

Enti di piccole dimensioni e responsabilità da reato ai sensi del d. lgs. 231/2001.

di **Allegra Iapicca**

Sommario. 1. L'essere e il non essere (ente). - 2. L'ente di piccole dimensioni alla luce del principio di colpevolezza. - 3. Profili di illegittimità nel momento punitivo. - 4. L'inesigibilità – la chiave dell'essere (ente). - 5. Conclusioni

1. L'essere e il non essere (ente)

Il punto di partenza delle pagine che verranno è rappresentato dalla ampia schiera dei destinatari¹ della disciplina amministrativa da reato degli enti.

Ribadito come le spinte sovranazionali abbiano portato a punire le società perché oramai "colossi" sempre più impersonali e autonomi, lontani da una mera sommatoria dei propri componenti e per tale motivo dotati di vita propria, la responsabilità da reato degli enti è entrata in gioco per punire quell'agire collettivo e non già le persone fisiche, compito da sempre riservato al diritto penale classico, progettando una disciplina la cui base vede il principio del cumulo per quell'origine mista del crimine di impresa².

La reale domanda che in tale sede si vuole porre è se un ente di piccole dimensioni, caratterizzante il sostrato economico italiano, *i.e.* con assetto verticistico, limitata delega di funzioni, laddove l'imprenditore è il perno intorno al quale tutta la realtà "societaria" ruota, possa davvero essere considerato dotato di vita propria: vi è davvero quella organizzazione che lo rende soggetto altro rispetto alle persone fisiche ivi inglobate? Il principio del cumulo dà vita ad una corretta risposta sanzionatoria?

Si ricordi che la disciplina dei *compliance programs* rappresenta una soluzione presa in prestito da una realtà molto diversa da quella italiana: il metodo del bastone e della carota³ presuppone alla base la capacità di autoregolamentazione dell'ente che, spinto dal tentare di ottenere un profitto o vantaggio, omette quelle misure che lo Stato ad esso rimanda.

¹ DELSIGNORE S., *I SOGGETTI*, IN CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI P. (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Utet, 2010, p. 77.

² DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002, p. 278, p. 340: «frutto di una combinazione tra politica d'impresa e scelte ideologiche individuali»

³ Si veda, fra tutti, CENTONZE F., *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in Centonze F., Mantovani M. (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, il Mulino, 2016, p. 87.

L'armamentario cautelativo previsto dal Decreto, invero, può trovare terreno fertile solo in quelle imprese strutturate lontane dagli enti di piccole e medie dimensioni che inforcano il sostrato economico italiano: ossia in *public companies* a struttura complessa, decentralizzata ed aperta.

L'art. 1, comma 2, del D. Lgs. n. 231/2001 ("Decreto") enuncia esemplificativamente quali principali destinatari della disciplina "gli enti forniti di personalità giuridica", portando in primo piano la nozione di ente: concetto tanto elastico quanto del tutto evanescente.

Pur non ritenendo in questa sede opportuno scendere alla "scoperta" di tale concetto, non si può non sottolineare come la dottrina e la giurisprudenza si dividano tra una concezione in senso stretto o in senso lato⁴ del medesimo termine.

Senza scendere ad esaminare questioni di carattere ontologico, si ritiene che sia sì necessaria una soggettività giuridica distinta e autonoma dalle persone fisiche, come la stessa Relazione al Decreto dice, ma sia altresì assolutamente necessaria una articolazione interna che permetta una plurisoggettività⁵ di interessi in campo.

Ecco svelato il motivo per il quale si aprono scenari incostituzionali laddove si passi ad osservare con le "lenti 231" imprese familiari ed enti di piccole dimensioni, la maggior parte dei quali caratterizzati da una sovrapposizione tra *management and ownership*.

Sebbene gli enti di cui si discorre, di piccole dimensioni, si differenzino dall'individuo o dalle imprese individuali perché dotati di una soggettività giuridica distinta, tale risposta non deve ritenersi esaustiva: essa, ad uno sguardo più attento, può essere esauriente solo da un punto di vista formale. Bisogna chiedersi se realmente essi siano in realtà centro autonomo di imputazione di interessi ed obblighi e se, in specie da un punto di vista sostanziale, essi presentino realmente quella conformazione distinta dalle persone fisiche di riferimento.

A parere di chi scrive, l'organizzazione, al di là di qualsivoglia criterio formale, diviene elemento essenziale di tutta la disciplina, il pendolo che oscilla tra l'essere (ente) e il non essere (ente).

⁴ Tale concezione sembrerebbe essere sposata dalla Relazione ministeriale al Decreto, laddove l'ente – per dirsi soggetto alla disciplina del Decreto – deve essere un "autonomo centro d'interessi e rapporti giuridici": una definizione che, come appena formulata, ingloba indiscriminatamente tutte le S.r.l. unipersonali – qualunque sia la loro dimensione e complessità interna – e allo stesso tempo esclude *a priori* qualunque impresa individuale. Un criterio formale, dunque, che lascia indietro un criterio sostanziale, reale pendolo per quella "organizzazioni complesse" di cui la stessa Relazione al Decreto discorreva.

⁵ Sull'argomento, fra tutti, MONGILLO V., *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, 2018.

Basti pensare come le S.r.l.⁶ - ricomprese fuor di dubbio nella schiera dei destinatari perché centro autonomo di imputazione di interessi e con un proprio patrimonio - rappresentino, nella pratica, un ampio contenitore al cui interno sono racchiuse differenti specie⁷: tra cui, S.r.l. con una conformazione socio-centrica. In tale caso, più che in presenza di un soggetto meta-individuale si è in presenza di una società con mera funzione di schermo societario.

Ecco che, con tali lenti, la formula "ente fornito di personalità giuridica" non può che essere letta come ogni "*forma di forma di manifestazione organizzativamente complessa dell'attività di impresa, a prescindere dall'assunzione o meno di una determinata forma giuridica*"⁸.

Per quanto di nostra competenza in tale sede, la questione è ancora molto dibattuta e, sicuramente, la posizione di chi scrive si inserisce nel filone meno condiviso ma che, come si tenterà di mostrare, è l'unico ad indossare le giuste lenti per la disamina dei reali destinatari del Decreto e, di conseguenza, l'unico in grado di poter ridare luce alla "grigia" disciplina della 231 applicata agli enti di piccole dimensioni.

Queste le premesse da cui partire.

2. L'ente di piccole dimensioni alla luce del principio di colpevolezza.

Quanto anticipato ci permette di dire che, ad oggi, gli enti di piccole dimensioni hanno un posto nella schiera dei destinatari del Decreto per un diritto di nascita, sebbene tale disciplina, come ribadito, sia stata concepita esclusivamente per enti-organizzazioni complesse: ciò, inevitabilmente, dà vita a scenari incostituzionali che si proverà – senza presunzione di esaustività – a tentare di presentare.

La problematica è già stata sollevata e si sono già avute proposte risolutive non oggetto di approfondimento in tale sede⁹.

⁶ Sul punto anche SOLIDA S., *Sistema 231 ed "enti di piccole dimensioni": criticità normative e spunti di riflessione*, in *Sistema 231*, 2021, 1, p. 4.

⁷ MORGESE G., *SRL unipersonali e 231: un connubio non sempre possibile*, in *Giur. Pen.*, 2018, 12, p. 1.

⁸ PISTORELLI L., *I destinatari delle norme sulla responsabilità da reato nella giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 4, p. 178.

⁹ I lavori della Commissione Greco avevano già sollevato il problema di questa applicazione "a tappeto" della disciplina, avanzando una proposta di semplificazione in termini di *compliance* per tutte le realtà di piccole dimensioni che animano il Paese Italia. Allo stesso modo, una proposta dell'AREL aveva tentato di affidare, ai sensi dell'art. 6 del Decreto, la gestione dell'ente di piccole dimensioni ad un soggetto terzo ed indipendente per evitare, in particolare, quel "corto circuito" di cui si è detto. Cfr. SANTA MARIA L.-VIZZARDI M., *Il progetto di riforma alla 231: che cosa cambia, che cosa manca. Note a margine del recente progetto di riforma del d.lgs. 231/2001, presentato dal Ministro della Giustizia Alfano*, in *Dir. pen. cont.*, 2010, p. 1.

Fuor di dubbio si pone il problema di una indiscriminata sottoposizione degli enti "formali" al Decreto, il quale, affidata la giurisdizione al giudice penale, non porta con sé principi e istituti penalistici sanciti a livello nazionale e sovranazionale.

In primis, viene in rilievo il principio di colpevolezza, fondamento del nostro sistema costituzionale. Ad oggi, lasciando al passato qualsivoglia ascrizione per riflesso, la soluzione a lunga ricercata e trovata guarda alla colpa della *societas* come colpa di organizzazione. L'ente risponde per quel «*rimprovero derivante dall'inottemperanza [...] dell'obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione dei reati previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità del soggetto collettivo*¹⁰». La responsabilità dell'ente inizia e termina nel difetto di organizzazione, all'interno del quale il reato si pone solo come presupposto: l'ente risponderà di tutto quanto derivi dalla sua lacuna di organizzazione per un *versari in re illicita*.

Se dunque inizio e fine della disciplina delineata è la c.d. colpa di organizzazione, bisogna chiedersi se possa esservi colpa, e ancor prima imputabilità, qualora tale organizzazione – complessa – manchi. Se non si ha quella spersonalizzazione di cui sempre si è parlato in termini di responsabilità delle *societates*, viene da chiedersi perché punire per una colpa di organizzazione qualora l'illecito – e il reato – siano riferibili alla medesima persona fisica. L'ente deve essere punito perché colpevole di non aver adottato quel compendio di cautele richieste; giocoforza non si può punire un ente di piccole dimensioni perché privo di quella organizzazione complessa che avrebbe permesso di implementarle. Come dire: si finisce per punire un ente che non avrebbe però potuto comportarsi diversamente.

La disciplina appare patologica, e di fatti non poche sono state le proposte in tal senso che, inspiegabilmente, non hanno trovato mai attuazione¹¹.

Interessante, da ultimo, appare il Disegno di Legge presentato il 28 giugno 2018, n. 818, laddove si propone di modificare il Decreto, in particolare, chiedendo di ricomprendere quali destinatari solo quegli enti che abbiano un numero di dipendenti superiore a 15. Soluzione questa, richiamata da dottrina italiana e spagnola (*infra*) e che, pur rappresentando un passo in avanti, non appare risolutiva.

¹⁰ Cass., Sez. Un., 18 settembre 2014, *ThyssenKrupp*, in *Cass. Pen.*, 2015, 2, pag. 185.

¹¹ Come anticipato, la dottrina italiana e spagnola ha tentato di trovare risposte che potessero sottrarre indiscriminatamente dal Decreto gli enti di piccole dimensioni, ritenendoli, in talune circostanze, inimputabili. La dottrina spagnola, in particolare, ha optato per una soluzione che sottraesse automaticamente dal Decreto tutte le imprese che non superino i 50 dipendenti. Cfr. NIETO MARTÍN A., *La responsabilidad penal de las persona jurídicas: un modelo legislativo*, Lustel, 2008, p. 34. Diversamente, la dottrina italiana ha avanzato una soluzione più articolata che sembri guardare ad un criterio simil-sostanziale di cui si è detto. Tra tutti si veda CENTONZE F., *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in CENTONZE F., MANTOVANI

Si è dunque trasposta una disciplina che, pur rimettendo una autoregolamentazione all'ente stesso, non deve rimetterla indiscriminatamente a chi, è sì ente (formale), ma ben diverso da una organizzazione complessa che trascende dall'imprenditore stesso.

Ecco il primo rilievo che in tale sede si vuole presentare: se è vero che la responsabilità dell'ente è per fatto proprio colpevole, e la sanzione non può che avere finalità preventive-rieducative, l'art. 27 comma 3 della Costituzione risulterà rispettato soltanto qualora la disciplina terrà conto delle differenze dei destinatari a cui sarà rivolta.

Punire l'impresa, incolpevolmente, lede il sacrosanto principio costituzionale: qualora l'ente sia una organizzazione esile, dipendente dall'intervento del socio di riferimento, titolare o beneficiario economico, si crea una unisoggettività tale da rendere una disciplina assolutamente patologica. Si è in presenza di una asimmetria di sistema che tratta l'ente "immaturato" come indagato *sine garanzie*.

I dettami della disciplina sono chiari: alla società è permesso distanziarsi dagli illeciti commessi dimostrando di aver fatto il possibile per impedire il fatto. Volendo semplificare al massimo, la società è costretta a difendersi dimostrando la propria distanza dall'agire degli autori dell'illecito: un meccanismo "*mors tua vita mea*" che non può di certo funzionare in un ente *alter ego* dell'imprenditore.

Come scrive Arlen, «*l'azionista di controllo-manager non favorirà iniziative per far condannare sé stesso*¹²».

Una sovrapposizione per di più normativamente prevista laddove si chiede all'imprenditore-impresa di edificare dei modelli per frenare sé stesso e, allo stesso tempo, laddove chiede a questi – in caso di illecito – di dimostrare che il proprio *alter ego* impresa abbia eluso l'altro sé.

Ecco che la disciplina inizia a mostrare i suoi primi profili di incostituzionalità. L'art. 5 del Decreto trova un incorreggibile contrarietà con riferimento agli enti di piccole dimensioni ponendo a carico dell'ente una *probatio diabolica* che mai potrà assolvere; una possibilità di discolpa di cui l'ente di piccole dimensioni viene privato fin dalle origini.

Come è possibile attuare una corretta risposta punitiva?

M., (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, il Mulino, 2016, p. 87, secondo il quale è necessario escludere automaticamente tutte le imprese con meno di 15 dipendenti ed escludere le imprese con un numero di dipendente minore di 50 e che, contestualmente, presentino altresì una sovrapposizione tra proprietà e gestione.

¹² ARLEN J, *Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence*, in HYLTON K - HAREL A. (a cura di), *Research Handbook on The Economics of Criminal Law*, Edward Elgar Publishing, 2012, p. 15.

Come la normativa americana insegna, il meccanismo del c.d. *"carrots and sticks"* perde del tutto efficacia quando si parla di enti di piccole dimensioni: aspetto che il Decreto sembra ignorare.

Molti, dunque, sono i profili di incostituzionalità e i paradossi pratici che vengono in essere: se si richiede, ai fini della responsabilità, uno specifico interesse o vantaggio dell'ente, distinto rispetto a quello della persona fisica – ma i due soggetti rappresentano un unico centro d'interessi – è lampante il "corto circuito" in cui incappa la disciplina

«l'idea, cioè, che l'ente possa perseguire obiettivi di prevenzione degli illeciti attraverso una propria organizzazione capace di incidere sui comportamenti dei vertici e dissociarsi dalle loro azioni non conformi alle regole di compliance è, in questi contenti, null'altro che una finzione¹³».

3. Profili di illegittimità nel momento punitivo

L'unisoggettività, come ribadito, impedisce di concepire quella rottura del nesso oggettivo di imputazione, laddove l'autore abbia agito nel proprio interesse/vantaggio o nell'interesse proprio di terzi, stante l'impossibile prefigurazione di un interesse distinto dell'ente rispetto all'individuo.

Vieppiù. Sulla base di quel principio del cumulo di cui si è detto, non solo si avrà una pena per la persona fisica-reo ma, lo stesso ente, potenzialmente, subirà pene con grande carica afflittiva.

Ma... se in un ente di piccole dimensioni l'imprenditore, come detto, finisce per configurarsi con l'impresa? Una doppia punizione¹⁴ per un soggetto che, solo formalmente distinto, è in realtà due facce di una stessa medaglia.

Chiaramente si pone un problema nel momento punitivo che tocca da un lato il principio del *ne bis in idem*¹⁵ e dall'altro il principio di proporzionalità.

Un duplice carico sanzionatorio che nasce da una indiscriminata sottoposizione al Decreto: da un lato l'ente sarà sicuramente destinatario di una pena perché in alcun modo, come detto, riuscirà ad andarne esente e, dall'altro, si avrà una condanna del *manager*-proprietario in veste di impresa e di imprenditore; e si badi, a prescindere da qualunque cautela prevista *ex ante* e, ancor prima, anche in assenza di una organizzazione "complessa".

Chiaramente, in un ente di piccole dimensioni, società e persona fisica configurano la stessa realtà, così che, punire entrambe vuol dire – sostanzialmente – punire due volte. Parlare di colpa di organizzazione permette di aggirare soltanto l'ostacolo dell'*idem factum*: l'ente risponde per

¹³ CERESA-GASTALDO M., *Procedura penale delle società*, 4° ed., Giappichelli, 2021, p. 5.

¹⁴ In violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla C.e.d.u.

¹⁵ Contrariamente, in tema di reati tributari, si veda, SCOLETTA M., *"Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto"*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, p. 333.

qualcosa di diverso del mero reato commesso dalla persona fisica. Invero, nelle realtà esili, nelle quali non esiste una organizzazione e, se esistente, davvero minima, non è possibile in alcun modo superare l'ostacolo dell'*eadem persona*: l'impresa è *alter ego* dell'imprenditore; lo schermo societario non è abbastanza "spesso" per ritenere ente e persona fisica due soggetti differenti.

Il tema della ricerca di un equilibrio di sanzioni tra ente e persone fisiche si presenta insistente ogni qual volta, ad una personalità giuridica, non si accompagna una pluralità di soci. L'unisoggettività crea una duplicazione di sanzioni in capo a quello stesso soggetto che viene formalmente considerato come "sdoppiato" in aperto contrasto con i dettami della C.e.d.u.

Ebbene, nel caso di società con una semplificazione strutturale, la doppia sanzione è avvertita dallo stesso soggetto, ed è inutile nascondersi e fare leva sulla «*alterità giuridica e patrimoniale della persona giuridica [...] rispetto a quella fisica*»¹⁶.

Non si può parlare di autonomia giuridica e patrimoniale tra i due soggetti in campo: il soggetto sottoposto a sanzione è "sostanzialmente" lo stesso.

Qualora poi, si volesse ammettere (paradossalmente) questa doppia risposta sanzionatoria come legittima, è bene soffermarsi sul principio di proporzionalità¹⁷ quale *prius* logico del principio della meritevolezza della pena.

Bisogna chiedersi se sia davvero legittimo comminare sanzioni allo stesso soggetto secondo due diversi paradigmi ascrittivi. È davvero proporzionale una unica pena allo stesso soggetto che derivi da due pene proporzionali comminate a due diversi soggetti che diversi non sono?¹⁸

Le Convenzioni e gli atti internazionali da sempre chiedono l'adozione di un apparato sanzionatorio che rispetti i sacrosanti principi dell'effettività, proporzionalità¹⁹ e dissuasività²⁰. Se la pena nasce per "indurre l'ente ad essere virtuoso" allora pare doversi omettere nei casi in cui tale risultato sia

¹⁶ SCOLETTA M., *op. cit.*, p. 334.

¹⁷ Un *ne bis in idem* che, in senso lato, verrebbe in essere come forma di manifestazione del principio di proporzione, NIETO MARTÍN A., *op. cit.*, p. 111.

¹⁸ Gli artt. 3 Cost. e l'art. 49 CDFUE impongono una proporzionalità nell'afflizione della pena e il rispetto del *ne bis in idem*.

¹⁹ Criterio della proporzionalità richiamato dalla Corte di Strasburgo (A. e B. c. Norvegia 2016) come una delle circostanze di esclusione del *ne bis in idem*. In tema di abusi di mercato, ancora, si è riconosciuta la necessità di raggiungere una proporzionalità nel cumulo delle sanzioni irrogate. Cfr. Cass., Sez. V, 16 luglio 2018, F.S. ed altri, in *Dir. pen. cont.*, 2018, con nota di MUCCIARELLI F., *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*.

²⁰ Eppure, l'art. 11 comma 1 lett. f. l. n. 300 del 200 espressamente parla di «sanzioni amministrative effettive, proporzionate e dissuasive».

già stato raggiunto o non necessario. In termini più chiari, è corretto (*i.e.* legittimo) non punire l'ente qualora la sanzione comminata all'imprenditore-impresa abbia già ottenuto tale finalità e, viceversa, qualora la sanzione non sia necessaria perché l'ente non avrebbe potuto essere diverso da come era²¹. Solo in tal modo, a parere di chi scrive, si avrà una disciplina come «*felice prodotto dello spirito del tempo*²²».

4. L'inesigibilità – la chiave dell'essere (ente)

La responsabilità dell'ente è stata costruita nel nostro ordinamento come un "modo colposo di essere".

Ecco allora che l'ultimo tassello dell'argomentare lega la colpevolezza, l'essere colpevole, con la capacità di essere virtuoso: non solo l'aver adottato delle cautele organizzative ma, soprattutto, l'averlo potuto fare.

Viene in rilievo il principio di inesigibilità, indissolubilmente legato al principio di colpevolezza, quale criterio guida per punire ogni qual volta la condotta conforme a legge sia esigibile.

Come si è osservato: *"la giurisprudenza dovrebbe prestare attenzione anche ai fattori che possono inficiare la concreta capacità di un ente di conformarsi agli standard doverosi di diligenza organizzativa"*²³ al fine di verificare in concreto l'*"esigibilità soggettiva di un'organizzazione conforme ai parametri obiettivi di diligenza"*²⁴.

Da sempre l'inesigibilità viene in rilievo come causa di esclusione della colpevolezza, "il non aver potuto agire altrimenti nelle circostanze concrete dell'operare"; un principio declamato come diligenza e, ancor prima, come possibilità di essere tale. Un correttivo, se volessimo, valido ancora una volta per l'individuo ma non per l'ente di piccole dimensioni, gravato dell'onere di

²¹ Altri ordinamenti hanno già avanzato soluzioni in tal senso, i quali hanno tentato risposte, nessuna senza profili di discutibilità. Cfr. art. 31 c.p. spagnolo: *modulación* in tema di *multas*. Si veda GÓMEZ MARTÍN V., *Artículo 31 bis del CP*, in CORCOY BIDASOLO M. - MIR PUIG S. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 129. In tema di *closely held organizations*, si veda BUCY P.H., *Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*, in *Minn. L. Rev.*, 1991, 75, p. 1151, le *U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizations* permettono di sottrarre alla pena finale arrogata alla società la pena comminata alle persone del *management* che detengano una quota non minore del 5%.

²² Così scrive l'illustre RODOTÁ S., nella Prefazione a BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, 2018, p. 6.

²³ MONGILLO V., *Riflessioni a margine di S. Manacorda e F. Centonze* (a cura di), *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness*, 2022, pag. 17. Se l'ente, alla luce delle sue "capacità personali" sia in grado di conformarsi allo *standard* di organizzazione richiesto. Cfr. MONGILLO V., *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, *cit.*, p. 145.

²⁴ *Op. loc. ult. cit.*

costituire un sistema di controlli più articolato della sua stessa semi-organizzazione.

La inesigibilità deve poter trovare spazio in questo "secondo" diritto penale per avere il compito, come "nel primo", di ridurre i contenuti del dovere di diligenza²⁵.

L'affidare al principio di esigibilità la punibilità o meno di tali enti sembrerebbe correggere quella che ad oggi è una responsabilità oggettiva: l'ente sottoposto alla disciplina solo perché formalmente definito ente, anche se, in sostanza, tale da non poter adottare quelle cautele preventive di cui il Decreto chiede l'implementazione.

Se non si ritiene di dover escludere, *ex ante*, tutti quegli enti che si presentano come poco strutturati, dovrebbe quantomeno porsi la necessità di escludere una loro colpa nella fase della condanna, perché inesigibile quanto chiesto loro preventivamente.

L'ente deve essere punito per non aver adottato quel compendio di cautele che lo Stato ad esso rimanda e non perché soggetto meta-individuale in sostanza imprenditore senza alcuna organizzazione complessa.

L'inesigibilità deve essere il limite a quella colpevolezza diffusa degli enti di piccole dimensioni solo formalmente inadempienti ai dettami della disciplina da responsabilità da reato degli enti. Fuor di dubbio, l'onere di quella organizzazione conforme non può essere addossato a chi, a ben vedere, ha sì una organizzazione ma non così "complessa" da creare due soggetti in gioco.

«In sintesi, si tratta di giudicare la possibilità di organizzarsi diversamente dell'ente concreto nelle circostanze date: un concetto graduabile al pari della colpevolezza individuale, e quindi rilevante sia per l'an che per il quantum della responsabilità²⁶».

Chiarito in tema di *compliance* che per tali enti *«il dovere di diligenza non passa necessariamente attraverso l'elaborazione e l'attuazione di programmi comportamentali e gestionali²⁷»*, chiedere di essere adempienti alle prescrizioni del Decreto è come chiedere, in pratica, di modellare qualcosa che non c'è.

E se nulla poteva essere modellato, non si può punire ente ed impresa per essere diversi da come mai avrebbero potuto essere.

Perché la disciplina possa essere costituzionalmente legittima, il *deficit* di organizzazione, in sintesi, deve derivare da una capacità di organizzarsi; da qui, la fondamentale domanda: c'era una organizzazione dalla quale partire

²⁵ NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Cedam, 1982, p. 316, secondo il quale non c'è alcuna omissione se l'azione da dover compiere era non possibile.

²⁶ MONGILLO V., *op. cit.*, p. 433.

²⁷ LATTANZI G. (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, p. 100.

per poter costruire una colpa? O le cautele non erano esigibili perché nessuna organizzazione era presente?

Una soluzione, questa, brillantemente adottata in una isolata sentenza del Tribunale di Milano che, a ben vedere, richiama l'attenzione proprio sui medesimi profili in tale sede discussi:

«L'ente giuridico, in relazione al reato presupposto fondante la responsabilità amministrativa della persona giuridica, non era davvero necessario e infungibile trattandosi di contegno pacificamente riferibile alle persone fisiche che lo avrebbero potuto realizzare senza alcuno schermo societario. Viene a mancare, pertanto, la ratio di fondo della normativa sulla responsabilità delle persone giuridiche, la quale immagina contegni penalmente devianti tenuti da persone fisiche nell'interesse di strutture organizzative di un certo rilievo di complessità quale centro di imputazioni di rapporti giuridici distinto da chi ha materialmente operato²⁸».

Una "luce" nel tunnel del panorama giurisprudenziale, portando finalmente alla ribalta il criterio sostanziale.

5. Conclusioni

Si giunge alla conclusione – obbligata a parere di chi scrive – di dover prescindere da quel principio del cumulo che non sempre può ritenersi applicabile.

In presenza di imprese poco strutturate e con mancanza di alterità al vertice, bisogna decidere chi dei due soggetti poter rimproverare e punire.

L'ente, oramai pieno soggetto di diritto al pari dell'individuo, è chiamato a rispondere di una responsabilità amministrativa che affida la sua giurisdizione al giudice penale e, se diviene un imputato a tutti gli effetti, come tale dovrà essere trattato.

L'ente imputato potrà essere sempre e solo un ente che abbia quella organizzazione sostanziale tale da non creare quella incostituzionalità diffusa di cui si è discusso.

Le pagine che precedono hanno voluto dimostrare che ad oggi, però, omesse tali valutazioni, e sulla scorta della mera e formale alterità giuridica e patrimoniale dei soggetti(o) in campo, gli enti di piccole dimensioni non godono, in definitiva, delle garanzie fondamentali di ogni persona fisica ed ente (complesso) sottoposto allo schiaffo dello *ius terribile*.

Una lacuna, questa, che contrasta con i sacrosanti principi della materia penale e che, ad anni dalla entrata in vigore del Decreto, e ad anni dal suo rodaggio, esige correzioni in uno Stato di diritto quale il nostro.

²⁸ Trib., Milano, Sez. uff. indagini prel., 16 luglio 2020, n. 971, *omissis*, in *De Jure*, p. 4: commentate da LUGLI R., *Esclusa la responsabilità 231 di società unipersonale priva di un autonomo centro di interessi*, in <http://www.giurisprudenzapenale.com/>, 2020, 9, p. 7.