentativo di utilizzare strutture dommatiche pensate per le azioni individuali al fine di legittimare l'imposizione di sanzioni penali alle persone giuridiche è condannato al fallimento ». Come abbiamo già più volte sostenuto, possiamo provare a sfruttare "economie di scala concettuali", ma senza ricercare sterili e talora persino bizzarre trasposizioni di categorie della teoria generale del reato nel campo della responsabilità dell'ente: cfr., ad es., V. MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., p. XVI. Peraltro, B. FEIJOO SÁNCHEZ (come NIETO MARTÍN: v. *infra* nt. 54) critica aspramente anche il modello di imputazione colposa del reato all'ente seguito dalla sentenza *Impregilo* italiana. La nostra proposta, invece, mira a costruire categorie "corporative" autonome, ma al tempo stesso processualmente verificabili e dimostrabili, in coerenza con il canone liberale classico secondo cui non si può — né si deve — incriminare ciò che non è suscettibile di essere oggetto di contraddittorio tra le parti né di essere provato in modo affidabile.

<sup>49</sup> Più distesamente, si rinvia a V. MONGILLO, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 734. Nitidamente, sul punto, v. da ultimo anche il saggio di M. ROMANO, *Enti collettivi e responsabilità da reato c.d. esclusiva, o indipendente*,

Non si può negare che questo approdo sia stato agevolato da una certa dose di creatività ermeneutico-giurisprudenziale<sup>50</sup> nel riconoscere nella colpa da cattiva organizzazione il cardine della responsabilità della *societas*. Detto in termini probatori: nell'affermare che la carenza organizzativa non è un mero fatto impeditivo, ma il *fatto costitutivo* dell'illecito imputabile all'ente, della cui dimostrazione è onerata l'accusa, a prescindere dalla collocazione dell'autore materiale del reato matrice nella gerarchia aziendale. Nondimeno, tale lettura ci sembra indotta da un'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.

Sul piano della verifica giudiziale, ciò importa quantomeno la necessità di appurare un *nesso di rischio* tra l'omissione delle cautele preventive e il reato verificatosi, secondo le cadenze della c.d. imputazione oggettiva. Ciò impone anche la ricostruzione dello scopo delle norme cautelari o cautelative violate. Da questa angolazione, il giudice non deve valutare il modello nella sua globalità, come se fosse un consulente dell'impresa, né può far scivolare il suo giudizio verso una sorta di colpevolezza per la personalità deviante<sup>51</sup>. Piuttosto, egli deve concentrarsi sull'efficacia — o inefficacia — delle regole generali e (soprattutto) specifiche di prevenzione rispetto al reato sottoposto al suo esame<sup>52</sup>. Questo metodo di accertamento consente, altresì, il pieno dispiegarsi del principio accusatorio, delimitando l'oggetto dell'accusa<sup>53</sup> e, di conseguenza, il *thema probandum* entro confini di praticabilità.

A livello giurisprudenziale, più di tutte, è stata la sentenza *Impregilo bis* della VI sezione della Cassazione del 2022 ad aver sviluppato in modo sistematico il parallelismo tra illecito dell'ente e tipo omissivo colposo.

Occorre, tuttavia, evitare fraintendimenti di questo *dictum* o interpretazioni che ne estremizzino la portata con esiti irragionevoli: non può pretendersi, ai fini dell'affermazione di responsabilità dell'ente, la prova dell'impedibilità del reato con una probabilità confinante con la certezza mediante l'adozione e l'efficace attuazione del modello. Ci si deve piuttosto accontentare dell'accertamento di una significativa

---

in D. Fondaroli - G. Fornasari - V. Militello (a cura di), *Scritti penalistici italiani per Manfred Maiwald*, Torino, 2025, spec. p. 30 e ss. (anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2025, n. 1, p. 39 ss.).

<sup>50</sup> Pone l'accento su quest'aspetto G. DE SIMONE, *Si chiude finalmente*, cit., nel commento alla sentenza *Impregilo bis* citato alla nota 47. Apprezzano questo esercizio di creatività, in quanto "di impronta garantistica" e razionalizzante, E. FUSCO - C.E. PALIERO, *L'"happy end"*, cit., p. 144.

<sup>51</sup> Cfr. anche A. FIORELLA - N. SELVAGGI, *Dall'utile al giusto. Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello "spazio globale"*, Torino, 2018, p. 177.

<sup>52</sup> Ci eravamo espressi in questo senso, già in 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*, 2011, n. 3, p. 72.

<sup>53</sup> Come chiarito da recente giurisprudenza di merito, il capo di imputazione nei confronti dell'ente deve indicare in modo chiaro e puntuale le specifiche carenze organizzative addebitate, senza limitarsi a rinvii generici ai reati presupposto o a protocolli imprecisati, così da consentire l'effettivo esercizio del diritto di difesa: Trib. Milano, Sez. II, ord. 15 luglio 2025, Pres. Cernuto, in *Giurisprudenzapenale.com*, 20 luglio 2025; in senso conforme, Trib. Biella, ord. 16 ottobre 2024, ivi, giugno 2025; Trib. Firenze, ord. 30 maggio 2025, Giud. Mancuso, ivi, 27 giugno 2025.

riduzione del rischio, entro la soglia di tollerabilità normativamente richiesta. In termini inversi, ciò equivale alla prova di una sensibile agevolazione della commissione del reato per effetto della carenza o delle carenze riscontrate. Quasi nessuna misura preventiva, infatti, possiede un potenziale di azzeramento del rischio-reato, neppure quando operi in combinazione con altre: l'ente deve contenerlo entro il limite consentito, da fissare secondo parametri di proporzionalità e ragionevolezza <sup>54</sup>.

Lo si può affermare in modo ancora più franco e netto: non ha alcun senso celebrare processi contro società che durano per oltre un decennio, o persino un ventennio, per controvertere di evitabilità/impedibilità oltre ogni ragionevole dubbio. L'economia si muove a una velocità incomparabilmente superiore, e con pari celerità dovrebbe potersi riportare l'organizzazione entro un perimetro legalitario ragionevolmente sostenibile.

Inoltre, sul piano sostanziale, il *deficit* oggettivo di auto-organizzazione attribuibile all'impresa (il summenzionato "fatto di disorganizzazione") potrà riguardare, solitamente in interazione sinergica, tanto misure specificamente orientate alla prevenzione di un certo tipo di reato, quanto presidi organizzativi di portata più trasversale, ma altrettanto cruciali per creare un contesto operativo in grado di *ostruire* in modo incisivo la perpetrazione di illeciti <sup>55</sup>. Si consideri, sotto quest'ultimo profilo, proprio l'importanza di un organismo di vigilanza autorevole, pienamente indipendente e costantemente operativo, di una buona formazione e sensibilizzazione sistematica del personale, di un limpido *commitment* del vertice amministrativo e dei dirigenti di settore (i *process owners*, nel linguaggio aziendalistico), di canali di segnalazione o *whistleblowing* ben funzionanti e facilmente accessibili, di un sistema disciplinare coerente e realmente applicato, del costante aggiornamento del modello alla luce delle evoluzioni normative e aziendali, ecc. Tutte queste componenti costituiscono elementi essenziali di un *compliance program* effettivo ed efficace, che non si esaurisce affatto nella minuta regola cautelativa incastonata in un protocollo decisionale, per quanto — in ultima analisi — siano proprio i protocolli concernenti la formazione e l'attuazione delle decisioni aziendali a rappresentare il cuore della modellistica preventiva. Da questa angolatura, la sentenza *Impregilo* presenta qualche ambiguità e

---

<sup>54</sup> Per un inquadramento più ampio della prospettiva qui sostenuta, si rinvia a V. MONGILLO, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 704 ss. È inoppugnabile l'osservazione di A. NIETO MARTÍN, *La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración*, in *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, aprile 2023, n. 1, p. 21, secondo cui la prevenzione dei comportamenti delittuosi all'interno di un'organizzazione è un'operazione più complessa rispetto, ad esempio, alla relazione tra la colpa di un conducente e la morte causata in un incidente stradale. Per questa ragione, il tentativo della Cassazione italiana, nel caso *Impregilo*, di utilizzare la teoria del reato colposo per spiegare la responsabilità penale della persona giuridica condurrebbe — secondo l'A. — «a risultati teoricamente incoerenti, nonché politicamente indesiderabili»: A. NIETO MARTÍN, *La eficacia de los programas de cumplimiento: apuntes a la luz de la última jurisprudencia italiana*, in *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Prof. José Luis Díez Ripollés*, Valencia, 2023, p. 931 ss. Tuttavia, come stiamo per chiarire nel testo, l'assimilazione (solo) tendenziale tra l'illecito dell'ente e il reato colposo (o la teoria dell'imputazione oggettiva) non importa ineluttabilmente il cedimento a simili incongrue semplificazioni.

<sup>55</sup> Nella terminologia di NIETO MARTÍN l'"infrastruttura etica" o, secondo il lessico invalso tra gli studiosi e i pratici di controllo interno aziendale, l'"ambiente di controllo".

criticità, ma ciò — lo ribadiamo — non impone affatto il ripudio dello schema dell'imputazione oggettiva come parametro ricostruttivo dell'illecito dell'ente. Piuttosto, esso va adattato alla fisionomia propria di una responsabilità riferita a contesti pluripersonali e all'agire collettivo organizzato.

Pur con i limiti evidenziati, va riconosciuto che i progressi compiuti sul punto dalla giurisprudenza sono stati notevoli, specie se confrontati con il fallace automatismo del *post hoc, propter hoc* (reato ergo inidoneità del modello) che imperava nelle prime esperienze applicative.

## 9. Il nodo della carente determinatezza legale delle cautele preventive e della prevedibilità del vaglio di idoneità del modello organizzativo.

Un ulteriore merito va riconosciuto al legislatore italiano: quello di aver cercato di riempire di contenuto l'altrimenti evanescente formula della "colpa organizzativa", coniando l'istituto del modello di organizzazione, gestione e controllo. Ha così incentivato l'investimento in *compliance* e ha fissato, al contempo, con maggiore precisione il *thema probandum* nei processi a carico dell'ente: non un'inafferrabile, impersonale cultura organizzativa (o un inesprimibile "carattere corporativo") deviante, ma la mancata adozione o inefficace attuazione di uno strumento realmente suscettibile di verifica giudiziale nel contraddittorio tra le parti.

Nonostante questo sforzo, sicuramente lodevole rispetto ad altri ordinamenti <sup>56</sup>, va riconosciuto che il principale punto di fragilità dell'impianto normativo interno è rappresentato proprio dalla scarsa precisione dei parametri di idoneità del modello organizzativo. Questo non è *uno dei* problemi, ma *il* problema *par excellence* nei primi ormai ventiquattro anni di vigenza del decreto, all'origine dell'insufficiente prevedibilità delle decisioni giudiziarie circa l'adeguatezza dei programmi di *compliance* eventualmente predisposti dagli enti sotto procedimento <sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Basti raffrontare il dettato interno con quello, del tutto indeterminato, dell'art. 102, comma 2, del c.p. svizzero, in cui si ricorre alla vuota formula delle « misure organizzative ragionevoli e indispensabili per impedire un simile reato ».

<sup>57</sup> Che questo rappresenti il dilemma di fondo è testimoniato anche dalla mole e dalla 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*, 2ª ed., Milano, 2010, p. 153 ss.; ID., *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *Soc.*, 2011, n. 12S, 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*, 2011, n. 2, 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 riforma*, Napoli, 2013, p. 359 ss.; V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., p. 69 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.*, 2017,

Evidentemente, non è un dilemma solo italiano, ma coinvolge tutti gli ordinamenti che basano la responsabilità degli enti su un requisito di “colpa organizzativa” o comunque valorizzano l’adozione di sistemi di gestione del rischio-reato.

La colpa è di per sé un concetto assai poroso. Quando riferita all’entità pluripersonale, il problema è amplificato dall’estrema varietà delle organizzazioni, dei settori produttivi e ambiti di rischio in cui può incubare il reato, per cui non è affatto agevole fissare, solo per via legislativa, la soglia del *rischio consentito* per qualsiasi tipologia collettiva e per ogni figura di reato. Ma neanche sarebbe ragionevole lasciare questa delimitazione interamente al “fai da te” delle imprese o all’intuizionismo ondivago del giudice.

I *parametri di idoneità* del modello organizzativo tracciati dall’art. 6, comma 2, sono molto elastici e privi di un contenuto prescrittivo dotato di sufficiente densità modale-cautelare. La colpa dell’ente, che *primo visu* parrebbe “specifica” per inosservanza di regole scritte, in realtà è tale solo “tendenzialmente”<sup>58</sup>, giacché rivela, nei suoi meccanismi ricostruttivi, molti tratti della colpa c.d. “generica”<sup>59</sup>.

Non si dimentichi, inoltre, che un elemento distintivo dell’esperienza italiana è costituito dalla previsione legislativa dell’*organismo di vigilanza*, che è rimasta — questa sì — una specificità pressoché esclusiva 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* di fonte anglosassone<sup>60</sup>.

Come si è cercato, allora, di coniugare l’obiettività del parametro di conformità con le esigenze di elasticità e adattabilità all’organizzazione concreta? Da questo punto di vista, il sistema delineato dal d.lgs. 231/2001 è evoluto nel segno di una *flessibilità strutturata*, fondata su un apparato di regole “multilivello”, che potremmo rappresentare graficamente come un *sistema a cerchi concentrici*.

n. 1-2, p. 49 ss. Nella manualistica, per tutti, N. MAZZACUVA - E. AMATI, *Diritto penale dell’economia*, 5ª ed., 2020, p. 52 ss.; A. GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., p. 254 ss., 267 ss., 272 ss.; F. MUCCIARELLI, *Il diritto penale della colpa e la responsabilità degli enti: tra (irrisolte) questioni dogmatiche e (pressanti) esigenze politico-criminali*, in C.E. Paliero - V. Mongillo - R. Bartoli (a cura di), *La scienza della legislazione penale*, cit., p. 479 ss. Nella produzione monografica, con approfondita analisi comparatistica, R. SABIA, *Responsabilità da reato*, cit., p. 127 ss., 273 ss.; E. GRECO, *L’illecito dell’ente*, cit., p. 113 ss.

<sup>58</sup> Abbiamo optato, nell’ambito di una tassonomia a sfondo comparatistico, per questo predicato più sfumato in V. MONGILLO, *La responsabilità*, cit., p. 285 ss.

<sup>59</sup> 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, 2010, 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 ».

<sup>60</sup> Dettagliatamente, 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.*, 2018, n. 3, 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.

Con un margine d'inevitabile stilizzazione, possiamo distinguere, sul piano contenutistico:

(i) un *nucleo centrale* di *hard law*, costituito da regole cogenti sebbene (come detto) assai elastiche, che dettano i requisiti minimi generali e gli obiettivi essenziali del modello di prevenzione del rischio-reato (artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001), i quali oggi sono legalmente specificati solo nella materia della salute e sicurezza sul lavoro (art. 30 d.lgs. n. 81/2008);

(ii) un *cerchio intermedio* di *soft law*, che consta di indicazioni, regole e direttive più puntuali ma non vincolanti e per questo più malleabili e facilmente aggiornabili, oltre che — se del caso — superabili dalle singole imprese con misure ritenute maggiormente adatte alla situazione concreta. Nel nostro sistema si tratta dalle linee guida emanate dalle associazioni di categoria (« codici di comportamento ») e sottoposte 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, comma 3, d.lgs. n. 231/2001);

(iii) un *cerchio esterno* occupato dalla c.d. *best practice*, ossia dalle migliori prassi, fondate su un sapere scientifico-esperienziale stabilizzato e dunque elevato, su basi consuetudinarie, alla dignità di parametro doveroso (benché non positivizzato), che il giudice dovrebbe poi riconoscere come “vigente” al tempo della condotta, senza creare *a posteriori* la cautela, valorizzando conoscenze postume in modo sostanzialmente retroattivo.

Di quest'assetto normativo multistrato si nutre il modello organizzativo *in action* che l'ente dovrà ritagliare — come un abito sartoriale — sulle sue peculiari caratteristiche: dimensione<sup>61</sup>, tipo di attività, area geografica, evoluzione diacronica, natura pubblica o privata, ecc.

Non è un impianto ideale o perfetto, in termini di certezza giuridica? Forse non lo è. Tuttavia, allo stato, appare come l'unico praticabile — per quanto perfezionabile *de lege ferenda* — in un sistema che ambisce a essere normativamente fondato e, al contempo, funzionalmente efficace, anche in termini di adattabilità e responsabilizzazione.

## 10. Esistono alternative più appaganti? Le insidie del paradigma “soggettivistico” di valutazione giudiziale della responsabilità dell'ente.

Qual è l'unica reale alternativa per sopperire alla (parziale) indeterminatezza legislativa del concetto di colpa di organizzazione? Rinunciare a una *colpa oggettivo-normativa* dell'ente per ripiegare su una *colpevolezza* marcatamente *soggettiva*, che prende

---

<sup>61</sup> Sui problemi e le prospettive della *compliance* nelle imprese minori, sia consentito il rinvio al seguente approfondimento: 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.*, 5 luglio 2023, p. 1 ss.

forma e va accertata volta per volta nel processo ad opera del giudice <sup>62</sup>. Una simile prospettiva comporterebbe un radicale slittamento assiologico: l'ideale dell'autoregolamentazione dell'impresa verrebbe assolutizzato a scapito del principio di legalità e di predeterminazione delle cautele preventive <sup>63</sup>. In tale giudizio postumo sull'operato prevenzionistico della persona collettiva verrebbe ad esaurirsi l'affermazione ovvero l'esclusione della sua responsabilità dipendente da reato.

Secondo questa logica, né l'ente, né l'autorità giudiziaria disporrebbero di veri parametri legali precostituiti per orientare — rispettivamente — le scelte organizzative *ex ante* e le valutazioni giudiziarie *ex post*.

Si profilerebbe, così, una *doppia delega statale*: una all'ente, e di fatto ai suoi consulenti esperti incaricati di identificare e stimare i rischi (*risk assessment*) e tracciare autonomamente il modello di *compliance* per contenerli entro una soglia reputata caso per caso accettabile (*risk management*); l'altra al giudice, a cui competerebbe la valutazione in concreto, attraverso una decisione soggettivo-personale; un giudice che finirebbe di fatto per scegliere in modo largamente autoreferenziale un certo modello di "conformità", magari attivando meccanismi negoziali.

Questo schema di co-costruzione del modello di diligenza preventiva, decentralizzata *ex ante* e giudizialmente consolidata *ex post*, può apparire suggestivo sotto il profilo teorico, ma si rivela — a ben vedere — insostenibile sul piano sistemico, perché di fatto taglia fuori il potere legislativo o regolamentare. Concede, di contro, un ruolo egemone, da un lato, alla "comunità degli esperti", il cui *know-how* tende talvolta ad assumere tonalità quasi esoteriche per come viene gelosamente custodito, e dall'altro a "sua maestà il giudice", investito di una discrezionalità assoluta e dirompente, ancorché non necessariamente arbitraria e irrazionale, comunque in grado di incidere finanche sul fondamento giustificativo della responsabilità e dunque sulla punibilità.

Tale impostazione non differisce, nella sostanza, da una disciplina legale che conferisse al giudice la facoltà di applicare o meno la conseguenza giuridica ("norma permissiva"). In concreto, inoltre, il giudicante verrebbe così chiamato non solo alla responsabilità della propria concezione personale, ma anche ad assumere un ruolo di *management* del rischio (definendo *a posteriori* il modello che l'ente è chiamato ad adottare) o quanto meno delle regole di gestione dello stesso. Lungo questa china, il parametro di conformità da osservare rischia di trasformarsi in una figura evanescente, in una "nuvola" che muta forma a ogni soffio di vento (o di processo).

---

<sup>62</sup> In generale, sulla distinzione tra concetti oggettivo-normativi e soggettivo-normativi, cfr. K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., p. 204 s.

<sup>63</sup> Pur apprezzando la sensibilità e la vastità di orizzonti che animano la posizione di A. NIETO MARTÍN, *La eficacia de los programas de cumplimiento*, cit., p. 24 ss., e nel condividere l'esigenza di un'analisi approfondita e personalizzata dei rischi da parte della singola organizzazione, nonché di una valutazione giudiziale dell'efficacia dei programmi di *compliance* che tenga conto anche del principio di proporzionalità e dei saperi veicolati dalla c.d. *behavioral compliance*, riteniamo tuttavia che la sua posizione spinga troppo sul pedale dell'autonormazione, sacrificando l'esigenza di ragionevole predeterminazione dei parametri di diligenza organizzativa. Imboccando la china di un « deber subjetivo de cuidado » forgiato da ciascun destinatario, il vaglio giudiziale rischia di divenire del tutto aleatorio e incompatibile con un concetto di "responsabilità" sanzionatoria da appurare secondo le regole di uno Stato di diritto.

Verosimilmente, si aprirebbe uno scenario costellato di decisioni contraddittorie, rinunciando a qualsiasi aspirazione alla certezza giuridica. Ma ciò rappresenterebbe la negazione più smaccata del punto di equilibrio tra efficienza e garanzie che con il decreto 231 si è cercato di stabilire.

D'altro canto, sono le stesse imprese a reclamare con sempre maggiore forza un quadro normativo stabile e una maggiore redditività giuridica degli investimenti in *compliance*, in sintonia con la tendenza internazionale alla standardizzazione delle regole di controllo interno (basti pensare alla crescente diffusione delle norme ISO in una pluralità di settori a rischio).

Difficilmente, dunque, un ampliamento della discrezionalità nel giudizio di colpevolezza dell'ente si tradurrebbe o comunque sarebbe percepito dai destinatari come espressione di un mite potere di "indulgenza" (*benignitas*). Al contrario, esploderebbe l'insofferenza per l'incertezza del quadro normativo di riferimento, con esiti disincentivanti.

Cosa diversa dall'impostazione marcatamente soggettivistica sin qui criticata è l'opportunità — già caldeggiata in altra sede<sup>64</sup> — di focalizzare, all'interno di una ricostruzione "bipartita" dell'illecito *ex crimine* dell'ente, anche un coefficiente di *esigibilità soggettiva* dell'adempimento doveroso da parte dell'impresa concreta (c.d. "misura soggettiva" della colpa dell'ente).

Tuttavia, queste pur rilevanti esigenze di perfezionamento dommatico e politico-criminale della responsabilità della *societas*, non eliminano la necessità di un momento preliminare di valutazione oggettiva del difetto di organizzazione, da compiersi secondo regole di diligenza riconoscibili e cristallizzate *ex ante*, nonché di accertare il nesso di agevolazione colposa tra reato e carenza organizzativa. Invero, l'urgenza più sentita rimane — per le ragioni sopra illustrate — quella di contenere la discrezionalità del giudice entro limiti compatibili con i principi dello Stato di diritto e con le esigenze di ragionevole prevedibilità e calcolabilità delle conseguenze delle scelte imprenditoriali nell'economia contemporanea. Pertanto, occorre assicurare, quanto più possibile, parametri chiari, preventivamente conoscibili, stabili e coerenti.

Al riguardo, anche la già menzionata sentenza *Impregilo bis* della VI sezione della Cassazione ha impresso una benefica "scossa" a un panorama applicativo che si stava avvitando in un asfittico rigore. In un caso di *aggiotaggio* (art. 2637 c.c.) contestato come reato-presupposto, il giudice di legittimità è opportunamente rifuggito da letture giurisprudenziali poco realistiche, in quanto ultra-cautelative, dei doveri preventivi dell'ente. Ha censurato con fermezza l'assunto ingannevole secondo cui l'inidoneità del modello possa essere dedotta dalla stessa consumazione del reato. Ha cercato di rivitalizzare, quale parametro giuridico di riferimento, quelle che stavano via via divenendo un fantasma esangue, vale a dire le linee guida emanate dalle associazioni di categoria. In proposito, ha chiarito che, qualora l'ente si sia conformato a codici di comportamento positivamente riscontrati dal Ministero della Giustizia, « il giudice *sarà tenuto specificamente a motivare* le ragioni per le quali possa ciò nonostante ravvisarsi la

---

<sup>64</sup> Per i dettagli, cfr. V. MONGILLO, *La responsabilità*, cit., p. 429 ss.; ID., *La colpa di organizzazione*, cit., 734 s.

“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 ed 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 esaminate positivamente dal Ministero, incombe sul giudice un obbligo di motivazione rafforzata e a questa compressione della discrezionalità giudiziale corrisponde un miglior posizionamento processuale dell’ente osservante.

## 11. Cosa possiamo realmente fare.

A ventiquattro anni dall’entrata in vigore del d.lgs. n. 231/2001, pertanto, la sfida centrale resta rendere il più possibile oggettivo e prevedibile il contenuto della colpa di organizzazione.

In questa prospettiva, due direttrici di intervento appaiono prioritarie.

Da un lato, gioverebbe rendere le linee guida più puntuali e differenziate rispetto ai diversi contesti produttivi, alle dimensioni organizzative e alle tipologie di impresa. Si pensi, in particolare, alla necessità di sviluppare specifici orientamenti per le piccole e medie imprese, per le imprese a partecipazione pubblica, per i gruppi societari integrati, per le catene di fornitura e per la gestione dei rapporti con i fornitori, ecc. Sarebbe auspicabile anche una maggiore partecipazione “democratica” alla loro confezione<sup>65</sup>: è bene ricordare, al riguardo, che all’estero la *soft law* è generalmente di fonte pubblica, essendo emanata da istituzioni governative o da autorità indipendenti, per lo più l’autorità di vigilanza sul mercato finanziario od organi assimilabili alla nostra ANAC. Nel caso italiano, invece, le linee guida sono di matrice privata, mentre il controllo ministeriale ha assunto tratti essenzialmente burocratici e poco penetranti<sup>66</sup>. Solo in tempi recenti si è registrata una inversione di tendenza, con la diffusione di criteri-guida ministeriali indirizzati alle associazioni di categoria per supportare in modo più strutturato la redazione dei modelli organizzativi<sup>67</sup>. Tuttavia, la prevalente dimensione privatistica della *soft law* italiana ha finito per minarne, da un lato, l’autorevolezza in sede giudiziale e, dall’altro, per scoraggiare la formulazione — o meglio la cristallizzazione — e l’aggiornamento da parte degli enti associativi esponenziali di regole più incisive e differenziate per specifiche aree di rischio-reato, così da sottrarre la *compliance* penale al frastuono di innumerevoli e spesso contraddittorie voci.

---

<sup>65</sup> 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.

<sup>66</sup> Lo ha notato, più di un decennio fa, 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*, cit., p. 177.

<sup>67</sup> Ministero della Giustizia, *Criteri guida per la redazione di codici di comportamento delle associazioni rappresentative degli enti*, 10 febbraio 2025.

Dall'altro lato, andrebbero fatte aggallare le *buone prassi*, per favorire il consolidamento prasseologico di una piattaforma condivisa di cautele effettive. Proprio l'assenza di un patrimonio cognitivo largamente condiviso e trasparente 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-esperienziale (eventualmente) preesistente. Del resto, dopo che un reato sia stato 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, in realtà, statuita *ex post*, anche se il giudice argomenta come se fosse nota o conoscibile anticipatamente da un ente-modello avveduto e diligente.

Non sembra, invece, che la soluzione ai problemi qui sviscerati possa venire da meccanismi di certificazione o validazione pre-processuale dei modelli, in modo da preconstituire una prova legale vincolante<sup>68</sup>. Se ne parla da circa quindici anni in Italia, ma questa opzione è stata recentemente espunta finanche dall'unico ordinamento che l'aveva sin qui sperimentata, ossia quello cileno<sup>69</sup>. Ciò non toglie che la certificazione, ove seria e qualificata, possa rappresentare un supporto utile all'azione preventiva dell'impresa, spendibile — se del caso — anche in sede giudiziale come strumento che rafforza la credibilità degli investimenti e degli sforzi profusi.

Sarebbe a nostro avviso più funzionale — anche sul piano della chiarezza sistemica e della prevedibilità applicativa — ricorrere legislativamente a *presunzioni di*

---

<sup>68</sup> Nella storia dei sistemi processuali, è ben nota — e risalente — l'idea di contenere l'arbitrio giudiziale mediante l'introduzione di prove legali, vale a dire mezzi di prova dotati *ex lege* di un determinato valore vincolante, tali da costituire un contrappeso al potere discrezionale del giudice. In questo modello, il ruolo del giudicante viene in parte ridimensionato, essendo imbrigliato da regole precostituite che disciplinano non solo le modalità di acquisizione della prova, ma anche il suo valore dimostrativo. Spinta alle sue estreme conseguenze, tale impostazione ha condotto — in alcune epoche storiche — a una concezione della sentenza come atto quasi meccanico. Si vedano, ad esempio, le *preuves légales* previste dall'*Ordonnance* francese del 1670, su cui v. M.A. AIMO, *Introduzione a J.P. MARAT, Disegno di legislazione criminale* (trad. it. di *Plan de législation criminelle*, ed. di Parigi del 1790), Varese-Milano, 1971, p. 20; nei fatti, anche in questo caso, l'arbitrio del giudice fu tutt'altro che eliminato.

<sup>69</sup> La *Ley de delitos económicos* n. 21.595, promulgata il 7 agosto 2023 e pubblicata il successivo 17 agosto (cfr. art. 50), nel riformare — tra l'altro — il regime cileno della responsabilità penale delle persone giuridiche, ha infatti soppresso dal testo legislativo l'istituto della certificazione, prevedendo la sua sostituzione con l'obbligo per le imprese che abbiano adottato un sistema di prevenzione dei reati di sottoporsi a « valutazioni periodiche da parte di terzi indipendenti e meccanismi di miglioramento o aggiornamento sulla base di tali valutazioni »: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1195119&idParte=10449671>. Cfr. H. HERNÁNDEZ BASUALTO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas luego de la Ley N° 21.595. Cambios para la continuidad*, in H. Hernández Basualto - G. Vargas Almonacid - O. Artaza Varela - R. Reyes Duarte - L. Rojas Morán (a cura di), *La guía del compliance. Responsabilidad penal de las empresas. Modelos de prevención*, Santiago de Chile, 2023, p. 17 ss., secondo cui la soppressione della regolazione originaria sulla certificazione dei modelli risponde all'obiettivo di evitare un formalismo sterile e la trasformazione della prevenzione in una mera *check-list* rituale. Ciò non implica, tuttavia, negare l'importanza di disporre di valutazioni periodiche serie e credibili, che — nella prospettiva della legge — risultano garantite quando affidate a terzi indipendenti. In questo nuovo quadro, gli enti di certificazione possono continuare a svolgere tale funzione, ma senza uno *status* speciale, vale a dire esclusivamente in forza dell'autorevolezza che può derivare dalla serietà e dal rigore delle loro valutazioni.

*conformità iuris tantum* (cioè confutabili, ma con motivazione “rinforzata”, dal giudice) dei modelli sviluppati al metro delle norme tecniche (quali le 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 della progressiva integrazione funzionale nel sistema delle fonti vincolanti (*hard law*). A tale visione s’ispira, nel nostro ordinamento, l’art. 30, comma 5, del d.lgs. n. 81/2008, che ha introdotto una presunzione di “conformità”, “per le parti corrispondenti”, del modello aderente a 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, a quest’ultimo riguardo, alla ISO 45001:2018<sup>70</sup>). Ad ogni modo, si tenga presente, da un lato, che la verifica dell’efficace attuazione del modello resterebbe nella piena disponibilità del giudice e, dall’altro lato, che anche questi standard internazionali non dettano cautele e procedure puntuali, ma si limitano a delineare l’intelaiatura del possibile modello di *criminal compliance*, offrendo uno schema di *governance* del rischio e una piattaforma tecnico-organizzativa da cui ricavare, per le singole aree di rischio trattate, protocolli operativi appropriati.

Un’ulteriore opzione — parimenti meritevole di considerazione — potrebbe essere l’elaborazione, da parte di un organismo pubblico o privato da individuare, di “modelli” e “protocolli pilota”, validi come riferimento orientativo per le imprese e accessibili anche mediante strumenti di supporto operativo. Tale organismo potrebbe svolgere un ruolo di *cooperative compliance*, offrendo attività di consulenza, orientamento e interpellato preventivo, con particolare riguardo alle esigenze delle piccole e medie imprese, che spesso si trovano in maggiore difficoltà nell’affrontare autonomamente la progettazione dei modelli<sup>71</sup>.

Nessuna soluzione è, ovviamente, una panacea. Nondimeno, riteniamo esistano ampi margini per un’evoluzione più accorta e razionale del sistema della responsabilità dell’ente, *in primis* rispetto a ciò che ne rappresenta l’elemento nevralgico, vale a dire la strategia della prevenzione mediante adeguata organizzazione.

## 12. Qualche considerazione di carattere processuale.

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.

---

<sup>70</sup> Per l’Italia, UNI EN ISO 45001:2023.

<sup>71</sup> 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, R. SABIA, *Responsabilità*, cit., p. 159 ss., 315 ss.

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

Si pensi, inoltre, al “baratto” opaco che talvolta viene praticato nella stanza del pubblico ministero con il legale dell'ente, ad esempio promettendo l'inazione in cambio di condotte riparatorie.

Ancora più problematica è la prassi, talvolta registrata, di utilizzare strumentalmente l'art. 8 del d.lgs. n. 231/2001 per giungere a un patteggiamento con la *societas*, evitando contestualmente qualsiasi esposizione delle persone fisiche, attraverso una *fictio* di impossibilità di identificazione che, in realtà, era stata abbandonata a monte per scelta investigativa<sup>72</sup>. Questa, evidentemente, non è discrezionalità giudiziale ma applicazione *extra ordinem*, per ora sparuta ed accidentale, ma che se si consolidasse in una prassi diffusa potrebbe concretizzare una vera e propria “politica penale giudiziaria”, nella definizione di Alfonso M. Stile: « L'esercizio del potere discrezionale non conforme alla legge, in genere per il prevalere di fini diversi su quelli per i quali il potere è stato concesso »<sup>73</sup>, o, potremmo aggiungere, per attribuire un rilievo selettivo e assorbente ad alcuni fini a discapito di altri.

Una simile deriva — per quanto animata da finalità talora comprensibili sul piano pratico — va contrastata. Non abbiamo bisogno di una politica penale giudiziaria che supplisca all'assenza di una razionale politica penale legislativa. Occorre invece attuare fino in fondo il disegno normativo delineato dal legislatore, per quanto — come si è detto — certamente migliorabile *de iure condendo*.

Invece, con gli stratagemmi sopra enumerati, 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. Bisogna guardarsi da forme di americanizzazione spuria del nostro sistema di giustizia penale, molto diverso — per storia, principi e moduli di garanzia — da quello statunitense: sarebbe altissimo il rischio di rigetto dell'innesto. Le alternative *made in USA* al processo rispecchiano una giustizia opaca e “monetizzata”, che per ragioni di asserita efficienza svende la legalità procedurale. Essa andrebbe studiata andando a fondo di tutte le sue patologie, tra le quali non va trascurata neppure la nota permeabilità tra le carriere dei *prosecutors* e quelle nelle grandi *law firms*.

Ciò nonostante, le tecniche di *diversion* nordamericane si sono diffuse a livello globale nei paesi di *common law* e persino in un Paese di *civil law* come la Francia, dove la *convention judiciaire d'intérêt public* è stata introdotta con una legge del 2016, la quale,

---

<sup>72</sup> Rilievi critici a questa obliqua discrezionalità dell'azione penale o 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*.

<sup>73</sup> A.M. STILE, *Discrezionalità*, cit., p. 279.

però, ha almeno avuto il merito di rafforzare il controllo del giudice, il cui ruolo, nella giustizia federale statunitense, rimane puramente notarile. Ciò è espressione di riflesso imitativo, ma anche della competizione tra Stati per conquistare un ruolo di primo piano nel redditizio mercato dell'*enforcement* transnazionale anti-corruzione. Abbiamo avuto così 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 in un'intesa condivisa su sanzioni e impegni di *compliance*.

Queste forme di diversione processuale paiono distorsive e neppure utili. Gli stessi risultati deflattivi possono ottenersi già *de lege lata* mediante istituti come il patteggiamento e potrebbero essere ulteriormente incrementati *de lege ferenda* attraverso una revisione mirata del relativo assetto normativo<sup>74</sup>. Potrebbe obiettarsi che il patteggiamento provochi uno stigma maggiore rispetto agli accordi pre-processuali di matrice statunitense, perché veicola implicitamente l'idea di un'ammissione di responsabilità. Ma nel sistema 231, come si detto, non v'è *blaming*: vi è la funzione, il *pragma*, realizzata col supporto della minaccia sanzionatoria<sup>75</sup>.

Potremmo anche regolare l'estensione all'ente di forme di non punibilità in presenza di condotte riparatorie postume, purché sia stato adottato *ex ante* un modello di *compliance* espressivo di uno sforzo preventivo non fittizio o cosmetico, per quanto non del tutto idoneo o efficacemente attuato.

La collaborazione processuale dell'ente potrebbe essere incentivata, altresì, introducendo un'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 derive premiali eccessive o baratti impropri, sullo stile nordamericano, tra informazioni fornite e fuoriuscita agevolata dal 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

---

<sup>74</sup> Ad esempio, si potrebbe procedere a un'emancipazione piena del patteggiamento dell'ente dai limiti di patteggiabilità previsti per le persone fisiche, estendendo contestualmente gli spazi di negozialità anche alle condotte riparatorie poste in essere *post factum*.

<sup>75</sup> D'altro canto, alcune discipline legislative dei *deferred prosecution agreements*, in particolare quella contenuta nell'*UK Crime and Courts Act 2013, Schedule 17*, para 5, prevedono che « nella esposizione dei fatti del caso, che deve far parte del *deferred prosecution agreement*, possono essere incluse ammissioni da parte della società » (*in the statement of facts of the case that must form part of the deferred prosecution agreement, admissions on the company's part may be included*). Cfr., sul punto, J. HORDER, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, London, 10<sup>a</sup> ed., 2022, p. 13. Al contrario, la *convention judiciaire d'intérêt public* (CJIP) prevista dall'art. 41-1-2 del *Code de procédure pénale* francese, introdotta dalla *Loi Sapin II* (2 dicembre 2016), consente alla persona giuridica di evitare il processo penale per alcuni reati (corruzione, riciclaggio, ecc.), mediante il pagamento di sanzioni e l'assunzione di impegni di *compliance*, risarcitori e di altro genere, senza neppure ammettere formalmente la propria colpevolezza (*L'ordonnance de validation n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation*).

palesamente irragionevole dei livelli edittali delle sanzioni interdittive (art. 25, comma 5-bis, d.lgs. n. 231/2001) <sup>76</sup>.

Infine, varrebbe la pena considerare anche un'articolazione più sofisticata dell'apparato sanzionatorio, in modo da contrastare efficacemente la concorrenza di microsistemi alternativi come la prevenzione patrimoniale. Si potrebbero immaginare misure incentrate sulla supervisione giudiziaria, obblighi di adozione o aggiornamento del modello organizzativo, varie tecniche ingiunzionali, in sintonia con la logica di una responsabilità funzionale e riformativa.

### 13. Il sistema della responsabilità *ex crimine* dell'ente come sfida culturale aperta.

Abbiamo cercato di mettere in luce come la discrezionalità che permea il decreto 231 — se rettamente intesa — sia funzionale agli scopi propri del sistema, mentre la pseudo-discrezionalità, che tende a insinuarsi come un fiume carsico nella prassi, rischia di annichilire tali scopi e la tenuta complessiva del sistema.

L'equilibrio è sottile e, anche in prospettiva di riforma, impone di vigilare con estrema cautela per non cedere a innovazioni che, pur presentandosi sotto le sembianze di norme di favore, spalanchino le porte a una discrezionalità priva di argini. Il rischio concreto è che l'arco della legalità si trasformi in una corda troppo tesa, destinata — prima o poi — a spezzarsi. Basti pensare, in tal senso, alle proposte di introduzione di cause di non punibilità ancorate a criteri del tutto vaghi e indeterminati e dunque sottratti a ogni possibilità di controllo razionale e verificabile.

Il d.lgs. n. 231/2001 ha rappresentato, fin dalla sua origine, una *sfida culturale*. Ha richiesto — e ancora richiede — un maggiore bagaglio tecnico da parte del giurista <sup>77</sup>, ma anche un mutamento profondo di mentalità negli operatori del diritto. Almeno a giudicare dalla prassi, questo mutamento di *habitus* mentale non ci pare sia ancora maturato appieno. In particolare, una parte significativa della magistratura (non solo giudicante, ma soprattutto requirente) continua a percepire la nuova responsabilità come un ingombro processuale, o comunque come un'appendice subalterna del modello individualistico di imputazione penale, priva di un'identità autonoma e di una funzione sistemica propria. Dovrebbe invece coglierla per ciò che realmente è: uno strumento pragmatico e razionale, concepito per indurre gli enti all'autorganizzazione preventiva e, nei casi di mancata *compliance*, per attivare una leva sanzionatoria fondata su criteri di effettiva responsabilità organizzativa e di incisivo stimolo alla riparazione.

Se questo esperimento fallisse, cosa resterebbe?

Rimarrebbero, verosimilmente, da un lato, gli eccessi dell'imputazione penale individuale — come purtroppo lasciano presagire anche recenti orientamenti giurisprudenziali — e, dall'altro, le “terre selvagge” della prevenzione *praeter delictum*.

<sup>76</sup> Dettagli e severe critiche in C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 537.

<sup>77</sup> Sull'esigenza di migliore formazione del giurista in materie così tecniche, cfr. anche V. MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Giur. comm.*, 2021, n. 4, p. 633 ss.

Quest'ultima rappresenta, com'è noto, un diritto affrancato dal reato e dalle sue regole di imputazione e accertamento, che si traduce in una sorta di *para-fattispecie* puramente preventiva, capace di irridere, nei fatti, alla legalità sostanziale e processuale, generando caos dommatico e incertezza sistemica. Le misure in discorso sono, in effetti, la massima espressione contemporanea del diritto preventivo applicato alla "persona-impresa": un diritto, potremmo dire — sia consentita la *boutade* — "à la Ferri societarista"! Un impianto normativo finalizzato non a giudicare, ma a *eliminare* l'impresa incorreggibile svuotandola sul piano patrimoniale (confisca ablativa), *interdire* quella gravemente compromessa, *bonificare* e *riorganizzare* quella correggibile o non eccessivamente inquinata, mettere sotto *osservazione* quella occasionalmente "perforata" dall'inquinamento criminale. Tutto fondato, però, sul terreno incerto dell'indizio.

Se ci si abbandona *in toto* al dogma dell'efficienza — quanto reale, poi, è tutto da dimostrare —, la deformalizzazione finisce per rendere, giocoforza, le misure di prevenzione più appetibili e competitive rispetto al sistema delineato dal d.lgs. n. 231/2001. In questo modo, la scelta del binario di intervento da parte degli organi di *enforcement* viene processualizzata secondo logiche di opportunità, dando origine a una discrezionalità infra-sistemica e inter-sistemica, che si diffonde senza criteri orientativi e vincoli selettivi o funzionali.

Ci si potrebbe allora chiedere: la sfuggente "turbo-economia" contemporanea impone moduli così destrutturati di *enforcement*? Non sarebbe il caso di riflettere prima di abbandonarsi del tutto a una pseudo-giurisdizione che ricorda pericolosamente la gestione premoderna del crimine? La risposta non può che essere un invito alla misura: a imbrigliare l'anelito libertario della discrezionalità entro canoni normativi chiari, affinché non degeneri in arbitrio inquietante.

Forse è un'aspirazione ingenua, forse oggi persino romantica. Ma continuiamo a preferire la giustizia del mercato al mercato della giustizia.