

REQUIEM PER IL "231"? REQUIEM FOR DECREE 231?

di **Alessandro Bernasconi(*)**

Abstract

La normativa sulla responsabilità degli enti da reato versa – a vent'anni dal suo varo – in stato comatoso: i numeri delle iscrizioni delle società nel registro delle notizie di reato lo testimoniano in maniera impietosa. Le ragioni ipotizzabili sono molteplici e complesse: inflazione dei reati-presupposto, inefficacia preventiva dei modelli di organizzazione unita ad una oggettiva impossibilità di verifica continuativa da parte degli organismi di vigilanza, assenza di certezza del diritto come effetto di disorientamenti giurisprudenziali, riluttanza dei pubblici ministeri a procedere contro gli enti e, non da ultimo, disposizioni legislative "esterne" al decreto del 2001 di maggiore duttilità applicativa. Imperterriti, professionisti del settore e associazioni celebrano il ventennio in convegni ed iniziative di varia natura, ma non c'è ombra del festeggiato.

The legislation on corporate crime liability is – twenty years after its launch – in a comatose state: the numbers of companies investigated testify to this in a merciless manner. The hypothetical reasons are multiple and complex: inflation of offenses provided for by law, preventive ineffectiveness of compliance models combined with an objective impossibility of continuous control by the supervisory bodies, absence of legal certainty as an effect of inconsistent jurisprudence, reluctance of public prosecutors to proceed against companies and, last but not least, legislative provisions "external" to the 2001 decree of greater applicability. Undaunted, industry professionals and associations celebrate the twenty-year anniversary in conferences and initiatives of various kinds, but there is no shadow of the guest of honor.

Quando le voci sull'aggravamento dello stato di salute di un personaggio famoso si fanno insistenti è prassi delle redazioni delle principali testate aggiornare il così detto "coccodrillo", cioè una sua biografia disponibile per pubblicazioni immediate (specialmente, appunto, in caso di morte). Non è questa l'occasione per indulgere in commemorazioni di tenore celebrativo quanto, piuttosto, per prendere atto che ci troviamo al cospetto di un provvedimento legislativo la cui applicazione – a venti anni dal suo varo – versa in profondo stato comatoso.

Il numero dei convegni, dei seminari di aggiornamento, delle associazioni di (veri o presunti) cultori della materia, dei così detti "professionals" (si allude a quei commercialisti e avvocati che arrivano a cumulare 15-20 incarichi in altrettanti organismi di vigilanza), dei siti

internet dedicati all'argomento, delle pubblicazioni con pretese di "scientificità" sureclassa – facendolo impallidire se non addirittura scomparire – quello delle annotazioni degli illeciti amministrativi dipendenti da reato effettuate dai pubblici ministeri lungo la penisola.

Dal Bilancio di responsabilità sociale della procura della Repubblica di Milano sono desumibili – con riferimento al solo anno 2017 (gli ultimi dati disponibili, relativi al 2018, non menzionano le iscrizioni di reati-presupposto ex d. lgs. n. 231 del 2001) – alcune estrapolazioni statistiche di indubbio rilievo circa le prassi applicative. In materia di responsabilità delle persone giuridiche, «nel 2015 risultavano iscritti 38 enti ai sensi del D.Lgs. 231/01 che salivano a 46 (+ 17%) nel corso del 2016. Al termine del 2017 gli enti iscritti risultano 29, in netta diminuzione rispetto ai due anni precedenti (-37% rispetto al 2016 e - 23,7% rispetto al 2015)». Annotava inoltre l'ufficio meneghino che «la flessione delle iscrizioni degli enti ha diverse motivazioni che rischiano, complessivamente, di portare al fallimento, a 17 anni dall'entrata in vigore della norma un istituto importante e decisivo che ha svolto un indubbio ruolo di ammodernamento del sistema delle imprese» (1). I dati forniti da quello che è stato – indubitabilmente – l'avamposto nazionale delle indagini nella materia in oggetto sono impietosi; muovendo da questi ultimi, si considerino tre profili fenomenologici, riconducibili ad altrettante cause di insuccesso del decreto del 2001 (2).

In primo luogo, la sostanziale inefficacia preventiva dei modelli di organizzazione dovuta al "combinato disposto" della imponderabilità dei risultati di contenimento del rischio penale d'impresa e della dissennata proliferazione legislativa dei reati-presupposto (che ha trasformato l'individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi illeciti in un avventuroso attraversamento di una palude senza orizzonte).

L'esperienza processuale corrobora la suddetta conclusione; l'approccio metodologico della magistratura giudicante sui requisiti dei compliance program non si è rivelato corretto: la violazione (o mancato rispetto) di una qualunque regola cautelare, prevista dai protocolli aziendali, viene assunta a indice della inidoneità e/o inefficacia del modello; questa prospettiva "totalizzante" trascura di verificare il nesso causale tra la riscontrata inadeguatezza della specifica regola preventiva e il reato commesso nel caso concreto.

Infine, la riluttanza di molte grandi aziende a costituire organismi di vigilanza realmente indipendenti rappresenta solo uno degli aspetti di criticità di una funzione di controllo intramoenia che sconta molteplici difetti del suo corredo cromosomico: l'impossibilità di garantire una verifica continuativa sull'applicazione del modello (per fare ciò l'organismo dovrebbe, in teoria, riunirsi in seduta semipermanente (3)) reca con sé l'interrogativo sulla esigibilità di compiti che, con buona probabilità, sono fuori della portata di una funzione (o ufficio che dir si voglia) che non ha riscontri nel panorama del diritto comparato.

Una chiosa a margine riguarda il mondo delle piccole e medie imprese. La consapevolezza che l'impalcatura normativa del 2001 è stata ritagliata sul paradigma della grande azienda non può esimere dal rilevare che, nel tessuto connettivo dell'economia del nostro Paese (cioè la piccola impresa), gli istituti del modello di organizzazione e dell'organismo di vigilanza non trovano – per impossibilità “naturale” – cittadinanza; piuttosto che nascondersi dietro ipocriti infingimenti, sarebbe opera di sano realismo estromettere dal panorama dei destinatari del decreto legislativo in questione tali realtà produttive.

Se la diagnosi è corretta, come rianimare il paziente?

Da escludere che il congegno processuale si presti ad interventi riformatori dotati di una incisività tale da promuovere l'incremento dei procedimenti penali contro le società: prevale, infatti, la forza inerziale legata agli schemi della prassi e alle vischiosità culturali degli apparati inquisitori. Che la decisione di annotare l'ente nell'apposito registro non sia peraltro scelta semplice è un dato avvalorato dai seguenti fattori. Il pubblico ministero, acquisita la notizia di un reato-presupposto, si trova ad adempiere a talune incombenze quali: affidare al suo segretario le verifiche presso la banca dati delle imprese per desumere le notizie concernenti l'ente (sede principale, nome del rappresentante legale); incaricare il sottufficiale di polizia giudiziaria di verificare se l'illecito è stato compiuto nell'interesse o vantaggio della società; ulteriori accertamenti incombono qualora si tratti di una piccola impresa. Il tempo necessario a individuare la sussistenza dei requisiti dell'interesse/vantaggio implica che il quadro dell'indagine si opacizzi ed il risultato finale è la mancata iscrizione dell'ente. Non si sottovaluti, inoltre, una mentalità per la quale nel procedimento penale (con possibili risvolti “231”) al pubblico ministero “interessa” più l'accertamento della responsabilità della persona fisica rispetto a quella dell'ente. Infine, è incontrovertibile che il *simultaneus processus* non presenta la stessa lunghezza per enti e per persone fisiche: di gran lunga maggiore la durata per i primi, con conseguente riluttanza dell'ufficio dell'accusa ad imbastire anche un procedimento contro di essi; corollario di questa premessa è che solo in presenza di ragioni investigative forti si procede con l'annotazione e, quindi, con la riunione processuale; ciò non accade nei casi di minore rilevanza, in quanto il rischio percepito dalla magistratura inquirente è di allungare i tempi del processo.

Venendo al piano sostanziale, questo si presta ad interventi abolizionisti, in un'ottica di snellimento – e, quindi, di semplificazione applicativa – del sistema.

L'estensione del catalogo dei reati-presupposto, sempre più debordante, nella prassi ha finito per collidere con la crescente complessità delle società medio-grandi, nelle quali si moltiplicano sia i piani di controllo sia regolamentazioni sempre più fitte e minuziose (4).

L'elenco è da sfolire; si pensi – in via del tutto esemplificativa – al reato di impiego di extracomunitari (ex art.

25-duodecies): la materia è già disciplinata dall'art. 22 del d. lgs. 25 luglio 1988 n. 286. Razzismo e xenofobia (art. 25-terdecies) sono reati da affrontare con le misure di prevenzione, eventualmente ricorrendo alla duttilità del meccanismo sequestro-confisca.

Un terreno da scandagliare con attenzione ha per oggetto la normativa “extra” d. lgs. n. 231 del 2001, la quale esibisce un tasso di cogenza – sotto certi aspetti – maggiore di quello che caratterizza il primo. Alcuni esempi.

Nella disciplina del codice dei contratti pubblici (cfr. l'art. 80 comma 5 lett. f) la stazione appaltante estromette l'impresa colpita da misure interdittive: viene escluso l'operatore economico che sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81».

Analoga filosofia, di contrasto “immediato”, emerge per quanto concerne il controllo giudiziario dell'azienda ai sensi dell'art. 34-bis del codice antimafia (5).

Ancora, l'apparato normativo speciale per banche, intermediari finanziari e assicurazioni: l'intervento delle authority di settore è, rispetto a quello del giudice penale, più celere ed efficace: esso si avvale dei commissariamenti regolati – rispettivamente – dal testo unico bancario, da quello degli intermediari finanziari e dal codice delle assicurazioni (6).

Presenza di coscienza delle rigidità procedurali che ostacolano l'iscrizione degli enti nel registro degli indagati e incisivi interventi deflattivi sulla parte sostanziale rappresenterebbero niente più di piccoli passi per rianimare una normativa che – asseverata vent'anni fa come “il penale del futuro” – non è stata di fatto metabolizzata né dalla magistratura, né dal mondo aziendale.

(*) Ordinario di Procedura penale nell'Università di Brescia

NOTE

(1) Il documento in oggetto, stilato nel 2018 e riferito all'anno precedente, è rinvenibile sul sito *procura.milano.giustizia.it*.

(2) Resta più che mai attuale l'analisi di G. FIANDACA – A. ALESSANDRI, *Responsabilità degli enti, serve un «tagliando»*, in *Il Sole 24 ORE*, 6 giugno 2016, p. 19: l'articolo riassume le principali conclusioni di un confronto, a porte chiuse, tenutosi presso l'Università di Palermo (fine aprile 2016), tra taluni magistrati – inquirenti e giudicanti – e professori universitari particolarmente attivi sui fronti, rispettivamente, di indagini, processi e studi in materia di responsabilità degli enti “da reato”.

(3) Ciò, a tacere della inadeguatezza sia dei compensi attribuiti ai suoi componenti (tranne poche eccezioni, si tratta di importi ridotti quando non addirittura risibili), sia dei budget accantonati per le attività di verifica dell'organismo.

(4) G. FIANDACA – A. ALESSANDRI, *Responsabilità degli enti, serve un «tagliando»*, cit., p. 19.

(5) A. PRESUTTI – A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 487 s.

(6) Per un quadro riassuntivo di tale disciplina derogatoria, A. PRESUTTI – A. BERNASCONI, *Manuale*, cit., p. 457 s.