

QUESITI

CATERINA SCIALLA

Modelli innovativi di esercizio del potere sanzionatorio, flessibilità della funzione

L'articolo si propone di analizzare gli ultimi approdi evolutivi cui sta giungendo l'esercizio del potere sanzionatorio e come esso si articola rispetto alle più moderne esigenze del diritto, dalla responsabilità per reato degli enti, passando attraverso il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti, fino alla *compliance* collaborativa in materia fiscale.

Innovative ways of exercising sanctioning power, the flexibility of the penalty function

The exercise of the sanctioning power has changed recently due to the modern requirements of the society and the law in particular regarding misconduct in the economic field. New issues are emerging and are influencing the traditional penalty functions. The article aims to explore the new trend in the administrative and penal legislation, from the corporation's liability, passing through the sanctioning power of the Independent Administrative Authorities, up to the cooperative compliance in tax matters with the purpose to identify a common thread in the law-making process.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il sistema sanzionatorio del d.lgs. 231/01 - 3. Persone giuridiche e percorsi rieducativi: la messa alla prova dell'ente - 4. Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti - 5. Un ultimo parallelismo: l'adempimento collaborativo in materia fiscale - 6. Conclusioni.

1. *Premessa.* Strutture e relazioni che si decompongono e si ricompongono, rapidamente, in maniera incerta, caratterizzano il reticolo normativo rivolto alle società; nuove esigenze preventive si impongono nel mondo del diritto e comportano una moltiplicazione di fonti normative e di attori che esercitano pubblici poteri di regolazione e sanzionatori. Come un miraggio, le categorie tradizionali del diritto appaiono dai contorni sbiaditi, esse si flettono verso un risultato di *performance*, di efficienza, efficacia ed economicità, anche in danno alle tradizionali forme di garanzia. E allora, la certezza diventa sempre più chimera. Artefice di questo cambio di prospettive e della sperimentazione di innovative modalità di esercizio dei poteri è stato, nel tempo, il diritto comunitario e poi unionale la cui genesi sovranazionale ha consentito fenomeni di ibridazione tra tradizioni legali diverse e l'ingresso di nuove espressioni giuridiche prima sconosciute all'ordinamento tradizionalmente statocentrico. Contemporaneamente, alla prospettiva delle teorie assolute della pena in funzione di mera retribuzione viene sostituito il paradigma della processualità

della pena, o utilitarismo della pena, secondo cui la misura sanzionatoria rappresenta solo il tassello iniziale del percorso di risocializzazione del condannato; questa nuova concezione ha determinato un avvicinamento delle modalità operative tra la sanzione comminata in via penale e quella decisa in un procedimento amministrativo.

Il presente contributo intende analizzare, attraverso una lettura sistematica, recenti istituti introdotti nell'ordinamento che si propongono come nuove forme di esercizio del potere sanzionatorio, strumenti caratterizzati da un uso innovativo e proteiforme della sanzione. A tal fine, è sembrato opportuno cominciare analizzando come la sanzione si attegga nei confronti delle persone giuridiche e il modo in cui istituti originariamente antropomorfi vengono reinterpretrati in chiave collettiva dalla giurisprudenza. Una continuità, sempre sul piano della funzione della sanzione, è sembrata emergere quanto all'esercizio del potere sanzionatorio da parte delle autorità amministrative indipendenti e, in ultimo, nelle scelte di politica criminale del legislatore in tema di *compliance* fiscale per le grandi società. Il tema è ampio e quest'analisi non può che rappresentare un punto di partenza e di riflessione.

2. *Il sistema sanzionatorio del d.lgs. 231/2001.* Il Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 ha realizzato una rivoluzione copernicana: ha frantumato l'antropocentrismo intorno cui era costruito il sistema penale e ha introdotto nel mondo della responsabilità un nuovo agente criminale, un soggetto meta-individuale prima solo marginalmente considerato¹.

¹ In questa sede non è opportuno indagare l'ampia tematica della responsabilità degli enti da reato e le perplessità che la riforma del 2001 ha suscitato in dottrina. Innanzitutto, non ha convinto la qualificazione legislativa della natura amministrativa della responsabilità dipendente da reato dell'ente; sul punto la dottrina si è divisa, taluni hanno ritenuto corretta tale qualificazione, altri hanno preferito parlare di una natura ibrida della responsabilità, altri ancora hanno ritenuto più corretto qualificarla nei termini della natura penalistica. Cfr. SCOLETTA, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in *Diritto penale delle società* II ed., a cura di Canzio, Cerqua, Luparia, Padova, 2016, 850 ss; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2010, 15 ss. Anche la giurisprudenza è stata influenzata dal dibattito e ha seguito percorsi nel tempo ondivaghi (affermano la natura amministrativa della responsabilità Cass., Sez. un., 23 gennaio 2001, n. 344076, Deloitte; Cass., Sez. un., 30 gennaio 2014, n. 10561, Gubert; Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192, Barla; Cass., Sez. IV, 25 giugno 2013, n. 42503, Ciacci. Nella giurisprudenza di merito, tra le numerose sentenze si segnala Tribunale Milano, G.i.p. Forleo, ordinanza 9 marzo 2004 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1333, con nota di GROSSO, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 13335 ss. Hanno ritenuto la natura sostanzialmente penale della responsabilità Cass., Sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, Jolly Mediterraneo s.r.l. in *Cass. Pen.*, 2007, 74 ss.; Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, Fisia Italmobiliare, in *Cass. Pen.*, 2008, 4555 ss. con nota di PISTORELLI; Trib. Torino, ord. 11 giugno 2004, in *Riv. trim. dir. pen.*

Dal punto di vista processuale, la novella ha registrato un iniziale scetticismo tra gli studiosi, soprattutto per quegli interpreti che hanno faticato a interporre nei gangli del rito penale una soggettività impersonale, una finzione qual è stata considerata la *societas*².

econ., 2004, 294 ss. con nota di NISCO; Trib. Milano, GIP, 9 luglio 2009, Telecom, in *Cass. Pen.*, 2010, 768 con nota di BALDUCCI e in *Foro ambros.*, 2009, 288, con memoria di PULITANÒ, ZANCHETTI). Per approfondire si rimanda alla letteratura in materia. *Ex multis* si v. MAIELLO, *La natura (fondamentalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/01: una truffa delle etichette davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 879 ss.; PIZZOTTI, *La natura della responsabilità delle società, nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 898 ss.; STORTONI, TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, 7 ss.; AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 151; DE SIMONE, *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in *Criminalia*, 2010. Criticità sono state evidenziate sia quanto alla compatibilità con il nuovo modello di imputazione della responsabilità degli enti e il principio di colpevolezza inteso sia come «divieto di responsabilità per fatto altrui» con il conseguente rischio di *overspill* della sanzione inflitta agli enti sui soggetti terzi e incolpevoli che con esso intrecciano rapporti commerciali (sul punto si veda DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2002, 345 ss.; FIORELLA, SELVAGGI, *Dall'utile al giusto. Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, Torino, 2018, 85 ss.; GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa, in La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Quaderni del dipartimento di Diritto pubblico, a cura di De Francesco, Università di Pisa, Torino, 2004, 38 ss.), sia come «improverabilità» e necessaria funzione rieducativa della sanzione (cfr. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 423 ss.; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 351). Mentre gli aspetti teorici più critici nel tempo hanno perso centralità nella discussione accademica, studi sono stati condotti sull'efficacia dei *compliance programs* e sul versante sanzionatorio della disciplina, si segnalano alcuni contributi rilevanti sul tema: SEVERINO, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 1112; RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Napoli, 2009, 57 ss.; MONGILLO, BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità da reato degli enti*, Vol. I, a cura di Lattanzi, Severino, Torino, 2020, 291 ss.; SANTORIELLO, *Anche nei confronti degli enti collettivi il decreto anticorruzione mostra inutili ed incoerenti "furori sanzionatori"*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 756; GUERRINI, *Le sanzioni a carico degli enti nel d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di De Francesco, Torino, 2004, 68 ss.

² La portata dirompente della novella è rappresentata dalle parole di alcuni autorevoli processualpenalisti tra cui il dibattito è stato assai acceso: «non umani abitanti del pianeta» che improvvisamente venivano accompagnati al banco degli imputati (GALGANO, *Persona giuridica*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. XIII, Torino, 1995, 393 come riportato da DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, in *Dir. pen. cont.*, 28 ottobre 2012, 2), espressione che veicola il senso di rottura che il paradigma della responsabilità collettiva diretta ha realizzato con i dogmi allora vigenti. Il timore paventato dagli studiosi era la trasformazione del processo penale in una «pura apparenza», in un «finto processo» ove il pubblico ministero avrebbe dovuto perseguire «fantasmi intellettuali, diavoli ovvero santi, cose inanimate, bestie, persone giuridiche, enti collettivi, cadaveri» (osservazione di CORDERO, *Procedura Penale*, Milano, 6° ed., 231 ss.). Tali riflessioni, tuttavia, dovrebbero confrontarsi con l'improcrastinabile necessità di punire la criminalità degli affari commessi a vantaggio della società che poneva il legislatore italiano in una «posizione di retroguardia» (GUERRINI, *Le sanzioni a carico degli enti nel d.lgs. 231/2001*, cit., 49) rispetto alla tendenza evolutiva delle strategie san-

Anche il profilo sanzionatorio mostra i caratteri eccezionali del peculiare destinatario: la funzione della sanzione è composita, la complessa strategia premiale e preventiva - fondata sulla valorizzazione delle condotte riparatorie e riorganizzative - richiede riflessioni puntuali sulla modernizzazione degli strumenti tradizionalmente conosciuti e sulla compatibilità di questi con l'essenza dell'ente³.

È la finalità special-preventiva positiva a strutturare la filosofia cui si ispira il legislatore del 2001, orientato da esigenze di tipo cautelativo e prevenzionale. Ancora prima della sanzione, è la vocazione preventiva dei modelli a dare una direzione al sistema sanzionatorio volto alla risocializzazione del destinatario delle misure che, quando applicate, inducono l'ente a un «ripensamento organizzativo e gestionale»⁴ idoneo a riportare la *societas* entro i binari della legalità perduta.

Infatti, la duttilità sanzionatoria che caratterizza il sistema e che consente di progredire e regredire l'afflittività delle sanzioni sia pecuniarie che interdittive in base alla volontà e alla propensione dell'ente alla restaurazione, rende possibile attuare una forma di controllo sociale sulla persona giuridica più efficace e incisivo del trattamento risocializzate che l'ordinamento è capace di offrire al reo persona fisica.

Questo controllo sociale è articolato e agisce in tempi e su piani diversi⁵ rendendo quindi il sistema sanzionatorio - tradizionalmente fase che si apre una

zionatorie europee, dopo l'adozione da parte di numerosi Stati di un modello di responsabilità degli enti e in conseguenza alla spinta di obblighi internazionali. Difatti, il definitivo superamento del brocardo *societas delinquere non potest* fu dovuto soprattutto ai numerosi *input* sovranazionali come la Convenzione OCSE del 17 dicembre 1997 sulla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri che obbligava gli Stati aderenti a assumere le misure necessarie a stabilire la responsabilità delle persone giuridiche per i fatti ivi previsti; cfr. SACERDOTI, *La convenzione OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1349 ss. Nell'ordinamento italiano, prima della riforma del 2001, gli artt. 196 e 197 c.p. disciplinavano le obbligazioni sussidiarie a carattere civile destinate a operare a carico del patrimonio della società nel momento in cui l'individuo responsabile del delitto fosse stato incapiente; sul piano pratico, le sanzioni irrogate nei tribunali si risolvevano spesso in pene draconiane, di ammontare così elevato da escludere a priori la solvibilità delle persone fisiche condannate per cui rappresentavano già un primo tentativo, seppur indiretto, di aggirare l'irresponsabilità degli enti; cfr. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, 240 ss.

³ Si occupano specificamente dell'apparato sanzionatorio nei confronti dell'ente PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2010, 21; MONGILLO, BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 290; MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci e ombre nella recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1782 ss.

⁴ GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi*, cit., 47.

⁵ SEVERINO, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali, in La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 1112.

volta compiuto il reato - intimamente connesso anche al momento antecedente dell'organizzazione dell'attività e della strutturazione societaria, compito svolto dai *compliance programs*. L'onere di adottare i modelli organizzativi e gestionali funziona come una forma di prevenzione proattiva⁶ che ha come destinatari le persone giuridiche operanti sul mercato; la prevenzione reattiva è invece affidata alle sanzioni vere e proprie che dispongono forme di controllo volte a incidere sulla struttura organizzativa dell'ente⁷.

La prevenzione, la riorganizzazione, la riparazione, la *compliance* penale *ex ante* ed *ex post* sono i cardini di un sistema progettato per coinvolgere la *societas* - che è insieme agente e sorgente del rischio del reato - nella prevenzione degli illeciti.

Una volta realizzato il reato, infatti, il *focus* della legge passa dalla prevenzione alla riorganizzazione e riparazione; in tal senso la funzione punitiva, che pure fa parte del decreto, è una parte servente, funzionale al raggiungimento di più importanti risultati. La fase di applicazione della sanzione è la soluzione estrema, evitabile, a cui giungono (o dovrebbero giungere) solamente le organizzazioni oramai irrecuperabili.

L'appello alla riorganizzazione⁸ - compito preferibile delle sanzioni - diventa efficace quando alla *societas* viene promesso l'esonero dagli addebiti; l'efficacia del sistema sanzionatorio è dunque strettamente legato alla filosofia premiale, linfa del sistema, e al funzionamento della fase di accertamento della responsabilità⁹. Come strutturato, l'equilibrio del sistema sanzionatorio coniato con il d.lgs. 231/01 ruota attorno a due direttrici fondamentali: a) prevenzione *ex ante* degli illeciti, attuata attraverso la minaccia delle sanzioni; b) riorganizzazione e riparazione *ex post*, stimolata dalla legge attraverso gli incentivi¹⁰. L'obiettivo primario del legislatore non è quello di punire l'ente privandolo del proprio patrimonio; le reazioni interdittive rappresentano in quest'ottica l'estrema *ratio* dell'intervento penale e la funzione principale

⁶ RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, cit., 57.

⁷ DE SIMONE, *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in *Criminalia*, cit., 191.

⁸ MONGILLO, BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 291.

⁹ *Ibid.*, gli A. analizzano la polifunzionalità delle sanzioni nelle diverse fasi della dinamica punitiva; evidenziano che nella fase della comminatoria editale, il fine di prevenzione generale è prevalente, la minaccia di sanzione si rivolge ai membri della società, ai soggetti che compiono le scelte organizzative dell'ente. La funzione generalpreventiva domina anche la fase dell'irrogazione della sanzione poiché se la pena viene effettivamente irrogata così come minacciata, si irrobustisce l'appello alla *compliance* che fa il legislatore.

¹⁰ MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 27 maggio 2019, 77 ss.

dell'impianto sanzionatorio è riportare l'ente alla legalità¹¹, nell'interesse sia dell'ente stesso che della comunità che trae giovamento e opportunità di sviluppo dalle attività economiche.

Per valutare più compiutamente le torsioni del sistema sanzionatorio nelle sue sfumature più innovative, è opportuno analizzare alcuni nuovi percorsi.

3. Persone giuridiche e percorsi rieducativi: la messa alla prova dell'ente. La forte vocazione preventiva della normativa 231/01 ha come obiettivo il recupero della legalità dell'ente al quale viene offerto un incentivo alla organizzazione attraverso l'esenzione o la riduzione delle sanzioni per effetto delle condotte riparative.

Concretamente, le vie percorribili per l'ente sono due, organizzarsi idoneamente attraverso la predisposizione di protocolli e modelli e così andare esente da responsabilità¹² oppure incorrere nell'illecito, adottare solo *ex post* un modello di prevenzione idoneo e attuare una serie di condotte riparatorie per ricevere un sollievo sanzionatorio. Tra le due, nei fatti, la strada più vantaggiosa sembra essere la seconda a causa della grande incertezza che avvolge la tematica della idoneità preventiva *ex ante* dei modelli e sui criteri valutativi del giudice.

Sul piano pratico, non ha suscitato i previsti successi, a distanza di oramai 20 anni dall'adozione del testo normativo, la vocazione preventiva cui aspirava il legislatore nel 2001; sembra, perciò, opportuno esplorare una terza via tra le due alternative attualmente esistenti. Probabilmente, l'ampliamento dei meccanismi processuali che consentono il ravvedimento dell'ente o l'estensione

¹¹ Mongillo critica aspramente la novella legislativa n. 3/2019 poiché ha alterato gli equilibri del sistema sanzionatorio introducendo scelte punitive incongrue che puniscono più severamente reati meno gravi previsti dal catalogo *ex d.lgs. 231/01* e rischia di comportare nei fatti una vera e propria pena capitale per l'ente destinato alla definitiva paralisi dell'attività d'impresa, alla sua dissoluzione o alla distruzione del ramo d'azienda contaminato, tutte conseguenze che in origine il decreto 231 tendeva ad evitare. Cfr MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., 306 ss.

¹² Questa via rappresenta un vero interrogativo e punto debole della disciplina poiché i modelli che finora sono stati sottoposti al vaglio dei giudici sono stati valutati quasi sempre come non adeguati; se al destinatario della disciplina inizia ad essere evidente che è impossibile realizzare un modello gestionale idoneo, egli inizierà a non investire risorse nell'attività preventiva; se l'appesantimento delle procedure richieste all'ente non si traduce in un vantaggio almeno possibile, l'ente è disincentivato alla riorganizzazione e fallisce l'impianto normativo. Osservando la prassi, le imprese preferiscono correre il rischio della verifica del reato piuttosto che dotarsi di un modello preventivo avvalendosi delle possibilità di uscire dal processo con un minimo danno attraverso le condotte riparatorie dell'art. 17 d.lgs. 231/01. FIDELBO, RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 4/2016, 12 ss.

di istituti che oggi valgono solo per l'agente fisico potrebbero immettere nuova linfa negli obiettivi special-preventivi della normativa.

Come già osservato, col decreto 231 si realizza una vera e propria «trasfigurazione» dell'essenza e della funzione della pena tradizionale¹³; se così è, il lessico e le strutture tradizionali forgiate a immagine e somiglianza dell'uomo, che male si adattano a un «corpo senz'anima come la persona giuridica»¹⁴, concetti come prevenzione speciale e generale, proporzione della pena, retribuzione, afflizione, prevenzione, rafforzamento della coscienza etico-sociale, rieducazione, emenda possono continuare ad avere significato, anche utilizzati nei confronti dell'ente, ma necessitano di una re-interpretazione.

Le intese negoziali tra Procura e persone giuridiche¹⁵ sono utili a rafforzare il principio di personalità e di individualizzazione della responsabilità penale come per la persona anche per la *societas*¹⁶: l'art. 63 del d.lgs. 231/01 «applicazione della sanzione su richiesta», rinvia infatti alla normativa processualpenalistica del patteggiamento dell'art. 444 c.p.p.¹⁷, teso a recuperare una di-

¹³ FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1399.

¹⁴ *Ibidem*, l'A. è contrario ad utilizzare concetti cari a una visione antropomorfa anche per l'ente. Difatti, sostituisce alle tradizionali funzioni della pena (retribuzione, prevenzione generale e speciale) diverse categorie peculiari per la realtà aziendale: efficacia-effettività in luogo della prevenzione generale; efficacia come surrogato della prevenzione speciale, proporzione come canone di moderazione della efficacia-effettività che prende il posto della retribuzione.

¹⁵ L'attività di cooperazione processuale è realtà consolidata soprattutto nei paesi di *common law*; tuttavia, l'esperienza nordamericana insegna che una imprecisa regolazione di questi strumenti da parte del legislatore rischia di porre in serio dubbio l'obbligatorietà dell'azione penale e finisce per essere una concessione, neanche esplicita, alle aziende più grandi ed economicamente influenti. Si v. GARRET, *Too Big to Jail, How Prosecutors Compromise with Corporations*, Harvard, 2014; ARLEN, *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed Through Deferred Prosecution Agreements*, in *J. Legal Analysis*, Spring 2016, 191-234; RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2015, 3 ss; MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, 290 ss. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., *passim*, l'A. tratta diffusamente il tema della responsabilità penale delle persone giuridiche nel sistema statunitense e inglese e le varie tecniche di cooperazione processuale vigenti in questi ordinamenti.

¹⁶ CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 148-172.

¹⁷ L'istituto del patteggiamento è complesso e molti sono i contributi sul tema che hanno cercato di fare chiarezza sia quanto alla natura della misura che alla sua applicazione, MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, Milano, 2005; AMODIO, *I due volti della giustizia negoziata nella riforma del patteggiamento*, in *Cass. Pen.*, 2004, 704; DOLCINI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 592; PALAZZO, *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali, in Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, 49; CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009; SANNA, *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, Padova, 2018, *passim*. Con specifico riferimento agli enti, si v. MANZIONE, *I procedimenti speciali e il*

mensione di responsabilizzazione dell'autore del reato attraverso la partecipazione democratica alla commisurazione della pena per realizzare un trattamento sanzionatorio più attento alla rieducazione e alla autodeterminazione del reo¹⁸. E il recupero di una colpevolezza partecipata, probabilmente, è per l'ente ancora più importante che per la persona fisica: mentre, infatti, la colpevolezza per l'individuo esprime un rimprovero soggettivo e si atteggia a canone di garanzia per il soggetto rimproverato, per l'ente la colpevolezza¹⁹ assume una dimensione prettamente oggettiva, è interamente riempita di prevenzione e *compliance*²⁰ e sfugge alla sua funzione di garanzia. La difficoltà per l'ente di provare l'interruzione del nesso di causalità tra l'inadeguatezza del modello organizzativo e la commissione del reato e quindi di dimostrare che la tempestiva rimozione della criticità gestionale non avrebbe comunque impedito la commissione del reato e che quindi anche il modello adeguato sarebbe stato fraudolentemente eluso, è una *probatio diabolica* da cui è difficile emergere se non con l'espedito processuale del patteggiamento. Il patteggiamento, perciò, diventa un meccanismo di riduzione della complessità e di composizione del disordine, consente all'ente di contenere l'incertezza sui tempi del processo e sui costi della *compliance*²¹. L'incertezza del processo

giudizio, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2010, 577; LASCO, LORIA, MORGANTE, *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2017, 642 ss.; BONETTI, *Sub art. 63*, in *La responsabilità degli enti*, a cura di Bernasconi, Fiorio, Presutti, Padova, 2008, 544.

¹⁸ CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, cit., 148-172. SANNA, *La messa alla prova non è una pena: la Corte costituzionale salva il confine tra cognizione ed esecuzione*, in *Cass. Pen.*, 2019, 688-701 censura il parallelismo che viene fatto tra patteggiamento e altri riti premiali, considerando che il patteggiamento si conclude con una sentenza parificata al *genus* della condanna e costituente titolo esecutivo per l'applicazione della pena, non così la messa alla prova determinata con ordinanza che sospende il processo, non avente forza coattiva delle prescrizioni decise; qui la volontarietà dell'imputato assume un peso determinante «[C]osì, se nel patteggiamento la pena deriva pur sempre da una sentenza *ex lege* ascritta al *genus* della condanna, nella messa alla prova manca una pronuncia che imponga all'imputato gli obblighi costitutivi il programma di trattamento, sicché non è il giudice ad applicare la pena ma è l'imputato ad attribuirselà, "sottoponendosi volontariamente"».

¹⁹ Come ricorda Caputo nel suo saggio «la colpevolezza o colpa organizzativa si dimostra una categoria a un tempo fortunata e tormentata» CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, cit., 148. I primi studi sullo statuto della colpevolezza dell'ente risalgono a PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2006, 237 ss.; PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di Donini, Orlandi, Bologna, 2013, 161 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 237 ss.; DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in *Responsabilità da reato degli enti*, a cura di Lattanzi, Severino, cit., 203 ss.

²⁰ MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?* in *Resp. amm. soc. e ent.*, 2015, 473 ss.

²¹ Ciò che accade nei tribunali è il miglior banco di prova che conferma la prassi di addivenire a riti alternativi per concludere vicende giudiziarie troppo complesse e quindi beneficiare degli sconti di pe-

sulla colpa di organizzazione²² e le difficoltà probatorie per dimostrare la diligenza organizzativa nonostante il reato, spingono la *societas* opportunisticamente a mettere fine al processo con il patteggiamento, senza poter di fatto sciogliere il dubbio sulla propria responsabilità attraverso un processo ordinario: meglio monetizzare l'accaduto che attendere la decisione sulla responsabilità.

In quest'ottica, assume massima importanza il momento *post crimen*, il «cosa fare dopo il male»²³, l'ente decide di negoziare la pena per assumersi le conseguenze del reato realizzato a causa – ma non è detto – della sua cattiva organizzazione; il patteggiamento così favorisce una gestione delle conseguenze del reato che da un lato porta alla riparazione del danno cagionato e dall'altro conviene all'ente che ne beneficia dal punto di vista reputazionale. La pena su richiesta, guardata ancora con sospetto, è strumento nato nell'universo dell'agente-persona ma previsto *expressis verbis* dal legislatore delegato del 2001; tuttavia, numerose altre misure previste per l'uomo e non richiamate dalla disciplina 231 meritano un'analisi di compatibilità poiché consentono di innescare un processo di rieducazione virtuoso che potrebbe giungere a risultati positivi anche e soprattutto per le persone giuridiche e, di conseguenza, a beneficio dell'intera comunità²⁴.

na. Nella nota vicenda Mose, 4 società su 8 implicate per violazioni del d.lgs. 231/01 nel processo di primo grado presso il Tribunale di Venezia, hanno utilizzato il meccanismo di cui all'art. 63 del medesimo decreto; sulla decisione ha probabilmente avuto un peso decisivo la difficoltà di dimostrare in processo la mancanza di responsabilità della società. Sul punto cfr. MARTIN, *Il patteggiamento dell'ente: profili applicativi nel caso Mose*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2019, 135 ss.

²² Di *Organisationsverschulden* parla, già negli anni '80, Klaus Tiedemann per spiegare il par. 30 del OWiG tedesco che codificava un tipo di responsabilità per imputazione degli enti. Cfr. TIEDEMANN, *Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *NJW*, 1988, 1172; *Id.*, *Strafbarkeit und Bußgeldhaftung von juristischen Personen und ihren Organen*, in ESER/THORMUNDSSON (eds.), *Old Ways and New Needs in Criminal Legislation*, Freiburg, 1989, 173. In realtà, la grande differenza tra l'*Organisationsverschulden* e la nostra colpa di organizzazione risiede nel fatto che il sistema di Tiedemann non individuava la fonte della colpevolezza bensì solamente un meccanismo di imputazione oggettiva dell'evento e difatti non doveva essere provata in processo né la società poteva provarne l'assenza, come invece accade con la colpa di organizzazione del nostro sistema, ex art. 6 d.lgs. 231/01, che è il fulcro della colpevolezza è che, difatti, consente al sistema 231 di non confliggere con l'art. 27 Cost. (almeno per quelle impostazioni culturali che ritengono la responsabilità degli enti di natura sostanzialmente penale). Per l'ordinamento italiano si v. le considerazioni di DE SIMONE, *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in *Criminalia*, cit., 617; PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., 167 ss.; PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, cit., 161.

²³ CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente*, cit., 165.

²⁴ Ad esempio, la sospensione condizionale della pena è ritenuta dai più incompatibile con la struttura dell'ente. Tuttavia, nessuna ragione strutturale avrebbe impedito al legislatore di codificare il meccanismo della sospensione condizionale anche per gli enti, come difatti fa il codice austriaco, riporta DE

Nel procedimento a carico delle persone fisiche la l. 67/2014²⁵ ha introdotto il sistema della messa alla prova quale modalità alternativa di definizione del processo, già esistente in favore degli imputati minorenni²⁶; l'art. 168-*bis* c.p.²⁷ ammette il ricorso alla messa alla prova per ipotesi di reato non particolarmente gravi e consente la sospensione del procedimento sostituito da un programma di recupero e inserimento sociale da eseguire insieme a condotte ri-

SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit.,15. Anche una recente sentenza della Cass., Sez. III, 2 novembre 2020 n. 30305 ha ritenuto non applicabile la sospensione condizionale della pena inflitta all'ente a causa della natura amministrativa della sanzione del decreto 231/01 che non consente l'applicazione degli istituti tipici del rito penale. Sembra irragionevole quanto ai principi di personalità, individualizzazione delle pene e del divieto di discriminazione, l'orientamento che ritiene di escludere per l'ente la sospensione condizionale della pena a ragione della natura amministrativa della sanzione irrogata e del fatto che l'ente non abbia un sostrato volitivo proprio. Da parte qualsiasi considerazione ancorata a un presunto antropomorfismo dell'ente, è il principio della rieducazione della pena, valido anche per l'ente, a caldeggiare una soluzione di maggiore flessibilità. Invero, le ragioni dell'esclusione del beneficio all'ente sembrano rispondere a una logica meramente formalistica che fa leva sulla natura nominalmente amministrativa della responsabilità da reato più che sull'utilità della pena e sulla *ratio* della disciplina. Un granitico orientamento della Corte di cassazione ha più volte affermato che la sospensione condizionale si applica alle pene principali e accessorie ma non anche alle sanzioni amministrative (Cass., Sez. III, 19 settembre 2008 n. 39499; Cass., Sez. III, 5 luglio 2007 n. 39927; Cass., Sez. III, 18 giugno 1999 n. 2294; Cass., Sez. IV, 21 febbraio 1997 n. 3209). Oltretutto, fondare l'esclusione della condizionale all'ente solamente sulla natura amministrativa della responsabilità delle società sembra contraddire la lunga elaborazione della giurisprudenza della Corte EDU secondo cui le misure particolarmente afflittive – come appaiono quelle previste dal d.lgs. 231/01 – vanno assimilate a quelle penali e vanno fornite delle medesime garanzie.

²⁵ Legge recante «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili».

²⁶ Istituto previsto dall'art. 28 del d.P.R. 448/1988.

²⁷ Nei procedimenti per reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale, l'imputato può chiedere la sospensione del processo con messa alla prova. La messa alla prova comporta la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato. Comporta altresì l'affidamento dell'imputato al servizio sociale, per lo svolgimento di un programma che può implicare, tra l'altro, attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali. La concessione della messa alla prova è inoltre subordinata alla prestazione di lavoro di pubblica utilità. Il lavoro di pubblica utilità consiste in una prestazione non retribuita, affidata tenendo conto anche delle specifiche professionalità ed attitudini lavorative dell'imputato, di durata non inferiore a dieci giorni, anche non continuativi, in favore della collettività, da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, le aziende sanitarie o presso enti o organizzazioni, anche internazionali, che operano in Italia, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato. La prestazione è svolta con modalità che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato e la sua durata giornaliera non può superare le otto ore. La sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato non può essere concessa più di una volta. La sospensione del procedimento con messa alla prova non si applica nei casi previsti dagli articoli 102, 103, 104, 105 e 108.

paratorie e risarcitorie; all'esito positivo del programma, il reato si estingue mentre se la *probation* fallisce il procedimento riprende; quanto ai limiti soggettivi, l'istituto si applica solo ai soggetti che non hanno manifestato una attitudine al crimine e può essere concesso solo una volta²⁸. Essendo la messa alla prova per gli adulti postuma rispetto al decreto 231, di essa non c'è traccia nella disciplina a carico degli enti; tuttavia, la giurisprudenza si è già trovata, e più volte, dinanzi alla questione se estendere anche all'ente l'istituto, considerando che gli artt. 34 e 35 d.lgs. 231/01 consentono esplicitamente l'applicazione all'ente delle disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili²⁹.

L'istituto della messa alla prova³⁰ sembra avere una duplice anima³¹: da un lato

²⁸ I limiti oggettivi e soggettivi all'applicazione dell'istituto, che non sono invece previsti nel caso del processo al minore, indicano come funzione della norma non sia solo il reinserimento sociale dell'imputato ma anche la deflazione giudiziale e carceraria, BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia dellattiva nel mare del sovraffollamento?* in *Dir. pen. proc.*, 2014, 666.

²⁹ Il legislatore sovente omette di raccordare le novità normative del diritto penale sostanziale con la disciplina degli enti; in conseguenza del vuoto normativo, l'interprete è chiamato a verificare sul campo la compatibilità dei nuovi istituti per la persona all'ente e spesso deve farlo forzando il dato normativo per ragioni di ragionevolezza e non discriminazione. Nel frattempo, la responsabilità degli enti è stata ritenuta dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite come *tertium genus* di responsabilità, una sorta di via ibrida tra il penale e l'amministrativo e questo non facilita il raccordo tra le discipline. A complicare il panorama è l'esistenza nel d.lgs. 231/01 degli artt. 34 e 35 che prevedono l'applicabilità agli enti delle sole norme processuali dove compatibili, da ciò origina un orientamento giurisprudenziale che ritiene che in assenza di una previsione normativa che estenda esplicitamente agli enti anche gli istituti di diritto sostanziale, la giurisprudenza non abbia mezzi per farlo in via interpretativa; per questo motivo anche la messa alla prova viene talvolta negata all'ente ovvero viene interpretata come istituto di diritto processuale per poter giungere al risultato opposto, più ragionevole.

³⁰ Per un'analisi dell'istituto si rimanda a ANNUNZIATA, *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 101 ss; BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. Pen.*, 2015, 1755 ss.; *Id.*, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 661; BOVE, *L'istituto della messa alla prova "per gli adulti": indicazioni operative per il giudice e provvedimenti adottabili*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2014; RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova di cui all'art. 168-bis c.p.: uno sguardo d'insieme*, in *Studium iuris*, 2014, 982; SCARCELLA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Milano, 2014, 339 ss.; EUSEBI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova tra rieducazione e principi processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1693 ss.

³¹ PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova, in Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili introdotte dalla legge 67/2014*, di Piccirillo, Silvestri, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 7 maggio 2014, 4 ss., ha sottolineato la natura ibrida, sostanziale e processuale, dell'istituto «da un lato causa di estinzione del reato, collocata nel capo I del titolo VI del codice penale, subito dopo la disciplina della sospensione condizionale della pena, dall'altro modulo di definizione alternativa della vicenda processuale, insediato in apposito titolo (V-bis) del libro VI (Procedimenti speciali) del codice di procedura». Evidenzia questi aspetti anche FANULI, *L'istituto della messa*

esso ha natura processuale³², è un procedimento speciale alternativo al giudizio e realizza la rinuncia statutale alla potestà punitiva condizionata al buon esito del trattamento; dall'altro, gli è riconosciuta natura sostanziale³³, sia per la collocazione nel codice penale sia perché persegue scopi general-preventivi in quanto finalizzato, quasi esclusivamente se non si vuol considerare la posta risarcitoria, alla risocializzazione del reo³⁴. La *querelle* sulla natura è discussione affatto sterile, la natura sostanziale del procedimento ha comportato il divieto di estensione all'ente per non incorrere nella violazione del principio di legalità di cui all'art. 25 Cost. Il Tribunale di Milano, in una sentenza di segno negativo, ha definito «sanzione di natura penale» i lavori di pubblica utilità correlati al programma di trattamento, con la conseguenza che si violerebbe il principio di legalità e il divieto di analogia in *malam partem*³⁵ se si applicasse all'ente una pena non prevista dal d.lgs. 231/01. Tuttavia, questa impostazione è stata smentita da una successiva sentenza della Corte costituzionale³⁶ che, dissipando i dubbi sulla natura, ha definito il trattamento pro-

alla prova ex lege 28 aprile, n. 67. *Inquadramento teorico e problematiche applicative* in *Arch. nuov. proc. pen.*, 2014, 441.

³² DELLA TORRE, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*, in *Cass. Pen.*, 2016, 1490. La Corte costituzionale ha, in estrema sintesi, osservato che costituendo la messa alla prova un nuovo procedimento speciale, la questione va impostata in una prospettiva processuale senza che rilevi il principio di retroattività della *lex mitior*.

³³ CERCOLA, *Incertezze interpretative sull'ambito d'applicazione della messa in prova*, in *Cass. Pen.*, 2016, 640.

³⁴ Tribunale di Milano, Ordinanza, 27 marzo 2017 che richiama Corte cost. 240/2015 sulla messa alla prova, MIGLIO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova non si applica alle persone giuridiche*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 9.

³⁵ Considerata come sanzione penale, dal contenuto afflittivo, la messa alla prova incorrerebbe nel divieto di interpretazione analogica; piuttosto, però, sembrerebbe che la messa alla prova sia un istituto di favore che offre al reo che ne fa richiesta una via per uscire dal processo; l'imputato non rinuncia alle garanzie ordinarie perché ha sempre la possibilità di ritornare al giudice se fallisce il programma o se non vuole proseguire nel trattamento; in questo senso, anche volendo dare una veste sostanziale all'istituto non sembra che si incorra in un divieto di analogia, l'interpretazione analogica essendo pacificamente ammessa a favore del reo.

³⁶ Corte cost. 91/2018. La Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della messa alla prova con il principio di non colpevolezza per le limitazioni alla libertà personale conseguenti all'assenza di un meccanismo ordinario di accertamento della responsabilità penale. La Consulta salva l'istituto in base alla ragione secondo cui vi è l'assoggettamento volontario al trattamento risocializzante, premiato con l'effetto estintivo; ciò conferisce alla *probation* l'essenza di modulo processuale "patteggiato" dove il richiedente accetta un *training* rieducativo anticipato, fondato su un accertamento sommario della responsabilità, ricevendo in cambio la declaratoria di estinzione del reato. I giudici costituzionali hanno poi escluso la natura penale delle prescrizioni che si accompagnano alla messa alla prova dal momento che essa non è titolo esecutivo per l'applicazione coattiva di misure di limitazioni della libertà poiché l'imputato può impedire o interrompere il trattamento quando vuole al solo prezzo della ripresa del processo che continua da "non colpevole". Sulle questioni sollevate in sede di legittimità costituzionale si rimanda a MAFFEO, *La costituzionalità della messa alla prova tra vecchi modelli premiali e nuovi*

grammato non una sanzione penale bensì una «attività rimessa alla spontaneità della parte che può farla cessare quando vuole e tornare nel processo per essere giudicato secondo gli ordinari canoni». La Consulta, nuovamente interrogata sull'istituto³⁷, ha poi recuperato quella natura ibrida che la giurisprudenza di merito aveva superato e ha individuato le linee di fondo dell'istituto: esso ha effetti sostanziali perché dà luogo alla estinzione del reato ma è connotato da una intrinseca dimensione processuale perché costituisce un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio. Della stessa opinione anche la Suprema corte³⁸ secondo cui l'istituto è un nuovo rito speciale poiché l'imputato rinuncia al processo ordinario e trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo; è anche istituito con scopo special-preventivo in fase anticipata in cui viene infranta la tradizionale sequenza cognizione/esecuzione della pena in funzione della risocializzazione del condannato in una fase antecedente rispetto alla condanna.

Vero è che l'art. 168-*bis* c.p. è modellato sulla persona fisica e prevede una prognosi di recuperabilità del soggetto, secondo i canoni dell'art. 133 c.p., sull'attitudine del reo ad un positivo percorso di reinserimento e sulla probabilità che in futuro non compia altri reati; inoltre, è previsto che il programma di trattamento coinvolga non solo l'imputato ma anche le persone appartenenti al suo cerchio familiare e che egli sia seguito dai servizi sociali che valutano il rispetto del programma, la risocializzazione e il reinserimento. Questi aspetti si conciliano poco con l'ente o comunque si conciliano con l'ente a costo di torsioni forse un po' forzate. Quale soggetto appartenente all'ente è chiamato a interfacciarsi con l'autorità (e quale autorità prende il posto dei servizi sociali?) chiamata a valutare il percorso di reinserimento? Il lavoro di pubblica utilità che dovrebbe agire sulla coscienza del reo affinché acquisti la consapevolezza dei valori violati, avrà lo stesso effetto sulla politica d'impresa? Non si paventa, di nuovo, il rischio che il lavoro di pubblica utilità venga a costituire solamente un ulteriore costo per la società, un doppione delle condotte risarcitorie già previste all'art. 17 d.lgs. 231/01?

Nonostante queste perplessità, sembrerebbe comunque opportuno estendere l'istituto all'ente, considerando che esso si ispira alle stesse finalità perseguite dalla disciplina 231 e rappresenta, più propriamente, una risposta progettuale al reato, affrancata dalla dosimetria retributiva³⁹; probabilmente non vi è col-

orizzonti sistematici, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2018, 953 ss.

³⁷ Corte cost., sent. n. 240/2015.

³⁸ Cass., Sez. un., n. 36272/2016.

³⁹ In questi termini EUSEBI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova tra rieducazione e*

locazione più appropriata che nell'ambito della responsabilità degli enti, dimensione normativa che ha cercato di allontanarsi il più possibile dal paradigma retributivo della pena per costruire la risposta dell'ordinamento all'illecito nei termini di un programma di ripristino della legalità violata.

Sono molti i punti di contatto che la *probation* può trovare con la disciplina 231 per gli enti.

L'essenza preventiva del decreto 231/01, frustrata dalle nubi interpretative sui *compliance programs*, potrebbe trovare nuova forza dalle «forme di esenzione o di riduzione della sanzione azionabili a fronte non solo di condotte riparatorie ma anche - e principalmente - dell'esistenza - *ante delictum* per garantire l'esenzione, *post delictum* lo sconto di pena - di un Modello organizzativo in grado di ridurre il rischio di commissione dei reati, del quale la società per tale via avrebbe dovuto essere stimolata a dotarsi»⁴⁰.

Il Tribunale di Modena, in una recente pronuncia⁴¹, ha ammesso l'ente alla messa alla prova, valutando in senso positivo la concreta possibilità e la volontà della *societas* di rientrare sui binari della legalità; il giudice ha ritenuto la messa alla prova una ragionevole continuazione di quegli istituti già esistenti nel decreto 231 (artt. 12, 17, 49 e 78) che si ispirano a logiche deflattivo-premiali. Inoltre, *la societas*, nel caso di specie, si era impegnata a eliminare gli effetti negativi dell'illecito; al risarcimento dei danneggiati; ad un *restyling* del Modello di *compliance* e dei procedimenti di controllo interni; allo svolgimento di attività di volontariato in favore della collettività. La Corte ha dichiarato estinto il reato e l'ente ne ha beneficiato, sciolta dagli ormai inescusabili tempi biblici del processo.

Tuttavia, la citata pronuncia è rimasta voce isolata⁴², già la Cassazione aveva

principi processuali, cit., 1693 ss.

⁴⁰ Cfr. *Messa alla prova dell'ente*, redatto dalla Commissione d.lgs. 231/2001 dell'Unione della Camere penali, consultabile in www.camerepenali.it, 8 giugno 2018.

⁴¹ G.i.p. Trib. Modena, 19 ottobre 2020 con nota di GARUTI-TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale di Modena ha ammesso la persona giuridica al probation*, in *Giurisprudenza penale web*, 2020, 10. I giudici del Tribunale di Modena, partendo dal presupposto della natura ibrida dell'istituto, hanno enfatizzato la componente processuale (art. 464 c.p.p.) che rende la norma agevolmente applicabile agli enti per mezzo delle clausole di cui agli artt. 34 e 34 del d.lgs. 231/01, fenomeno che prende il nome di eterointegrazione normativa e che consente di applicare anche nel processo per le società le disposizioni processuali per la persona fisica.

⁴² Tribunale di Milano, 27 marzo 2017; Tribunale di Bologna, 10 dicembre 2020 (entrambe pubblicate su *Arch. pen.*; Corte di cassazione, 2 novembre 2020 n. 30305 (pubblicata su *Giurisprudenza penale Web*); Tribunale di Spoleto, ord. 21 aprile 2021 (pubblicata su *Sistemapenale.it*) hanno escluso l'applicazione dell'istituto della messa alla prova anche all'ente, le ragioni, oltre alla naturale caratterizzazione antropomorfa dell'istituto, risiedono, soprattutto nell'ordinanza più recente del Tribunale di Spoleto, nella circostanza che l'istituto di cui all'art. 168-bis c.p. è nient'altro che un doppione degli artt.

escluso l'applicazione dell'istituto a ragione della natura «amministrativa» della responsabilità degli enti che «non consente l'applicabilità di istituti giuridici specificamente previsti per le sanzioni di natura penale». Nell'anno corrente, un'ordinanza del Tribunale di Spoleto ha confermato questa impostazione di segno negativo sull'osservazione che l'istituto *ex art. 168-bis c.p.* rappresenta il doppione degli artt. 49 e 65 d.lgs. 231/01, con l'unica differenza che per l'ente non si avrà l'estinzione del reato ma una diminuzione del trattamento sanzionatorio per aver posto in essere le misure riparative e riorganizzative previste dall'art. 17 del medesimo decreto.

Nel silenzio del legislatore, sono percorribili solo sentieri ipotetici.

Per l'ente la richiesta di *probation* potrebbe essere già anticipata nel corso delle indagini anche per evitare la richiesta di rinvio a giudizio. Per consentire la massima efficacia del provvedimento di messa alla prova, esso deve essere legato a requisiti tassativi - attesa la funzione estintiva del reato; tanto premesso, dovrebbero poter essere ammesse alla *probation* solo quelle società che non ne abbiano già usufruito e quindi che manifestano l'illecito come una mera eccezione, un accadimento puntuale in una corretta politica d'impresa; sarebbe anche opportuno che siano ammesse al beneficio solo quelle *societas* che hanno già adottato un modello organizzativo ma lo stesso sia stato giudicato non idoneo *ex post* a prevenire il reato⁴³, come in effetti ha fatto il giudice di Modena ammettendo la richiesta di sospensione del processo dell'ente. Così, la presenza o meno di un preesistente sistema gestionale permetterebbe di valutare la concreta pericolosità organizzativa dell'ente che se si è dotato di un modello organizzativo, ancorché inidoneo, a dimostrazione della presenza

49 e 65 già previsti dal legislatore del 2001, con l'unica differenza che in questi casi il reato non si estingue ma l'ente beneficia solamente di una riduzione del trattamento sanzionatorio per aver posto in essere le misure riparative e riorganizzative previste dall'art. 17, d.lgs. 231/01.

⁴³ L'ordinanza del Tribunale di Modena che ammette l'ente alla *probation* valuta imprescindibile requisito ai fini della valutazione positiva per l'accoglimento della richiesta di sospensione del procedimento, l'essersi la società dotata di un modello di gestione preventivo, mentre la verifica sulla adeguatezza o meno del documento viene tralasciata in questa fase della valutazione perché già solo la volontà di dotarsi del sistema 231 disvela una personalità positiva dell'ente che consente l'ammissione al beneficio. In altre parole, nel caso in cui un modello, adottato prima della commissione del fatto ai sensi dell'art. 6, venga valutato non adeguato, l'impresa potrebbe chiedere la messa alla prova. Spetterebbe quindi al giudice accertare in concreto se quell'ente offra un reale affidamento sulla prospettiva di una riorganizzazione virtuosa. Così come avviene per la richiesta presentata dalle persone fisiche, il giudice ammetterà la messa alla prova solo se sia in grado di fare una prognosi favorevole sulla struttura dell'ente, ossia una prognosi sulla sua pericolosità organizzativa: la domanda verrà pertanto respinta se presentata da una società che non dia concrete garanzie di volersi riorganizzare virtuosamente, secondo le indicazioni della legge. Ne consegue che un modello preesistente soltanto fittizio - cosmetico - non potrebbe consentire la *probation*. Così FIDELBO, RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit., 19.

di una cultura della *compliance* che giustifica l'ammissione alla misura. Come accade per la persona fisica, una selezione dei presupposti per l'applicazione della misura può essere operata anche sul piano oggettivo per cui la *probation* potrebbe essere limitata solo ai reati meno gravi tra quelli del catalogo 231, facendo magari riferimento alla cornice edittale stabilita dal legislatore per gli illeciti⁴⁴ oppure immaginando altri parametri di misurazione relativi o alla gravità della condotta o al danno e al pericolo, per evitare criteri meccanicistici che rischiano di vanificare l'*appeal* della misura e quindi la spinta alla *compliance*. Anche la scelta di limitare l'istituto solo ad alcuni tipi di reato puniti con una pena medio-bassa, carattere dell'istituto per le persone fisiche e messo in discussione già anche in questo settore⁴⁵, non appare invece nell'originaria versione della misura a beneficio dei minori, per cui occorre riflettere su proposte alternative ove si decida di estendere la misura anche agli enti.

Infine, l'ente ammesso alla *probation* dovrebbe essere chiamato a realizzare quelle condotte di ristrutturazione che già conosce perché disciplinate all'art. 17 del decreto che consentono anche la sospensione delle misure cautelari (art. 49): un meccanismo che non si allontana molto dalla messa alla prova che invece sospende il giudizio.

Le caratteristiche ontologiche delle società e l'impianto strutturale del d.lgs. 231/01 sembrano adattarsi in maniera soddisfacente al modello operativo della messa alla prova che avrebbe l'ulteriore vantaggio di non causare interruzioni dell'attività d'impresa né nocimento al patrimonio societario dell'ente predisposto alla riorganizzazione e che mostra già *ex ante* di aver profuso uno sforzo alla organizzazione, seppur attraverso protocolli non idonei⁴⁶.

In conclusione, sia il d.lgs. 231/01 sia la messa alla prova del 2014 partecipano della stessa natura, si inscrivono in un percorso di possibilità di nuovi mo-

⁴⁴ *Ibid.*, 20, questa proposta di limitare la *probation* ai casi di illeciti meno gravi solleva un dubbio in dottrina: escludere le manifestazioni più gravi di criminalità, quelle che meriterebbero un maggiore investimento in termini di prevenzione e che preoccupano più il mercato e più l'ente, potrebbe comportare un disincentivo alla *compliance*.

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

⁴⁶ Giunge al risultato della non applicazione della messa alla prova all'ente il Tribunale di Bologna, Ordinanza 10 dicembre 2020, sulla scorta della inadeguatezza dell'istituto nei confronti dell'ente ma soprattutto sul rilievo della incompatibilità di fondo tra la *ratio* della messa alla prova e quella che sorregge il d.lgs. 231/01.

delli sanzionatori, nuove proposte di penalità orientate non tanto alla punizione ma alla prevenzione o più propriamente a «rompere i meccanismi del male piuttosto che a raddoppiare quel male»⁴⁷: un modello innovativo di esercizio del potere sanzionatorio caratterizzato dalla flessibilità della funzione. Tra l'istituto della messa alla prova e il microcosmo 231 c'è un profilo di continuità attraverso cui può affermarsi la piena compatibilità e la condivisione dei fini: non punire ma «plasmare»⁴⁸ il soggetto. Le coordinate si ripetono, per l'ente e per la persona fisica: la valorizzazione dell'indagine personologica sull'autore del reato per la concessione della misura sospensiva, la prognosi sull'ente realizzata attraverso l'analisi del modello organizzativo eventualmente predisposto.

4. *Il potere sanzionatorio delle Autorità Amministrative indipendenti.* L'avvento nel tessuto ordinamentale delle Autorità amministrative indipendenti è dovuto all'emersione di interessi e valori nuovi di fronte ai quali i tradizionali apparati amministrativi si sono mostrati impreparati; l'emersione di settori c.d. "sensibili"⁴⁹, in cui interessi costituzionalmente protetti assumevano ruoli antagonisti⁵⁰, ha rivelato la necessità di dotare di nuove competenze tec-

⁴⁷ L'espressione è di DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss. ed è mutuata da EUSEBI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 1700

⁴⁸ SAPORITO, *La messa alla prova nell'esperienza giurisprudenziale: un faticoso percorso verso l'allineamento costituzionale*, in *Proc. pen. e giust.*, 5/2019, 1337.

⁴⁹ La definizione di settori sensibili giunge, anche questa volta, da oltralpe ed è dovuta alla dottrina francese che elabora il concetto di *domaines sensibles* poi recepito dagli studiosi italiani come GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006, 121. In questi settori sensibili spesso si trovano in gioco interessi e valori di recente emersione che quindi il legislatore tratta attraverso modelli prima sconosciuti e mutuati dalle esperienze di altre legislazioni straniere. Nel tempo, infatti, con il moltiplicarsi delle istanze sociali e la necessità di fronteggiare una società complessa e in veloce evoluzione, è emersa la necessità di intervenire per ricercare un punto di equilibrio tra le esigenze di protezione sociale e le garanzie delle libertà di fronte a diritti che, una volta violati, non troverebbero più alcuna forma di protezione, (PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, fasc. 1, 133), nuove esigenze che necessitano di innovativi strumenti di reazione da parte dell'ordinamento. Storicamente, alcuni studiosi del fenomeno hanno collocato l'emersione di questo tipo di organismo alla crisi di rappresentanza dei partiti politici del Novecento che avrebbe lasciato affiorare all'evidenza di tutti la commistione tra la politica e i principali centri di potere imprenditoriale, rendendo manifesta la incapacità della politica di rimanere equidistante e neutrale rispetto agli interessi che permeano taluni settori strategici, si v. PREDIERI, *L'eromper delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, 40.

⁵⁰ La libertà di iniziativa economica privata, la concorrenza, la stabilità, il corretto funzionamento del sistema finanziario, la tutela del risparmio, il pluralismo dell'informazione, la *privacy* sono solo alcuni dei valori che il legislatore intende presidiare attraverso le Autorità amministrative indipendenti, specialmente dopo l'ondata di privatizzazioni e liberalizzazioni avvenuta a partire dagli anni '90 del secolo scorso. Cfr. ZAMMARTINO, *Il modello molleplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative*

niche qualificate organismi di garanzia indipendenti, in posizione di terzietà, imparzialità, equidistanza rispetto ai valori in gioco e quindi al gioco politico. In una fase storica in cui i tradizionali partiti perdevano la loro centralità, si è avvertita l'esigenza di avocare al governo la cura di quegli specifici interessi sui quali troppo ingombrante era il condizionamento politico.

Nel frattempo, anche in conseguenza alle spinte del diritto comunitario, lo Stato stava perdendo il suo ruolo centrale di attore nel mercato a favore di una posizione defilata di osservatore e arbitro regolatore nella partita economica⁵¹ e di conseguenza, nei settori in cui in precedenza operava lo Stato con le sue articolazioni pubblicistiche per fornire alla comunità servizi d'interesse pubblico, la privatizzazione delle imprese richiedeva la presenza di organismi indipendenti di regolazione e garanzia per il cittadino. Questi organismi indipendenti che esplicano attività di vigilanza e controllo si sono mostrati ancora più necessari nei settori c.d. "liberalizzati" in cui, realizzatasi l'apertura al libero mercato concorrenziale, ancora registrano una massiccia presenza dello Stato come operatore economico attraverso società pubbliche, privatizzate quanto alla forma ma non alla sostanza, in regime di concorrenza con i privati.

Dal fallimento di una amministrazione classica, ingessata in procedimenti amministrativi inadeguati a rispondere alle dinamiche esigenze del mercato, il microcosmo delle autorità indipendenti si è imposto promettendo, insieme all'equidistanza e alla imparzialità, anche una certa cifra di conoscenze tecniche in grado di regolare la presenza di gruppi privati forti in settori di pubblico interesse. Questo nuovo atteggiarsi dello Stato moderno e policentrico si è manifestato proprio nella creazione di soggetti muniti di ampi poteri, normativi, amministrativi e paragiurisdizionali⁵². Tale commistione di poteri - che

indipendenti, Torino, 2020, 6.

⁵¹ CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, 249 ss. l'A. spiega che questi nuovi modelli di amministrazione sono giustificati e richiesti dall'arretramento dello Stato dal mercato e dal tramonto del modello di intervento pubblico dirigistico nell'economia. Secondo l'A., l'idea di fondo è che sussistono settori della realtà economica e sociale in cui il funzionamento ottimale necessita di istituzioni non influenzabili dalla politica. Anche CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, III ed., 2012, 215 ritiene che la vera ragion d'essere delle Autorità consista nella proiezione, al di fuori dello Stato-persona, di interessi pubblici e relativi compiti di cura che, per le caratteristiche connotanti i rispettivi settori si dispongono a essere affidati a strutture capaci di una visione di insieme ma che devono essere tenute distinte dai plessi organizzatori ministeriali e non devono essere dipendenti dalle contingenti maggioranze al governo e dagli indirizzi politici che queste esprimono.

⁵² Sul fenomeno delle autorità e sui poteri esercitati, si rimanda ai contributi di CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Astrid-online.it*, 19, 2009, 4.; CLARICH, *Autorità indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005; LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, Torino, 2004; MERUSI, *Democrazia e*

allontana le autorità indipendenti dalle tradizionali amministrazioni - ha suscitato dubbi quanto alla compatibilità costituzionale di un soggetto che, esente dal controllo politico del governo e quindi privo di legittimazione politico-rappresentativa, con difficoltà si inserisce nel circuito democratico disegnato dall'art. 95 Cost. L'esercizio del potere sanzionatorio affidato alle Autorità amministrative indipendenti è caratterizzato da talune peculiarità che contrastano con una conduzione pacifica di esso all'interno dello schema tradizionale della l. 689/81⁵³.

Il carattere regolatorio proprio delle Autorità amministrative indipendenti, e la funzionalizzazione delle sanzioni alla tutela di un interesse pubblico particolare di cui esse si fanno portatrici pare somigliare, in qualche sfumatura, alla *compliance* che caratterizza il fine ultimo della disciplina sulla responsabilità amministrativa dipendente da reato delle società; anche in quest'ultimo campo, infatti, la sanzione non trova in se stessa il proprio fine bensì raggiunge il suo scopo quando l'ente si *convince* ad adottare le misure idonee alla prevenzione dei reati. E, atteso che il d.lgs. 231/01 è animato dall'interesse a evitare la criminalità economica, nel medesimo campo si inserisce l'attività regolatoria delle Autorità indipendenti.

Allo stesso modo in cui nelle sanzioni prescritte dal d.lgs. 231/01 la funzione special-preventiva sembra prevalere su quella punitiva, così il potere sanzionatorio delle Autorità è connotato dal prevalere dell'interesse al corretto svolgimento delle attività regolate nel settore di intervento sull'impegno a identificare e punire i trasgressori; questo è il motivo per cui attenta dottrina ha definito i settori in cui operano le autorità come «settori nei quali si sperimentano modelli innovativi di esercizio del potere sanzionatorio»⁵⁴.

Non pare quindi eccentrico il parallelismo tra la propensione regolatoria

autorità indipendenti, Bologna, 2000; PINELLI, *Le autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale nella crisi dello Stato*, a cura di Patroni Griffi, *Rass. dir. pubbl. europeo*, nn. 1-2/2015; D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, II° edizione, 2013, 93. MASERA, *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti*, in *L'amministrazione pubblica italiana*, a cura di Cassese, Franchini, Bologna, 1994, 34 nota come il legislatore non abbia sistematizzato le *Authorities* attraverso una disciplina minima comune ma abbia invece fornito alle stesse poteri diversi di regolazione, mera esecuzione di leggi, di garanzia o di vigilanza. Lo stesso aggettivo "indipendenti" non ha un significato univoco ma viene declinato in modo diverso nelle discipline delle singole *Authorities* in base alla composizione degli organismi, alle modalità di selezione, ai requisiti soggettivi di professionalità dei componenti.

⁵³ Legge 24 novembre 1981, n. 689, "Modifiche al sistema penale", G.U. 30 novembre 1981 n. 329 Suppl. Ord. normativa fondamentale in materia di procedimento sanzionatorio amministrativo.

⁵⁴ CLARICH, *Presentazione*, in *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di Fratini, Padova, 2011, XXXIV.

dell'apparato sanzionatorio delle Autorità e la propensione all'adozione di protocolli organizzativi efficaci dell'apparato sanzionatorio declinato dal d.lgs. 231/01 e desta comuni riflessioni la sterilizzazione della sanzione - o la sua diminuzione - in conseguenza di comportamenti adempitivi e/o collaborativi del trasgressore contemplati da entrambe le discipline.

Questa somiglianza tra i sistemi sanzionatori si riflette anche nelle comuni perplessità che taluni hanno sollevato in relazione ai due diversi fenomeni: l'avarizia con cui il legislatore del 2001 si è occupato dei *compliance programs* che lascia nelle mani del giudice l'individuazione degli elementi essenziali di un buon piano organizzativo idoneo a far venir meno la responsabilità dell'ente comporta una sostanziale incertezza incapace di orientare il comportamento degli agenti che mette in pericolo la funzione stessa della sanzione; allo stesso modo, l'attività di *rule-making* delle Autorità, che consente la concentrazione in capo allo stesso soggetto dei compiti di definire la fattispecie illecita e allo stesso tempo accertare l'infrazione e determinare la sanzione⁵⁵, causa la più volte denunciata «deriva regolatoria»⁵⁶ che impone vincoli all'attività dei privati finalizzati al raggiungimento di interessi eteronomi all'attività d'impresa, che rischiano di oltrepassare la misura della proporzionalità, di risultare altamente imprevedibili e quindi di frustrare la capacità di orientamento della norma stessa⁵⁷. E come si sta verificando nella giurisprudenza penale sulla responsabilità degli enti, il giudice penale e l'autorità amministrativa indipendente diventano autori di precedenti in grado di integrare vere e proprie fonti del diritto, in mancanza di una legislazione preventiva, alla stregua di un giudice di *common law*⁵⁸.

Sui punti è necessario un approfondimento.

Innanzitutto, le sanzioni amministrative sono irrogate dalle *Authorities* nell'esercizio della funzione di regolazione che la legge affida loro per tutelare

⁵⁵ La concentrazione in capo alla stessa autorità sia dell'attività regolatoria che sanzionatoria si risolve in una deroga al principio di separazione dei poteri in base al quale dovrebbe esservi alterità tra chi pone la regola e chi vigila sulla sua osservanza e quindi al principio di legalità. Se da un lato ciò consente di realizzare una maggiore effettività della regolazione, tuttavia la Corte EDU ha già più volte sanzionato questa prassi normativa per cui quantomeno la medesima Autorità deve essere fornita di organi diversi e indipendenti quanto alla regolamentazione, all'istruzione del procedimento e alla decisione sull'irrogazione della sanzione. *Ex multis*, Corte EDU, Dubus, 11 giugno, 2009; Vernes, 20 gennaio 2011.

⁵⁶ CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010.

⁵⁷ *Ibidem*, 18.

⁵⁸ MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 772 ss. così ripreso da TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82 (3-2013), 101.

uno specifico interesse collettivo individuato a monte dal legislatore (mercato concorrenziale, efficienza dei servizi pubblici essenziali, tutela del risparmio ecc., tutti settori pubblici in cui gli interessi in gioco hanno bisogno di una disciplina ad alto contenuto tecnico e in cui devono trovare bilanciamento interessi delicati e tra loro antagonisti, pubblici e privati)⁵⁹; in quest’ottica l’intervento sanzionatorio si presenta come strumentale a rendere vincolanti i precetti posti dalle stesse autorità a garanzia di soggetti e interessi più deboli e meno tutelati. L’attività svolta dalle autorità è, pertanto, una attività complessa formata da diverse fasi – regolazione, vigilanza, controllo – rispetto alle quali l’esercizio del potere sanzionatorio si pone come ultimo tassello conclusivo.

Il ricorso alle sanzioni - che sarebbe auspicabile fosse meccanismo residuale anziché, come invece è, *prima ratio* cui si ricorre al cospetto di una presunta infrazione - nella disciplina dei procedimenti delle autorità può essere impedito da una serie di meccanismi premiali che conseguono alla dimostrata volontà collaborativa del soggetto, individuale o collettivo, sottoposto a procedimento.

Nel diritto *antitrust*, l’art. 14-ter, l. 287/1990, introdotto con il d.l. 223/2006, disciplina l’istituto dell’impegno e prevede che durante l’istruttoria per l’accertamento di taluni illeciti anticoncorrenziali⁶⁰ le imprese possono presentare impegni per far venir meno i profili anticoncorrenziali attenzionati dalla procedura di accertamento; se l’autorità valuta idonei tali impegni può renderli vincolanti per la società e chiudere il procedimento senza accertare l’infrazione⁶¹; lo stesso meccanismo premiale opera anche in materia di pro-

⁵⁹ Sul punto si v. i lavori di RUSSO, *Le autorità amministrative indipendenti e, in particolare, i loro poteri regolamentari*, in *Dir. e formazione*, 2002, 1793; LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, cit., 281; CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it; DI PORTO, *La regolazione “geneticamente modificata”: c’è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 947.

⁶⁰ Gli illeciti a cui si applica la norma sono quelli individuati dagli artt. 2 (intese restrittive della concorrenza) e 3 (abuso di posizione dominante) della medesima legge e agli artt. 81 e 82 del Trattato CE che fanno riferimento alle più generali condotte incompatibili con il mercato comune come accordi tra imprese, pratiche concordate per impedire, restringere o falsare la concorrenza, sfruttamento di posizione dominante. Sugli impegni, AA.VV., *Modernizzazione dell’applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato: luci ed ombre delle decisioni con impegni*, in www.assonime.it; PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, a cura di Bruzzone, Bologna, 2008, 61; CINTIOLI, *Riflessioni sugli impegni antitrust, sulla funzione amministrativa e sull’articolo 11 della legge sul procedimento*, in www.giustanm.it, 05/2007.

⁶¹ L’Agcm ha precisato, oltre il tenore letterale dell’art. 14-ter, che nei confronti di comportamenti anticoncorrenziali sufficientemente gravi, presentare impegno può essere ritenuto non sufficiente e quindi appropriato imporre comunque una sanzione. Cfr. delibera 6 settembre 2012, n. 23863.

cedimenti sanzionatori dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas⁶² e dell’Agcom⁶³. La seria volontà di porre rimedio alla situazione antigiuridica verificatasi consente alla società di evitare la sanzione: anche qui l’ordinamento più che interessato a punire chi ha commesso l’illecito, mostra interesse a veicolare una certa cultura della legalità e a premiare chi dimostra di aver introiettato i precetti a tutela dell’ordine violato.

Alla luce delle nuove tendenze del diritto sanzionatorio, le società non sono più mere destinatarie di diffide e misure punitive, esse acquisiscono un ruolo attivo, diventano capaci di definire la propria azione e proporre soluzioni, che l’autorità o il giudice sono chiamati a valutare, per eliminare i comportamenti antigiuridici, i vincoli anticoncorrenziali che hanno concorso a creare. Il giudice penale e l’autorità *Antitrust*, in entrambi i casi, sono titolari di un potere invasivo e conformativo, mettono le mani nel tessuto organizzativo dell’impresa e indicano le misure più opportune per eliminare le storture organizzative o comportamentali⁶⁴. Si ripropone, in questa sede, una certa strumentalizzazione dell’impresa e limitazione della libertà di iniziativa economica al fine di realizzare un più rilevante interesse pubblico alla prevenzione del crimine economico o alla concorrenzialità del mercato.

La caratura premiale del sistema regolatorio-sanzionatorio delle autorità risulta ancora più evidente dall’introduzione nel 2006 dei c.d. “*leniency programs*”⁶⁵ o programmi di clemenza che inaugurano un percorso di collabora-

⁶² Art. 45, comma 3, d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93.

⁶³ Art. 4-bis d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dal l. 4 agosto 2006, n. 248; Allegato A alla delibera 194/12/CONS – regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera n. 136/06/CONS e successive modificazioni, coordinato con le modifiche apportate dalla delibera n. 194/12/CONS; delibere 130/08/CONS e 131/08/CONS.

⁶⁴ Una importante distinzione residua: nel caso dell’illecito 231 il giudice si trova dinanzi a un reato commesso e imputato alla società e, tramite un commissario giudiziale, nei casi più gravi si introduce nella società per l’adozione di un modello di organizzazione e gestione efficace; nel caso degli illeciti *antitrust*, l’attività dell’Autorità genera qualche perplessità maggiore poiché indica comportamenti all’impresa per rimuovere le infrazioni limitando così la libertà dell’agire imprenditoriale e orientando il mercato attraverso un controllo molto invasivo, anche a fronte di un procedimento di accertamento non ancora concluso. Nuovamente c’è da notare che, in entrambi i casi, si fuoriesce da una dinamica meramente sanzionatoria e si approda a una nuova *forma mentis* in cui viene promossa la collaborazione tra gli agenti per individuare le misure comportamentali e strutturali idonee a ristabilire la legalità violata. Il procedimento di impegno è stato sottoposto al giudizio della Corte EDU in quanto procedimento che incide fortemente la libertà d’impresa del destinatario, in mancanza dell’accertamento dell’infrazione. La Corte di Strasburgo ha fatto salvo il procedimento in parola valorizzando il contributo volitivo dell’impresa che offre di impegnarsi a rispettare gli obblighi decisi dall’autorità e a compiere le condotte virtuose indicate nell’atto in cambio dell’esonero della sanzione. Cfr. LEONE, *Il sub procedimento con impegni e il procedimento sanzionatorio: differenze e dipendenza*, in *Il diritto dell’economia*, vol. 26, n. 82 (3-2013), 110.

⁶⁵ C.d. “programmi di clemenza”, introdotti dalla l. 248/2006 al comma 2-bis dell’art. 15 l. 287/90. La

zione durante il procedimento volto all'accertamento della trasgressione tra l'autorità *Antitrust* e la società partecipe del cartello anticoncorrenziale che decide di dissociarsi dalla condotta illecita e denunciare il *pactum sceleris*⁶⁶: sulla falsariga della legislazione premiale per i collaboratori di giustizia, anche in questo caso la società che collabora beneficerà di una riduzione della sanzione o della completa immunità⁶⁷.

Sembra che l'esigenza premiale che fortemente caratterizza la disciplina 231/01 nella sua attitudine a stimolare la *compliance* attraverso promesse premiali, caratterizzi anche l'esercizio del potere sanzionatorio delle *Authorities* volto ad indurre comportamenti virtuosi delle aziende. Dunque, la connessione forte tra funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità avvicina questo settore alla disciplina sanzionatoria definita dal d.lgs. 231/01, considerando inoltre che entrambi i poteri sanzionatori sono rivolti alla stessa categoria di soggetti: le persone giuridiche⁶⁸.

Volendo ulteriormente sottolineare gli aspetti in comune delle sanzioni in analisi, rispetto al tradizionale statuto sanzionatorio, si è già osservato che quanto al potere di determinare la sanzione, le misure afflittive per gli enti si discostano dallo statuto tipico della sanzione penale per la persona fisica conferendo un maggior peso al sistema per quote, in grado di bilanciare l'ammontare della pena alla capacità economica della società e garantire così una maggiore efficacia; allo stesso modo, l'Autorità *Antitrust* nel determinare l'entità della sanzione deve tener conto «degli interessi della concorrenza e del mercato, la durata dell'infrazione, la capacità contributiva dell'impresa»⁶⁹.

novella ha importato nella disciplina italiana anticoncorrenziale un istituto già esistente negli ordinamenti esteri. *L'Antitrust division del Department of Justice degli United States* descrive i *leniency programs* come lo strumento più importante per rilevare i cartelli anticoncorrenziali grazie alla cooperazione del soggetto sottoposto alle investigazioni «*The Antitrust Division's Leniency Program is its most important investigative tool for detecting cartel activity. Corporations and individuals who report their cartel activity and cooperate in the Division's investigation of the cartel reported can avoid criminal conviction, fines, and prison sentences if they meet the requirements of the program*», in <https://www.justice.gov/atr/leniency-program>.

⁶⁶ Così CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Dir. amm.*, 2007, 266 ss.

⁶⁷ Si è già osservato che meccanismi di collaborazione processuale nella disciplina della responsabilità amministrativa dipendente da reato della persona giuridica sono da più parti della dottrina ostacolati; tuttavia, una apertura si è registrata con la legge 3/2019 di cui tratta MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., 237.

⁶⁸ Per quanto le attività delle Autorità possono essere rivolte a sanzionare comportamenti anche delle persone fisiche, molto più ricorrenti sono i procedimenti nei confronti delle società, principali attori dei mercati.

⁶⁹ Così in dottrina TRIMARCHI, *Funzione di regolazione*, cit., 91; BANI, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000, 88. La necessità che la sanzione sia

Se il potere sanzionatorio delle Autorità si connota per l'interesse a garantire il corretto svolgimento delle attività regolate che prevale sulla necessità di individuare e punire i trasgressori, allora la ricostruzione non pare tanto dissimile rispetto a quanto osservato sulla prevalenza delle istanze preventive e di riorganizzazione *post-delictum* che consentono di riportare l'ente alla legalità, fine preferibile dell'impianto normativo del 2001.

Come l'impianto sanzionatorio *ex d.lgs. 231/01* si differenzia dalla tradizionale sanzione del codice penale, così anche le sanzioni irrogate dalle Autorità hanno una funzione parzialmente diversa rispetto alle ordinarie sanzioni amministrative tradizionali: entrambe possono essere iscritte nelle nuove tendenze fluide del diritto che realizzano un progressivo smottamento degli argini delle tradizionali categorie per approdare a risultati più efficaci.

Questa modalità tesa al recupero della legalità, alla riorganizzazione più che alla punizione o alla vendetta nel *d.lgs. 231/01* trova il suo cardine nei *compliance programs*: il sistema premiale funziona per l'ente che mostra di essersi dotato delle cautele necessarie a diminuire il rischio del reato (questo, tuttavia, rappresenta il vero *punctum dolens* che dall'analisi dei primi 20 anni di applicazione pratica della disciplina). Emerge quindi che in entrambi i sistemi sanzionatori, che intercettano le esigenze più moderne dell'ordinamento, si manifesta quella tendenza, già ampiamente osservata, a torcere lo strumento sanzionatorio verso forme più evidenti di premialità, di incentivo, più che di mera punizione.

5. *Un ultimo parallelismo: l'adempimento collaborativo in materia fiscale.* La *stick-and-carrot strategy* caratterizza un'ulteriore nuova forma di esercizio del potere; la responsabilizzazione della società, che è motivata ad acquisire una cultura di integrità aziendale mediante la previsione normativa dell'esclusione della responsabilità in presenza di un modello di organizzazione idoneo a prevenire la commissione dei reati, va ben oltre ciò che è consentito al diritto penale nell'ambito della responsabilità individuale; verso gli enti il fine della rieducazione trova meno ostacoli che verso la persona fisica.

Con una recente strategia normativa, il legislatore ha voluto anticipare ancora di più la soglia dell'intervento nell'azienda⁷⁰, posponendo ulteriormente la fa-

proporzionale rispetto all'illecito consumato, alle caratteristiche dell'infrazione e alla capacità contributiva dell'azienda fa precisare a SANDULLI, *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni Antitrust*, in www.federalismi.it, 2010, 4 ss. che tali sono i «connotati punitivi» delle sanzioni *antitrust*.

⁷⁰ Più precisamente, il legislatore in questo caso non entra nell'azienda attraverso forme pervasive di coamministrazione; ciò che si intende realizzare con questa novella è una forma di cooperazione tra le parti del tutto spontanea, proprio per attenuare i profili autoritativi del Fisco a favore di un dialogo tra i

se sanzionatoria.

Ciò è stato realizzato prevedendo un coinvolgimento attivo della *governance* societaria nell'attività di prevenzione del reato con l'introduzione attraverso il d.lgs. 128/2015⁷¹ - pubblicato in G.U. 18 agosto 2015 n. 190 in attuazione degli artt. 5, 6 e 8 comma 2 della L. 11 marzo 2014 n. 23, legge delega di riforma fiscale - dell'adempimento collaborativo in materia fiscale⁷².

In questo caso, il modello innovativo di esercizio del potere sanzionatorio si manifesta nella volontà di introdurre, nell'ambito del diritto tributario, una disciplina partecipativa che si sovrappone e si candida a sostituire le condotte autoritative tipiche dell'agire dell'amministrazione tradizionale, orientate all'imposizione della sanzione⁷³.

Questa collaborazione tra il Fisco e la società prevede la creazione di un modello di gestione del rischio fiscale interno all'azienda e in parte analogo ai M.o.g. 231 (rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale; *risk assessment* e *risk management*)⁷⁴ che permette all'ente di creare con la

due soggetti. TROPEA, *I profili giuridici dell'adempimento collaborativo*, in *Riv. trim. dir. trib.*, fascicoli 3-4, 2017.

⁷¹ Anche in questo caso l'istituto è di derivazione sovranazionale, precisamente dall'ambito OCSE che nel 2008 ha elaborato il rapporto *Study into the Role of Tax Intermediaries*, poi approfondito nel 2013 con il rapporto "*Cooperative Compliance: a Framework. From enhanced relationship to cooperative compliance*" che ha realizzato una configurazione più chiara del concetto di *cooperative compliance* basata su 5 *key pillars*: la comprensione dei *driver* commerciali; l'imparzialità; la proporzionalità nella gestione delle risorse; la collaborazione e reattività; la comunicazione e trasparenza da parte dei contribuenti. La prima applicazione di un simile istituto si è avuta negli Stati Uniti, con la legge *Sarbanes-Oxley* del 2002 che ha previsto per le società quotate una maggiore responsabilità in capo al *management* in caso di cattiva gestione delle informazioni contabili interne alla società; nel 2013 l'OCSE ha rilevato che in 24 Paesi si erano già diffuse forme di *cooperative compliance*, le più importanti in Singapore, Paesi Bassi, Usa, Sud Africa, Francia, Olanda, Norvegia. Cfr. GERMANI, MARIOTTI, *La cooperative compliance: come cambia il rapporto tra fisco e contribuente*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 6/2016, 35 ss.

⁷² Per una più approfondita analisi sul regime italiano dell'adempimento collaborativo, si v. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale*, Torino, 2017, 172 ss.; CIARCIA, *La cooperazione fra contribuente ed amministrazione finanziaria. La prospettiva italiana*, in *Ordinamenti tributari a confronto. Problematiche comuni e aspetti procedurali*, a cura di Amatucci, Alfano, Torino, 2017, 189 ss.; PISTOLESI, *Le regole procedurali nel provvedimento di attuazione dell'adempimento collaborativo*, in *Corr. trib.*, 2017, 2412.

⁷³ La materia fiscale è forse quella in cui tradizionalmente si avverte di più l'antagonismo tra l'amministrazione e i soggetti sottoposti alla disciplina e ai controlli fiscali. Con la novella del 2015 il legislatore segna una frattura netta tra il vecchio modello in cui la partecipazione del contribuente era volutamente limitata e il nuovo modello fondato sul dialogo. Il tradizionale procedimento accertativo della infrazione doveva essere svolto con riservatezza e celerità per cui ogni occasione di partecipazione del privato era dalla legge scoraggiata, Cfr. ZITO, TINELLI, *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di Sandulli, Milano, 2017, 681 ss.

⁷⁴ Sul ruolo sempre più complesso che sta acquisendo la compliance, cfr. ESPOSITO, *L'impetuosa avanzata della compliance. La 231/01 ha compiuto 20 anni*, in *Arch. pen.*, 20 luglio 2021.

amministrazione finanziaria un rapporto fiduciario, di evitare l'istaurazione del contenzioso e il controllo *ex post* dell'Agenzia a favore di un regime di collaborazione *ex ante* nel quale le due parti, solitamente antagoniste, dialogano e verificano reciprocamente le imposizioni tributarie dissipando eventuali incertezze interpretative sulla normativa fiscale⁷⁵. Lo schema somiglia a un patto tra il soggetto passivo che si impegna a garantire al Fisco la trasparenza della propria attività e l'autorità di controllo che in cambio promette maggiore certezza quanto alle modalità e tempi dell'accertamento.

Il dialogo che necessariamente instaura la *cooperative compliance* è l'elemento che manca a quella *compliance*, talvolta meramente *cosmetic*, che nel tempo ha inquinato l'utilità dei M.o.g. 231.

Il ricorso alla sanzione è residuale, sostituita dalla autovalutazione preventiva dei rischi fiscali, in modo da assicurare una migliore conoscenza e consapevolezza delle vicende aziendali che possono avere effetti dal punto di vista del rischio tributario. Infatti, questa corrispondenza bidirezionale non si conclude con l'emanazione di un atto autoritativo di accertamento di una violazione e quindi di applicazione di una sanzione, all'esito del dialogo più propriamente si giunge a un accordo tra le parti, vincolante, sull'obbligazione tributaria dovuta dal contribuente.

Eventuali carenze, anche involontarie, riscontrate nel funzionamento dei meccanismi aziendali in materia di contabilità, vengono corretti prima ancora di aver generato una violazione delle leggi fiscali; una chiara attribuzione di ruoli e responsabilità è fondamentale per il controllo dei rischi e un corretto sistema gestionale.

L'aspetto più innovativo della disciplina si concentra sul concetto di relazione, intesa sia come connessione che si instaura tra due soggetti che come modalità operativa di scambio di informazioni, e sul ruolo principale che acquisisce la *partnership* pubblico-privato nella prevenzione del reato.

A livello sanzionatorio, l'art. 6 del decreto prevede una particolare forma di interpello preventivo che la società rivolge all'Agenzia delle Entrate tenuta a rispondere entro un termine prestabilito⁷⁶; nel caso in cui dovessero emergere posizioni difformi tra l'Agenzia e la società alle quali quest'ultima non intende

⁷⁵ L'adempimento collaborativo si dimostra molto utile nei casi di complessa interpretazione di fattispecie tributarie afferenti, ad esempio, al tema dell'abuso del diritto: *transfer pricing*, della residenza fiscale di unità operative dell'impresa, oppure, della deducibilità di elementi negativi di reddito derivanti da fornitori residenti in Paesi c.d. "*black list*"; il contribuente è messo nella condizione di conoscere come l'amministrazione interpreta il caso dubbio e quindi nella possibilità di evitare la sanzione.

⁷⁶ Sull'appello abbreviato si v. decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 15 giugno 2016, pubblicato in G.U. 27 giugno 2016, n. 148.

conformarsi, la riscossione di eventuali sanzioni, applicabili in misura ridotta della metà, è sospesa fino alla definitività dell'accertamento nel corso del quale ancora un dialogo c'è tra i due soggetti.

Il dialogo continua anche tra Agenzia e Procura nel caso in cui una società che abbia aderito al regime collaborativo sia stata denunciata per reati fiscali, l'Agenzia corrisponde alla Procura tutte le informazioni utili al controllo della responsabilità⁷⁷.

Il già menzionato articolo 6 del d. lgs. 128/2015 prevede diversi effetti di natura premiale per le imprese che intendano aderire al regime quali: procedura abbreviata di interpello preventivo nell'ambito della quale l'Agenzia delle Entrate si impegna a rispondere ai quesiti delle imprese entro quarantacinque giorni decorrenti dal ricevimento dell'istanza o della eventuale documentazione integrativa richiesta; applicazione di sanzioni ridotte alla metà, e comunque in misura non superiore al minimo edittale, con sospensione della riscossione fino alla definitività dell'accertamento, per i rischi comunicati in modo tempestivo ed esauriente, laddove l'Agenzia delle Entrate non condivida la posizione dell'impresa; esonero dal presentare garanzie per i rimborsi delle imposte dirette ed indirette per tutto il periodo di permanenza nel regime.

L'irrobustimento del sistema di controllo del rischio fiscale necessario per accedere al regime collaborativo e la sua validazione da parte dell'Agenzia, dovrebbe costituire anche un limite alla configurazione del dolo specifico di evasione in caso di contestazione dei reati previsti dal d.lgs. 74/2000.

La fluidità dei comparti dell'ordinamento si manifesta anche in questa novella: emerge nella legge delega il riferimento a concetti che tradizionalmente vengono riferiti alla materia penale: il principio di proporzionalità deve infatti moderare l'agire della amministrazione finanziaria; la prevedibilità dell'accertamento diventa un canone ispiratore del rapporto tra Fisco e contribuente⁷⁸.

Cambia anche il modo di percepire l'amministrazione finanziaria, proprio in asse con l'evoluzione della pubblica amministrazione e con la frammentazio-

⁷⁷ Questo meccanismo era già previsto nella l. delega che all'art. 6, comma 2, L. 11 marzo 2014, n. 23, rinviando al successivo art. 8 in materia di revisione del sistema sanzionatorio tributario, specifica che i soggetti potenzialmente esposti a contestazioni di natura penale possono chiedere all'Agenzia delle Entrate di trasmettere al Pubblico Ministero l'adesione al regime di adempimento collaborativo, al fine di limitare o escludere la colpevolezza dell'eventuale illecito contestato. Queste disposizioni di carattere generale sono state trasposte nell'art. 6, comma 4, d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128.

⁷⁸ Sul tema si rimanda al contributo di MOSCHETTI, *Il principio di proporzionalità come "giusta misura" del potere nel diritto tributario*, Padova, 2017, 81 ss.

ne di essa in autorità indipendenti; il Fisco se diventa un soggetto con cui interloquire assume le vesti di una autorità terza, imparziale e trasparente rispettosa del principio del legittimo affidamento dei contribuenti che collaborano alla formazione di una realtà giuridico-economica chiara e certa.

6. *Conclusioni.* Questo ponte immaginario tra varie discipline non ha una vera conclusione. Un dato di fatto che la prassi ha mostrato negli ultimi anni è che la società fa fatica a districare il complesso reticolo normativo in cui il legislatore, con il fine della tutela di un superiore interesse pubblico, tende a imbrigliare.

La funzione sanzionatoria cambia dimensione, si allontana dagli schemi tradizionali ma con il sogno dell'efficacia perde in garanzie⁷⁹. Nuove modalità sanzionatorie vengono sperimentate e il microcosmo dell'impresa è la sede ottimale per il legislatore per mettere alla prova istituti sanzionatori in cui prevalgono le istanze del recupero della legalità non attraverso la punizione (la cui dimensione psicologica risulterebbe ininfluyente per l'ente) quanto attraverso percorsi di recupero, rieducazione e ristrutturazione.

Si ipotizza, quindi, che le premesse considerazioni possano dimostrare che si sta segnando uno spartiacque tra passato e presente nella concezione della sanzione, meno ancorata all'impostazione tradizionale e tesa ad assumere nuovi e alternativi significati; l'emergere di concetti come volontarietà del trattamento, programmi di restaurazione, accordi, intese, trasportano l'attività di somministrazione della pena entro uno spazio coamministrato, codiciso che si apre alla volontarietà del soggetto sottoposto al procedimento di accertamento. Si sollecita, attraverso il consenso e non l'imposizione coatta, l'assunzione di un impegno da parte dell'autore del reato al quale lo Stato risponde riconoscendone la diligenza e alleviando il trattamento sanzionatorio. Il binomio

⁷⁹ È da tempi non sospetti che la più attenta dottrina evidenzia una perdita di garanzie del diritto penale dovuta a uno scollamento tra il sistema normativo delle garanzie penalistiche e l'effettivo funzionamento del sistema punitivo. La perdita di garanzie si svolge lungo due direttive principali, presenti in proporzioni diverse nelle moderne scelte di politica criminale: i) l'elusione dei principi penalistici della tassatività, offensività e ragionevolezza e ii) minori garanzie processuali dovute ad una commistione tra elementi processuali penali e amministrativi. Luigi Ferrajoli in *Diritto e Ragione* introduce per la prima volta il concetto di amministrativizzazione del diritto penale con ciò volendosi identificare la tendenza del legislatore moderno di giocare con il *nomen juris* delle sanzioni per deroghe alle fondamentali garanzie costituzionali, orientato dalla necessità - vera o presunta - di tutelare interessi superindividuali, spesso di nuova emersione - attraverso interventi preventivi. Secondo questo schema, molte misure che si presentano come amministrative o preventive nei fatti esibiscono una afflittività tale da potersi paragonare a vere e proprie pene. L'insigne studioso avvertiva che il rischio di questa tendenza risiede nello svuotamento progressivo di quasi tutte le garanzie penali e processuali. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, II ed., 2000, 725-727.

reato/sanzione perde peso in favore di un modello condiviso di politica criminale⁸⁰ in cui l'intervento in chiave sanzionatoria dello Stato viene preceduto da una risposta diversa all'illecito, in cui l'autore viene interpellato, e in un'ottica dialogica si tenta una composizione di interessi contrapposti più utile sia per l'agente che per la comunità. Lo Stato non arretra bensì consente all'autore del delitto di recuperare la legalità perduta, volontariamente, evitando così anche il marchio di disvalore proveniente dalla condanna, la pena a quel punto non è più necessaria⁸¹.

Anche se su di un piano diverso perché preventivo e non sanzionatorio, sembrano essere ispirate alla stessa esigenza le recenti tendenze di politica criminale volte a contrastare le infiltrazioni criminali nell'economia lecita. In questo contesto, l'intervento preventivo dello Stato si adatta alla specificità della situazione svolgendo una funzione terapeutica, prima che punitiva, tesa a garantire la continuità aziendale quando l'impresa risulta ancora non compromessa dall'infiltrazione criminale⁸²; ne è chiara evidenza il controllo giudiziale⁸³ che serve proprio a realizzare un adeguato livello di *compliance* organizzativa per evitare il rischio che l'azienda ripulita possa poi ricadere nel sistema criminale⁸⁴. Lo strumento, più che svolgere una funzione stigmatizzante, opera in chiave cooperativa *in primis* nell'interesse della società a cui, per questa

⁸⁰ DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 902 ss.

⁸¹ SAPORITO, *La messa alla prova nell'esperienza giurisprudenziale: un faticoso percorso verso l'allineamento costituzionale*, cit., 1343.

⁸² BENE, *Dallo spossessamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, in *Arch. pen.*, 21 maggio 2018.

⁸³ Il controllo giudiziale è una misura tesa a recuperare ove possibile l'ente contaminato dalle infiltrazioni, per evitare ablazioni patrimoniali definitive, è stato introdotto all'art. 34-bis del. d.lgs. 159/2011 (c.d. "Codice antimafia") dalla legge 17 ottobre 2017 n. 161. La misura prevede l'intervento di un amministratore giudiziario nominato dal giudice che controlla e corregge la compliance aziendale, cfr. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 29 marzo 2018; BRANCIA, *Il controllo giudiziario delle aziende, introdotto dal nuovo articolo 34 bis del t.u. antimafia*, in *Riv. pen.*, 2018, 647 ss. Sulla misura, invero, si addensano molteplici dubbi denunciati in dottrina, in particolare quanto alla indeterminatezza dei requisiti applicativi che la giurisprudenza tende a sanare attraverso interpretazioni tassativizzanti. BALSAMO, LUPARIELLO, *La riforma del codice antimafia*, in *Il libro dell'anno 2018*, Roma, 2018. Anche la *ratio* della misura è discussa e interpretata in modo ondivago dalla giurisprudenza che oscilla tra far prevalere la *ratio* di bonifica al primato della *ratio* meramente cautelare, cfr. CIRIOLI, *Il controllo giudiziario: un (in)utile strumento di bonifica*, in *Arch. pen.*, 30 giugno 2021.

⁸⁴ VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 705 ss.; BALATO, *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all'art. 34-bis codice antimafia*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2019, 1 ss.

via, viene offerta una *chance* di sviluppare e consolidare una cultura d'impresa improntata alla legalità⁸⁵. Oltre che alla prevenzione dalle contaminazioni criminali nell'economia, le nuove politiche promuovono la partecipazione degli enti nella realizzazione di superiori interessi generali e mirano a conformare l'attività d'impresa, prima del crimine ma anche dopo il crimine, ai valori condivisi dalla comunità, ritenendo che diffondere la cultura della legalità e veicolare l'idea della recuperabilità attraverso attività di riorganizzazione possa realizzare migliori risultati che con le tradizionali tecniche punitive *post-delictum*⁸⁶.

Merita attenzione, perché ulteriore prova di quanto si va descrivendo, anche il nuovissimo d.l. c.d. "*Recovery*", approvato nel Consiglio dei Ministri n. 43 del 27 ottobre 2021 con cui vengono apportate modifiche al sistema delle leggi antimafia; il d.l. all'art. 44 introduce una nuova norma nel d.l. 159/2011, segnatamente l'art. 94-*bis*, rubricato *Misure amministrative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale*⁸⁷. Già il *nomen*

⁸⁵ ESPOSITO, *Gig economy e recupero della legalità*, in www.laegislazionepenale.eur; VISCONTI, *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto*, a cura di Amarelli, Sicchi, Damiani, Torino, 2019, 237 ss.

⁸⁶ ESPOSITO, *op. cit.*, 6 ss. ritiene che le nuove costruzioni di politica criminale possano ricondursi alla teoria della *finestra rotta* di Wilson e Kelling secondo cui una maggiore attenzione da parte delle autorità può produrre fenomeni di consolidamento della legalità mentre la disattenzione da parte delle autorità al degrado urbano comporta, all'incontrario, una consolidazione delle culture criminali.

⁸⁷ Decreto-legge di attuazione PNRR del 27 ottobre 2021. Il decreto introduce importanti novità in tema di legislazione antimafia, avendo il governo preso atto dell'ingente numero di interdittive antimafia che ogni anno vengono emesse e delle fragilità del sistema in termini di garanzie per gli attinti. Il decreto introduce il principio del contraddittorio per l'emissione delle interdittive antimafia e la prevenzione collaborativa; la *ratio* della novella è di ristabilire un equilibrio tra la prevenzione dei tentativi di infiltrazione mafiosa nelle imprese e la garanzia della libertà di impresa. All'art. 43 è disposto il nuovo contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia: il prefetto, ove ritenga sussistenti i presupposti per il rilascio di una informazione antimafia interdittiva deve dare preventiva e tempestiva comunicazione all'interessato indicando gli elementi sintomatici del tentativo di infiltrazione (a meno che a ciò ostino ragioni di celerità del procedimento). Il destinatario della comunicazione può presentare osservazioni scritte e eventualmente documentate per chiedere l'audizione. Se al termine della procedura in contraddittorio il prefetto prevede che gli indici dei tentativi di infiltrazione siano riconducibili a situazioni di agevolazione solo occasionale, può applicare il regime temporaneo del nuovo art. 94-*bis*, la prevenzione collaborativa, secondo cui il Predetto prescrive, motivando, all'azienda interessata l'osservanza per un periodo che va da 6 a 12 mesi di una o più misure atte a rimuovere le cause dell'agevolazione. La più flessibile e meno invasiva misura della prevenzione collaborativa diventa quindi una alternativa alla interdittiva antimafia nei casi, meno gravi, in cui il tentativo di infiltrazione venga ritenuto dal prefetto, anche a seguito di contraddittorio con l'impresa, frutto di una mera agevolazione occasionale, consentendo all'azienda di continuare ad operare sul mercato, evitando l'immediata esclusione dalle attività economiche, sebbene sottoposta ad una più capillare vigilanza dell'autorità sugli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati o ricevuti, sugli incarichi professionali conferiti, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti, di valore non inferiore a 7.000 euro o di valore

«prevenzione collaborativa» è sintesi che mette insieme le nuove anime delle misure preventive che nel settore delle attività economiche tendono a una più efficace individualizzazione dell'intervento sulle peculiarità sia della situazione di fatto integrata che dell'ente attinto, per evitare quanto possibile l'intervento sanzionatorio *ex post*. Può in definitiva osservarsi che è il concetto di bonifica interna, condotta in modalità partecipativa, a fare da *fil rouge* delle nuove funzioni della sanzione.

Si nota, inoltre, come sia la misura di cui all'art. 34-*bis* che il nuovo articolo 94-*bis* del cod. antimafia rimandano entrambe alla normativa del 2001 sulla responsabilità dell'ente quando prescrivono all'impresa attraverso il controllo giudiziario ovvero attraverso la prevenzione collaborativa in caso di agevolazione occasionale di adottare ogni tipo di iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi o atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale anche ai sensi degli artt. 6, 7 e 24-*ter* del decreto 231/2001⁸⁸.

Al di sotto del magmatico mondo sanzionatorio - para-penale o para-amministrativo - destinato alle persone giuridiche si agitano correnti volte a trasportare la funzione della sanzione dai tradizionali lidi punitivi verso più recenti approdi plurifunzionali a trazione preventiva, premiale, collaborativa. Il modello della prevenzione mediante organizzazione e del recupero mediante riorganizzazione materializza la possibilità della rieducazione dell'ente⁸⁹. L'ente che partecipa alla prevenzione, l'ente che risponde alle sol-

superiore stabilito dal prefetto, sentito il gruppo interforze, in relazione al reddito della persona o del patrimonio e del volume di affari dell'impresa. Nel frattempo, l'autorità richiede all'impresa di dotarsi di modelli di organizzazione e controllo idonei a evitare il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa, modello che può essere quello previsto dal d.lgs. 231/01. In virtù di norma transitoria, si conferisce alla novella una ampia portata applicativa ove si prevede che il nuovo regime possa essere applicato anche ai procedimenti amministrativi pendenti alla data di entrata in vigore del decreto. Infine, il Tribunale, nel disporre il controllo giudiziario delle imprese già colpite da interdittiva, è tenuto a sentire anche il prefetto che ha disposto la misura. Portatrice di alcune buone intenzioni, la novella lascia sul campo alcuni annosi dubbi sulla legislazione delle interdittive antimafia come l'indeterminatezza dei requisiti applicativi, l'ampia discrezionalità delle indagini del prefetto, il vaglio giurisdizionale delle misure prefettizie da parte dell'autorità giudiziaria.

⁸⁸ VISCONTI, *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto*, cit. 237 ss.

⁸⁹ RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, cit., 57 ss.; PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516 ss.; MONGILLO, *Il "sacchetto d'oro" e la "spada inguainata": l'interazione pubblico-privato e il peso degli "incentivi" in un recente modello di compliance anticorruzione*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org; CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. 231 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 945 ss.

lecitazioni e si organizza, o ri-organizza, l'ente che non viene estromesso dalle attività economiche ma a cui viene teso un ponte d'oro per il recupero, rappresenta la cartina di tornasole per mettere a sistema il frastagliato mondo sanzionatorio o i molteplici modelli innovativi di esercizio del potere sanzionatorio, para-penale o para-amministrativo.