

ATTUALITÀ

ELISEO DAVÌ

**Compliance, riparazione e diversione.
Prime sperimentazioni italiane dei *pre-trial
agreements* nel campo della responsabilità da reato
delle imprese**

L'Autore evidenzia come nella prassi di alcuni uffici giudiziari abbiano cominciato ad attecchire moduli di diversione del processo a carico dell'ente che mostrano evidenti analogie con lo schema dei *pre-trial agreements* di matrice statunitense, quale spontanea gemmazione del paradigma della *criminal compliance*. Così, mentre la dottrina s'interroga sull'opportunità di importare in Italia simili strumenti di diversione a favore delle imprese, accordi formali o informali che utilizzano la non punibilità come merce di scambio sono ormai una realtà innegabile del sistema di responsabilità da reato dell'ente, una realtà che stimola riflessioni sul destino della strategia politico-criminale di contrasto alla criminalità d'impresa.

Compliance, remediation and diversion. First Italian tests of pre-trial agreements in the field of corporate criminal liability.

The Author notes how, in the practice of some judicial offices, forms of corporate trial diversion have begun to develop that show clear analogies with the U.S. pre-trial agreements model, as a spontaneous evolution of the criminal compliance paradigm. Thus, while Italian doctrine debates whether such instruments of diversion should be imported, formal or informal agreements that use non-punishment as a bargaining chip are now an undeniable reality of the corporate liability system.

SOMMARIO: 1. La partnership pubblico-privata nella prevenzione dei reati d'impresa. - 2. La rottura del patto e la sua rinegoziazione. - 3. La mutazione genetica della *criminal corporate compliance* nell'esperienza degli Stati Uniti. - 4. Gli accordi di diversione processuale: i *deferred* e *non prosecution agreements*. - 5. Profili di criticità: la distorsione del ruolo del *prosecutor*. - 6. I *pre-trial agreements* nell'esperienza europea. - 7. La penetrazione dell'idea negoziale nel campo penalistico. - 8. Logiche negoziali nel "sistema 231". - 9. Razionalità e disfunzionalità del "sistema 231". - 10. Il DPA italiano: la sospensione del processo *de societate* con messa alla prova. - 11. Il NPA italiano: l'archiviazione "meritata". - 12. *De iure condendo* una veste giuridica per gli accordi di diversione. - 13. Una disciplina *ad hoc* per la messa alla prova dell'ente. - 14. I possibili contenuti del programma trattamentale. Il lavoro di pubblica utilità dell'ente. - 15. (continua) La collaborazione processuale dell'ente. - 16. (continua) Possibili spazi per la *restorative justice* nel "sistema 231". - 17. (continua) *Restorative justice* e condotte riparatorie dell'ente. - 18. Profili di criticità nel *probation* dell'ente: la svalutazione della *compliance* preventiva. - 19. Il controllo giudiziario volontario delle imprese. - 20. Considerazioni conclusive.

1. *La partnership pubblico-privata nella prevenzione dei reati d'impresa.*
L'attuale congiuntura socio-economica vede assegnare allo strumento contrattuale un ruolo di assoluto protagonista delle vicende giuridiche, non più sol-

tanto entro i confini dell'*habitat* suo proprio della libera iniziativa economica dei privati, ma, rotti gli steccati, anche e sempre più in territori tradizionalmente dominati dalla ingombrante presenza dell'autorità statale.

Non di accidente della storia si tratta, bensì del coerente punto di fuga in cui finiscono inevitabilmente per convergere le molteplici linee evolutive che hanno segnato il passaggio al terzo millennio. La velocità di trasformazione dei fenomeni politici, sociali ed economici nel mondo globalizzato, l'incessante sviluppo della tecnica, la crescente meccanizzazione della vita sociale e la proliferazione dei fattori di rischio hanno reso evidente agli occhi della stessa pubblica autorità l'inadeguatezza del suo monopolio nel governo della complessità, inducendola così a cedere terreno agli operatori privati, secondo le logiche della sussidiarietà orizzontale.

La ritrazione del sistema di governo di marca statalistica dei fenomeni sociali - per dirla con le parole di Antoine Garapon, «un ripiegamento strategico dello Stato, una ritirata in buon ordine per passare la torcia agli individui»¹ - ha perciò segnato la progressiva espansione di strumenti di regolazione concordata che ricalcano lo schema negoziale. In quest'epoca di «pancontrattualismo»², l'antitesi fra autorità e libertà viene in tal modo risolta sulla base del consenso, attraverso l'accordo fra soggetti che si pongono, almeno formalmente, su di un piano di parità.

Quel che si descrive è un autentico mutamento di paradigma, la cui razionalità si annida in una nuova modalità "neoliberale" di governo. Neoliberalismo che, nel contesto, non assume rilievo come dottrina economica o ideologia, quanto come forma politica che mira al controllo dei governati attraverso la conformazione dei loro interessi economici, che estende il modello di mercato e della concorrenza a tutti i settori della vita umana³, giustizia compresa, di cui anzi costituisce al contempo «il motore e il bersaglio»⁴.

Numerose sono le sfaccettature della giustizia neoliberale e altrettante le sue

¹ GARAPON, *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, trad. it., *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, Milano, 2012, 187.

² Così GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, 919. Si v. anche ALPA, *Il contratto del terzo millennio: intervento conclusivo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, 7-8, 1158.

³ GARAPON, *La Raison du moindre État*, cit., 8 ss.

⁴ *Ivi*, 31.

manifestazioni, lungamente indagate da Garapon: il neoliberalismo ha ridefinito in profondità la fisionomia del processo, valorizzato la soluzione transattiva delle controversie, trasformato la giustizia in servizio e fatto dell'efficienza un valore centrale, svincolandolo da ogni altro finalismo⁵. E tutto questo, in breve, sfruttando la capacità dell'individuo di massimizzare il proprio interesse e di perseguirlo mediante lo strumento negoziale.

Questa marcata tendenza alla contrattualizzazione ha progressivamente guadagnato a sé territori un tempo vergini, già nel diritto civile⁶ e, con effetti ancora più dirompenti, nell'ambito del diritto pubblico⁷. Ed infatti neppure il diritto penale è rimasto immune dalla penetrazione della logica negoziale. Il patteggiamento della pena costituisce certamente l'esempio più emblematico di contrattazione in un'area in cui davvero pareva impensabile l'idea di una regolazione consensuale, ma non si tratta di una figura isolata. Come meglio si dirà più avanti, la logica negoziale ha realizzato puntate offensive su molteplici fronti: su quello sostanziale, determinando la proliferazione di fattispecie premiali, e ancora prima su quello processuale, combinandosi con l'esigenza deflattiva dei procedimenti⁸.

Il contratto è così divenuto il vero *trait d'union* tra i diversi rami dell'ordinamento giuridico, un fattore di ibridazione delle discipline.

Lo sviluppo della *criminal corporate compliance*, in seno alla responsabilità da reato degli enti collettivi, si inserisce con coerenza in questa metamorfosi del diritto punitivo e ne accelera il passo.

Il paradigma della *compliance*, che si propone di precedere l'intervento punitivo attraverso l'implementazione, da parte dell'azienda stessa, di validi «di-

⁵ *Ivi*, 32 ss.

⁶ Si pensi ai tentativi di penetrazione della logica negoziale nel diritto di famiglia e delle successioni *mortis causa*.

⁷ Anche le relazioni esistenti tra governanti e governati si prestano, invero, a essere ricondotte allo schema dell'accordo. Si pensi alle leggi concertate, espressione di accordi tra associazioni collettive e governo, o ai patti elettorali che nel linguaggio politico descrivono il rapporto di fiducia che si tenta d'instaurare con gli elettori. Persino nel diritto amministrativo s'è assistito alla valorizzazione dello strumento negoziale, meno invasivo della sfera giuridica dei soggetti amministrati rispetto al provvedimento autoritativo e sovente più vantaggioso, in armonia con le teorie economiche, come quelle che sottendono al teorema di Ronald Coase, che vedono nel contratto lo strumento più efficiente per l'allocatione ottimale delle risorse.

⁸ MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino, 2020, 26 ss.

spositivi di autorinforzo»⁹ volti a minimizzare il rischio di commissione dei reati, è infatti interamente pervaso dalla logica negoziale, dello scambio, del *do ut des*, sin dalle fondamenta teoriche su cui si sviluppa.

L'idea di fondo è che la struttura aziendale sia quella meglio in grado di governare efficacemente le fonti di rischio-reato, grazie alla capacità di diagnosi della propria organizzazione, della conoscenza analitica dei meccanismi di funzionamento e dell'attitudine a orientare i comportamenti di chi in essa vi opera. L'ordinamento ha scorto la possibilità di sfruttare a suo vantaggio questo patrimonio di conoscenze e competenze e ha perciò lanciato una sorta di "offerta al pubblico" indirizzata al mondo imprenditoriale, invitando le aziende a instaurare una *partnership* di lunga durata, ad allearsi nell'opera di prevenzione e contrasto ai fenomeni criminali che più frequentemente interessano le attività economiche¹⁰. In cambio, si è impegnato a garantire loro una via di fuga dalla sanzione o, quantomeno, una mitigazione della risposta punitiva, nella malaugurata eventualità che taluno degli appartenenti all'organizzazione aziendale si renda colpevole di un reato, eludendo fraudolentemente il sistema di prevenzione che l'impresa aveva diligentemente architettato.

Impiegando un linguaggio da civilista, può dirsi che l'impresa, nell'esercizio della sua autonomia negoziale, è libera di scegliere se accettare o meno la proposta dell'ordinamento e quindi addivenire alla stipulazione del patto di cooperazione, in questa chiave di lettura ricostruibile come un contratto "per adesione". L'operazione negoziale, infatti, si perfeziona solo quando il privato decide di aderire al regolamento negoziale con una manifestazione di volontà che esprime tacitamente quando si dota di un modello organizzativo, la cui implementazione è per lui non un obbligo bensì un onere, che gli consentirà di beneficiare dell'esenzione da responsabilità.

La sua volontà negoziale è perciò fortemente condizionata verso l'adesione all'accordo dalla possibilità di ottenere un salvacondotto, nonché, per altro verso, dalla nefasta prospettiva di incorrere, altrimenti, in responsabilità da reato e di subire conseguenti danni d'immagine e alla continuità aziendale. La

⁹ Così PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di Lattanzi, Milano, 2010, 157.

¹⁰ GULLO, *I modelli organizzativi*, in *Responsabilità da reato degli enti*, a cura di Lattanzi-Severino, Torino, 2020, vol. I, 244.

logica negoziale si combina, in questo modo, con le note dello *stick-carrot approach*¹¹: l'ordinamento adopera la minaccia di pesanti sanzioni a mo' di bastone per indurre l'impresa alla *compliance*, ma al contempo offre la promessa di un premio come incentivo a un serio impegno nella prevenzione dei reati.

Si coglie, in filigrana, la filosofia neoliberale che anima questo nuovo approccio al crimine d'impresa, nella misura in cui l'interesse economico dei singoli operatori economici viene sfruttato come strumento di governo della "condotta aziendale", per vero più potente e persuasivo della paura o del senso civico¹², sul presupposto che il miglior modo per modificare i comportamenti non è cambiare la mentalità dei giocatori, ma gli elementi del gioco¹³. Il governo delle azioni segue vie traverse, non è guidato più solo da sanzioni e comandi, è determinato anche da "spinte gentili"¹⁴ nella direzione desiderata, passa per incentivi e disincentivi, richiede autocontrollo, confida nella pressione dei propri pari, nel *whistleblowing*, nella minaccia di un pregiudizio alla reputazione, in un controllo diffuso in tutte le direzioni¹⁵.

Architrave del sistema è il *compliance program*, strumento di auto-normazione che manifesta la volontà dell'impresa di accettare il patto di alleanza con l'ordinamento. Con esso, l'azienda si dota di un set di regole e procedure preposte alla gestione di un particolare rischio operativo, il rischio cioè di incorrere in sanzioni giudiziarie, in significative perdite finanziarie o in danni reputazionali come conseguenza dell'illecito¹⁶. In questa prospettiva il reato non rileva tanto come comportamento vietato dalla legge, ma come azione che fa correre un rischio¹⁷, sia per chi lo commette (di subire una con-

¹¹ *Ivi*, 245.

¹² GARAPON, *La Raison du moindre État*, cit., 8.

¹³ FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, trad. it., *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005, 214.

¹⁴ È la c.d. "nudge theory", definita da CARUSO, *Homo oeconomicus: paradigma, critiche, revisioni*, Firenze, 2012, 157, come «una spintarella garbata che non forza l'altro in una certa direzione, ma solo gliela indica, quasi affettuosamente». Si v. SUNSTEIN-THALER, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven (Ct), 2008; trad.it. *Nudge. La spinta gentile*, Milano, 2009.

¹⁵ GARAPON, *La Raison du moindre État*, cit., 124.

¹⁶ G. PRESTI, *What we talk about when we talk about compliance*, in *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and effectiveness*, a cura di Manacorda-Centonze, Cham (Switzerland), 2022, 25.

¹⁷ FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, cit., 206.

danna e i connessi pregiudizi economici e reputazionali), sia per la società nel suo complesso.

2. *La rottura del patto e la sua rinegoziazione.* Continuando ad evocare le categorie proprie del diritto civile, l'operazione descritta può inquadrarsi nella figura del negozio a prestazioni corrispettive, ad effetti obbligatori, dacché l'azienda si impegna in un'opera di prevenzione dei reati dei propri agenti e sottoposti e l'ordinamento, dal canto suo, a non punirla se tali reati saranno commessi nonostante l'impegno profuso nella costruzione di un sistema cautelare adeguato ed efficacemente attuato.

Come nelle normali operazioni contrattuali, lo scambio di prestazioni genera un surplus cooperativo che beneficia entrambe le parti coinvolte: quella privata in termini di esenzione dalla responsabilità, quella pubblica in termini di risparmio di risorse da impiegare nell'attività di prevenzione dei reati e di rafforzamento del controllo delle fonti di rischio.

Trattandosi di un contratto di durata, il cui programma negoziale è, cioè, destinato a svilupparsi per un lasso di tempo apprezzabile, il sinallagma contrattuale è esposto alle turbolenze generate dal sopravvenire di vicende patologiche capaci di alterare le circostanze di fatto e di diritto presenti al momento della stipula, fra cui, per quel che in questa sede interessa, l'inadempimento delle parti.

L'inadempimento dell'impresa si sostanzia non nella concretizzazione del rischio-reato, bensì nella colposa agevolazione di tali condotte criminose per via della mancata adozione di idonei meccanismi cautelari¹⁸. La conseguenza sarà l'incriminazione dell'ente e l'irrogazione di una sanzione all'esito di un processo *de societate*.

La patologia del rapporto dovuta all'inadempimento non è però un'evenienza unilateralmente determinata, ben potendo anche l'ordinamento giuridico venir meno all'impegno assunto nei confronti dell'azienda, laddove il suo intervento sanzionatorio non sia giustificato da un reale deficit di diligenza organizzativa ma si fondi sulla mera presa d'atto che un reato è stato commesso

¹⁸ Cfr. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, 377 ss.

nel contesto aziendale. Si discorre di una prospettiva tutt'altro che teorica, anzi piuttosto frequente nella prassi giudiziaria, se è vero che le sentenze assolutorie dell'ente basate su un giudizio positivo dei modelli organizzativi sono ancora più l'eccezione che la regola. Di fatto, le imprese si vedono in questo private del maggiore incentivo che dovrebbe indurle a cooperare nella prevenzione dei reati, cioè la non punibilità¹⁹.

In entrambi i casi si assiste alla rottura del patto di fiducia tra le parti e al fallimento dell'idea della *criminal compliance* come strumento volto primariamente non alla punizione, bensì alla prevenzione dei reati. L'inadempimento ordinamentale è però ancora più dirompente e ha ricadute di sistema, perché fa perdere alla *compliance* la sua funzione general-preventiva di orientamento delle imprese verso la legalità. È inevitabile, infatti, che l'impresa cominci a chiedersi a che pro impegnare notevoli risorse nella riorganizzazione in senso *compliant* dell'apparato aziendale se la prospettiva della non punibilità resta la vuota promessa di una controparte contrattuale inaffidabile.

Con ciò non si vuole affermare che la scelta di dotarsi di un sistema interno di prevenzione dei reati sia eccentrica rispetto all'orientamento dell'impresa alla massimizzazione del profitto. Al contrario, questa opzione è coerente con la realtà economica in una prospettiva di sostenibilità del profitto nel medio-lungo periodo. Non va trascurato, però, che la scelta d'implementare un'appropriata funzione di *compliance*, pur se rientra nel quadro delle competenze degli amministratori, è inevitabilmente condizionata dalla pressione esercitata dagli azionisti. Costoro, normalmente incapaci di comparare i costi certi e immediati per la riorganizzazione aziendale col possibile ritorno in termini di riduzione dell'esposizione a rischi legali e reputazionali, sono più propensi al sotto-investimento e alla massimizzazione del profitto a breve termine.

Nell'immaginario degli azionisti, la *compliance* si riduce al costo di «due cuscini a cui amministratori iper-prudenti affidano il loro sonno»²⁰, talora avverti-

¹⁹ Cfr. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistica nel d.lgs. n. 231/2001*, Torino, 2022, 222 ss.; DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 218; ORSINA, *Messa alla prova e "colpa di reazione" dell'ente. Riflessioni critiche a partire da un recente intervento della giurisprudenza*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 4, 117.

²⁰ Così PRESTI, *What we talk about*, cit., 38 ss.

ta persino come uno dispendio di risorse che erode i margini di profitto e che ben potrebbe giustificare la decisione di revocare l'incarico all'amministratore. Ebbene, se lo scetticismo dell'azionariato non trova compensazione nella concreta *chance* di beneficiare dell'esenzione da responsabilità, è verosimile che gli amministratori a lungo andare preferiscano rifugiarsi in soluzioni cosmetiche e dotarsi d'un modello organizzativo di mera facciata e a basso costo per la società.

Si è già detto che lo scambio di prestazioni agevolato dalla conclusione di un contratto è finalizzato a generare un surplus cooperativo da dividere tra le parti. Se però una di queste ha la possibilità di appropriarsi dell'intero surplus, non eseguendo la prestazione promessa ma beneficiando di quella della controparte, quest'ultima non sarà più incentivata a cooperare e gli scambi si arresteranno. Per ovviare a questa possibile evoluzione patologica, il sistema civilistico presenta un quadro di rimedi per la gestione delle sopravvenienze: in caso di inadempimento, la condanna del debitore all'esatto adempimento o al risarcimento garantisce al creditore di conseguire comunque un beneficio, mentre la risoluzione la possibilità di liberarsi dal vincolo contrattuale. Nel sistema della responsabilità da reato dell'impresa, invece, quest'ultima non ha alcuno strumento per ottenere la prestazione che la parte pubblica le aveva promesso, se questa non adempie spontaneamente, il che scoraggia la cooperazione e conduce al fallimento la strategia politico-criminale ideata dal legislatore.

È proprio in questo contesto di crisi della *corporate criminal compliance* che si colloca la genesi dei *pre-trial agreements*, ulteriore stadio di avanzamento della logica negoziale nel territorio del diritto penale fino alle soglie del procedimento contro le imprese. Mentre il patto di alleanza tra ordinamento e azienda si relaziona col processo solo per la sua fase esecutiva - laddove occorre valutare se l'impresa abbia diligentemente adempiuto la prestazione promessa e quindi l'ordinamento possa concedere la non punibilità in esecuzione della propria -, i *pre-trial agreements* si agganciano alla fase iniziale del procedimento giudiziario, allo scopo di neutralizzare l'esercizio dell'azione penale e così far recuperare all'impresa diligente quel premio della non punibilità che nella prassi le viene negato.

La non punibilità diviene nuovamente una «merce di scambio»²¹, in seno ad un'operazione negoziale che – per rimanere fedeli alle categorie civilistiche già evocate – può essere descritta come una rinegoziazione dell'originario accordo di *partnership* pubblico-privata per il contrasto di criminalità d'impresa o, ancora meglio, come un accordo transattivo con cui le parti compongono una controversia già cominciata (e sfociata in un procedimento giudiziario) o che può sorgere (se l'azione penale non è stata ancora esercitata) facendosi reciproche concessioni. *Aliquid datum, aliquid retentum*: l'ordinamento rinuncia alla punizione, l'impresa si impegna a implementare o correggere il modello organizzativo e a riparare il danno cagionato dal reato dei propri agenti o dipendenti.

La *compliance* si presta così ad essere impiegata non solo come strumento di prevenzione dei reati, ma anche e sempre più per obiettivi di riparazione del bene giuridico offeso, tanto che la dottrina più attenta ha ritenuto di poter scorgere nella disciplina della responsabilità da reato degli enti il prototipo del “delitto riparato”, in cui la non punibilità si riconnette alla reintegrazione dell'interesse tutelato dalla norma violata²². Ulteriore testimonianza, questa, di come il paradigma della *compliance* non si è limitato a contaminare di stilemi civilistici il diritto penale, ma ha fornito un contributo sostanziale all'evoluzione impetuosa del sistema, sin dalle sue fondamenta teoriche, verso approdi ancora incerti.

I *pre-trial agreements* costituiscono il sintomo più evidente di questa mutazione genetica del sistema, tanto da poter essere considerati come uno degli ultimi approdi dell'evoluzione dello Stato di diritto allo Stato minimo²³, ove «la giustizia, lungi dall'essere amministrata “dall'alto”, viene attuata mediante tecniche di “privatizzazione” del giudizio, nell'ambito delle quali la centralità del giudice cede rispetto alle iniziative assunte dalle parti in causa»²⁴.

²¹ MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., 69.

²² DONINI, *Compliance, negoziabilità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la Restorative Justice*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero-Viganò-Basile-Gatta, Milano, 2018, 579 ss; ID., *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in *Cass. pen.*, 2022, 2027 ss.

²³ FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, cit., 52.

²⁴ MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana. Alcuni*

Concepiti nell'esperienza giuridica nordamericana degli anni '90, gli accordi di diversione sono ormai divenuti una delle armi più utilizzate contro la criminalità d'impresa e, grazie alla forza espansiva dell'*enforcement* statunitense, hanno di recente solcato l'Atlantico e cominciato ad attecchire anche in Europa, prima in Inghilterra e poi in Francia, quale prodotto maturo della *criminal compliance*.

La vicenda italiana ha invece seguito percorsi meno lineari: sebbene il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 abbia aperto le porte al nuovo paradigma della *compliance*, il legislatore della riforma sembra aver preso le distanze dai *pre-trial agreements*, tanto è vero che ha attribuito un rilievo più limitato alle condotte riparatorie *post delictum* dell'ente, riconnettendo ad esse non l'esclusione della punibilità ma la mitigazione delle conseguenze sanzionatorie²⁵.

Ciò non ha impedito che nella prassi giudiziaria si diffondessero moduli di risoluzione del procedimento a carico dell'ente che mostrano evidenti analogie con lo schema dei *pre-trial agreements*.

In breve, mentre la dottrina da anni si interroga, talora forse con eccessivo slancio, talaltra con note di comprensibile cautela, sull'opportunità di importare in Italia simili strumenti di diversione processuale a favore delle imprese, il *pre-trial agreement* ha già fatto ingresso negli uffici giudiziari, muovendosi di soppiatto tra le pieghe della legislazione vigente. Accordi formali o informali che utilizzano la non punibilità come merce di scambio sono ormai una realtà innegabile del sistema di responsabilità da reato dell'ente collettivo, una realtà che non può essere ignorata e che stimola riflessioni sul destino della strategia politico-criminale di contrasto alla criminalità d'impresa.

Il presente contributo intende indagare queste peculiarità dell'esperienza italiana. Dopo aver ricostruito la genesi e le direttrici di sviluppo della *compliance* penale e degli accordi di *diversion* negli Stati Uniti, si focalizzerà l'attenzione sulle forme di manifestazione degli *agreements* nel procedimento *de societate* italiano, traendo spunto da una recente pronuncia delle Sezioni Unite che ha negato all'ente la possibilità di accedere alla sospensione del procedimento con messa alla prova. Infine, si adotterà una prospettiva *de iure*

spunti de jure condendo, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 2, 86.

²⁵In tal senso si esprime Trib. Spoleto, 21 aprile 2021, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 245.

condendo per saggiare la fattibilità di una riforma che recepisca anche in Italia lo schema dei *pre-trial agreements*.

3. *La mutazione genetica della criminal corporate compliance nell'esperienza degli Stati Uniti*. Negli Stati Uniti gli accordi di diversione processuale costituiscono ormai lo strumento privilegiato della politica di contrasto alla criminalità d'impresa²⁶, in un contesto ordinamentale già fecondo di fattispecie negoziali per il disbrigo degli affari penali.

È noto che Oltreoceano la stragrande maggioranza dei casi non arriva a dibattimento, ma si risolve con un negoziato sbrigativo tra autorità giudiziaria e imputato²⁷. Come evidenziato dagli osservatori più critici, infatti, il processo dibattimentale – formale, elaborato e costoso – si risolve ormai in una luccicante vetrina, mentre le questioni penali vengono per lo più risolte con un mercanteggiamento da «*bazar di strada*», che si esaurisce spesso con una rapida conversazione nell'ufficio del *prosecutor*²⁸.

Istituto cardine del sistema è il *plea bargaining*, da cui ha tratto ispirazione anche il nostro patteggiamento²⁹, mediante il quale l'imputato offre di dichiararsi colpevole (*guilty plea*) per ottenere, in cambio, uno sconto di pena (*sentence bargaining*) o l'incriminazione per un reato meno grave di quello effettivamente commesso (*charge bargaining*).

Quella dei patteggiamenti è una pratica diffusa anche nel settore della responsabilità d'impresa, dove, anzi, l'innesto di strumenti di risoluzione consensuale, secondo la logica utilitaristica dello scambio, appare meno innaturale. La riduzione delle conseguenze sanzionatorie è apparsa, però, una contropartita che alletta poco le imprese, specialmente quelle finanziariamente più rilevanti, preoccupate più per i danni d'immagine che possono scaturire dal processo penale che della sanzione pecuniaria.

Volendosi richiamare alla classica allegoria della Giustizia, Themis è una dea bendata che non vede in quale direzione punta la sua spada. Una giustizia

²⁶ MAZZACUVA, *La diversione processuale*, cit., 80 ss.

²⁷ Cf. ALSCHULER, *Plea Bargaining and its history*, in *Columbia law review*, 791, 1, 1979 ss.

²⁸ SCOTT-STUNTZ, *Plea Bargaining as a Contract*, in *Yale Law Journal*, 101, 1992, 1909 ss.

²⁹ Sulle differenze tra il *bargaining* statunitense e il patteggiamento italiano si v. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., 75.

cieca vuole essere neutrale nell'applicazione della legge, ma non ha contezza dei danni incalcolabili che può arrecare. Quel che chiedono gli operatori economici è allora una giustizia dagli occhi spalancati e dalla bocca chiusa, che sappia guardare con attenzione gli interessi in bilico, soppesare le ripercussioni delle sue decisioni e tacere per quanto è possibile su quel che riguarda l'azienda, consapevole che «una sola parola pronunciata alle orecchie del mercato può decretare la [sua] morte e, di conseguenza, causare danni colossali a coloro la cui esistenza è legata al futuro dell'azienda»³⁰.

Da qui la ricerca di un accordo per differire o evitare del tutto un procedimento giudiziario, offrendo come contropartita la realizzazione di una congerie di prestazioni dirette a riparare l'offesa arrecata.

Del resto, i germi dello sviluppo di queste forme di negoziazione erano già insiti nel paradigma della *compliance*. Per comprenderlo, occorre anzitutto sciogliere l'ambiguità del termine, impiegato per indicare sia l'obiettivo di conformità ad una norma, sia quanto è necessario per raggiungerlo. In questa seconda accezione, rilevante per intendere ciò che l'ordinamento si aspetta dall'impresa, la *compliance* si traduce in un set di regole, procedure, organi e uffici preposti alla gestione di un particolare rischio operativo: il rischio che vengano commessi reati nel contesto aziendale e quindi di incorrere in sanzioni, perdite finanziarie e danni reputazionali³¹.

Allo scopo di evitare tali pregiudizi, l'impresa procede, anzitutto, a mappare le aree di rischio-reato (processo di *risk assessment*), cioè ad individuare tutte le attività in cui i suoi agenti o dipendenti potrebbero rendersi autori di condotte criminose. Valutati gli scenari possibili, delinea un sistema organizzativo e procedurale, costellato di un certo numero di regole cautelari e misure di sicurezza idonee a prevenire che quel rischio-reato si concretizzi (processo di *risk management*)³².

Non si tratta, però, di un'attività che possa esaurirsi nella mera configurazione di una struttura organizzativa astrattamente idonea a ridurre il rischio di commissione di reati. L'essenza di un apparato di *compliance*, infatti, non

³⁰ Si deve questa lettura a GALLI, *Une justice pénale propre aux personnes morales. Réflexions sur la convention judiciaire d'intérêt public*, in *Rev. sc. crim.*, 2018, 384.

³¹ COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 28; PRESTI, *What we talk about*, cit., 25.

³² Sul tema si rinvia a GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., 254 ss.

risposa solo sulle regole, ma deve vivere nei comportamenti concreti di coloro che operano nell'impresa. Come evidenziato in dottrina, nelle società «il comportamento è allo stesso livello delle regole, se non al di sopra di esse, poiché guida la loro interpretazione e applicazione»³³. La *compliance*, dunque, non deve limitarsi ad affastellare regole e procedure staticamente considerate, bensì tradursi nella continua e dinamica interazione con gli aspetti comportamentali.

Il sistema di prevenzione deve inoltre mostrarsi resiliente ai mutamenti del contesto interno ed esterno all'impresa. L'organo di vigilanza è quindi chiamato a verificare non solo che le regole che l'impresa si è data vengano rispettate, ma anche che queste continuino a mostrarsi efficaci rispetto all'obiettivo di minimizzazione del rischio-reato. In caso contrario, occorrerà rivedere i protocolli di prevenzione e correggerli o aggiornarli.

La *compliance* è dunque non un ciclo chiuso, bensì un processo di continuo adeguamento della struttura organizzativa. Un'attività dinamica, sempre perfezionabile e quindi imperfetta, incapace di garantire la certa neutralizzazione del rischio ma solo la sua minimizzazione, perciò poco adatta a fungere da parametro statico su cui fondare un giudizio di responsabilità dell'ente. È facile da comprendere, allora, come mai la *compliance*, in una prima fase evocata per soddisfare esigenze di personalizzazione del rimprovero mosso all'ente, sia stata poi impiegata per perseguire obiettivi di riparazione dell'illecito³⁴. E questa mutazione genetica è stata resa possibile proprio attraverso gli accordi di diversione processuale, con cui il *prosecutor* offre la rinuncia all'esercizio dell'azione penale in cambio di un'attività *lato sensu* riparatoria da parte dell'impresa.

Ripercorriamo brevemente le tappe salienti di questo percorso evolutivo.

Negli Stati Uniti il sistema di imputazione della responsabilità all'ente collettivo segue il modello civilistico della responsabilità vicaria (*respondeat superior*): la persona giuridica può essere chiamata a rispondere per la condotta illecita della persona fisica sulla base di criteri ascrittivi di marca oggettiva, come il mero collegamento con l'attività d'impresa e l'interesse o vantaggio

³³ Così PRESTI, *What we talk about*, cit., 37.

³⁴ COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 126 ss.

dell'ente alla commissione del reato. Così strutturato, questo schema di imputazione, utile per estendere all'impresa la responsabilità penale per i *regulatory offences* e gli *strict liability offences*, rendeva problematica l'ascrizione dei reati fondati sulla *mens rea*, la cui integrazione richiede, cioè, la sussistenza di un elemento soggettivo³⁵. Ma soprattutto non consentiva all'impresa di far valere in giudizio gli sforzi compiuti dalla propria struttura organizzativa, spesso mediante l'impiego di primitivi strumenti di *compliance* volontaria (codici di condotta e codici etici), per adeguarsi alle leggi statuali e federali, sempre più numerose e pervasive delle attività economiche³⁶.

In questo contesto, l'approvazione nel 1991 delle *US Sentencing Guidelines for Organizations*, volte a limitare l'eccessiva discrezionalità delle corti federali nella punizione dei reati ascrivibili alle imprese, ha segnato un fondamentale punto di svolta nella storia della moderna *compliance* penale³⁷. Preso atto che neppure l'impresa più diligente è in grado di assicurare il "rischio zero", le linee guida federali concessero la possibilità di valorizzare l'impegno profuso nella predisposizione di un sistema di prevenzione mediante la mitigazione della risposta sanzionatoria. Più precisamente, lo sconto di pena andava riconosciuto all'ente che si fosse dotato di un sistema di *compliance* effettivo e adottato condotte collaborative *post factum*, anche mediante la riorganizzazione aziendale orientata al rispetto della legalità. In questo modo la responsabilità dell'ente continua a mantenere una fisionomia oggettiva, ma ad essa non rimanevano estranee talune considerazioni sulla colpevolezza, in funzione di personalizzazione del rimprovero, per quanto non nella fase di ascrizione del reato, bensì in quello della commisurazione della risposta sanzionatoria.

³⁵ Sul punto cfr. DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, in *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 5 ss.; FIORELLA-SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello «spazio globale»*, Torino, 2018, 119 ss.; MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2017, 310 ss.

³⁶ COLACURCI, *L'illecito «riparato» dell'ente*, cit., 126 ss.

³⁷ Sul punto cfr. MILLER, *Compliance in Historical Context*, in *Corporate Compliance on a Global Scale*, cit., 13 ss.; RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Torino, 2018, 92 ss.; Id., *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 12 ottobre 2015, 5; COLACURCI, *L'illecito «riparato» dell'ente*, cit., 135; DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, cit., 11 ss.

La *compliance*, fino a quel momento un semplice manifesto di politica aziendale, diretto a palesare l'adesione ai valori della legalità, restava un'opzione rimessa alla libera scelta dell'impresa, benché adesso fortemente sollecitata dall'ordinamento.

Nei fatti, i risultati raggiunti dopo l'emanazione delle *Sentencing Guidelines* sono stati piuttosto modesti e non solo perché la Corte Suprema non ha riconosciuto loro forza vincolante nel computo della sanzione. A pesare sul fallimento delle linee guida è stata soprattutto l'oggettiva difficoltà incontrata dall'autorità giudiziaria nella valutazione di idoneità ed effettività del *compliance program*³⁸. Lo sconto di pena, inoltre, era ancora troppo poco agli occhi delle imprese, comunque esposte al rischio di subire dall'avvio d'un procedimento penale un micidiale danno d'immagine. Per indurle a collaborare nell'opera di contrasto ai reati d'impresa bisognava offrire sul piatto qualcosa di più: la non punibilità, da conseguire attraverso un rimedio stragiudiziale.

Il contesto era fertile per lo sviluppo, nella prassi, dei *pre-trial agreements*. Questi strumenti di diversione processuale avevano in realtà un'origine ben più risalente, che si colloca negli anni '30 del secolo scorso, allorché vennero impiegati nel contrasto al crescente fenomeno della delinquenza giovanile³⁹. Muovendo dalla premessa che quella del minore è una personalità in corso di formazione, sul cui sviluppo il processo penale può incidere in maniera assai pregiudizievole, ci si rese conto che fosse preferibile rinunciare all'esercizio dell'azione penale per puntare al recupero del minore, favorendone così il reingresso in società, a condizione che questi avesse positivamente esperito un periodo di *probation* per dimostrare nei fatti il suo cambio di rotta.

Il *pattern* si prestava a essere replicato nell'ambito della responsabilità dei soggetti corporativi, comuni essendo, in un certo qual modo, le esigenze da soddisfare - neutralizzare gli effetti pregiudizievole rivenienti dall'incriminazione -, le finalità da perseguire - agevolare il ritorno nel circui-

³⁸ Come detto, la prospettiva del "rischio zero" non è altro che un'utopia: l'istituzione di una funzione di *compliance*, anche di altissimo livello di efficienza, non è in grado di escludere *in toto* la possibilità che nel contesto aziendale siano commessi reati, può solo fornire una ragionevole prospettiva di riduzione del rischio. Ma se questo è vero, il *compliance program* è inevitabilmente uno strumento costantemente imperfetto e quindi ontologicamente imperfetto.

³⁹ MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., 162; RUGGIERO, *Non prosecution agreements*, cit., 4-5; si v., *amplius*, VITO-WILSON, *The American Juvenile Justice System*, Sage Publications, 1985, 22 ss.

to della legalità – e le “personalità” con cui trattare, poiché anche «le società, un po’ come i giovani, necessitano di guida, riabilitazione e supervisione»⁴⁰.

4. *Gli accordi di diversione processuale: i deferred e non prosecution agreements.* Dall’esperienza della giustizia penale minorile vennero perciò mutuati, a partire dagli anni ’90, i *deferred prosecution agreements* (DPAs) e i *non prosecution agreement* (NPAs)⁴¹.

Il DPA può essere descritto come un accordo tra *prosecutor* e impresa indagata, una sorta di negozio sinallagmatico con cui il primo, a fronte di un’accusa a carico dell’ente, sospende l’esercizio dell’azione penale e si impegna a rinunciare del tutto alla formale incriminazione (*criminal indictment*) se l’impresa, dal canto suo, adempie una serie di prestazioni di tipo riparatorio e collaborativo entro un certo periodo di tempo di osservazione.

I contenuti di questo accordo non sono oggetto di una disciplina positiva, ma possono ricavarsi dalla prassi. Anzitutto, l’ente è tenuto a prendere in carico dell’addebito mosso nei suoi confronti, mediante uno *statement of facts* irrettabile (che però non consiste in una formale ammissione di colpevolezza, come invece nel *bargaining*) utilizzabile nel procedimento penale in caso di esito negativo della *diversion*. L’impresa, inoltre, deve fornire alle autorità inquirenti una collaborazione “straordinaria”, in particolare nell’individuazione della persona fisica responsabile del reato, anche attraverso la rinuncia ad una serie di prerogative costituzionali sulla segretezza dei colloqui confidenziali tra avvocato e cliente, nonché sulla documentazione difensiva (cc.dd. *attorney-client* e *work product privileges*). Ma soprattutto l’impresa deve adottare o modificare il proprio *compliance program* e quindi implementare o migliorare il sistema di prevenzione dei reati, spesso sotto il controllo di commissari esterni (c.d. *monitor*). A ciò generalmente si aggiunge il pagamento di adeguate somme di denaro a titolo, a seconda dei casi, di ri-

⁴⁰RUGGIERO, Non prosecution agreements, cit., 5.

⁴¹Sul punto cfr. COLACURCI, *L’illecito “riparato” dell’ente*, cit., 145; MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione “negoziata” per l’ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *L’indice penale*, 2013, 2, 737 ss.; ID., *La diversione processuale*, cit., 81 ss.; ID., *L’ente premiato*, cit., 165 ss.; RUGGIERO, *op. ult. cit.*, 3 ss.; si v. anche *Deals de justice. Le marché américain de l’obéissance mondialisée*, a cura di Garapon-Servan-Schreiber, Parigi, 2013.

sarcimento dei danni provocati, di sanzione per l'illecito commesso (*financial penalty*), financo di donazione a istituzioni benefiche, oltre che la messa a disposizione del profitto dei reati ai fini della confisca.

L'*agreement* dà vita ad un rapporto bilaterale, ma vede l'intervento anche del giudice, soggetto terzo e imparziale che deve autorizzare il differimento dell'incriminazione. È questa una prima fondamentale differenza rispetto al NPA, che invece è interamente sottratto alla delibazione giudiziale e dunque si atteggia ad accordo privato tra organo inquirente e impresa indagata. La seconda differenza riguarda il tempo in cui viene raggiunto l'accordo: quando si giunge alla stipula di un DPA gli addebiti a carico dell'impresa sono stati già formalizzati, mentre il NPA interviene prima della formale iscrizione della notizia di reato a carico dell'ente (*filing*). Per il resto, i contenuti delle due tipologie di accordi possono anche essere identici.

In entrambi i casi, l'impresa è così in grado di evitare non solo il processo ma, più a monte, la stessa incriminazione e, con essa, gli effetti stigmatizzanti che discendono dal processo penale o dalla diffusione della sua notizia. In cambio, l'ordinamento ottiene un contributo di collaborazione significativo, in termini non solo di individuazione delle persone fisiche che hanno materialmente commesso i reati, ma anche di riorganizzazione delle società in senso *compliant*, così da avere, per il futuro, validi alleati nell'opera di prevenzione della criminalità d'impresa.

L'obiettivo di prevenzione diviene però un *posterius* rispetto a quello che, in questo contesto, la *compliance* prende di mira, ossia la riparazione dell'illecito e la riabilitazione dell'ente. Ecco così divenire evidente la mutazione genetica della *compliance*: da paradigma cui le imprese volontariamente ricorrono per evitare di incorrere in processi, a *modus operandi* sollecitato dall'ordinamento medesimo per la prevenzione dei reati ed elemento di personalizzazione del rimprovero all'ente, a strumento che, con la sua straordinaria flessibilità e dinamicità, si mostra più efficiente nella riparazione.

Non a caso, a cavallo del nuovo millennio, quella dei *pre-trial agreements* è stata e continua ad essere una strada ampiamente battuta dalla pubblica accusa. Dopo le prime sperimentazioni in ambito societario, agli inizi degli anni '90, la prassi degli accordi di diversione esplose a seguito del fallimento della

Arthur Andersen Ltd, una delle cinque società multinazionali più importanti al mondo nel campo della consulenza e della revisione aziendale a livello mondiale⁴². Accusata di ostruzionismo alla giustizia, la società aveva rifiutato di riconoscere la propria responsabilità, ragion per la quale il procuratore federale ne aveva chiesto e ottenuto prima l'incriminazione e poi la condanna. In seguito, però, questa iniziale condanna era stata annullata per un vizio di procedura e il Dipartimento di Giustizia aveva rinunciato a procedere nuovamente, preso atto che frattanto la società era ormai economicamente distrutta, a causa della fuga dei clienti determinata dallo scandalo giudiziario e della frammentazione del gruppo.

Questa drammatica vicenda processuale - ormai divenuta caso paradigmatico, tanto che in letteratura si suole utilizzare la formula "effetto Arthur Andersen" per indicare i rischi collaterali di un procedimento penale sull'impresa - rese una volta di più evidente come la *corporate prosecution*, quando mal governata o intempestiva, possa involontariamente provocare l'"enticidio"⁴³, la crisi irreversibile dell'impresa, o comunque concorrere alla sua accelerazione. Un cortocircuito del sistema che si affianca ai casi in cui la morte dell'impresa trova origine in cause endogene, legate alla *mala gestio* del vertice aziendale (che conduce una spregiudicata politica imprenditoriale ad alto tasso di rischiosità sul piano finanziario) o alla scarsa cultura in tema di *compliance* (che determina situazioni di grave disorganizzazione interna), gli enticidi generati da risposte sanzionatorie o misure di contrasto sproporzionate o inadatte allo scopo e, ancor prima, dalla diffusione della notizia relativa all'incriminazione. Tutto ciò finisce inesorabilmente per riverberarsi sui terzi "innocenti", come i dipendenti della società fallita e i suoi azionisti, oltre che i creditori sociali, costretti a spartirsi quel che resta della massa attiva, e infine sull'ordine pubblico-economico nel suo complesso.

⁴²Sulla vicenda giudiziaria della Arthur Andersen Ltd cfr. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 144 ss.; GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, Torino, 2005, 45 ss.; GARRETT, *Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise With Corporations*, Belknap, Harvard, 2014, 49 ss.; MARKOFF, *Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century*, in *15 Un. Penn. J. Bus. Penn.*, 2013, 797 ss; RUGGIERO, *Non prosecution agreements*, cit., 7.

⁴³Così MEZZETTI, *L'enticidio: una categoria penalistica da ricostruire ed una conseguenza per l'azienda da evitare*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, *passim*.

Considerazioni di questo tipo hanno suggerito maggiore cautela nell'affrontare i casi di responsabilità da reato delle società, in particolare quelli che coinvolgono colossi societari, il cui fallimento può sprigionare effetti potenzialmente devastanti per la tenuta del sistema economico-finanziario. Insomma, che riguardano quelle imprese *too big to jail* perché *too big to fail*. Da qui la proliferazione di paradigmi alternativi di risoluzione del conflitto sprigionato dalla realizzazione di un reato d'impresa, incarnati soprattutto negli accordi di diversione processuale.

L'esplosione della prassi dei *pre-trial agreements* ha però determinato l'emersione di un'altra spinosa questione, legata all'estrema discrezionalità dei *prosecutors* nel trattare le vicende penali che coinvolgono le imprese. Il problema era già stato considerato dal *Department of Justice* (DOJ), cui si deve l'elaborazione di una serie di criteri-guida per la pubblica accusa, confluiti nei *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*⁴⁴. A differenza delle *Sentencing Guidelines*, che vengono in rilievo solo dopo il verdetto o il *guilty plea*, i *Principles* vincolano la discrezionalità degli inquirenti nella scelta del "se" esercitare l'azione penale, preso atto che ormai le scelte più importanti che incidono sulle sorti dell'impresa si collocano in uno stadio antecedente alla formale incriminazione. Come le linee guida federali, anche i *Principles* si preoccupano di incoraggiare la condotta reattiva dell'impresa, con un incentivo che però non è più direttamente connesso alla pena che l'ente può aspettarsi di subire, bensì alla scelta di addebito.

La versione originaria dei *Principles*, emanata nel 1999 dall'allora Attorney General Eric Holder (c.d. "Holder Memo")⁴⁵, non faceva ancora menzione dei *pre-trial agreements*, ma indicava una serie di «factors should generally inform a prosecutor in making the decision whether to charge a corporation in a particular case»⁴⁶, così implicitamente delineando i termini per un possibile accordo con l'impresa.

⁴⁴ Sul punto cfr. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 143 ss.; FIDELBO-RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 4, 10 ss.; FRANZIN, *Meccanismi premiali e responsabilità dell'ente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1, 432; MILLER, *Compliance*, cit., 14 ss.

⁴⁵ *Memorandum from Eric Holder, Deputy Attorney General, Dep't of Justice, on Bringing Criminal Charges Against Corporations*, 16 giugno 1999, in www.justice.gov.

⁴⁶ *Ivi*, 1.

Tra i vari «factors to be considered» nella scelta tra l'incriminazione e il patteggiamento, un peso significativo assumeva (e continua ad assumere) l'efficace adozione di un *compliance program*, la cui valutazione è di fatto anticipata alla fase delle indagini. Anzitutto il *prosecutor* deve verificare «the existence and adequacy of the corporation's compliance program»; in mancanza di una *compliance ex ante*, assumono rilievo le condotte reattive, «the corporation's remedial actions, including any efforts to implement an effective corporate compliance program or to improve an existing one, to replace responsible management, to discipline or terminate wrongdoers, to pay restitution, and to cooperate with the relevant government agencies»⁴⁷.

Tra i fattori che possono incidere sulla scelta del *prosecutor* di optare per soluzioni stragiudiziali, i *Principles* contemplano le possibili conseguenze collaterali derivanti dall'accusa penale o dalla condanna, «including disproportionate harm to shareholders and employees not proven personally culpable»⁴⁸ e l'adeguatezza dei rimedi non penali.

L'elaborazione dell'*Holder Memo* precede la controversa vicenda giudiziaria dell'Arthur Andersen, ma subito dopo il fallimento della società di consulenza e a fronte del proliferare nella prassi dei *pre-trial agreements*, i *Principles* in esso contenuti vennero più volte rimaneggiati con una serie di memorandum per adattarli all'esigenza di evitare all'impresa il processo penale, a fronte però di una fattiva opera di collaborazione nelle indagini.

Su questo versante, il *Thompson Memo* del 2003 si segnala per la particolare enfasi con cui imponeva ai *prosecutor* di vagliare se la società stesse fornendo una collaborazione realmente “autentica” alle autorità, autenticità che veniva agganciata alla rinuncia all'*attorney-client privilege* e alla *work product protection*, nonché alla presa di distanze dai dipendenti o agenti posti sotto accertamento⁴⁹.

⁴⁷ *Ivi*, 3.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Cfr. HARDIN, *Federal Prosecution of Business Organizations: The Thompson Memorandum and its Aftermath*, in *Alabama Law Review*, vol. 59, n. 1, 2007, 207 ss; RUGGIERO, *Non prosecution agreements*, cit., 9 ss; KEEFE, *Revisions of the Thompson Memorandum and Avoiding the Stein Problems: A Review of the Federal Policy on the Prosecution of Business Organizations*, in *42 Conn. L. Rev.*, 2009, 273. Il *Memorandum from Larry D. Thompson, Deputy Attorney General, Dep't of Justice, on Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, to Heads of Departments Components*

Indicazioni, queste ultime, che si ponevano in decisa rotta di collisione con il V e il VI Emendamento della Costituzione Americana, tanto da suscitare una immediata quanto giustificata levata di scudi da parte della dottrina e financo della Corte Suprema⁵⁰. Non a caso, nelle successive riformulazioni dei *Principles*, la rinuncia all'*attorney-client privilege* venne prima limitata a casi eccezionali e poi definitivamente eliminata quale condizione imprescindibile per dimostrare l'autenticità della collaborazione con l'autorità giudiziaria. Di contro, si cominciò ad attribuire maggior peso alla circostanza che la società sia disponibile alla nomina di un *monitor* esterno che la affianchi nell'opera di riorganizzazione aziendale e vigili sull'effettiva attuazione del *compliance program*.

È proprio nell'ambito di quest'opera di continua revisione dei *Principles* che si innesta il formale riconoscimento dei *pre-trial agreements*. È il *Filip Memo* del 2008, infatti, a prevedere, per la prima volta nero su bianco, che le imprese possano evitare il processo stipulando col pubblico ministero un accordo di diversione⁵¹. In breve, il *prosecutor* che cerchi una via intermedia tra l'esercizio dell'azione penale e la rinuncia ad essa ha a disposizione una strada negoziale, da valutare «in a pragmatic and reasoned way»⁵², avuto riguardo alla possibilità di ottenere il risultato più equo e soddisfacente possibile.

In questa prospettiva, l'avvio di un procedimento penale a carico dell'impresa non può che costituire un'eventualità residuale. Nella maggior parte dei casi, infatti, la straordinaria flessibilità dello strumento negoziale e il dinamismo della *compliance* consentono di ottenere la migliore composizione di tutti gli interessi in campo, dalla promozione del rispetto della legge alla tutela dell'integrità aziendale. Non ultimo, la possibilità di garantire un risarcimento alle vittime, la riparazione dei danni cagionati dalla condotta criminosa e la riorganizzazione dell'impresa in funzione di prevenzione di futuri reati.

and *United States Attorneys*, 20 gennaio 2003, è consultabile in www.justice.gov.

⁵⁰ *United States v Stein*, 435 F.Supp.2d 330 (S.D.N.Y. 2006).

⁵¹ *Memorandum from Mark Filip, Deputy Attorney General, Dep't of Justice, on Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, 28 agosto 2008, in www.justice.gov, 2: «in certain instances, it may be appropriate [...] to resolve a corporate criminal case by means other than indictment. Non-prosecution and deferred prosecution agreements, for example, occupy an important middle ground between declining prosecution and obtaining the conviction of a corporation».

⁵² *Ivi*, 18.

Si noti come quegli stessi caratteri della *compliance* che la rendono inadeguata a fungere da criterio soggettivo di imputazione della responsabilità all'ente, si sono rivelati perfettamente funzionali al perseguimento di obiettivi di riparazione. Tutto ciò ha finito per incidere in modo significativo sul regime di responsabilità penale degli enti collettivi, determinando «uno spostamento delle priorità punitive sulla condotta proattiva del soggetto corporativo»⁵³, da incentivare attraverso la promessa della non punibilità.

5. Profili di criticità: la distorsione del ruolo del prosecutor. In breve tempo la via negoziale caldeggiata dal *Filip Memo* è divenuta quella maggiormente percorsa nell'ambito della *corporate prosecution* a livello federale⁵⁴.

La particolare duttilità dello strumento contrattuale, infatti, consente al *prosecutor* di individuare le soluzioni operative che meglio si attagliano alle peculiarità del caso concreto e che contemperano in maniera soddisfacente tutti gli interessi che vengono in rilievo.

Almeno in linea teorica.

Gli studi sull'analisi economica del contratto, infatti, evidenziano come l'accordo tra le parti sia in grado di realizzare una efficiente allocazione delle risorse, e quindi di fungere da reale strumento di giustizia distributiva, solo in presenza di talune imprescindibili condizioni, per vero non sempre sussistenti nella prassi dei *pre-trial agreements*.

Anzitutto, i contraenti potranno conseguire una composizione appagante dei loro interessi solo se poste in una posizione di parità. In presenza di asimmetrie informative o economiche, infatti, la parte dominante ha di fatto il potere di regolamentazione del contratto e quindi di sbilanciare il sinallagma verso il soddisfacimento unico o prevalente dei suoi interessi, a discapito di quelli della parte in posizione contrattuale deteriore.

Sotto questo versante prospettico, nel rapporto che, in sede di stipulazione di un *pre-trial agreement*, intercorre tra *prosecutor* e impresa indagata può evidentemente riscontrarsi una condizione di asimmetria, normalmente sbilanciata dal lato dell'inquirente, titolare di un potere pubblico discrezionale par-

⁵³ Così MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., 167

⁵⁴ MAZZACUVA, *La diversione processuale*, cit., 80.

ticolarmente incidente sulle sorti e sulla sopravvivenza stessa dell'operatore economico.

Come è stato osservato in dottrina, di norma le società non hanno alcun tipo di margine nella conduzione delle trattative: «pur di evitare un possibile, devastante *indictment* [...] sono costrette ad accettare ogni genere di richiesta imposta dalla pubblica accusa»⁵⁵, talora anche in presenza di elementi probatori inconsistenti o a condizioni deteriori rispetto a quelle che potrebbero derivare dalla condanna.

L'aspetto maggiormente problematico risiede nell'estrema discrezionalità riconosciuta al pubblico ministero in tutte le fasi in cui si esplica il rapporto negoziale con l'impresa. Anzitutto in fase di trattative, dove è la pubblica accusa a definire il contenuto delle obbligazioni riparatorie. Nella fase di esecuzione dell'accordo, invece, la pervasività del potere del *prosecutor* si manifesta nella forma di interventi invasivi sull'organizzazione aziendale – cambio del *management*, revisione di alcune prassi aziendali, riorientamento della *mission* imprenditoriale –, specialmente quando l'opera di ridefinizione degli assetti aziendali viene affidata a consulenti esterni, i c.d. *monitor*, attraverso cui l'organo inquirente è in grado di tenere le redini della società. Infine, nella fase patologica del rapporto, l'organo inquirente ben potrebbe ritenere non adempiuti gli obblighi previsti dall'accordo e decidere discrezionalmente di esercitare l'azione penale, peraltro dopo aver avuto la possibilità di entrare in possesso di informazioni riservate e di documentazione aziendale da spendere nel processo *de societate*. Insomma, una volta intrapresa la via negoziale, l'impresa non può fare altro che assecondare tutte le richieste del *prosecutor*, arbitro unico del suo destino⁵⁶. Anche le pretese più stravaganti – come quella di imporre all'impresa di finanziare nuovi corsi universitari⁵⁷ –, del tutto sconnesse dal piano dell'offesa.

La grande discrezionalità lasciata all'autorità inquirente, peraltro, non trova

⁵⁵ Così RUGGIERO, Non prosecution agreements, cit., 11.

⁵⁶ *Ivi*, 11 ss.

⁵⁷ *Ivi*, 12. Il riferimento è al DPA concluso tra l'U.S. Attorney's Office for the District of New Jersey e la Bristol Myers Squibb, che ha imposto alla società di farsi economicamente carico dell'insegnamento di Business Ethics and Corporate Governance presso la Seton Hall University School of Law, nella quale si era laureato il pubblico ministero precedente.

un temperamento nel controllo del giudice, il quale, nella sua veste di arbitro imparziale, sarebbe in grado di correggere le disfunzionalità scaturite dall'asimmetria negoziale. Sennonché, anche con riferimento ai *deferred prosecution agreements*, dove in effetti il controllo giudiziale è previsto, il ruolo giocato dall'organo giudicante si dimostra insufficiente, trattandosi di un controllo meramente formale, che non riesce a spingersi fino al vaglio del contenuto negoziale. Di fatto, il giudice perde la sua tradizionale funzione arbitrale e ne assolve una meramente validatoria. È quello che Garapon definisce la nuova forma "neoliberale" di decisione giudiziaria, che assegna al giudice un ruolo semplicemente binario: gli si chiede di convalidare o di rigettare in blocco, senza possibilità di modificare il progetto di decisione che gli viene sottoposto⁵⁸. E il più delle volte tende ad aderirvi, come dimostra la prassi dei DPAs, rispetto ai quali l'autorizzazione al differimento praticamente non è mai stata negata⁵⁹. Per non parlare, poi, dei *non prosecution agreements*, rispetto ai quali l'intervento del giudicante non è neppure contemplato.

La diffusione degli accordi di diversione, dunque, se per un verso ha esaltato la funzione riparatoria della *compliance*, dall'altro ha determinato una significativa espansione dei poteri ma anche delle funzioni del pubblico ministero. Attraverso l'imposizione della riorganizzazione aziendale, infatti, egli è in grado di ingerirsi nei processi decisionali della società e di piegare la *mission* aziendale anche verso il perseguimento di interessi ultronei a quelli originariamente presi di mira dalla compagine sociale.

Questo inedito ruolo di regolatore dell'attività di impresa di solito viene esercitato dal procuratore non direttamente ma, come anticipato, attraverso la nomina di *monitor*, soggetti esterni all'impresa chiamati a vigilare sulla corretta implementazione di presidi di prevenzione dei crimini d'impresa e sul rispetto degli obblighi di riparazione assunti con l'accordo di diversione. Si tratta, invero, di una misura parecchio invasiva, in specie per come nella prassi i compiti e i poteri dei *monitor* si sono progressivamente espansi: da meri supervisori della riorganizzazione dell'impresa in senso *compliant*, hanno assun-

⁵⁸ GARAPON, *La Raison du moindre État*, cit., 37.

⁵⁹ Cfr. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 147 ss; ORSINA, *Messa alla prova*, cit., 125; RUGGIERO, *Non prosecution agreements*, cit., 13.

to il ruolo più dinamico di consulente delle scelte di governo della società, pur essendo normalmente privi di adeguate competenze manageriali. Di frequente, infatti, vengono incaricati dei giuristi, molto spesso addirittura *ex* pubblici ministeri che, oltre ad essere digiuni di conoscenze aziendalistiche, danno ai programmi di *compliance* una impronta marcatamente penalistica, sbilanciata sulla deterrenza dei fenomeni criminali più che sulla diffusione di un'etica d'impresa e di una cultura del rispetto delle regole⁶⁰. Non stupisce allora che la dottrina suggerisca di limitare il più possibile queste forme di monitoraggio ai soli casi in cui risulti davvero necessario alla stregua di una valutazione costi-benefici⁶¹.

A dire il vero, è ormai l'intero fenomeno dei *pre-trial agreements* a essere oggetto di serrate critiche da parte della dottrina statunitense, in particolare per la descritta espansione (o, meglio, distorsione) del ruolo del *prosecutor*, da organo investigativo a operatore del mercato. Gli accordi di diversione, infatti, attraverso cui la pubblica accusa è in grado di imporre all'impresa obblighi di riorganizzazione e di riparazione, costituiscono un veicolo per immettere nel mercato delle regole di azione nel mercato che gli operatori economici verosimilmente non avrebbero mai seguito e che finiscono per condizionare il modo di agire di tutte le altre imprese che appartengono al medesimo settore⁶², per tema d'incappare anch'esse sotto il maglio dell'autorità giudiziaria. In breve, nelle mani della pubblica accusa e, per loro tramite, del Dipartimento di Giustizia, gli accordi di diversione sono divenuti un efficace strumento per dare attuazione a scelte non solo di politica criminale ma anche di politica economica.

Le direttrici di sviluppo di questa inedita strategia di etero-direzione del mercato per mano del potere politico-giudiziario - non bisogna dimenticare, infatti, che negli Stati Uniti i procuratori statali sono eletti dal popolo e quelli federali sono espressione del partito del Presidente⁶³ - non sono del tutto

⁶⁰ COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 148 ss.; RUGGIERO, *op. ult. cit.*, 12 ss.

⁶¹ KHANNA, *Reforming the Corporate Monitor?*, in *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, a cura di Barkow-Barkow, New York, 2011, 235. Si suggerisce, inoltre, la creazione di un apposito albo dei *monitor*, nel quale possano iscriversi solamente soggetti altamente qualificati.

⁶² RUGGIERO, *Non prosecution agreements*, cit., 14.

⁶³ *Ivi*, 8.

prevedibili. Una volta penetrati, ancorché virtualmente, nei consigli di amministrazione delle società, i *prosecutors* non si accontenterebbero più di indurre le imprese a dotarsi di dispositivi di prevenzione del crimine, ma pretenderebbero di ingerirsi negli affari interni delle imprese⁶⁴, facendo pressione su di esse fianco per cambiare le strategie aziendali e dirottare la propria *mission* verso il perseguimento delle più varie istanze pubblicistiche⁶⁵.

Del resto, l'ampio ricorso ai *pre-trial agreements* quale strumento per eterodirigere il mercato sembra riconducibile ad una più ampia tendenza verso forme di neo-interventismo statale in economia. L'avvento del terzo millennio, segnato dalla crisi economica e dalla conseguente e montante sfiducia nel mito neoliberalista⁶⁶, vede infatti una progressiva rioccupazione, da parte dello Stato, di aree di *policy* che dagli anni 1970 aveva abbandonato in favore del mercato⁶⁷. La mano dello Stato torna a farsi visibile, talora in forme sconosciute al tempo dei fasti dello Stato imprenditore, mediante cioè l'impiego dei più vari strumenti di direzione pubblica dell'economia, anche di tipo giurisdizionale, come appunti i *pre-trial agreements*.

Ciò che lascia perplessi è che simili istanze di governo del mercato siano lasciate alle mani del Dipartimento di Giustizia, per tramite dei *prosecutors* e dei *monitor* da essi nominati, anziché in quelle più adeguate del Dipartimento del commercio. La deformazione del ruolo del *prosecutor* diviene così la distorsione delle tradizionali funzioni riconnesse all'amministrazione della giustizia, che si allontana dal paradigma del *laissez faire* e si avvicina a forme

⁶⁴ ARLEN, *Removing Prosecutors from the Boardroom: Limiting Prosecutorial Discretion to Impose Structural Reforms*, in *Prosecutors in the Boardroom*, cit., 66 ss.

⁶⁵ Ipotizzando gli scenari più estremi, in una contingenza storica in cui sempre più assordanti si fanno i rumori di guerra, gli accordi di diversione possano essere utilizzati, ad esempio, come leva per la riconversione della produzione aziendale a sostegno dello sforzo bellico, da considerare quale misura riparatoria di valenza sociale in senso ampio. O, ancora, seguendo la stessa logica, per indirizzare il mondo imprenditoriale verso la transizione ecologica e imporre alle attività economiche una linea di produzione sostenibile.

⁶⁶ Non sembra tuttavia che si possa affermare che questo fenomeno di neo-interventismo dello Stato contraddica la forma neoliberale dell'economia. Come spiega GARAPON, *La Raison du moindre État*, cit., 8, infatti, il neoliberalismo è pur sempre un prodotto dello Stato funzionale non al suo ritiro ma al suo "smintimento", da intendere nell'ambito di un cambiamento di strategia. È evidente che in presenza di una grave crisi economia questa strategia possa subire un riadattamento che vede un ruolo statale più accentuato.

⁶⁷ SABATINO, *I paradigmi giuridici della pianificazione per lo sviluppo. Un'indagine di diritto comparato dell'economia*, Napoli, 2022, 141 ss.

di Stato attivo.

Questa metamorfosi, peraltro, si coglie anche in quelle letture del fenomeno dei *pre-trial agreements* che invece fanno premio su una tendenza apparentemente opposta a quella finora descritta, nel segno, cioè, della vittoria del mercato sulla giustizia.

In effetti, non è del tutto vero che nel rapporto certamente asimmetrico tra *prosecutor* ed ente collettivo sia sempre quest'ultimo a dover impersonare la parte del contraente debole: al cospetto di un colosso finanziario - *too big to fail* - il pubblico ministero ci penserà due volte prima di esercitare l'azione penale nei suoi confronti e rischiare in tal modo, una volta assestato un fatale danno di immagine all'impresa, d'innescare un processo che la porti al fallimento, con tutti gli effetti potenzialmente devastanti per l'economia del Paese che potrebbero scaturirne. Molto meglio percorrere la via negoziale dei *pre-trial agreements*, attraverso cui l'impresa, facendosi forza del suo potere economico, è in grado di transigere condizioni più vantaggiose di quelle che meriterebbe o che comunque potrebbero esserle imposte all'esito di un processo *de societate*. Ad esempio, limitandosi ad adottare *compliance programs* "cosmetici", di mera facciata, e accettando di pagare sanzioni anche elevate in termini assoluti, ma assai modeste rispetto al profitto conseguito con l'azione criminosa⁶⁸.

Pure in questi casi è dato rilevarsi quella trasmutazione delle funzioni del pubblico ministero, divenuto arbitro di scelte particolarmente significative per le sorti delle imprese e incidenti sull'economia nazionale, talora a discapito delle esigenze di giustizia. Tanto è vero che sovente il *prosecutor* sembra persino rinunciare a perseguire le persone fisiche coinvolte nella realizzazione dell'illecito, quale ulteriore concessione alla società *too big to fail*, da tutelare contro il rischio di crisi economica⁶⁹.

⁶⁸ Cfr. RUGGIERO, Non prosecution agreements, cit., 14, la quale evidenzia come le imprese coinvolte negli accordi di diversione sono quelle finanziariamente più importanti, mentre quelle di dimensioni più ridotte generalmente trovano un accordo accettando di patteggiare un *guilty plea*, dunque con una contropartita meno allettante.

⁶⁹ *Ivi*, 15 ss.; FIDELBO-RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit., 11. Dinanzi a questa tendenza, nel 2015 lo *Yates Memo* ha enfatizzato la necessità di procedere nei confronti degli individui responsabili delle condotte illecite: *Memorandum from Sally Quillian Yates, Deputy Attorney General, United States Department of Justice, Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*, 9 settembre 2015,

Tutto ciò, ricordiamolo, sull'assunto che il processo *de societate* è potenzialmente letale per le imprese. Sennonché, sostiene parte della dottrina che l'effetto Arthur Andersen sarebbe privo di riscontri nella realtà, atteso che in molti altri casi le aziende sono riuscite a sopravvivere al procedimento penale⁷⁰. Insomma, ad essere messi in discussione sono ormai financo i pilastri teorici su cui si reggono gli istituti di diversione processuale.

6. *I pre-trial agreements nell'esperienza europea.* Mentre negli Stati Uniti i *pre-trial agreements* sono oggetto di critiche da parte della dottrina e il Dipartimento di Giustizia ha cominciato a riflettere sulla possibilità di rivedere i protocolli che regolano l'azione dei pubblici ministeri, il paradigma della *corporate compliance* ha cominciato a fare ingresso negli ordinamenti del vecchio continente. Anzi, si può dire che in questi anni la *compliance* stia vivendo una vera e propria età dell'oro⁷¹.

Il grande successo di questo nuovo paradigma di contrasto al crimine d'impresa è frutto certamente dell'inarrestabile processo di americanizzazione del diritto europeo, agevolato dalla diffusione del modello neoliberale di governo della complessità. Ma non solo: la *compliance* ha attirato l'attenzione dei decisori politici per le sue caratteristiche intrinseche, in specie per la sua naturale versatilità, che le consente di ambientarsi anche in contesti giuridici alieni alle sue logiche e in cui la responsabilità dell'ente collettivo è configurata in termini diversi che in quello statunitense. E sulla scia della *compliance* hanno cominciato ad attecchire strumenti di diversione processuale fondati sull'accordo tra accusa e impresa, veri e propri epigoni dei *pre-trial agreements*⁷², quale spontanea gemmazione del nuovo paradigma di intervento contro i reati economici.

Il principale banco di prova della *compliance* nel palcoscenico internazionale è stato il contrasto ai fenomeni corruttivi. Sulla spinta della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione del 1998, infatti, molti ordinamenti hanno implementato forme inedite di responsabilità penale o parapenale dell'ente

in www.justice.gov.

⁷⁰ Così MAZZACUVA, *La diversione processuale*, cit., 83.

⁷¹ Così COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 31 ss.

⁷² *Ivi*, 176.

collettivo, ponendo in vario modo alla base del rimprovero la mancata adozione di idonee misure di prevenzione.

Anzitutto l'Italia, con il d.lgs. 231/2001⁷³, di cui meglio si dirà più avanti.

In seguito, anche l'Inghilterra che, con la legge anticorruzione del 2010 (c.d. *Bribery Act*), in linea con la tendenza già in atto ad allontanarsi dal tradizionale sistema di responsabilità vicaria dell'ente, fondato su criteri di stampo oggettivo, ha introdotto una fattispecie di responsabilità dell'ente in cui sono riconoscibili i profili della colpa di organizzazione⁷⁴. L'impresa, infatti, può andare esente da responsabilità per «failure of commercial organisations to prevent bribery» provando di aver messo in campo «adequate procedures designed to prevent persons associated with a relevant commercial organisation from undertaking such conduct» [sec. 7 (2)].

Appena tre anni dopo, a dimostrazione che la *compliance*, per le sue caratteristiche intrinseche, ha in sé i germi della *diversion*, il Regno Unito ha importato dagli Stati Uniti anche l'esperienza dei *pre-trial agreements*. Nel 2013 il *Crime and Courts Act* ha infatti predisposto una disciplina apposita per i DPA, integrata dal *Code of Practice* del 2014, le linee guida pubblicate del *Serious Fraud Office* e dal *Crown Prosecution Service*⁷⁵. Sulla falsariga dell'omologo statunitense, il DPA inglese si traduce in un accordo tra impresa e ufficio dell'accusa, cioè il *Serious Fraud Office*, in forza del quale l'esercizio dell'azione penale rimane sospeso per un certo lasso di tempo, nel corso del quale l'ente deve adempiere una serie di obblighi. L'accordo, tuttavia, può essere stipulato in relazione non ad ogni reato contestato all'ente collettivo, ma solo a quelli espressamente previsti dalla legge, per lo più reati in materia economica e finanziaria.

⁷³ Il d.lgs. 231/2001 ha dato attuazione alla legge delega 29 settembre 2000, n. 300, di ratifica di alcune convenzioni internazionali relative alla lotta alla corruzione, fra cui la Convenzione OCSE di Parigi del 1998

⁷⁴ In una prima fase in Inghilterra si era affermato il modello della responsabilità vicaria. Successivamente ha avuto larga diffusione in giurisprudenza il modello fondato sull'*identification theory*, cioè sull'identificazione tra persona giuridica e i suoi dirigenti, per cui i reati di questi ultimi, anche quelli che richiedono la *mens rea*, sono ascrivibili all'ente. Prima del *Bribery Act*, nel 2007 era stata introdotta la fattispecie di *corporate manslaughter*, in cui sono riconoscibili i profili della colpa di organizzazione. Sul punto si v. DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, cit., 6 ss.

⁷⁵ Sul tema cfr. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 173 ss.; MAZZACUVA, *La diversione processuale*, cit., 83 ss.

Il modello inglese dei *pre-trial agreements* si segnala all'attenzione anche perché il legislatore d'Oltremarica ha mostrato di voler fare tesoro dell'esperienza negoziale statunitense e di correggerne le storture e i profili di criticità. Più precisamente, la discrezionalità del *prosecutor* è stata confinata entro steccati meglio definiti. In questa direzione, le linee guida hanno predeterminedo i possibili contenuti dell'accordo, onde evitare abusi da parte del pubblico ministero nelle trattative.

Inoltre, è stato accentuato il ruolo del giudice. Anzitutto non è stato recepito il modulo negoziale del NPA, nel quale manca qualsivoglia forma di delibazione giudiziale. Quanto ai DPA, il giudice non assolve ad una funzione meramente validatoria: prima della sua stipulazione, infatti, il giudice, pur non potendo modificarne i contenuti, può sindacare la sua rispondenza ai canoni di equità, ragionevolezza e proporzione rispetto ai fatti contestati all'ente ed eventualmente approvare l'accordo. Infine, ove l'impresa violi gli obblighi del DPA, il *prosecutor* non può di sua iniziativa procedere all'esercizio dell'azione penale, ma deve necessariamente coinvolgere il giudice, che invita le parti a rinegoziare l'accordo oppure lo mette nel nulla, decretando l'inizio del processo.

Laddove il modello statunitense degli accordi di diversione non sempre consente un adeguato bilanciamento tra efficacia dello strumento preventivo-repressivo e garanzie, la versione anglosassone risulta più ponderata, tanto da diventare il modello per trapiantare i *deferred prosecution agreements* in alcuni Paesi dell'Europa continentale e anche altrove (ad es. Australia, Canada, Giappone, Singapore e Brasile)⁷⁶.

Pochi anni dopo, sull'onda dell'internalizzazione del diritto, anche la Francia ha seguito l'insegnamento degli ordinamenti anglofoni, nella sua versione più matura e consapevole, tant'è che la penetrazione della *compliance* è stato accompagnato fin dall'origine dalla previsione di accordi di diversione processuale. La *Loi Sapin II* del 2016, infatti, oltre a porre in capo alle grandi imprese l'obbligo di dotarsi di un *compliance program*, ha introdotto la *Convention judiciaire d'intérêt public* (CJIP), una sorta di accordo transattivo che, similmente al DPA, consente alle imprese di evitare il processo e la sanzione

⁷⁶ MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., 1.

penale a fronte del compimento di condotte riparatorie⁷⁷. Anche qui, inoltre, il controllo del giudice non si ferma alla regolarità formale della procedura, ma ne investe i profili di legittimità, nella misura in cui deve assicurarsi che la rinuncia alla punibilità sia controbilanciata dall'esigenza di evitare i danni sproporzionati che possono scaturire dall'esercizio dell'azione penale⁷⁸.

In questo quadro, sebbene il giudice non abbia il potere di determinare il contenuto della convenzione, a lui viene riconosciuto un ruolo centrale nella procedura, in quanto la legge gli conferisce il potere di disattivarla. Da questo punto di vista, la procedura di diversione francese si discosta dal modello statunitense e si avvicina molto a quello britannico⁷⁹.

Come evidenziato in dottrina⁸⁰, la *Loi Sapin II* ha incarnato un atto di pragmatismo del legislatore francese. La decisione di prevedere forme di diversione processuale per le imprese, infatti, deriva anzitutto dalla necessità di rimanere al passo nella lotta dei fenomeni criminali transnazionali e quindi di dotarsi strumenti di contrasto all'altezza delle giurisdizioni concorrenti. Ma c'è di più: preso atto che in vari paesi dell'Europa continentale si erano già affermati, nella pratica, meccanismi simili ai DPA statunitensi, ha ritenuto opportuno promuovere esso stesso l'introduzione di questa procedura di transazione delle imprese, consapevole che altrimenti sarebbe stato il sistema giudiziario, per via di prassi incerte e opache, a recepirlo in modo spontaneo.

Una lezione che farebbe bene a seguire anche il nostro legislatore. Come si avrà modo di esporre diffusamente più avanti, infatti, in Italia il processo di

⁷⁷ Cfr. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 177; DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, cit., 33 ss.; DEZEUZE-PELLEGRIN, *Extension du domaine de la transaction pénale: la convention judiciaire d'intérêt public. À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016*, in *La Semaine juridique Édition générale (JCP G)*, 16 gennaio 2017, 64 s.; GALLI, *Une justice pénale*, cit., 359 ss. Gli obblighi che possono scaturire dall'accordo sono anche qui previsti dalla legge e possono consistere nel pagamento di un'ammenda all'erario, nel risarcimento dei danni e nel miglioramento dei presidi di *compliance* sotto il controllo, per una durata massima di tre anni, dell'Agenzia francese anticorruzione.

⁷⁸ Per vero, il disegno di legge presentato al Consiglio di Stato nel febbraio 2016 prevedeva un controllo solo formale dell'accordo, come nel DPA statunitense. A fronte dei rilievi critici formulati dal Consiglio di Stato, nella versione finale della *Loi Sapin II*, l'udienza di omologazione è stata sostituita da un'udienza di convalida, in cui il giudice ascolta le parti (l'impresa e le eventuali vittime del reato) e compie sull'accordo un controllo sostanziale, verificando «le bien-fondé du recours à cette procédure, la régularité de son déroulement, la conformité du montant de l'amende [...] et la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements» (art. 41-1-2 *Code de procédure pénale*).

⁷⁹ GALLI, *Une justice pénale*, cit., 366 ss.

⁸⁰ *Ivi*, 359.

conformazione della strategia di contrasto ai crimini di impresa al modello della *compliance* è stato solo parziale, poiché, recepito il paradigma della *compliance*, non sono stati introdotti anche gli accordi di diversione del processo *de societate*. Almeno a livello legislativo. Nella prassi, invece, cominciano a intravedersi le prime forme di accordi transattivi che consentano all'impresa di evitare la sanzione. Passiamo quindi ad occuparci del caso italiano.

7. *La penetrazione dell'idea negoziale nel campo penalistico*. L'aspetto di maggior forza innovatrice del d.lgs. 231/2001 non risiede nel superamento del dogma individualistico, di origine romanistica, «societas delinquere non potest», messo in forse dalle tesi che negano alla responsabilità da reato dell'ente collettivo natura schiettamente penale⁸¹. Il “Decreto 231”, piuttosto, è riconosciuto quale uno dei prodotti normativi più avanzati e all'avanguardia degli ultimi decenni proprio perché ha officiato l'ingresso nell'ordinamento italiano - tra i primi in Europa - della filosofia prevenzionale della *corporate compliance*, di cui è stata data una lettura alquanto originale⁸².

A differenza che negli Stati Uniti, infatti, la *compliance* non viene in considerazione come mero fattore d'attenuazione della responsabilità dell'ente per gli illeciti commessi dai loro dirigenti o dipendenti, bensì quale strategia prevenzionistica che consente all'impresa virtuosa di guadagnare la non punibilità.

In un certo qual modo, la disciplina della responsabilità da reato dell'ente ha materializzato un paradosso. Il legislatore ha posto a fondamento del sistema il «modello di organizzazione, gestione e controllo» - la versione italiana del *compliance program* - al precipuo scopo di assicurare il rispetto delle garanzie penalistiche, anzitutto del principio di colpevolezza, dunque in chiave conservatrice. Il modello organizzativo, infatti, costituisce il necessario parametro soggettivo cui ancorare la responsabilità dell'ente⁸³, giacché è sulla disorganizzazione derivante dalla sua mancata adozione o inefficace attuazione su cui il legislatore ha deciso di appuntare il rimprovero.

⁸¹ DE SIMONE, *Il problema della responsabilità delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano*, in *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 61 ss.

⁸² ORSINA, *Messa alla prova*, cit., 125

⁸³ FRANZIN, *Meccanismi premiali*, cit., 425.

L'effetto, forse non previsto, è stato quello di spalancare le porte ad una delle più significative innovazioni maturate negli ultimi decenni in seno alle strategie di contrasto agli illeciti d'impresa. In particolare, la *compliance* ha finito per allargare quella breccia che l'opera di erosione del diritto civile già da qualche tempo aveva cominciato ad aprire nelle mura fortificate del diritto criminale, al fine di introdurre elementi spuri rispetto alla morfologia penale classica: il consenso, la negozialità, l'autoregolazione, la riparazione, l'approccio rimediale.

La matrice dell'idea negoziale nel diritto penale è puramente economica⁸⁴, neoliberale⁸⁵, legata all'esigenza utilitaristica di risparmiare una risorsa limitata come quella processuale. Nel nostro ordinamento, infatti, la comparsa di istituti di giustizia negoziata risale all'emanazione del codice di rito del 1988, che ha introdotto i procedimenti speciali del patteggiamento e del giudizio abbreviato. Entrambi gli istituti sono espressione di un *do ut des*: l'indagato rinuncia a talune garanzie processuali che di fatto determinano l'allungamento dei tempi processuali, ottenendo in cambio un'attenuazione dell'eventuale risposta sanzionatoria; la parte pubblica, dal canto suo, rinuncia ad irrogare la sanzione nei suoi originari limiti edittali ma consegue un risparmio di risorse pubbliche. Un tale risultato si ottiene, nel primo caso, passando per un vero e proprio negoziato sulla pena tra pubblico ministero e indagato o imputato; nel secondo attraverso la semplice adesione del soggetto sottoposto a procedimento all'offerta pubblicata formulata dal legislatore.

Ben presto la logica negoziale è affiorata anche sul piano sostanziale, manifestandosi in forma di premio offerto all'autore del reato come contropartita di un certo comportamento posto in essere dall'autore dell'illecito.

Le ragioni dell'incontro dell'idea negoziale con la giustizia penale sostanziale sono state chiaramente illustrate da Massimo Donini⁸⁶. La sua premessa ini-

⁸⁴ Sul punto si v. DONINI, *Compliance*, cit., 580 ss.; MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., 73 ss.

⁸⁵ Secondo GARAPON, *La Raison du moindre État*, cit., 47, la transazione è divenuta la forma ottimale di giustizia, attraverso cui il potere non interviene più direttamente, ma attraverso una scelta lasciata al soggetto. L'istituzione giudiziaria deve quindi organizzarsi in maniera tale che l'individuo possa esercitare la propria facoltà di scelta e massimizzare il proprio vantaggio. Da qui la necessità di avere a disposizione riti alternativi, che infatti negli ultimi anni si sono moltiplicati.

⁸⁶ DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la Restorative Justice*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a

ziale è che il diritto penale sia – per dirla con le definizioni di Ulpiano⁸⁷ – una *lex minus quam perfecta*, poiché si limita a sanzionare la trasgressione senza preoccuparsi di eliminarne gli effetti. Nella prospettiva della giustizia penale della tradizione, dunque, a fronte di un’offesa arrecata ad un bene giuridico, l’unica conseguenza necessaria e imprescindibile è la pena – la pena subita – mentre la riparazione della lesione inferta è relegata a mera eventualità, lasciata alla buona volontà dell’autore del reato che, al più, gli consente di accedere ad un trattamento sanzionatorio meno severo.

Lo sviluppo della società del rischio ha segnato il passaggio a una prospettiva diversa, più sensibile alle esigenze di riparazione. Il moltiplicarsi delle occasioni di danno a impatto sempre più devastante per la società, per intensità ed estensione, quale effetto collaterale difficilmente eliminabile del progresso tecnico-scientifico, della massificazione dei processi produttivi e della crescente meccanizzazione della vita sociale, ha fatto crescere la consapevolezza che prevenire le offese ai beni giuridici e, laddove queste fatalmente si verificano, neutralizzarne gli effetti dannosi, sia più importante che punire, poiché la punizione di per sé non elimina il male inferto, ma anzi lo raddoppia, producendo esternalità negative a carico della collettività.

Ancora una volta, il diritto penale classico si rivela profondamente diseconomico e quindi inefficiente. Da questa presa di coscienza è scaturita una cultura alternativa, che mette al centro la risposta riparatoria delle offese e in secondo piano la punizione, che è il fallimento del sistema. Una prospettiva più moderna che, senza mai distogliere lo sguardo dal reo, comincia ad allargare i suoi orizzonti e si fa realmente sensibile al bisogno di reazione all’offesa promanante dalla vittima e dalla società, cui stavolta non offre una soluzione retributiva, che soddisfi l’ancestrale bisogno emotivo di castigo del colpevole, bensì una risposta laica e pragmatica, che anzitutto si occupi di eliminare il danno subito o quantomeno di minimizzarlo⁸⁸, di ripristinare cioè, laddove sia

cura di Paliero-Viganò-Basile-Gatta, II, Milano, 2018, 579 ss.; Id., *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in *Cass. pen.*, 2022, 2033 ss.; Id., *L’idea riparativa per un umanesimo penale*, in *l’Unità*, 2 luglio 2023, 8 ss.

⁸⁷ ULPIANO, *Regulae*, I,1-2

⁸⁸ GARAPON, *La Raison du moindre État*, cit., 90 scrive che le maniere di regolare la violenza in una società sono essenzialmente due: o attraverso una forte integrazione morale garantita da un’istituzione centrale o, al contrario, attraverso una grande autonomia lasciata agli individui, che giunga fino

possibile, lo *status quo ante crimen*. Una visione della pena, questa, che vede sfumare ogni istanza preguata di finalismo nell'esigenza di efficacia ed efficienza⁸⁹, che inibisce qualsiasi dimensione simbolica in nome della razionalità economica⁹⁰, secondo i postulati della filosofia neoliberistica nel cui orizzonte si colloca l'evoluzione del sistema penale.

A ben guardare, si parla di un passaggio di paradigma che in qualche misura ricorda quello che, nel campo del diritto privato, ha interessato la responsabilità aquiliana, innescato anche stavolta dall'evoluzione dei processi economici e tecnologici che alla conseguente aumento delle occasioni di danno⁹¹. Così, se nell'ambito degli ordinamenti giuridici ottocenteschi a prevalere era una concezione etica della responsabilità civile⁹², concepita come una sanzione per una condotta umana riprovevole, in seguito, agli albori della seconda rivoluzione industriale, la prospettiva comincia a mutare: la dimensione etica si attenua e si afferma una concezione pratica, per cui non è tanto essenziale che la società colpisca l'autore di un fatto ingiusto, in nome di un astratto principio di giustizia, quanto che chi ha patito un danno riceva un adeguato ristoro⁹³ che lo riporti allo stato precedente alla commissione dell'illecito. L'attenzione progressivamente si sposta dal danneggiante al danneggiato e alla responsabilità extracontrattuale viene assegnata una funzione eminentemente compensativo-riparatoria del danno che costui ha ingiustamente subito.

In questa dimensione pragmatica, più che stigmatizzare condotte colpevoli, l'art. 2043 c.c. si occupa di fornire all'interprete dei criteri per individuare il soggetto su cui deve essere traslato il peso economico della riparazione del danno. A differenza che nel campo penalistico, tuttavia, qui la "riparazione" ha un orizzonte operativo più limitato, coincidente in modo pressoché esclusivo col punto di vista individuale del singolo danneggiato, mentre la soddisfazione dell'interesse della società nel suo complesso può trovare realizzazione esclusivamente sul piano della prevenzione di futuri danni, realizzata con la

all'affidamento agli stessi del compito di ristabilire l'ordine. Il primo è il modello retributivo, l'altro il modello restitutivo, che rinvia il proprio centro di gravità nella riparazione del torto.

⁸⁹ *Ivi*, 15 ss.

⁹⁰ *Ivi*, 179.

⁹¹ Cfr. ALPA, *La responsabilità civile*, Milano, 2018, 43 ss.

⁹² BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 534 ss.

⁹³ Così ROPPO, *Diritto Privato*, Torino, 2014, 586 ss.

minaccia del risarcimento⁹⁴. Ciò che qui preme evidenziare è però il significato che questa tendenza esprime: sempre meno l'ordinamento si preoccupa di individuare e punire il responsabile, sempre più persegue l'obiettivo di riparare il danno che l'illecito ha creato⁹⁵.

Va tuttavia puntualizzato che le linee di evoluzione del sistema non sono ancora giunte a ricomporsi intorno a principi chiari e unificanti. La funzione sanzionatoria della responsabilità civile viene infatti talora recuperata e addirittura in qualche modo assimilata alla punizione penale, come testimonia l'emersione, specialmente nei sistemi di *common law*, di vere e proprie pene private, come i *punitive damages* di matrice angloamericana⁹⁶, forme di risarcimento senza danno o oltre la misura del danno in funzione puramente punitiva, recentemente riconosciute dalla Cassazione riunita come non incompatibili con il principio di ordine pubblico internazionale posto a salvaguardia dei valori fondanti del nostro ordinamento⁹⁷. Il risarcimento da danno aquiliano, infatti, ha carattere polifunzionale ma – come si affretta a precisare la Cassazione – resta preponderante la sua funzione ripristinatoria.

È ciò vale tanto più quando si tratta di responsabilità di impresa. Secondo una concezione eclettica⁹⁸, infatti, l'ordinamento civile conoscerebbe in realtà due autonomi sistemi di responsabilità aquiliana, ciascuno fondato su diversi principi ispiratori, uno sulla colpa e l'altro sul rischio: nell'ambito della normale vita di relazione, la responsabilità andrebbe intesa in modo tradizionale, come sanzione per un comportamento umano colpevole; nell'ambito dell'attività di impresa, invece, ha connotati marcatamente oggettivi e si fonda sul principio *cuius commoda, cuius et incommoda*. Poiché, infatti, l'impresa trae vantaggio, un lucro, dall'attività economica che svolge ed è normalmente dotata di capacità organizzative e patrimoniali che le consentono sia di far fronte ai risarcimenti che di predisporre adeguate misure di prevenzione degli incidenti, è

⁹⁴ *Ivi*, 585 ss. Tuttavia, come evidenziato da ALPA, *La responsabilità civile*, cit., 46 ss., in un'epoca in cui si assiste al passaggio a forme di responsabilità oggettiva, anche il profilo della *deterrence* tende a scomparire o, quanto meno, ad assumere significati assai diversi da quelli originari, proponendosi come strumento necessario per esercitare un controllo sulle attività di impresa eccessivamente rischiose

⁹⁵ Cfr. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., 42; ROPPO, *Diritto Privato*, cit., 587.

⁹⁶ MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., 29 ss.

⁹⁷ Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, Soc. Axo sport c. Nosa inc., in *Foro it.*, 2017, I, 2613.

⁹⁸ Così BIANCA, *Diritto civile*, cit., 539 ss.

sull'imprenditore che va riversato il costo sociale dei danni correlati all'assunzione del rischio di impresa⁹⁹.

Anche nel campo penalistico si può notare, ed è intuitivo comprenderne le ragioni, come questa logica di tipo economico, utilitaristico, pragmatico, abbia più facilmente attecchito in seno al diritto penale d'impresa, e soprattutto, come si vedrà, nel contesto della responsabilità da reato dell'ente, dalla natura ibrida, non schiettamente penale¹⁰⁰, un sistema in tal modo divenuto banco di prova per la sperimentazione di logiche alternative, quale è certamente quella riparatoria.

La valorizzazione delle componenti riparativo-compensative, in aggiunta o in sostituzione a quelle repressive, negli strumenti impiegati nel contrasto alla criminalità economica ha contribuito a rendere più evanescente la distinzione tra sanzioni penali e quelle civili¹⁰¹, ma certamente una distinzione permane. Anzitutto, come detto, la riparazione civile di norma è in grado di sterilizzare il danno solo nei confronti di chi ha subito il fatto ingiusto, ma non lo elimina per la società, perché si limita a spostarne l'incidenza dal patrimonio del danneggiato a quello di colui che è tenuto al risarcimento¹⁰². Nel campo penalistico, invece la riparazione è parametrata sull'offesa e dunque si risolve in qualcosa di diverso e più ampio della compensazione del danno, perché si tratta non solo di risarcire l'eventuale danneggiato bensì di reintegrare l'interesse giuridico tutelato dalla norma incriminatrice violata¹⁰³, vale a dire, in molti casi, un bene giuridico che non si identifica col patrimonio della vittima.

In secondo luogo, ed è quello che in questa sede ci interessa maggiormente,

⁹⁹ Cfr. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2021, 301 ss.

¹⁰⁰ Secondo Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Responsabilità amministrativa e patrimoniale di persone giuridiche, società, associazioni*, n. 137, la responsabilità da reato degli enti collettivi è riconducibile ad un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo, nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia. Questa è la posizione prevalente anche in dottrina dove, tuttavia, il tema è meno incontrovertito, non mancando chi, come DE VERO, *Responsabilità penale della persona giuridica*, Milano, 2008, abbia sostenuto la tesi della effettiva natura penale della responsabilità dell'ente. Sul tema si v. anche PELISSERO, *Principi generali*, in *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 161 ss.

¹⁰¹ MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., 29 ss.

¹⁰² TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 4.

¹⁰³ MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., 36 ss.

la riparazione penale normalmente non è coercibile¹⁰⁴. Ecco, allora, aprirsi uno spazio per la negozialità: un ordinamento che intenda promuovere la riparazione delle offese penali, non potendo costringere l'autore del reato a eliminare le conseguenze pregiudizievoli che ne sono scaturite, potrà raggiungere il suo scopo solo scendendo a patti con quest'ultimo, offrendogli un premio quale contropartita della sua condotta contro-offensiva volontaria. Attraverso la promessa di uno sconto di pena o addirittura della rinuncia alla punibilità l'ordinamento è così in grado di influenzare la condotta del reo successiva alla commissione dell'illecito per indirizzarla verso obiettivi di riparazione, variamente modulato a seconda del particolare istituto premiale.

Il modello della giustizia negoziata ha così determinato l'inevitabile distorsione delle tradizionali funzioni della sanzione penale, che da pena subita in modo passivo dal destinatario comincia a diventare una pena "agita"¹⁰⁵, nella misura in cui è costruita, in parte, con il contributo volontario dell'accusato, chiamato ad effettuare scelte strategiche durante tutto il corso del procedimento¹⁰⁶.

8. *Logiche negoziali nel "sistema 231"*. Per riassumere, lo sviluppo dell'idea negoziale nel terreno penalistico può essere descritto come un moto circolare alimentato dalla logica economico-utilitaristica, in perfetta coerenza con le premesse neoliberali che fanno da sfondo all'attuale processo evolutivo dei sistemi giuridici. Come abbiamo visto, infatti, la negozialità ha fatto ingresso nel sistema penale allo scopo di risparmiare una risorsa scarsa, quale è quella processuale. Una volta penetrata nel campo del penale, la prospettiva negoziale ha contribuito a diffondere la logica utilitaristica anche sul versante sostanziale e reso manifesto come, in un contesto socio-economico che si va caratterizzando per la moltiplicazione delle fonti di rischio per i beni giuridici, la risposta preventiva e riparativa al delitto risponda a criteri di convenienza, efficienza ed efficacia più di quella tradizionale repressivo-stigmatizzante, foriera quest'ultima di esternalità negative per il sistema sociale. La riparazione

¹⁰⁴ DONINI, *Le due anime della riparazione*, cit., 2038.

¹⁰⁵ DONINI, *Compliance*, cit., 589.

¹⁰⁶ GARAPON, *La Raison du moindre État*, cit., 34.

delle offese, tuttavia, non può essere imposta, si può ottenere solo attraverso un negoziato con il reo, cioè, ancora una volta, recuperando dal terreno civilistico lo strumento contrattuale.

Ebbene, è proprio nell'orizzonte di questa riconfigurazione assiologica del sistema penale verso forme di ibridazione efficientista con l'ordinamento civile che viene a dislocarsi la disciplina della responsabilità da reato dell'ente, di cui anzi ambisce a costituire l'archetipo. In essa, infatti, tutti gli elementi che abbiamo visto definire il diritto penale post-riparatorio.

Anzitutto, la negozialità, che permea il sistema 231 sin dalle sue premesse teoriche, se è vero che il suo funzionamento è legato ad un virtuale accordo di parteneriato tra ordinamento giuridico e impresa diretto alla prevenzione dei fenomeni criminosi che più di frequente interessano l'attività aziendale.

E ancora: la valorizzazione delle competenze del privato, cui sono delegati poteri e compiti - e relativi costi - tradizionalmente spettanti allo Stato, non solo la profilassi anti-reato ma anche una funzione paranormativa, che si esplica nella costruzione di regole cautelari cui assoggettare lo svolgimento dell'attività produttiva.

La logica utilitaristica, per cui l'accettazione del rischio di commissione dei reati è diseconomica per l'azienda, si pone in antitesi con l'obiettivo ultimo di massimizzazione del profitto. Prospettare una punizione ha quindi lo scopo di rendere all'azienda, attore verosimilmente razionale, conveniente l'adozione di meccanismi di organizzazione in senso *compliant*, alla stregua di una valutazione costi-benefici che mette sulla bilancia i costi per l'implementazione di un modello organizzativo e quelli per far fronte alle sanzioni pecuniarie e interdittive.

La vocazione preventiva del sistema 231 a discapito di quella repressiva, per cui la sua migliore riuscita «sta negli effetti che può produrre per il sol fatto di essere in vigore, dunque al di là e al di fuori del procedimento di accertamento della responsabilità degli enti che essa ha introdotto»¹⁰⁷. Detto altrimenti, l'applicazione della sanzione rappresenta il fallimento della strategia politico-criminale perseguita dal legislatore, incentrata piuttosto sull'«obiettivo prima-

¹⁰⁷ FIDELBO-RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit., 5.

rio di incentivare l'adozione di buone prassi da parte delle imprese»¹⁰⁸.

E quindi, laddove la prevenzione non abbia funzionato, la predilezione per la riparazione dei danni a scapito della tradizionale aspirazione punitiva del sistema penale, riparazione cui l'ente viene sollecitato con la promessa di un premio, nella forma di uno sconto sulla sanzione.

Infine, dunque, la premialità, che si manifesta secondo un sistema a scalare in cui il premio massimo della non punibilità si riconnette alla *compliance ex ante*, poiché viene assegnato solo all'ente virtuoso che si è dotato ed ha efficacemente attuato, prima della commissione del fatto di reato, un modello di organizzazione e di gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (art. 6 d.lgs. 231/2001). In mancanza di un modello avente queste caratteristiche, l'impresa che si sia impegnata nella realizzazione di condotte riparatorie *post factum*, può quantomeno aspirare ad una risposta ordinamentale meno severa.

In quest'ultimo caso, dunque, una sanzione viene comunque applicata, ma la sua componente di intimidazione opera in modo peculiare, poiché funge da leva per spingere l'impresa a realizzare gli obiettivi prioritari fissati dal legislatore, cioè la riparazione, intesa non solo come eliminazione delle conseguenze dell'illecito (molto simile alla compensazione civilistica) ma anche e soprattutto alla riorganizzazione dell'ente, in qualche misura assimilabile alla rieducazione dell'individuo¹⁰⁹, sempre sul presupposto che al legislatore non importa tanto punire, quanto avere imprese che, anche dopo la commissione di illeciti, si impegnino a riorientare la loro intera organizzazione aziendale verso i valori della legalità e dell'etica di impresa.

Che sia questo lo scopo primario della legislazione sulla responsabilità da reato degli enti si può cogliere, in filigrana, nell'ordito sanzionatorio del "Decreto 231", intessuto com'è di una variegata gamma di ipotesi attenuanti molto spesso legate alla *compliance ex post*.

L'implementazione di un modello *post factum* rileva, anzitutto, per il meccanismo di quantificazione per quote della sanzione pecuniaria, giacché, ai sensi dell'art. 11, co 1 il numero delle quote viene determinato dal giudice tenendo

¹⁰⁸ RUGGIERO, Roma locuta: *no alla messa alla prova per l'ente imputato*, in *Cass. pen.*, 2023, 6, 1928.

¹⁰⁹ MONGILLO-BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 292 ss.

conto, fra l'altro, dell'attività svolta dall'ente «per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti», cioè sostanzialmente gli adempimenti riparatori previsti dall'art. 12, co. 2 (ma posti in essere dopo l'apertura del dibattimento): l'integrale riparazione del danno e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato e/o l'adozione di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Le medesime condotte riparatorie integrano altrettante ipotesi di riduzione della sanzione pecuniarie allorché, ai sensi dell'ultima norma citata, vengano realizzate dall'ente «prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado», una riduzione di ammontare variabile, a seconda che questi ne abbia posta in essere solo una o entrambe.

L'impiego dello *stick-carrot method* diviene, se possibile, ancora più efficace nel campo delle sanzioni interdittive, le più temute dalle imprese per il loro contenuto incapacitante. Anche in questo caso, la scelta del tipo di interdittiva e della sua durata è influenzata, tra l'altro, dall'attività svolta dall'impresa per eliminare o attenuare le conseguenze del reato-presupposto e prevenire la commissione di ulteriori illeciti (art. 14, co. 1), così da incentivare la riorganizzazione *compliant* dell'ente.

Di particolare importanza è, poi, la disposizione di cui all'art. 17, che consente all'impresa di sfuggire all'applicazione della sanzione interdittiva, ferma comunque l'irrogazione di quella pecuniaria, allorché abbia realizzato cumulativamente tre classi di condotte riparatorie prima dell'apertura del dibattimento, fra cui, in aggiunta all'integrale risarcimento del danno e all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (lett. a) e alla messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca (lett. c), l'eliminazione delle «carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi» (lett. b).

A ciò si aggiunga che, ai sensi dell'art. 49, l'ente può conseguire la sospensione dell'eventuale misura cautelare chiedendo di poter realizzare gli adempimenti di cui all'art. 17 entro un termine fissato dal giudice.

Tutte quelle appena descritte appaiono manifestazione dello stesso modulo negoziale di costruzione di una “pena” agita, in cui è la stessa legge a modula-

re l'*an* o il *quantum* di sanzione, a seconda del comportamento *post factum* dell'agente, al quale è rimessa la manifestazione di volontà di accettare o rifiutare un contenuto su cui non può incidere. Si tratta, in questo caso, di una forma più limitata di negoziabilità, che si traduce sostanzialmente nella conclusione di una sorta di contratto per adesione.

In una prospettiva più dinamica, la negoziabilità si può tuttavia esplicitarsi in una vera e propria trattativa sul contenuto dell'accordo tra parte pubblica e parte privata, che interagiscono su di un livello paritario facendosi reciproche concessioni¹¹⁰. Ne sono espressione proprio gli accordi di diversione processuale di latitudine statunitense, frutto di una negoziazione il cui esito, per quanto indirizzato da principi e linee guida, non è predeterminato dalla legge.

Per vero, anche nel sistema 231 è rintracciabile questa seconda e più ampia forma di negoziabilità, sebbene lo spazio ad essa riservato è, almeno formalmente, piuttosto angusto, assegnato in via esclusiva all'istituto del patteggiamento. La strada segnata da questo rito speciale, in effetti, è quella maggiormente battuta dagli enti coinvolti in un processo *de societate*, poiché consente loro di uscire rapidamente dalla stretta giudiziaria e così minimizzare i danni reputazionali che derivano da una investigazione penale. È tuttavia interessante notare che la disciplina del patteggiamento riconosca valenza limitata alle condotte post-riparatorie dell'ente, neppure menzionate dall'art. 63 del Decreto¹¹¹.

Questa sbavatura di senso, spiegabile alla luce della primaria funzione del patteggiamento quale rito speciale introdotto per risponde all'esigenza di deflazionare il carico giudiziario, non è tale da creare una disarmonia endogena al sistema edificato dal legislatore del 2001. Il suo centro di gravità resta la logica di prevenzione del crimine attraverso la "rieducazione" degli enti e il loro riorientamento verso i principi della legalità e all'adozione "spintanea" di un'etica d'impresa e ciò, in ultima istanza, anche dopo l'eventuale commissione di un reato nel loro contesto aziendale. In questo caso, tuttavia, riconoscendo un premio che, logicamente, non potrà che essere meno sostanzioso, ossia l'attenuazione della risposta sanzionatoria.

¹¹⁰ Sul punto si v. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., 26.

¹¹¹ COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 310.

9. *Razionalità e disfunzionalità del “sistema 231”*. Guardato nel suo complesso, il sistema italiano di responsabilità da reato dell’ente appare una costruzione normativa piuttosto razionale, malgrado l’indubbia difficoltà di combinare alcuni ingredienti tipici della cultura giuridica di *common law* con i principi cardine del diritto penale continentale.

Il suo tasso di razionalità sembra persino sopravanzare il prototipo statunitense, in cui, come è già stato sottolineato, l’adozione preventiva di un *compliance program* è valutata dal giudice come mero fattore attenuante, elemento di soggettivizzazione della responsabilità formalmente oggettiva dell’ente collettivo. La non punibilità, legata al riassetto della struttura aziendale, viene recuperata solo a valle, attraverso una trattativa con l’accusa che sfocia negli accordi di diversione processuale. Di fatto, si registra un paradossale ribaltamento degli estremi *compliance*-premieria: alla *compliance ex ante* si ricollega il premio minore (l’attenuante), alla *compliance ex post* il premio maggiore (la non punibilità). Come a dire che l’impresa che tardivamente si è allineata ai valori della legalità, solo dopo che il suo contesto aziendale ha generato fenomeni criminosi, sia più meritevole di quella che invece ha investito risorse per la costruzione di dispositivi di prevenzione dei fenomeni criminosi che tuttavia, nella pratica, non sono stati in grado d’impedire l’illecito del dipendente. Anche quest’ultima, ovviamente, avrà la possibilità di avviare una negoziazione con il *prosecutor* ed evitare la sanzione, pagando tuttavia lo stesso prezzo dell’impresa meno virtuosa e dovendo magari rivedere un *compliance program* già idoneo e talora persino dovendo aprire le sue porte al controllo statale. Una ricostruzione, questa, che trova spiegazione nella crescente preoccupazione, negli Stati Uniti, per le esternalità negative che il processo *de societate* porta con sé, ma che inevitabilmente porta a svalutare la funzione preventiva dalla *compliance*, sbilanciando troppo il suo asse verso la riparazione *post delictum*.

Dal canto suo, il legislatore italiano ha costruito il “sistema 231” nel perseguimento di una strategia politico-criminale ben calibrata sulla logica della prevenzione del crimine d’impresa, in cui pure la *compliance ex post*, che certamente trova ampio spazio di manovra nell’economia del Decreto, è

guardata dall'angolo visuale della prevenzione di futuri reati. Lo testimonia la circostanza che l'attenuazione della risposta sanzionatoria è sovente riconosciuta a fronte dell'adozione di un adeguato modello organizzativo o della correzione di quello già esistente ma inidoneo.

In breve, il "Decreto 231" a ragione è stato riconosciuto come un prodotto normativo «tra i più moderni e avanzati sfornati dalla fabbrica legislativa italiana degli ultimi decenni»¹¹², le cui peculiarità - la saldatura tra elementi di *common law*, gli stileni del diritto penale della tradizione e la non punibilità legata alla corretta *compliance ex ante* - lo rendono un prodotto di esportazione ormai capace di concorrere con quello statunitense¹¹³, specialmente nei contesti giuridici del vecchio continente.

Questa è tuttavia una considerazione che non può che arrestarsi al piano della costruzione teorica del sistema della responsabilità da reato dell'ente. Uno sguardo alla prassi evidenzia, infatti, come la strategia politico-criminale perseguita dal legislatore del 231 abbia registrato un impatto piuttosto deludente, tanto che non sembra eccessivo discorrere d'un vero e proprio fallimento.

Ad inceppare il sistema, sulla carta ben costruito, hanno pesato la mancata comprensione della filosofia preventivo-recuperatoria che lo anima e, ancora più a monte, la riposta mal fiducia sul paradigma della *compliance* quale parametro su cui fondare il giudizio di rimproverabilità dell'ente. Come già evidenziato, infatti, per sua natura la *compliance* non può eliminare del tutto il rischio-reato, ma solo attenuarlo, attraverso un'incessante opera di adeguamento dei dispositivi di prevenzione. È una realtà in divenire, un ciclo continuo sempre perfettibile e quindi sempre imperfetto, perennemente in bilico tra il rischio di ineffettività e quello di *overcompliance* che paralizza l'esercizio dell'attività economica. Il nodo sta tutto nel comprendere quanto margine di imperfezione è tollerabile dall'ordinamento, una valutazione particolarmente complessa e che implica ampi margini di discrezionalità da parte dei giudici. Tutto ciò rende comprensibili le difficoltà che questi incontrano,

¹¹² VISCONTI, *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 23 settembre 2019, 10.

¹¹³ SELVAGGI, *Le sanzioni per l'ente collettivo: un'introduzione alle ipotesi di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1, 398 ss.

peraltro senza il supporto di adeguate cognizioni aziendalistiche, nel rapportarsi con un paradigma operativo tanto distante dalle certezze granitiche che richiederebbe l'imputazione penale.

È così avvenuto che quello che il legislatore ha posto come “pietra angolare” del sistema 231 - il modello organizzativo - per dirla in termini evangelici, «dagli edificatori è stata rigettata»¹¹⁴, sicché il giudizio sulla responsabilità dell'ente s'è appiattito sui criteri oggettivi dell'interesse o vantaggio, mentre il richiamo alla colpa di organizzazione assume fin troppo spesso una valenza meramente dichiarativa, resa autoevidente dalla commissione del fatto¹¹⁵.

In proposito, si è parlato di pregiudizio del “senno di poi” (o di *hindsight bias*), una formula di sintesi che spiega efficacemente come la tendenza degli organi giudiziari a inferire l'inidoneità del modello dalla stessa commissione del reato presupposto abbia fatto sì che le sentenze assolutorie basate sul giudizio positivo del modello rappresentino l'eccezione più che la regola. È evidente, infatti, che ragionando col senno di poi nessuno dei modelli organizzativi che giungono all'attenzione dell'autorità giudiziaria possa risultare idoneo, tale da poter giustificare la non punibilità dell'ente.

A causa di questo «ragionamento circolare che tradisce lo spirito della legge»¹¹⁶ il premio massimo dell'esclusione della responsabilità è divenuto una «evenienza particolarmente rara»¹¹⁷.

Di fatto, le imprese si vedono surrettiziamente private del maggiore incentivo che dovrebbe indurle a cooperare nella prevenzione dei reati¹¹⁸. Tornando alla metafora dello *stick-carrot method*, può ben dirsi che, venuta meno la “carota”, non resta altro che il “bastone” punitivo dell'ordinamento da cui l'impresa difficilmente riesce a scampare, pur avendo già investito risorse nella *compliance*.

In questo scenario, l'impresa perde interesse ad organizzarsi: tanto vale risparmiare risorse e assumersi il rischio della verifica di un reato-presupposto, nel qual caso si potrà puntare strategicamente sull'adozione di

¹¹⁴ Lc 20,17

¹¹⁵ ORSINA, *Messa alla prova*, cit., 113 ss.

¹¹⁶ RUGGIERO, *Roma locuta*, cit., 1929.

¹¹⁷ Così COLACURCI, *L'illecito “riparato” dell'ente*, cit., 45.

¹¹⁸ DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 218.

un modello *post factum*, possibilmente già in fase cautelare, in modo da uscire il più celermente possibile dal circuito processuale e minimizzare i contraccolpi reputazionali.

In modo analogo a quanto verificatosi nell'ordinamento statunitense, l'asse di rotazione del sistema ha così preso ad orientarsi, come in un lento fenomeno di precessione, sempre più decisamente verso la *compliance ex post*, verso la riparazione dell'illecito e, in particolare, la riorganizzazione *post factum* dell'impresa. Del resto, proprio il carattere dinamico e flessibile che la rende inadatta a fungere da parametro di valutazione della colpa organizzativa dell'ente, costituisce la migliore virtù della *compliance* quando è impiegata in funzione riparatoria.

Come detto, in questo caso la negoziabilità si manifesta nella sua dimensione minima, come adesione dell'impresa ad uno schema contrattuale già predisposto dal legislatore nei suoi termini essenziali, in particolare negli artt. 12 e 17 del "Decreto 231", che delineano sia gli obblighi riparatori che sorgono in capo all'ente, sia la controprestazione dell'ordinamento, ossia l'attenuazione della risposta sanzionatoria.

Nel tempo si è però fatta strada la sensazione che una condotta che volontariamente ripristini la situazione precedente l'offesa meriti qualcosa di più sostanzioso e appetibile di una comune attenuante¹¹⁹, considerato peraltro che la strada riparativa, a fronte di una *chance* minima di ottenere una sentenza assolutoria, è pressoché obbligata per l'impresa.

Quel di più è, ovviamente, la non punibilità. E lo strumento che consente alle parti di ottenere risultati più vantaggiosi è il contratto. È quindi in questo contesto che la negoziabilità si manifesta in tutta la sua portata, allo scopo di restituire all'impresa quel premio massimo che la giurisprudenza, nei fatti, le ha sottratto.

Naturalmente la scelta di non punire non è libera, ma soggetta a vincoli costituzionali, deve cioè essere ragionevole e preordinata alla tutela dello stesso interesse protetto dalla norma violata o, per lo meno, di altri beni giuridici di rilievo costituzionale, come ad esempio quello alla prevenzione dei reati o

¹¹⁹ DONINI, *Compliance*, cit., 595.

quello alla riduzione della durata dei processi¹²⁰. Da questo punto di vista, le condotte riparatorie descritte dagli artt. 12 e 17 – in particolare il risarcimento dei danni, l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato e l'eliminazione della carenze organizzate che lo hanno reso possibile – nella misura in cui sono dirette a realizzare l'interesse alla riparazione dell'offesa arrecata dall'illecito dell'ente e alla prevenzione di futuri reati, ben si prestano a fungere da referente comportamentale cui riconnettere l'esclusione della punibilità, se non fosse che il legislatore del 2001 ha scelto altrimenti, ossia per la mera attenuazione della risposta sanzionatoria. Il ripensamento della struttura complessiva del sistema della responsabilità da reato degli enti richiede pertanto una ben meditata riforma legislativa, che faccia tesoro della lezione statunitense ma al contempo eviti di replicarne le storture e ne argini i prevedibili effetti collaterali.

Negli ultimi anni, in dottrina sono fioccate numerose proposte di riforma diretta a valorizzare la risposta post-riparatoria dell'impresa, attraverso l'introduzione di nuovi riti alternativi al processo ordinario a favore dell'impresa¹²¹ o la riconfigurazione del parametro di imputazione della responsabilità da colpa di organizzazione a colpa di reazione¹²².

Frattanto, però, la realtà non è rimasta inerte in attesa di un intervento legislativo che tarda ad arrivare. Verrebbe da dire che *dum Romae consulitur, Sa-*

¹²⁰ Cfr. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2° e 3° della costituzione, rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, 229 ss.; STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 657 ss. In questo senso anche Corte cost., 26 febbraio 1993, n. 81 e Corte cost., 7 luglio 1998, n. 281. Sulle principali posizioni dottrinali in tema di vincoli costituzionali alla scelta di non punire si rinvia a MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., 60 ss.

¹²¹ Sulla proposta di introduzione per via legislativa del *probation* dell'ente, si v. ADONELLA, *La "messa alla prova" dell'ente: fuorvianti suggestioni e problemi irrisolti - "Probation" for companies: misleading suggestions and unsolved problems*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2021, 4, 302 ss.; CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 10, 65 ss.; COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 371 ss.; DI GIOVINE, *Possibili rimedi legislativi e interpretativi alle aporie del d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 230; FIDELBO-RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit., 3 ss.; FRANZIN, *Meccanismi premiali*, cit., 430 ss.; MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., 294 ss.; SABIA, *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi. Esperienze comparate e scenari di riforma*, Torino, 2022, 333 ss.; SELVAGGI, *Le sanzioni per l'ente collettivo*, cit., 401 ss.

¹²² ORSINA, *Messa alla prova*, cit., 130 ss. L'Autrice propone di affiancare all'illecito di evento, fondato sull'inadempimento del dovere di organizzazione in sede prevenzionale, un illecito di rischio, fondato sull'inadempimento del dovere di riorganizzazione in sede reattiva.

*guntum expugnatur*¹²³: mentre la dottrina continua a confrontarsi sull'opportunità di importare anche in Italia strumenti di diversione processuale simili a quelli statunitensi e il Parlamento rimane sordo alle sue sollecitazioni, le esigenze di evitare all'impresa danni di immagine derivanti dal processo e le ricadute negative sull'occupazione e sulla continuità aziendale hanno trovato da sole il loro sfogo, nella prassi di alcuni uffici giudiziari, attraverso forme negozialità di portata più ampia di quella contemplata dal "Decreto 231", proprio sulla falsariga dei *pre-trial agreements*.

In via di fatto, la non punibilità, per legge riconosciuta solo all'ente dotato *ante delictum* di un modello organizzativo idoneo ed efficacemente attuato, ha cominciato a costituire una merce di scambio di negoziazioni formali o informali tra ente e autorità giudiziaria, a legislazione invariata, dietro lo schermo di altri istituti.

L'esperienza più feconda e documentata di sperimentazione dei *pre-trial agreements* è incarnata dall'applicazione della sospensione del processo con messa alla prova anche agli enti metaindividuali, qualcosa che molto assomiglia allo schema dei *deferred prosecution agreements*.

Ciò che però lascia stupiti è come la prassi sembra essere riuscita a individuare, nelle pieghe di un sistema pur dominato dal principio di obbligatorietà dell'azione penale, spazi per replicare anche lo schema dei *non-prosecution agreements*, sotto le spoglie di una inedita archiviazione meritata dell'illecito imprenditoriale.

10. *Il DPA italiano: la sospensione del processo de societate con messa alla prova.* La "messa alla prova" degli adulti *ex art. 168-bis c.p.* è un istituto di diversione processuale che la L. 28 aprile 2014, n. 67 ha mutuato dal sistema penale dei minorenni per agevolare il reinserimento sociale anticipato degli imputati per reati di gravità medio-bassa¹²⁴, ma soprattutto allo scopo di defla-

¹²³ Tito Livio, Storie, XXI, 7, 1.

¹²⁴ La c.d. riforma Cartabia ha tuttavia esteso il novero dei reati per i quali è possibile chiedere la sospensione con messa alla prova, attraverso la modifica dell'art. 550, co. 2 c.p.p., da parte dell'art. 32, co. 1, lett. a) d.lgs. n. 150/2022, che ha annoverato tra i reati per i quali si procede con citazione diretta, quale eccezione ai limiti edittali di cui al primo comma della stessa disposizione, diversi reati puniti con pena superiore nel massimo a quattro anni e non superiore a sei.

zionare il carico giudiziario e quale possibile rimedio al sovraffollamento carcerario.

L'istituto si risolve nella sospensione del procedimento penale per consentire all'indagato o all'imputato di realizzare una serie di condotte di tipo riparatorio, di svolgere un «esperimento trattamentale»¹²⁵ mediante l'affidamento in prova al servizio sociale e di prestare lavoro di pubblica utilità. Il positivo esperimento della prova conduce al proscioglimento per estinzione del reato, altrimenti il processo riprende il suo iter ordinario.

Si coglie immediatamente la coloritura premiale dell'istituto, tipica dei meccanismi di giustizia negoziata, riposando anche il *probation* sulla logica dello scambio tra cittadino e ordinamento: l'imputato rinuncia ad un vantaggio (la cognizione piena del fatto con le garanzie proprie del processo penale) in cambio di altri benefici (la sottoposizione a un più mite trattamento sanzionatorio e l'estinzione del reato)¹²⁶; dal canto suo, l'ordinamento concede la non punibilità per ottenere un risparmio della risorsa processuale e indurre l'autore del reato a realizzare una condotta contro-offensiva che elimini i danni cagionati dal suo comportamento illecito.

Sono tutti caratteri questi - la negoziabilità, la deflazione, la diversione, l'ottica rimediale, la riparazione, la premialità - che hanno consentito al *probation* italiano di traghettare l'esperienza giuridica degli accordi di differimento processuale nei lidi del sistema 231, attraverso la sua rimodulazione in chiave di "messa alla prova aziendale" attuata da parte della giurisprudenza di merito pur in mancanza di una previsione normativa espressa.

Del resto, lo schema seguito dal nostro *probation* ricalca le tappe fondamentali del *deferred prosecution agreement*, quale accordo volto a sospendere il normale iter del procedimento penale che utilizza come merce di scambio la non punibilità e che vede intervenire nella "trattativa" non solo il pubblico ministero e l'autore dell'illecito, ma anche l'organo giudicante.

Fin qui i tratti comuni, che non cancellano alcune significative differenze. Anzitutto, il DPA viene stipulato dopo la formalizzazione degli addebiti a carico dell'ente, ma comunque prima (e al preciso scopo di evitare) l'esercizio

¹²⁵ Così Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272.

¹²⁶ MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., 87.

dell'azione penale nei suoi confronti. La messa alla prova degli adulti¹²⁷, invece, può essere richiesta sia nel corso delle indagini preliminari, sia in un momento successivo al rinvio a giudizio, purché l'istanza sia formulata dall'imputato prima della dichiarazione di apertura del dibattimento (art. 464-*quater*, co. 8 c.p.p.).

Giova segnalare che il recente intervento riformatore segnato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (la c.d. riforma Cartabia) ha valorizzato la dimensione pre-processuale del *probation*¹²⁸, attribuendo al pubblico ministero, già in fase d'indagine, un inedito potere di impulso o sollecitazione dell'indagato a chiedere l'ammissione alla prova e ciò al dichiarato scopo di incrementare l'effetto deflattivo dell'istituto e anticipare i percorsi risocializzanti o riparatori¹²⁹. Naturalmente, quella del pubblico ministero è una mera proposta, formulata solo una volta che le indagini preliminari possono ritenersi concluse e presentata all'indagato mediante l'avviso previsto dall'art. 415-*bis* c.p.p. e con l'indicazione della durata e dei contenuti essenziali del programma trattamentale (art. 464-*ter.1* c.p.p.). Il contenuto definitivo dell'accordo, infatti, richiede necessariamente l'apporto consensuale dell'indagato che intenda aderire alla proposta del pubblico ministero. Resta salva la possibilità che l'iniziativa negoziale parta direttamente dall'indagato o imputato o che questi, dopo aver rifiutato di aderire alla proposta del pubblico ministero, nelle successive scanzioni del procedimento, sottoponga all'attenzione del giudice una propria richiesta di sospensione con messa alla prova.

In ogni caso, a differenza che nel DPA, l'operatività del *probation* implica pur sempre l'esercizio dell'azione penale, anche se la richiesta di ammissione al rito speciale - o l'adesione alla proposta dell'inquirente - interviene in fase d'indagine¹³⁰, né potrebbe essere altrimenti, posto che l'istituto si risolve co-

¹²⁷ L'istituto del *probation* minorile, invece, non trova applicazione nella fase delle indagini preliminari. Corte cost., 10 giugno 2020, n. 139, ha tuttavia ritenuto questa differenza legittima, evidenziando le diverse finalità che caratterizzano la messa alla prova dei minorenni rispetto a quella degli adulti - «l'una ha finalità essenzialmente rieducativa, l'altra viceversa è connotata da innegabili tratti sanzionatori» - che impongono al legislatore di modulare la disciplina in via autonoma.

¹²⁸ Significativo è che il legislatore della riforma ha adeguato la terminologia impiegata, sostituendo il termine «procedimento» a quello di «processo» nel comma 2 dell'art. 464-*septies* c.p.p.

¹²⁹ *Relazione illustrativa al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in www.sistemapenale.it, 307 ss.

¹³⁰ *Relazione n. 2/2023 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della suprema Corte di Cassazione avente ad oggetto la riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 121: «Il sistema definito dalla norma sembra

munque in un trattamento sanzionatorio vero e proprio a carico dell'autore di un reato¹³¹.

Un'altra differenza di non secondaria importanza è legata al ruolo dell'organo giudicante. Come abbiamo visto, il giudice americano è chiamato ad autorizzare il differimento dell'incriminazione; tuttavia, assolve ad una funzione di controllo formale, che non gli consente di sindacare il contenuto sostanziale dell'accordo che il *prosecutor* ha raggiunto con l'impresa. Se volessimo traslare la vicenda negoziale in una dimensione puramente privatista, diremmo che il DPA è un accordo bilaterale che le parti raggiungono alla presenza di un notaio, al quale è assegnata una funzione meramente validatoria. La scarsa incisività del ruolo giudiziale si fa ancora più evidente nella fase patologica del rapporto, la cui gestione è di fatto rimessa nelle sole mani del *prosecutor*, poiché nulla può impedirgli di tornare sui suoi passi e procedere con l'incriminazione nei confronti dell'ente, laddove in via del tutto discrezionale valuti che questi si sia reso inadempiente rispetto alle obbligazioni assunte¹³². In questo scenario, dunque, il *prosecutor* è il vero «arbitro e padrone esclusivo della procedura»¹³³.

Nella scena del *probation* italiano, invece, i rapporti di forza tra giudice e pubblico ministero sono, per così dire, ribaltati: a quest'ultimo l'ordinamento

consentire l'adesione alla proposta del Pubblico ministero alla persona sottoposta alle indagini, mentre la sospensione del procedimento opera successivamente all'esercizio dell'azione penale nei confronti, quindi, dell'imputato». Sicchè, una volta ricevuta notizia della tempestiva adesione alla proposta di messa alla prova da parte della persona sottoposta ad indagini, il pubblico ministero deve formulare l'imputazione.

¹³¹ Come evidenziato da Corte cost., 7 ottobre 2015, n. 240 (in *Foro it.*, 2016, I, 2970 e in *Cass. pen.*, 2016, 1482), si tratta di un istituto ibrido, dalla doppia natura, sia processuale, in quanto rito alternativo al giudizio ordinario, che sostanziale, giacché il suo positivo esperimento porta all'estinzione del reato. Secondo Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272, Sorcinelli, in *Foro it.*, 2017, II, 67 la messa alla prova si traduce in un trattamento sanzionatorio schiettamente penale che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata e in funzione della risocializzazione dell'imputato. Anche la giurisprudenza costituzionale, in più occasioni, ha evidenziato gli effetti sostanziali del procedimento di messa alla prova, enucleando molteplici indici rivelatori della sua portata sanzionatoria: cfr. Corte cost., 23 giugno 2022, n. 174, in *ForoPlus*; Corte cost., 27 aprile 2022, n. 146, in *Cass. pen.*, 2022, 3502; Corte cost., 6 febbraio 2019, n. 68, in *Foro it.*, 2020, I, 2239; Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 91, *id.*, Rep. 2018, voce *Messa alla prova dell'imputato*, n. 16, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 1573, e in *Cass. pen.*, 2019, 688; Corte cost., 7 ottobre 2015, n. 240, cit.

¹³² RUGGIERO, Non prosecution agreements, cit., 13.

¹³³ ALESSANDRI, *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro. Un'introduzione*, in Aa.Vv., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, 56.

ha assegnato una parte secondaria, marginale, in specie quando la vicenda “negoziale” si svolge nella fase processuale vera e propria. Quasi che fosse un mediatore, con l’avvio delle indagini è in grado di mette in contatto le future parti dell’accordo, può esprimere il dissenso rispetto alla richiesta dell’indagato o sollecitarlo ad aderire alla sua proposta, elaborare una “bozza” di programma negoziale e poco altro. Il vero protagonista è il giudice, al quale è lasciata la battuta finale sull’ammissione del soggetto alla prova e sull’esito della stessa. Anche laddove la proposta di *probation* sia partita dall’organo inquirente, il giudice deve vagliarla, verificare che non vi siano gli estremi per il proscioglimento e che il programma di trattamento sia idoneo, valutare che l’imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati (art. 464-*quater* c.p.p.) e può anche subordinare la sospensione del procedimento ad ulteriori obblighi e prescrizioni. Inoltre, si ritiene che possa rigettare la concorde richiesta di messa alla prova anche quando non condivida la qualificazione giuridica data in imputazione al fatto ovvero consideri questo di particolare tenuità, nel qual caso restituisce gli atti al pubblico ministero affinché abbia la possibilità di proporre l’archiviazione¹³⁴.

Ad ulteriore testimonianza dell’ampiezza dello spettro valutativo riconosciuto al giudice, l’art. 464-*ter*.1, co. 6 c.p.p. gli attribuisce la possibilità di disporre la comparizione dell’imputato allorché ritenga opportuno verificare la volontarietà della richiesta di ammissione al *probation*.

Una terza differenza rispetto all’esperienza dei DPAs attiene ai contenuti del programma “negoziale”. Quello degli accordi di diversione di marca statunitense non sono oggetto di una disciplina legislativa, ma di strumenti normativi che potremmo definire di *soft law*, le linee guida elaborate dal *Department of Justice* per contenere e orientare la discrezionalità del *prosecutor*. Viceversa, gli elementi del programma trattamentale della messa alla prova sono puntualmente individuati dal legislatore, almeno nelle loro linee essenziali: la prestazione di condotte volte all’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, il risarcimento del danno, l’affidamento dell’imputato al servizio sociale e la prestazione di lavoro di pubblica utilità (art. 168-*bis*, commi 2 e 3 c.p.).

¹³⁴ *Relazione illustrativa al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 311.

Malgrado questi elementi di divergenza col modulo dei DPAs, il *probation* italiano, con la sua conformazione negoziale e la sua aspirazione deflattiva e post-riparatoria, si è prestato a fungere da istituto-cerniera tra la prassi statunitense degli accordi di diversione processuale e il sistema 231, per dare sfogo all'esigenza di recupero della non punibilità in favore dell'ente virtuoso che si è tempestivamente prodigato alla riparazione dell'offesa. E ciò, si badi, pur in mancanza di un'espressa previsione legislativa.

Invero, sulla possibilità di importare l'istituto della messa alla prova nel contesto normativo della responsabilità da reato degli enti collettivi mediante un'operazione interpretativa di tipo estensivo o analogico¹³⁵ si è consumato un vivace contrasto ermeneutico tutto interno alla giurisprudenza di merito e solo di recente approdato all'attenzione della Suprema Corte, di particolare interesse anche per l'esplicito richiamo all'esperienza nordamericana dei *pre-trial agreements*.

Per un primo orientamento, favorevole ad ammettere l'ente collettivo al *probation*, non è trascurabile il fatto che, storicamente, l'istituto della responsabilità da reato degli enti sia stato elaborato negli ordinamenti giuridici nordamericani. Invero, sarebbe proprio «la circostanza che, in quegli ordinamenti, si ammetta la conclusione di accordi, in forza dei quali la pubblica accusa rinuncia ad esercitare o a proseguire l'azione penale, in cambio della realizzazione di condotte riparative e ripristinatorie *post delictum*» a deporre in favore della tesi dell'ammissibilità della messa alla prova dell'ente, «poiché essa consentirebbe di conseguire risultati analoghi anche nel nostro ordinamento, compatibilmente con il principio di obbligatorietà dell'azione penale sancito dall'art. 112 Cost»¹³⁶.

¹³⁵ In dottrina, favorevoli all'estensione per via interpretativa della messa alla prova agli enti: 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. - Riv. Trim.*, 2020, 4, 122 ss.; MARTIN, *Le Sezioni Unite sulla possibilità per l'ente di accedere alla sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 1 ss.; PICCOLI, *Applicabilità della messa alla prova agli enti: effetti delle condotte riparatorie*, in *Giur. it.*, 2022, 2507 ss. In senso contrario: MAZZACUVA, *Interpretazione pionieristica o creativa? Brevi note a margine della recente ordinanza del Tribunale di Bari in materia di estensione della messa alla prova all'ente incolpato*, in *Cass. pen.*, 2022, 10, 3632 ss.; ORSINA, *Messa alla prova*, cit., 111 ss.

¹³⁶ Così Trib. Bari, 22 giugno 2022, in *ForoPlus*. In senso favorevole all'estensione interpretativa della messa alla prova agli enti collettivi si sono pronunciate anche Trib. Trento, 12 marzo 2018; Trib. Tren-

In questi termini si è pronunciato il Tribunale di Bari, in un'ordinanza del 22 giugno 2022, apprezzabile per lo sforzo argomentativo profuso a sostegno della tesi estensiva, in contrapposizione dialettica con l'orientamento avverso. In essa, infatti, il giudice barese aveva espressamente contestato l'opposta lettura della lezione statunitense che, un anno prima, aveva fornito il Tribunale di Spoleto. Per quest'ultimo, il legislatore del 2001, nel mutuare dagli ordinamenti nordamericani la disciplina della responsabilità da reato delle persone giuridiche, avrebbe attribuito un rilievo più limitato alle condotte riparatorie dell'ente, così prendendo consapevolmente «le distanze dal modello diffuso nei sistemi d'oltreoceano»¹³⁷. In questi «le condotte riparative e ripristinatorie *post delictum* sono poste alla base dei *deferred prosecution agreement* ovvero dei *non prosecution agreement*, vale a dire accordi con il rappresentante dell'accusa per rinunciare all'esercizio dell'azione penale»; nel nostro, invece, è prevista una mera attenuazione del trattamento sanzionatorio, non un'esclusione di responsabilità. Di tal ché, conclude il giudice spoletino, «la tesi secondo cui nell'impianto normativo del D.L.vo n. 231 del 2001 andrebbe innestato - anche in via esegetica, in virtù di esigenze di coordinamento e di complessiva armonia del sistema - l'istituto della messa alla prova introdotto solo successivamente con L. n. 67 del 2014, finisce per tradire la filosofia che ha ispirato la disciplina italiana della responsabilità da reato degli enti». In disparte l'argomentazione di tipo storico-comparatistico, il principale ostacolo all'ammissibilità della sospensione del processo *de societate* con messa alla prova dell'ente è stato individuato dalla giurisprudenza contraria e, da ultimo, anche dalle Sezioni Unite della Cassazione, nel principio di legalità e nei suoi corollari. Ed infatti, premesso che l'istituto in questione si risolve in un vero e proprio trattamento sanzionatorio, non si può applicare «ad una categoria di soggetti - gli enti - non espressamente contemplati dalla legge quali destinatari di esso, in relazione a categorie di illeciti non espressamente previsti dalla legge penale»¹³⁸.

to, 12 aprile 2019; Trib. Modena, 11 dicembre 2019, in *www.giurisprudenzapenale.com*; Trib. Trento, 18 dicembre 2019; Trib. Modena, 19 ottobre 2020, in *ForoPlus*.

¹³⁷ Trib. Spoleto, 21 aprile 2021, cit.

¹³⁸ Cass. pen., Sez. un., 27 ottobre 2022, n. 14840, La Sportiva s.p.a., in *Foro it.*, 2023, II, 324, con nota di DAVÌ, *Quel no delle sezioni unite alla «messa alla prova» per l'ente che spiana la strada ai non prose-*

Né potrebbe soccorrere l'analogia, quantunque in grado di sprigionare effetti favorevoli per l'ente collettivo, vale a dire l'estinzione dell'illecito. L'operare del ragionamento analogico, pure se *in bonam partem*, è infatti subordinato alla compresenza di altri presupposti, peraltro richiesti in tutti i settori del diritto: la norma suscettibile di estensione non deve avere carattere eccezionale e la lacuna individuata dall'interprete deve essere involontaria, cioè non dovuta ad una precisa scelta del legislatore. Più a monte, occorre che fra la materia disciplinata e quella da disciplinare esista una similitudine tale da consentire il processo di integrazione.

Ebbene, ad un'attenta lettura delle motivazioni espresse dalle Sezioni Unite, sembra che la Suprema Corte abbia voluto inerpicarsi proprio su quest'ultimo, scivoloso, versante interpretativo. Malgrado avesse a disposizione diversi e più agevoli itinerari argomentativi, d'altronde già battuti dalla giurisprudenza di merito - il carattere eccezionale dell'art. 168-*bis* c.p. o la presenza di una lacuna volontaria nel "Decreto 231"¹³⁹ -, la Cassazione ha infatti preferito impiegare quale elemento fondante del suo edificio motivazionale la presunta incompatibilità sostanziale tra il sistema punitivo degli individui e quello degli enti collettivi: il primo, in cui si colloca il *probation*, riconducibile alla materia penale in senso stretto; il secondo ad un *tertium genus*, che coniuga i tratti essenziali del sistema penale con quello amministrativo¹⁴⁰.

cution agreements. In questo senso anche Trib. Milano, 27 marzo 2017, n. 13844, in www.rivista231.it, che ha evocato la riserva di legge, evidenziando come l'ente non possa venire assoggettato a una sanzione penale, quale è lo svolgimento del lavoro di pubblica utilità previsto tra gli adempimenti della messa alla prova (art. 168-*bis*, co. 3 c.p.), in assenza di un'apposita normativa di raccordo.

¹³⁹ Trib. Bologna, 10 dicembre 2020, in *Foro it.*, Rep. 2021, voce *Messa alla prova dell'imputato*, n. 26, ha negato la praticabilità di un'operazione interpretativa analogica a fronte di una lacuna legislativa ritenuta intenzionale: la mancata menzione della sospensione con messa alla prova, nel novero dei riti speciali contemplati dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, rispecchierebbe, infatti, la precisa scelta del legislatore di escludere l'ente dall'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto.

¹⁴⁰ Similmente Trib. Bologna, 10 dicembre 2020, cit., ha evidenziato l'incompatibilità strutturale e funzionale della disciplina del *probation* con quella della responsabilità amministrativa da reato degli enti: l'art. 168-*bis* c.p., infatti, è modellato sulla figura dell'imputato persona fisica in un'ottica non solo specialpreventiva, riparativa e conciliativa, ma soprattutto rieducativa, una funzione che sarebbe snaturata in caso di applicazione al soggetto collettivo, atteso che il lavoro di pubblica utilità, essenziale per la risocializzazione dell'imputato, finirebbe per tradursi in una misura risarcitoria a favore della collettività. L'estensione della messa alla prova all'ente, infine, comporterebbe l'introduzione per via giurisprudenziale di un nuovo istituto, i cui presupposti sostanziali e processuale non potrebbero che essere declinati in modo creativo dall'organo giudicante.

Dando per buona la ricostruzione – non del tutto pacifica in dottrina¹⁴¹ – della responsabilità degli enti nei termini di un *tertium genus*, l’enfasi con cui la Suprema Corte ha evidenziato le differenze che corrono tra i due fronti del sistema punitivo sembra, francamente, eccessiva, a maggior ragione se guardata nell’orizzonte di una giurisprudenza europea che da tempo restituisce una nozione di “materia penale” ben più ampia, fondata non sul *nomen juris* che il legislatore ha dato ad un illecito ma su criteri sostanziali.

Invero, la circostanza che la Direttiva 231 sia programmaticamente disegnata sul primario obiettivo di riorientamento delle imprese ai valori della legalità e che la sua vocazione preventivo-riparatoria tende a prevalere sulla dimensione repressiva, non estingue lo scopo dissuasivo e i contenuti particolarmente afflittivi delle sanzioni previste, in specie delle temutissime sanzioni interdittive, capaci di incidere anche in maniera esiziale sulla stabilità economica dell’impresa. Insomma, vero è che la migliore riuscita della normativa 231 sta negli effetti che produce per il sol fatto di essere in vigore, a prescindere dalla sua concreta applicazione, ma quando però viene applicata essa mostra soprattutto il suo volto punitivo, benché non sia questo il suo aspetto più qualificante¹⁴².

Inoltre, malgrado lo scetticismo che la Suprema Corte lascia trasparire sulla credibilità logica della rieducazione dell’ente¹⁴³, la previsione di circostanze attenuanti legate all’adozione di un modello organizzativo *ex post* tradisce anche la funzione *lato sensu* rieducativa delle sanzioni 231, per quanto, come è ovvio, il concetto di rieducazione richieda qualche adattamento quando viene riferito ad un soggetto – per dirla come la Suprema Corte – «privo di sostrato psicofisico»¹⁴⁴. In questo caso, infatti, la rieducazione si risolve essenzialmente

¹⁴¹ Si v. in particolare DE VERO, *Responsabilità penale della persona giuridica*, cit., 2008. Sul tema si v. anche PELISSERO, *Principi generali*, cit., 161 ss.

¹⁴² RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero*, cit., XIII.

¹⁴³ MOSSA VERRE, *La “messa alla prova” degli enti collettivi è esclusa anche dalla Cassazione a Sezioni Unite*, in www.sistemapenale.it, 10 maggio 2023, 195 ss.

¹⁴⁴ Sul tema cfr. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 291; MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001*, Torino, 2022; PICCOLI, *Applicabilità della messa alla prova agli enti*, cit., 2510; SILVA SANCHEZ, *“Quia peccatum est” o “ne peccetur”? Una modesta llamada de atención al Tribunal Supremo sobre la “pena” corporativa*, in *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, 2021, 1, VI-IX; nonché, con uno sguardo incentrato sulle potenzialità di un approccio riparativo

nel governo delle politiche di impresa e nelle strategie di *compliance*, cioè nel riadattamento funzionale, nella riorganizzazione dell'ente collettivo in modo da scongiurare, per il futuro, che si commettano reati del tipo di quello già verificatosi¹⁴⁵.

In un simile contesto normativo, già pregno di istanze recuperatorie, l'innesto della messa alla prova non andrebbe a determinare una crisi di rigetto. Al contrario: il *probation* non farebbe che esaltare la filosofia specialpreventiva del "Decreto 231"¹⁴⁶, nella misura in cui offrirebbe all'impresa un motivo in più per intraprendere il percorso di «reinserimento nel mercato in una rinnovata veste di legalità»¹⁴⁷.

Non sembra quindi che il solco tra i due fronti del sistema punitivo – quello delle persone fisiche e quello degli enti – sia talmente profondo da essere incolmabile. Anzi, può sostenersi che le cose che li accomunano sono più di quelle che li dividono. Ciò è tanto vero che la stessa Cassazione, dopo aver affermato la tesi della disomogeneità, sembra cadere in contraddizione quando si affretta a puntualizzare che la responsabilità dell'ente «mutua dal sistema penale solo le garanzie che lo assistono».

Resta, tuttavia, come pietra d'inciampo, l'asserzione della sostanziale incompatibilità degli istituti tipici del diritto penale con il "sistema 231"; un argomento che, non sfugge, è capace d'influenzare la risoluzione di altri nodi interpretativi che possono scaturire dalla fucina, sempre attiva, del d.lgs. 231/2001. Peraltro, se si portasse l'argomento della Corte alle sue più estreme conseguenze, potrebbe giungersi a negare la possibilità di innestare l'istituto della messa alla prova nel "Decreto 231" financo per via legislativa, in quanto

anche con riferimento alla responsabilità degli enti, RICCI-SAVARINO, *Limiti e potenzialità della restorative justice nel sistema "231". Spunti per una riflessione sulla scia della riforma Cartabia*, in *Leg. pen.*, 29 marzo 2022.

¹⁴⁵ Va segnalato, inoltre, che nel contesto della responsabilità da reato dell'ente, la funzione rieducativa, più che alla sanzione, viene assegnata al processo, in seno al quale l'ente è incentivato a realizzare condotte riparatorie. Ancora, rispetto alle persone giuridiche sono tollerabili forme di ristrutturazione coercitiva, mediante la nomina di un commissario giudiziale che curi l'implementazione del modello, laddove mai l'ordinamento potrebbe imporre alla persona fisica un trattamento rieducativo contro la sua volontà. Sul punto si rinvia a MONGILLO-BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 321.

¹⁴⁶ ORSINA, *Messa alla prova*, cit., 126; PICCOLI, *Applicabilità della messa alla prova agli enti*, cit., 2512; SABIA, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 334.

¹⁴⁷ FIDELBO-RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit., 15.

istituto sostanziale ontologicamente incompatibile con l'ambiente ibrido della responsabilità dell'ente.

Meglio sarebbe stato, allora, fare premio sulla mancanza degli altri presupposti cui è condizionato l'operare del ragionamento analogico, cioè sul carattere non eccezionale della norma da estendere al caso non regolato e sull'assenza di una lacuna intenzionale. Nelle sue motivazioni, invece, la Suprema Corte non dà conto, se non in modo assai indiretto, che l'art. 168-*bis* c.p., in quanto causa di estinzione del reato, fondata su considerazioni di opportunità del legislatore, è norma eccezionale e, come tale, insuscettibile di estensione analogica *ex art. 14 Preleggi c.c.*¹⁴⁸

Quanto, poi, alla presenza nel "Decreto 231" di una lacuna volontaria conseguente al mancato coordinamento con la disciplina sostanziale della messa alla prova, se ne fa solo un accenno fugace e al solo scopo di irrobustire un impianto argomentativo che trova il suo baricentro altrove. Trattasi, in realtà, di un argomento dirimente, come era già stato messo ben in evidenza nella citata ordinanza del Tribunale di Spoleto, secondo cui l'operazione analogica determinerebbe una sostanziale elusione del dettato normativo. Invero, il legislatore della "231" ha già preso in considerazione la condotta reattiva dell'ente, volta all'eliminazione delle conseguenze del reato, al risarcimento del danno e alla riorganizzazione interna, ma ad essa vi ha riconnesso non l'esclusione della punibilità, bensì una mitigazione della risposta sanzionatoria. Il programma trattamentale della messa alla prova finirebbe (e di fatto finisce) col sovrapporsi alle condotte riparatorie già previste dall'art. 17 d.lgs. 231/2001, facendo però ottenere all'ente un beneficio più ampio di quello offerto dalla legge. Sicché, la possibilità di avanzare istanza di sospensione del processo con messa alla prova si rivelerebbe un agevole strumento nelle mani dell'impresa «per eludere la disciplina degli artt. 17 e 65 D.L.vo n. 231 del 2001, consentendogli di ottenere, alle stesse condizioni dettate dalle disposizioni normative appena menzionate e senza alcun onere aggiuntivo, il beneficio della estinzione del reato».

Per evitare il rischio di sovrapposizione tra il programma trattamentale del *probation* e le prescrizioni dell'art. 17, si è posto l'accento sulla possibilità di

¹⁴⁸ Sul punto v. MOSSA VERRE, *La "messa alla prova" degli enti collettivi*, cit., 195.

imporre all'ente adempimenti ulteriori, in effetti previsti dalla disciplina del *probation*: l'affidamento al servizio sociale e i lavori di pubblica utilità¹⁴⁹. Questo tipo di prestazioni, come si dirà meglio in appresso, appaiono però fortemente distoniche rispetto alla filosofia del “Decreto 231” e all'obiettivo primario di favorire la riorganizzazione interna dell'impresa in funzione di prevenzione dei reati. La necessità di adattarle a un contesto mancante di sostrato psicofisico, inoltre, richiede una forzatura estrema del dato legislativo¹⁵⁰. Ed infatti, sia nel programma trattamentale approvato dal Tribunale di Modena con ordinanza dell'11 dicembre 2019, che in quello approvato dal Tribunale di Trento, nella vicenda giudiziaria che ha dato luogo alla rimessione alla Cassazione riunita, il concetto di «lavoro» è stato reinterpretato in termini di mera attribuzione patrimoniale, con la prescrizione all'ente di elargire parte della propria produzione ad organismi religiosi.

A tutto ciò si aggiunga, come pure evidenziato dal giudice spoletino, che la paventata operazione analogica lascerebbe sul campo «ampi margini di incertezze operative» che costringerebbero l'organo giudicante a esorbitare dai suoi poteri per elaborare una disciplina *ad hoc* concernente i presupposti e le modalità di applicazione della messa alla prova per gli enti collettivi¹⁵¹. Il problema riguarderebbe non solo i possibili contenuti delle obbligazioni poste a carico dell'ente quale contraltare della non punibilità, la cui determinazione sarebbe lasciata alla discrezionalità del pubblico ministero prima e del giudice poi, ma lo stesso ambito di applicazione della messa alla prova per gli enti, non essendo chiari i requisiti oggettivi di ammissibilità. Ciò è tanto vero che, talora, l'organo giudicante ha richiesto, quale condizione d'accesso al *proba-*

¹⁴⁹ PICCOLI, *Applicabilità della messa alla prova agli enti*, cit., 2512. In questo senso anche Trib. Bari, 22 giugno 2022, cit. secondo cui «l'ammissibilità per l'ente della messa alla prova non determinerebbe l'elusione dell'art. 17 del D.L.vo n. 231 del 2001, atteso che, a differenza di quanto affermato dal Tribunale di Spoleto, l'ambito di applicazione della norma citata non coincide affatto con quello della messa alla prova. Infatti, l'art. 17 stabilisce un trattamento sanzionatorio più mite nell'ipotesi in cui, prima della dichiarazione d'apertura del dibattimento, l'ente realizzi le condotte riparatorie ivi elencate. Ma la messa alla prova ha un oggetto ben più ampio, contemplando pure l'affidamento al servizio sociale per lo svolgimento di un programma che può comprendere attività di volontariato di rilievo sociale, nonché la prestazione di lavoro di pubblica utilità. Ed è coerente, quindi, che laddove l'ente assolva tali obblighi ulteriori, ottenga un beneficio maggiore rispetto a quello della mitigazione del trattamento sanzionatorio, qual è, appunto, l'estinzione dell'illecito».

¹⁵⁰ MOSSA VERRE, *La “messa alla prova” degli enti collettivi*, cit., 194.

¹⁵¹ RUGGIERO, *Roma locuta*, cit., 1933.

tion, che già prima del fatto di reato, l'ente si fosse dotato di un modello organizzativo, ancorché reputato inidoneo ex artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001¹⁵². Una condizione che ha un suo senso logico, volta com'è a scongiurare che la funzione preventiva riconnessa al sistema 231 non venga del tutto a scolorare, e tuttavia non trova alcun riscontro normativo che possa giustificarla.

In definitiva, seppur attraverso un percorso argomentativo accidentato, la conclusione cui la Suprema Corte è addivenuta appare condivisibile¹⁵³.

La pronuncia, comunque, suscita l'interesse del giurista soprattutto per le ricadute che potrà avere nella prassi giudiziaria. C'è da aspettarsi una certa resistenza da parte di alcuni uffici giudiziari, considerate le serie ragioni di preoccupazione che hanno portato a sperimentare la diversione in area 231.

La risposta della giurisprudenza di merito, in realtà, non si è fatta aspettare. Appena due mesi dopo il deposito delle motivazioni, il Tribunale di Bari¹⁵⁴ ha ribadito gli argomenti già spesi nella citata ordinanza del 22 giugno 2022, con cui aveva ammesso alla prova una S.r.l. unipersonale, e preso atto dell'esito positivo del *probation* ha chiuso la vicenda con una sentenza di non doversi procedere per estinzione dell'illecito. È ben possibile che, nel caso di specie, il giudice barese si sia lasciato guidare dall'esigenza di salvaguardare il percorso "rieducativo" dell'ente, il quale altrimenti avrebbe subito una sanzione, sia pure meno severa, dopo aver investito risorse in condotte riparatorie di portata più ampia di quelle richieste dall'art. 17 d.lgs. 231/2001. Sta di fatto che il filone giurisprudenziale favorevole alla *diversion* si va arricchendo di nuove pronunce. Più di recente, infatti, anche il Tribunale di Perugia, con un'ordinanza del 7 febbraio 2024¹⁵⁵, ha ritenuto di discostarsi dalla soluzione

¹⁵² Trib. Modena, 15 dicembre 2020, in www.giurisprudenzapenale.com, 4 febbraio 2021, con nota di GARUTI-TRABACE, *Il Tribunale di Modena ancora sull'ammissibilità della persona giuridica al rito della sospensione del procedimento con messa alla prova: una conferma o una retromarche?*

¹⁵³ RUGGIERO, Roma locuta, cit., 1936 parla di «una decisione giusta con un'argomentazione incongrua».

¹⁵⁴ Trib. Bari, 15 giugno 2023, n. 3601, in www.giurisprudenzapenale.com, 15 giugno 2023. Il giudice barese si è confrontato direttamente con la sentenza della Cassazione riunita, sostenendo che la conclusione cui è addivenuta sarebbe «priv[a] dell'effetto vincolante», atteso che la questione della messa alla prova per l'ente - su cui non si era consumato alcun contrasto nella giurisprudenza di legittimità - non manifestava caratteri di pregiudizialità o consequenzialità rispetto a quella controversa oggetto del principio di diritto. Secondo il giudice barese, inoltre, «il principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione, pure a Sezioni unite, non è fonte del diritto, rappresentando, piuttosto, la generalizzazione dell'interpretazione di una disposizione in relazione a una fattispecie concreta».

¹⁵⁵ Trib. Perugia, 7 febbraio 2024, in www.giurisprudenzapenale.com, 8 febbraio 2024. Si segnala che il

adottata dalle Sezioni Unite e, riaffermata la possibilità di estendere per via analogica il *probation* agli enti, ha accolto la richiesta di sospensione del processo con messa alla prova avanzata da una società.

Insomma, non sembra che l'intervento delle Sezioni Unite sia riuscito a mettere un freno alle pratiche di diversione del processo *de societate*. Non è facile prevedere se anche altri Tribunali seguiranno le orme del giudice di Bari e di quello di Perugia. Si può tuttavia constatare che aver tentato di serrare le porte al *probation* dell'ente rischi di spianare la strada a sviluppi del sistema ancora più eversivi di quelli che la Suprema Corte intendeva scongiurare. A manifestazioni, cioè, di negozialità informale tra pubblico ministero e imprese che ricalcano sostanzialmente lo schema dei *non prosecution agreements* di origine nordamericana.

11. *Il NPA italiano: l'archiviazione "meritata"*. Anche nell'ordinamento italiano, a ben scrutare, possono scorgersi spazi per forme di negozialità diretta tra pubblico ministero e impresa, senza l'intermediazione del giudice, considerata l'elevata discrezionalità con cui di fatto viene esercitata l'azione penale a carico degli enti, peraltro accentuata dalla disciplina in materia di archiviazione, che non prevede controllo giudiziale.

Nel procedimento *de societate* la fase delle indagini preliminari assume una valenza centrale, più che nel procedimento a carico delle persone fisiche, poiché è soprattutto in questo frangente che l'impresa deve giocare le sue carte per fuoriuscire quanto prima dal circuito giudiziale¹⁵⁶ e attutire i danni economici e reputazionali. Lo svincolo negoziale privilegiato è costituito dal patteggiamento, mediante il quale, tuttavia, l'impresa può ambire soltanto all'attenuazione della risposta sanzionatoria. Nella fase investigativa, infatti, la non punibilità dell'ente è legata all'archiviazione, un potere che il "Decreto 231" ha riservato al pubblico ministero.

A differenza che nel procedimento degli individui, dove l'inquirente può solo chiedere l'archiviazione al g.i.p., l'art. 58 d.lgs. 231/2001 ha infatti previsto

programma trattamentale elaborato dall'U.E.P.E. di Perugia prevede che la società – la quale intanto ha risarcito integralmente il danno e si è dotata di un modello organizzativo – finanzia un corso di formazione in materia di primo soccorso e sicurezza e salute sui luoghi di lavoro d'intesa con la Croce Rossa.

¹⁵⁶ RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero*, cit., 2.

che, se non procede alla contestazione dell'illecito amministrativo, «il pubblico ministero emette decreto motivato di archiviazione degli atti, comunicandolo al procuratore generale presso la corte d'appello».

Naturalmente, non si tratta di un potere arbitrario. Premesso che la contestazione dell'illecito all'ente può considerarsi come “esercizio di azione penale”, la previsione di un potere di archiviazione del tutto privo di controllo si porrebbe in contrasto col principio di obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112 Cost.* Dalla norma non sembra potersi trarre, quale implicazione necessaria, l'imposizione costituzionale di un controllo sull'inazione affidato all'organo giudicante. Ciò che conta è che il controllore sia un organo indipendente dal controllato. Se questo è vero, l'art. 58 in astratto non pone un problema di compatibilità con l'art. 112 Cost., nella misura in cui prevede che il pubblico ministero comunichi l'archiviazione al procuratore generale presso la Corte d'appello - al quale non è legato da un rapporto di subordinazione gerarchica - in modo da consentire a quest'ultimo di svolgere gli accertamenti indispensabili e, ove ritenga che ne ricorrano le condizioni, contestare all'ente le violazioni amministrative conseguenti al reato. Resta però il fatto che, a differenza del g.i.p., il procuratore generale non ha alcun obbligo di attivarsi, lasciando così sostanzialmente libera la decisione del pubblico ministero¹⁵⁷.

Peraltro, il legislatore non ha prefissato i casi in cui l'inquirente può disporre l'archiviazione, in tal modo rendendo ancora più ampi i margini di discrezionalità delle sue determinazioni. La scelta di archiviare potrebbe dipendere, oltre che dalla ritenuta mancanza degli elementi di imputazione oggettiva del reato-presupposto o dall'insussistenza di quest'ultimo, anche da una positiva valutazione del modello organizzativo di cui l'impresa si è dotata *ante delictum*, ma anche questo è un apprezzamento dal forte sapore discrezionale,

¹⁵⁷ *Ivi*, 77 ss. Parte della dottrina ha criticato la scelta di non affidare il controllo sull'inazione all'organo giudicante: cfr. BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 582; FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, 225 s.; PADULA, *L'archiviazione nel procedimento per gli «illeciti amministrativi dipendenti da reato» ascrivibili agli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, 2800 s.; PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, in *Aa.Vv.*, *La responsabilità degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002, 309.

considerato quanto sia complesso per la magistratura confrontarsi con un fenomeno così elastico come quello della *corporate compliance*.

Tutti questi profili concorrono a delineare un sistema della responsabilità da reato della persona giuridica che si avvicina per molti versi a quello statunitense e che vede assegnare al pubblico ministero, come al *prosecutor*, il ruolo di arbitro delle decisioni sull'azione penale nei confronti dell'impresa. Con la non piccola differenza che nell'ordinamento d'oltreoceano vige un principio di opportunità dell'azione penale, alla stregua del quale la discrezionalità del *prosecutor*, per quanto temperata e orientata dalle linee guida del *Department of Justice*, è riconosciuta e formalizzata. È perciò in linea con quel contesto ordinamentale, che delle istanze di pragmatismo e utilitarismo ha fatto la sua bandiera, che l'impresa possa intavolare una trattativa privata con la pubblica accusa per dimostrarle l'inopportunità dell'azione penale e la convenienza della terza via, quella post-riparatoria.

Nel sistema italiano, viceversa, un negoziato di questo genere era del tutto estraneo fino a pochi anni fa. Cionondimeno, i poteri ampiamente discrezionali che il "Decreto 231" ha riconosciuto al pubblico ministero – soprattutto il potere di dare avvio alle indagini non accompagnato da una sanzione per il caso di violazione dell'obbligo di "immediata" annotazione dell'illecito e quello di archiviare *de plano* senza una delibazione giudiziale – e la crescente presa di coscienza che nel nostro sistema il principio di obbligatorietà dell'azione penale nei fatti è una pia illusione, una «bugia convenzionale»¹⁵⁸, un'aspirazione che non è più in grado di reggere al carico delle notizie di reato¹⁵⁹, tutto questo ha concorso a rendere il campo della responsabilità da reato dell'ente permeabile a forme di negoziabilità diretta tra ente collettivo e pubblico ministero. Un negoziato che consente alla prima di ottenere un premio più sostanzioso di quello previsto dalla legge, derivante dall'inazione da parte del secondo¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Così KOSTORIS, *Obbligatorietà dell'azione penale, esigenze di deflazione e «irrelevanza del fatto»*, in Aa.Vv., *I nuovi binari del processo penale: tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Caserta-Napoli, 8-10 dicembre 1995), Milano, 1996, 212.

¹⁵⁹ RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero*, cit., 81 ss.

¹⁶⁰ COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 231 ss.

In questo quadro, la non punibilità, sotto le spoglie d'una promessa ufficiosa di archiviazione "meritata"¹⁶¹, potrebbe quindi tornare a fungere da merce di scambio, stavolta già in sede di indagini preliminari, per indurre le imprese a riorganizzarsi e impegnarsi nella riparazione *post delictum*.

Questo, per lo meno, in linea potenziale. Tuttavia, a leggere in controluce alcuni interessanti provvedimenti di archiviazione, già emergono negoziati informali tra organo inquirente e impresa.

Gli esempi più significativi ci arrivano dal Tribunale di Milano, la sede giudiziaria che nel tempo ha mostrato di essere all'avanguardia nella prevenzione della criminalità economica e piuttosto incline a sperimentare tecniche di intervento inedite, pragmatiche e sensibili alle esigenze di sostenibilità economica dell'azione penale. In questo contesto, il paradigma negoziale è sempre più impiegato nella creazione *preter legem* di strumenti di diversione che consentano di ridurre al minimo l'impatto dell'intervento giurisdizionale sulle realtà imprenditoriali.

Ne costituisce esempio emblematico un recentissimo provvedimento interlocutorio del Tribunale della prevenzione che, a fronte di un atteggiamento reattivo e collaborativo dell'impresa, un colosso della grande distribuzione coinvolto in fenomeni di caporalato, disponibile ad attivarsi fattivamente per la riorganizzazione *compliant* della propria attività, in modo da scongiurare ulteriori episodi di sfruttamento dei lavoratori, ha deciso di avviare un «contraddittorio partecipato con la società al fine di monitorare i progressi di legalizzazione», rinviando *sine die* la decisione relativa all'applicazione della misura *ex art. 34 cod. Antimafia*¹⁶². E ciò pur in «assenza di un fondamento normativo specifico», mutuando, attraverso un'ardita operazione sistematica e teleologica, il contraddittorio anticipato ora previsto nell'ambito del procedimento di emissione dell'informazione antimafia.

Questa vicenda negoziale ha avuto il suo svolgimento in un contesto proce-

¹⁶¹ In dottrina è stata avanzata la proposta d'introdurre per via legislativa la c.d. archiviazione meritata: GIALUZ, *L'archiviazione meritata" come terza via tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, 2, 309 s.

¹⁶² Trib. Milano, Sez. mis. prev., 25 luglio 2023, Pres. Roia, n. 54/23 RGMP, Esselunga, in *www.sistemapenale.it*, con nota di MERLO, *Alla ricerca della via italiana ai non prosecution agreement. Il caso Esselunga*, 31 luglio 2023.

dimentale diverso dal processo *de societate* fin qui preso in esame, ossia quello che conduce all'applicazione della misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria dell'impresa ex art. 34 cod. Antimafia. Non è un caso che anche questo tessuto normativo si sia rivelato permeabile alla penetrazione delle logiche della diversione negoziata. L'amministrazione giudiziaria, invero, è ricompresa in quel nuovo set di misure di prevenzione patrimoniali «diverse dalla confisca» introdotto dalla riforma del codice antimafia realizzata dalla L. 17 ottobre 2017, n. 161, con cui il legislatore ha immesso nel sistema un inedito principio di salvataggio delle imprese lambite dal condizionamento mafioso ma non in modo irrimediabile, rispetto alle quali è quindi possibile tentare un percorso di bonifica interna. E ciò grazie soprattutto all'implementazione di un adeguato modello organizzativo che le metta al riparo da future contaminazioni e le consenta di tornare a operare in condizioni di legalità.

Detto altrimenti, il nuovo corso inaugurato dalla riforma del 2017 utilizza la *corporate compliance* come arma di contenimento delle infiltrazioni mafiose in campo economico, secondo un approccio che, oltre ad esibire una certa familiarità con le strategie di profilassi della devianza imprenditoriale di matrice nordamericana¹⁶³, getta un ponte di collegamento con il sistema 231, di cui ha illuminato la vocazione premiale e recuperatoria dell'impresa reattiva. In un simile contesto, che il Tribunale di Milano si sia dotato di uno strumento di diversione processuale creato *ad hoc* non lascia sorpresi. È solo l'ennesima dimostrazione che ogniqualvolta si chiama in campo la *corporate compliance* e le sue logiche, il passo verso la *diversion* è pressoché inevitabile, magari a costo di forzare il dettato legislativo con operazioni ermeneutiche che procedono per analogia.

Nella vicenda appena esaminata il negoziato ha visto interagire l'ente collettivo con il giudice della prevenzione. La via negoziale, tuttavia, era stata già tracciata in contesti procedurali che molto più d'appresso hanno seguito la lezione statunitense dei *non prosecution agreements*. Vale a dire quella della trattativa informale direttamente con il pubblico ministero.

Il riferimento è, in particolare, al caso giudiziario che ha coinvolto DHL,

¹⁶³ Sul punto si v. VISCONTI, *Il controllo giudiziario "volontario"*, cit., 12 ss.

un'importante società di logistica indagata per il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti commesso, secondo gli inquirenti, allo scopo di simulare contratti di appalto in luogo di somministrazione di manodopera. La vicenda si è conclusa con un decreto di archiviazione del pubblico ministero¹⁶⁴, tecnicamente per la riconosciuta presenza di tutti i presupposti del *ne bis in idem* sostanziale, atteso che la condotta censurata era stata già colpita da sanzioni tributarie di carattere sostanzialmente penale ed erano stati superati i limiti di tollerabilità dei meccanismi di doppio binario punitivo segnati dalla giurisprudenza eurolunitaria¹⁶⁵. Secondo la Procura, infatti, l'applicazione di una sanzione 231 avrebbe reso il trattamento punitivo complessivo del tutto sproporzionato rispetto alla condotta illecita, tanto più alla luce delle condotte riparatorie *post factum* che la società aveva realizzato, fra cui la stabilizzazione di ben 1200 lavoratori e la sua riorganizzazione in funzione preventiva di ulteriori illeciti.

Anche se l'argomento tecnico-giuridico prescelto dalla Procura è stato quello del *ne bis in idem* sostanziale, è facile immaginare, dietro le quinte, un negoziato informale tra impresa e pubblico ministero diretto a massimizzare i vantaggi per tutti gli attori in campo: per l'impresa, che evita la sanzione, per il sistema giustizia, che risparmia la risorsa processuale, ma anche per la collettività, che non solo riceve un beneficio sul piano dell'occupazione ma vede anche un'importante società orientare la sua attività economica in modo coerente ai valori della legalità.

Un fulgido esempio, questo, di "pena" agita, ma anche di importazione del modulo dei NPAs: le condotte post riparatorie, cui il "Decreto 231" riconnette l'attenuazione della risposta sanzionatoria, vengono qui valorizzate consentire all'impresa di ottenere la non punibilità. Con la sola differenza che, laddove i NPAs intervengono prima della formale iscrizione della notizia di rea-

¹⁶⁴ Proc. Trib. Milano 9 novembre 2022, in proc. DHL, in *www.sistemapenale.it*, con nota di SCOLETTA, *Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari*, 28 novembre 2022.

¹⁶⁵ Corte EDU, sent. Grande Camera, 15 novembre 2016, Raimondi A e B c. Norvegia, in *Foro it.*, 2017, II, 4, 53 s., secondo cui in linea generale l'art. 4, prot. 7, CEDU non escluderebbe che lo Stato possa legittimamente apprestare un sistema di risposte a condotte socialmente offensive che si articoli attraverso procedimenti distinti, purché le risposte sanzionatorie così accumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato.

to (*filing*), qui il negoziato si svolge in fase di indagini preliminari, cioè dopo l'annotazione della *notitia criminis*¹⁶⁶, e sfocia nell'archiviazione del caso.

Una sorta di archiviazione “meritata” o “condizionata”, dunque, che anche stavolta non trova alcun riscontro normativo. Anzi, per quanto secondo certa dottrina i tempi siano ormai maturi per introdurre anche nel nostro paese l'istituto dell'archiviazione meritata nel processo penale¹⁶⁷, ben inteso anche quello delle persone fisiche, la recente riforma della giustizia penale (c.d. riforma Cartabia), per quanto ispirata a principi di modernizzazione ed efficientamento della macchina giudiziaria e di alleggerimento dei tempi e della quantità dei processi¹⁶⁸, ha lasciato cadere la proposta della Commissione Lattanzi di prevedere, con riguardo ad alcuni reati di gravità medio-bassa, una forma di archiviazione subordinata «all'adempimento di una o più prestazioni a favore della vittima o della collettività, individuate tra quelle previste dalla legge» e fondata su un accordo con il pubblico ministero soggetto a delibazione giudiziale¹⁶⁹. Ancora una volta, qualcosa di simile al DPAs, ma operante sul crinale del processo alle persone fisiche.

Tutto ciò, evidentemente, non ha impedito lo sviluppo nella prassi di forme larvate di “inesercizio” dell'azione penale, connesso al compimento di condotte riparatorie e ad una pragmatica valutazione di inopportunità, specialmente nel campo della responsabilità da reato degli enti collettivi, ove più forti ed evidenti si fanno le esternalità negative del processo penale.

Come quando nel suo placido scorrere l'acqua di un fiume incontra un ostacolo, lo aggira e si rafforza, facendosi impetuosa, il rischio è che la sconfessione della pratica del *probation* dell'ente da parte delle Sezioni Unite possa

¹⁶⁶ Ai sensi dell'art. 55 d.lgs. 231/2001, il pubblico ministero deve procedere immediatamente all'annotazione della notizia di reato, ma anche in questo caso l'inquirente ha grandi margini di discrezionalità, tanto più che la violazione di questo obbligo di tempestiva annotazione sarebbe privo di sanzione, come evidenzia RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero*, cit., 4 ss. Non è perciò da escludere che il pubblico ministero possa negoziare con l'impresa anche l'annotazione della *notitia criminis*. Tale eventualità, tuttavia, creerebbe frizioni ancora maggiori con il principio di obbligatorietà dell'azione penale ex art. 112 Cost.

¹⁶⁷ GIALUZ, *L'“archiviazione meritata” come terza via tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, 2, 309 s.

¹⁶⁸ PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *www.sistemapenale.it*, 8 settembre 2021, 3.

¹⁶⁹ Si veda l'art. 3-*bis* della proposta elaborata dalla Commissione Lattanzi.

far dilagare queste forme di negozialità informale, del tutto prive di controllo giurisdizionale, quale nuova valvola di sfogo dell'esigenza di evitare contraccolpi negativi sulle realtà imprenditoriali.

Una prospettiva certamente non auspicabile in questi termini, per quanto le Procure abbiano talora mostrato di essere capaci di realizzare un giusto temperamento tra l'interesse alla repressione degli illeciti e quello alla continuità aziendale, specialmente quando si ha a che fare con imprese virtuose e reattive che hanno tempestivamente provveduto a correggere le disfunzionalità organizzative. Il punto è che simili valutazioni, non solo di politica criminale ma anche di politica economica, sarebbero lasciate alla discrezionalità del solo organo inquirente, con l'aggravante che la prospettata evoluzione del sistema si realizzerebbe a prescindere da una meditata e consapevole scelta legislativa, esclusivamente per via di prassi opache e non facilmente intelligibili dall'esterno.

Considerazioni di questo tipo indirizzano verso una prospettiva *de iure condendo*. La realtà appena descritta, di sviluppo sotterraneo di prassi eversive del sistema ma che seguono la naturale tendenza della *corporate compliance* a spostare il suo asse di equilibrio dalla prevenzione alla riparazione, non può a lungo venire ignorata, ma sollecita riflessioni sulle sorti del "sistema 231", perennemente alla ricerca, a oltre vent'anni dalla sua implementazione, di una ricomposizione delle sue linee evolutive finalmente coerente con la filosofia rimediale e recuperatoria che ne fa da sfondo.

Potrebbe dirsi che la pervicacia della tendenza al negoziato sulla punibilità, vanamente ostacolata dall'ordinamento - come testimonia il primo arresto giurisprudenziale successivo alla pronuncia delle Sezioni Unite, che ha riesumato il *probation* dell'ente - dimostri la futilità di un eventuale intervento "reazionario". Tuttavia, la fiducia nel progresso spontaneo non deve appannare il ruolo di governo delle tendenze che il legislatore deve esercitare. Come sottolineato da Karl Polanyi, questo ruolo può consistere, quantomeno, nell'alterare il ritmo del cambiamento, per accelerarlo o rallentarlo alla bisogna. «Se noi crediamo che questo ritmo sia inalterabile, o ancora peggio se riteniamo che sia un sacrilegio interferire con esso», aggiunge Polanyi, «allora

non rimane naturalmente alcuno spazio per un intervento»¹⁷⁰. Il punto è comprendere in che modo un intervento riformatore possa instradare le tendenze in atto lungi dagli sviluppi più estremi e destabilizzanti, verso la migliore composizione degli interessi in gioco e nel rispetto dei principi fondamentali che governano il sistema.

12. *De iure condendo: una veste giuridica per gli accordi di diversione.* È opinione ormai abbastanza diffusa che, per varie ragioni, quello delineato dal “Decreto 231” sia un «sistema a premialità incompleta»¹⁷¹, che esibisce un certo grado di irragionevolezza, perché da un lato, programmaticamente, punta le sue carte sulla riparazione dell’offesa cagionata dall’illecito, ed in particolare sulla riorganizzazione anche tardiva dell’ente, ma dall’altro non sembra valorizzare in maniera sufficiente la condotta riparatoria come causa di esclusione della responsabilità¹⁷².

Il che è sorprendente, tanto più se si considera che una siffatta causa di non punibilità per condotte riparatorie è invece prevista con riferimento alla responsabilità delle persone fisiche. L’art. 162-ter c.p., introdotto dalla L. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), consente infatti all’imputato per reati procedibili a querela soggetta a remissione di ottenerne l’estinzione qualora abbia provveduto a riparare interamente il danno cagionato mediante restituzioni o risarcimento e abbia eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato.

A maggior ragione il binomio riparazione-non punibilità andrebbe sviluppato in un apparato normativo, come quello 231, interamente modellato sulla strategia del bastone e della carota, sullo scambio reciprocamente conveniente tra impresa e ordinamento, che si interessa a come raggiungere il risultato dell’*ethical business* più che alla sanzione dei comportamenti devianti.

Una possibile via, la più agevole perché già tracciata dal diritto vivente, è quella di assecondare la tendenza alla diversione e al negoziato sulla punibilità,

¹⁷⁰ POLANYI, *The Great Transformation* (1944), trad. it., *La grande trasformazione*, Torino, 2010, 50.

¹⁷¹ Così ASTORINA MARINO, *Premialità, collaborazione processuale e D.Lgs. 231/2001: spunti per una riforma*, in *Leg. pen.*, 27 febbraio 2023, 6, che punta il dito contro la mancata previsione di incentivi per la condotta collaborativa che porti all’emersione dell’illecito.

¹⁷² MAZZACUVA, *Interpretazione pionieristica o creativa?*, cit., 3643.

correggendone le storture che si sono manifestate nella prassi, dando cioè una veste normativa agli accordi di diversione processuale che ricalcano in vario modo l'esperienza dei *pre-trial agreements*. La prospettiva comparatistica è naturalmente di aiuto per individuare la soluzione più equilibrata, senza tuttavia trascurare che le specificità dei singoli ordinamenti possono provocare crisi di rigetto o inaccettabili torsioni dei principi fondamentali su cui lo stesso è fondato.

Da questo punto di vista, deve subito sgombrarsi il campo dalla soluzione più estrema dei *non-prosecution agreements*. L'assenza di un controllo giudiziale sia nella stipulazione dell'accordo, sia nella valutazione dell'inadempimento delle parti è infatti un elemento di criticità che assegna all'organo inquirente margini di manovra troppo estesi, tali da renderlo arbitro unico delle sorti dell'impresa interessata da una notizia di reato.

Per un verso, infatti, la composizione degli interessi è alterata dall'asimmetria di potere contrattuale che normalmente il rapporto tra impresa e pubblica accusa: se si tratta di un colosso economico-finanziario, l'inquirente si sentirà intimidito e sarà incline a concedere l'archiviazione ad un prezzo piuttosto vantaggioso, cioè richiedendo una controprestazione riparatoria blanda o di mera facciata; viceversa, a fronte di una parte contrattuale più debole, nulla gli impedirà di imporre condizioni eccessivamente gravose quale prezzo di un'azione che talora potrebbe persino essere doverosa, per la mancanza degli elementi di imputazione oggettiva dell'ente o per la presenza di un modello organizzativo già idoneo ed efficacemente attuato.

Per altro verso, dopo aver rinunciato all'annotazione o aver disposto l'annotazione, il pubblico ministero potrebbe arbitrariamente aprire o riaprire le indagini sul presupposto dell'inadempimento degli obblighi stabiliti, senza la necessità di farsi autorizzare dal giudice¹⁷³. In questo modo, l'impresa sa-

¹⁷³ Cfr. BARESI, *sub art. 58*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo*, a cura di Presutti-Bernasconi-Fiorio, Padova, 2008, 505; LORUSSO, *sub art. 58*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Veneziani-Garuti-Cadoppi, Milano, 2010, 660; PISTORELLI, *Le indagini preliminari*, cit., 309; RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero*, cit., 75; VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, 303 ss. Di diverso avviso sono PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato (Dal d.lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino, 2006, 179, secondo cui va garantito che la riapertura delle indagini sia autorizzata dal giudice, e CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2015, 157, il

rebbe costantemente sotto la spada di Damocle dell'azione penale nei suoi confronti, pur dopo aver adempiuto alla prestazione riparatoria e riorganizzativa dovuta.

Per riprendere il raffronto con il sistema civilistico, in assenza di opportune limitazioni e adeguati controlli, la parte contrattualmente forte ben potrebbe usare di quella libertà abusandone «e così trasmodare dalla libertà di contratto all'arbitrio contrattuale»¹⁷⁴. Senza un giudice che valuti l'inadempimento dell'impresa o la sua gravità, la risoluzione (stragiudiziale) del contratto non potrebbe che dipendere dalla sola determinazione della parte pubblica. Se questa è infondata, perché l'impresa in realtà ha dato esecuzione alle sue obbligazioni, si materializza l'inadempimento della parte pubblica, cui però non consegue alcuna forma di responsabilità.

Con la stipulazione di un NPA, dunque, il pubblico ministero si vincola ad un'obbligazione - l'inazione penale - la cui violazione è per lui priva di conseguenze giuridiche, il che lo lascia libero di decidere se adempiere o meno, a detrimento dell'impresa, rimasta priva di tutela. A ben vedere, uno scenario che richiama alla mente le clausole di esonero da responsabilità per dolo o colpa grave che l'art. 1229 c.c. considera radicalmente nulle.

L'introduzione di accordi simili ai NPAs darebbe perciò vita ad un sistema squilibrato e incompatibile non solo con i principi garantisti del diritto penale, ma anche con il complesso di tutele che il diritto civile assicura alla parte debole del contratto. Il modulo negoziale finirebbe così per perdere quelle virtù che lo rendono strumento privilegiato per la migliore sistemazione di molteplici interessi.

Non va trascurato, infine, che da qualche tempo negli Stati Uniti i NPAs sono oggetto di un processo di ripensamento, proprio in considerazione dell'elevata discrezionalità lasciata ai *prosecutors* in sede di trattative con l'impresa e la distorsione del loro ruolo che si è determinata.

Non è un caso che, quando gli ordinamenti del vecchio continente hanno cominciato a mutuare l'esperienza nordamericana di contrasto al crimine di

quale ipotizza che l'autorizzazione andrebbe richiesta al procuratore generale

¹⁷⁴ DI MARZIO, *Clausole limitative della responsabilità e contratti del consumatore*, in *www.rivistadga.it*, 2016, 2, 1.

impresa, la loro scelta è ricaduta sul modello più garantistico del *deferred prosecution agreement*. Lo stesso può dirsi per l'Italia, dove la dottrina prima e la giurisprudenza poi hanno guardato al DPA come prospettiva possibile per dare veste giuridica alle negoziazioni sulla non punibilità dell'ente. E ciò a partire da istituti già presenti nell'ordinamento interno, in modo da assicurarsi che il "trapianto" abbia un limitato rischio "di rigetto"¹⁷⁵. In questa prospettiva, gli istituti che esibiscono maggior familiarità col *diversion* statunitense sono la sospensione del processo con messa alla prova e il controllo giudiziario volontario.

13. *Una disciplina ad hoc per la messa alla prova dell'ente*. Come si è visto, a legislazione invariata, la prassi ha sperimentato l'estensione del *probation* agli enti collettivi, per l'esigenza di ovviare alle criticità del sistema 231 e superare l'impasse posto dalla difficoltà che l'organo giudicante incontra nella valutazione dei modelli di organizzazione, stante l'assenza di sicuri criteri che possano orientarlo nel sindacato sulla sua adeguatezza¹⁷⁶.

La sconfessione di questa prassi da parte delle Sezioni Unite è stato un sacrificio forse necessario sull'altare del principio di legalità, ma questo non impedisce di recuperarla attraverso la mediazione d'un intervento legislativo che, a distanza di oltre vent'anni dalla sua introduzione, realizzi l'auspicata riforma del d.lgs. 231/2001.

Per le sue caratteristiche, la conformazione negoziale e la logica riparatoria e deflattiva che lo anima, infatti, il *probation*, oltre a sposarsi bene con la filosofia recuperatoria che anima il sistema 231¹⁷⁷, ha dimostrato di poter costituire un valido istituto-ponte capace di massimizzare i benefici della giustizia negoziata e, al contempo, di superare le maggiori criticità degli accordi predibattimentali di marca statunitense¹⁷⁸, legate soprattutto all'eccessiva discrezionalità lasciata all'autorità inquirente. Si è visto, infatti, come persino in seno ai DPA, dove il controllo del giudice sarebbe previsto, il ruolo giocato dall'organo giudiziale è del tutto marginale, potrebbe dirsi "notarile", visto che sostanzial-

¹⁷⁵ Così MAZZACUVA, *La diversione processuale*, cit., 87.

¹⁷⁶ Cfr. ADONELLA, *La "messa alla prova" dell'ente*, cit., 302 ss.; ORSINA, *Messa alla prova*, cit., 126.

¹⁷⁷ SABLIA, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 334.

¹⁷⁸ Cfr. ORSINA, *op. ult.* cit., 125; SELVAGGI, *Le sanzioni per l'ente collettivo*, cit., 401.

mente si risolve nella validazione dei termini fissati dalle parti.

Diversamente, la disciplina italiana della messa alla prova degli adulti esalta la funzione di controllo del giudice, chiamandolo a compiere una prognosi sulla capacità dell'ente collettivo di riorganizzarsi e tornare sui binari della legalità e, soprattutto, a svolgere un ruolo attivo nella definizione dei contenuti dell'accordo di sospensione del processo, sia in fase di preparazione del programma trattamentale che successivamente, per integrarlo e modificarlo¹⁷⁹.

È per queste ragioni che, avanti le prime sperimentazioni giurisprudenziali, la dottrina più consapevole della necessità di sbloccare il sistema 231 aveva già sfornato un'elaborata proposta di riforma che faceva perno sull'introduzione di un istituto analogo a quello statunitense modellato sulle fattezze della messa alla prova codicistica per gli adulti¹⁸⁰.

La proposta, avanzata per la prima volta da Giorgio Fidelbo e Rosa Anna Ruggiero¹⁸¹, ha riscosso largo consenso nella comunità scientifica, nella prospettiva di rinvigorire la filosofia specialpreventiva del "Decreto 231" e ampliare il ventaglio delle risposte ordinarie al crimine d'impresa con l'inserimento di un modulo di intervento di tipo terapeutico-riabilitativo¹⁸².

L'introduzione di una disciplina *ad hoc* della messa alla prova dell'ente, peraltro, consentirebbe di superare le perplessità della giurisprudenza contraria. Sarebbe infatti possibile modellare l'istituto sulle fattezze del soggetto metaindividuale, senza correre il rischio di snaturare quello previsto per la persona fisica ed evitare l'attività creativa del giudice nella declinazione dei presupposti sostanziali e processuali per l'ammissione alla prova.

Le maggiori discussioni, dunque, non involgono l'opportunità di un simile intervento riformatore, quanto piuttosto sul suo ambito di applicazione e sui contenuti dell'accordo di diversione del processo *de societate*.

Sul primo versante, alcuni autori hanno sostenuto che, come per la messa alla prova degli adulti, la sospensione del processo degli enti andrebbe concessa solo con riferimento ai reati-presupposto meno gravi fra quelli contemplati

¹⁷⁹ ORSINA, *Messa alla prova*, cit., 126.

¹⁸⁰ SABIA, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 336.

¹⁸¹ FIDELBO-RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit., 4.

¹⁸² Cfr. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 389 ss.; ORSINA, *Messa alla prova*, cit., 126; PICCOLI, *Applicabilità della messa alla prova agli enti*, cit., 2512.

nella parte speciale del “Decreto 231”¹⁸³. In senso contrario, può osservarsi anzitutto che questo modo di ragionare confonde il reato-presupposto commesso dalla persona fisica appartenente all’organizzazione collettiva con l’illecito del soggetto metaindividuale, che in effetti è una fattispecie di illecito propria dell’ente e autonoma rispetto a quella imputata all’individuo, sul modello delle ipotesi di agevolazione colposa¹⁸⁴. Quel che si rimprovera all’ente, infatti, non è la commissione del fatto di reato, quanto l’inottemperanza all’«obbligo di adottare le cautele necessarie a prevenire alcuni rischi»¹⁸⁵, segnatamente quello di verifica dei reati nel contesto aziendale.

In realtà, più che le considerazioni di ordine teorico sul modello di ricostruzione dell’illecito dell’ente, quel che induce ad aderire alla tesi estensiva del campo applicativo del *probation* dell’ente a tutti i reati del catalogo 231 – come del resto già avviene nell’ambito della disciplina minorile – è piuttosto una ragione pratica: far accedere ai programmi di reinserimento quegli enti per i quali la riorganizzazione è più necessaria, perché il loro *milieu* aziendale si è già dimostrato capace di dar vita a gravi manifestazioni di criminalità di impresa, che arrecano maggiori pregiudizi al mercato e alla concorrenza¹⁸⁶.

Un restringimento della via di accesso al *probation* è invece auspicato avuto riguardo al criterio di imputazione soggettiva, cioè la colpa di organizzazione. Secondo la gran parte degli autori, infatti, l’estinzione dell’illecito andrebbe concessa solo agli enti più virtuosi, che ancor prima della commissione dell’illecito si erano dotati di un modello organizzativo, rivelatosi però inidoneo o non efficacemente attuato.

Questa condizione di accesso al rito speciale, del resto, la ritroviamo anche nelle prime pronunce favorevoli all’estensione del *probation* agli enti colletti-

¹⁸³ FRANZIN, *Meccanismi premiali*, cit., 432.

¹⁸⁴ Cass., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, in *www.sistemapenale.it*, con nota di BRAMBILLA, *Disastro ferroviario di Viareggio: le motivazioni della sentenza di Cassazione*, ha fatto propria «la ricostruzione che vuole l’illecito dell’ente essere costituito da una fattispecie complessa, della quale il reato presupposto è uno degli elementi essenziali [...]; e ciò che fa di esso un illecito “proprio” dell’ente, nel senso più rigoroso imposto dall’art. 27 Cost., è l’ulteriore elemento essenziale rappresentato dalla colpa di organizzazione». Sui diversi modelli di ricostruzione teorica dell’illecito dell’ente si v. PELISSERO, *Principi generali*, cit., 154 ss.

¹⁸⁵ Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit.

¹⁸⁶ Cfr. FIDELBO-RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit., 13 ss.; SABIA, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 335 ss.

vi¹⁸⁷. Alla base vi sono, anche qui, comprensibili preoccupazioni di ordine pratico. In primo luogo, si vuole evitare la sovrapposizione con la disciplina premiale già contemplata dal “Decreto 231”: gli enti già dotati di un modello organizzativo serio, per quanto inidoneo, potranno aspirare alla non punibilità mettendo in campo le condotte riparatorie pattuite in sede di sospensione del processo con messa alla prova; tutti gli altri si dovranno accontentare della riduzione della risposta sanzionatoria prevista dagli artt. 12 e 17 d.lgs. 231/2001. Ma soprattutto si vuole salvaguardare la funzione preventiva della *compliance*, che ne uscirebbe svilita se le porte del *probation* si aprissero dinanzi a qualsiasi realtà imprenditoriale, senza alcuna considerazione dell’impegno profuso nell’implementazione di dispositivi cautelari. La conseguenza sarebbe verosimilmente il disinvestimento nella *compliance*, giacché l’impresa, a conti fatti, potrebbe ritenere più conveniente correre il rischio della commissione di un reato-presupposto e solo dopo la contestazione dell’illecito puntare alla riorganizzazione¹⁸⁸, al solo scopo di ottenerne l’estinzione.

Come segnalato dalla dottrina, «un ricorso troppo disinvolto ai ‘modelli 231’ all’infuori del loro fisiologico alveo normativo ne determina una vera e propria torsione funzionale, compromettendone anche le principali potenzialità. Si smarrisce la natura di incentivo alla ‘autonormazione’ dell’attività d’impresa e il modello finisce col mutare funzione: da risorsa preventiva utile allo sviluppo aziendale, esso diviene strumentale solamente alla messa alla prova dell’ente»¹⁸⁹. In mancanza di un correttivo, come quello proposto, dunque, l’introduzione del *probation* non farebbe altro che incoraggiare atteggiamenti attendistici da parte dell’azienda e rafforzare la propensione, già diffusa specialmente nelle piccole e medie realtà imprenditoriali, a dotarsi di modelli

¹⁸⁷ Si v. in particolare Trib. Modena, 15 dicembre 2020, cit. Il requisito della preventiva adozione di un modello organizzativo è stato invece svalutato da Trib. Bari, 22 giugno 2022, cit., secondo cui «la finalità rieducativa dell’ente non [è] pregiudicata laddove quest’ultimo si doti del modello prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, quand’anche ciò avvenga dopo la commissione del reato presupposto».

¹⁸⁸ PIERGALLINI, *La “maggiore età” della responsabilità dell’ente: nodi ermeneutici e pulsioni di riforma*, in *Arch. pen. web*, 2022, 1, 12.

¹⁸⁹ MERLO, *Contrastare lo sfruttamento del lavoro attraverso gli strumenti della prevenzione patrimoniale: “Adelante con juicio”*, in *Dir. pen. cont.*, 2022, 1, 180.

post factum patratì, di tipo prevalentemente “reattivo” piuttosto che “preventivo”¹⁹⁰. In definitiva, ad appannare la funzione principale che il legislatore aveva assegnato al *compliance program*.

Al rito speciale, dunque, dovranno accedere solo le imprese già munite di un modello organizzativo, purché non di mera facciata. Con l’effetto ulteriore di recuperare la valutazione della colpa di organizzazione, almeno in senso lato¹⁹¹, e di fornire al giudice una base per formulare una prognosi favorevole sulle capacità dell’ente di tornare ad operare nella piena legalità¹⁹². Qualcosa di simile, a ben vedere, alla valutazione che il giudice della prevenzione deve compiere in presenza di un’istanza dell’impresa di ammissione al controllo giudiziario volontario di cui all’art. 34-*bis* cod. Antimafia. In entrambi i casi, infatti, lo sguardo alla storia passata dell’impresa è funzionale al compimento di una prognosi sul suo futuro, sulle sue capacità e/o possibilità di tornare ad operare sul mercato, dopo una bonifica interna che corregga i deficit organizzativi, come un operatore economico sano. Rispetto all’archetipo d’Oltreoceano, questo modello di diversione vede così, fin da subito, una forte valorizzazione delle funzioni del giudice.

Per le medesime ragioni, il rito del *probation* andrebbe precluso anche agli enti recidivi¹⁹³, rispetto ai quali la menzionata prognosi non potrà che essere negativa.

Quanto al procedimento da seguire¹⁹⁴, l’esigenza di consentire all’impresa di fuoriuscire quanto prima dal circuito giudiziario, così da minimizzare i contraccolpi dell’incriminazione, suggerisce di replicare la scansione temporale dalla previsione codicistica, per cui l’istanza di accesso al *probation* dovrebbe essere ammissibile già in sede d’indagine ed entro la conclusione dell’udienza preliminare o l’apertura del dibattimento di primo grado. Nel primo caso si renderà necessario il consenso del pubblico ministero, nel secondo basterà il suo parere non vincolante. La richiesta di ammissione dovrà essere accompa-

¹⁹⁰ MANACORDA, *L’idoneità preventiva dei modelli di organizzazione della responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trin. dir. pen. econ.*, 2017, 1-2, 63.

¹⁹¹ COLACURCI, *L’illecito “riparato” dell’ente*, cit., 332.

¹⁹² FIDELBO-RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit., 13.

¹⁹³ *Ivi*, 18.

¹⁹⁴ Sul punto cfr. FIDELBO-RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit., 13 ss.; FRANZIN, *Meccanismi premiali*, cit., 432; SABIA, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 335 ss.

gnata da un progetto di riorganizzazione interna dell'impresa, ad integrazione o in sostituzione dell'inadeguato modello organizzativo esistente.

Del resto, scopo principale della sospensione del processo *de societate* con messa alla prova dell'ente è proprio quello di consentire all'impresa di correggere il modello organizzativo. In considerazione di ciò, la dottrina propone di modellare il rito sulle scadenze del congegno procedimentale già previsto dall'art. 49 d.lgs. 231/2001 in tema di sospensione delle misure cautelari, nell'ipotesi in cui l'ente richieda di poter realizzare gli adempimenti riparatori previsti dall'art. 17. Con la differenza che, in questo caso, la corretta esecuzione degli adempimenti consentirà all'ente di guadagnare l'estinzione dell'illecito.

14. *I possibili contenuti del programma trattamentale. Il lavoro di pubblica utilità dell'ente.* Fin qui la messa alla prova dell'ente non si discosta molto dalle fattezze del *probation* codicistico. Più articolata è invece la riflessione sui contenuti del programma trattamentale, cioè sull'oggetto dell'accordo di diversione. Ribadito che questo dovrà sicuramente contemplare la correzione del modello organizzativo, ci si chiede se ci si possa accontentare delle sole condotte riparatorie di cui all'art. 17 o se queste debbano essere arricchite avendo riguardo al catalogo degli adempimenti approntato per la messa alla prova codicistica.

L'attenzione ricade anzitutto al lavoro di pubblica utilità, rispetto al quale l'ordinamento mostra una sensibilità crescente nella sua ricerca di alternative possibili all'impostazione carcerocentrica del sistema sanzionatorio tradizionale. Lo ha chiaramente dimostrato, da ultimo, la riforma Cartabia, laddove ha elevato i lavori socialmente utili da mera opzione di conversione della pena pecuniaria non eseguita per insolubilità (art. 102, co. 2 L. 689/1981) a pena sostitutiva vera e propria delle sanzioni detentive brevi (art. 20-*bis* c.p.), sulla falsariga del *community service* di origine anglosassone¹⁹⁵.

La valenza pedagogica e risocializzante che è in grado di sprigionare, la possibilità che offre al reo di riparare i danni arrecati, non da ultimo la capacità di

¹⁹⁵ Sia consentito rinviare a DAVI, *Il lavoro di pubblica utilità come sanzione sostitutiva delle pene detentive brevi*, in *Riv. pen.*, 2023, 2, 124 ss.

coinvolgere la comunità nel processo di riabilitazione, fanno del lavoro di pubblica utilità una delle misure sanzionatorie più in linea con l'aspirazione rieducativa che la pena deve sempre aver di mira. Questo vale certamente per la persona fisica, tanto è vero che la disciplina codicistica della messa alla prova, quale «trattamento sanzionatorio schiettamente penale che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata e in funzione della risocializzazione dell'imputato»¹⁹⁶, impone lo svolgimento dei lavori socialmente utili quale condizione imprescindibile per ottenere l'estinzione dell'illecito (art. 168-*bis*, co. 3 c.p.).

Quel che bisogna verificare è se lo stesso significato rieducativo, almeno in senso lato, si possa riconoscere nel lavoro di pubblica utilità eventualmente svolto dell'impresa ovvero se implichi necessariamente una dimensione antropomorfa di base per poter esprimere le sue potenzialità.

Il dato di partenza è che le decisioni giudiziarie che hanno riconosciuto la possibilità di un *probation* dell'ente hanno richiesto all'impresa una prestazione lavorativa, non solo perché richiesto dall'art. 168-*bis* c.p., ma anche per marcare le distanze con la disciplina dell'art. 17 del "Decreto 231". In questa operazione si sono manifestate tutte le difficoltà di adattare un istituto pensato per una persona umana in un contesto privo di un substrato psicofisico. Ed infatti, in questi primi esperimenti giurisprudenziali, la prestazione lavorativa ha visto scolorare quasi del tutto la sua valenza rieducativa e prendere il sopravvento la sua dimensione sanzionatoria, in quanto che il concetto di "lavoro" è stato declinato in termini di mera attribuzione patrimoniale in favore - si badi - non del soggetto o della comunità locale su cui sono ricadute le conseguenze pregiudizievoli dell'illecito (nel qual caso si sarebbe determinata una sostanziale sovrapposizione con il risarcimento del danno, pure richiesto dall'art. 17), bensì a vantaggio di entità terze, come Onlus e organismi religiosi, in quanto portatrici di superiori valori collettivi o comunque superindividuali.

Non manca in dottrina chi guardi con favore alla possibilità di gravare l'ente di erogazioni gratuite a beneficio della collettività e di diverse realtà sociali¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272, cit.

¹⁹⁷ MARTIN, *Le Sezioni Unite*, cit., 13.

In questo modo, si sostiene, sarebbe anche possibile conservare una componente di afflittività nel trattamento riservato all'impresa. La non punibilità derivante dal positivo esperimento della prova finirebbe tuttavia per riconnettersi, anche se non in via esclusiva, ad una prestazione del tutto eccentrica rispetto al piano dell'offesa e molto distante dall'obiettivo di politica criminale perseguito dal legislatore del 2001, che non si risolve nel far beneficiare la società della produzione di un'impresa coinvolta nella commissione di un reato, in una prospettiva puramente afflittivo-sanzionatoria, quanto nella "risocializzazione" dell'ente in termini riorganizzativi.

Questa prospettiva, dunque, non entra in risonanza con i principi costituzionali che governano il potere di clemenza¹⁹⁸, i quali richiedono una certa corrispondenza tra il bene tutelato con la sanzione e quello che si mira a salvaguardare con la non punibilità. Inoltre, si corre il rischio di assegnare all'autorità giudiziaria il potere di strumentalizzare l'illecito dell'ente per indirizzare l'attività economica lontano dal proprio *core business*, nel perseguimento di obiettivi di politica-economica.

Altrettante difficoltà di adattamento rispetto alla dimensione metaindividuale dell'ente si registrano con riguardo all'affidamento dell'imputato al servizio sociale o l'attività di volontariato di rilievo sociale, pure contemplati nell'art. 168-*bis*, co. 2 c.p.

Meglio sarebbe, allora, predisporre un apposito catalogo di misure, differente da quello previsto per la persona fisica e ritagliato sulle caratteristiche dell'ente collettivo. Alcune di queste prestazioni dovrebbero avere carattere obbligatorio, altre solo facoltativo¹⁹⁹, in modo da consentire alle parti, in seno ad un negoziato reale, di personalizzare il programma trattamentale avuto riguardo agli interessi in gioco, alla gravità del reato, al deficit organizzativo riscontrato, all'impatto delle conseguenze dell'illecito sulle vittime e sulla comunità e così via.

15. (continua) *La collaborazione processuale dell'ente*. In linea con la proposta di arricchire i contenuti dell'accordo di diversione, una prospettiva da

¹⁹⁸ Sul punto si rinvia a MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., 64.

¹⁹⁹ SABIA, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 339.

sondare è quella che, ricalcando il modello statunitense, fa perno sulla collaborazione processuale dell'ente per l'individuazione delle persone fisiche responsabili del reato-presupposto²⁰⁰. Si tratterebbe di attingere anche al secondo bacino della premialità, quello del ravvedimento processuale.

Stando alle categorizzazioni classiche, ciò che in alcuni casi viene richiesto all'imputato, quale corrispettivo della non punibilità o dell'attenuazione della risposta sanzionatoria, è il compimento di una condotta antitetica a quella lesiva, capace di neutralizzare o quantomeno mitigare l'offesa al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice violata. Esempio emblematico di questa prima versione di premialità, descritta anche in termini di "ravvedimento sostanziale", è costituito dalla causa di non punibilità di cui al citato art. 162-ter c.p.

Le fattispecie premiali possono tuttavia assumere anche una fisionomia diversa ed eccentrica rispetto a quelle tradizionali appena descritte, laddove non richiedono un comportamento postdelittuoso controffensivo, bensì la collaborazione con l'autorità giudiziaria²⁰¹. Nel nostro ordinamento penale, simili ipotesi di "ravvedimento processuale" sono state introdotte sulla spinta di una nuova strategia politico-criminale di contrasto al terrorismo e alla criminalità organizzata, soprattutto di stampo mafioso, anch'essa ispirata allo *stick and carrot approach*. A fronte di un inasprimento del regime repressivo, infatti, il legislatore offre all'imputato la possibilità di ottenere significative mitigazioni della risposta punitiva per chi collabori con la giustizia e ciò allo scopo di facilitare le indagini e frantumare i nessi di un sodalizio criminoso, così da individuare i membri e favorire l'impedimento di futuri reati.

Come abbiamo visto, entrambe queste logiche premiali si possono riscontrare negli accordi di diversione di marca statunitense, talora centrati sulla valorizzazione delle condotte strettamente riparatorie, talaltra sulla cooperazione processuale dell'ente indagato con l'autorità giudiziaria al fine di individuare le persone fisiche che hanno materialmente contribuito a realizzare l'illecito penale. Anzi, molto spesso la collaborazione fattiva dell'ente alle investigazio-

²⁰⁰ Sul tema si v. anche il recente saggio di ORSINA, *La collaborazione processuale dell'ente tra suggestioni comparatistiche e necessaria coerenza con il sistema* 231, in www.la-legislazione-penale.eu, 28 dicembre, 2023.

²⁰¹ MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., 51.

ni costituisce condizione imprescindibile per la rinuncia all'azione penale. Per contro, nell'economia del "Decreto 231" l'unica forma di premialità contemplata era quella di tipo sostanziale, incentrata sulla eliminazione delle cause e delle conseguenze dell'illecito, almeno fino a quando le modifiche apportate dalla c.d. Legge Spazzacorrotti (art. 1, co. 9 L. 9 gennaio 2019, n. 3) hanno introdotto un primo elemento di forte disarmonia nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione. Ed infatti, a fronte di una significativa stretta sanzionatoria (il bastone!), che ha innalzato la durata delle sanzioni interdittive, nel massimo edittale, addirittura fino a 7 e 4 anni, a seconda che il reato-presupposto sia commesso rispettivamente da un soggetto apicale o da un sottoposto (art. 25, co. 5 d.lgs. 231/2001), il novellato comma 5-*bis* prevede un'attenuazione della risposta punitiva (la carota!) - in termini di riespansione della disciplina generale sulla durata delle sanzioni interdittive prevista dall'art. 13, co. 2 - se l'ente, prima della sentenza di primo grado, oltre a riorganizzarsi, si sia «efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite».

La norma si ispira chiaramente ai modelli di *cooperation and self reporting* dei sistemi di *common law*, con la differenza che, anche in questo caso, il premio per la collaborazione non giunge a elidere la sanzione, ma solo ad attenuarne l'afflittività. E ciò, peraltro, segnando una diversificazione rispetto a quanto la stessa legge anticorruzione ha previsto sul campo delle persone fisiche, dove la collaborazione con la giustizia dell'autore del reato contro la Pubblica Amministrazione è premiata con una causa di non punibilità (art. 323-*ter* c.p.)²⁰². Un «gap tra diritto penale delle persone fisiche e quello delle persone giuridiche»²⁰³, che vede quest'ultimo paradossalmente sbilanciato sul

²⁰² Cfr. GULLO, *I reati contro la Pubblica Amministrazione e a tutela dell'attività giudiziaria*, in *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 436 ss.; FIDELBO-MONGILLO, *Le recenti modifiche introdotte dalla "spazzacorrotti" e dal decreto legislativo di attuazione della direttiva PIF al regime della responsabilità dell'ente in materia di reati contro la pubblica amministrazione*, in *Il contrasto ai fenomeni corruttivi: dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso d'ufficio*, a cura di Fidelbo, Torino, 2020, 384 ss.; PIERGALLINI, *Aspettative e realtà della (ancor breve) storia del D.lgs. 231/2001 in materia di responsabilità da reato degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 7, 871.

²⁰³ FRANZIN, *Meccanismi premiali*, cit., 424.

lato della punitività, in modo del tutto incomprensibile e irragionevole, non solo rispetto alla direttrice politico-criminale di ispirazione recuperatoria del sistema 231, ma anche perché ciò che si rimprovera all'ente, secondo l'impostazione teorica preferibile, non è l'aver commesso il reato-presupposto, quanto di averlo colposamente agevolato con il suo deficit organizzativo.

Per riallineare i due versanti del sistema punitivo, v'è chi ha proposto di completare il sistema premiale del "Decreto 231" con una causa di non punibilità in favore dell'ente che abbia riportato all'autorità giudiziaria «quanto appreso nel corso delle *internal investigations*, fornendo elementi di prova determinanti per l'esatta ricostruzione del fatto e per l'individuazione degli autori»²⁰⁴, sulla scorta dei modelli di derivazione nordamericana ma con qualche correttivo che non ne riproduca le storture²⁰⁵.

Riportando questa prospettiva riformistica nei binari del *probation* dell'ente, si tratterebbe di introdurre la collaborazione alle indagini tra i contenuti necessari dell'accordo di diversione. A tale fine, basterebbe valorizzare l'attività auto-investigativa che l'impresa compie nell'ambito dei procedimenti disciplinari a carico dei propri dipendenti o per verificare il corretto funzionamento del sistema organizzativo.

Sennonché, larga parte della dottrina guarda con scetticismo all'idea di un ente "collaboratore di giustizia", cui sono delegati non solo compiti di auto-normazione e auto-controllo, ma anche di auto-indagine per l'individuazione delle responsabilità individuali. Gli enti, ai quali il legislatore ha talora assegnato il ruolo di sentinelle di legalità, sarebbero chiamati ad indossare la divisa di gendarme che, sceso dalla torre di guardia, una volta che un reato è stato commesso nei meandri più oscuri e meno vigilati della cittadella aziendale, va a caccia del responsabile materiale di quel fatto criminoso per consegnarlo alla giustizia.

Ciò che si descrive costituirebbe un ulteriore passo indietro del sistema punitivo di marca statalista²⁰⁶, ancora una volta sull'altare della logica utilitaristica di

²⁰⁴ CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2017, 985.

²⁰⁵ ASTORINA MARINO, *Premialità, collaborazione processuale e D.Lgs. 231/2001*, cit., 19 ss.

²⁰⁶ COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 78.

matrice neoliberale. Dal punto di vista dell'ordinamento, infatti, tutto ciò si traduce in un risparmio di risorse assai significativo, sol che si considerino le ben note difficoltà insite nelle indagini che coinvolgono gli enti collettivi, specie quelli dalla struttura organizzativa più articolata, dove facilmente la condotta individuale tende a nascondersi tra le pieghe del complesso aziendale. Una realtà ben nota al decisore politico, tanto da aver costruito la responsabilità dell'ente come autonoma e configurabile anche laddove l'autore del reato-presupposto non sia stato identificato (art. 8 d.lgs. 231/2001), ma soprattutto alle Procure della Repubblica, come quella di Milano, che da alcuni anni spingano per l'introduzione di una vera e propria causa di non punibilità in favore dell'ente che «abbia concretamente collaborato con la giustizia, fornendo informazioni e segnalazioni tempestive e utili al fine dell'accertamento dei fatti»²⁰⁷.

Del resto, non ci sono dubbi che la collaborazione dell'ente possa rivelarsi assai preziosa per gli investigatori, dato che i suoi organi conoscono meglio di chiunque altro quel che accade nel sottobosco aziendale e possono di conseguenza individuare agevolmente i soggetti responsabili di fatti illeciti.

L'attività collaborativa sembra poter assumere un significato anche sul piano della "rieducazione" dell'ente, nella misura in cui in cui l'operatore economico che ha "consegnato" alla giustizia quei soggetti che, col loro comportamento, hanno integrato una fattispecie di reato, dimostra in concreto la sua intenzione di prendere le distanze dal contesto in cui è maturata la condotta illecita e dai suoi autori.

Qualcosa di simile a quanto in ambito amministrativo viene richiesto all'impresa, colpita da una causa di esclusione dalla gara di appalto pubblico: l'art. 96, co. 6 d.lgs. 36/2023 (in precedenza l'art. 80, co. 7 d.lgs. 50/2016) le consente infatti di evitare l'esclusione dalla gara e le conseguenti possibili contraccolpi sulla continuità aziendale se dimostra la sua affidabilità attraverso le c.d. misure di *self cleaning*, tra le quali trova posto, oltre che al risarcimento dei danni causati dall'illecito e alla ristrutturazione organizzativa strumentale ad evitare per il futuro l'integrazione di nuovi illeciti, l'adozione di provvedi-

²⁰⁷ *Bilancio di responsabilità sociale 2019-2020 della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano*, in www.procura.milano.giustizia.it, 76.

menti concreti «relativi al personale». Ciò che in pratica ci si attende dall'azienda è che questa si adoperi, con un'attività di investigazione interna, per individuare i soggetti che hanno integrato o contribuito ad integrare il reato o l'illecito professionale e di dissociarsi da loro, con misure concrete ed effettive, ad esempio con la revoca dell'organo gestorio²⁰⁸.

Mutatis mutandis, in ambito penale, attraverso le indagini interne e il *self reporting* l'ente sarebbe in grado di dimostrare di essersi già orientato (o ri-orientato) verso i valori della legalità e quindi l'inutilità della sanzione.

D'altro canto, non si può nascondere il rischio che meccanismi premiali fondati sulla collaborazione processuale possano essere strumentalizzati dall'ente per favorire strategie puramente opportunistiche²⁰⁹, che finiscano per scaricare tutta la responsabilità dell'illecito su un capro espiatorio²¹⁰. Non è azzardato immaginare che l'impresa potrebbe decidere di sacrificare uno o più manager, un quadro o un lavoratore subordinato per dimostrare la sua buona volontà a collaborare con la giustizia per vedersi riconosciuto il premio della non punibilità. Oltre agli attriti col rispetto dei diritti di difesa delle persone fisiche²¹¹, la caccia al colpevole potrebbe persino diffondere nell'impresa un atteggiamento del "tutti contro tutti", col rischio di condurre l'attività economica alla paralisi²¹².

Peraltro non si può ignorare che da qualche tempo anche nell'ordinamento statunitense, da cui si intende replicare la figura dell'ente collaboratore, il sistema della *cooperation and self reporting* è oggetto di contestazioni e ripensamenti da larga parte della dottrina²¹³, proprio in considerazione delle frizioni che crea con i diritti costituzionali di difesa e ad un giusto processo non solo delle persone fisiche ma anche dell'ente medesimo, sostanzialmente costretto ad una collaborazione di cui non può prevedere le conseguenze.

²⁰⁸ DEMURO, *Self cleaning e organizzazione dell'impresa societaria*, in *Riv. soc.*, 2021, 4, 889 ss.

²⁰⁹ Cfr. MAZZACUVA, *Interpretazione pionieristica o creativa?*, cit., 3644 ss.; SELVAGGI, *Le sanzioni per l'ente collettivo*, cit., 400.

²¹⁰ COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 323 ss.; FIANDACA-ALESSANDRI, *Responsabilità degli enti, serve un «tagliando»*, in *Il Sole 24 Ore*, 6 giugno 2016, 19.

²¹¹ COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 328.

²¹² FIDELBO-RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit., 9 ss.

²¹³ Cfr. FIDELBO-RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit., 12; RUGGIERO, *Non prosecution agreements*, cit., 10.

La rinuncia all'azione penale resta subordinata ad una condotta di collaborazione significativa dell'ente e tuttavia sempre più spesso questa si declina piuttosto nella disponibilità della società a sottoporsi al controllo di un *monitor* esterno. L'asse della collaborazione, in altri termini, si è gradualmente spostato dall'auto-indagine al commissariamento. Anche se, per vero, nell'ultimo periodo pare assistersi ad un nuovo irrigidimento da parte del Governo rispetto all'autodenuncia dell'ente, come dimostra il discorso tenuto nell'ottobre 2021 da Lisa Monaco, Deputy Attorney General dell'amministrazione Biden, in cui si annunciano nuove direttive da seguire nella gestione dei casi che involgono le società, le quali potranno uscire dal procedimento penale solo fornendo tutte le informazioni non privilegiate rilevanti rispetto a tutte le persone fisiche coinvolte nel reato²¹⁴. Sembra dunque che l'intento del Governo sia di tornare allo Yates Memo del 2015, per il quale l'intera attività di *prosecution* avrebbe dovuto essere concepita, fin dall'inizio, come volta alla ricerca degli individui responsabili con l'aiuto dell'impresa²¹⁵.

In ogni caso, questo procedere per moti ondulatori testimonia chiaramente tutta la problematicità insita nell'attività di auto-indagini dell'impresa.

In definitiva, non sembra auspicabile che il legislatore italiano persegua sulla strada che ha già cominciato a tracciare con la legge "Spazzacorotti". Del resto, la collaborazione processuale, così come il lavoro di pubblica utilità o le prestazioni a favore della comunità, costituisce una condotta riparatoria eccentrica al fatto che si rimprovera all'ente²¹⁶ e come tale non si allinea con l'obiettivo di politica-criminale perseguito dal legislatore del 2001, di certo non riconducibile alla ricerca di fonti di prova, piuttosto alla collaborazione nell'attività di prevenzione. In questo contesto, il comma *5-bis* dell'art. 25 d.lgs. 231/2001 rappresenta una «antinomia assiologica»²¹⁷ che non dovrebbe conoscere ulteriori sviluppi, salvo che il legislatore non intenda impegnarsi in

²¹⁴ Si rinvia ad ASTORINA MARINO, *Premialità, collaborazione processuale e D.Lgs. 231/2001*, cit., 17 ss.; Id., *Corporate crime: le recenti osservazioni del Deputy Attorney General degli U.S.A.*, in www.compliancehub.it, 26 settembre 2022.

²¹⁵ COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 150 ss.

²¹⁶ DONINI, *Le due anime della riparazione*, cit., 2040.

²¹⁷ Così COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 58.

una profonda rivisitazione del sistema 231 per fondare la responsabilità dell'ente su altre basi, facendo assumere all'elemento soggettivo dell'illecito le fattezze della colpa di reazione, piuttosto che di quella fino ad ora conosciuta della colpa di organizzazione.

16. (continua) *Possibili spazi per la restorative justice nel "sistema 231".* Le peculiarità che fanno del sistema di *corporate liability* un paradigma più flessibile del tradizionale modello penalistico rendono l'ambiente normativo della 231 un terreno fertile per lo sviluppo di nuove logiche di intervento, anche se in apparenza estranee alla sua spiccata vocazione utilitaristica.

Il pensiero corre inevitabilmente alla *restorative justice*²¹⁸, espressione delle più avanzate e suggestive riflessioni sulle sorti del diritto penale in cammino nell'era della modernità, verso cui molteplici ordinamenti hanno cominciato a volgere l'attenzione. E da ultimo anche l'Italia, dove il paradigma della giustizia riparativa (d'ora in avanti anche "GR") ha ricevuto formale ed organico riconoscimento quale una delle «molteplici tessere del mutato quadro sanzionatorio»²¹⁹ che la Riforma Cartabia ha deliberato di realizzare.

Fra giustizia riparativa e *compliance* criminale, almeno nel suo versante post-riparatorio, si possono certamente scorgere dei punti di contatto. Anzitutto l'attitudine a presentarsi come alternativa possibile al diritto penale classico, in grado di superarne i limiti nella gestione del conflitto che nasce dall'illecito e di dare una risposta alla crescente insoddisfazione che la dottrina manifesta per i marcatori retributivi della pena subita come raddoppio del male²²⁰. Dunque, non solo qualcosa di diverso ma, almeno negli intenti, qualcosa di meglio del diritto penale della tradizione, da perseguire muovendo dalla ri-lettura

²¹⁸ Tra i numerosi studi sulla giustizia riparativa si segnalano VAN NESS-HEETDERKS STRONG-DERBY, *Restoring justice: an introduction to restorative justice*, New York, 2022; MONTESDEOCA, *Justicia restaurativa y sistema penal*, Valencia, 2021; POINTER, *The restorative justice ritual*, Abingdon, 2021; LODIGIANI-MANNOZZI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017. Sui rapporti con la responsabilità da reato degli enti si rinvia a RUGGIERO, *Giustizia riparativa e responsabilità degli enti*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, 5, 110 ss.

²¹⁹ MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, in *www.sistemapenale.it*, 27 febbraio 2023, 3.

²²⁰ Sul punto si rinvia a PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale. Considerazioni a partire dalla «legge Cartabia»*, in *Foro it.*, 2022, V, 145 ss.

sia del reato che della risposta al medesimo in termini relazionali²²¹.

Oltre a questo comune atteggiamento avanguardista, i marcatori della giustizia riparativa che la accostano in certo qual modo all'esperienza della *corporate compliance* sono da rintracciare essenzialmente nel suo approccio responsivo, nella rilettura della responsabilità non in termini retrospettivi ma prospettici, nella deformalizzazione del suo incedere, nella costruzione partecipata del trattamento sanzionatorio, secondo gli stilemi della pena agita, nell'attenzione alle caratteristiche dell'autore dell'illecito, sia esso una persona fisica o un ente collettivo, e soprattutto nella degradazione della risposta penale che lascia spazio alla rimozione delle conseguenze negative del reato²²².

Similitudini, dunque, non un rapporto identitario e non solo perché nella *restorative justice* a predominare sono la dimensione umana e le componenti emotive²²³. Differenze sostanziali si colgono anche sul modo di concepire la riparazione nell'uno e nell'altro modulo. Come correttamente evidenziato in dottrina²²⁴, delitto riparato e giustizia riparativa non costituiscono sinonimi, sono piuttosto due "anime" diverse del concetto di riparazione, di cui la prima ha un'estensione più ampia e ricomprende solo in parte la seconda.

Con la locuzione "giustizia riparativa" si suole fare riferimento ad ogni programma che consenta all'autore del reato e alla sua vittima e/o alla comunità che ha subito l'offesa del reato di incontrarsi per superare le questioni che derivano dal reato con la mediazione di un terzo imparziale. Il proprio della *restorative justice* è dunque la natura interpersonale e la dimensione partecipativa, il suo fondarsi sul rapporto autore-vittima del reato, messi in contatto affinché possano instaurare un dialogo costruttivo che sani la ferita arrecata dal reo.

La riparazione classica, che possiamo rintracciare anche nelle disposizioni premiali del "Decreto 231", è invece di tipo "prestazionale", poiché l'accento viene sulla condotta attiva dell'autore dell'illecito che mira ad un risultato tipi-

²²¹ STENDARDI, *Disposizioni del D. Lgs. 231/2001 a matrice riparativa e possibili intrecci con gli strumenti tipici della Restorative Justice*, in www.giurisprudenzapenale.com, 16 aprile 2020, 2.

²²² Cf. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 38 ss; MAGGIO, *Giustizia riparativa*, cit., 6; STENDARDI, *Disposizioni del D. Lgs. 231/2001 a matrice riparativa*, cit., 17.

²²³ PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale. Considerazioni a partire dalla «legge Cartabia»*, cit., 146.

²²⁴ DONINI, *Compliance*, cit., 596 ss.; Id., *Le due anime della riparazione*, cit., 2028 ss.

co interno alle dinamiche dell'offesa: l'eliminazione degli effetti del reato mediante restituzioni, la neutralizzazione di situazioni pericolose o offensive, il risarcimento, le prestazioni a favore delle vittime o della collettività. In questo contesto, la riparazione può ben dipendere da valutazioni strumentali, utilitaristiche, dell'ordinamento, come in effetti è nel sistema 231.

Nella riparazione prestazionale, inoltre, non è istituzionalmente contemplato alcun tipo di rapporto, di mediazione con la vittima. Questo naturalmente non esclude la possibilità di un contatto autore-vittima, magari per la costruzione concordata delle condotte riparatorie che garantisca più alti livelli di soddisfazione delle reciproche aspettative. Pur rispondendo ad una logica propria, infatti, la giustizia riparativa non fuoriesce dai confini del delitto riparato e può certamente dialogare con l'altra anima della riparazione. Ed è proprio in questa direzione che si è diretta la riforma Cartabia, cioè verso la creazione un punto di saldatura tra l'anima riparatoria già immanente nel sistema, e quella riparativa, finalmente normata²²⁵.

Sulla base di queste premesse, l'ingresso della *restorative justice* nel campo della responsabilità da reato dell'ente non sembra incontrare ostacoli, anzi è stato lo stesso legislatore della riforma ad aprirle le porte. Nel definire la giustizia riparativa, infatti, il d.lgs. 150/2022 ha scelto di non limitare il suo campo applicativo alle vicende criminali involgenti i soli individui, bensì di fare riferimento alla «persona indicata come autore dell'offesa» (art. 42, co. 1, lett. a), senza ulteriori specificazioni, così da poter ricomprendere - come anche evidenziato nella relazione di accompagnamento²²⁶ - sia la persona fisica, sia l'ente collettivo, con o senza personalità giuridica.

Questa conclusione, del resto, non crea scompiglio nell'ordito normativo del "Decreto 231", dove anzi l'art. 35 consente già, nei limiti del compatibile, l'estensione agli enti collettivi delle disposizioni processuali relative all'imputato.

Peraltro, la via della *restorative justice* non passa necessariamente dal processo *de societate*, potendo l'ente accedervi anche quando si colloca sull'altro

²²⁵ MAGGIO, *Giustizia riparativa*, cit., 31.

²²⁶ *Relazione illustrativa del decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, in www.sistemapenale.it, 366.

estremo del rapporto interpersonale innescato dal fatto illecito. Il comma 2 del citato art. 42, infatti, stavolta facendo esplicito riferimento al «soggetto giuridico», chiarisce che a questi debbono essere riconosciuti i diritti e le facoltà attribuite alla vittima del reato.

Si può quindi ritenere che all'ente metaindividuale sia consentito fruire dei programmi di GR, alternativamente, sia quando indossa le vesti di autore dell'illecito, sia quelle di persona offesa, in perfetta coerenza con la vocazione generalizzante del Decreto 150/2022, resa manifesta non solo dall'impiego di definizioni aperte ma altresì dalla mancanza di preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità.

A tal proposito, appare il caso di dare risposta a coloro che, in dottrina²²⁷ ma anche nelle prime applicazioni giurisprudenziali, hanno manifestato un certo scetticismo o persino negato la possibilità di impiegare, in concreto, il modulo della *restorative justice* in contesti normativi, come quello del “Decreto 231”, dominati dalla presenza di “reati senza vittime” o “a vittima sfumata”, atteso che in questi casi, come recentemente affermato dai giudici della Corte d'Appello di Milano, «non è ontologicamente ipotizzabile un dialogo di alcun tipo, mancando la parte con cui intrattenere tale dialogo»²²⁸.

Questa ricostruzione appare viziata da una sorta di “sineddoche interpretativa”. La mediazione penale, attraverso l'incontro diretto fra la persona indicata come autore dell'offesa e la vittima del reato, si è imposta nell'immaginario collettivo quale esempio paradigmatico di programma ripartivo. Ed in effetti vi si ricorre con maggiore frequenza, eppure non esaurisce l'intero e variegato fenomeno della giustizia riparativa, per come questo si è manifestato nell'esperienza internazionale.

L'equivoco che ha condotto pronunce come quella citata a confondere la parte per il tutto, a restringere la *restorative justice* in una sola delle possibili modalità pratiche per realizzarla, può essere stato ingenerato dalla particolare enfasi che il legislatore della riforma ha posto sugli aspetti relazionali del reato, chiaro sintomo della sua predilezione per il c.d. modello umanistico di

²²⁷ Secondo DONINI, *Le due anime della riparazione*, cit., 2036 è più facilmente applicabile a reati senza vittima una riparazione prestazionale riferita alle conseguenze pericolose del reato.

²²⁸ App. Milano, 12 luglio 2023, in www.giurisprudenzapenale.com.

mediazione penale, già prevalente nell'esperienza italiana²²⁹. Ma è anche vero che la riforma Cartabia non è rimasta insensibile agli stimoli prasseologici ri-venienti dalla comparazione con gli ordinamenti esteri, avendo anzi spalancato le porte a tutta la gamma delle opportunità riparative conosciute, anche qui attraverso l'impiego di formule aperte.

L'art. 53 d.lgs. 150/2022, infatti, dopo aver richiamato i «principi europei e internazionali in materia», cui devono conformarsi i programmi di GR, ri-comprende fra questi ultimi la mediazione autore-vittima, peraltro estenden-dola anche ai gruppi parentali e prevedendo la possibilità di condurre la me-diazione con una vittima «aspecifica» o «surrogata» (lett. a), il «dialogo ripara-tivo» (lett. b) e «ogni altro programma dialogico guidato da mediatori, svolto nell'interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa» (lett. c).

Di particolare interesse, ai nostri fini, è il dialogo riparativo. A differenza della *victim-offender mediation*, infatti, questo è un programma a partecipazione allargata, che permette di aprire un «confronto critico e una riflessione appro-fondita sulle conseguenze derivanti dal reato e sulle possibili azioni di ripara-zione»²³⁰ anche con «altri soggetti appartenenti alla comunità», come associa-zioni ed enti pubblici e privati rappresentativi di interessi lesi dal reato, tutti annoverati dall'art. 45 d.lgs. 150/2022 tra i possibili partecipanti ai programmi di GR.

Questa possibile via di comunicazione tra autore del reato e comunità di rife-rimento è un momento qualificante della riforma, che merita di essere pie-namente valorizzato a partire dalla considerazione della comunità non come mera destinataria delle politiche di riparazione, ma come attore sociale capa-ce di assumere un ruolo attivo nel percorso di ricomposizione della frattura generata dall'illecito²³¹. Vista da questo angolo prospettico, la comunità rileva come «il “luogo” psico-sociale in cui è possibile agevolare la formazione o il consolidamento del senso d'identità del soggetto in direzione non antagonista,

²²⁹ PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte I «disciplina organica» e aspetti di diritto sostanziale*, in www.sistemapenale.it, 27 febbraio 2023, 13.

²³⁰ BRUNELLI, *La giustizia riparativa nei reati senza vittime*, in www.giurisprudenzapenale.com, 28 luglio 2023, 4.

²³¹ *Relazione illustrativa al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 372.

oppositiva ai valori sociali dominanti ma in senso adesivo»²³². Detto altrimenti, l'appartenenza comunitaria può favorire la rimozione delle cause di disadattamento sociale da cui è scaturita la condotta criminosa, a condizione, naturalmente che, per un verso, l'autore del reato sia disposto ad aprirsi alla comunità e riesca a trovare gratificante la sua nuova identità comunitaria e, per altro verso, la comunità di riferimento sia capace di restituirgli un senso di appartenenza ai valori comunitari positivi, più appagante di quanto fosse per lui l'opposizione antagonista a quegli stessi valori.

In questo senso, i programmi di giustizia riparativa offrono una straordinaria occasione di contatto con la comunità per avviare realmente un percorso di risocializzazione. E questo vale tanto per le persone fisiche, quanto per gli i soggetti metaindividuali. Anche la rieducazione dell'ente collettivo, infatti, per quanto latamente intesa come riconfigurazione dei processi aziendali per l'affermazione di un'etica di impresa, può essere agevolata dal dialogo con la comunità che è stata danneggiata dalle esternalità negative della sua spregiudicata azione imprenditoriale.

L'influenza che l'ambiente sociale produce nel modo di fare impresa è un elemento che ormai non viene più trascurato dalle riflessioni della dottrina economico-aziendale. In senso metaforico, l'azienda viene descritta come una cellula vitale di un più ampio organismo economico e sociale, in continuo scambio con l'ambiente in cui è immersa e a cui attivamente prende parte²³³. Per questa ragione, oltre che svolgere un'attività lucrativa, l'azienda assolve ad una imprescindibile funzione sociale che va oltre l'aspetto strettamente economico, correlata alla sua capacità di soddisfare bisogni e interessi di una molteplicità di soggetti con cui entra in relazione - gli *stakeholder* - e, a cascata, di contribuire al benessere e allo sviluppo economico della comunità di riferimento. Si consideri, ad esempio, come in contesti ad alta intensità mafiosa siano nate associazioni antirackett a sostegno delle realtà imprenditoriali che hanno fatto una scelta per la legalità, verso cui indirizzare i consumatori, o, ancora, alla crescente sensibilità collettiva per le tematiche legate

²³² PALAZZO, *Delitto, pena e comunità*, in *La Nuova Giuridica - Florence Law Review*, 2022, 1, 28.

²³³ Si rinvia a SIGNORI, *Gli investitori etici: implicazioni aziendali. Problemi e prospettive*, Milano, 2006, 167 ss.

all'ambiente che porta a preferire le produzioni ecosostenibili.

Naturalmente non si vuole dire che gli obiettivi dell'impresa debbano coincidere con quelli della società. Se le imprese si sottomettono all'obbligo di rispettare l'ambiente o i diritti dell'uomo ciò non avviene per altruismo, ma perché tale assunzione di oneri corrisponde a un loro interesse economico²³⁴. Parafasando Milton Friedman, l'impresa è sottoposta a un'unica responsabilità: quella di arricchirsi²³⁵. Essa svolge un'attività di produzione di beni o servizi allo scopo di massimizzare i profitti e tuttavia miope e di corto respiro sarebbe una strategia imprenditoriale che si disinteressasse del tutto dei valori, delle aspettative e delle sollecitazioni rivenienti dal tessuto sociale in cui la sua produzione è destinata a ricadere. Anzi, nel medio-lungo periodo, il soddisfacimento di queste aspettative si rivela spesso cruciale per il successo dell'impresa, tanto che la componente sociale sta ormai diventando una vera e propria variabile economica²³⁶ di cui non è possibile prescindere nell'elaborazione delle politiche aziendali. D'altra parte, l'impresa è una struttura molto flessibile, che può integrare qualsiasi obiettivo riformulandolo in termini economici e dando ad esso una veste contabile²³⁷.

La sfida sta insomma nella capacità di individuare il giusto punto di caduta tra equilibrio economico ed equilibrio sociale. A tale fine potrebbero rivelarsi utili i programmi di giustizia riparativa, in particolare nella forma del *community group conferencing*, che meglio si attaglia alla dinamica della responsabilità da reato dell'ente.

Si consideri l'ipotesi di un'impresa chiamata a rispondere della commissione di un reato ambientale da parte di un suo esponente apicale o sottoposto, agevolata da una struttura organizzativa che non teneva adeguatamente in considerazione l'impatto ambientale della sua attività economica. Il dialogo costruttivo intavolato con gli esponenti della comunità che ha subito

²³⁴ Così GARAPON, *La Raison du moindre État*, cit., 146 ss., secondo cui non si moralizzerà il capitalismo facendo appello a un improbabile senso etico dell'impresa, bensì facendo integrare nel mercato i dati sociali o ambientali.

²³⁵ FRIEDMAN, *A Friedman doctrine - The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits*, *The New York Times*, 1970.

²³⁶ BIRINDELLI-TARABELLA, *La responsabilità sociale delle imprese e i nuovi strumenti di comunicazione di esperienza bancaria italiana*, Milano, 2001, 37.

²³⁷ GARAPON, *La Raison du moindre État*, cit., 147.

l'inquinamento, nell'ambito di un programma di GR, permetterebbe all'azienda non solo di prendere coscienza del suo mutato ruolo sociale e delle ricadute pregiudizievoli che un'attività lucrativa senza scrupoli produce sul territorio e sul benessere della società, ma anche di ricalibrare il proprio assetto produttivo per affiancare al valore del profitto nuovi obiettivi di carattere sociale²³⁸.

17. *(continua) Restorative justice e condotte riparatorie dell'ente.* Il confronto con la comunità e le eventuali vittime del reato, dunque, consente all'impresa di modellare le attività post-riparatorie contemplate dagli artt. 12 e 17 del "Decreto 231" in maniera maggiormente appagante per i soggetti danneggiati dal reato, grazie ai suggerimenti che provengono dagli *stakeholder*.

A venire in rilievo è anzitutto il risarcimento e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato o l'essersi adoperati efficacemente in tal senso (artt. 12, co. 2, lett. a; 17, co. 1, lett. a), quella condizione attenuante che, più delle altre, "parla" la lingua della *restorative justice*²³⁹, tanto è vero che viene menzionata dall'art. 56, co. 3 d.lgs. 150/2022 tra i possibili esiti riparativi materiali di un programma di GR.

Come evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, questa condotta riparatoria «presuppone una condotta comunicativa con il danneggiato» e «gioco forza una determinazione del danno e delle conseguenze non per iniziative unilaterali, ma in virtù di una collaborazione o comunque di un contatto tra

²³⁸ Proprio con riferimento ai reati ambientali, l'esperienza internazionale dimostra come il ricorso ai programmi di *restorative justice* abbia avuto un'efficacia trasformativa a beneficio sia della vittima che della comunità e dell'autore di reato, con riferimento a quest'ultimo in termini di maggiore responsabilizzazione e miglioramento della risposta contro-offensiva. Sul punto si rinvia a STENDARDI, *Disposizioni del D. Lgs. 231/2001 a matrice riparativa*, cit., 12 ss.; Id., *Ricorso alla mediazione penale e ad altri programmi di giustizia riparativa nella gestione dei reati contro l'ambiente. Spunti di riflessione dall'estero*, in *La mediazione dei conflitti ambientali*, a cura della Camera Arbitrale di Milano, Certi-Quality, IAP, Centro Studi Federico Stella sulla Giustizia Penale, 2016, 158 ss. L'Autrice ricorda che tra le più interessanti sperimentazioni della giustizia riparativa in materia vi è quella del Ministero dell'Ambiente canadese, che, nella provincia della British Columbia, ha promosso i Community Environmental Justice Forums (CEJFs), ai quali le Autorità ispettive possono indirizzare le imprese presso le quali sono stati riscontrati profili di non-compliance per individuare consensualmente, insieme alle vittime e alla comunità di riferimento, le condotte riparatorie più adatte al caso concreto.

²³⁹ Così STENDARDI, *Disposizioni del D. Lgs. 231/2001 a matrice riparativa*, cit., 12.

parti contrapposte»²⁴⁰. La definizione di questa condotta riparatoria, dunque, non può avvenire «in maniera solipsistica»²⁴¹, ma impone il coinvolgimento attivo dei soggetti danneggiati, «a prescindere anche dalla costituzione di parte civile nel giudizio»²⁴², con i quali concordare la quantificazione del danno risarcibile e individuare le modalità più adeguate alla neutralizzazione o attenuazione delle conseguenze del reato²⁴³.

Ebbene, l'apertura di questo canale di confronto potrà essere agevolata dai facilitatori esperti e dagli altri strumenti della giustizia riparativa, in funzione lubrificante di ogni possibile ragione di attrito fra ente e danneggiati dal reato. Quanto invece al versante “interno” della riparazione, in cui si collocano le attenuanti connesse all'eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato (artt. 12, co. 2, lett. b; 17, co. 1, lett. b), gli spazi di manovra per la *restorative justice* si riducono significativamente. Ed infatti, per quanto le possibilità di applicazione dei principi della giustizia riparativa sono limitate solo dalla creatività dei professionisti della giustizia penale, come si legge nell'*Handbook on Restorative Justice Programmes* delle Nazioni Unite²⁴⁴, non è facile immaginare l'utilizzo di programmi di GR per l'implementazione o la correzione di un modello organizzativo²⁴⁵.

La sua costruzione implica un processo di analisi e gestione del rischio molto complesso e articolato e tendenzialmente interno all'ente, rispetto al quale l'apporto conoscitivo degli *stakeholder* si limita, al più, ad indirizzare l'ente verso l'assimilazione di un programma valoriale più ampio di quello finora perseguito, di cui tenere conto nella definizione del livello di rischio tollerabile. Inoltre, potrà indurre l'ente a considerare modelli virtuosi e dispositivi

²⁴⁰ Cass., Sez. II, 28 novembre 2013, n. 326, in *ForoPlus*. Si v. anche Cass., Sez. II, 9 febbraio 2016-17 marzo 2016, n. 11209, *id.*

²⁴¹ COLACURCI, *L'illecito “riparato” dell'ente*, cit., 305.

²⁴² Cass., Sez. II, 28 novembre 2013, cit.

²⁴³ Sul tema si v. anche VARRASO, *Un utile “approfondimento” della suprema Corte in tema di misure cautelari interdittive e condotte riparatorie nel d. lg. n. 231 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2016, 3398 ss.

²⁴⁴ *Handbook on Restorative Justice Programmes*, UNODC, in www.unodc.org, Vienna, 2020, 111.

²⁴⁵ Cfr. GIAVAZZI, *Le misure riparatorie nel d.lgs. 231/2001: spazi e limiti per un percorso di giustizia riparativa con gli enti in materia ambientale*, in *La mediazione dei conflitti ambientali. Linee guida operative e testimonianze degli esperti*, a cura della Camera Arbitrale di Milano, CertiQuality, IAP, Centro Studi Federico Stella sulla Giustizia Penale, 2016, 179 ss.; STENDARDI, *Disposizioni del D. Lgs. 231/2001 a matrice riparativa*, cit., 11.

cautelari già adottati da realtà imprenditoriali simili. Resta il fatto che solo l'ente può guardare al suo interno, identificare i rischi annidati nei meandri della sua struttura e le possibili modalità di realizzazione dei reati, in relazione ai quali edificare le opportune cautele procedurali.

Pur con questi limiti, non sembra revocabile in dubbio che la *restorative justice* possa interagire anche con disciplina della responsabilità da reato dell'ente. La vera questione problematica è un'altra e impone di interrogarsi sull'effettività capacità dei programmi di giustizia riparativa di ampliare l'incidenza sul piano sanzionatorio delle condotte riparatorie già contemplate dal d.lgs. 231/2001.

Dal punto di vista dell'impatto della GR sulla sanzione, la riforma Cartabia «è risultata più timida di quanto potesse immaginarsi»²⁴⁶ finanche sul terreno della responsabilità penale della persona fisica, se si considera che l'esito di un programma ripartivo andato a buon fine il più delle volte si traduce nell'applicazione di una circostanza attenuante (art. 62, co. 1, n. 6 c.p.) e solo raramente, attraverso il filtro di istituti già conosciuti, come la remissione della querela (art. 152, co. 3, n. 2 c.p.)²⁴⁷, la particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.)²⁴⁸ e la messa alla prova (art. 168-*bis* c.p.)²⁴⁹, trova sfogo nella radicale esclusione della risposta punitiva. Ancora meno si è fatto per l'ente metaindividuale, il cui percorso ripartivo non è stato valorizzato con l'introduzione di un'apposita disciplina.

²⁴⁶ PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 16. Secondo l'Autore, sarebbe stato preferibile introdurre una causa di non punibilità autonoma, più esplicitamente calibrata sulle specificità della GR e sottoposta a limiti applicativi analoghi a quelli stabiliti per altre condotte *lato sensu* riparative.

²⁴⁷ «Vi è altresì remissione tacita: [...] 2) quando il querelante ha partecipato a un programma di giustizia riparativa concluso con un esito riparativo; nondimeno, quando l'esito riparativo comporta l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la querela si intende rimessa solo quando gli impegni sono stati rispettati».

²⁴⁸ La norma ora prevede che «modalità della condotta» ed «esiguità del danno o del pericolo», indici-requisito della particolare tenuità dell'offesa, siano valutate ai sensi dell'art. 133, co. 1 c.p., anche «in considerazione della condotta susseguente al reato».

²⁴⁹ Si segnala, peraltro, il rischio che la scelta dell'imputato di non continuare il percorso di mediazione penale con la persona offesa, originariamente previsto nel programma di trattamento della messa alla prova, venga considerato trasgressione grave di una delle prescrizioni, così impedendo di giudicare positivamente l'esito della prova. In questi termini Cass., Sez. II, 6 luglio 2023, n. 34767, in *Foro it.*, 2023, II, 682, con nota di PARISI, *Giustizia riparativa in malam partem.2 Una criticabile sentenza della Cassazione sui rapporti fra mediazione penale e messa alla prova dell'imputato*.

Né sembra percorribile la strada dell'estensione per via interpretativa delle disposizioni approntate per le persone fisiche. Dell'impossibilità di ammettere l'ente al *probation* si è già detto. Quanto alla causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p., la giurisprudenza della Suprema Corte ha già escluso «ogni automatismo tra l'eventuale riconoscimento della particolare tenuità del fatto nei confronti dell'autore del reato e l'accertamento della responsabilità dell'ente»²⁵⁰ in virtù del principio di autonomia ex art. 8 d.lgs. 231/2001, nel quale, come è noto, si afferma che la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile, nonché quando il reato si estingue per una causa diversa dall'ammnistia. Del resto, un fatto tenuto ex art. 131-*bis* c.p., per quanto manifesti uno scarso valore offensivo, resta pur sempre un fatto di reato e come tale può costituire la base della responsabilità dell'ente²⁵¹.

Il principio di autonomia sembra impedire anche l'incidenza sull'illecito imputato all'ente degli effetti dalla remissione della querela, che è causa di estinzione del reato diversa dell'ammnistia. Semmonché l'art. 37 dello stesso “Decreto 231” dispone che «non si procede all'accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente quando l'azione penale non può essere iniziata o proseguita nei confronti dell'autore del reato per la mancanza di una condizione di procedibilità», il che può far ritenere che, rimessa la querela, non si possa avviare neppure il processo *de societate*²⁵². Ciononostante, la *ratio* che, nell'ipotesi di cui all'art. 152, co. 3, n. 2 c.p., sottende la remissione tacita della querela - valorizzare l'esito conciliativo di un programma di GR che ha coinvolto il querelato e il querelante - conduce all'opposta conclusione, a pena di far godere della non punibilità il soggetto metaindividuale in virtù del percorso ripartivo realizzato dalla persona fisica e non dall'ente cui la stessa appartiene. Tirando le somme, bisogna prendere atto che, allo stato, i margini di mano-

²⁵⁰ Cass., Sez. III, 23 gennaio 2019, n. 11518, in *Foro it.*, 2020, II, 53. In tal senso v., *ex multis*, Cass., Sez. III, 10 luglio 2019, n. 1420, in *Cass. pen.*, 2020, 3359; Cass., Sez. III, 17 novembre 2017, n. 9072, in *Foro it.*, 2018, II, 275.

²⁵¹ PELISSERO, *Principi generali*, cit., 160. L'Autore ritiene che sarebbe tuttavia più ragionevole che gli effetti della causa di non punibilità si estendessero anche all'ente, al fine di valorizzare le esigenze di sussidiarietà e di economia processuale che sono alla base dell'introduzione dell'art. 131-*bis* c.p.

²⁵² *Ivi*, 159.

vra per la *restorative justice*, nel sistema 231, sono piuttosto angusti. Quel che può fare la logica riparativa quando penetra tra le maglie del “Decreto 231” è solo di ampliare la prospettiva assiologica di (alcune) delle prestazioni riparatorie ivi contemplate, conferendo loro anche una dimensione conciliativa e più autenticamente risocializzante, ma non può giustificare la non punibilità. L’ente, anche in questo caso, può ambire alla riduzione della sanzione, risultato già garantito dalla legge a prescindere dalla partecipazione ad un programma di GR. Non si vede, allora, un motivo per cui l’ente dovrebbe decidersi a cercare il dialogo con le vittime o con la comunità di riferimento, se non per il fatto che la giurisprudenza, come abbiamo visto, glielo impone per la determinazione del danno risarcibile e delle prestazioni volte a eliminare le conseguenze del reato.

L’auspicata riforma del “Decreto 231”, che annoveri tra i riti speciali riservati all’ente anche la sospensione del processo con messa alla prova, dovrebbe quindi considerare la possibilità di valorizzare la *restorative justice*, includendola tra i contenuti del programma trattamentale.

C’è da chiedersi, tuttavia, se la condotta riparativa andrebbe annoverata nel catalogo delle misure a carattere obbligatorio o meno. In aderenza ai menzionati arresti giurisprudenziali, con riferimento alla riparazione c.d. esterna la creazione di un canale comunicativo con le vittime e/o la comunità lesa dal reato dovrebbe essere un preciso obbligo per l’ente. Viceversa, quanto alla riparazione c.d. interna - la riorganizzazione *compliant* dell’ente - o alle eventuali altre possibili esplicazioni della giustizia riparativa, sarebbe meglio lasciare alla “negoiazione” delle parti ogni valutazione sull’opportunità di agganciare l’esito positivo della prova a quello del programma di GR, onde evitare che il contatto con la persone offese si tramuti da occasione per far acquisire all’impresa maggiore consapevolezza circa il ruolo che ha ormai assunto nella società, in un mero adempimento in più che ostacola, anziché agevolare, il suo ritorno nel circuito dell’economia legale.

18. *Profili di criticità nel probation dell’ente: la svalutazione della compliance preventiva.* Provando a stilare un bilancio provvisorio, si è visto come la proposta di riforma del sistema 231 che ha riscosso maggiore consenso nella co-

munità scientifica italiana vede nel *probation* il solo modo per tirar fuori la responsabilità da reato dell'ente dalle secche in cui è rimasto impantanato da oltre vent'anni.

Gli stessi promotori della riforma sono tuttavia ben consapevoli che premiare l'ente con la non punibilità, a fronte di condotte riparatorie che attualmente garantiscono solo l'attenuazione della risposta sanzionatoria, rischia di tradursi, per una sorta di eterogenesi dei fini, nella definitiva svalutazione della funzione preventiva della *compliance ex ante* e quindi nella negazione stessa dei presupposti teorici su cui si fonda la strategia politico-criminale perseguita dal legislatore. Il punto è allora salvare la *compliance* preventiva ed evitare la sovrapposizione con il catalogo delle condotte riparatorie già contemplate negli artt. 12 e 17 del "Decreto 231".

La proposta di riforma ha proceduto su due fronti: per un verso, prevedendo uno spazio autonomo di operatività della messa alla prova, che viene riservata solo agli enti che si sono già dotati di un modello di organizzazione, per quanto giudicato come inidoneo; per altro verso, irrobustendo la contropartita riparatoria dell'impresa con l'imposizione di prestazioni ulteriori a quelle già previste.

Entrambe le soluzioni, tuttavia, non sembrano essere del tutto appaganti.

Sul primo fronte, il giudice sarebbe chiamato a compiere una valutazione particolarmente complessa del modello organizzativo, per distinguere fra tre possibili eventualità:

- a) se il modello organizzativo è idoneo ed è stato efficacemente attuato dall'impresa, dovrà escludere la responsabilità dell'ente per mancanza di colpa di organizzazione;
- b) se il modello non era idoneo ma neppure di "facciata" il giudice potrà esprimere una prognosi favorevole sulla capacità dell'ente di tornare ad operare nella piena legalità e quindi lo dovrà ammettere alla prova e, se questa ha esito positivo, dichiarare l'estinzione dell'illecito;
- c) se l'ente ha adottato un modello di mera facciata, questo va considerato come se fosse inesistente e quindi, preclusa la strada del *probation*, la conseguenza sarà la sanzione prevista dal "Decreto 231", eventualmente moderata dalla prestazione delle condotte riparatorie ivi previste.

Ebbene, la necessità di discernere tra modello idoneo, modello “cosmetico” e modello serio ma inidoneo riproporrebbe, o addirittura accentuerebbe, l’atavica difficoltà che il giudice incontra nello scrutinio di idoneità dei modelli. Non è da escludere che questo sforzo di valutazione porti la giurisprudenza più attenta all’elaborazione di utili criteri distintivi, ma resta forte il rischio che questa verifica resti dominata da un elevato tasso di discrezionalità, condotta in un senso o nell’altro da considerazioni di carattere politico-economico sull’impatto che il processo potrebbe avere sulle sorti di un’impresa più o meno rilevante nel tessuto economico di riferimento.

Inoltre, stante l’oggettiva difficoltà di distinguere tra un modello e l’altro, è verosimile che il giudice, nella maggior parte dei casi dubbi, sceglierà di intraprendere la strada intermedia, cioè di qualificare il modello come inidoneo ma non cosmetico, così da sottoporre l’ente ad un programma trattamentale anche laddove, in realtà, non ve ne sarebbe bisogno, perché il reato è stato commesso violando fraudolentemente un assetto organizzativo ben costruito, o, viceversa, laddove non sarebbe consentito, perché l’ente si è rifugiato dietro lo schermo di un modello fittizio. In questo stato di incertezza, non è implausibile che l’atteggiamento del giudicante si attesi su una linea di condotta ispirata alla formula “*in dubio pro probation*”. Naturalmente lo scenario più problematico è il primo, quello che vede sottoporre ad un trattamento che comunque comporta un certo grado di afflittività un operatore che non lo merita, uno scenario che non viene scongiurato dalla considerazione che comunque l’accesso alla prova è subordinato al consenso dell’impresa, trattandosi di una volontà fortemente condizionata dal timore di andare incontro a sanzioni dannose per la propria continuità aziendale.

A ciò si aggiunga che il pubblico ministero prima e il giudice poi dovranno valutare l’idoneità del modello allo stato degli atti, sulla base quindi di una cognizione sommaria ed incidentale. In mancanza di un reale approfondimento degli elementi che danno sostanza alla colpa di organizzazione, che di nuovo viene presunta o, meglio, desunta dalla commissione dell’illecito, in base al solito pregiudizio del senno di poi, l’accertamento della responsabilità finirebbe per appiattirsi sul versante oggettivo dei criteri ascrittivi dell’interesse o vantaggio dell’ente.

Per queste ragioni, la dottrina più critica ha paventato la possibilità che l'estensione agli enti della messa alla prova, a dispetto delle intenzioni di chi la sostiene, potrebbe paradossalmente rivelarsi disfunzionale rispetto all'obiettivo di riformare *in melius* il sistema 231, poiché in realtà andrebbe ad accentuare la tendenza in atto alla iper-oggettivizzazione della responsabilità dell'ente, contribuendo così alla frustrazione della logica della *compliance* preventiva, anziché porvi rimedio²⁵³.

In questo scenario, il baricentro del sistema si sposta dalla dimensione della prevenzione a quella della reazione e l'illecito dell'ente muta fisionomia, da fattispecie di pericolo a illecito omissivo proprio, fondato sulla violazione del *duty to act*, del dovere di (re)agire tempestivamente per eliminare le carenze organizzative che hanno reso possibile la commissione del reato-presupposto. La sanzione, infatti, viene riservata solo a quegli enti che sono rimasti inerti dinanzi alla concretizzazione del rischio-reato, a prescindere da ogni reale considerazione dell'impegno eventualmente profuso *ex ante* per la costruzione di una struttura organizzativa idonea a scongiurare il rischio medesimo.

In definitiva, le istanze di prevenzione del reato perseguite dal legislatore del 2001, attraverso la collaborazione strategica delle imprese nelle attività di controllo dei *corporate crimes*, si appannano fin quasi a dissolversi, per essere recuperate solo dopo la commissione dell'illecito, quando l'ente viene indotto a riorganizzarsi con la promessa della non punibilità.

Anche il secondo correttivo, che invece lavora sui contenuti delle condotte riparatorie, sembra capace di persuadere le imprese a organizzarsi per tempo. Si è già visto come il catalogo delle prestazioni da imporre all'ente non dovrebbe essere arricchito con quelle, ulteriori, previste dall'art. 168-*bis* c.p., come il lavoro di pubblica utilità, l'affidamento ai servizi sociali o le attività di volontariato; né sembra opportuno contemplare tra i contenuti di un accordo di diversione la collaborazione processuale dell'ente. Residua la possibilità di prevedere programmi di GR per l'ente, ma la strada della *restorative justice* dovrebbe rimanere il più possibile sgombra da elementi di coercizione, che possano inibire, piuttosto che agevolare, il processo di risocializzazione. In ogni caso, l'onere in capo all'ente di creare un canale di comunicazione con

²⁵³ ORSINA, *Messa alla prova*, cit., 127 ss.

le eventuali vittime o con la comunità non sembra avere una portata intimidatoria tale da indurlo a scommettere sulla *compliance ex ante*.

La giustizia riparativa, inoltre, non può da sola rappresentare quella divaricazione necessaria ad impedire la sovrapposizione con le condotte riparatorie già previste dagli artt. 12 e 17 del “Decreto 231”. Essa certamente realizza un potenziamento di senso, un incremento di significato delle prestazioni riparatorie, ma non è in grado di sovvertire la gerarchia assiologica del sistema 231, che pone al suo vertice l’obiettivo dell’organizzazione interna dell’assetto aziendale.

Rimane tuttavia da considerare un’altra possibile strada per rimpinguare il contenuto dell’accordo di diversione, anch’essa segnata dalla prassi nordamericana dei *pre-trial agreements* e di cui fino ad ora non si è parlato: il monitoraggio dell’impresa per tutto il tempo necessario a rendere effettiva l’implementazione di un assetto organizzativo adeguato.

Curiosamente la proposta di introduzione del *probation* dell’ente, almeno nella sua originaria formulazione, ha trascurato di considerare questo aspetto che invece ha un ruolo centrale, insieme alla collaborazione processuale, negli accordi di diversione che le aziende statunitensi stipulano con i *prosecutors*. È dunque arrivato il momento di parlarne, in relazione però ad un’altra prospettiva riformistica che si è aperta nel dibattito scientifico e che guarda all’istituto del controllo giudiziario volontario di cui all’art. 34-*bis*, co. 6 cod. Antimafia come istituto su cui poter modellare uno strumento di diversione processuale a disposizione dell’ente.

19. *Il controllo giudiziario volontario delle imprese.* Negli ultimi anni la continua revisione dei *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* ha condotto a svalutare l’enfasi originariamente posta sull’attività di *self reporting*, con tutte le frizioni coi principi costituzionali che essa comporta, in favore del tutoraggio pubblico delle imprese coinvolte in una vicenda criminale.

Anche l’ordinamento italiano da qualche tempo ha cominciato a praticare forme di monitoraggio aziendale attuate con l’ausilio di esperti estranei

all'impresa²⁵⁴. Il fenomeno è anzi in forte crescita, tanto da avere assunto le dimensioni di un contro-movimento, in seno alle direttrici evolutive dell'azione di contrasto alla criminalità aziendale - alternativo a quello di stampo repressivo-stigmatizzante tipico della giustizia dell'incapacitazione economica²⁵⁵ - ormai entrato nel lessico scientifico col nome di "paradigma terapeutico". L'idea di fondo è infatti che nei casi meno gravi sia possibile sottoporre l'impresa affetta dal morbo criminale ad un trattamento sanitario che fa della *compliance* la sua medicina e dei commissari esterni, sotto l'egida dell'autorità giudiziaria, i suoi operatori sanitari, chiamati ad affiancare l'impresa nel suo percorso di riabilitazione.

Il cammino di questo contro-movimento recuperatorio non poteva che prendere l'abbrivio dal "Decreto 231", di per sé intessuto di una filosofia terapeutica, che punta a sanare le imprese infettate dal virus criminale e a fornirle gli anticorpi necessari per fronteggiare eventuali future manifestazioni devianti. L'art. 15 prevede, infatti, la misura del commissariamento giudiziale in funzione sostitutiva delle sanzioni interdittive che comportino l'interruzione dell'attività dell'ente, allorché queste possano determinare i «danni sociali collaterali»²⁵⁶ specificamente indicati dalla norma, ossia il pregiudizio alla collettività per l'interruzione di un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità oppure rilevanti ripercussioni sull'occupazione. In questi casi l'ordinamento rinuncia alla sanzione più severa ma non al risanamento dell'impresa, realizzato da un commissario di nomina giudiziale, il quale, fra le altre cose, deve curare «l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi» (co. 3).

Merita inoltre segnalare che la designazione del commissario non comporta

²⁵⁴ COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 162.

²⁵⁵ Sul punto si rinvia a GALLI, *La giustizia dell'incapacitazione economica alla prova dei suoi effetti: verso una prevenzione sostenibile?*, in *Sicurezza, legalità ed economia*, a cura di Sterpa-Coiante, Napoli, 2020, 81 ss. Secondo l'Autore, l'evoluzione dell'azione pubblica di contrasto alla criminalità economica è stata caratterizzata da due movimenti: il primo procede nel senso di una lotta senza frontiere alla criminalità del profitto ed è caratterizzato da una progressiva espansione della "giustizia dell'incapacitazione economica"; il secondo e più recente muove invece nella direzione di portare l'attività di contrasto al crimine d'impresa a un livello di maggiore sostenibilità economica, sociale e giuridica.

²⁵⁶ Così MONGILLO-BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 321.

necessariamente l'integrale espropriazione dei poteri direttivi e gestionali degli amministratori: difatti, in ossequio al principio di frazionabilità che informa la delimitazione applicativa delle sanzioni interdittive, i compiti del commissario dovrebbero essere limitati alla specifica attività in vi è stata la manifestazione criminale, nel qual caso sarà bene precisare i suoi compiti affinché non stridano con quelli che residuano in capo al *management* aziendale²⁵⁷.

Nonostante l'istituto del commissariamento abbia sollevato problemi pratici non marginali, dovuti alla circostanza che il commissario è spesso un soggetto che non solo è ignaro delle dinamiche interne all'azienda ma è anche privo di capacità imprenditoriali²⁵⁸, l'idea del tutoraggio pubblico come possibile soluzione di sintesi delle esigenze di intervento repressivo sulla criminalità d'impresa e di continuità aziendale, ha registrato un certo successo, tanto da essere coltivata anche in altri campi.

Anzitutto in quello del contrasto alla corruzione nel settore delle commesse pubbliche: l'art. 32, co. 8 d.l. 90/2014 ha infatti attribuito al Presidente dell'ANAC il potere di richiedere ai prefetti la nomina di uno o più esperti con il compito di svolgere funzioni di sostegno e monitoraggio nei confronti di imprese affidatarie di appalti o concessioni, che risultino coinvolte in procedimenti penali per fattispecie delittuose di matrice *lato sensu* corruttiva ovvero in situazioni anomale e sintomatiche di condotte criminali.

Si tratta di una misura all'evidenza meno gravosa della rinnovazione degli organi societari e dal commissariamento vero e proprio, previste dal comma 1, tant'è che in pratica agli esperti si richiede di limitarsi a fornire all'impresa prescrizioni operative finalizzate a ricondurne il suo modello organizzativo e gestionale entro parametri di legalità. In tal modo si preserva, quanto più possibile, l'autonomia decisionale e la continuità operativa dell'impresa contagiata solo marginalmente dal fenomeno criminale.

Ai sensi del comma 10, il prefetto può disporre il monitoraggio dell'impresa, così come le altre "misure ANAC", anche quando abbia emesso un'interdittiva antimafia, onde consentirle di proseguire il suo rapporto con-

²⁵⁷ *Ivi*, 334.

²⁵⁸ *Ivi*, 324.

trattuale con la pubblica amministrazione²⁵⁹ e così «garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici».

La norma getta un ponte di collegamento con la disciplina antimafia, un altro terreno che più di recente ha visto sperimentare innovative forme di commissariamento e tutoraggio dell'impresa associate a programmi di *compliance*. Il riferimento è alla riforma del Codice antimafia del 2017 che, nel replicare l'approccio terapeutico nel sistema delle misure di prevenzione patrimoniali «diverse dalla confisca», ha ristrutturato gli istituti dell'amministrazione giudiziaria (art. 34 cod. Antimafia) e del controllo giudiziario (art. 34-*bis* cod. Antimafia). e introdotto l'innovativo strumento del controllo giudiziario “volontario” o “a richiesta” (art. 34 *bis*, co. 6 cod. Antimafia).

Sono tutte ipotesi di tutoraggio pubblico più o meno spinte. Dell'amministrazione giudiziaria si è già detto: si risolve nel temporaneo spossamento gestorio finalizzato a realizzare un programma di sostegno e di aiuto all'impresa amministrata e a rimuovere le situazioni di fatto e di diritto che hanno determinato l'applicazione della misura. Trattasi, dunque, di un commissariamento vero è proprio, almeno sulla carta, atteso che nella prassi giurisprudenziale molto spesso il Tribunale della prevenzione si è limitato ad intervenire sui settori aziendali interessati dall'infiltrazione criminale, con un intervento chirurgico che preserva, per quanto possibile, la libertà economica della società²⁶⁰ e ciò in linea con quella tendenza al *self restraint* dell'autorità giudiziaria che abbiamo già visto all'opera con riguardo al “commissariamento 231”.

²⁵⁹ Ai sensi dell'art. 88, commi 4-*bis* e 4-*ter* cod. Antimafia, infatti, la Pubblica Amministrazione deve procedere al recesso dall'appalto.

²⁶⁰ ZUFFADA, *Homo oeconomicus periculosus. Le misure di prevenzione come strumento di contrasto della criminalità economica. Uno studio della prassi milanese*, Milano, 2022, 113. Si v., ad esempio, Trib. Milano, Sez. mis. prev., decreto 28 maggio 2020, n. 9, Uber Italy s.r.l., in www.sistemapenale.it, 2 Giugno 2020, con nota di MERLO, *Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il “caporalato digitale”*, che ha fornito indicazioni stringenti circa il ruolo da assegnare all'amministrazione giudiziaria, specificando che «per le finalità della misura ablativa, non vi sia una necessità di assumere anche in seno all'amministrazione giudiziaria il normale svolgimento dell'attività gestionale di impresa» e ha quindi modulato l'intervento ablativo in modo da consentire un effettivo controllo sugli organi gestori ma «lasciando il normale esercizio di impresa in capo agli attuali organi di amministrazione societaria».

Il controllo giudiziario è invece una forma di tutoraggio più simile alla misura ANAC di cui all'art. 32, co. 8 d.l. 90/2014, in particolare nella sua forma più robusta di cui all'art. 34-*bis*, co. 2, lett. b), laddove si consente al Tribunale di nominare un controllore giudiziario che curi l'implementazione e l'attuazione di misure organizzative idonee a prevenire il rischio di condizionamento mafioso.

L'istituto che ha destato maggiore interesse nella comunità scientifica è però il controllo giudiziario "volontario" previsto dal comma 6, l'unica misura di prevenzione che può essere richiesta dall'azienda stessa, quando sia stata colpita da un'interdittiva antimafia, allo scopo di sospenderne gli effetti e così sfuggire alle nefaste conseguenze del c.d. ergastolo imprenditoriale.

È proprio questa sua caratteristica, l'essere una misura applicata su iniziativa della parte privata, che segna la differenza sostanziale con le altre ipotesi di tutoraggio: l'istituto evoca l'idea di un trattamento terapeutico, non imposto coercitivamente, ma ricercato dall'impresa, che aspira a liberarsi del contagio criminale e chiede all'ordinamento di essere sostenuta in questo percorso di riabilitazione attraverso un programma di *compliance* monitorato dall'autorità giudiziaria e finalizzato a rafforzare le sue difese organizzative contro eventuali futuri tentativi di infiltrazione.

Questa sua caratteristica, che valorizza la componente negoziale del rapporto tra privato e autorità giudiziaria, fa inoltre dell'istituto in parola il candidato ideale per fornire al legislatore, nella prospettiva *de iure condendo* che abbiamo assunto, uno schema procedurale di riferimento su cui modellare la messa alla prova dell'ente integrata, da una forma di tutoraggio analoga a quella dell'esperienza statunitense dei *monitor* esterni. La disciplina del controllo giudiziario volontario, del resto, mostra una qualche familiarità non solo con l'ambiente normativo del "Decreto 231", con il quale condivide la filosofia rimediale e recuperatoria e l'idea di una "prevenzione partecipata" tra pubblico e privato, ma anche con la strategia di correzione della devianza aziendale che fa da sfondo agli istituti di *pre-trial diversion* statunitensi, britannici e francesi²⁶¹.

Il controllo giudiziario a richiesta, inoltre, ha molto a che vedere anche col

²⁶¹ VISCONTI, *Il controllo giudiziario "volontario"*, cit., 12 ss.

probation, tanto che in dottrina lo si è giustamente descritto come «una moderna messa alla prova aziendale»²⁶².

I parallelismi tra i due istituti in effetti non mancano. Come nella messa alla prova *ex art. 168-bis c.p.* è indispensabile il consenso del reo, allo stesso modo l'accesso al controllo giudiziario *ex art. 34-bis, co. 6 cod. Antimafia* presuppone la volontà dell'impresa di sottoporsi al monitoraggio pubblico. Ancora, in entrambi i casi, la propensione collaborativa dei soggetti, che si concretizza nella sottoposizione ad un programma trattamentale, impedisce il decorso ordinario di strumenti più invasivi²⁶³, agevola la loro risocializzazione e scongiura una risposta ordinamentale potenzialmente dannosa.

Insomma, il controllo giudiziario volontario potrebbe davvero costituire quel canale interno entro cui convogliare l'esperienza statunitense degli accordi di diversione. In questa prospettiva sembra dirigersi quella proposta dottrinale di scorporare l'istituto dal Codice antimafia per collocarlo nell'ambito della disciplina che regola la responsabilità degli enti, al precipuo scopo di irrobustire la proiezione preventiva e terapeutica del "Decreto 231"²⁶⁴. In tal caso, sarà però necessario ricalibrare l'istituto in modo da renderlo operativo in presenza di fatti "propri" dell'ente e non solo in quei casi in cui l'impresa agevola l'attività di soggetti indiziati di compiere determinati reati. Inoltre, il programma trattamentale cui l'ente sarebbe sottoposto andrebbe arricchito delle prestazioni riparatorie di cui ci siamo già occupati.

La riconfigurazione del *probation* dell'ente secondo lo schema del controllo giudiziario presenta il vantaggio di non indebolire eccessivamente la funzione preventiva del modello organizzativo, vale a dire quell'effetto collaterale²⁶⁵ che abbiamo visto discendere dalla messa alla prova classica. Si potrebbe perciò valutare la possibilità di consentire la presentazione dell'istanza di accesso al controllo giudiziario anche alle imprese che non si erano dotate di un modello organizzativo, in modo da sfuggire al pantano del giudizio di inidoneità, sempre che il giudice del processo *de societate*, così come quello della prevenzione in sede di accoglimento dell'istanza *ex art. 34-bis, co. 6 cod. Anti-*

²⁶² *Ivi*, 1.

²⁶³ Cfr. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 347.

²⁶⁴ MERLO, *Contrastare lo sfruttamento del lavoro*, cit., 185 ss.

²⁶⁵ Si v. GALLI, *La pena insostenibile. Effetti collaterali e delegittimazione del diritto penale*, Pavia, 2021.

mafia, possa compiere una valutazione prognostica positiva «sulle concrete possibilità che la singola realtà aziendale ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano»²⁶⁶ attraverso il programma trattamentale del *probation*.

L'ammissione a questa forma di controllo giudiziario, del resto, non sarebbe un *commodus discessus* per l'azienda, trattandosi pur sempre di un intervento particolarmente invasivo che la mette a nudo dinanzi agli occhi dell'autorità giudiziaria²⁶⁷ e che ben potrebbe sfociare nella scoperta di altre pratiche aziendali illecite. Anche se l'accesso al controllo dà all'ente una *chance* concreta di conseguire la non punibilità, rimanere esposti per un periodo di tempo piuttosto lungo alla sorveglianza giudiziaria non è certo una prospettiva allettante per l'impresa, tale da poterla indurre a ritenere conveniente non investire in *compliance* preventiva.

Anzi, è proprio la particolare invasività della misura l'aspetto maggiormente problematico del monitoraggio pubblico, nella misura in cui possa spingersi a sindacare le scelte imprenditoriali dell'azienda, un'ingerenza della giurisdizione che, pur senza arrivare necessariamente agli eccessi registratisi nella esperienza nordamericana, potrebbe creare frizioni col principio di libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost. e snaturare lo scopo ultimo del *probation*, che non è la riconfigurazione del *core business* dell'impresa bensì il suo riorientamento verso i valori della legalità.

Anche su questo profilo bisogna fare tesoro dell'esperienza dei *pre-trial agreements* statunitensi, dove s'è visto come lo strumento negoziale si è spesso rivelato un cavallo di Troia che ha consentito al *prosecutor* di penetrare indisturbato all'interno della struttura aziendale e sedere nei consigli di amministrazione per il tramite dei suoi *monitor*. Sembra quasi paradossale che strumenti nati nel contesto neoliberale di delega al privato di compiti normalmente propri dell'autorità pubblica²⁶⁸ - compiti normativi, investigativi e sanzionatori - si sia tradotto in una forma di neo-interventismo statale in economia,

²⁶⁶ Così Cass., Sez. un., 26 settembre 2019, n. 46898, Ricchiuto, in *ForoPlus*, riguardo alla valutazione del giudice della prevenzione in sede di ammissione dell'impresa al controllo giudiziario volontario.

²⁶⁷ Cfr. MAZZAMUTO, *Il salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa*, in *www.sistemapenale.it*, 3 marzo 2020, 11 ss.

²⁶⁸ Cfr. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 347.

anche se «operato con i guanti di velluto»²⁶⁹. Del resto, si è già avuto modo di rilevare come quello dei *pre-trial agreements* sia un fenomeno complesso e contraddittorio, che può essere letto, al contempo, come forma di neointerventismo statale in economia e come vittoria del mercato sulla giustizia. E ciò a seconda di come viene interpretato dal *prosecutor* che, in questo contesto evolutivo, si sveste degli abiti dell'investigatore e assume quello dell'attore del mercato. Talora interpretando un ruolo particolarmente interventista e incisivo, talaltra rimanendo dietro le quinte e lasciando la scena al mercato, preoccupandosi solo di evitare il fallimento dell'impresa attinta da una notizia di reato.

In Italia il timore che si ripetano simili distorsioni va tuttavia ridimensionato. Anzitutto perché il ruolo principale della vicenda non è assegnato al pubblico ministero, ma al giudice, quale soggetto terzo e imparziale. Inoltre, si è visto come la giurisprudenza italiana abbia interpretato le ipotesi di commissariamento e monitoraggio delle imprese già esistenti in modo conforme ai principi di proporzionalità e del minimo mezzo, molto spesso perimetrando il loro campo operativo a quella singola articolazione, funzione o attività interessata dalla manifestazione criminale, in modo da preservare per quanto possibile la libera iniziativa economica.

Vale la pena, allora, guardare al controllo giudiziario volontario per arricchire i contenuti del programma trattamentale dell'ente ammesso al *probation*. Il suo dispiegarsi per un lasso di tempo più o meno lungo, del resto, oltre ad esser conforme all'idea stessa di "prova", consente all'autorità giudiziaria di verificare in concreto la tenuta organizzativa dell'impresa: ad essa si concede il tempo necessario non solo per realizzare le condotte riparatorie e dotarsi di un modello organizzativo, ma anche per metterlo in opera e testarne la reale capacità di gestire il rischio-reato e quindi il successo della compiuta ristrutturazione. La qual cosa, oltre a superare le difficoltà connesse alla valutazione in termini prognostici dell'idoneità del nuovo modello, rende l'esclusione della punibilità perfettamente in linea con il piano dell'offesa arrecata dall'illecito dell'ente a causa della sua negligenza organizzativa e in coerenza con l'obiettivo di politica criminale perseguito dal legislatore del 2001, ossia, come

²⁶⁹ VISCONTI, *Il controllo giudiziario "volontario"*, cit., 78.

più volte ribadito, l'instaurazione di un patto di alleanza con le imprese per servirsi delle loro strutture nel contrasto alla criminalità d'impresa.

20. *Considerazioni conclusive.* Tirando le fila delle osservazioni fin qui svolte, la valorizzazione della condotta riparatoria dell'ente e della *compliance* postuma non sembra più rinviabile, specialmente dopo l'attesa pronuncia delle Sezioni Unite che ha negato all'impresa la possibilità di accedere al *probation*. La conclusione cui la Cassazione riunita è pervenuta, seppur traversando i sentieri interpretativi meno lineari, era forse la più aderente al principio di legalità. D'altro canto, il dilemma cui ha cercato di dare risposta la giurisprudenza di merito, favorevole alla messa alla prova dei soggetti metaindividuali, è centrale per il corretto funzionamento del sistema 231 ed ha a che fare con le caratteristiche proprie della *compliance*, il cui dinamismo la rende inadatta a fungere da sicuro parametro di valutazione della colpa dell'ente.

Il risultato è che le imprese, nella maggior parte dei casi vittime del pregiudizio del senno di poi, si sono viste privare l'esclusione della punibilità che il tacito accordo di alleanza con l'ordinamento pone come controprestazione dell'impegno profuso nell'auto-organizzazione *compliant*. Di fronte all'"inadempimento" della parte pubblica l'ente non può fare altro che ripiegare sulle condotte riparatorie per quantomeno assicurarsi un'attenuazione della risposta sanzionatoria. Tutto ciò produce sfiducia e scetticismo nel mondo imprenditoriale, sempre meno disposto a investire in una riorganizzazione che non la garantisce dalle ripercussioni del processo *de societate* e da sanzioni pecuniarie, interdittive e anche reputazionali che potrebbero compromettere gravemente la sua permanenza sul mercato.

Una possibile soluzione, verso cui il sistema si è spontaneamente direzionato, è riconnettere alla riparazione *post factum*, a valle, quello stesso premio della non punibilità che all'ente è stato negato a monte, attraverso strumenti che ricalchino lo schema dei *pre-trial agreements* dell'esperienza statunitense, con i quali, per riprendere la metafora negoziale, il patto di alleanza violato dalla commissione dell'illecito subisce un processo di rinegoziazione che salva la cooperazione pubblico-privato nel contrasto alla criminalità economica.

In questo quadro, sembra che l'accordo di diversione processuale costituisca

lo sviluppo naturale e inevitabile del *compliance paradigm*, quasi che ne porti con sé i germi. Lo si è potuto riscontrare prima nell'ordinamento d'Oltreoceano e ora anche in Europa: una volta importata la strategia di prevenzione dei reati commessi nei contesti imprenditoriali attraverso la collaborazione delle imprese stesse, dopo pochi anni si è posto il tema di come rendere effettivo il premio della non punibilità. Il punto è allora verificare la possibilità di riprodurre anche in Italia le soluzioni negoziali già sperimentate negli ordinamenti esteri, con i dovuti correttivi che le rendano conformi ai principi cardine del nostro sistema penale.

Abbiamo visto come la specie d'accordo che meglio si presta allo scopo è il *deferred prosecution agreement*, il cui schema negoziale può essere replicato nel nostro ordinamento proprio attraverso la messa alla prova, sulla base di un programma trattamentale che, secondo quanto si propone, contempra non soltanto le condotte riparatorie già previste nel "Decreto 231", magari arricchite di senso attraverso un percorso di giustizia riparativa, ma anche un'ipotesi di tutoraggio pubblico simile a quello del controllo giudiziario volontario.

Una riforma di questo tipo realizzerebbe quel "tagliando"²⁷⁰ da tempo è auspicato in dottrina in linea con il recente impegno del legislatore ad accrescere il numero degli strumenti riparatori²⁷¹ e con la tendenza alla costruzione negoziata della risposta ordinamentale e ad anticipare gli effetti dell'intervento pubblico sulle imprese, nella prospettiva del loro risanamento, come già si è visto accadere nel campo delle nuove misure di prevenzione patrimoniali²⁷². Ma soprattutto centrerebbe esigenze di carattere pragmatico. In primo luogo, quella di ridurre le esternalità negative, anche di carattere reputazionale, che il processo *de societate* rovescia sull'impresa. Inoltre, andrebbe ad ampliare il novero dei riti alternativi e quindi le occasioni che l'impresa ha di correggersi e di accettare l'offerta di collaborazione che l'ordinamento le offre nel contrasto alla criminalità economica, recuperando così, almeno dopo la commissione dell'illecito, il ruolo di prevenzione del modello.

Non meno importante, la creazione di strumenti analoghi ai *pre-trial agree-*

²⁷⁰ FIANDACA-ALESSANDRI, *Responsabilità degli enti*, cit., 19.

²⁷¹ MARTIN, *Le Sezioni Unite*, cit., 10.

²⁷² COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente*, cit., 284.

ments consentirebbe all'Italia di partecipare alla «grande competizione globale per l'accaparramento delle sanzioni»²⁷³, di aderire agli sforzi repressivi dei fenomeni criminosi che si manifestano nei gruppi multinazionali in modo da indirizzarli anche a vantaggio delle finanze dello Stato.

Da ultimo, l'introduzione per via legislativa di uno strumento negoziale per governare le conseguenze di un illecito commesso nel contesto aziendale contribuirebbe ad arginare le distorsioni eversive del sistema che già si stanno evidenziando nella prassi della giurisprudenza di merito.

Cionondimeno, sarebbe ingenuo sperare che la messa alla prova possa costituire, da sola, la panacea per tutti le criticità del “sistema 231”. Anche a voler ammettere al *probation* (potenziato di una forma di monitoraggio giudiziario) tutte le imprese che ne facciano richiesta, a prescindere dalla circostanza che prima della commissione dell'illecito si fossero dotate di un modello organizzativo, in ogni caso il pubblico ministero prima e il giudice poi dovranno comunque cimentarsi nella valutazione del modello, al fine di escludere in radice la responsabilità dell'ente laddove si accertasse che questo era idoneo ed è stato efficacemente attuato. Il rischio che le difficoltà immanenti a questa valutazione, peraltro condotta allo stato degli atti, inducano l'autorità giudiziaria a scegliere la “terza via”, quella del *probation*, anche senza aver compiuto un reale sforzo per identificare in modo puntuale la carenza organizzativa e con essa la colpa dell'ente, potrebbe trovare concretizzazione sia per evitare le secche di un sindacato che manca di criteri giuridici²⁷⁴, sia nella prospettiva di massimizzare i vantaggi per l'ordinamento pubblico, il quale, in ipotesi, ottiene la riparazione dei danni a spese di un ente virtuoso che non meritava di essere mandato a processo.

Neppure i *pre-trial agreements*, dunque, possono dare una risposta definitiva al problema a fronte del quale sono stati elaborati, cioè il fallimento della colpa di organizzazione. Anzi, potrebbero accentuarne la crisi e spingere verso una trasmutazione dell'illecito dell'ente che faccia perno sulla colpa di reazione.

È evidente, allora, che il nodo della valutazione del modello resta centrale per il pieno funzionamento del sistema 231. Non è questa la sede per saggiare le

²⁷³ *Ivi*, 179 ss.

²⁷⁴ PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 265.

numerose proposte che in dottrina sono avanzate per salvare il ruolo che il legislatore 2001 aveva assegnato al modello *ex ante*, ad esempio mediante la positivizzazione di protocolli cautelari imperniati sulle *best practices* assistiti da una presunzione relativa di idoneità preventiva che il giudice potrà superare con adeguata motivazione²⁷⁵.

Ciò che si vuole perorare è la necessità di non accantonare definitivamente ogni tentativo di salvare la «*compliance* autenticamente preventiva»²⁷⁶. Su questo versante, lascia ben sperare che la Cassazione stessa, nella pronuncia che ha chiuso la tormentata vicenda Impregilo²⁷⁷, abbia finalmente stigmatizzato il pregiudizio del “senno di poi” e fornito preziose indicazioni su come vada accertata la colpa di organizzazione, ponendo l’accento sulla necessità di assegnare rilievo anche al «comportamento alternativo lecito» per escludere la responsabilità nei casi in cui l’osservanza della regola cautelare non avrebbe comunque consentito di eliminare o ridurre il pericolo connesso ad una certa attività. C’è da chiedersi, però, se la giurisprudenza successiva sarà capace di sviluppare con coerenza tali indicazioni.

In definitiva, nell’epoca della complessità e del rapido divenire, una strategia efficace di contrasto del crimine economico non può prescindere da uno sforzo sinergico tra autorità pubblica e operatori economici. Le imprese, con il patrimonio di competenze che portano in dote, possono dare un contributo fondamentale per il governo delle fonti di rischio, sempre più potenzialmente dannose per i beni giuridici individuali e collettivi. Per convincerle a stringere un patto con l’ordinamento è però essenziale che anche quest’ultimo si dimostri un contraente credibile, capace di mantenere la promessa di non punibilità per chi ha svolto diligentemente i compiti di prevenzione che gli sono stati affidati. Il mondo imprenditoriale, magari spinto più dal timore della sanzione e del processo che da una genuina vocazione legalitaria, ha timidamente

²⁷⁵ ADONELLA, *La “messa alla prova” dell’ente*, cit., 302 ss.

²⁷⁶ GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., 267.

²⁷⁷ Cass., Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, Impregilo, in *Foro it.*, 2022, II, 654, con nota di MERLO, *Il d.leg. 231/01 preso sul serio: la Cassazione scrive l’ultimo capitolo della saga «Impregilo»*. Si v. anche DE SIMONE, *Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l’annosa vicenda Impregilo*, in *Giur. it.*, 2022, 2758; MONGILLO, *La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità “da reato” dell’ente collettivo*, in *Cass. pen.*, 2023, 3, 714 ss.; PIERGALLINI, *Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all’estenuante vicenda Impregilo*, in *www.sistemapenale.it*, 27 giugno 2022.

cominciato ad aderire al patto di alleanza per la prevenzione dei reati. Adesso, però, è tempo che il legislatore faccia la sua parte.