

DAL PARADIGMA PUNITIVO REATTIVO AL PARADIGMA PUNITIVO REATTIVO-PREMIALE. SECONDO STUDIO PER UN AFFRESCO (*)

di Roberto Bartoli

L'Autore pone in evidenza come l'attuale sistema afflittivo reattivo sia sempre più contraddistinto dalla previsione di condotte lato senso sanzionatorie che consentono di estinguere in forma anticipata la responsabilità penale. Ciò sta determinando un interessante mutamento di paradigma, per cui i sistemi sono sempre meno reattivi e sempre più reattivo-premiali determinando nella sostanza una depenalizzazione in concreto. Non solo, ma quando questo fenomeno riguarda gli enti, con molta probabilità si assiste a un qualcosa di ancora più consistenti, per cui la premialità è volta non tanto ad evitare la punizione dell'ente per un reato di cui a ben vedere l'ente stesso non può essere fatto autenticamente responsabile, ma piuttosto ad indurre a una riorganizzazione nei termini della legalità, con la conseguenza che la vera reazione e il vero reato dell'ente si ha nel momento in cui l'ente non si riorganizza.

SOMMARIO: 1. Le recenti trasformazioni del diritto punitivo: la “galassia afflittiva” e il paradigma reattivo-premiale. – 2. Gli istituti che si ispirano al paradigma reattivo-premiale. – 3. I caratteri essenziali del paradigma reattivo-premiale. – 4. I problemi posti dal paradigma reattivo-premiale. – 4.1. La mancanza di un accertamento del fatto/responsabilità. – 4.1.1. Gli istituti basati su contenuti con afflittività scarsa e oggettiva. – 4.1.2. Gli istituti basati su contenuti con afflittività significativa e soggettiva. – 4.2. La mancanza di elementi per compiere i giudizi prognostici di pericolosità. – 4.3. I rischi di strumentalizzazione particolarmente presenti nel sistema 231. – 4.4. Il problematico rapporto tra esclusione della responsabilità individuale per operatività di cause di non punibilità e permanenza della responsabilità dell'ente. – 4.5. La colpa di organizzazione cautelativa dell'ente: una nuova tipologia di responsabilità premiale-preventiva?

1. Le recenti trasformazioni del diritto punitivo: la “galassia afflittiva” e il paradigma reattivo-premiale.

Negli ultimi decenni il sistema del diritto punitivo ha subito una profondissima trasformazione, consistente, in buona sostanza e in estrema sintesi, in una duplice articolazione – se così si può dire – esterna ed interna: da un lato, al diritto penale

(*) Il lavoro è destinato agli Scritti in onore di Antonio Fiorella e può essere considerato la seconda parte di una riflessione iniziata con un precedente scritto: *La “galassia afflittiva”: sistematica, fondamento, legittimità. Primo studio per un affresco*. A questa seconda parte seguirà poi un terzo lavoro: *Principio di irretroattività e galassia punitiva. Terzo studio per un affresco*.

classico si sono affiancati altri sistemi, venendosi a configurare una sorta di “galassia afflittiva”; dall’altro lato, al paradigma punitivo di tipo reattivo, basato sulla responsabilità per il fatto commesso, si è aggiunto un altro paradigma che potremmo definire reattivo-premiale, basato sulla possibilità di non andare incontro alla pena se l’indagato adotta determinati comportamenti, paradigma quest’ultimo presente non solo nel diritto penale classico, ma anche in alcuni dei sistemi in cui si articola la “galassia afflittiva”, nonché in alcuni dei sottosistemi presenti nel diritto penale classico (minori e sistema penale del giudice di pace).

In particolare, sotto il primo profilo, accanto al sistema penale classico basato sulle pene principali indicate dall’art. 17 c.p., si è aggiunto prima il diritto punitivo amministrativo (1981) e poi il diritto punitivo civile (2016). Questi tre sistemi, tutti assieme, compongono oggi il diritto punitivo reattivo, fondato sul concetto di responsabilità per il fatto commesso nel passato, responsabilità che deve essere accertata secondo procedimenti e da autorità tra di loro molto differenti. Non solo, ma il sistema nel suo complesso si è ulteriormente articolato, perché al diritto punitivo reattivo (penale, punitivo-amministrativo, punitivo-civile) si è affiancato – in realtà già esisteva, ma se ne è avuta piena consapevolezza soltanto di recente – un altro sistema, quello preventivo, a sua volta ripartito in misure di sicurezza e in misure di prevenzione. Quest’ultimo sistema, se non prescinde del tutto da fatti commessi, comunque depotenzia notevolmente il ruolo del fatto collocato nel passato e la responsabilità attribuita al suo autore per valorizzare la personalità di quest’ultimo, basandosi soprattutto su una valutazione di pericolosità da parte del giudice per quanto si potrebbe realizzare in futuro. Infine, non si può fare a meno di ricordare come a tutto questo sistema complessivamente considerato, che potremmo definire “diritto afflittivo umano”, si sia aggiunto un altro sistema, il “diritto afflittivo degli enti”, con caratteristiche ulteriormente peculiari, il quale se, da un lato, può essere considerato un’ulteriore articolazione del “diritto punitivo”, dall’altro lato, proprio perché ha come destinatario il particolarissimo soggetto ente, a noi pare opportuno concepirlo, come vedremo meglio in seguito, in termini del tutto alternativi al “diritto afflittivo umano”.

Questa articolazione, com’è noto, pone non pochi problemi di fondamento e legittimità. Anzitutto, nel momento in cui il “diritto afflittivo” non coincide più con il diritto penale tradizionale, sorge l’esigenza di definire cosa si intenda per “afflittivo”, per materia penale. In secondo luogo, anche in virtù della diversa afflittività, occorre chiarire la finalità che ogni singola articolazione persegue. Ed ancora, proprio sulla base delle diverse afflittività e finalità, risulta indispensabile chiarire la portata dei principi di garanzia. Infine, si pone il tema dell’autorità competente ad accertare fatti ed irrogare sanzioni e della disciplina dei relativi procedimenti.

Punto delicatissimo, sempre più emergente, è inoltre la valutazione della razionalità complessiva della “galassia afflittiva” che passa dalla razionalità delle diverse discipline che normano i singoli sistemi e sottosistemi, sia per quanto riguarda la coerenza con le finalità perseguite, sia per quanto riguarda il fondamento di eventuali differenziazioni, e ciò anche in virtù della possibilità di compiere un sindacato di ragionevolezza basato su un giudizio estrinseco, consistente in buona

sostanza nella comparazione tra discipline appartenenti ai diversi sistemi. Si pensi alla comparazione che si può compiere tra il sistema delle pene e quello delle misure di sicurezza o delle misure di prevenzione oppure, all'interno dello stesso sistema preventivo, tra misure di sicurezza e misure di prevenzione. Ma si pensi anche alla comparazione che si può compiere, all'interno del diritto penale classico e tradizionale, tra i diversi "sottosistemi", come dimostrato dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 139/2020, basata sulla comparazione tra messa alla prova degli adulti e messa alla prova dei minori, come anche dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 53683/2017, basata sulla comparazione tra la particolare tenuità del fatto del sistema "tradizionale" e l'irrelevanza del fatto del sistema penale del giudice di pace.

Sotto il secondo profilo, si deve osservare come all'interno dello stesso diritto punitivo reattivo si sia sempre di più configurata una logica che non si può definire rigorosamente reattiva, ma piuttosto reattivo-premiale. Da un lato, infatti, il sistema resta punitivo reattivo, perché il procedimento può sfociare in un accertamento di una responsabilità e nella applicazione di una pena; dall'altro lato, però, l'attivazione della reazione è soltanto eventuale, perché, in termini procedimentalmente anticipati, viene riconosciuta al soggetto, vale a dire all'indagato, la possibilità di adottare determinati comportamenti al compimento dei quali è collegata l'estinzione del reato. Ecco allora che la reattività è – per così dire – a chiusura di questo particolare meccanismo, mentre la premialità deriva dalla possibilità di un trattamento non penale in quanto consistente in comportamenti/adempimenti/attività con contenuti diversi dalle sanzioni afflittive e che permettono di evitare la conseguenza punitiva. Da notare come l'adempimento sia comunque indotto attraverso la minaccia dell'accertamento della responsabilità con conseguente irrogazione/esecuzione della pena, resa particolarmente stringente dall'attivazione del procedimento, venendosi a generare nella sostanza un vero e proprio meccanismo di intimidazione speciale ancorché attenuato dalla "mera" ripresa del procedimento. Si potrebbe dire che la flessibilità che il sistema penale tradizionale ha conosciuto in fase di cognizione viene anticipata in fase procedimentale, prima di un accertamento di eventuali responsabilità.

2. Gli istituti che si ispirano al paradigma reattivo-premiale.

Posto che la nostra attenzione si concentrerà soltanto su quest'ultima trasformazione, se noi volessimo compiere una ricognizione delle discipline ispirate alla logica reattivo-premiale, ci rendiamo conto che essa si concretizza in molteplici istituti oltretutto assai disomogenei per collocazione e contenuti: si ritrova in cause estintive della responsabilità previste in alcune articolazioni del sistema penale tradizionale, nella parte generale del sistema tradizionale e in sottosistemi di legislazione speciale, potendosi il ragionamento estendere anche al sistema 231 concernente la responsabilità degli enti. Infine, come emerge da alcuni progetti di riforma, il legislatore sembra avere l'intenzione di implementare ulteriormente questa strategia.

In particolare, nelle articolazioni del sistema penale tradizionale la logica premiale è presente nella sospensione del processo con messa alla prova all'interno del diritto penale dei minorenni (art. 28, d.P.R. n. 448/1988) ed ispira le condotte riparatorie previste dall'art. 35 d.lgs. 274/2000 del sistema penale del giudice di pace.

All'interno della parte generale del sistema penale tradizionale, si possono considerare premiali: l'oblazione (artt. 162 e 162-*bis* c.p.), che, a quanto ci consta, può essere considerata la prima forma in assoluto di questa tipologia di meccanismo reattivo-premiale, oltretutto già presente nel Codice Rocco del 1930; le condotte riparatorie previste dall'art. 162-*ter* c.p.; nonché la messa alla prova degli adulti di cui agli art. 168-*bis* ss. c.p.

Ed ancora, nei sottosistemi di parte speciale si deve considerare il meccanismo estintivo delle contravvenzioni del diritto penale del lavoro previsto dagli artt. 19-25 d.lgs. n. 758/1994 e art. 301 d.lgs. n. 81/2008, consistente nell'adempimento da parte del soggetto di due condizioni: il rispetto delle prescrizioni impartite da un organo di vigilanza e il pagamento in via amministrativa di una somma di denaro. Sulla stessa scia si muovono altri meccanismi: in materia di tutela dell'ambiente v'è la causa estintiva delle contravvenzioni a seguito dell'osservanza di prescrizioni imposte, come disciplinato dalla nuova parte VI *bis* del Testo unico dell'ambiente; in materia di tutela del paesaggio, è prevista la causa estintiva della rimessione in pristino delle aree o degli immobili soggetti a vincoli paesaggistici da parte del trasgressore, prima che venga disposta d'ufficio dalla autorità amministrativa e comunque prima che intervenga la condanna; in materia edilizia è previsto il rilascio in sanatoria del permesso a costruire che estingue le contravvenzioni (artt. 36 e 45, Testo unico dell'edilizia). Inoltre, si deve accennare alle condotte riparatorie in ambito tributario, aventi valenza estintiva del reato (art. 13, d.lgs. n. 74/2000).

La stessa logica reattiva premiale la ritroviamo poi nel sistema 231, per cui l'ente va sempre incontro a una pena pecuniaria, ma può evitare le sanzioni interdittive se adotta condotte riparatorie, elimina le carenze organizzative e ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca (art. 17, d.lgs. n. 231/2001).

Infine, come accennato, il recente disegno di legge n. 2435 delega il Governo a «prevedere una causa di estinzione delle contravvenzioni destinata a operare nella fase delle indagini preliminari, per effetto del tempestivo adempimento di apposite prescrizioni impartite dall'organo accertatore e del pagamento di una somma di denaro determinata in una frazione del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa», replicando così in termini generali il meccanismo estintivo delle contravvenzioni in materia di sicurezza di lavoro.

3. I caratteri essenziali del paradigma reattivo-premiale.

Se volessimo provare a cogliere i caratteri essenziali di questo meccanismo reattivo-premiale, a grandissime linee, si può anzitutto osservare come questi istituti trovino applicazione dopo che è stato attivato un procedimento e prima che si giunga ad un accertamento della responsabilità. Il primo profilo distingue questo meccanismo

dalle vere e proprie cause di non punibilità c.d. sopravvenuta, dove la resipescenza prescinde dall'attivazione del procedimento e quindi dalla "minaccia individualizzata" dell'eventuale pena; il secondo profilo distingue il meccanismo in esame non solo dagli altri istituti che operano in fase di cognizione, ma anche dai riti alternativi.

In secondo luogo, rispetto a questi istituti non si può parlare di vera e propria non punibilità, o meglio, nel momento in cui si attiva il meccanismo l'esito è di non punire nel senso che non si applicano le pene minacciate, ma il soggetto compie comunque determinate attività e quindi sottostà a certe conseguenze sanzionatorie. A ben vedere, la logica sottesa finisce per essere quella di una vera e propria depenalizzazione in concreto, proprio perché l'esito non è la non punibilità *tout court*, ma piuttosto una risposta sanzionatoria diversa da quella penale. Andando ancora più a fondo si può osservare come a questa logica potrebbe ispirarsi anche la particolare tenuità del fatto, là dove, a differenza di quanto avviene adesso nel nostro ordinamento, fosse condizionata, in prospettiva di riforma, all'adempimento di obblighi o prescrizioni entro un certo periodo sospensivo, come avviene in Germania attraverso l'art. 153a *StPO*.

Infine, si deve osservare come i contenuti siano molto diversificati. Procedendo in un crescendo di afflittività, vi sono attività che coincidono nella sostanza nella riparazione del danno "privato": si pensi all'art. 162-ter, come anche alle condotte riparatorie del sistema penale del giudice di pace. Vi sono poi attività che invece consistono nella riparazione di un danno che tuttavia attiene a interessi pubblici: si pensi in particolare al diritto tributario e a quanto accade per il diritto penale ambientale, edilizio e paesaggistico. Ed ancora, vi sono contenuti riparatori che vanno a incidere – per così dire – sulle cause dell'illecito, come nelle contravvenzioni in materia di sicurezza. Ci sono contenuti, poi, che diventano davvero molto più consistenti, alla fin fine addirittura afflittivi, come nell'ipotesi della messa alla prova, sia dei minori che degli adulti. Fino ad arrivare a contenuti che, come avviene nel sistema 231, consistono in una riorganizzazione dell'ente, che in termini penalistici potrebbe essere definito un riassetto della personalità.

4. I problemi posti dal paradigma reattivo-premiale

Ebbene, al di là delle singole questioni poste dalle diverse ipotesi, rispetto al paradigma reattivo-premiale si aprono alcune problematiche generali che meritano la massima attenzione.

4.1. La mancanza di un accertamento del fatto/responsabilità.

La prima riguarda il fatto che si tratta di un nuovo paradigma nel complesso decisamente diverso da quello reattivo. Se infatti quest'ultimo, proprio perché reattivo, si fonda su due pilastri fondamentali e strettamente connessi tra di loro, consistenti nell'accertamento del fatto/responsabilità e nella commisurazione della pena in termini proporzionali alla gravità del fatto/responsabilità accertati, il paradigma reattivo-

premiale finisce per prescindere da tali componenti, ponendosi problemi di fondamento e di legittimità: com'è possibile sottoporre a un trattamento sanzionatorio una persona in mancanza di un accertamento del fatto e della responsabilità e quindi su quali basi si va a quantificare tale trattamento?

Ebbene, a nostro avviso, per rispondere a tali domande occorre distinguere a seconda che si abbia a che fare con risposte sanzionatorie scarsamente afflittive e a contenuto – per così dire – oggettivo oppure con risposte sanzionatorie nella sostanza afflittive e che coinvolgono diritti e libertà della persona interessata.

4.1.1. Gli istituti basati su contenuti con afflittività scarsa e oggettiva.

Nella prima prospettiva (afflittività scarsa e oggettiva) si muovono le condotte riparatorie di interessi sia privati che pubblici, e rispetto a queste ipotesi il mutamento di paradigma risulta molto meno problematico. Per quanto riguarda l'accertamento, potremmo dire che si fuoriesce dalla dimensione rigorosamente pubblicistica, in quanto si attribuisce rilevanza a una sorta di illecito extrapenale, nella sostanza civile-riparatorio, il cui trattamento viene – per così dire – rimesso alle parti. Una grande differenza che infatti intercorre tra illeciti extrapenali civili ed illeciti penali/punitivi è che nei primi le stesse parti possono accordarsi sulla “gestione” delle conseguenze sanzionatorie derivanti dall'illecito, mentre nei secondi la risoluzione del conflitto e quindi le conseguenze sanzionatorie sono sottratte alle parti. Certo, è indubbio che quando vengono in gioco condotte riparatorie di interessi pubblici la parte è costituita nella sostanza dallo Stato/pubblica amministrazione, ma non sembrano esservi ostacoli a considerare l'illecito come un illecito extrapenale produttore di danni, rispetto al quale il contenuto della sanzione consistente in una condotta riparatoria è mutuato proprio dalle conseguenze dannose dell'illecito. E non è un caso che il concetto di danno punitivo si sviluppi sempre di più proprio rispetto ai danni offensivi soprattutto di interessi pubblici.

Più problematico il tema della congruenza. Anzitutto, si pone un problema di quantificazione in assenza di un vero e proprio accertamento. Tuttavia, sempre come accade per l'illecito extrapenale allorquando le parti si accordano per porvi rimedio, se da un lato è vero che manca l'accertamento del fatto e della sua responsabilità e quindi manca un punto di riferimento per misurare il trattamento sanzionatorio, dall'altro lato è anche vero che una quantificazione è pur sempre possibile proprio grazie al contenuto oggettivo del danno da riparare. Insomma, la quantificazione del danno non passa necessariamente da un terzo e il carattere oggettivo della dannosità consente una valutazione della congruità.

In secondo luogo, e questo sembra essere l'aspetto davvero più problematico, si viene a creare un vero e proprio scarto tra il contenuto afflittivo della pena che viene “sostituita” e quello riparatorio della condotta tenuta dall'indagato. Ebbene, sul punto occorre distinguere.

Per quanto riguarda le condotte riparatorie “private”, il rischio è quello di degradare l'illecito penale a illecito civile. E ciò è proprio quanto avvenuto nella

sostanza per i reati punibili a querela “rimettibile” con la disciplina delle condotte riparatorie di cui all’art. 162-ter, visto che l’intera riparazione del danno entro il termine della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado comporta la dichiarazione di estinzione del reato da parte del giudice: quindi, in buona sostanza, non solo il meccanismo “sostitutivo” è nelle mani dell’autore del reato, ma soprattutto la pena viene sostituita con una sanzione civile. Molto più opportuna la scelta compiuta all’interno del sistema penale del giudice di pace, dove, come si ricorderà, il secondo comma dell’art. 35 sancisce che «il giudice di pace pronuncia la sentenza di estinzione del reato solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione». Si tratta di una valutazione che consente di salvaguardare una componente afflittivo/punitiva che giustifica la sostituzione della pena, la quale, oltretutto, nel sistema penale del giudice di pace è caratterizzata da una afflittività ridotta rispetto a quella delle pene del sistema tradizionale. Da ricordare, come, in termini sistematici complessivi, questo quadro “privatistico” si complicherebbe ulteriormente se si prende in considerazione l’illecito punitivo civile.

Per quanto riguarda le condotte riparatorie di interessi “pubblici”, si deve invece ritenere che si raggiunga un plausibile livello di congruità/proporzione, proprio in virtù della componente pubblicistica degli interessi. In buona sostanza, le condotte riparatorie pubblicistiche, non solo hanno un’enorme utilità pratica, consentendo di soddisfare per l’appunto interessi pubblici che altrimenti, attraverso la mera risposta penalistica, risulterebbero interamente insoddisfatti, rimanendo oltretutto a carico dello Stato una eventuale attività riparatoria. Ma soprattutto, nel momento in cui destinatario della prestazione è il pubblico, tali condotte presentano quella quota di afflittività che rende plausibile che si sostituiscano alle pene principali.

D’altra parte, istituti di questo tenore pongono due ordini di problemi particolarmente delicati e significativi. Da un lato, problematicissimi sono i rapporti con la confisca, ragion per cui, nonostante la presenza di condotte riparatorie, resta aperto il problema se ammettere o meno l’operatività di provvedimenti ablatori: ed è evidente che se si riconosce natura riparatoria alla confisca, la realizzazione delle condotte riparatorie non può che impedire la confisca. Dall’altro lato, come vedremo a breve, problemi si pongono allorché l’irresponsabilità “umana” dovuta all’operatività di cause estintive viene a contatto e si intreccia con l’eventuale responsabilità punitiva dell’ente. Si hanno esempi con l’ambiente e con il diritto penale tributario.

4.1.2. Gli istituti basati su contenuti con afflittività significativa e soggettiva.

Nella seconda prospettiva in cui vengono in gioco risposte sanzionatorie nella sostanza afflittive e che incidono su diritti e libertà del soggetto, vale a dire meccanismi ingiunzionali, messa alla prova e sistema 231, il discorso tende a farsi molto più problematico, anche perché risulta decisamente distonico un trattamento per l’appunto

afflittivo in assenza di un accertamento del fatto, acuendosi ulteriormente la problematica della congruenza.

Ebbene, ancora una volta a me pare opportuno distinguere. In presenza del meccanismo ingiunzionale, si è in presenza di una sorta di illecito punitivo amministrativo, accertato dalla pubblica amministrazione, che fa scattare determinate prescrizioni, le quali, oltre ad avere un contenuto neutralizzante il contenuto dell'illecito formale e preventive di eventuali futuri eventi offensivi, sono prive di coercizione, con la conseguenza che il soggetto è – per così dire – libero di adempiere o meno. Il sistema quindi si presenta particolarmente coerente.

Molto più problematica la messa alla prova degli adulti, come anche quella dei minori, nonché il meccanismo premiale del sistema 231. È del tutto evidente, infatti, che questi istituti operano in assenza di un accertamento della responsabilità, ed è altrettanto evidente che si tratta di vere e proprie sanzioni con contenuto afflittivo, se non addirittura, nell'ipotesi 231, con un contenuto che consiste addirittura nel riassetto organizzativo che in termini penalistici significa riassetto della stessa personalità.

Ebbene, a noi pare che si sia in presenza di un nuovo paradigma, decisamente diverso dallo stesso patteggiamento, anche perché nel patteggiamento c'è un accertamento del fatto e della responsabilità, così come c'è una valutazione di congruità da parte del giudice, nonché una componente coercitiva. A ben vedere, infatti, il patteggiamento, nonostante le apparenze e le prime incertezze iniziali, può essere perfettamente inserito nel paradigma reattivo, avendo come unica peculiarità la negozialità della pena e quindi una commisurazione che si emancipa dall'idea della proporzione, che tuttavia non è del tutto compromessa, potendo il giudice compiere una valutazione di congruità sulla base del fatto e della responsabilità accertati.

Vero è che anche gli istituti in esame potrebbero mantenere la loro collocazione anticipata, venendo modellati sul paradigma reattivo, alla maniera di quanto accade per il patteggiamento. Per ottenere questo risultato, si potrebbe pensare ad una negozialità concernente, più che il *quantum* di pena, lo stesso contenuto del trattamento sanzionatorio, sul cui esito il giudice potrebbe compiere comunque una valutazione di congruità. Ma in questa prospettiva, poiché tale valutazione presuppone necessariamente un accertamento del fatto, si dovrebbe rinunciare al meccanismo sospensivo. E siccome a quel punto il tutto dovrebbe essere connotato da coercizione, si dovrebbe prevedere anche un meccanismo di chiusura immaginabile in una sorta di fattispecie autonoma di reato che sanziona l'inadempimento.

La strada che ha seguito il nostro legislatore è decisamente diversa, e, come emerge dalla sentenza della Corte costituzionale n. 91/2018 si può definire nella sostanza volontaria/consensuale, vale a dire non coercitiva, consentendo così di prescindere dall'accertamento del fatto e della responsabilità, ma non da una valutazione di congruità da parte del giudice, che tuttavia non è imposta, ma può essere soltanto accettata dall'indagato. Ed infatti, l'istituto della messa alla prova e il meccanismo 231 sono istituti che nel prescindere da un accertamento della responsabilità rimettono nelle mani dell'interessato non solo la proposta, ma anche la decisione se sottoporsi o meno al trattamento, nonché la decisione di continuarlo. Vero è che messa alla prova e sistema 231 finiscono per differire, perché mentre la messa alla

prova ha connotati sanzionatori, il sistema 231 incide sulla personalità dell'ente, ponendosi, come vedremo, non pochi problemi sul piano della determinazione degli adempimenti, del giudizio di idoneità e dei rischi di strumentalizzazione. Ma al di là di questo aspetto, si tratta di istituti volontari.

In particolare, per quanto riguarda la messa alla prova, una volta che il soggetto propone, il giudice compie una valutazione di idoneità e può cambiare il programma, ma la modifica del programma passa dal consenso dell'indagato, con la conseguenza che se l'indagato non acconsente, la messa alla prova non trova applicazione.

Si potrebbe dire allora che il controllo e la modifica non hanno senso, anche perché, mancando un accertamento, non si comprende su quali basi compie tali attività ovvero il richiamo all'art. 133 c.p. è più di facciata che reale. D'altra parte, il controllo svolge un ruolo fondamentale di congruità che non può essere del tutto trascurato, poiché altrimenti si perderebbe qualsiasi connotato di razionalità, mentre la modifica non può essere imposta, poiché altrimenti si tornerebbe all'interno di una prospettiva coercitiva che necessiterebbe di un vero e proprio accertamento. Con la conseguenza che questo meccanismo così "rigidamente dialogante" ha una sua plausibilità, perché consente a tutti di esprimersi e di mantenersi nella propria prospettiva, mentre se si ammettesse una flessibilità, nella sostanza una negozialità tra giudice e indagato nella scelta del trattamento, si finirebbe per introdurre vere e proprie anomalie di sistema.

Circa il sistema 231, proprio a causa del fatto che le condotte non hanno un contenuto "sanzionatorio" ben definito, ma consistono in una "generica" se non addirittura evanescente riorganizzazione, manca un momento preliminare di proposta da parte dell'ente e di valutazione di congruità da parte del giudice, e quindi di un momento in cui si definiscono anticipatamente i comportamenti che l'ente dovrà tenere ai fini della riorganizzazione, con la conseguenza che nella sostanza il giudice valuta direttamente – per così dire – l'esito della riorganizzazione. Aspetto questo destinato a creare non pochi problemi, visto che il giudice, senza alcun criterio predefinito, potrà sempre ritenere la ristrutturazione inidonea. E non è un caso che si sia venuta a creare una prassi in cui nella sostanza ente, pubblico ministero e giudice tutti assieme negoziano la stessa ristrutturazione, in assenza di un accertamento della responsabilità e di una valutazione di congruità: davvero una realtà del tutto inedita.

4.2. La mancanza di elementi per compiere i giudizi prognostici di pericolosità.

Il secondo problema che si pone rispetto al paradigma reattivo-premiale riguarda la possibilità di formulare giudizi prognostici di pericolosità sociale.

Il discorso sui giudizi di pericolosità in ambito penalistico meriterebbe una trattazione sistematica di grandissimo rigore, perché non si può fare a meno di osservare come vi siano notevoli incongruenze: non solo si pongono problemi relevantissimi di controllo su un piano – per così dire – empirico-scientifico, ma soprattutto, ammesso e non concesso che i giudizi di pericolosità abbiano un fondamento scientifico, l'operatività di tali giudizi risulta comunque problematica in ambito penalistico alla luce dei principi di garanzia. Si pensi all'istituto della recidiva

qualificata come circostanza aggravante, destinata necessariamente a sfondare il limite della pena proporzionata al disvalore del fatto. Oppure si consideri il giudizio di pericolosità in presenza delle misure di sicurezza, che se ha una sua plausibilità rispetto ai non imputabili nel momento in cui tale giudizio viene ancorato alla causa di esclusione della imputabilità, risulta invece problematicissimo rispetto agli imputabili, soprattutto allorquando si tratta di delinquenti primari. Si pensi infine al giudizio di pericolosità rispetto alle misure di prevenzione che sembra girare a vuoto nel momento in cui i precedenti giudiziari svolgono la duplice funzione di tipizzare la fattispecie di “reato sospettato” e di essere indicatori di pericolosità, ragion per cui a ben vedere il giudizio di pericolosità che dovrebbe caratterizzarsi per una certa attualità, finisce invece per essere presunto e connesso per l'appunto ai precedenti.

Ebbene, vero tutto questo, si deve osservare come giudizi di pericolosità se hanno una certa plausibilità a seguito di un fatto e di una responsabilità accertati, risultano davvero problematici prima che tale responsabilità sia accertata. Insomma, plausibile condizionare l'applicazione della sospensione condizionale della pena o di altri istituti in sede di cognizione o esecuzione a una prognosi di non recidiva, in quanto c'è un fatto accertato e quindi è ben possibile compiere prognosi di non recidiva, che poi si trasformano alla fin fine nella valutazione se l'esecuzione della pena sia più appropriata in libertà e con contenuti alternativi oppure in carcere. Al contrario, molto problematico un giudizio di pericolosità in una fase che risulta essere decisamente anticipata, venendosi a determinare la seguente alternativa: o ci si basa su precedenti, ma allora il rischio è di operare mediante presunzioni; oppure ci si sposta su un'autentica valutazione della personalità, ma considerata per l'appunto la fase particolarmente anticipata, non sembrano esserci elementi per compiere una valutazione del genere.

Ecco allora che un punto fermo potrebbe essere acquisito: se, da un lato, risulta difficile compiere un giudizio di pericolosità nella fase anticipata, e se, dall'altro, questi istituti sono applicati una sola volta nel presupposto che si tratti di delinquenti primari, forse risulta opportuno prescindere dai giudizi di pericolosità.

4.3. I rischi di strumentalizzazione particolarmente presenti nel sistema 231.

La terza problematica che si pone riguarda i rischi di strumentalizzazione, che si fanno particolarmente consistenti in presenza del sistema 231.

Due premesse per comprendere la ragione per cui rispetto agli enti il rischio di strumentalizzazione si fa particolarmente consistente. Anzitutto, si deve considerare che mentre il procedimento motivazionale e la personalità umane, in quanto dimensioni interiori, sono inconoscibili, l'assetto organizzativo di un ente orientato al rispetto e alla penetrazione nello stesso della legalità risultano invece conoscibili, ed è proprio per questa ragione che riguardo all'ente si tende ad ammettere una premialità che passa dalla ristrutturazione dell'assetto organizzativo nel senso della legalità.

In secondo luogo, come già accennato, mentre nel diritto penale umano gli istituti reattivi premiali hanno contenuti sanzionatori ben determinati, che possono essere

predefiniti e il cui adempimento/inadempimento può essere verificato *ex post*, nel diritto penale degli enti, consistendo in un generico riassetto organizzativo, l'attività necessaria per determinare l'estinzione del reato tende a non essere preliminarmente prestabilita con la conseguenza che la verifica *ex post* risulta essere alquanto incerta e priva di parametri predefiniti per sottoporla a sua volta a un controllo razionale.

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

Non solo, ma l'attuale sistema vigente soffre di una micidiale aporia: se da un lato, si prevede una logica reattivo-premiale che consente di evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive, dall'altro lato, tale logica non si estende anche alla pena pecuniaria che quindi viene inderogabilmente applicata a seguito di un accertamento della responsabilità.

Insomma, è come se rispetto all'ente la punibilità si scindesse in due binari paralleli con l'incongruenza finale che nonostante la riparazione e la riorganizzazione anticipate si estingue solo una parte della punibilità, quella relativa alle sanzioni interdittive, permanendo la parte di punibilità coperta dalla pena pecuniaria. Ecco allora che, come vedremo meglio in seguito, occorre decidere a cosa serva l'attuale sistema 231: serve per punirlo o per riorganizzarlo? Ha senso imporre la riparazione e la riorganizzazione punendolo ugualmente?

Senza considerare che il sistema non distingue tra la totale mancata adozione o attuazione, dove forse si dovrebbe sempre punire, non solo con pena pecuniaria, ma anche con sanzioni interdittive, e adozione e attuazione inadeguate, dove invece forse la riparazione/riorganizzazione dovrebbero portare ad escludere l'intera punibilità.

Una conferma dell'esistenza di tutte queste problematiche si è avuta con la recente riforma dei reati tributari dove rispetto agli enti non è stata riprodotta la logica riscossiva, basandosi sull'idea che la responsabilità degli enti è proprio finalizzata al riassetto organizzativo, per cui, nonostante l'eventuale riscossione del debito da parte dello Stato, se la responsabilità dell'uomo si estingue, quella dell'ente è opportuno che permanga, proprio al fine di attivare il meccanismo premiale della riorganizzazione e comportando comunque la pena pecuniaria, ancorché attenuata, nonostante la riscossione del debito e la riorganizzazione. Quindi, se nel diritto penale umano, il pagamento del debito tributario si considera una condotta riparatoria sufficiente ad estinguere il reato, non potendosi richiedere all'uomo una "resipiscenza" ulteriore e interiore che oltretutto – se dio vuole – sarebbe impossibile da accertare, nel diritto penale dell'ente, il pagamento del debito tributario non estingue la responsabilità dell'ente, richiedendosi comunque una riorganizzazione, e punendosi comunque con la pena pecuniaria. Disciplina che crea anche una disparità di trattamento, non essendo chiaro perché nei confronti dell'uomo la logica riscossiva può estinguere la punibilità, mentre nei confronti dell'ente no, nonostante che il pagamento del debito tributario sia oggettivamente identico indipendentemente dal soggetto che lo realizza.

4.4. Il problematico rapporto tra esclusione della responsabilità individuale per operatività di cause di non punibilità e permanenza della responsabilità dell'ente.

Proprio sulla base di quanto appena osservato, rispetto alla responsabilità degli enti si pone un problema ulteriore derivante non solo – e non tanto – dai rapporti tra esclusione della responsabilità umana e permanenza della responsabilità degli enti (art. 8 d.lgs. 231/2001), ma soprattutto proprio dalla esclusione della responsabilità umana derivante da istituti a carattere reattivo-premiale applicati a seguito di attività realizzate dalle persone fisiche e permanenza della responsabilità degli enti.

A ben vedere, infatti, esistono cause di estinzione della responsabilità che operando indipendentemente da comportamenti umani o dell'ente, possono essere plausibilmente disciplinate in termini diversi: si pensi alla prescrizione. Quando però l'effetto estintivo della responsabilità è connesso a determinati comportamenti, la totale irrilevanza degli stessi nei confronti dell'ente non ha senso, anche perché si possono verificare vere e proprie disparità di trattamento. Non solo, ma rispetto ad esempio alle condotte riparatorie, è ben possibile che ad adempiere sia l'ente, più che la persona fisica, come può accadere per i reati ambientali oppure per i reati tributari.

Ecco allora opportuno distinguere tra quelle cause che operano oggettivamente (ad esempio condotte riparatorie) e quelle che invece operano soggettivamente (messa alla prova), e mentre rispetto alle prime non si vede perché non possano operare anche nei confronti dell'ente, riguardo alle seconde, se, da un lato, le valutazioni concernenti la soggettività umana non possono essere estese e valere automaticamente per l'ente, dall'altro lato, però nulla toglie che si possano compiere valutazioni soggettive calibrate nei confronti dell'ente e riadattate alla sua personalità, ponendosi il problema se a tale risultato si possa pervenire in via ermeneutica oppure sia necessario un intervento legislativo.

D'altra parte, tutto questo discorso ha senso ed è plausibile, nel momento in cui si ritiene che la responsabilità dell'ente sia strutturalmente identica a quella umana, e quindi se si ritiene che uomo ed ente siano resi responsabili per il fatto commesso in una logica reattiva in cui può intervenire la premialità in termini – per così dire – sostitutivi. Ma la responsabilità dell'ente è davvero una responsabilità per il reato commesso?

4.5. La colpa di organizzazione cautelativa dell'ente: una nuova tipologia di responsabilità premiale-preventiva?

Ecco allora che, sempre rispetto agli enti e sempre alla luce di quanto abbiamo appena detto, si pone un ultimo problema, che trattiamo per ultimo, ma che, in ordine alla responsabilità degli enti e al relativo meccanismo reattivo-premiale, forse costituisce la questione principale: come si concepisce ovvero in cosa consiste la responsabilità dell'ente? Detto diversamente: ma davvero rispetto agli enti ci troviamo davanti a una responsabilità reattivo-premiale dove l'ente si rende responsabile per il reato che avrebbe concorso a realizzare oppure si tratta di un sistema di tutt'altro tipo,

che alla fin fine non ha nulla a che vedere con la stessa dimensione reattiva, potendosi definire nella sostanza premiale-preventivo, nel senso che l'ente non è fatto responsabile per il reato commesso, ma per l'eventuale mantenimento della disorganizzazione emersa dalla realizzazione del reato?

Ancora una volta per impostare correttamente il tema, si deve muovere da una premessa fondamentale, per cui la responsabilità degli enti può essere ricostruita secondo tre grandi modelli. Anzitutto, com'è noto, v'è il modello antropocentrico della immedesimazione, caratterizzato dal fatto che la responsabilità dell'ente si radica su quella della persona fisica che ha realizzato il reato, modello che accantoniamo subito, non soltanto perché basato sulla finzione di un ribaltamento della responsabilità della persona fisica sull'ente, prescindendo completamente da qualsiasi responsabilità organizzativa dell'ente, ma anche perché l'ente viene fatto responsabile non del mancato impedimento del reato, ma addirittura del mancato impedimento dell'evento. In questa prospettiva, la colpa di organizzazione coincide addirittura con la colpa dell'evento della persona fisica. Ebbene la colpa di organizzazione è necessariamente colpa relativa al reato e non ad un evento naturalistico.

Ecco che, in secondo luogo, v'è il modello che concepisce la colpa di organizzazione come difetto organizzativo cautelare, ragion per cui se da un lato il modello non è più orientato all'evento, ma al reato, dall'altro lato si richiede un accertamento della colpa di organizzazione nella sostanza identico all'accertamento della colpa per l'evento, per cui occorre non solo verificare quale "regola cautelare" (orientata ad impedire il reato) sia stata violata, ma anche l'efficacia del "modello organizzativo lecito", la connessione causale tra la violazione del modello e il reato, l'esigibilità del comportamento omesso ma dovuto. Insomma, vero che la colpa di organizzazione cautelare è riferita al reato, tuttavia essa viene concepita secondo un accertamento nella sostanza analogo a quello della colpa di evento delle persone fisiche.

Infine, v'è il modello che concepisce la colpa di organizzazione come un difetto organizzativo cautelativo, ragion per cui la colpa di organizzazione riguarda il difetto organizzativo della stessa organizzazione che non può essere concepito in termini di mancato impedimento del reato, ma più semplicemente come "minimizzazione del rischio reato" ovvero come frapposizione di ostacoli alla commissione del reato. In questa prospettiva le regole cautelative sono orientate ad ostacolare la realizzazione di condotte criminose da parte di tutti coloro che operano all'interno dell'ente, con la conseguenza che a ben vedere non può esistere, anche perché si tratta di un reato e non di un evento, una stretta connessione "causale" e puntuale tra il difetto organizzativo cautelativo e la realizzazione del reato. Insomma, nella colpa organizzativa cautelativa l'accertamento della colpa non può assumere la struttura e la configurazione propria della colpa dell'evento, per la semplice ragione che il difetto organizzativo non può mai essere causalmente connesso alla realizzazione di un reato, visto che il reato è frutto di una condotta umana come tale alla fin fine mai del tutto prevedibile e nella sostanza incontenibile.

Dalla scelta di uno dei due modelli derivano conseguenze relevantissime, a cominciare dalla valutazione sulla idoneità dei modelli organizzativi, sia per quanto

riguarda l'accertamento della responsabilità dell'ente, sia per quanto riguarda l'eventuale riassetto: se infatti la responsabilità è configurata in termini cautelari, non si potrà non verificare l'efficacia del comportamento alternativo lecito similmente a quanto accade per la violazione delle regole cautelari che fondano la responsabilità umana, mentre se è configurata in termini cautelativi, tale giudizio non può essere compiuto, dovendosi piuttosto valutare anzitutto una "macroscopica" violazione consistente nella totale mancata adozione o attuazione dei modelli organizzativi dalla quale si può far derivare una vera e propria responsabilità per la disorganizzazione, mentre se si è in presenza di una disorganizzazione "relativa", scopo del sistema dovrà essere proprio quello di indurre l'ente a riorganizzarsi.

Ebbene, si deve ritenere che esista un legame fondamentale tra il modo di concepire la colpa di organizzazione e il modo di concepire la responsabilità degli enti nel suo complesso. Ed infatti, se la colpa di organizzazione è concepita come difetto organizzativo "cautelare" che in definitiva ha cooperato alla produzione del reato attraverso il mancato impedimento, la tendenza sarà a rendere l'ente responsabile per quello che ha fatto in una prospettiva retrospettiva, con la conseguenza che è possibile parlare anche per l'ente di una responsabilità reattiva, per cui il sistema opera per attribuire all'ente il reato e per sanzionarlo in virtù della responsabilità che l'ente ha nella produzione/mancato impedimento dell'evento. Ma se invece la colpa di organizzazione è concepita come difetto organizzativo cautelativo, concernente la stessa organizzazione legale dell'ente, è difficile rendere responsabile l'ente per reato e per il passato, perché in definitiva l'ente non ha realmente concorso alla produzione del reato, mentre può essere fatto responsabile per il futuro, e cioè se omette di riorganizzarsi. Insomma, il reato della persona fisica altro non è che l'occasione per verificare l'eventuale disorganizzazione e se l'ente entro un certo termini si organizza, non v'è ragione per punirlo, mentre se l'ente entro un certo termini non si organizza, è opportuno punire l'ente. Insomma, se la colpa di organizzazione è concepita in termini cautelativi, non si può parlare di una vera e propria responsabilità reattiva in quanto alla fin fine l'ente non ha concorso alla produzione dell'evento. Piuttosto, in ragione del fatto che si è realizzato un reato, si può scandagliare la struttura organizzativa e se si accerta che sussiste un difetto organizzativo allora si può chiedere all'ente di organizzarsi in termini legali, non punendolo se si riorganizza: ecco quindi la logica premiale.

Ma se così stanno le cose, ecco allora che mentre nella prospettiva cautelare il sistema è reattivo premiale, in quanto è volto a rendere responsabile un ente per quanto accaduto, riconoscendogli però una attenuazione della responsabilità se elimina il difetto organizzativo specifico che ha determinato la verificazione dell'evento/reato, nella prospettiva cautelativa il sistema è sì premiale, ma non reattivo rispetto al reato verificatosi, risultando piuttosto premiale preventivo: il reato commesso dalla persona fisica altro non è che l'occasione per verificare l'organizzazione dell'ente (forse non è appropriato nemmeno parlare di condizione obiettiva di punibilità) e una volta accertata l'eventuale disorganizzazione "relativa", si induce l'ente a riorganizzarsi ed è l'eventuale mancata riorganizzazione a costituire il vero illecito dell'ente sanzionato mediante le sanzioni interdittive.

Insomma, la colpa di organizzazione cautelativa apre a un'idea di responsabilità del tutto nuova, consistente nella sostanza nella creazione di un percorso dialogico tra l'ente e lo Stato finalizzato alla riorganizzazione in termini di legalità per il futuro e dove ciò che si sanziona è alla fin fine la mancata disponibilità a riorganizzarsi per il futuro, più che la responsabilità per quanto commesso nel passato.

Se tutto questo è vero, si deve ritenere che il sistema 231 vigente, proprio perché apre alla dimensione premiale dovrebbe aprire a una colpa di organizzazione cautelativa e non cautelare. Qui però si apre un altro problema: un sistema davvero premiale dovrebbe distinguere tra l'ipotesi di totale mancata adozione o attuazione e l'ipotesi di parziale mancata adozione o attuazione e agganciare la logica premiale soltanto a questa seconda ipotesi, mentre nella prima ipotesi si dovrebbe punire proprio in virtù della totale mancata adozione/attuazione. Ma il nostro sistema non distingue tale ipotesi, prevedendo la logica premiale anche per l'ipotesi di totale mancata adozione.

D'altra parte, segnali che il sistema è in movimento provengono dalla recente giurisprudenza di merito che, valorizzando la prospettiva premiale, ammette la messa alla prova per l'ente soltanto se ha adottato il modello: forse strappi alla legalità, ma anche tentativo di riconfigurare la messa alla prova rispetto all'ente oltretutto in una prospettiva autenticamente di colpa di organizzazione cautelativa e di sistema premiale/preventivo.