

# OSSERVATORIO SULLA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI ENTI

---

**SIMONE FAIELLA**

## **Il diritto alla pari opportunità premiale tra persona fisica e persona giuridica. Il sistema 231 “messo alla prova”**

Il *probation* costituisce oggi il punto più avanzato della cd. *restorative justice*. Suo tramite si realizza una vera e propria metamorfosi della sanzione penale: un trapasso dalla pena tradizionalmente intesa ad una reazione ordinamentale orientata su finalità riparatorio-preventive.

Nel presente lavoro si vagliano le possibilità di applicazione del *probation* anche all'ente collettivo nell'ambito della sua responsabilità da reato, ciò sia *de iure condito* valutando l'eventuale ricorso all'analogia *in bonam partem* sia soprattutto *de iure condendo* attraverso la formulazione di una proposta di riforma in materia.

*The right to rewarding equal opportunities between natural persons and legal entities. The 231 System "on probation".*

*Nowadays, probation represents the most advanced level of the so-called restorative justice. Through it, the criminal sanction experiences a real metamorphosis which means a transition from the penalty as traditionally intended to the penalty as a reparatory and precautionary reaction of the legal order.*

*This paper assesses the possibility to apply probation to the corporate bodies concerning its criminal liability, both de iure condito considering the potential use of analogy in bonam partem and de iure condendo by means of a reform proposal for in this field.*

**SOMMARIO:** 1. La questione: l'ente fuori o dentro l'opzione del *probation*? 2 - La *pars destruens* nella pena 'continentale': un *vulnus* anche per la *compliance* dell'ente. 3 - La negazione della messa alla prova attraverso l'evocazione di 'parametri punitivi'. 4 - Criteri Engel tra punizione e riparazione. 5 - Standard probatori e regimi di imputazione del fatto per una finalità riparatorio-preventiva. 6 - Il principio di tassatività su un *pre-trial diversion agreement*. Le SS.UU. sull'applicazione analogica *in bonam partem*. 7 - La negazione della messa alla prova attraverso suggestioni antropocentriche. 8 - Una decisione ammissiva. 9 - Una chance di 'audit giudiziale' sull'orditura del *nexus of contracts*. 10 - Freni 'continentali' contro una virtuosa e inarrestabile contaminazione nel segno della *diversion*.

1. *La questione: l'ente fuori o dentro l'opzione del probation?*<sup>2</sup> Con il d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75<sup>1</sup>, adottato in ossequio alla cd. "Direttiva PIF" (Protezione Interessi Finanziari) dell'Unione europea<sup>2</sup>, si è compiuto un ulteriore passo in favore di una maggior tutela degli interessi finanziari comunitari. Con esso sono state infatti introdotte modifiche ai delitti di contrabbando e di fro-

---

<sup>1</sup> In *G.U.*, 15 luglio 2020, Serie gen. n.177.

<sup>2</sup> Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, in *G.U.U.E.*, 28 luglio 2017.

de in agricoltura, al comparto dei reati tributari e, infine, alla disciplina della responsabilità degli enti<sup>3</sup>.

Proprio con riguardo a tale ultimo profilo, le modifiche indicate accentuano l'importanza strategica della responsabilità delle persone giuridiche nel contesto dell'intero sistema penale.

La disciplina dettata dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, il cui primo varo era stato ritenuto «improcastinabile»<sup>4</sup>, è però ancora lontana dall'aver raggiunto un'elaborazione ermeneutica matura e, soprattutto, consapevole del ruolo della cd. colpa di organizzazione<sup>5</sup>, quale canone identificativo di una responsabilità che possa effettivamente dirsi *altra*<sup>67</sup>. L'esperienza applicativa matura-

<sup>3</sup> Sono state introdotte nuove fattispecie di reato nell'elenco dettato dall'art. 24, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, quali i reati di frode nelle pubbliche forniture di cui all'art. 356 c.p. e di frode in agricoltura di cui all'art. 2, l. 23 dicembre 1986, n. 898. Viene inoltre modificato il testo dell'art. 25 *quinquiesdecies* dello stesso decreto mediante l'aggiunta del comma 1 *bis*, che prevede, in relazione alla commissione dei reati tributari di cui agli artt. 4 (dichiarazione infedele), 5 (omessa dichiarazione) e 10 *quater* (indebita compensazione), d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 ove gli stessi siano «commessi nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri e al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro», la sanzione pecuniaria fino a trecento quote per il delitto di dichiarazione infedele e fino a quattrocento quote per i delitti di omessa dichiarazione e indebita compensazione. Il decalogo dei reati presupposto viene ulteriormente arricchito attraverso l'inserimento all'art. 25 *sexiesdecies*, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, dei delitti di contrabbando previsti e puniti dal d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43.

<sup>4</sup> La necessità di tale implementazione veniva infatti resa ancor più evidente in ragione del fatto che la responsabilità delle *societas* era già realtà in molti altri Paesi d'Europa (Francia, Regno Unito, Olanda, Danimarca, Portogallo, Irlanda, Svezia e Finlandia). V. Relazione ministeriale al d.lgs. 8 giugno 2001, [www.aodv231.it](http://www.aodv231.it), viene dato atto che la l. 29 settembre 2000, n. 300, con cui all'art.11, veniva conferita delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica recava la "Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K.3 del Trattato sull'Unione europea: Convenzione sulla tutela finanziaria delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 settembre 1997", cui si aggiunge la «Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica».

<sup>5</sup> Per tutti, AA.VV., *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, in a cura di Fiorella, Gaito, Valenzano, Roma, 2018.

<sup>6</sup> Indagine modelli organizzativi 231 e anticorruzione, Confindustria 2017, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>7</sup> Per un'indagine sulla tesi della discrezionalità dell'azione 'penale' contro l'ente, ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Responsabilità penale dell'ente: tra mito e realtà*, in *Filodir.*, 2020. Degli stessi Autori anche *Esigenze e prospettive di modulazione dell'obbligatorietà dell'azione penale nel procedimento de socie-*

tasi sino ad oggi rivela il ricorrere di automatismi applicativi tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente, per effetto dei quali, alla condanna della prima, segue quasi inevitabilmente la condanna del secondo<sup>8</sup>.

In tale contesto si affacciano sulla scena questioni anche complesse, molte delle quali inerenti al *se* e al *come* valorizzare, non solo gli strumenti che lo stesso d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 direttamente offre, quali quelli di carattere riparatorio, risarcitorio e riorganizzativo (artt. 12, 17, 49 e 78), ma anche altri, nati e sviluppatisi avendo precipuamente a riferimento la persona fisica.

Tra questi ultimi campeggia attualmente la misura premiale della messa alla prova. Essa trae spunto dall'esperienza del *probation* dei Paesi di *Common law*<sup>9</sup>, ove il suo affermarsi nella prassi ha segnato l'evoluzione dei diversi modelli di giustizia penale che si sono succeduti nel tempo. La misura conosce li

---

tate, in *Resp. amm. soc. enti*, 2018, IV, 115. Vd anche DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano, 2008, 208; PASCARELLI, *Art. 8. Autonomia della responsabilità dell'ente*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Cadoppi, Veneziani, Garuti, 2010, 147. Vd. anche, RUGGIERO, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi*, Torino, 2018, 171. Per una disamina sulla giurisprudenza in tema di autonomia della responsabilità dell'ente, Cass., Sez. IV, 10 novembre 2015, Bonomelli, in *Cass. Pen.*, 2017, 591 ss. In argomento, anche Procura della repubblica presso il tribunale di Milano, *Bilancio di responsabilità sociale 2017*, 86; *Bilancio di responsabilità sociale 2016*, 37; *Bilancio di responsabilità sociale 2013/2014*, 41; *Bilancio di responsabilità sociale 2012/2013*, 31, in [www.procura.milano.giustizia.it](http://www.procura.milano.giustizia.it).

<sup>8</sup> In termini di vero e proprio bilancio fallimentare si esprimono, FIDELBO, RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4, 2016, 6. Sul punto anche D'ARCANGELO, *I canoni di accertamento della idoneità del Modello Organizzativo nella giurisprudenza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, II, 135; IRRERA, *Assetti adeguati e modelli organizzativi: nella corporate governance delle società di capitali*, Bologna, 76; MONTALENTI, *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*, in *Analisi giur. econ.*, 2009, 391. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum, Campobasso*, a cura di Abbadessa, Portale, Torino, 2006, 493; SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, 162; *contra*, v. BARTOLOMUCCI, *Amministratore diligente e facoltativa adozione del compliance program ex d. lgs. n. 231/2001 da parte dell'ente collettivo*, in *LeSoc.*, 2018, 1511.

<sup>9</sup> ORTU, *La messa alla prova: sue applicazioni nel tribunale di Firenze*, 2011, [www.adir.unifi.it](http://www.adir.unifi.it). Come osservato dall'Autore, l'istituto della messa alla prova nasce dall'esperienza applicativa anglo-sassone. Indicato con il *nomen* del *probation*, viene fatto risalire al 1841, quando durante un processo a carico di un mendicante (dunque un adulto), dinanzi ad una Corte di Boston, un facoltoso calzolaio dichiarò al giudice la propria disponibilità ad offrire all'imputato un lavoro ed un sostegno, in cambio della sospensione della condanna. L'Autore narra che il giudice accolse la proposta e sospese il processo con l'impegno dell'imputato ad ottemperare ai suoi nuovi doveri. La prova si concluse positivamente e all'imputato fu irrogata una multa molto lieve. Da questa esperienza prese avvio una giurisprudenza volta a valorizzare soluzioni conciliative rette da negozialità e informalità che di poi verranno concamate dal Massachusetts Probation act del 1878. Successivamente anche altri Stati della federazione, soprattutto in seguito all'istituzione del Tribunale per i minorenni di Chicago del 1899, introdussero l'istituto. Nel Regno Unito, il *probation* esiste dal 1907 ed è oggi disciplinato dal *Criminal Justice and Court Services Act* nel 2001.

la sua maggiore valorizzazione oggi nell'attuale 'vigenza' del cd. "modello riparativo", grazie alla sua capacità di bypassare l'inefficacia - e la dannosità - dell'esecuzione delle cd. "pene detentive brevi"<sup>10</sup>.

Proprio in quelle realtà ordinamentali - da cui il nostro legislatore ha tratto spunto anche per la definizione della *corporate criminal liability* - il meccanismo si è affermato senza alcun particolare travaglio in favore non solo delle persone fisiche, ma anche degli enti<sup>11</sup>.

Negli Stati Uniti l'istituto del *probation* per gli adulti viene reso oggetto di espresso intervento da parte del legislatore nel 1954, facendosi tesoro dell'esperienza della c.d. *juvenile probation*. In Italia esso segue in qualche modo lo stesso corso, sia pure con quasi settanta anni di ritardo<sup>12</sup>. La messa alla prova, dapprima inserita nel processo minorile<sup>13</sup>, è stata di poi anche qui

<sup>10</sup> Volendo tratteggiare il contesto politico criminale che ha fatto da sfondo all'esperienza del *probation* negli Stati Uniti, può dirsi che, da quando esso ha fatto lì la sua prima comparsa agli esordi del secondo scorso fino agli anni settanta, il modello riabilitativo ha costituito il paradigma di riferimento di quel sistema penale, puntando al recupero personale e alla risocializzazione del condannato. Quando di lì a breve il modello retributivo si sarebbe invalso, esso avrebbe favorito anche una drastica riduzione dell'impiego del *probation*. Tale modello traeva spunto da una più generale revisione della filosofia assistenzialistica che soprattutto in quegli ultimi decenni aveva ispirato la gestione dell'amministrazione della giustizia. Tale modello risulterà infatti maggiormente incentrato su elementi quali il grado di colpevolezza e il danno. Nell'attuale momento storico vige il cd. "modello riparativo". Anche in ottica deflattiva, esso è volto a ricondurre il danno subito dalla vittima e la persona danneggiata dal reato maggiormente al centro del sistema. La collettività, ove appunto una vittima sia identificabile, rimane sullo sfondo, favorendo così meccanismi di composizione del conflitto ove l'autore del fatto assume prima di tutto il ruolo dell'obbligato al rispristino verso la persona offesa. In argomento, DOLCINI, *Pena, controllo sociale e modernità* in *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland. Atti del convegno in onore di David Garland*, Milano, 2005; SIMON, *Il Governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, 2008, 27.

<sup>11</sup> Nello sviluppo storico della applicazione agli enti dei *pre-trial diversion agreements*, difetta, nell'ordinamento statunitense, alcuna definizione normativa dell'istituto. Intervengono a tracciarne la disciplina la prassi e le linee guida del *Department of Justice*. Uno dei primi *cases* di *diversion* applicata all'ente è costituito dal *Non-Prosecution Agreement* (in seguito, anche solo "NPA") stipulato nel 1992 fra il *Department of Justice* e la banca *Salomon Brothers V. Department of Justice, Press Release: Department of Justice and SEC Enter \$290 Million Settlement With Salomon Brothers in Treasury Securities Case*, 20 maggio 1992, [www.justice.gov/archive/atr/public/press\\_releases/1992/211182.pdf](http://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1992/211182.pdf). Anche ODED, *Deferred Prosecution Agreements: Prosecutorial Balance in Times of Economic Meltdown*, in *Law Journal for Social Justice*, Vol. 2, 2011, 71. Nel 2013 è stato approvato nel Regno Unito il *Crime and Courts Act*. Esso reca, tra l'altro, la disciplina dei *Deferred Prosecution Agreements* applicabili agli enti collettivi.

<sup>12</sup> Quanto alla sede della cognizione, il *probation system* ha invero fatto una sua prima pallida comparsa in Italia in occasione della novella sul giudice di pace. Con l'art. 54 del d.lgs. 28 agosto 200, n. 274 è stata prevista, infatti, la possibilità di prestare una attività non retribuita in favore della collettività, da svolgersi presso lo Stato, le Regioni, le Province i Comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato, in sostituzione della pena comminata.

<sup>13</sup> D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, in *G.U.*, 24 ottobre 1988, n. 250, Serie gen., Suppl. ord., n. 92. In dottrina, al riguardo, CESARI, *Commento all'art. 28*, in *Il processo penale minorile. Commento al*

estesa agli adulti<sup>14</sup>, al fine di dotare il sistema penale di una gamma più variegata di strumenti di intervento.

Il *probation* attiene ad un ambito di illeciti connotati da occasionalità e da disvalore gradato e, secondo quanto indicato nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec (2010)1, «décrit l'exécution en milieu ouvert de sanctions et mesures définies par la loi et prononcées à l'encontre d'un auteur d'infraction. Elle consiste en toute une série d'activités et d'interventions, qui impliquent suivi, conseil et assistance dans le but de réintégrer socialement l'auteur d'infraction dans la société et de contribuer à la sécurité collective»<sup>15</sup>.

Con la l. 28 aprile 2014, n. 67 prende così avvio, anche in Italia, la *restorative justice*<sup>16</sup>, attraverso la valorizzazione di attività riparative e di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato. Nonostante la speciale attenzione alla mediazione con la persona offesa, il "probation system" non scivola su pericolosi crinali vittimologici, in quanto trova un suo solido equilibrio attraverso l'effetto della estinzione del reato<sup>17</sup>.

Il legislatore nazionale non si è occupato di estendere espressamente detto meccanismo all'ente. Se, pertanto, può dirsi ormai favorevolmente risolta la questione della applicabilità alla persona giuridica di altri strumenti processuali non nati per essa, quali quello del giudizio immediato e del direttissimo<sup>18</sup>,

---

*d.P.R. 448/1988*, a cura di Giostra, Milano 2016, 356; GATTI, MARUNGO, *Verso una maggiore tutela dei diritti delle vittime: la giustizia ristorativa al vaglio della ricerca empirica*, in *Rass. it. crim.*, 1992, 487; BANDINI, GATTI, MARUNGO, VERDE, *Criminologia*, Milano, 1991, 729; DI GENNARO, *Aspetti teorici e pratici del probation*, in *Quaderni crim. clin.*, 1970, 323.

<sup>14</sup> L. 28 aprile 2014, n. 67, in *G.U.*, 2 maggio 2014, Serie gen. n. 100. In argomento, CIARPI, TURRINI VITA, *Le trasformazioni del probation in Europa*, Roma, 2015, 83 ss.; DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 502 ss; FUSI, *Manuale dell' esecuzione penale*, Milano, 2013, 337 ss; GALATI, RANDAZZO, *La messa alla prova nel processo penale*, Milano, 2015.

<sup>15</sup> Raccomandazione R(2010)1 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulle Regole del Consiglio d'Europa in materia di probation, [www.rassegnapenitenziaria.it](http://www.rassegnapenitenziaria.it).

<sup>16</sup> Ministero della giustizia, *Percorsi chiari e precisi: un tuo diritto*, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>17</sup> Nel sito del Ministero di giustizia si legge che «il lavoro di pubblica utilità si può svolgere per un minimo di 10 giorni, anche non continuativi e non può superare le otto ore giornaliere. Le mansioni alle quali gli imputati che prestano lavoro di pubblica utilità possono essere adibiti, ex art.2, c.4 del d.m. 88/2015, afferiscono alle seguenti tipologie di attività: sociali e socio-sanitarie (alcol e tossicodipendenti, anziani, diversamente abili, stranieri, malati, minori); protezione civile (soccorso alla popolazione anche in caso di calamità); patrimonio ambientale (fruibilità e tutela) (prevenzione incendi, salvaguardia patrimonio boschivo e forestale, demanio marittimo, protezione flora e fauna con riguardo alle aree protette, attività connesse al randagismo animali); patrimonio culturale e archivistico (fruibilità e tutela) (inclusa la custodia di biblioteche, musei, gallerie, pinacoteche); immobili e servizi pubblici (Manutenzione e fruizione) (ospedali, case di cura, beni demaniali e patrimonio pubblico, giardini, ville e parchi - con esclusione di quelli delle forze armate e di polizia)».

<sup>18</sup> Al contrario di quanto avviene invece per quelli dell'abbreviato, dell'applicazione della pena su richiesta e del procedimento per decreto (artt. 62, 63 e 64, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231). In tema, BASSI, *Il*

rimane ancora da sciogliere l'interrogativo sul *se - de iure condito* - sia già operativa per l'ente anche tale nuova opzione premiale<sup>19</sup>.

## 2 - *La pars destruens nella pena 'continentale': un vulnus anche per la compliance dell'ente*

La questione della ammissibilità della messa alla prova in favore dell'ente impone una breve preliminare riflessione sul funzionamento del nostro tradizionale corredo sanzionatorio, riguardo a quella zona che attiene, appunto, a fatti dotati di minore disvalore<sup>20</sup>.

In sede cognitiva, il meccanismo della sospensione condizionale della pena e, in sede esecutiva, le cd. "misure alternative alla detenzione", hanno certamente favorito una valorizzazione della *pars construens* del percorso di risocializzazione del reo. Tali misure rimanendo però confinate nell'alveo della mera disattivazione degli effetti afflittivi della sanzione penale tradizionalmente intesa, hanno finito per svolgere una riduttiva funzione "on-off" su di essa, recando con ciò l'*handicap* dell'essere socialmente identificate quali antagoniste al valore della certezza della pena<sup>21</sup>.

---

*procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, in Bassi - Epi-  
dendio, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 684;  
MILANESI, *Giudizio immediato, processo all'ente e interrogatorio del legale rappresentante*, *Dir.  
pen. cont.*, 2018, n. 6; TIRELLI, *I procedimenti speciali*, in *Responsabilità degli enti per illeciti ammini-  
strativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, 346.

<sup>19</sup> Sul punto, FIDELBO - RUGGERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile  
itinerario*, cit., 13. Anche, in argomento, BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo  
231"*, Torino, 2018, 121 ss.; CENTORAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto al  
probation dell'imputato persona giuridica*, in *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento  
della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di Lupária, Marafioti-  
Paolozzi, Torino, 2018, 199 ss.; GARUTI, *La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del  
sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto processuale penale*, in *La responsabilità dell'ente da reato  
nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamerica-  
ni. In memoria di Giuliano Vassalli*, a cura di Fiorella, Gaito, Valenzano, Roma, 2018, 432 ss.; RUG-  
GIERO, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro  
gli enti*, cit., 171 ss.

<sup>20</sup> FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,  
1993, 569. STILE, *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio. Aspetti  
problematici*, in AA.VV., *Studi in onore di Vassalli*, I, Milano, 1991, 287. Sulle origini della pena de-  
tentiva, in particolare, DEL RE, *Il rapporto padrone-schiavo e l'origine del diritto penale pubblico*,  
in *Ind. pen.*, 1978, 205; FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Milano, 1976.

<sup>21</sup> Secondo quanto osservato in dottrina la messa alla prova invece non è concepita «tanto nella prospet-  
tiva di conseguire meri effetti di deflazione processuale, quanto piuttosto per consentire una politica

Nell'attuale contesto, le dinamiche riparatorie stanno conoscendo un momento di particolare valorizzazione. Esse sono state dotate della capacità di condizionare le anzidette 'alternative' alla punizione<sup>22</sup> oltrechè di rendere accessibile la via della estinzione del reato<sup>23</sup>. Sia pure con la veste del 'meccanismo eccezionale' esse si stanno invalidando dimostrando una spiccata efficacia ed efficienza. Anche perché, con riferimento ai fatti dotati di disvalore minore, l'esperienza maturata sino ad oggi nell'applicazione dei canoni tradizionalmente afflittivi certifica la fatuità di una pretesa di risocializzazione che faccia affidamento sulla loro chiara natura deprivativa. Per le persone fisiche, la negazione della libertà personale, come anche la *deminutio patrimonii* recata dalla pena pecuniaria e, a loro modo, tutte le pene interdittive tradizionalmente intese, hanno mostrato di favorire, piuttosto che la risocializzazione, vere e proprie perdite di *chance*, se non anche la segregazione, attraverso l'induzione di una "convalescenza sociale" dagli effetti sempre tendenzialmente demolitivi<sup>24</sup>.

---

penale differenziata ed articolata nella determinazione della sanzione giusta per il caso concreto». A tale riguardo si pone proprio riferimento all'insuccesso politico criminale della sospensione condizionale «che, nella quotidianità giudiziaria, continua ad essere amministrata con poco costruito». In questi termini, MARTINI, *Cronaca di un successo annunciato*, in *Leg. pen.*, 2014, 489 ss. Su questo indirizzo, anche CESARI, *La sospensione della messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, in *Leg. pen.*, 2014, 513.

<sup>22</sup> In tal senso, sul piano del diritto positivo, il riferimento, oltre all'attenuante del risarcimento del danno di cui all'art. 62 n. 6 c.p., è chiaramente al testo dell'art. 165 c.p. come riformulato dalla l. 11 giugno 2004, n. 145, recante «Modifiche al codice penale e alle relative disposizioni di coordinamento e transitorie in materia di sospensione condizionale della pena e di termini per la riabilitazione del condannato», in *G.U.*, 12 giugno 2004, n. 136. Sulla capacità di questo strumento di in linea con i ritmi degli operatori economici, *ex multis*, Cass., Sez. VI, 31 gennaio 2000, Alberti, con nota di Di Tullio D'Elisiis, [www.diritto.it](http://www.diritto.it), secondo cui: «In tema di sospensione condizionale della pena subordinata al risarcimento del danno, risolvendosi il mancato pagamento cui è subordinato il beneficio in una causa di revoca dello stesso, come testualmente si ricava dall'art. 168 comma 1 n. 1, ultimo inciso, c.p., la verifica della concreta possibilità del condannato di fare fronte a tale onere trova la sua realizzazione indefettibile in sede esecutiva, spettando appunto al giudice della esecuzione stabilire se, nel momento in cui tale onere deve essere effettivamente adempiuto, esso possa essere soddisfatto».

<sup>23</sup> Ciò accade, ad esempio, nell'ambito del diritto penale tributario, ove, ai sensi dell'art. 13, come rimodellato dall'art. 11, comma 1, d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158 e dal d.l. 26 ottobre 2019, 124, convertito, con modificazioni, dalla l. 19 dicembre 2019, n. 157, sono previste cause di non punibilità ove ricorra il pagamento del debito tributario prima dell'apertura del dibattimento, relativamente ai reati di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 10 *bis*, 10 *ter* e 10 *quater*, comma 1.

<sup>24</sup> In argomento, ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di Romano, Stella, Milano, 1980, 33; PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981.; PADOVANI, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni tra storia e politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci, Dolcini, Milano, 1985, 421; MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 168.

Quanto premesso vale, *mutatis mutandis*, anche per l'ente, ove, al di là della graduazione 'scandita su carta' riguardo alle singole sanzioni, ne assumono particolare importanza gli effetti collaterali. Tra tali effetti primeggia certamente quello del danno reputazionale. L'esito del processo, anche ove fausto, interviene quasi sempre in un tempo troppo lontano, quando Google - nuovo ed implacabile 'casellario giudiziale' globale - avrà già impresso il suo stigma<sup>25</sup>.

In un contesto quale il presente, focalizzato su quel *target* che va sotto l'oramai abusato nome della "resilienza", l'esperienza applicativa offre solo tre *cases law* sul tema dell'applicabilità del *probation* all'ente e le soluzioni in essi tracciate risultano non solo di segno discorde, ma appaiono anche articolate secondo itinerari argomentativi assai diversi e distonici tra loro.

### 3 - La negazione della messa alla prova attraverso l'evocazione di 'parametri punitivi'

Il primo caso giudiziario sull'applicazione del *probation* all'ente è stato trattato dal Tribunale di Milano<sup>26</sup>. Nell'occasione è stato negato l'accesso alla procedura premiale, in ragione dell'argomento secondo cui nessuna delle previsioni di cui agli artt. 168 bis c.p., 464 bis c.p.p., come anche alcuna disposizione rinvenibile nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 avrebbe previsto un simile istituto in favore degli enti.

Per giungere a tali conclusioni, il Tribunale evoca una recente decisione delle Sezioni Unite<sup>27</sup> nel cui contesto si è affermata la natura ibrida della messa alla prova, in ragione della compresenza in essa di profili di diritto processuale e di diritto sostanziale. Essa sarebbe infatti uno dei «procedimenti speciali alternativi al giudizio» e comporterebbe «una rinuncia statutale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita».

---

<sup>25</sup> Quest'ultima è notoriamente connessa alle risorse di cui l'ente può disporre. Dotare i propri dipendenti e operai dei presidi antinfortunistici, somministrare corsi di aggiornamento, utilizzare tecnologie che consentano il rispetto di standard sempre più stringenti, presuppone un potere di spesa. In un'economia sempre più connessa, la ottimizzazione delle risorse è indice di una competitività che è oggi combattuta anche nel segno della compatibilità ambientale. Fermare l'ente o anche solo rallentare la sua corsa, significa creare maggiori difficoltà per il sostenimento di tutti quei costi necessari appunto alla *compliance*.

<sup>26</sup> Tribunale di Milano, 27 marzo 2017, con nota di Marandola, *Responsabilità ex 231/2001: l'ente può accedere alla messa alla prova?*, in *Il quot. giur.*, 9 novembre 2020.

<sup>27</sup> SS.UU., 31 marzo 2016, n. 36272, [www.altalex.it](http://www.altalex.it).



Nonostante il Tribunale stesso osservi come il meccanismo sia connotato da scopi socialpreventivi in una fase anticipata in cui viene «infranta» la sequenza cognizione-esecuzione della pena, profili di diritto sostanziale evocherebbero i corollari del principio di legalità e con essi l'ostatività dei limiti espressi dall'art. 25, comma 2 Cost.<sup>28</sup>

In tale materia il potere di normazione, siccome riservato alla legge, sarebbe escluso dal novero delle fruibili opzioni ermeneutiche. Ed infatti, si afferma che mentre il principio della riserva di legge potrebbe «a certe precise e limitate condizioni, essere relativo quanto alla descrizione del precetto», esso avrebbe carattere assoluto «quanto all'individuazione della pena». Ne deriverebbe che la messa alla prova non potrebbe essere applicata ad una fattispecie, quale quella della 231, in quanto per essa, da intendersi a tutti gli effetti come «pena», sarebbe impedito il percorso della interpretazione analogica. «In caso contrario l'interprete della legge si trasformerebbe in legislatore con marcata incidenza negativa sia sul principio di certezza sia sulla stessa efficacia determinante delle disposizioni penali coinvolte in siffatta operazione interpretativa, diretta a correlare, con l'intervento del giudice il comportamento del soggetto attivo del reato ad una pena non costituente oggetto di specifica comminatoria legislativa (p. 2, che richiama SS.UU., 26 maggio 1984, n. 5655)».

In assenza di una norma di raccordo per gli enti, afferma ancora il tribunale, «l'istituto in esame, in ossequio al principio di riserva di legge, non risulta applicabile ai casi non espressamente previsti, e quindi alle società imputate ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001»<sup>29</sup>.

La decisione, evoca dunque espressamente il divieto di analogia riguardo alla sanzione<sup>30</sup> per radicare il suo *iter* argomentativo su una lettura della messa alla prova, quale «pena». Tale passaggio argomentativo viene impiegato ai fini dell'invocazione dei limiti espressi dalle garanzie di cui all'art. 25 comma 2 Cost. secondo cui, appunto, «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». Le garanzie

<sup>28</sup> La decisione evoca la recente giurisprudenza costituzionale, ponendo riferimento a Corte cost., n. 230 del 2012, in *G.U.*, 17 ottobre 2012, n. 41.

<sup>29</sup> In dottrina, tra i primi ad avversare tale indirizzo ermeneutico, RICCARDI, CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 10.

<sup>30</sup> In argomento, SS.UU., 26 maggio 1984, n. 5655, Sommella, in *Riv. pen.*, 1984, 2157, con nota di RICHELLO, *Ancora sull'assetto sanzionatorio dei reati di insubordinazione*, e *ivi*, 1985, 827, con nota di RIONATO, *Legalità della pena e «supplenza» del codice penale comune nell'ordinamento militare*.

espresse dal citato riferimento costituzionale negherebbero dunque accesso al *probation*, attraverso l'evocazione del principio di tassatività.

Il provvedimento indicato non si prende, però, alcun carico di svolgere una verifica sul se questa misura riveli una reale continuità con la pena tradizionalmente intesa. L'indagine sulla struttura e sulla funzione della messa alla prova merita dunque maggiore attenzione, proprio al fine di scongiurare una sua automatica - e acritica - perequazione alla sanzione penale tradizionalmente intesa.

#### 4 - *Criteri Engel tra punizione e riparazione*

La messa alla prova, proprio in ragione della sua derivazione dall'esperienza di *Common law*, mostra intanto una sua diversità che, come talvolta usa dirsi, si rivela "cromosomica" rispetto al complesso sanzionatorio 'continentale'. Le peculiarità di cui essa è connotata sia sul piano strutturale sia funzionale, risultano tangibili già sulla scorta delle modifiche che il legislatore nazionale per il suo varo ha dovuto adottare su comparti normativi nevralgici del nostro sistema di diritto sostanziale e processuale. Ed infatti, oltreché sul codice penale (artt. 168 *bis*, 168 *ter* e 168 *quater*), il legislatore è dovuto intervenire sul codice di procedura (art. 464 *bis* e ss.), sulle relative norme di attuazione, come anche sulla disciplina che regola la tenuta del casellario giudiziale. Questo quadro fornisce dunque già un importante indizio su quanto lo strumento del *probation* sia *altro*.

Ai fini della valorizzazione dello iato che intercorre tra di esso e i meccanismi punitivi tradizionali, giova altresì segnalare quanto questi ultimi non prendano su di sé alcun onere di riparazione. Essi non ristorano infatti la persona offesa o il danneggiato dal reato e, pure ove questi vi avvertano una qualche morale soddisfazione, tale effetto, oltre ad essere meramente eventuale ed affidato al loro foro interno, non ne costituisce l'obiettivo istituzionale.

Se il *probation* è invece fondato prima di tutto su una logica riparatoria, il definitivo tracciamento del suo DNA è però reso arduo in ragione anche della non ancora definitiva identificazione dei cardini sostanziali della sanzione punitiva. Le risposte promananti in particolare dall'esperienza EDU descrivono perimetri ancor oggi non compiutamente conchiusi. La Corte sovranazionale, dopo essersi lungamente dichiarata nel voler scongiurare il *bis in idem* punitivo tra sanzione penale e sanzione (formalmente) amministrativa, ha offerto,

nei suoi più recenti approdi, una vera e propria diversione metodologica. Attraverso una sostanziale reinterpretazione di sé è giunta ora ad affermare essere ammissibile, ad esempio, il concorrere di più sanzioni punitive, ogni qual volta, sulla scorta di un apprezzamento che rivela tutte le incertezze del giudizio di valore, l'applicazione della sola sanzione amministrativa non risulti soddisfattiva.

Al di là di questi profili di incertezza, una simile esperienza appare a ben vedere sufficiente ai fini della presente indagine, per negare la presenza di uno 'stigma punitivo' nel *probation*. I noti criteri *Engel*, cui la stessa indicata Corte ha continuato a fare ricorso, non hanno spazio di applicazione su tale meccanismo sanzionatorio, strutturato com'è su una definizione dei suoi contenuti, che è necessariamente postuma al fatto illecito. Volendo infatti cogliere i cardini lungo i quali i menzionati criteri sono stati concepiti e si sono sviluppati, risulta di palmare evidenza quanto essi, proprio per essere utilizzati quali parametro di riferimento ai fini della identificazione della natura della sanzione, debbano poter contare sulla qualificabilità e quantificabilità, già in via generale ed astratta, del peso di essa, secondo una predefinita forbice compresa tra un minimo e un massimo. E' sulla scorta della qualità e quantità della pena irrogabile che vengono infatti applicati i menzionati criteri e, dunque, viene definita la natura punitiva o meno della sanzione oggetto volta per volta di esame. Se ciò è vero, è anche vero che il *probation* è strumento incentrato su un profilo riparatorio-preventivo che risulta innanzitutto parametrato sull'entità dell'offesa arrecata. Dunque proprio l'identificazione postuma del relativo programma e, dunque, la sua tensione verso prima di tutto il riequilibrio, scongiura proprio in ragione dei menzionati criteri, una qualsiasi possibilità di concepire lo strumento in termini punitivi.

Non può inoltre sfuggire come, ancora alla luce della anzidetta esperienza comunitaria, mai l'affermazione della natura penale di una sanzione sia stata tratta per ridurre le garanzie o le tutele. Dal caso *Grande Stevens* come anche in altri, ove si è ritenuto di riconoscere la natura "penale" di una sanzione, la questione ha da sempre riguardato la limitazione della reazione ordinamentale in ragione di una sua possibile eccessiva severità<sup>31</sup>. L'indagine sul ricorrere

---

<sup>31</sup> MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, in *Quaderni dir. pen. comp., int. eur.*, a cura di Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, 38. Sulla estensione nell'ambito della "materia penale" e dello statuto penale convenzionale delle garanzie dettate dall'applicazione dei criteri *Engel*, MANCINI, *La "materia penale" negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo*, in *federalismi.it, Focus Human Rights*, 2018, 1. In argomento, anche: FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e*

o meno di crismi punitivi è sempre stato svolto ai fini di un vaglio sul pericolo, appunto, di duplicazione dei meccanismi sanzionatori che lo componevano<sup>32</sup>.

Ai presenti fini si deve, dunque, osservare come l'affermazione della natura asseritamente punitiva del *probation* sia stata tratta in ottica esattamente opposta. Attraverso di essa si afferma l'inapplicabilità dello strumento, evidentemente pretermettendo una circostanza decisiva qual è quella secondo cui la negazione del meccanismo va chiaramente posta in raffronto con la sanzione penale tradizionalmente intesa che potrebbe essere applicata. Proprio il raffronto con quest'ultima rivela tutti i suoi connotati di premialità e dunque l'incoerenza argomentativa di un percorso di analisi che, attraverso l'affermazione della portata punitiva del *probation*, ne esclude l'applicazione agli enti con ciò lasciando gli stessi quale possibile bersaglio di una sanzione certamente ben più afflittiva. Non v'è infatti chi non veda come, pur ove si volesse concludere per una natura punitiva della messa alla prova, non si dovrebbe comunque mancare di tenere nella debita considerazione il 'dato ponderale' di essa rispetto alla sanzione tradizionalmente intesa.

Un tale assetto rivela inoltre un chiaro profilo di disparità di trattamento, ancor più tangibile in quanto direttamente percepibile nel contesto di uno stesso processo: alla persona fisica viene accordato l'accesso al meccanismo premiale, nonostante possa esserle ascritto un reato anche doloso, mentre quello stesso accesso viene negato alla persona giuridica, cui può essere contestato un illecito di rango gradato imputabile solo *per colpa*.

##### 5 - *Standard probatori e regimi di imputazione del fatto per una finalità ripartorio-preventiva*

---

*ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Dir. pen. cont.* 2014; FLICK, NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?* in *Riv. soc.*, 2014, 5; VALVO, *Il ne bis in idem tra diritto interno e giurisprudenza europea*, in *Riv. oss. perm. Giur. trib.*, 2017, 1; V VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani. Riflessioni de lege lata e ferenda sull'impatto della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1.

<sup>32</sup> Su questo solco l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche nota come "Carta di Nizza", del 7 dicembre 2000, sancisce il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato: "Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge.

La messa alla prova rivela la sua distanza rispetto alla pena tradizionalmente intesa, in ragione soprattutto dello standard probatorio per essa richiesto.

La sanzione penale ‘continentale’ – proprio in ragione della sua connotazione afflittiva – si fonda inderogabilmente sul rispetto del principio di colpevolezza, come messo in luce nelle due storiche pronunce della Corte costituzionale dell’88<sup>33</sup>. Anche per questo ordine di ragioni, tale responsabilità dovrà essere conclamata da un accertamento secondo lo standard dell’“oltre ogni ragionevole dubbio”<sup>34</sup>, poichè vi è concordia oramai a tutti i livelli nell’osservare che punire senza certezza (sia pure umana) di responsabilità è chiaramente un non senso.

La rigorosità della prova richiesta ai fini dell’applicazione della sanzione penale tradizionalmente intesa, è evidentemente ben lontana rispetto a quanto richiesto per l’applicazione di altre sanzioni ordinamentali quali quelle orientate al riequilibrio, ove, appunto, ad una parte ‘che perde’ fa da contraltare una parte ‘reintegrata’. Non a caso nei fatti illeciti di rango privatistico, si prescindono anche dal dolo e dalla colpa, e dove dolo o colpa siano richiesti, essi vengono richiamati indifferentemente in ragione di una loro dichiarata fungibilità (art. 2043 c.c.). Sul piano della prova di responsabilità tutto questo si traduce in quello standard del “più probabile che non”, che è chiaramente ben lontano dalle vette del *B.A.R.D* (*Beyond any reasonable doubt*).

Tra questi due mondi, quello dell’afflizione e quello della riparazione, il percorso della messa alla prova si va ad interporre, recando una portata innovativa inusitata rispetto ai canoni continentali tradizionali. Il suo presupposto è nella contestazione di un reato e il suo ‘luogo’ è il processo penale. In questo contesto, secondo quanto disposto dall’art. 464 *bis* c.p.p., nei casi previsti dall’art. 168 *bis* c.p.p., l’imputato può formulare richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova e la richiesta può essere proposta, oralmente o per iscritto, in udienza preliminare, fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422 c.p.p. o fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado nel giudizio direttissimo e nel procedimento di citazione diretta a giudizio.

Il vaglio sulla detta istanza cade, secondo il disegno cui si è ispirato il legislatore, in un momento processuale nel quale il giudice ben poco conosce del

---

<sup>33</sup> Corte cost., n. 364 del 1988, in *G.U.*, 30 marzo 1988, n. 13 e n. 1085 del 1988, in *G.U.*, 21 dicembre 1988, n. 51.

<sup>34</sup> Inserito nell’art. 533 c.p.p. e nel nostro ordinamento con l’art. 5, l. 20 febbraio 2006, n. 46, in *G.U.*, 22 febbraio 2006 n. 40.

processo. Ciò dà il segno di quanto lo strumento sia stato concepito per funzionare a prescindere da un qualsivoglia standard di prova qualificato.

Nel chiaro intento di voler leggere la nuova disciplina con la ‘lente continentale’, la Consulta ha richiamato sul punto l’esperienza maturatasi in ambito di patteggiamento, per affermare la possibilità per il giudice di disporre degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero<sup>35</sup>. Dunque, così come il patteggiamento in passato è stato ‘salvato’ dalle medesime censure di incostituzionalità per contrasto con la presunzione di non colpevolezza, anche la messa alla prova reggerebbe sul piano della costituzionalità grazie a questo *escamotage* procedurale. La mera disponibilità del fascicolo del PM supplirebbe alla mancanza di un formale accertamento di responsabilità e di una pronuncia di condanna.

Nonostante simili *excamotage*, la messa alla prova segna una distanza profonda rispetto al sistema punitivo continentale. Tale circostanza risulta di palmarie evidenza se si considera che, mentre il patteggiamento (fuori dalla riduzione della pena e dai benefici riabilitativi espressi dall’art. 445 c.p.p., in caso di sospensione condizionale della pena), comporta sempre una sanzione ordinaria incentrata su una dinamica punitiva<sup>36</sup>, nel *probation* il trattamento è chiaramente *altro*, segnatamente sotto il profilo qualitativo.

<sup>35</sup> Corte cost., n. 91 del 2018, in *G.U.*, 2 maggio 2018 n. 18. In dottrina in argomento, BONINI, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu). Come segnalato dalla indicata dottrina, attraverso l’*analogia legis* di quanto statuito dall’art. 135 delle norme di attuazione del codice di rito la Consulta individua l’interpretazione “costituzionalmente orientata”. Si osserva sul punto che la questione era stata sollevata per contrasto con gli artt. 3, 111 comma 6, 25 co. 2 e 27 co. 2 Cost. di quanto previsto nell’art. 464-*quater* co. 1 c.p.p. “nella parte in cui non prevede che il giudice del dibattimento, ai fini della cognizione occorrente ad ogni decisione di merito da assumere nel [procedimento speciale di messa alla prova], proceda alla acquisizione e valutazione degli atti delle indagini preliminari restituendoli per l’ulteriore corso in caso di pronuncia negativa sulla concessione o sull’esito della messa alla prova”. La Consulta ha richiamato il suo primo *decisum*, con cui nel 1990 (con la sentenza n. 313) arginò gli effetti della negoziabilità, inserendo un momento di controllo del giudice sia sulla colpevolezza sia sulla congruità della pena concordata attraverso il riferimento all’art. 129 c.p.p.. In dottrina su quel *decisum*, DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale? Note a margine dell’art. 444 Cpp*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, 797 ss.; FIANDACA, *Pena patteggiata e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, I, 2386; LOZZI, *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1600. Per la dottrina attuale, CORTESE, *Il probation giudiziale: la sospensione del processo con messa alla prova*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, a cura di Spangher, Torino, 2015, 446.

<sup>36</sup> Come è stato indicato in dottrina, sotto il profilo della valutazione sul *quantum* di pena, il vaglio di congruità si sostanzia, in realtà, in una verifica sulla non incongruità della sanzione concordata tra le parti, atteso che la pena congrua, per definizione, è quella commisurata ai sensi dell’art. 133 c.p.p. e, dunque, una volta effettuata tale operazione, la pena congrua sulla quale si applichi la diminuzione di un terzo per il rito potrà essere al più “non incongrua”. Sulle peculiarità del vaglio di congruità in seno alla

Secondo quanto è stato osservato, nella messa alla prova «l'insufficienza o contraddittorietà probatoria non inibisce il passaggio al rito speciale, proprio perché non si fa applicazione di una sanzione penale, ma si dà seguito ad un trattamento concertato con l'imputato e sostenuto dall'adesione di questo lungo tutto il percorso di prova»<sup>37</sup>.

Pur con i menzionati 'correttivi' resi dalla Corte costituzionale, nel *probation* il giudicante ha un dovere di verifica che si limita alla non evidenza di motivi di proscioglimento immediato<sup>38</sup>. Quando perciò tali motivi non ricorrano, e non vi sia dunque luogo per un proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p., si accede alla prova con un metro di giudizio che risulta evidentemente molto più vicino al civilistico "più probabile che non" piuttosto che all'"oltre ogni ragionevole dubbio". La finalità di riequilibrio di cui pure la messa alla prova evidentemente partecipa, abilita anche in questo caso ad un accertamento connotato da standard probatori gradati. Una volta infatti che i presupposti per un proscioglimento non ricorrano e l'avvio del percorso sia accordato, la procedura comporta una conversione della sanzione originariamente irrogabile: con l'avvio dell'esecuzione del programma, la prescrizione del reato viene sospesa e con essa lo è anche la prospettiva della afflizione.

Che i canoni per la qualificazione e quantificazione del programma medesimo siano connessi con una *ratio* riparatoria, ricorre ampia prova anche alla luce del nesso che intercorre tra offesa e programma<sup>39</sup>. Ve ne è plastico riscontro nel ruolo riconosciuto alla parte civile<sup>40</sup>. Da qui il segno e la conferma

---

procedura patteggiata, FIANDACA, *Pena patteggiata e principio rieducativo*, cit., 2393; più di recente v. SANNA, *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, Padova, 148 ss.

<sup>37</sup> BONINI, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, cit., 29

<sup>38</sup> Sul punto si deve concordare con quella dottrina, che espressamente ammette la riduzione dello standard di prova nei riti semplificati negoziali (patteggiamento e messa alla prova). In essi il richiamo all'art. 129 c.p.p. avrebbe il significato di "escludere la traduzione forte della garanzia costituzionale, espressa con la verifica della responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio". Ne deriverebbe che la portata della garanzia costituzionale sarebbe in essi circoscritta ad una mera verifica in ordine all'insussistenza di evidenti ragioni di proscioglimento. In questi termini BONINI, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, cit., 26.

<sup>39</sup> Cass. sez. V, 28 marzo 2017, Zlatkov, [www.francocrisafi.it](http://www.francocrisafi.it), secondo cui "il risarcimento della vittima sia presupposto imprescindibile di tale istituto, non in via alternativa ma congiunta rispetto alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato". In tal senso, anche, Cass., Sez. III, 2 marzo 2016, Venanzetti, in *C.E.D. Cass.* n. 266322, secondo cui "è legittimo il rigetto della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova contenente solo una generica dichiarazione dell'imputato di voler risarcire il danno, essendo egli tenuto a comprovare, con idonee allegazioni, il suo intento di porre in essere condotte riparative".

<sup>40</sup> E' di poi opportuno segnalare come l'art. 464 *quater*, comma 7, c.p.p. limiti grandemente per la parte civile le possibilità di ricorso in cassazione. In esso si stabilisce infatti: "Contro l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova possono ricorrere per cassazione l'imputato e il pubblico ministero, an-

delle peculiarità della messa alla prova e con esse di quanto l'offesa e la sua riparazione costituiscano i due principali cardini del percorso di ammissione oltretutto di qualificazione e quantificazione della misura.

6 - *Il principio di tassatività su un pre-trial diversion agreement. Le SS.UU. sull'applicazione analogica in bonam partem*

La messa alla prova segna una distanza rispetto alle sanzioni che fanno capo al nostro bagaglio culturale anche in ragione della centralità dei profili di negoziabilità che la caratterizzano. Essa riproduce nel nostro ordinamento i caratteri strutturali e funzionali dei meccanismi dei *pre-trial diversion agreements* di origine anglosassone, con la forza dirompente di una sorta di 'anti-materia' rispetto al nostro approccio canonico e tradizionale<sup>41</sup>. L'impatto è stato solo leggermente attutito dal nostro esserci già confrontati con uno strumento – pure di derivazione anglosassone – quale quello del patteggiamento. Esso è evidentemente ben più ridotto nei suoi profili di alterità per essere comunque ancorato ad un'idea di conservazione della qualità della sanzione penale irrogabile.

---

che su istanza della persona offesa. La persona offesa può impugnare autonomamente per omesso avviso dell'udienza o perché, pur essendo comparsa, non è stata sentita ai sensi del comma 1. L'impugnazione non sospende il procedimento". Dunque alla parte civile è riconosciuta una facoltà d'impugnazione autonoma che è modulata secondo le scadenze tipiche del rito camerale (artt. 127, comma 5 e 409, comma 6), e riguarda esclusivamente solo le nullità da omesso avviso di udienza e dall'omessa audizione della parte comparsa in udienza. Sul punto PICCIRILLO, SILVESTRI, *Relazione al massimario della Cassazione*, [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it). Gli Autori, più in generale, indicano per la ricorribilità per cassazione delle ordinanze "siano esse positive o negative", Cass., Sez. I, 20 novembre 1992, Muzio, in *C.E.D. Cass.* n. 193517; Cass., Sez. I, 9 novembre 1992, Mancini e altro, in *C.E.D. Cass.* n. 192579. Per l'indirizzo maggioritario di segno contrario che circoscrive la ricorribilità alle sole ordinanze ammissive della misura, reputando quelle reietive impugnabili solo congiuntamente alla sentenza che definisce il giudizio, si indica: Cass., Sez. IV, 18 giugno 2002, Tenerelli, in *C.E.D. Cass.* 225953; Cass., Sez. I, 24 aprile 1995, Zagarella, in *C.E.D. Cass.* 201298; Cass., Sez. I, 22 marzo 1995, Biasco, in *C.E.D. Cass.* 201137; Cass., Sez. I, 30 giugno 1992, Franzè, in *C.E.D. Cass.* 192165.

<sup>41</sup> ARLEN, KAHAN, *Corporate Governance Regulation through Nonprosecution*, in *The University of Chicago Law Review*, 2017, 325; D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Riv.* 231, 2018, 135; GREVI, *Rapporto introduttivo su "diversion" e "mediation"*, in *Rass. pen. crim.*, 1983, 1, 47. Come *diversion* si intende "ogni deviazione del processo penale, anteriore alla sentenza di condanna pronunciata da un tribunale, che sfocia nella partecipazione dell'indiziato a qualunque programma non penale.. [per] aiutarlo a risocializzarsi, o a risolvere il conflitto che lo ha condotto al reato"; MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Ind. pen.*, 2013, 742.



Sulla compatibilità della messa alla prova rispetto al nostro sistema è stata sollevata un questione di illegittimità in quanto lo strumento veniva denunciato di costituire una “pena senza condanna” come tale applicabile in violazione della presunzione di non colpevolezza. La Corte costituzionale ha rigettato la questione ricollegando la *ratio* degli anzidetti più gradati standard di prova al «carattere fondante del consenso dell'imputato nella struttura dell'istituto, desumendo da ciò una natura non *stricto sensu* penale del programma di trattamento»<sup>42</sup>. Secondo quanto nell'occasione osservato dalla Consulta la messa alla prova «non è [...] una sanzione penale, eseguibile coattivamente, ma dà luogo a un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente può farla cessare con l'unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso».

Il ruolo della libera scelta dell'interessato sia in fase di avvio della procedura sia in fase di sua esecuzione è infatti centrale. Non può sfuggire in tal senso come il sottoporsi al programma sia frutto di un atto negoziale in senso proprio. Non a caso, secondo l'art. 464 *quater* c.p.p., ove il giudice, all'atto della deliberazione sull'istanza, voglia apportare modifiche o integrazioni al programma, dovrà chiedere sempre il consenso dell'imputato. Parimenti, anche una volta avviata l'esecuzione del programma di prova, secondo quanto stabilito dall'art. 464 *quinquies* c.p.p. potrà modificare con ordinanza le prescrizioni originarie solo «sentiti l'imputato e il pubblico ministero». Infine, ove l'imputato non ritenga più di condurre a termine la prova, potrà rinunciarvi senza alcun pregiudizio. Il procedimento e il processo seguiranno il loro corso, proprio in quanto, come detto, il giudice non avrà pronunciato, attraverso l'accoglimento della relativa istanza, alcun giudizio di colpevolezza<sup>43</sup>.

Tale chiave di lettura si impone allorché si considera anche che, ove all'accoglimento dell'istanza non segua da parte dell'interessato l'esecuzione del programma, tale vaglio giudiziale non costituisce secondo il legislatore,

<sup>42</sup> In questi termini MUZZICA, *La consulta 'salva' la messa alla prova: l'onere di una interpretazione 'convenzionalmente' orientata per il giudice nazionale*, nota a Corte cost., n. 91 del 2018, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 6.

<sup>43</sup> Secondo BONINI, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, cit. 24, il meccanismo in analisi si presenta diverso da tutti gli altri in qualche modo ad esso *prima facie* perequabile. Il *probation* penitenziario ove non seguito implica la revoca dell'affidamento ex art. 47 co. 11 e conduce al ripristino delle modalità detentive di esecuzione della pena, nella messa alla prova «il percorso che non sia sfociato in un superamento della prova svela una insufficiente adesione alle logiche conciliative/riparative e le prescrizioni impartite nell'ambito di quello stesso trattamento recuperano un'anima retributiva e special-preventiva che avrebbero altrimenti perso: smarrita l'aspirazione riparativa, il trattamento finisce per assumere un valore squisitamente afflittivo che, pertanto, deve essere considerato in sede di computo della pena a cui dare esecuzione».

causa di incompatibilità del giudice rispetto alla celebrazione del processo. Stessa cosa è a dirsi ove da parte del giudice ricorra il mancato accoglimento dell'istanza medesima<sup>44</sup>.

Non può pertanto che concordarsi con chi ha osservato come con la messa alla prova venga «infranto il binomio classico processo di cognizione-esecuzione della pena»<sup>45</sup>. In essa la finalità di deflazione e di economia processuale costituisce un aspetto importante, ma non principale. La logica riparatrice prende la scena consentendo, attraverso la valorizzazione della programmazione della condotta *post factum* dell'imputato, una sostanziale rinuncia all'accertamento e, con esso, alla risposta sanzionatoria.

Secondo quanto è stato osservato, se nel patteggiamento il processo si fa superfluo in ragione dell'elemento negoziale per applicare in definitiva sempre una pena classicamente intesa, nella messa alla prova sia il processo che la

---

La questione, limitatamente al rigetto dell'istanza, sarà presto decisa dalla Consulta. Con ordinanza 7 gennaio 2020 il Tribunale di Spoleto ha sollevato la questione di incostituzionalità dell'art. 34, comma 2, c.p.p. nella parte in cui non prevede la causa incompatibilità del giudice a celebrare il dibattimento ove abbia respinto la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, in *G.U.*, Serie Spec., 19 agosto 2020, n. 34. In dottrina, sul punto, ANDÒ, *La futura Corte Costituzionale sulla incompatibilità del giudice determinata dal rigetto della richiesta di messa alla prova: le questioni aperte e quelle (apparentemente) risolte*, in *Giur. pen.*, 2020, 4. La questione era già stata portata alla cognizione della Consulta la quale, con ordinanza n. 19 del 2017, ne aveva dichiarato la manifesta inammissibilità della questione sull'art. 34, comma II, c.p.p. «nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice del dibattimento, o del giudizio abbreviato, del giudice che abbia respinto la richiesta dell'imputato di sospensione del procedimento con messa alla prova sulla base dei parametri di cui all'art. 133 del codice penale». Il rigetto era stato però determinato da che il giudice a quo aveva ommesso di motivare la propria ordinanza, limitandosi a richiamare genericamente e *per relationem* l'eccezione sollevata dalla difesa. Simili pronunce rievocano quanto avvenuto in ambito di applicazione della pena su richiesta delle parti. La Corte costituzionale ha infatti dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 34, comma 2, c.p.p. Dapprima, con sentenza 25 marzo 1992, n. 124, perchè non prevedeva l'incompatibilità a partecipare all'udienza dibattimentale del giudice delle indagini preliminari presso la allora ancora esistente pretura che avesse respinto la richiesta di applicazione pena concordata per la ritenuta non concedibilità di circostanze attenuanti e, di poi, con sentenza del 22 aprile 1992, n. 186, perchè non prevedeva l'incompatibilità a partecipare al giudizio per il giudice per le indagini preliminari che abbia rigettato l'applicazione della pena ex art. 444 c.p.p.. La Corte di cassazione (Cass., Sez. IV, 31 gennaio 2013, Pacitto, in *C.E.D. Cass.* 255926) ha successivamente affermato che il rigetto della richiesta di "patteggiamento" in applicazione di una norma di rango processuale ed in assenza di valutazioni sul merito dell'imputazione, non comporta l'incompatibilità del giudice rispetto a una nuova richiesta di "patteggiamento". La Suprema Corte dando rilievo al profilo dell'effettivo ricorrere di una valutazione sul merito ha escluso che fosse nullo o abnorme il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che, in un procedimento per guida in stato di ebbrezza, dopo aver rigettato una prima richiesta di patteggiamento ravvisando l'erronea qualificazione giuridica del fatto, aveva successivamente accolto una nuova richiesta di patteggiamento.

<sup>45</sup> BOVE, *La messa alla prova*, Pisa, 2017, 12; CONTI, *La messa alla prova tra le due Corti, aporie o nuovi paradigmi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 678. In linea con questo indirizzo, nella giurisprudenza, SS.UU. 1 settembre 2016, in *C.E.D. Cass.* n. 267238.

sanzione si fanno superflui, «in ragione della soddisfazione ottenuta attraverso le condotte fattive a contenuto riparativo/conciliativo»<sup>46</sup>.

Sotto il profilo degli effetti che il buon esito della prova è in grado di generare, giova osservare come, per quanto si sia parlato a tale riguardo di “cripto-condanna”<sup>47</sup>, invero, non di condanna si tratti. Non può dimenticarsi che il fausto esito della prova estingue il reato. Un tale effetto non è rinvenibile nel contesto della esecuzione della pena. Essa, ove espiata, è ben lungi dal costituire causa di estinzione dell’illecito. E’ semmai la sua sospensione, unita al decorso del termine sancito *ex lege*, a condurre all’estinzione del reato, ma mai la sua esecuzione.

Inoltre, più in generale, la pena può costituire il presupposto per la profilazione di una personalità recidiva o dedita, anche abitualmente, a delinquere. Ciò non può accadere con la messa alla prova che si concluda positivamente in favore dell’onerato, proprio in ragione del menzionato mancato accertamento della responsabilità<sup>48</sup>.

Da quanto premesso l’evidenza per cui, se è vero che non ogni sanzione è punizione, è altrettanto incontestabile che la messa alla prova è certamente nel *genus* delle sanzioni ma è un *quid aliud* rispetto alla pena<sup>49</sup>. La messa alla prova realizza una vera e propria metamorfosi della sanzione penale ordinaria che si manifesta già *in itinere*, in fase di esecuzione del ‘programma probatorio’. Tale *mutatio* si conclama di poi in sede di fausta conclusione della prova. Sotto il profilo della programmazione e messa in esecuzione del percorso riparatorio, la messa alla prova realizza dunque un trapasso dalla pena tradizionalmente intesa, verso un onere che viene identificato *banco iudicis*, secondo canoni nuovi che chiaramente non rispondono più ai criteri dell’afflizione.

<sup>46</sup> In questi termini, BONINI, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, cit. 5.

<sup>47</sup> FIDELBO, RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, cit., 6.

<sup>48</sup> A tale riguardo bisogna dare conto del fatto che la sentenza di estinzione del reato per esito positivo della messa alla prova è, invece, sempre stata ritenuta equiparabile ad una sentenza di condanna. V. Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, Cantore. Si tratta di una ‘deriva’ ermeneutica che evidentemente contrasta con l’idea di fondo per cui la messa alla prova è priva di qualsivoglia accertamento. Essa non è nemmeno una ‘accettazione della pena’ come avviene nel patteggiamento, in quanto la “messa alla prova” non è pena.

<sup>49</sup> Sul punto, UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *questa Rivista*, 2015, 728. L’Autore osserva come la messa alla prova non vada assimilata a un provvedimento sanzionatorio, sia per il rilievo accordato al ruolo della vittima e alle attività specificamente risocializzanti sia “per il dover essere anticipatamente e dettagliatamente condiviso dal richiedente”.

Attraverso la messa alla prova il reato come fatto genetico di responsabilità penale cade in sospensione e con l'esecuzione del programma di prova degrada a fatto illecito privo di penale rilevanza.

L'esperienza conferma questa *mutatio sanguinis* della sanzione, che fa della messa alla prova uno strumento nuovo per il 'diritto continentale', incentrato molto più sulla concreta definizione dell'entità e della qualità dell'offesa, piuttosto che sul grado della colpa o sull'intensità del dolo. In tale contesto, il giudice tiene quale riferimento principe le possibilità di riparazione e, assieme ad esse, le effettive *chance* di prevenzione di danni futuri della stessa specie, in una negozialità che evidentemente abbraccia l'intero *iter* procedurale dal suo inizio al suo esito.

Sulla scorta di quanto sin qui osservato, risulta evidente come la misura in esame non possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 25, comma 2, Cost.. La misura in esame non necessita di una simile garanzia costituzionale, sia in quanto non ha natura punitiva sia in quanto ad essa il giudice può accedere appunto solo a fronte di espressa richiesta dell'interessato. Quella già segnalata facoltà dell'onerato oltretutto di liberamente richiedere l'accesso a tale percorso anche di non giungere alla sua conclusione, rende il senso di quanto la garanzia costituzionale anzidetta sia evocata impropriamente. Quest'ultima svolge un ruolo essenziale rispetto ad un potere punitivo che venga esercitato ben *a prescindere* dal volere dell'accusato. Per questa ragione, detto ordinario potere viene incanalato su rigidi binari, in modo che sia garantita, attraverso la determinatezza e la tassatività, la non arbitrarietà nel suo esercizio.

Sul punto risulta dunque illuminante richiamare anche quanto recentemente rassegnato dalle SS.UU. in tema di possibile applicazione analogica dell'art. 384 c.p.<sup>50</sup>. In particolare risulta decisivo, anche ai presenti fini, il passaggio motivazionale, presente nella indicata decisione, secondo cui «a seguito di lungo dibattito oggi può dirsi superata l'opinione che attribuisce al divieto di analogia un carattere assoluto, nel senso che sia rivolto tanto alle norme penali incriminatrici, quanto alle norme "di favore", funzionale ad assicurare la certezza del comando penale; infatti, il divieto di analogia è finalizzato ad assicurare, più che la certezza, l'esigenza di garantire le libertà del cittadino, libertà che vengono messe in pericolo se si riconosce al giudice il potere di applicare analogicamente - in senso sfavorevole - norme incriminatrici, mentre un tale pericolo non ricorre in presenza di un'applicazione di norme di favore. Il

---

<sup>50</sup> SS.UU., 26 novembre 2020, n. 18, Fiavola, in *Sist. pen.*, 2021.

divieto di analogia in materia penale ricondotto all'art. 25 Cost., del quale si sottolinea, appunto, la dimensione garantistica, non si riferisce all'intera materia penale, ma si rivolge alle sole disposizioni punitive: in sostanza, si esclude che vi siano impedimenti di carattere costituzionale che consentano operazioni di interpretazione analogica che operino nel senso di un restringimento dei confini di ciò che è penalmente rilevante, ammettendo l'esperibilità di un intervento analogico *in bonam partem*. In sostanza, l'articolo 25, comma 2, Cost. proibisce solo l'analogia *in malam partem*. Si tratta di posizioni condivise dalla giurisprudenza di legittimità che considera l'interpretazione analogica *in bonam partem* pacificamente ammessa nel campo penale (tra le tante, Sez. 5, n. 10054 del 22/05/1980, Taormina, rv. 146121)».

Sulla scorta di quanto appena osservato risulta evidente quanto, negare il percorso della messa alla prova attraverso il citato riferimento costituzionale, conduca ad uno stravolgimento del senso e della funzione di quest'ultimo. La garanzia costituzionale finisce per tal via per essere invocata addirittura in danno del garantito medesimo, attraverso un percorso ermeneutico che giunge a farle svolgere un compito che non solo non le è proprio, ma è anche in contraddizione con la sua stessa *ratio*.

Non può inoltre sfuggire quanto la messa alla prova costituisca misura la cui intrinseca natura si rivela ontologicamente incompatibile proprio con il citato parametro costituzionale.

Il *probation* è infatti *altro* rispetto alla pena in ragione della sua intrinseca duttilità e della sua necessità di conformarsi volta per volta in maniera diversa ed imprevedibile rispetto al caso concreto. Il programma, come percorso riparatorio ed estintivo del reato viene strutturato e disegnato necessariamente *ex post*. Lo strumento si inverte volta per volta attraverso modalità che vengono stabilite in via postuma e, potrebbe dirsi, *custom*, per rispondere alle concrete e sempre diverse esigenze di riparazione che il singolo caso concreto pone<sup>51</sup>.

Ai fini dell'impercorribilità della via indicata dal Tribunale di Milano cospira dunque anche la – a questo punto agile – deduzione secondo cui, se la misura fosse effettivamente punitiva, ne sarebbe incostituzionale l'intera disciplina, ma per la ragione secondo cui allora costituirebbe palesamente una *delega in bianco* in favore del giudice sulla sua quantificazione e qualificazione.

---

<sup>51</sup> Sul punto, Cass., Sez. V, 28 marzo 2017, Zlatkov, [www.francocrisafi.it](http://www.francocrisafi.it), secondo cui “Si tratta di un istituto processuale diretto ad offrire all'imputato un trattamento personalizzato che ne faciliti il recupero ed eviti il danno derivante non solo dalla detenzione in carcere ma anche dalle conseguenze, di carattere sociale, che discendono da una decisione di condanna”.

7 - *La negazione della messa alla prova attraverso suggestioni antropocentriche*

In data 10 dicembre 2020 è sopraggiunta un'ordinanza, stavolta emessa il Tribunale di Bologna, con cui si è rigettata l'istanza di messa alla prova dell'ente. Nonostante l'identità di esito rispetto a quella resa dal Tribunale di Milano, la detta ordinanza segue un *iter* argomentativo diverso, in gran parte orientato a valorizzare tutti quei profili della disciplina che, in via diretta o indiretta, proverebbero il suo essere concepita e strutturata per un'applicazione esclusiva in favore delle persone 'in carne e ossa'<sup>32</sup>.

Nella menzionata ordinanza si sostiene infatti l'impraticabilità di questo meccanismo premiale verso tutti i soggetti giuridici che difettino del preteso 'presupposto di fisicità'. Il provvedimento, nonostante il parere favorevole espresso dal Pubblico ministero, segnala alcuni aspetti della disciplina della messa alla prova che sarebbero rivelatori di questa esclusività. A tal fine con esso si afferma che, in base al quanto disposto dall'art. 168 *bis* c.p., solo riguardo alla persona fisica sarebbe concepibile l'attuazione di finalità essenziali quali quella special-preventiva, quella riparativo-conciliativa e, soprattutto, quella rieducativa.

Tale affermazione troverebbe riscontro anche in ulteriori riferimenti normativi quali quello afferente al giudizio prognostico sull'astensione dalla commissione di nuovi reati in futuro (art. 464 *quater*, comma 3, c.p.p.); quello evocante il coinvolgimento dell'imputato e del suo nucleo familiare assieme al suo ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale (ancora art. 464 *bis* c.p.p.) nonché quello dell'affidamento al servizio sociale per lo svolgimento di un programma che preveda attività di volontariato di rilievo sociale (art. 168 *bis* c.p.). Ad essi si aggiungerebbe la considerazione secondo cui il lavoro di pubblica utilità nell'ambito della messa alla prova verrebbe snaturato, ove eseguito per mano dell'ente. Rispetto all'ente, lo strumento non potrebbe rivestire quel ruolo essenziale di risocializzazione e la misura si tradurrebbe in un risarcimento nei confronti della collettività.

---

<sup>32</sup> G.I.P. Bologna, Ord. 10 dicembre 2020, con nota di MEAZZA, *Messa alla prova e persone giuridiche: una nuova pronuncia del Tribunale di Bologna*, in *Giur. pen.*, 14 Dicembre 2020, 12.

Il Tribunale di Bologna, in linea con quanto espresso dal Tribunale di Milano, osserva infine che l'estensione del *probation* agli enti rischierebbe di introdurre per via giurisprudenziale un nuovo istituto, i cui presupposti sostanziali e processuali, in assenza di specifico dettato normativo, dovrebbero essere declinati dallo stesso giudice<sup>53</sup>.

Da tale approccio antropocentrico discenderebbe, dunque, il divieto di applicazione analogica. La disciplina della sospensione del processo con messa alla prova non sarebbe pertanto applicabile agli enti, in quanto non compatibile nei suoi aspetti essenziali con la responsabilità degli enti per come normata. Il difetto di coordinamento della l. 28 aprile 2014, n. 67 con il testo del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 legittimerebbe l'affermazione: «Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit».

Una simile impostazione appare prima di tutto dimentica di quanto, ogni norma che venga introdotta nel codice penale non possa che avere a riferimento la persona fisica. Il codice penale, nel nostro sistema, riguarda per definizione solo le persone fisiche, in quanto, fino a prova contraria, la responsabilità *su/reato* è solo delle persone fisiche. Dunque l'affermazione secondo cui il legislatore avrebbe preso ad oggetto solo la persona fisica è tanto vera quanto non concludente. Nel dialogo tra sistemi normativi, è infatti il “sistema 231” a rendere *quella disciplina* applicabile anche agli enti attraverso norme quali quelle di cui agli artt. 34 e 35 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

La ricostruzione del sistema penale *lato sensu* inteso, in suggestiva chiave antropocentrica, ed anche antropomorfica, finisce per provare troppo.

Il momento argomentativo speso nella indicata ordinanza nel cui contesto viene operata, potrebbe dirsi in via ancor più marcata, la detta ricostruzione, attiene al ruolo riservato al giudizio prognostico sull'astensione dalla commissione in futuro di nuovi reati (art. 464 quater, comma 3, c.p.p.). Sfugge ad una simile analisi quanto, se non fosse possibile concepire un giudizio prognostico per l'ente, tutta la ‘dogmatica della 231’ sarebbe falsa. Con essa lo sarebbe sia la prevenzione che ne costituisce il fondamento sia la possibilità stessa di concepire una responsabilità e, dunque, una punibilità del fatto ascrivibile all'ente. A seguire una simile impostazione si dovrebbe giungere ad una piena - quanto anacronistica - rivalutazione dell'antico brocardo *societas delinquere non potest*.

---

<sup>53</sup> In argomento, D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Riv. 231*, 2018, 123 ss.; GARUTI, TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale di Modena ha ammesso la persona giuridica al probation*, in *Giur. pen.*, 2020, 10.

Il percorso logico seguito nella decisione che si segnala, difetta nel non considerare debitamente quanto la valutazione giudiziale condotta sul “modello organizzativo 231” avvenga proprio in ottica di prognosi postuma. E’ proprio in tale prospettiva, infatti, che viene tratto quel delicato giudizio sulla cd. “colpa di organizzazione”. Se l’interprete non dovesse porsi in quell’ottica, tutti i modelli organizzativi sarebbero da giudicarsi inefficienti, per il semplice fatto che l’‘evento’ non è stato impedito.

Un tale *abitus* mentale si rivela in qualche modo figlio di quella tendenza citata in premessa, secondo cui, assai raramente, se non mai, si danno casi di assoluzione in favore dell’ente, a fronte di una condanna dell’imputato.

Come indicato in premessa se si può essere in via di massima d’accordo con chi ha affermato che il “sistema 231” nel suo complesso abbia per tali ragioni fallito, si deve anche osservare come buona parte di questo asserito fallimento sia dettato proprio dalla incapacità dell’interprete di calarsi nella prospettiva prognostica e di scindere la posizione dell’ente da quella dell’imputato.

Il cd. “modello 231” viene confezionato, e si evolve, proprio in ottica special preventiva. E’ pertanto non solo nei poteri, ma anche nei doveri del giudice, esprimere un giudizio sulla capacità dell’ente di prevedere ed evitare *quel* determinato rischio. Proprio ai fini dell’*an* e del *quantum* della “colpa di organizzazione”<sup>54</sup>, esso costituisce uno dei principali calibri cui si deve ricorrere per valutare il *se* della responsabilità amministrativa da reato e, in caso affermativo, della conseguente commisurazione della pena<sup>55</sup>.

La distanza che intercorre tra giudizio sulla “colpa di organizzazione”, rispetto a quello sulla praticabilità della messa alla prova, corre dunque solo sul crinale di una prognosi che evidentemente, nel secondo caso, non è più ‘postuma’, essa è anzi ‘pura’, perchè diretta al futuro. E’ dunque scevra da quell’ineffabile e pericoloso senno del poi che tanto condiziona il piano dell’accertamento del fatto.

<sup>54</sup> SERENI, *L’ente guardiano: l’autorganizzazione del controllo penale*, Torino, 2016. Dello stesso Autore, *Il problema della responsabilità degli enti nel diritto penale internazionale*, in *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell’ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, a cura di Fiorella, Borgogno, Valenzano, Roma, 2015. In argomento, anche Fiorella, *From “Macro-Antropos” to “Multi-Person Organisation”. Logic and structure of compliance programs in the corporate criminal liability*, 2012; dello stesso Autore, *Dogmatica e responsabilità ex crimine delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. pen. econ.*, 2016, 3-4, 637 ss.; Selvaggi, *Responsabilità penale degli enti ed eccezionalismo americano*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019.

<sup>55</sup> MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d. lgs. n. 231/2001. Una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trini. dir. pen. econ.*, 2002, 879.



Il Tribunale di Bologna pone di poi riferimento al «coinvolgimento dell'imputato, nonché del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale» presente nell'art. 464 *bis*, comma 4, c.p.p.. Vale la pena notare come la norma venga riportata senza includervi la sua ultima parte. Il citato articolo alla lett. a) certamente evoca il "nucleo familiare" e l'"ambiente di vita" quali importanti riferimenti nel processo di reinserimento sociale del candidato al *probation*, ma detti riferimenti sono richiamati con la clausola di salvezza che espressamente recita: «ove ciò risulti necessario e possibile».

La norma, proprio per come formulata in chiusura, non costituisce dunque un riferimento irrinunciabile, neanche per la persona fisica. E' di tutta evidenza, del resto, come nell'ambito dello stesso programma strutturato per l'indagato o per l'imputato, il riferimento debba necessariamente assumere un valore meramente eventuale. Il legislatore è ben consapevole che, ad esempio, chi abbia commesso un 'reato d'impresa', probabilmente avrà meno necessità di una risocializzazione che transiti per una valorizzazione dei rapporti familiari. In ogni caso, anche nel più generale contesto dei reati contro la persona, ben può accadere che l'incolpato sia nella impossibilità di soddisfare un simile parametro. Ciò accade ogni qual volta - semplicemente - egli risulti privo di un contesto familiare di riferimento. Riguardo al 'parametro familiare' viene dunque considerata l'eventualità della sua impossibilità come anche della sua non necessità. Non è dato pertanto comprendere come mai una previsione concepita per entrare in gioco in via meramente eventuale riguardo alle persone fisiche, possa essere presa a riferimento per giudicare della generale compatibilità con essa del sistema 231.

L'ultimo argomento che viene speso dal Tribunale di Bologna, poggia sul rilievo secondo cui la norma di cui all'art. 168 *bis*, comma 2, c.p.) prevede l'affidamento dell'imputato al servizio sociale «per lo svolgimento di un programma che preveda attività di volontariato di rilievo sociale». Dette attività sarebbero realizzabili, ancora una volta, solo dalla persona fisica.

Anche tale profilo appare inconferente. Per quanto attiene alle attività di volontariato di rilievo sociale, esse non solo sono compatibili con l'essenza dell'ente, ma forse costituiscono il luogo ove esso, proprio per la sua dimensione collettiva, ha dimostrato di dar prova delle sue migliori capacità, supplendo assai spesso anche a carenze strutturali dello Stato apparato.

8 - *Una decisione ammissiva*

Tra le indicate due ordinanze negatorie dell'accesso al *probation*, si interpone cronologicamente una decisione da parte del Tribunale di Modena<sup>56</sup>. Con essa, in data 19 ottobre 2020, è stato autorizzato l'accesso alla misura per una società attiva nel settore della produzione di generi alimentari, indagata per l'ipotesi di cui all'art. 25 *bis* 1 del decreto, in relazione al reato di cui all'art. 515 c.p.<sup>57</sup>. Il provvedimento ammissivo, anche in ragione della sua direzione, risulta di gran lunga più semplice di quello reso dagli altri due Tribunali. Nell'occasione questo giudice, evidentemente valorizzando il profilo del 'danno in concreto' e della prognosi sulle possibili modalità operative dell'ente, ha assunto un approccio pragmatico, fondato semplicemente su un'empirica valutazione sulle concrete capacità della società di tornare a operare secondo legalità. Esso ha perciò consentito l'esecuzione di un programma che, da un lato, prevedeva l'eliminazione degli effetti negativi dell'illecito e, dall'altro, comportava la implementazione del modello di organizzazione e gestione, attraverso un importante *upgrade* delle procedure di controllo afferenti all'area aziendale interessata.

Il programma ha, altresì, onerato l'ente dello svolgimento di un'attività di volontariato, consistente nella fornitura gratuita di parte della propria produzione in favore di persone bisognose.

La decisione non si è, dunque, presa carico di esporre per quale via sarebbero superabili le impeditive 'eccezioni' sollevate dal Tribunale di Milano, tanto che, appunto, altra decisione, quella del Tribunale di Bologna, è di poi sopraggiunta con segno nuovamente negatorio.

Se è vero però che il Tribunale di Modena non affronta in alcun modo la questione della ammissibilità dello strumento, ma va direttamente incontro alla richiesta conforme delle parti in giudizio, essa segna indiscutibilmente un punto a favore della ammissibilità: la messa alla prova non solo è stata programmata senza alcun problema di compatibilità strutturale o funzionale, ma - nei fatti - ha dimostrato di essere ben in grado di operare avendo l'ente quale suo destinatario.

---

<sup>56</sup> GARUTI TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale di Modena ha ammesso la persona giuridica al probation*, in *Giur. pen.*, 2020.

<sup>57</sup> Nel caso di specie, il giudice per le indagini preliminari del tribunale di Modena ha accordato la sospensione del procedimento con messa alla prova anche all'autore del c.d. reato presupposto.

Dunque, il segno che lascia il Tribunale di Modena, seppure apparentemente più *low profile*, è ben più solido di quanto rinvenibile nelle altre indicate ordinanze, in quanto dà testimonianza di quanto l'ente possa essere utilmente "messo alla prova", senza alcuna ragione di incompatibilità strutturale, funzionale o che dir si voglia.

#### 9 - *Una chance di 'audit giudiziale' sull'orditura del nexus of contracts*

Sulla scorta di quanto sin qui osservato, appaiono superabili le ragioni sino ad oggi portate a sostegno della incompatibilità del *probation* rispetto all'ente. Favoriscono l'estensione dell'istituto anzitutto alcuni tratti essenziali della persona giuridica. Sul punto giunge utile quanto rassegnato dalla dottrina giuridico-economica della *Contractual Theory of the firm*<sup>38</sup>, secondo cui l'ente non è costituito solo - e banalmente - dalla somma dei propri mezzi e uomini, ma costituisce anzi il prodotto delle loro interconnessioni<sup>39</sup>. Tale prodotto ne qualifica sul piano strutturale l'organizzazione e ne connota sul piano funzionale l'operatività, anche verso l'esterno. La *fonte di produzione* del parametro di connessione e di azione dell'ente è in massima parte di rango negoziale, tanto che gli enti misurano la loro *compliance* soprattutto in ragione di quel com-

<sup>38</sup> Sulla "teoria contrattuale dell'impresa", ex multis, COASE, *Impresa, mercato, diritto*, Bologna, 1995 e EASTERBROOK, FISCHER, *L'economia delle società per azioni*, Milano, 1996. La teoria contrattuale indicata sorge sulla riconosciuta maggiore efficienza del contratto sulla legge. La fonte negoziale viene indicata come il migliore sistema di allocazione delle risorse anche sotto il profilo della definizione della struttura organizzativa della società. A tal fine si segnala quanto il legislatore non possa perseguire l'interesse delle parti in modo più vantaggioso delle parti medesime, né essere meglio informato sulle circostanze dell'affare oggetto dell'accordo.

<sup>39</sup> BUTLER, *The Contractual Theory of the Corporation*, George Mason University Law Review, Vol. 11, 1989, 99. Anche la cd. "Agency theory" segnala come la fonte del potere della persona nell'ente-impresa o *no-profit* sia nel patto che regola il rapporto tra *principal* e *agent*. In argomento, JONGWOOK, MAHONEY, *Property rights theory, transaction costs theory, and agency theory: an organizational economics approach to strategic management*, Illinois, 2005. Secondo gli Autori, "Property rights theory has common antecedents with contractual theories of the firm such as transaction costs and agency theories, and is yet distinct from these theories. We illustrate fundamental theoretical principles derived from these three theories by analyzing the business case of oil field unitization. Theoretical principles and application of theory to oil field unitization are each summarized. From this, it is possible to see how property rights theory is well suited to explain business situations where inefficient economic outcomes persist. Additionally, property rights theory forges new theoretical connections with other branches of organizational economics, in particular, resource-based theory". In argomento, anche, DENIS, DENIS, SARIN, *Agency theory and the influence of equity ownership structure on corporate diversification strategies*, in *Strategic Management Journal*, 1999, 1071.

plesso di regole definito anche come *nexus of contracts*. Secondo quanto già dalla prima metà del secolo scorso indicato dalla *Law and Economics*, è in ragione di esso che si definisce, in sintesi, la tenuta dell'ente verso gli obblighi di lealtà e correttezza<sup>60</sup>.

Sulla scia di simili considerazioni diviene dunque di palmare evidenza come lo strumento della messa alla prova offra maggiori e migliori interfacce di dialogo con l'ente, rispetto addirittura a quanti non ne rinvenga verso la persona fisica. Mentre quest'ultima è in gran parte affidata al suo foro interno e al proprio sistema di valori, l'ente è invece soggetto sia integralmente intellegibile sia grandemente duttile. Esso è infatti capace di essere non solo indagato, ma anche rimodellato nelle proprie regole di organizzazione e di azione. Esso è strutturato in ragione di un ordito regolamentare mobile, che può alla bisogna essere anche profondamente innovato nella definizione di quegli stessi apparati e di quelle stesse procedure che lo qualificano e caratterizzano<sup>61</sup>.

Per effetto di quanto premesso esso risulta dunque pienamente e ancor più efficacemente sottoponibile alla misura della messa alla prova, non solo perché, sul piano tecnico-giuridico, non ricorrono ostacoli che la inibiscano, ma anche perché il relativo impianto è in linea con il sistema 231. L'esperienza, ad esempio della materia ambientale, come anche quella della prevenzione degli infortuni sul lavoro, offrono amplissimi spazi per l'apprestamento di sistemi di riprogrammazione dell'ente, come tali volti non solo al risarcimento e al risanamento, ma anche alla efficace prevenzione<sup>62</sup>.

Il *probation*, quale strumento di valutazione dell'adeguatezza del modello 231 *post delictum*, può esprimere una capacità superiore agli altri meccanismi premiali previsti dal decreto, anche perché, garantendo all'ente una via di fuga dalla sanzione penale, è in grado di meglio motivarlo verso un più efficace ripristino e una più profonda revisione organizzativa nel segno della legalità. Attraverso modalità che rivelano la morfologia di un '*audit* giudiziale', il giudice pone così al vaglio di congruità, non solo la riparazione dell'offesa, ma

<sup>60</sup> COOTER, ULEN, *Law and Economics*, Berkeley Law Books, 2016.

<sup>61</sup> In particolare sulla cd. "Agency theory", JONGWOOK, MAHONEY, *Property rights theory, transaction costs theory, and agency theory: an organizational economics approach to strategic management*, cit., 2005.

<sup>62</sup> Al riguardo, RICCARDI, CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 10. Gli Autori osservano come in riferimento alle fattispecie codicistiche poste a tutela dell'ambiente, se certamente vi sono ricomprese le contravvenzioni di cui agli articoli 727 *bis* e 733 *bis* c.p. risultano invece escluse, a causa degli elevati limiti edittali, i delitti contro l'ambiente introdotti nel Titolo VI *bis* dalla l. 22 maggio 2015, n. 68.

anche e soprattutto, l'*enforcement* del modello 231, del codice etico e delle relative procedure secondo quanto prospettato nel programma di prova.

Il meccanismo della messa alla prova, ben più della sanzione penale tradizionalmente intesa, può costituire un'occasione di profonda innovazione e promozione di migliori standard di sicurezza e legalità nel mondo dell'impresa e, più in generale, degli enti collettivi di ogni natura. Indugiare su questioni di dubbia consistenza, oltre a recare il rischio di costituire un'ulteriore occasione persa, implica un disconoscimento del vero ruolo dell'interprete nelle vie di definizione dei percorsi di "rielaborazione del conflitto sociale"<sup>63</sup>.

Nell'ambito dei nuovi 'meccanismi di giustizia riparativa', il meccanismo in esame costituisce evidentemente il punto più avanzato di un nuovo percorso di politica criminale, orientato verso un superamento del paradigma esclusivamente afflittivo che, sino ad oggi, ha funto da asse portante dell'intero sistema penale<sup>64</sup>. Nell'esperienza di Common law, dalla quale ..... ha tratto piena ispirazione, si fa costante ricorso ai meccanismi di *diversion*<sup>65</sup>.

La sanzione tradizionalmente intesa, al di là della graduazione 'scandita su carta', espone l'ente, anche su fatti di minore allarme, ad impatti immediati talvolta assai gravi e incontrollati sulle relazioni esterne (es. banche e fornitori). Il danno viene troppo spesso amplificato, recando effetti talvolta indelebili, anche perché online è custodito un 'casellario giudiziale' istantaneo e implacabile che è spesso l'anticamera di un immediato e feroce isolamento.

E' infatti innegabile che la *compliance* dell'ente è strettamente commessa alle risorse di cui esso stesso può disporre. Dotare il personale dei presidi antinfortunistici, somministrarvi corsi di aggiornamento, utilizzare tecnologie che consentano il rispetto di standard sempre più stringenti, presuppone un potere di spesa. Fermare l'ente o anche solo rallentare la sua corsa, significa dunque creare maggiori difficoltà per il sostenimento di tutti quei costi necessari appunto alla *compliance*. Attraverso la sanzione tradizionalmente intesa si favorisce un *downgrade* di competitività, che si traduce in un *vulnus* alle *chance* di recupero della legalità stessa. Da qui quel danno che diviene tanto

<sup>63</sup> Cfr. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione: studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Viganò, Basile, Gatta, Milano, 2018, 579.

<sup>64</sup> MEZZETTI, *Prove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *Cass. Pen.* 2016, 3094.

<sup>65</sup> In argomento, MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 84; FILIP, *Deputy Attorney General, U.S. Department of Justice, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, 2008, sez. 9-28.1000; UHLMANN, *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, in *Maryland Law Review*, Vol. 72, 2013, 1316.

grave e irreparabile per la collettività tutta, quanto più l'ente costituisca una realtà di riferimento.

L'inserimento dello strumento della messa alla prova nella realtà ordinamentale italiana si oppone a simili dinamiche perverse, rendendo anche sensibilmente più vivida e prossima la luce di quella finalità rieducativa così efficacemente evocata dall'art. 27, comma 3, Cost.. Secondo quanto è stato osservato «ove mai si negasse all'ente la facoltà di richiedere la messa alla prova, si finirebbe, in fondo, per rinnegare la stessa natura intimamente rieducativa del processo per gli illeciti *de societate*»<sup>66</sup>.

10 - *Freni 'continentali' contro una virtuosa e inarrestabile contaminazione nel segno della diversion*

Il freno all'applicazione del *probation* in favore dell'ente risulta misurabile tutto in ragione del valore da assegnare al difetto di una norma *ad hoc*. Come si è visto, non è un problema di compatibilità strutturale o funzionale del meccanismo. La stessa esperienza del Tribunale di Modena reca l'evidenza di una percorribilità anche nella nostra esperienza applicativa di una simile via di *diversion* anche per l'ente.

La mancanza di una previsione che declini in via diretta ed espressa il funzionamento dello strumento chiama l'interprete al vaglio dell'opzione dell'applicazione analogica. Quest'ultima, seppure *in bonam partem*, sconta però il limite delle sue assai ridotte possibilità di applicazione alle cause di estinzione del reato. Allo stesso tempo, è indubbio quanto la negazione all'ente della via premiale del *probation*, abbia il sapore di una disparità di trattamento sospetta di illegittimità costituzionale. L'approccio ermeneutico costituzionalmente orientato sollecita infatti un riconoscimento di pari opportunità premiali tra persona fisica e persona giuridica. Queste due soggettività, poste assieme davanti allo stesso giudice, reclamano infatti entrambe il rispetto del principio di uguaglianza riguardo alle vie di fuga dalla sanzione tradizionalmente intesa. L'ente ha invero anch'esso interesse e diritto a promuovere istanza di accesso al *probation*, per bypassare le lungaggini di un processo, così incompatibile con i ritmi del mondo dell'economia e con gli odierni standard di competitività. La messa alla prova - e non il processo e la pena - è

---

<sup>66</sup> Così testualmente CENTORAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi*, cit., 200.

infatti ben più in grado di ricondurre il controllo penale dentro il suo tempo. Un tempo in cui ogni energia deve essere ottimizzata, al fine di garantire le migliori *performance* e le più efficaci prospettive di *restart* anche in ottica di tutela degli interessi generali e collettivi.

Appare dunque di tutta evidenza come, proprio il principio di parità di trattamento tra persona fisica ed ente nell'accesso ai riti premiali, favorisca un *motus* del formante giurisprudenziale che dia modo di prendere atto di quanto il disallineamento tra persona fisica e persona giuridica nell'accesso al *probation* sia da ricondursi ad un esercizio del potere normativo da parte del nostro legislatore alquanto inaccorto e sordo. La l. 28 aprile 2014, n. 67 entra in vigore chiaramente in data successiva al varo della disciplina sulla responsabilità degli enti. Il legislatore manca di coordinare la detta normativa sulla messa alla prova con quest'ultima.

Egli, nell'introdurre la messa alla prova nel nostro ordinamento, non dà conto di quanto per essa, come anche per la stessa responsabilità degli enti, abbia tratto spunto da una precisa realtà, quella statunitense, ove la *corporate criminal liability* è il *probation* dialogano assai efficacemente.

Gli interventi innovativi indicati, come molti altri, sono stati realizzati senza una visione di insieme. Questa è la verità. Altro che «Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit»

Se una qualche linea di indirizzo può essere decodificata “per facta concludentia” nel contegno del legislatore, v'è da riconoscere quanto questi non abbia mai inteso esprimere una qualche volontà di ‘trattare’ in senso sfavorevole l'ente. Il rito del patteggiamento è stato ad esempio da subito inserito già all'atto del varo della prima disciplina sulla responsabilità delle persone giuridiche. Secondo quanto è stato osservato, ove invece il legislatore non è intervenuto, si è comunque ritenuto di poter estendere quanto previsto riguardo alla persona fisica, tanto che, secondo quanto è stato osservato, «se l'ente, per il tramite del suo rappresentante legale, può essere “interrogato” ai fini del giudizio immediato e, altresì, ben può “confessare” ai fini del giudizio direttissimo, allora lo stesso ente potrà anche essere “messo alla prova” nelle forme e nei modi degli articoli 464-*bis* ss. c.p.p., non ostando a simile operazione la mancanza del coefficiente materiale e psicologico tipico della persona fisica»<sup>67</sup>.

Deve inoltre osservarsi che il legislatore ha dato conto negli ultimi anni di favorire grandemente tutte le attività di recupero e riparatorie. La messa alla

<sup>67</sup> In questi termini, RICCARDI, CHILOSI, *La messa alla prova nel processo “231”: quali prospettive per la diversione dell'ente?*, cit., 60.

prova si inserisce in tale contesto di riforme grazie alla sua spiccata proiezione, oltrechè deflattiva, anche ripristinatoria e special-preventiva, che si rivela peraltro, secondo quanto osservato in premessa, anche più affidabile di quanto non mostri di essere con riferimento alla persona fisica (v. *supra* § 9). Se ciò è vero, dunque, il “reato” commesso dall’ente può essere dichiarato estinto mediante messa alla prova senza che osti in questo senso l’eccezionalità dello strumento medesimo. Se, secondo quanto già osservato, il suo fine riparatorio, unito a quello coesenziale del ripristino della legalità fa capo a un principio di ottimizzazione di tutti gli interessi della persona offesa e della collettività, in un’ottica dove sono quanto mai reali le chance di perseguimento del fine rieducativo della sanzione penale, siamo evidentemente fuori dall’ipotesi del meccanismo derogatorio dettato da una ponderazione di interessi di caratura eccezionale.

Tale caratura obiettiva dello strumento fa sì che, quale contraltare alla sua applicazione all’ente non ricorra pretermissione di alcun altro interesse. Dunque proprio la detta massima ottimizzazione degli interessi in gioco, negando la dinamica di un loro bilanciamento tipica della deroga fa dello strumento una misura in grado di operare in ragione di un principio e non di un’eccezione inapplicabile analogicamente.

Non è un caso del resto quanto l’assetto di diritto positivo, ove non così corretto in via ermeneutica, rechi gravi torsioni ed inefficienze sul piano operativo.

Il più delle volte, la stessa persona fisica può accedere al *probation* solo se sostenuta - sia sul piano del ripristino sia della prevenzione - dalle superiori capacità dell’ente. Se all’ente è precluso tale accesso, è conseguentemente negato un suo reale intervento nel mettere a frutto i propri mezzi per consentire anche alla persona fisica un efficace programmazione ed esecuzione della messa alla prova medesima. A fronte ad esempio di un reato ambientale, nella maggior parte dei casi è l’ente che può realmente operare il ripristino, risarcire il danno e svolgere una vera opera di prevenzione speciale. E’ l’ente che produce e mette sul mercato, più o meno legalmente, un determinato solvente industriale, non certo la persona fisica *uti singula*.

A fronte di un ente invece impossibilitato, il bivio è il seguente: concedere alla persona fisica una messa alla prova che in realtà ripristina, ripara e previene il più delle volte solo simbolicamente, oppure negare anche alla persona fisica un simile accesso, in ragione della detta inefficacia della sua azione.

Certamente, per superare l’*impasse* dogmatico ed ermeneutico, sarebbe più che mai auspicabile un immediato intervento da parte del legislatore, che ri-



conoscesse espressamente la facoltà dell'ente di accedere alla procedura premiale. In questo modo non sarebbe lasciato all'interprete l'onere di un'opzione ermeneutica che potrebbe affermarsi nel tempo in maniera disomogenea.

Un intervento del legislatore sarebbe altresì auspicabile, in quanto il percorso dell'analogia *in bonam partem* consente un accesso allo strumento, solo ove il reato presupposto contestato alla persona fisica rientri nei limiti di pena editale previsti per quest'ultima dall'art. 168 *bis* c.p.. In questo modo la gravità del fatto presupposto afferente alla persona fisica condiziona immediatamente, ai fini dell'accesso alla procedura, il giudizio sulla gravità del fatto ascrivibile all'ente. Nulla toglie invece che, alla gravità di quanto ascrivibile alla persona fisica, possa comunque far da contraltare una lieve colpa di organizzazione, come tale ben meritevole di un trattamento premiale in favore dell'ente.

Un intervento sul piano del diritto positivo, volto a definire i margini sanzionatori entro cui rendere accessibile anche all'ente il *probation*, potrebbe costituire dunque un passo importante anche in un'ottica di consapevole ed effettiva autonomizzazione della responsabilità della persona giuridica rispetto a quella afferente alla persona fisica.