

PROCEDIMENTO A CARICO DEGLI ENTI E MESSA ALLA PROVA: UN POSSIBILE ITINERARIO

GIORGIO FIDELBO, Consigliere della Corte di cassazione

ROSA ANNA RUGGIERO, Professore di diritto processuale penale nell'Università degli Studi della Tuscia

Il d.lgs. 231/2001 sulla responsabilità delle persone giuridiche si caratterizza per una spiccata vocazione preventiva, nel senso che si pone come obiettivo il recupero alla legalità dell'ente, che viene "spinto" a dotarsi di modelli organizzativi in grado di ridurre il rischio di commissione dei reati. Tuttavia, dopo quindici anni dall'entrata in vigore di questa riforma, deve registrarsi che questa "spinta", affidata a forme di esenzione o di riduzione della sanzione per effetto di condotte riparative in grado di ricostituire condizioni di legalità, non vi è stata, almeno nella misura auspicata dal legislatore del 2001. In quasi tutti i processi per illeciti amministrativi da reato i modelli adottati in via preventiva dalle società sono stati ritenuti inidonei, il che ha determinato una serie di critiche riferite al meccanismo che affida al giudice penale la valutazione del modello; forse anche per questa ragione molte società hanno preferito attendere di essere coinvolte nel processo penale per poi tentare di ottenere i benefici sanzionatori dotandosi dei modelli *post factum*, altre hanno semplicemente scelto di non adottare modelli.

Questa situazione ha finito per ridimensionare fortemente l'aspetto preventivo della disciplina introdotta con il d.lgs. 231/2001 che, nei casi in cui è stata utilizzata, ha mostrato soprattutto il suo profilo punitivo.

Partendo da tali constatazioni il presente lavoro, dopo avere espresso perplessità a proposito di alcune recenti proposte che vorrebbero introdurre nel sistema di responsabilità degli enti forme di premialità processuale collegate all'attività di *self-reporting*, ispirate all'esperienza nord americana, propone di ampliare i meccanismi che già oggi consentono il "ravvedimento" dell'ente, verificando l'applicazione dell'istituto della messa alla prova nei confronti delle persone giuridiche sottoposte a processo, applicazione che potrebbe rinvigorire la filosofia special-preventiva della normativa e incidere positivamente anche sulla stessa verifica di idoneità dei modelli organizzativi, che tanto preoccupa le imprese.

1. L'effettività dei modelli organizzativi nella prospettiva di un *restyling* del d.lgs. 231/2001

Dopo quindici anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, da più parti se ne auspica un *restyling*¹.

Qualche anno fa furono proposti interventi sulla verifica di idoneità dei modelli organizzativi, al fine di ridurre la discrezionalità del giudice che tanto preoccupa le

¹ A tal fine il Ministero della Giustizia e il Ministero dell'Economia e delle Finanze hanno istituito una Commissione di studio per la modifica del decreto legislativo recante la «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica».

imprese². Da tempo si insiste poi sulla necessità di limitare la responsabilità da reato per gli enti di piccole dimensioni³; qualche perplessità è stata manifestata altresì sulla scelta di escludere del tutto gli enti pubblici dall'applicazione della normativa di cui al d.lgs. 231/2001⁴. Sono state inoltre suggerite alcune modifiche pure sul piano processuale: riformare, per esempio, gli ambiti applicativi del sequestro preventivo⁵ e la procedura di archiviazione, gestita interamente dal p.m.⁶; ripensare il regime della prescrizione⁷; semplificare le disposizioni sulla rappresentanza dell'ente, almeno prima che sul tema intervenisse la Cassazione a sezioni unite⁸.

In questa sede ci si occuperà esclusivamente di esplorare la possibilità di ampliamento dei meccanismi processuali che consentono il "ravvedimento" dell'ente nel corso del procedimento, meccanismi già contemplati nel d.lgs. 231/2001 – si pensi agli artt. 17 e 49 – prendendo spunto dall'istituto della messa alla prova, da poco introdotto nel codice di procedura penale, la cui applicazione nel procedimento di accertamento della responsabilità delle persone giuridiche potrebbe rinvigorire la filosofia special-preventiva, tratto caratterizzante della normativa.

² Si fa riferimento allo schema di d.d.l. governativo di modifica del d.lgs. 231/2001 elaborato sulla base della proposta dell'AREL, che può leggersi in *Cass. pen.*, 2010, 4040, nonché al d.d.l. n. 3640, «Modifiche al d.lgs. 231/2001, concernente la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica», presentato il 19 luglio 2010 dall'on. Della Vedova. Com'è noto, con il primo era stata ipotizzata la possibilità di introdurre una procedura di certificazione dei modelli organizzativi da affidare a soggetti altamente specializzati, che ne avrebbero dovuto accertare l'idoneità rilasciando, in caso di valutazione positiva, un'attestazione da esibire in sede giudiziaria. Questa soluzione non ha però trovato generale consenso poiché o il «certificato di idoneità» avrebbe dovuto vincolare il giudice (inibendogli un diverso giudizio) e questo difficilmente avrebbe potuto superare il vaglio di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 101, comma 2, Cost.; ovvero il certificato si sarebbe tradotto in un elemento ulteriore da sottoporre all'apprezzamento del giudice: con la conseguenza che, in caso di sua allegazione, il giudice che non ne avesse condiviso i risultati, avrebbe dovuto motivare anche sotto questo profilo. Cfr. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in A.M. STILE *et al.* (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, 179 s. Per i profili di criticità della proposta, v. anche FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, 2010, 4032 ss. Con il secondo disegno di legge, si proponeva invece di riconoscere efficacia esimente a quei modelli che fossero stati redatti in conformità alle indicazioni contenute nelle linee guida o nei codici di comportamento formulati dalle associazioni di categoria e comunicate al Ministero della Giustizia, come se questo solo potesse essere sufficiente per la creazione di modelli effettivi ed efficaci.

³ CENTONZE, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in CENTONZE e M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 87 ss.

⁴ Cfr. FARES, *La responsabilità dell'ente pubblico per i reati commessi nel proprio interesse*, in *Cass. pen.*, 2004, 2201 ss.; FIDELBO, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, ivi, 2010, 4079 ss. V. pure DI GIOVINE, *Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni tra pubblico e privato*, ivi, 2011, 1889. In giurisprudenza v. *Cass. pen.*, sez. II, 9 luglio 2010, n. 28699, ivi, 2011, 1888.

⁵ Cfr. RUGGERI, *Art. 53 – Sequestro preventivo*, in LEVIS e PERINI (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. D.lgs. 231/2001*, Bologna, 2014, 1136. V. anche TODARO, *Il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, di beni di una persona giuridica: il rebus dei reati tributari*, in *Cass. pen.*, 2014, 2821 ss. Inoltre, in giurisprudenza, v. *Cass. pen.*, sez. VI, 31 maggio 2012, n. 34505, in *Giur. it.*, 2013, 661 ss.

⁶ Cfr. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 225 ss.; BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, in BASSI e EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 582; PADULA, *L'archiviazione nel procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato- ascrivibili agli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, 2800 ss.; PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, in *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 231/2001*, Assago, 2002, 309. In senso contrario, cfr. DI BRONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 231/2001*, 2ª edizione, Milano, 2010, 617.

⁷ V. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi*, op. cit., 176 ss.

⁸ *Cass.*, S.U., 28 maggio 2015, n. 33041, in *Cass. pen.*, 2016, 51 s. Cfr. RENZETTI, *Costituzione dell'ente nel procedimento a suo carico ed esercizio del diritto di difesa*, in M. MANTOVANI *et al.* (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 753 ss.

Il “sistema 231”, infatti, nel disciplinare la responsabilità delle imprese per gli illeciti realizzati al suo interno e per suo vantaggio, intende rendere diseconomica l'accettazione del rischio di commissione dei reati prevedendo, in caso di accertamento della responsabilità della persona giuridica, non solo l'applicazione di sanzioni pecuniarie (anche queste potrebbero divenire un semplice costo da mettere in conto), ma soprattutto di quelle interdittive, che possono essere adottate pure in via cautelare e che, nei casi più gravi, potrebbero porre l'ente fuori dal mercato, anche in maniera definitiva. In un regime concorrenziale, quale è il nostro, una simile incognita dovrebbe rendere il rischio inaccettabile e pertanto la normativa è destinata a funzionare da promotrice di maggiore legalità.

È noto che il legislatore ha ritenuto di consegnare la sfida della prevenzione alle stesse società che rischierebbero la condanna per gli illeciti commessi a loro beneficio: le imprese, infatti, sono state chiamate ad adottare dei modelli gestionali con i quali autoregolarsi in conformità alla legge, in modo da mettersi al riparo dalle responsabilità derivanti da reato⁹. In questa prospettiva i *compliance programs*, e cioè i modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire i reati, se adottati *ante delictum*, possono determinare l'esclusione della responsabilità dell'ente (artt. 6 e 7); se invece introdotti *post factum*, in presenza delle ulteriori condotte riparatorie contemplate, si risolvono in un'attenuazione della risposta sanzionatoria (artt. 12 e 17)¹⁰. È, quindi, chiaro che la migliore riuscita di questa normativa sta negli effetti che può produrre per il solo fatto di essere in vigore, dunque al di là e al di fuori del procedimento di accertamento della responsabilità degli enti che essa ha introdotto¹¹.

Va però osservato che in tanto la finalità preventiva può funzionare in quanto – nel caso di specie – il deterrente costituisca una reale minaccia e, contemporaneamente, l'impegno richiesto all'impresa e che dovrebbe escluderne un coinvolgimento abbia il potenziale per raggiungere l'effetto sperato. È evidente il ruolo centrale attribuito ai modelli organizzativi e il rilievo che assume la verifica giudiziale sulla loro idoneità: spetta infatti al giudice penale tale delicato accertamento, che si risolve nella verifica circa la sussistenza della cd. “colpa di organizzazione”¹². Il vero problema, emerso in questi anni di applicazione della disciplina, è rappresentato proprio dalla difficoltà di

⁹ Cfr. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?*, in *Soc.*, 2015, 474.

¹⁰ Cfr. PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir., Agg.*, VI, Milano, 2002, 959 ss. Sui differenti modelli di responsabilità presenti nel decreto, a seconda del ruolo rivestito dalla persona fisica agente, cfr. PALIERO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Atti del XXV Convegno di Studio «Enrico de Nicola», Milano, 2009, 297 ss. V. altresì DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO *et al.* (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008, 145 ss.; DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1348 ss.

¹¹ In questo senso, v. R.A. RUGGIERO, *Cracking Down On Corporate Crime In Italy*, 3 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 445 (2016).

¹² V. PALIERO e PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in questa *Rivista*, 3/2006, 171 ss.; PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Diritto comparato e penale dell'Università di Firenze (15-16 marzo 2002), Padova, 2003, 17 ss.; PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti: alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli punitivi e prospettive di efficienza*, in *L.P.*, 2003, 363 ss.; DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?*, in *Dir. pen. econ.*, 2005, 753 ss.; MANES e TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in CENTONZE e M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti*, *op. cit.*, 137 ss. Sulla struttura dei modelli organizzativi, in particolare, v. PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, *op. cit.*, 153 ss.; dello stesso A., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «modello organizzativo» ex d. lgs. 231/2001*, Parte I e Parte II, in *Cass. pen.*, 2013, 376 ss. e 482 ss. Cfr. inoltre BERNASCONI, *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. II, tomo II, Milano, 2008, 965 s.

individuare criteri omogenei su come gli enti devono realizzare i modelli perché vengano considerati idonei: se il modello, infatti, fosse giudicato inadeguato per il solo fatto che un reato è stato commesso, è chiaro che l'esimente non sarebbe mai destinata ad operare. Per ridare ragionevolezza alla previsione, la valutazione va sempre compiuta *ex ante* e non *ex post*: il giudice, dunque, deve idealmente porsi nel momento in cui il reato si è verificato per valutare se, in presenza di una organizzazione ispirata ad un modello "virtuoso", sarebbe stato comunque possibile o meno prevedere, e dunque evitare, la commissione di quel reato¹³.

Si deve tuttavia constatare che i modelli organizzativi sinora sottoposti allo scrutinio dell'autorità giudiziaria sono stati valutati per lo più non adeguati¹⁴. Rilievo che non avrebbe dovuto stupire nei primi anni di applicazione del decreto, quando probabilmente vi era una diffusa incapacità a predisporre un modello efficace. Ma dopo più di un decennio questo risultato si presenta piuttosto sconfortante perché se ne deduce, o che non è possibile realizzare un modello di organizzazione in grado di prevenire il rischio reato; o che sinora non è stato profuso un reale impegno in questa attività, indiscutibilmente assai complicata, richiedendo fra l'altro la sinergia di professionalità differenti e non sempre abituate alla collaborazione; o che è nell'*iter* di valutazione del modello che si annida il tarlo del suo fallimento.

Quale che sia la risposta, o quand'anche ci fosse un po' di verità in tutte e tre le affermazioni, siamo di fronte ad una *impasse* che va superata se non si vuole perdere la scommessa fatta con l'introduzione del "sistema 231". Se, in altre parole, è fondamentale la collaborazione delle imprese nell'attività di controllo dei *corporate crimes*, è necessario potersi ragionevolmente attendere che un serio modello organizzativo sia idoneo a funzionare come causa di esclusione della responsabilità dell'impresa. Se così non fosse, e se fosse anzi scontato che il modello organizzativo non potrebbe porre al riparo dal procedimento penale, le società non avrebbero più alcuna spinta ad una riorganizzazione spesso costosa non solo e non tanto in chiave economica. È noto infatti che i protocolli che compongono il modello imbrigliano l'ente in una serie di passaggi e di controlli che ne possono irrigidire e rallentare l'attività: se questo appesantimento non si traducesse in un vantaggio quanto meno possibile, l'ente sarebbe disincentivato alla riorganizzazione.

D'altra parte non è un mistero che negli ultimi tempi si sia messa in discussione l'utilità stessa di adottare un modello *ante delictum*: proprio le esperienze deludenti sinora registrate sembrerebbero dimostrare che sia preferibile assumersi il rischio della verifica di un reato e decidere di dotarsi di un modello a procedimento in corso, usufruendo delle tante occasioni che il d.lgs. 231/2001 offre¹⁵. Ma in questo caso l'assenza di un modello *ante factum*, oltre ad escludere per l'ente la possibilità di beneficiare dell'esimente, imporrebbe in ogni caso al p.m. - chiaramente in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito - di procedere all'annotazione nel

¹³ Cfr., FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in *Soc. – Gli speciali*, 2011, 249 ss.

¹⁴ Il modello di organizzazione di una società italiana passato indenne al controllo giudiziale, di primo e di secondo grado (Trib. Milano, Ufficio G.i.p., 17 novembre 2009, in *Soc.*, 2010, 473 e App. Milano, sez. II, 21 marzo 2012, n. 1824, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2012) è stato diversamente valutato dalla Cassazione che, nell'annullare la sentenza che aveva escluso la responsabilità dell'impresa, ha osservato come il modello era stato costruito – per quel che concerneva la specifica area in cui il reato era stato commesso – in modo da consentire facilmente l'elusione dei protocolli da parte degli amministratori (Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, *ivi*, 3 marzo 2014).

¹⁵ Durante il *sub-procedimento cautelare* (art. 49), prima dell'apertura del dibattimento di primo grado (art. 65) e addirittura durante la fase dell'esecuzione (art. 78).

registro delle notizie di reato e di chiedere il rinvio a giudizio, diversamente da quanto accadrebbe in un sistema come quello statunitense, in cui il *prosecutor* potrebbe, in caso analogo, decidere di non esercitare l'azione penale anche di fronte alla tardiva disponibilità al cambiamento mostrata dalla società¹⁶.

Allo stato, dunque, l'assenza di un modello preesistente al reato espone in ogni caso l'ente al rischio di un processo e di una condanna a suo carico, anche se magari all'esito di uno dei riti speciali a cui l'impresa può più facilmente accedere quando dimostri – nel corso del procedimento – un certo spirito collaborativo¹⁷. Né si può sottovalutare che l'adozione di un modello *post factum* pone in capo all'ente una serie di adempimenti che non sono ovviamente previsti nell'ipotesi inversa: l'ente, infatti, deve risarcire il danno all'eventuale persona offesa, deve eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato, deve mettere a disposizione il profitto conseguito¹⁸. Invece, in presenza di un modello *ante delictum* che fosse ritenuto idoneo, anche a fronte della condanna della persona fisica, la sentenza assolutoria libererebbe l'impresa da questi oneri.

Inoltre, nonostante il d.lgs. 231/2001 non obblighi le società ad organizzarsi in modo da neutralizzare il rischio di commissione del reato, spesso sono coloro che hanno rapporti con le imprese a richiederlo come condizione necessaria¹⁹. E allora, se un modello va adottato, se cioè un investimento deve essere fatto, tanto vale impegnarsi seriamente e sfruttare quest'occasione per acquisire una struttura che sia davvero garanzia di legalità.

Se, dunque, una serie di ragioni inducono a ritenere che vada incentivato lo sforzo di auto organizzarsi adeguatamente prima che un reato si verifichi, l'esperienza di questi primi quindici anni deve portare a favorire l'adozione dei modelli organizzativi.

2. Nuove frontiere della premialità nel procedimento per la responsabilità amministrativa da reato?

La constatazione della difficoltà del modello organizzativo *ante factum* di fungere da esimente della responsabilità degli enti dimostrata dalla prassi ha indotto una parte della dottrina e del mondo dell'impresa a riflettere sulla possibilità di immaginare delle alternative al sistema premiale contenuto nel d.lgs. 231/2001²⁰.

In un primo momento era stato auspicato che anche un modello *post delictum* potesse tenere indenne la società da un provvedimento di condanna: d'altra parte,

¹⁶ V. R.A. RUGGIERO, Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico, in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2015, 3 ss.

¹⁷ V. *infra*, nota 46.

¹⁸ Sul «ravvedimento» *post factum* dell'ente, cfr. CERESA-GASTALDO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto processuale*, in *Impresa e giustizia penale*, *op. cit.*, 328 s.

¹⁹ I modelli di organizzazione e di gestione costituiscono sovente il presupposto per l'instaurazione o la prosecuzione di rapporti contrattuali con soggetti di natura pubblica (soprattutto Regioni). In tema v. MAGRI e DE PAOLIS, *Modelli di organizzazione ed esenzione di responsabilità: aspetti pratici ed operativi*, in CANZIO *et al.* (a cura di), *Diritto penale delle società*, tomo I, Padova, 2014, 933 s. Inoltre la giurisprudenza ha ritenuto che la mancata adozione del modello, in caso di condanna della società ai sensi del d.lgs. 231/2001, possa determinare una responsabilità civile del presidente o dell'amministratore delegato, con conseguente obbligo di risarcire l'impresa (Trib. Civ. Milano, sez. VIII, 13 febbraio 2008, n. 1774, in *Soc.*, 2008, 1507). Per approfondimenti al riguardo, v. R.A. RUGGIERO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia*, in ONTIVEROS (a cura di), *Anuario Mexicano De Derecho Penal Economico*, Ubijus, 2015, 474-475.

²⁰ Per i profili premiali del d.lgs. 231/2001, si rinvia a R.A. RUGGIERO, *Le condotte di collaborazione previste nel d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2014, 397 ss.

proprio in considerazione del fatto che nel corso del procedimento sarebbe possibile un confronto delle parti sui contenuti dei protocolli e sulle garanzie da introdurre per neutralizzare il rischio del reato concretamente verificatosi, sarebbe più praticabile la correzione in corsa dell'organizzazione esistente, così da superare quei profili di criticità emersi e ottenere un giudizio positivo sull'adeguatezza dei correttivi introdotti²¹. E, dato l'interesse degli enti di definire quanto prima la pendenza del procedimento penale, soprattutto nell'ipotesi di richiesta e/o di applicazione di una misura cautelare durante le indagini (o in udienza preliminare), vi è stato chi ha proposto di disciplinare l'adozione di un modello adeguato *ex post* come causa di archiviazione o di emissione di una sentenza di non luogo a procedere²². Va però osservato come questa proposta presti il fianco ad una fin troppo scontata obiezione: se anche un modello successivo al reato potesse escludere la responsabilità delle imprese verrebbe certamente meno l'incentivo a impegnarsi seriamente nella prevenzione.

Più di recente, e sulla base di alcune sollecitazioni provenienti dal sistema statunitense, si è cominciato a ragionare diversamente, suggerendo un ripensamento della normativa di settore attraverso la valorizzazione di un diverso tipo di collaborazione da richiedere all'ente, che dovrebbe funzionare quale causa di esclusione della responsabilità. Si tratterebbe, più in particolare, di recuperare quella premialità "processuale" che in Italia ha notoriamente una lunga tradizione: ricompensare chi, facendo parte dell'organizzazione all'interno della quale si presume commesso il reato, concretamente aiuti l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione e la cattura degli autori. Calata nel sistema di responsabilità degli enti, l'attività di *self-reporting*, che si dovrebbe tradurre in una tempestiva comunicazione degli illeciti scoperti, con la condivisione dei risultati delle indagini interne compiute anche in ordine alle responsabilità individuali emerse²³, andrebbe gratificata tenendo indenne l'impresa dal processo penale²⁴. Non è però chiaro chi sarebbe il soggetto (o i soggetti) che collaborando con l'autorità giudiziaria possa impegnare l'ente; né quali caratteristiche la collaborazione debba possedere per fungere da esimente; né quale ruolo abbia il p.m. nella gestione della collaborazione e che tipo di accertamento debba fare il giudice per applicare la causa di esclusione della responsabilità. Inoltre, sarebbe rilevante capire quando si verificherebbe l'effetto della esclusione della responsabilità, dal momento che farlo coincidere con la semplice "comunicazione" delle informazioni, dunque per esempio in assenza di riscontri, parrebbe poco opportuno.

²¹ Si pensi alla fase incidentale cautelare, caratterizzata dal contraddittorio anticipato rispetto all'applicazione della misura, in cui è possibile confrontarsi, di fronte a un giudice, sulle cause del reato verificatosi e sulla adeguatezza o meno delle contro-misure in atto (artt. 45 e 47). Si pensi, inoltre, alla possibilità concessa dal sistema di domandare la sospensione della misure cautelari per porre in essere tutte le attività riparatorie, compresa l'adozione di un modello organizzativo efficace (art. 49).

²² Così BELLUTA, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in CANZIO *et al.* (a cura di), *Diritto penale delle società*, tomo II, Padova, 2014, 1376 e 1382.

²³ Diffusamente sul punto, MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in CENTONZE e M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti*, *op. cit.*, 217 s. Per un interessante approfondimento del tema delle investigazioni interne nel sistema spagnolo di responsabilità da reato delle imprese, cfr. NIEVA-FENOLL, *Investigaciones internas de la persona jurídica: derechos fundamentales y valor probatorio*, in *Jueces para la democracia*, 2016, n. 86, 1 ss.

²⁴ Così esplicitamente CENTONZE e M. MANTOVANI, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. 231/2001*, in CENTONZE e M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti*, *op. cit.*, 287 ss.

Ma anche se si dovessero superare questi rilievi, vi è più di una ragione per cui la proposta non sembra convincente. Il primo fattore di perplessità riguarda il tipo di vantaggio da corrispondere a questo nuovo “collaboratore di giustizia”. Se si guarda ai casi di collaborazione processuale che coinvolgono le persone fisiche, si vedrà come essi siano costruiti tutti come ipotesi di attenuazione della risposta sanzionatoria e non già come forme di esclusione della responsabilità del dichiarante. Un diverso regime per le imprese potrebbe creare, quindi, profili di frizione con il principio costituzionale di uguaglianza, e non certo perché non è ipotizzabile un trattamento diversificato di situazioni non omogenee, ma perché non sembra sufficientemente chiara la ragione per cui le imprese dovrebbero meritare un trattamento di maggior favore rispetto a quello destinato agli individui.

Vi è una ulteriore considerazione da tenere a mente. Com'è noto, le prime esperienze di premialità processuale nel nostro ordinamento si rinvergono nella normativa di emergenza contro il terrorismo interno. In quei casi il legislatore decise di incentivare la collaborazione anche garantendo l'impunità di chi manifestava efficacemente un ripudio del metodo terrorista indirizzando e supportando le indagini, proprio perché si viveva una condizione emergenziale, che andava affrontata con mezzi straordinari e con risposte eccezionali, destinati a cadere quando l'emergenza fosse venuta meno²⁵. Diversamente, invece, quando si pensò di estendere quelle previsioni a fenomeni criminali che non potessero essere circoscritti temporalmente (i sequestri di persona²⁶, il traffico di droga²⁷, la criminalità organizzata²⁸ e, più di recente, i reati che, senza presupporre una struttura associativa, risultino compiuti da una pluralità di soggetti e si caratterizzino inoltre per una reiterazione di comportamenti criminali nel tempo²⁹), il legislatore decise di non riprodurre lo schema originario: la delazione e la collaborazione avrebbero al più potuto legittimare uno sconto di pena (oltre ad altri benefici, soprattutto di carattere penitenziario³⁰). E si trattò di una scelta condivisibile anche nell'ottica di controllare l'affidabilità del sapere dei “pentiti” (che è sempre la grande incognita quando si premia la chiamata in reità o in correttezza) e di evitare di entrare in rotta di collisione con il principio di obbligatorietà dell'azione penale³¹.

Vi è poi un ulteriore fattore che desta perplessità nella proposta descritta: puntare sull'autodenuncia ha dimostrato, lì dove impiegata, di creare più problemi di quelli che si ambiva risolvere³², rischiando di tradursi nella semplice ricerca di un «capro espiatorio»³³. L'esperienza stessa dei collaboratori di giustizia è poi già così controversa che esportarla in settori diversi rischia di amplificarne le contraddizioni. E questo è ancora più

²⁵ Artt. 4 e 5, d.l. 625/1979, conv. con mod. nella l. 15/1980; art. 1, l. 304/1982.

²⁶ Cfr. articolo unico l. 894/1980.

²⁷ Artt. 73 e 74, d.p.r. 309/1990.

²⁸ Art. 8, d.l. 152/1991, conv. nella l. 203/1991.

²⁹ Art. 3, l. 94/2009.

³⁰ Per un approfondimento delle ipotesi di premialità processuale, v. R.A. RUGGIERO, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correttezza*, Torino, 2012, 19 ss.

³¹ Diffusamente al riguardo, GREVI, *Gli imputati collaboratori della giustizia nel sistema del processo penale* (1995), in *Scritti sul processo penale e sull'ordinamento penitenziario*, vol. II, tomo I, Padova, 2011, 369.

³² Cfr. GARRET, *Too Big To Jail. How Prosecutors Compromise With Corporations*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, 81 ss.

³³ Così FIANDACA e ALESSANDRI, *Responsabilità degli enti, serve un «tagliando»*, in *Il Sole 24 ore*, 6 giugno 2016, assai critici sulla proposta di riforma in esame.

drammaticamente vero se si cala il fenomeno nelle realtà aziendali che rischierebbero di essere paralizzate se si diffondesse l'atteggiamento del "tutti contro tutti".

Come si è anticipato, la proposta in questione trae certamente ispirazione dall'esperienza statunitense. Tra le condizioni alle quali, negli U.S.A., è possibile per l'ente stipulare con il *prosecutor* un accordo con il quale questi rinunci a perseguire la società per un illecito commesso al suo interno, vi è la collaborazione nell'attività di accertamento dei reati e di individuazione delle responsabilità individuali. Per incentivare questo tipo di soluzione negoziale della *corporate liability* e, allo stesso tempo, per controllare la discrezionalità che connota l'esercizio dell'azione penale in quel sistema, il Dipartimento di Giustizia ha redatto delle linee guida che i p.m. federali devono seguire. Si tratta dei *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, emanati nel 1999 dall'allora *Attorney General Eric Holder* (cd. *Holder Memorandum*³⁴), e negli anni rimaneggiati in maniera significativa.

Per la verità, nella versione originaria del 1999, non si parlava ancora di *pre-trial diversion*, ma si forniva solo una guida per selezionare i casi di responsabilità di impresa che meritassero la formulazione di un'accusa. Per quel che in questa sede interessa, veniva suggerito di valutare positivamente la collaborazione offerta dalla società, non solo nei confronti dei p.m., ma pure delle altre agenzie governative, attraverso per esempio la rinuncia all'*attorney-client privilege* e alla *work product protection*. In caso di rinuncia all'*attorney-client privilege*, i legali interni all'azienda sono autorizzati a fornire tutte le informazioni in loro possesso per ragione del loro ufficio e di cui siano venuti a conoscenza anche per il tramite delle dichiarazioni rese da dipendenti sottoposti ad accertamento; in caso di rinuncia alla *work product protection*, le *corporations* si impegnano a consegnare tutta la documentazione interna predisposta in vista di un possibile contenzioso.

Senza entrare nei dettagli dell'esperienza statunitense³⁵ va ovviamente ribadito che questo "scambio" tra società e p.m. in tanto è possibile in quanto oltreoceano vige il principio di discrezionalità dell'azione penale. Opzione da noi costituzionalmente esclusa.

Ma, oltre a questo non insignificante elemento, non si può non riflettere sulle enormi contraddizioni interne dei meccanismi di soluzione della *corporate liability* che la dottrina statunitense sta facendo emergere con forza³⁶. Tra le molteplici incoerenze ve n'è una particolarmente significativa nella nostra ottica: in apparenza potrebbe sembrare che le autorità giudiziarie degli Stati Uniti, rinunciando a processare le società e impegnandole nell'attività di reperimento di prove a carico delle persone fisiche, siano interessate a colpire queste ultime, considerandole probabilmente come i "veri" autori dei reati (e, se ben si è colto lo spirito della proposta italiana qui in esame, questo sembrerebbe propriamente l'obiettivo del progetto). Ma se si esamina con disincanto quella realtà, si può facilmente vedere che il numero di condanne degli individui imputati di *corporate crimes* è insignificante,

³⁴ *Memorandum from Eric Holder, Deputy Attorney General, Dep't of Justice, on Bringing Criminal Charges Against Corporations*, 16 giugno 1999, disponibile in www.usdoj.gov.

³⁵ Per maggiori approfondimenti in merito ci si permette di rinviare ancora a R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.*, cit., *supra* nota 16.

³⁶ V. per tutti GARRET, *op. cit.*, 45 ss. In una diversa prospettiva, considera le modalità di definizione per via negoziale della responsabilità dell'impresta «in contrasto con il ruolo della legge», ARLEN, *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed Through Deferred Prosecution Agreements*, in *J. Legal Analysis*, in corso di pubblicazione.

soprattutto se confrontato con i tantissimi accordi siglati con le imprese³⁷. In particolare negli ultimi anni, i processi, se ci sono stati, hanno riguardato dipendenti di seconda linea e quasi mai i rappresentanti del *management*.

Le giustificazioni della rinuncia ad agire contro le persone fisiche possono essere diverse: in effetti provarne la responsabilità non è semplice. Non di rado, infatti, si tratta di condotte fortemente segmentate, a cui partecipa un numero elevato di soggetti, per i quali non è semplice dimostrare la consapevolezza del disegno complessivo³⁸. A ciò si aggiunga che le indagini sui *corporate crimes* sono assai articolate, richiedono tempo e personale. E un'indagine seria non può ovviamente appiattirsi sui risultati delle investigazioni interne delle società che per forza di cose risentono di un approccio differente. Dunque, si potrebbe addirittura pensare che la scelta di non esercitare l'azione penale nei confronti delle persone fisiche sia stata un'ulteriore concessione fatta alle società *too big to fail*, tanto più discutibile perché si tratterebbe di una condizione non esplicitata.

Proprio le polemiche originate da questo approccio del Dipartimento di Giustizia alla *corporate liability* hanno reso necessaria la redazione di un nuovo *memorandum* che sembrerebbe ora imporre alle società che vogliano concludere un *deferred* o un *non-prosecution agreement*³⁹ di collaborare fattivamente all'individuazione delle responsabilità individuali⁴⁰. Senza questa collaborazione concreta, più in particolare senza l'indicazione di «*all relevant facts regarding individual misconduct*», l'ente rischierebbe l'*indictment* perché il *prosecutor* sarebbe tenuto a chiudere le porte alle trattative⁴¹.

Vi è da dire però che regna un certo scetticismo su quelli che potranno essere i reali effetti di questo altisonante pugno sul tavolo del Dipartimento di Giustizia. Sin dai primi commenti, si è osservato come il *memorandum* avrà o l'effetto di ridurre i negoziati con le società ovvero al più porterà all'aumento delle condanne dei dipendenti di secondo livello: non fosse altro perché è del tutto improbabile che gli *high-level officials*, coloro cioè che assumono le decisioni strategiche siano realmente disponibili a colpire se stessi pur di salvare le società in cui operano (a meno che, chiaramente, le società non li abbiano già "scaricati" e siano i nuovi amministratori ad accusare la precedente direzione⁴²). E, difatti, sembrerebbe che in alcuni chiarimenti successivi il Dipartimento di

³⁷ A tal proposito, è possibile consultare le statistiche emerse dagli studi empirici: GARRET, *op. cit.*, 83 s.

³⁸ Criticamente cfr. RAKOFF, *The Financial Crisis: Why Have No High-Level Executive Been Prosecuted?*, in *The New York Review of Books*, 9 gennaio 2014.

³⁹ Il *non prosecution agreement* è l'accordo con il quale il *prosecutor*, nell'esercizio della discrezionalità che contraddistingue l'esercizio dell'azione penale nei paesi di *common-law*, verificate certe condizioni, decide di non perseguire – quanto meno allo stato – la società presunta autrice del reato, dietro la garanzia dell'impegno al rispetto della legalità per il futuro. Di contro, il *deferred prosecution agreement* è l'accordo con il quale il *prosecutor* presenta un'accusa a carico dell'impresa, ma decide di rinviare l'eventuale esercizio dell'azione penale, dandole un determinato tempo per adempiere ad una serie di prescrizioni riabilitative, che una volta realizzate, potranno definitivamente metterla al riparo dal processo. In questo caso, però, non si tratta di un mero rapporto bilaterale: interviene, difatti, anche il giudice, chiamato ad autorizzare il *deferment*, il che implica una deroga allo *speedy trial* e una sospensione del decorso dei termini di prescrizione del reato: sul punto, anche per ulteriori approfondimenti, R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.*, cit., 3-4.

⁴⁰ *Memorandum from Sally Quillian Yates, Deputy Attorney General, Dep't of Justice, on Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*, 9 settembre 2015 (cd. *Yates Memorandum*), disp. in www.usdoj.gov.

⁴¹ SUN BEALE, *Prosecuting the managers or prosecuting the corporation? Enforcement of economic and financial misconduct in the US*, relazione tenuta al convegno *Mapping the challenges in economic and financial criminal law: a comparative analysis of Europe and the US*, Lussemburgo, 17 marzo 2016, inedita.

⁴² JOH e JOO, *The Corporation as Snitch: The New DOJ Guidelines on Prosecuting White Collar Crime*, in *Va. L. Rev. online*, in corso di pubblicazione. Condivide i dubbi sulla concreta potenzialità dello *Yates Memorandum* di ridurre

Giustizia stia già facendo retromarcia, circoscrivendo la perentorietà del dettato del *memorandum*, in modo da evitare la paralisi degli accordi *pre-trial*⁴³.

Alla luce, dunque, dell'analisi dell'esperienza americana e delle perplessità in precedenza manifestate in ordine alla proposta italiana di disciplina del *self-reporting* come causa di esclusione della punibilità, sembra non sia questa la strada da percorrere: il rischio sarebbe di non punire le società e, alla fine, di non riuscire a punire nemmeno le persone fisiche. E deve escludersi che questo sia l'obiettivo perseguito.

3. Messa alla prova dell'ente ed estinzione dell'illecito amministrativo da reato

Nella prospettiva di promuovere la prevenzione dei reati, incentivando gli enti a dotarsi di modelli efficaci, e di provare a superare i problemi emersi nella prassi, si potrebbe pensare ad una modalità alternativa di definizione del procedimento a carico delle imprese. Abbiamo avuto modo di verificare come sinora i modelli *ante delictum* siano stati spesso adottati in maniera inadeguata e, conseguentemente, siano stati valutati nel procedimento penale inidonei a neutralizzare il rischio di commissione degli illeciti poi concretamente verificatisi, con conseguente sostanziale inoperatività della causa di esclusione della punibilità.

Ciò posto, si potrebbe *de iure condendo* immaginare che anche una correzione *post factum* di un modello preesistente, che non sia di pura facciata, possa operare da salvataggio per l'ente: situazione sinora parificata a quella della adozione *post delictum* del modello e dunque premiata soltanto con un trattamento sanzionatorio di maggiore favore. Una tale opzione, presupponendo che la società si sia già organizzata nella prevenzione dei reati, non andrebbe a deresponsabilizzarla (effetto che, come si è detto in precedenza, potrebbe verificarsi qualora l'adozione del modello postumo fosse prevista *tout court* come causa di archiviazione o di sentenza di non luogo a procedere o, più in generale, di proscioglimento).

L'idea sarebbe quella di impiegare un istituto, recentemente esportato dal procedimento minorile a quello ordinario degli adulti, anche nel procedimento che coinvolge le persone giuridiche: la sospensione del procedimento con messa alla prova. Com'è noto, infatti, la l. 67/2014, nell'introdurre il Titolo V *bis* nel Libro VI del codice di rito ha previsto, per ipotesi di reato di gravità medio-bassa⁴⁴, la possibilità di una soluzione alternativa del procedimento, che verrebbe sospeso proprio per consentire all'indagato o all'imputato di impegnarsi in un programma di reinserimento sociale, da eseguire insieme a condotte riparatorie e restitutorie (compresi risarcimento del danno e, ove possibile, mediazione con la persona offesa). Questa opzione

l'impunità degli individui responsabili per i reati societari, MODLISH, *The Yates Memo: DOJ Public Relations Move or Meaningful Reform That Will End Impunity For Corporate Criminals?*, in *B.C. L. Rev.*, in corso di pubblicazione.

⁴³ Dopo l'adozione dello *Yates Memorandum*, il Dipartimento di Giustizia ha infatti successivamente chiarito che se la società «provides the government with the relevant facts and otherwise assists in obtain evidence, the company would still be eligible for cooperation credit even if it cannot identify culpable individuals»: *Remarks of Assistant Attorney General Leslie R. Caldwell delivered at the Second Global Investigations Review Conf.*, 22 settembre 2015, disponibile in www.justice.gov.

⁴⁴ L'art. 168 *bis* c.p. ammette il ricorso alla messa alla prova nei procedimenti per reati puniti con pena pecuniaria ovvero con pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni (sola, congiunta o alternativa a quella pecuniaria) e per i delitti previsti dall'art. 550, comma 2 c.p.p. per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio.

processuale è esclusa per coloro che hanno manifestato un'attitudine al crimine (e, dunque, per i delinquenti abituali, professionali o per tendenza) e può essere concessa una sola volta. Se la *probation* si conclude positivamente il reato è estinto; diversamente, il procedimento riprende.

Al momento dell'emanazione del d.lgs. 231/2001, fra i procedimenti speciali previsti dal codice di procedura penale non era annoverata la sospensione con messa alla prova. Si può supporre che, altrimenti, il legislatore si sarebbe fatto carico di disciplinare i rapporti fra questo istituto e il procedimento contro gli enti. Ma oggi che questa opzione esiste, è plausibile che si possa concedere anche all'impresa una via di fuga dalla condanna, offrendole la possibilità di ovviare a quelle carenze organizzative che hanno reso possibile il reato, nel caso che un modello organizzativo preesistente sia stato ritenuto non idoneo.

Come per la messa alla prova disciplinata nel codice, la richiesta potrebbe essere avanzata già nel corso delle indagini (oltre che entro le conclusioni dell'udienza preliminare o, in assenza di quest'ultima, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado). Anzi, si può dire che, a maggior ragione per le società, sarebbe proprio la fase investigativa il momento più idoneo per provare questa esperienza perché, così facendo, si eviterebbe la richiesta di rinvio a giudizio.

Affinché però questa alternativa non si presti alle medesime critiche sollevate per le precedenti proposte di riforma, è necessario riflettere adeguatamente sulle condizioni per l'accesso al rito: posto che, specularmente a quanto previsto nel codice di procedura penale, bisognerebbe limitare la messa alla prova a quelle società che non ne abbiano già usufruito in precedenza, escludendo comunque questa opzione per le imprese recidive, pare fondamentale – come si è premesso – che l'ente sia comunque dotato di un modello organizzativo preesistente, che sia stato però ritenuto inidoneo.

In altre parole, nel caso in cui un modello, adottato prima della commissione del fatto ai sensi dell'art. 6, venga valutato non adeguato, l'impresa potrebbe chiedere la messa alla prova. Spetterebbe quindi al giudice accertare in concreto se quell'ente offra un reale affidamento sulla prospettiva di una riorganizzazione "virtuosa". Così come avviene per la richiesta presentata dalle persone fisiche, il giudice ammetterà la messa alla prova solo se sia in grado di fare una prognosi favorevole sulla struttura dell'ente, ossia una prognosi sulla sua "pericolosità organizzativa": la domanda verrà pertanto respinta se presentata da una società che non dia concrete garanzie di volersi riorganizzare "virtuosamente", secondo le indicazioni della legge. Ne consegue che un modello preesistente soltanto fittizio non potrebbe consentire la *probation*.

Ci sarebbe poi da ragionare in ordine all'ambito oggettivo di applicazione. Volendo conservare un'armonia con il codice di rito, si dovrebbe dare questa *chance* solo quando l'illecito dell'ente dipenda dai reati meno allarmanti del catalogo "231". Per tale selezione ci si potrebbe affidare al livello di gravità della risposta sanzionatoria.

In questo modo però verrebbero lasciate fuori le manifestazioni più gravi di criminalità d'impresa, quelle in grado di arrecare maggiori pregiudizi al mercato e alla concorrenza e che, allo stesso tempo, preoccupano di più gli enti per le conseguenze di una possibile condanna. Si finirebbe così con l'escludere i casi sulla cui prevenzione si dovrebbe investire di più. Sicché prevedere che il nuovo procedimento non possa trovare applicazione per gli illeciti più gravi, puniti con una sanzione interdittiva, rischia di rendere poco appetibile l'alternativa e dunque di consegnare all'insuccesso la proposta.

Collegare, pertanto, i limiti oggettivi di accesso al rito alla gravità dell'illecito e al tipo di sanzione che potrebbe conseguirne pare criterio troppo meccanico. Se una

selezione va compiuta, probabilmente andrebbe meglio ancorata ad altri parametri di misurazione della gravità della condotta e del danno o del pericolo.

Invero, sotto questo profilo la messa alla prova, riferita all'ente, non può non rivelare caratteristiche differenziali. Deve, infatti, riconoscersi come sia auspicabile che lo sforzo riorganizzativo delle società venga incentivato proprio per i reati più seri, in modo da prevenirli in futuro. E, in questa prospettiva, non si può escludere che il procedimento di messa alla prova possa in effetti riguardare l'intera categoria dei reati contemplati dalla normativa.

Si potrebbe però prospettare il rischio di tradire lo spirito della messa alla prova, che sembrerebbe riferirsi a fenomeni criminali non particolarmente preoccupanti: tuttavia, come si è accennato in precedenza, l'istituto disciplinato dal codice, a ben vedere, è applicabile pure per reati che esulano dalla tradizionale categoria della "medio-bassa gravità"⁴⁵. Si potrebbe poi forse facilmente obiettare che un accesso incondizionato a questo procedimento significherebbe offrire alle società una possibilità di cui allo stato non sono in condizione di usufruire le persone fisiche coinvolte nei reati da cui scaturisce l'illecito amministrativo della persona giuridica: molti dei reati presupposto previsti nel d.lgs. 231/2001, infatti, non rientrano nei limiti edittali entro i quali la messa alla prova delle persone fisiche è consentita. Con la conseguenza che l'ente usufruirebbe della messa alla prova preclusa alla persona fisica che ha agito per l'ente⁴⁶.

Questi rilievi possono essere però superati dal momento che, per esempio, nella giustizia minorile, ove la messa alla prova è nata, non sono fissati limiti, né oggettivi, né soggettivi (artt. 28 e 29 d.p.r. 488/1988). Dunque, nel nostro ordinamento è già tollerata una diversa disciplina del procedimento a seconda di chi sia il destinatario. Anzi, il fatto che la messa alla prova dell'ente possa avere, *in parte qua*, delle maggiori similitudini con l'omologa del procedimento minorile non dovrebbe stupire più di tanto: come attenta dottrina americana ha evidenziato a proposito del recupero, nei modelli negoziali di *corporate liability*, di alcuni meccanismi nati per il contrasto

⁴⁵ La Cass., S.U., 31 marzo 2016, n. 36272, ha chiarito che per l'individuazione dei reati ai quali è applicabile, astrattamente, la messa alla prova non assumono rilievo le circostanze aggravanti di alcun tipo, comprese quelle ad effetto speciale, sicché oggi risulta fortemente ampliato l'ambito applicativo del nuovo istituto, in quanto, a seguito di questa decisione, vi rientrano reati di gravità anche medio-alta.

⁴⁶ Si potrebbe pure osservare che questa proposta decreterebbe la fine del *simultaneus processus* nonostante il d.lgs. 231/2001 prediliga la celebrazione contestuale del procedimento che coinvolge l'ente e di quello che coinvolge l'individuo che abbia agito per l'ente (art. 38, comma 1). Solo qualora vi sia stata sospensione del procedimento a carico della persona fisica o quest'ultimo sia stato definito con un rito speciale (giudizio abbreviato, patteggiamento o decreto penale di condanna) ovvero la riunione sia preclusa dall'osservanza di disposizioni processuali, è consentito procedere separatamente (art. 38, comma 2). La chiara scelta operata dal legislatore per la riunione delle due reggiudicande è certamente funzionale ad obiettivi di effettività, omogeneità ed economia processuale, ma è altrettanto finalizzata ad evitare un possibile contrasto tra i due giudicati, prevedendo, pertanto, che vicende processuali tra le quali sembrerebbe esserci un rapporto di quasi pregiudizialità vengano accertate insieme. In questo senso, FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, op. cit., 457. Non si può tuttavia non considerare che nella prassi, l'impresa generalmente mostra sin da subito la propensione ad adottare quelle misure riparatorie e ripristinatorie che, escludendo l'applicazione delle sanzioni interdittive, le offrano la possibilità di definire la vicenda immediatamente, magari con un procedimento speciale (e il cui accesso sarebbe viceversa precluso quando si dovesse poter applicare una sanzione interdittiva in via definitiva – artt. 62, comma 4 e 63, comma 1). Dunque, in concreto, la posizione dell'ente viene già generalmente definita prima rispetto a quella della persona fisica imputata. A ciò si aggiunga che aver consentito la separazione qualora l'osservanza delle disposizioni processuali lo renda necessario [art. 38, comma 2, lett. c)] porrebbe fine a tutte le perplessità che l'introduzione del procedimento di messa alla prova potrebbe far sorgere da questo angolo visuale.

della *juvenile delinquency*, le società, un po' come i giovani, necessitano di guida, riabilitazione e supervisione⁴⁷.

Ma vi è un ulteriore argomento che potrebbe essere speso per andare oltre il possibile contrasto con il principio di uguaglianza: il "sistema 231" prevede già, come si è detto, un trattamento di favore per la società che si ravveda e collabori e che non è stato viceversa introdotto per le persone fisiche imputate del reato presupposto.

Chiaramente la messa alla prova dell'ente dovrebbe essere indirizzata al suo reinserimento nel mercato in una rinnovata veste di legalità. Questo significa che l'impresa messa alla prova dovrebbe realizzare le condotte riparatorie e risarcitorie di cui all'art. 17 sopra compiutamente ricordate e dovrebbe correggere il modello organizzativo che sia stato giudicato non idoneo, alla luce del progetto presentato con la domanda di ammissione al rito e magari delle indicazioni che nel momento dell'autorizzazione del procedimento speciale potrebbero essere state offerte.

Questa proposta ha il pregio di non stravolgere l'impianto del d.lgs. 231/2001 dal momento che un meccanismo simile a quello ora descritto si rinviene già nell'art. 49 che disciplina la sospensione delle misure cautelari⁴⁸. L'art. 49, infatti, prevede la sospensione delle cautele nell'ipotesi in cui l'impresa chieda di poter realizzare gli adempimenti descritti nell'art. 17 (condotte riparatorie, restitutorie, risarcitorie e disponibilità ad adottare un modello organizzativo adeguato). Il giudice che ritenga di accogliere la richiesta fissa una cauzione da versare a scopo cautelativo; in via alternativa, l'ente può essere autorizzato a prestare una garanzia reale. In caso di mancata, incompleta o inefficace esecuzione delle condotte risarcitorie e di riorganizzazione, la cauzione verrà acquisita dallo Stato⁴⁹.

Si tratterebbe, dunque, di rielaborare in chiave differente uno strumento già disponibile e già sperimentato positivamente: nell'ottica dell'art. 49 la richiesta dell'ente di avere del tempo per mettersi in regola, se accolta, sospende le misure cautelari; una volta poi che il recupero alla legalità si sia compiuto, le cautele vengono definitivamente revocate (o viceversa, nell'ipotesi di non adempimento dei doveri assunti al momento della domanda di sospensione, le misure tornano ad essere esecutive). Nella prospettiva della proposta qui formulata, l'istanza dell'ente di messa alla prova sospende il procedimento e, qualora la *probation* funzioni, determina l'estinzione dell'illecito amministrativo (o viceversa, in caso di esito negativo della prova, il procedimento riprende).

La fase preferenziale per sperimentare la messa alla prova sarebbe per l'ente quella delle indagini preliminari, in quanto avrebbe la possibilità di definire subito il procedimento penale, ancor prima della richiesta di rinvio a giudizio. Resterebbe ferma la possibilità di presentare la richiesta anche successivamente, fino all'apertura del dibattimento di primo grado; termine entro il quale, inoltre, l'ente potrebbe riproporre un'istanza rigettata in precedenza.

⁴⁷ Così GARRET, *op. cit.*, 55. V. anche ORLAND, *The Transformation of Corporate Criminal Law*, in 1 *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.* 45 (2006).

⁴⁸ Sul procedimento cautelare disciplinato nel d.lgs. 231/2001 v. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, *op. cit.*, 503 ss.

⁴⁹ Un meccanismo simile è contenuto anche nell'art. 65 che prevede che l'ente, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, possa domandare la sospensione del processo per provvedere alle attività descritte nell'art. 17, dimostrando di non essere stato in grado di realizzarle prima. In questo caso, però, com'è noto, il giudice, scaduto il termine di sospensione, qualora constati l'esatto adempimento delle prescrizioni, potrà solo applicare all'ente un trattamento sanzionatorio più favorevole.

Com'è noto, nel procedimento di messa alla prova disciplinato nel codice, qualora l'istanza sia depositata nel corso delle investigazioni si richiede il consenso del p.m., presupposto viceversa non contemplato qualora la domanda intervenga successivamente. Sia il consenso che il dissenso vanno motivati. In caso di dissenso, la richiesta può essere riproposta entro l'apertura del dibattimento⁵⁰.

È comprensibile che il legislatore del 2014 abbia prescritto l'intervento del p.m. in questa eventualità: ci troviamo ancora in una fase fluida ed è necessario che l'organo dell'accusa formuli l'imputazione affinché il giudice possa provvedere. Allo stesso tempo, permettere al p.m. di dissentire è anche un modo per impedire che la messa alla prova venga domandata e autorizzata magari in uno stadio non avanzato delle indagini: non si può escludere che la richiesta sia depositata strumentalmente per impedire all'inquirente di approfondire l'accertamento e magari scoprire nuovi reati. Tra l'altro, come si è detto, il dissenso non preclude la possibilità di riproporre l'istanza successivamente, in un momento in cui non vi è più necessità di quel benessere.

Pertanto, per la messa alla prova dell'ente nel corso delle indagini preliminari sarebbe opportuno riproporre lo stesso schema: il consenso del p.m. sarebbe, infatti, a tutti gli effetti, forma di esercizio dell'azione penale. D'altronde, considerato che tanto il consenso quanto il dissenso vanno motivati, l'inquirente che non fosse disponibile ad offrire la *chance* della *probation* dovrebbe spiegarne le ragioni e non potrebbe limitarsi a negare l'idoneità del modello organizzativo esistente.

Se, dunque, la sospensione del procedimento con messa alla prova va introdotta sin dalla fase delle indagini preliminari, v'è da osservare come sarebbe in concreto poco probabile che gli enti usufruiscano di questa *chance* quando le investigazioni siano ancora in corso: l'impresa che abbia adottato un modello *ex ante* potrebbe sempre contare sulla possibile archiviazione, disposta tra l'altro direttamente dal p.m., senza il controllo del giudice (art. 58). Pertanto, è prevedibile che l'ente troverà più conveniente presentare la richiesta di sospensione del procedimento dopo la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, atto che chiaramente presuppone che l'inquirente abbia giudicato non efficace il modello preesistente e ritenga, dunque, di non poter archiviare.

In ogni caso all'ente potrebbe convenire chiedere la messa alla prova già nel corso delle indagini preliminari, ad esempio nell'ipotesi di applicazione di una misura cautelare. In questa eventualità, l'impresa potrebbe avere interesse a riorganizzarsi subito in maniera "virtuosa" in modo da definire contestualmente l'incidente cautelare e la vicenda di merito. In altre parole, se nella fase delle indagini fosse adottata una misura cautelare (chiaramente l'esempio vale pure per le fasi successive), l'ente potrebbe domandare sospensione della misura e del procedimento con messa alla prova e aspirare così, nell'immediato, alla neutralizzazione della cautela e, in prospettiva, alla composizione della vicenda processuale.

L'introduzione della messa alla prova nel procedimento a carico degli enti determinerà la necessità di verificare i rapporti con i meccanismi già esistenti di "ravvedimento", come quello previsto appunto nella materia cautelare dall'art. 49, nonché con gli effetti conseguenti alla adozione di un modello *post factum* ai sensi

⁵⁰ Sul consenso e il dissenso del p.m. per la sospensione del procedimento con messa alla prova e sull'onere motivazionale, v. CESARI, sub art. 464 ter, in CONSO e ILLUMINATI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª ed., Padova, 2015, 2133 s. Inoltre, v. Cass. pen., sez. VI, 21 ottobre 2016, n. 4171, in *Ced Cass.* n. 265696.

dell'art. 17, potendo prevedersi l'esigenza di opportune modifiche per coordinare istituti omogenei ed evitare sovrapposizioni pericolose. Va in ogni caso osservato sin d'ora come la possibile coincidenza del momento cautelare e di quello di merito, non deve indurre a ritenere che i due strumenti (la sospensione delle misure cautelari e la sospensione del procedimento) siano a questo punto fungibili tra loro. Anzi, vi è più di una ragione per valorizzarne l'autonomia reciproca.

Prima di tutto, non si può sottovalutare come differente sia il tipo di giudizio cui il giudice è chiamato, a seconda che la proposta sia funzionale alla sospensione delle misure cautelari ovvero del procedimento in vista dell'applicazione di una causa di estinzione dell'illecito amministrativo. A tacer d'altro, infatti, nel secondo caso (sospensione del procedimento con messa alla prova), il giudice dovrebbe essere tenuto – come già previsto dall'art. 464 *quater* c.p.p. – a verificare se non debba pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p.: già questo accertamento, come si dirà meglio tra poco, segna la distanza tra i due tipi di valutazione.

Va poi considerato che nell'ipotesi in cui l'impresa sia sottoposta a cautela, potrebbe essere interessata a risolvere subito esclusivamente questa vicenda, attraverso la domanda di sospensione della misura cautelare, ritenendo di avere buone probabilità di dimostrare successivamente la propria innocenza nel merito.

Inoltre, come è stato premesso, la sospensione del procedimento con messa alla prova non sarebbe consentita agli enti recidivi, o a coloro che ne abbiano già usufruito o – qualora si dovesse limitare questa opzione processuale ad alcune categorie di reato – se si dovesse procedere per fattispecie incriminatrici escluse. Viceversa, la sospensione delle misure cautelari sarebbe in linea di principio possibile anche quando non lo fosse la messa alla prova. Nella medesima prospettiva, a ciò si aggiunge che lo strumento disciplinato dall'art. 49 è in astratto esperibile pure in assenza di un modello organizzativo *ex ante*: ciò che conta è che l'ente manifesti una seria volontà di ripensare la propria struttura e di voler provvedere alle condotte riparatorie e risarcitorie. Di contro, per la sospensione del procedimento con messa alla prova, secondo lo schema che qui si propone, un modello deve necessariamente preesistere.

La riforma andrebbe, dunque, a incrementare le opzioni a disposizione delle società, ben armonizzandosi con quelle già contemplate. Oggi abbiamo solo due alternative: adozione di un modello *ex ante*, ritenuto idoneo, che può escludere la responsabilità dell'ente; adozione di un modello *post factum* che, se valutato positivamente, anche a seguito delle condotte riparatorie, non esclude la responsabilità, ma determina solo un sollievo sanzionatorio per l'ente, al quale non verranno applicate le sanzioni interdittive e, in determinati casi, la sanzione pecuniaria potrà essere ridotta. Di fatto ciò comporta che allo stato, in astratto, non si registra alcuna differenza tra le imprese che non abbiano un modello, quelle che abbiano un modello di pura facciata e quelle che siano invece dotate di un modello non fittizio, ma in ogni caso giudicato inadeguato a controllare il rischio del reato verificatosi: in tutti e tre i casi, un'inversione di tendenza postuma potrebbe, al più, attenuare il provvedimento di condanna. L'ipotesi delineata consentirebbe, invece, di premiare con l'estinzione dell'illecito amministrativo anche una correzione successiva di un modello preesistente giudicato inadeguato.

In breve: nel procedimento per uno dei reati presupposto che danno luogo alla responsabilità ai sensi del d.lgs. 231/2001, l'ente sarebbe ammesso a presentare una

richiesta di ammissione alla prova; la richiesta potrebbe essere avanzata sin dalla fase delle indagini preliminari, nel qual caso occorrerebbe il consenso del p.m.; se presentata successivamente, ma entro il termine dell'apertura del dibattimento, sarebbe sufficiente il solo parere, non vincolante, del p.m.; la richiesta dovrebbe essere motivata, con allegato un progetto di riorganizzazione efficace, ad integrazione ovvero in sostituzione del modello organizzativo precedente, ritenuto inadeguato; la decisione del giudice sulla richiesta di ammissione alla prova dovrebbe basarsi su una prognosi circa la capacità dell'ente di organizzarsi in modo "virtuoso", desunta dalla serietà della stessa richiesta e dal passato organizzativo dell'impresa, valutato anche in relazione al modello di cui si era tempestivamente dotata; dovrebbero essere esclusi gli enti recidivi.

La decisione sull'ammissione alla prova dovrebbe quindi basarsi su un parametro che abbia come riferimento la "pericolosità organizzativa" della società.

Va osservato che, per quanto l'autorizzazione della messa alla prova non ipotechi la successiva decisione del giudice (che potrebbe constatare la cattiva riuscita della *probation*), tale autorizzazione consegue – come si è premesso – ad un giudizio positivo sul piano di riorganizzazione dell'impresa, al quale lo stesso giudice può contribuire nel momento in cui offre all'ente la *chance* del "ravvedimento". Ciò implicitamente comporta che, a fronte di un impegno serio nella correzione del modello, secondo le indicazioni contenute nel progetto ed eventualmente suggerite dal giudice, vi possa essere un ragionevole affidamento sull'esito favorevole della prova.

In ogni caso, il giudice sarebbe comunque tenuto preventivamente a verificare l'insussistenza di cause di proscioglimento immediato *ex art.* 129 c.p.p. E questo anche se la domanda di messa alla prova fosse presentata durante la fase delle indagini, in quanto il consenso del p.m. all'instaurazione del rito varrebbe quale esercizio dell'azione penale e andrebbe a segnare appunto il passaggio alla fase processuale, con conseguente possibilità di applicazione del predetto art. 129 pure con riferimento alla idoneità del modello preesistente (sebbene si tratterà probabilmente di un epilogo difficile da verificarsi nella fase delle indagini).

Potrebbero demotivare questo percorso di riforma alcune critiche mosse dalla dottrina alla sospensione del procedimento con messa alla prova per gli adulti⁵¹. Si è molto discusso, per esempio, della compatibilità di questo istituto con il principio di presunzione d'innocenza dell'imputato⁵², dal momento che il programma di recupero, nonostante consegua ad una scelta volontaria dell'interessato, sarebbe una sorta di «cripto-condanna»⁵³, adottata in assenza di un accertamento di responsabilità. Va però osservato come queste perplessità sarebbero quanto meno attenuate nel sistema di responsabilità degli enti: il progetto di riabilitazione che bisognerebbe prevedere per le società durante la *probation* altro non sarebbe che quell'insieme di prescrizioni a cui l'impresa risulta già vincolata ai sensi del d.lgs. 231/2001, per esempio per

⁵¹ V. per tutti CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 7 s.; VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1300 s.

⁵² Cfr. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in CONSO *et al.* (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 8ª ed., Padova, 2016, 644 s. V. però CESARI, *op. cit.*, 2124. V. anche ILLUMINATI, *Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2015, 9.

⁵³ Così esplicitamente CAPRIOLI, *op. cit.*, 9.

neutralizzare le misure cautelari, per chiedere di essere giudicata con un rito speciale e per poter in definitiva beneficiare, in caso di condanna, di un trattamento sanzionatorio più mite. In altre parole, la persona giuridica sottoposta ad accertamento è già chiamata a realizzare delle condotte proattive se vuole vedersi aprire percorsi alternativi: quelle stesse condotte potrebbero pertanto diventare componenti di un programma di messa alla prova che offrirebbe all'ente la *chance* dell'estinzione dell'illecito amministrativo⁵⁴.

Si dovrà anche riflettere sul contenuto del programma di messa alla prova, per verificare se possa essere limitato alla realizzazione delle condotte riparatorie e risarcitorie e alla correzione del modello, oppure se debba prevedere obblighi ulteriori.

Si tratta di una proposta su cui ci si potrà confrontare, ma la cui utilità appare evidente sin d'ora almeno sotto tre distinti profili: 1) perché è in grado di perseguire più incisivamente la finalità di ridurre il rischio di commissione degli illeciti, incoraggiando, ancora una volta, le società a dotarsi di modelli idonei; 2) perché può salvaguardare le imprese che realmente vogliono impegnarsi nella prevenzione degli illeciti; 3) perché apre il sistema a nuove modalità di definizione della responsabilità "penale" degli enti che, se saggiamente impiegate, potrebbero rappresentare un buon modo per garantire il rispetto e l'applicazione della legge.

⁵⁴ Al riguardo non può non rilevarsi come l'introduzione di questo procedimento potrà ridurre i rischi derivanti dal semplice coinvolgimento nel processo penale soprattutto per quelle imprese che, lavorando con le pubbliche amministrazioni, devono dichiarare se nei loro confronti siano state applicate le sanzioni interdittive previste dal d.lgs. 231/2001. La messa alla prova rappresenterebbe un vantaggio anche in questa prospettiva: fin tanto che il procedimento fosse sospeso per consentire la riorganizzazione, il provvedimento giudiziale andrebbe sì iscritto nel casellario giudiziale, ma senza che questo determini di per sé effetti negativi [art. 3, comma 1, lett. i *bis*), d.p.r. 313/2002].

