

# 21 SISTEMA

fd  
Riviste



*Berlin, Brandenburger Tor, il futuro alle porte!*

*Massimo*

Rivista trimestrale  
Anno II • N. 1 / gennaio 2021

In copertina fotografia di Massimo Golfieri  
Berlin, Brandenburger Tor 1989

nowave

reverse  
RECRUITING OUT OF THE BOX

**Rivista registrata:** Tribunale di Bologna 09.11.2020, n. 8549  
**ISSN:** 2724-3753

© Copyright 2021 Filodiritto  
[filodiritto.com](http://filodiritto.com)

inFOROmatica S.r.l., Via Castiglione, 81, 40124 Bologna  
[inforomatica.it](http://inforomatica.it)

tel. 051 9843125 - fax 051 9843529 - [commerciale@filodiritto.com](mailto:commerciale@filodiritto.com)

Progetto fotografico di © Massimo Golfieri - *Berlin, Brandenburger Tor 1989*

*La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i film, i microfilm, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i paesi. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15 % di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le fotocopie utilizzate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale, o comunque per esigenze diverse da quella personale, potranno essere effettuate solo a seguito di espressa autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazione per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano. e-mail: [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org), sito web: [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org)*

# Lezioni americane: brevi considerazioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova per l'ente\*

*American lessons: brief considerations on the probation for corporate entities*

di [Andrea Alfonso Stigliano](#)

## ABSTRACT

Quale utilità deriverebbe dall'introdurre nel nostro ordinamento dei sistemi di diversione processuale per le persone giuridiche sulla scia dei deferred prosecution agreement e non prosecution agreement?

Il presente contributo, partendo dall'analisi dell'attuale "fuga dalla prevenzione" intrapresa da molte imprese a fronte della scarsa percezione di rischi e benefici connessi rispettivamente alla commissione di illeciti e alla adozione ed effettiva attuazione di sistemi di compliance ai sensi del Decreto Legislativo 231/2001, analizza le caratteristiche dei modelli di diversione processuale d'oltreoceano e i tentativi nostrani di trasposizione, cercando di ipotizzare possibili modalità di introduzione nel nostro ordinamento di nuove forme di giustizia negoziata per l'ente.

What would be the benefit of introducing in Italian Legal systems instruments like the deferred prosecution and non-prosecution agreements?

This work analyses the characteristics of the above-mentioned legal instruments and Italian attempts to transpose them. This work will be conducted starting from the analysis of the current "escape from compliance" undertaken by many corporations due to the low perception of risks and benefits respectively associated with the commission of offences and the adoption and effective implementation of compliance systems pursuant to Legislative Decree no. 231/2001. In the end, the focus will be on the investigation of possible ways to introduce such instruments in the Italian legal system.

\* Il contributo è stato sottoposto a referaggio con valutazione favorevole.

### Sommario

1. Premessa
2. Algebra sanzionatoria
3. Deviazioni geografiche
4. Narrativa giudiziaria
5. Conclusioni

### Summary

1. Introduction
2. Sanctionary algebra
3. Geography diversions
4. Judicial narrative
5. Conclusion

### 1. Premessa

Nelle *Lezioni americane*, scritto postumo che raccoglie sei saggi per un ciclo di lezioni che Italo Calvino si apprestava a tenere ad Harvard nel 1985, l'Autore individuava sei caratteristiche da salvare e preservare per il millennio (allora alle porte): leggerezza, rapidità, esattezza, visibilità, molteplicità e concretezza.

Per la redazione dell'ultimo capitolo, rimasto incompiuto, sul tema della concretezza o *consistency*, Calvino attese di essere sul suolo americano. Casuale o no, la scelta di trattare il tema della concretezza una volta giunto negli Stati Uniti appare una decisione quantomai in linea con l'immaginario collettivo che tale nazione ha sempre suscitato:

una nazione concreta, anche troppo per alcuni.

Che ci si schieri tra gli americanisti convinti o tra i detrattori di tale sistema culturale, non si può certamente negare che il modello americano abbia influenzato e, seppure con minore presa rispetto al passato, continui ad influenzare la cultura del nostro Paese. A tale regola non fa eccezione il nostro sistema giudiziario, soprattutto quando oggetto di analisi sono la *corporate criminal liability* e i meccanismi di giustizia negoziata nella criminalità di impresa.

Richiamando il concetto di concretezza predicato all'inizio del paragrafo, la domanda di fondo del presente scritto può essere così riassunta: quale utilità deriverebbe dall'introdurre nel nostro ordinamento dei sistemi di diversione processuale per le persone giuridiche sulla scia dei *deferred prosecution agreement* e *non prosecution agreement*?

L'occasione di porre nuovamente questo interrogativo giunge da due recenti pronunce di merito, rispettivamente del giudice per le indagini preliminari (di seguito GIP) di Modena e dell'omologo bolognese, che, in poco più di un mese di distanza, hanno fornito letture contrapposte circa l'applicabilità di tale istituto nei confronti di una persona giuridica.

## 2. Algebra sanzionatoria

Da un punto di vista astratto, per una impresa lecita la commissione di un reato da parte di un proprio esponente è (*rectius*, dovrebbe essere) sempre "inaccettabile".

<sup>1</sup>G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *procedimento a carico degli enti e messa alla prova un possibile itinerario*, in Rivista231, 2016, 5. In merito, nella Relazione Ministeriale, si legge, al paragrafo n. 6 relativo alle sanzioni interdittive "Sul piano sistematico e politico-criminale, la disciplina predisposta per le sanzioni interdittive (v. artt.13-16) si connota in termini spiccatamente specialpreventivi. Nella piena consapevolezza delle conseguenze (pesantemente) negative che queste sanzioni proiettano sulla vita e l'attività dell'ente, si propone un modello sanzionatorio che ancora la minaccia a presupposti applicativi particolarmente rigorosi funzionali al conseguimento di utili risultati per la tutela dei beni tutelati, visto che si consente all'ente di attivarsi, attraverso condotte

Tuttavia, è noto che obiettivi di massimizzazione dei profitti potrebbero spingere una impresa ad accettare il rischio (per non dire sollecitare) che, al suo interno, siano posti in essere comportamenti illeciti: condotte corruttive per ottenere commesse, minori spese in sicurezza per abbattere i costi effettivi, fatture per operazioni inesistenti per far risultare costi mai sostenuti, e così via. Il Decreto Legislativo 231/2001, con l'applicazione di sanzioni (pecuniarie, interdittive e confisca) in caso di commissione di reati nell'interesse e a vantaggio di un ente, dovrebbe rendere il rischio di reato non solo (eticamente) inaccettabile, ma anche economicamente svantaggioso e, pertanto, dovrebbe spingere l'ente ad evitare ad ogni costo la commissione di illeciti<sup>1</sup>.

Il "Sistema 231" non si limita, tuttavia, alla minaccia di una sanzione, ma si qualifica per una chiara inclinazione preventiva, avendo introdotto un sistema che prevede forme di esenzione o di riduzione delle sanzioni azionabili a fronte non solo di condotte riparatorie, ma (anche e soprattutto) dell'esistenza – *ante delictum* per garantire l'esenzione, *post delictum* lo sconto di pena – di un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo alla prevenzione dei reati presupposto.

**In chiave *ex ante*, e pertanto con riferimento a quegli strumenti idonei a garantire una esenzione di responsabilità per l'ente in caso di commissione di reati presupposto, l'analisi economica sottesa alla valutazione del rischio reato può essere riassunta in una formula: se la spesa che l'ente dovrebbe affrontare per**

*riparatorie, per evitare l'applicazione di queste sanzioni. Da un lato, dunque, la minaccia presuppone il compimento di reati di particolare gravità ovvero la reiterazione degli illeciti; dall'altro lato, si stagliano sanzioni positive che permettono di scongiurare l'applicazione delle sanzioni interdittive in presenza di comportamenti diretti a reintegrare l'offesa. Si profila, dunque, una linea di politica sanzionatoria che non mira ad una punizione indiscriminata e indefettibile, ma che, per contro, punta dichiaratamente a privilegiare una dimensione che salvaguardi la prevenzione del rischio di commissione di reati in uno con la necessaria, previa eliminazione delle conseguenze prodotte dall'illecito".*

l'implementazione di un modello (un costo certo, ma limitato) moltiplicata per la "probabilità" che il modello sia considerato idoneo è minore rispetto al prodotto tra il "costo" delle conseguenze negative a cui l'ente andrebbe incontro in caso di condanna e la "probabilità" che tale condanna sia inflitta (un evento incerto, ma sicuramente con conseguenze più severe), allora implementare un modello sarà una scelta economicamente vantaggiosa.

Più schematicamente:

$$\text{costo modello} \times \text{probabilità di idoneità} = \text{costo sanzioni} \times \text{probabilità di condanna}$$

Ciò posto, le componenti maggiormente aleatorie della formula (le due "probabilità") hanno mostrato, nell'esperienza giudiziaria, due marcate tendenze.

In primo luogo, nella quasi totalità dei processi per illeciti amministrativi dipendenti da reato, i modelli adottati dalla persona giuridica in via preventiva sono stati valutati inidonei. In secondo luogo, i dati pubblicati dalle procure della Repubblica confermano come le stesse procedano ad una iscrizione degli enti ai sensi del Decreto Legislativo 231/2001 molto limitata, evidenziando una certa discrezionalità dell'organo investigativo<sup>2</sup>.

**Questi due fenomeni non possono che comportare una spinta contraria alle finalità preventive del Decreto Legislativo 231/2001:** intanto la finalità preventiva può funzionare in quanto il deterrente costituisca una reale minaccia e, contemporaneamente, l'impegno richiesto all'impresa comporti un reale beneficio<sup>3</sup>.

Riprendendo la precedente formula, la parte sinistra dell'equazione (costo di implementazione x probabilità di idoneità) subirà una diminuzione data dalla limitata efficacia esimente dei modelli, mentre la parte destra dell'equazione subirà invece una riduzione data dal rischio (di iscrizione e pertanto) di condanna: per modo che, diminuendo il

costo "probabile" di una sanzione, diminuirà la spinta di un ente a dotarsi di sistemi di *compliance* idonei e, quindi, la spesa che l'ente sarà disposto a supportare.

In realtà, la formula va incontro ad alcuni correttivi dati da due "controspinte" virtuose di stampo più propriamente privatistico.

Primo: se è vero che la casistica in tema di valutazione giudiziaria del modello ha avuto esiti negativi, è anche vero che l'esperienza di società che hanno implementato un modello 231 ha dimostrato come le stesse abbiano anche un maggiore controllo sui propri processi aziendali e, dunque, una maggiore attitudine a prevenire i reati: quindi **una minore casistica giurisprudenziale è anche legata ad una minore percentuale di illeciti commessi.**

Secondo: è prevista una sorta di sanzione "*negoziale*" in caso di un deficit nella *compliance*, data dal fatto che molti operatori, sia pubblici sia privati, richiedono l'implementazione di un modello 231 ai fini della partecipazione a gare pubbliche o al conferimento di incarichi.

Ciò posto, nonostante le controspinte da ultimo evidenziate, l'effetto di questa "*algebra sanzionatoria*" è l'attitudine delle società ad "*attendere di essere coinvolte nel processo penale per poi tentare di ottenere i benefici sanzionatori dotandosi dei modelli post factum*" laddove "*altre hanno semplicemente scelto di non adottare modelli*"<sup>4</sup>.

In particolare, si fa riferimento alle condizioni previste dagli articoli 12 e 17 del Decreto Legislativo 231/2001. Come noto, la prima disposizione prevede che l'ente possa beneficiare di una riduzione della sanzione pecuniaria laddove si attivi tempestivamente dopo il reato per (a) risarcire il danno ed eliminarne le conseguenze dannose o pericolose o comunque adoperarsi efficacemente in tal senso; (b) adottare e rendere operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (la sanzione pecuniaria è ridotta da un terzo alla metà se l'ente

<sup>2</sup> Per una analisi approfondita di questi due fenomeni si veda V. D'ACQUARONE, R. ROSCINI VITALI, *Responsabilità penale dell'ente, tra mito e realtà*, in questa rivista, 2020.

<sup>3</sup> G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, 5.

<sup>4</sup> G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, 3.

realizza solo una delle due condizioni, mentre è ridotta dalla metà ai due terzi se le realizza entrambe).

A norma dell'articolo 17, l'ente può evitare l'applicazione di una sanzione interdittiva se si attiva tempestivamente dopo il reato per realizzare cumulativamente le seguenti condizioni: (a) risarcire integralmente il danno ed eliminarne le conseguenze dannose o pericolose o comunque adoperarsi efficacemente in tal senso; (b) eliminare le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante adozione e attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; (c) mettere a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca<sup>5</sup>.

L'effetto che si ottiene, pertanto, appare quello di una fuga dalla prevenzione: se il vaccino non assicura l'immunità e il rischio di contagio non viene percepito come reale, la scelta è quella di tentare la sorte sperando di trovare, nel caso, un posto in terapia intensiva.

<sup>5</sup> Con particolare riguardo all'articolo 17, la Relazione ministeriale precisa che «L'articolo 17 individua le condotte di riparazione delle conseguenze del reato che permettono all'ente di evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive temporanee. La norma – lo si è anticipato – trasuda chiare finalità specialpreventive, accordando un premio all'ente che pone in essere un comportamento che integra un "controvalore" rispetto all'offesa realizzata. Comportamento successivo all'illecito e da tenere prima dell'apertura del giudizio, che attenua il bisogno di pena, e che, in particolare, controagisce rispetto ai presupposti applicativi delle sanzioni interdittive, annullando la loro carica di disvalore. Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, l'ente non soggiace alle sanzioni interdittive quando concorrono tre condizioni. Le prime due coincidono, in buona parte, con quelle di cui all'articolo 12, comma 2: si tratta, da un lato, delle condotte risarcitorie e riparatorie, da reputarsi integrate anche quando l'ente si sia efficacemente attivato in tal senso (in proposito, si rimanda al commento svolto, supra, per i casi di riduzione della sanzione pecuniaria); dall'altro lato, si richiede che l'ente abbia provveduto ad eliminare le carenze organizzative che hanno determinato il reato, mediante l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi. Tra le condizioni in esame sussiste un'evidente sinergia funzionale: per evitare la sanzione interdittiva che, di regola, tende a paralizzare o a condizionare lo svolgimento dell'attività, non è sufficiente aver eliminato le conseguenze del reato e aver risarcito il danno: il modello di esonero dalla

### 3. Diversioni geografiche

**In questa "notte nera delle vacche nere" l'effetto è che non vi è differenza, se non in termini di maggiore aggravio nella ste-sura del modello rimediabile, tra chi prova a implementare un sistema di compliance idoneo, ma senza successo e chi, invece, spera di non averne mai bisogno.**

Tra le varie ipotesi di studio che si sono susseguite negli ultimi anni in merito all'opportunità di intervenire sul sistema della responsabilità degli enti, anche al fine di incentivare una cultura della compliance quale valore per l'impresa e non quale inutile sovrastruttura, interessanti spunti di riflessione possono essere colti dal dibattito sul se e sul come sia possibile implementare in Italia meccanismi di diversione processuale di stampo anglosassone che negli ultimi anni hanno avuto una crescente applicazione negli Stati Uniti e in Gran Bretagna<sup>6</sup>.

Nell'esperienza statunitense, alla fine dello scorso secolo si è assistito alla

*sanzione interdittiva diventa pienamente cofunzionale agli scopi di tali sanzioni solo se la condotta compensativa post-factum ricomprende anche l'eliminazione del fattore di rischio che ha provocato o agevolato la commissione del reato da cui dipende l'esistenza dell'illecito amministrativo. Di qui la necessità di ri-organizzare l'ente eliminando la causa dell'illecito e curando l'adozione e l'attuazione di efficaci modelli di prevenzione del reato. Come terzo concorrente requisito, si prevede che l'ente metta a disposizione il profitto conseguito. La ratio della disposizione è trasparente: visto che il profitto costituisce, di regola, il movente che ispira la consumazione dei reati, l'inapplicabilità della sanzione interdittiva postula inevitabilmente che si rinunci ad esso e lo si metta a disposizione dell'autorità procedente. In definitiva, le contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e ri-organizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e, pertanto, la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa. Il favore che viene ricollegato alla tenuta di queste condotte è altresì corroborato dalla circostanza, particolarmente significativa, che, anche se vengono tenute oltre il termine previsto, o in seguito alle vicende modificative dell'ente, danno luogo alla conversione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria (v. articolo 78)».*

<sup>6</sup> In Italia la questione è stata affrontata da diversi autori tra i quali: G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *op. cit.*,

esponenziale applicazione di *deferred prosecution agreement* (di seguito DPA) e *non prosecution agreement* (di seguito NPA) – cioè accordi, rispettivamente, per differire o non procedere con l’incriminazione – tanto che, oggi, tali sistemi di diversione processuale appaiono il principale strumento utilizzato nel contrasto alla criminalità economica, anche in ragione della logica del “*too big to jail*”<sup>7</sup> che appare orientare molteplici scelte di politica criminale d’oltreoceano.

**Volendo riassumerne i tratti essenziali, per DPA si intende l’accordo tra pubblica accusa ed ente indagato, soggetto a valutazione giudiziaria, per cui l’ente, al fine di evitare la celebrazione di un procedimento penale avviato nei suoi confronti, si impegna ad intraprendere un percorso che veda il contemporaneo svolgimento di una serie di attività:** l’accettazione dell’addebito mosso pur non equivalente ad una ammissione di colpevolezza (tramite un c.d. *statement of facts* non ritrattabile); condotte di collaborazione con l’autorità inquirente nell’individuare l’autore materiale del reato, anche attraverso la volontaria rinuncia dei *privilege (attorney-client e work product privilege)* così da permettere all’autorità di utilizzare le risultanze delle indagini interne svolte dalla società; implementazione di *compliance program*, preferibilmente sotto la supervisione di un commissario (*monitor*) esterno; pagamento di una sanzione pecuniaria, risarcimento del danno, messa a disposizione della confisca. Rispetto al DPA, l’NPA si colloca in una fase antecedente l’iscrizione della persona giuridica nel registro delle notizie di reato. Può, quindi, definirsi NPA l’accordo stipulato tra autorità inquirente e società indiziata privatamente, ossia in assenza di vaglio giudiziale ponendosi i medesimi prima ancora dell’apertura del procedimento penale<sup>8</sup>.

---

cui sono seguite le riflessioni, tra gli altri, di M. CHILOSI, M. RICCARDI, *La messa alla prova nel processo “231”: quali prospettive per la diversione dell’ente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 47 ss.; F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell’esperienza anglo-americana*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

<sup>7</sup> L’espressione è di Brandon L. Garret, *Too big to jail, How Prosecutors Compromise with Corporation*.

In caso di positivo esito del DPA, che comporta una sospensione del procedimento, la vicenda si conclude con una sostanziale estinzione del reato; se viene positivamente svolto il NPA, il procedimento non viene mai formalmente avviato.

Come è agevole notare, **c’è una certa correlazione tra i requisiti previsti dagli articoli 12 e 17 del Decreto Legislativo 231/2001 rispetto a quelli previsti nei sistemi di diversione processuale**. La differenza è nelle conseguenze: mentre nel sistema italiano tali requisiti comportano una condanna, ma con una pena ridotta, nei sistemi anglosassoni il processo non viene celebrato.

Questa differenza non è di poco rilievo soprattutto se si punta ad una (ri)legalizzazione dell’ente: a prescindere dalla asprezza delle sanzioni, l’emissione di una sentenza di condanna (anche nella forma del patteggiamento) potrebbe condurre l’ente ad una sostanziale ostracizzazione dal circuito economico lecito. A tale riguardo, si pensi, in ottica pubblicistica, alla previsione di cui all’articolo 80 comma 5 lettera Codice degli Appalti, «*Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all’articolo 105, comma 6 qualora: (...) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*». Tale disposizione è stata oggetto di interpretazione dalle linee guida ANAC n. 6 le quali hanno precisato come «*rilevano le condanne esecutive per i reati di seguito indicati a titolo esemplificativo, salvo che le stesse configurino altra causa ostativa che comporti l’automatica esclusione dalla*

<sup>8</sup> Con riferimento al sistema britannico, questo ha introdotto sistemi di diversione processuale nel corso dell’ultimo decennio. La principale differenza rispetto al modello statunitense consiste in: i) introduzione dei soli DPA (quindi in una fase processuale e non precedente) ii) una disciplina positiva *ad hoc* iii) maggiore ruolo affidato al giudice.

*procedura di affidamento ai sensi dell'articolo 80 del codice: (...) reati previsti dal d.lgs. 231/2001»<sup>9</sup>.*

Prescindendo qui da una analisi circa la compatibilità costituzionale tra DPA/NPA e il nostro sistema giuridico, prima tra tutti la tensione da molti evidenziata con l'obbligatorietà dell'azione penale, maggiormente utile appare interrogarsi su quale spazio potrebbe essere concesso a meccanismi di recupero della legalità dell'ente che, deviando dalla dinamica illecito-processo-sanzione, valorizzano un percorso di rientro nel paradigma della legalità.

#### 4. Narrativa giudiziaria

In assenza di una disciplina positiva in merito, sono sostanzialmente due le strade "creative" fino ad ora percorse.

**Una prima ipotesi è legata al sempre maggiore ricorso alla contestazione nei confronti dell'ente ai sensi dell'articolo 8 del Decreto Legislativo 231/2001, quindi in assenza di identificazione della persona fisica autore del reato:** non tanto per l'effettiva impossibilità dell'identificazione dell'esponente aziendale responsabile, ma quanto per la dimostrata attitudine di tali contestazioni a tramutarsi, già nel corso delle indagini, in richieste congiunte di applicazione della pena.

L'attrattività di tali strumenti per persone fisiche ed ente è evidentemente tutta sbilanciata verso i primi che, attraverso un patteggiamento "tombale" raggiunto dall'ente, vedranno scongiurato il rischio di maggiori approfondimenti investigativi<sup>10</sup>.

Con riferimento alle sorti dell'ente, questa soluzione non risolve il problema di evitare una sentenza, quella di patteggiamento, equivalente ad una condanna. Non potrebbe, peraltro, essere diversamente in quanto, se si addivenisse ad una archiviazione, verrebbe meno il titolo giuridico per disporre la confisca del profitto che, in tale

tipologia di accordi, è il criterio trainante (rispetto alla riorganizzazione societaria che, seppur presente, pare avere valore meno determinante nella dinamica negoziale).

Per questa ragione, tale soluzione appare maggiormente applicabile a realtà societarie non coinvolte in gare d'appalto/ottenimento di commesse pubbliche – e, pertanto, meno impattate dalla disciplina dell'articolo 80 del Codice degli Appalti – ovvero con sede, e principali interessi economici, all'estero.

Una seconda ipotesi attiene all'applicazione, nei confronti delle persone giuridiche, della sospensione del processo con messa alla prova.

Tale istituto, mutuato dalla legislazione minorile ed introdotto per gli adulti nel 2014, permette alle persone fisiche di estinguere il reato per il quale si procede (reati non particolarmente gravi) attraverso la sottoposizione ad un programma trattamentale, sotto la supervisione dell'UEPE (Ufficio esecuzione penale esterna), che comprenda lo svolgimento di un lavoro di pubblica utilità, a titolo gratuito e a favore della collettività, nonché la piena riparazione delle conseguenze dannose che siano scaturite dal reato.

La messa alla prova è formalmente assente nel sistema del Decreto Legislativo 231/2001. Ci si domanda, pertanto, se l'applicazione di tale istituto possa derivare dall'articolo 34 secondo il quale, nel procedimento *de societate*, si osservano, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale.

Nella giurisprudenza di merito sono salite agli onori della cronaca tre vicende giudiziarie che, a fronte di analoghe istanze di sospensione del procedimento, hanno avuto esiti diversi.

Nel gennaio 2017, il tribunale di Milano dichiarava inammissibile l'istanza di sospensione del procedimento avanzata dalla

<sup>9</sup> Linee guida n. 6, di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lett. c) del Codice».

<sup>10</sup> Per una analisi approfondita, J.P. CASTAGNO, *L'accusato "fantasma" di cui all'articolo 8 Decreto Legislativo n. 231/2001: distorsioni applicative vs possibili letture costituzionalmente orientate e prospettive di riforma*, in questa rivista, 2020.

difesa di una persona giuridica. La motivazione prendeva le mosse dall'assenza – nel codice penale, in quello di procedura penale e nel Decreto Legislativo n. 231/2001 – di una specifica disciplina, non potendosi ovviare a tale vuoto attraverso l'articolo 34. Ciò, in ragione del fatto che il rispetto del principio della riserva di legge in materia penale impedirebbe la applicazione analogica di una sanzione, quella del lavoro di pubblica utilità, condizione essenziale della messa alla prova, non prevista nel sistema della responsabilità degli enti.

Di segno diametralmente opposto, invece, le recenti ordinanza e sentenza del GIP di Modena rispettivamente del dicembre 2019 e dell'ottobre 2020. In questa occasione, l'Autorità giudiziaria, escluso il proscioglimento ai sensi dell'articolo 129 Codice Procedura Penale e svolta la prognosi favorevole di "rilegalizzazione" dell'ente, ha ammesso quest'ultimo all'esecuzione del programma di trattamento proposto consistente nei seguenti elementi: i) eliminazione degli effetti negativi dell'illecito; ii) risarcimento dei soggetti danneggiati; iii) potenziamento della *compliance* interna soprattutto in relazione alle aree nell'ambito delle quali il reato era stato commesso; iv) svolgimento di una attività di volontariato in favore di un organismo religioso. Verificato il corretto svolgimento di tali adempimenti, il giudice dichiarava estinto il reato.

**La querelle è stata arricchita dalla recentissima ordinanza dello scorso 10 dicembre 2020 del GIP di Bologna:** pur se affine nell'epilogo rispetto alla pronuncia milanese del 2017, la pronuncia seguiva un percorso argomentativo completamente differente<sup>11</sup>. L'inammissibilità della richiesta avanzata dall'ente non trovava ragione in preclusioni sostanziali di applicazione analogica di pene non previste per l'ente – non ritenendo, diversamente dal caso del 2017, che i lavori di pubblica utilità avessero natura sanzionatoria – ma nella **essenza marcatamente personalistica dell'istituto della messa**

**alla prova** che, laddove applicato nei confronti di un ente, vedrebbe fortemente limitata la propria funzione special-preventiva, riparativa, conciliativa e rieducativa.

In particolare, sarebbero inapplicabili all'ente il giudizio prognostico sull'astensione dalla commissione di nuovi reati in futuro (articolo 464-*quater*, comma 3, Codice Procedura Penale), il coinvolgimento dell'imputato, nonché del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita, nel processo di reinserimento sociale (articolo 464-*quater*, comma 3, Codice Procedura Penale) e l'affidamento ai servizi sociali per lo svolgimento del programma trattamentale (articolo 168-*bis* Codice Penale).

Se la prima pronuncia meneghina appare caratterizzata da un eccessivo formalismo che, pur se a difesa del principio di legalità della pena, finisce con andare in direzione opposta rispetto agli interessi dell'ente richiedente l'applicazione di tale rito speciale, i due più recenti arresti sul tema appaiono entrambi cogliere le principali criticità dell'attuale sistema.

**L'innovativa decisione modenese, salutata con favore dai primi commentatori<sup>12</sup>, ha il merito di aver dato nuovo lustro ad un istituto, quello della messa alla prova, la cui assenza nel procedimento nei confronti degli enti appare una lacuna difficilmente giustificabile:** per quale motivo l'ente può essere sottoposto a procedimento, chiedere che tale procedimento possa essere deciso allo stato degli atti e addirittura rinunciare a difendersi chiedendo l'applicazione di una sanzione, ma al medesimo ente non è consentito di prendere parte ad un percorso di affidamento sotto la supervisione del giudice? È difficile negare che la previsione di specifici meccanismi di recupero della legalità dell'ente possano offrire maggiori benefici, in termini di prevenzione speciale e generale, rispetto alla semplice possibilità di raggiungere accordi sul *quantum* della pena (e della confisca).

<sup>11</sup> L. N. MEAZZA, *Messa alla prova e persone giuridiche: una nuova pronuncia del Tribunale di Bologna*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 12.

<sup>12</sup> G. GARUTI, C. 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.

**Tuttavia, neppure tale modalità di estensione giudiziale della *probation* può dirsi esente da criticità.** Non solo perché, come sottolineato dal GIP di Bologna, in tal modo si introdurrebbe per via giurisprudenziale un nuovo istituto, affidando al giudice l'individuazione dei relativi presupposti sostanziali e processuali, quanto piuttosto per le difficoltà di adattare un sistema nato per la "ri-socializzazione" dell'individuo a fornire risposte soddisfacenti, ulteriori rispetto a meccanismi strettamente risarcitori, ad esigenze di "rilegalizzazione" dell'ente.

In particolare, due appaiono, a parere di chi scrive, le principali questioni.

Prevedere che l'ente svolga lavoro di pubblica utilità, anche laddove si ritenesse tale incumbente compatibile con la natura di soggetto collettivo, appare una forzatura interpretativa che rischia di far perdere concretezza al principale momento nel quale si declina il percorso di recupero della legalità caratterizzante l'istituto.

Inoltre, le professionalità che ad oggi sono chiamate alla redazione e al monitoraggio dei programmi trattamentali – gli assistenti sociali in forza all'UEPE – sono sprovviste della formazione idonea per accompagnare l'ente in un processo di riorganizzazione virtuosa. In questo modo, al netto del monitoraggio circa il corretto svolgimento del lavoro di pubblica utilità, difficilmente la relazione conclusiva del programma potrà cogliere se, all'esito della prova, l'ente sia effettivamente intervenuto sui *deficit* organizzativi che hanno permesso la commissione del reato.

Per modo che il fulcro dell'istituto, così come giudizialmente costruito, rischia di appiattirsi al *restyling* del modello organizzativo, il cui positivo esito sarà determinato dal giudice con la sentenza, assottigliando le differenze tra i presupposti dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova e delle mitigazioni sanzionatorie di cui agli articoli 12 e 17 Decreto Legislativo n. 231/2001.

## 5. Conclusioni

Quale utilità deriverebbe dall'introdurre nel nostro ordinamento sistemi di diversione processuale per le persone giuridiche sulla scia dei *deferred prosecution agreement* e *non prosecution agreement*?

Riprendendo la domanda posta in premessa, pensare ad una riforma che introduca nel nostro sistema forme di diversione processuale per l'ente potrebbe fornire una risposta da alcune problematiche evidenziate nei precedenti paragrafi.

In primo luogo, si potrebbe creare una differenziazione tra imprese completamente prive di un sistema di compliance interno o che ne abbiano uno solo di facciata e imprese che siano dotate di un modello di organizzazione e controllo effettivo che, tuttavia, si sia rivelato non idoneo nel caso specifico oggetto di procedimento. In tale modo si porrebbe un argine alla "fuga dalla prevenzione" creando una effettiva gradazione di esiti: i) esenzione di responsabilità per quelle imprese che abbiano implementato ed efficacemente attuato un modello organizzativo idoneo; ii) esenzione di responsabilità, ma solo all'esito della messa alla prova, per quelle imprese che abbiano implementato ed attuato un modello "effettivo", seppur rivelatosi inidoneo; iii) possibilità di riduzione delle sanzioni, a seguito dell'implementazione di un modello rimediabile, per tutti gli altri<sup>13</sup>.

In secondo luogo, una puntuale definizione di presupposti, modalità di esecuzione e strumenti della messa alla prova per l'ente fornirebbe risposte "su misura" a fronte delle ormai crescenti richieste da parte di enti di prendere parte ad un percorso di *probation*.

In particolare, mantenendo il ruolo dell'assistente sociale nella messa alla prova delle persone fisiche, nel procedimento per gli enti potrebbe essere introdotta una nuova figura professionale, dotata di specifiche competenze aziendalistiche, quale soggetto, privo di poteri gestori, con compiti di monitoraggio sul corretto adempimento delle prescrizioni organizzative imposte dal giudice con l'ordinanza di ammissione della

<sup>13</sup> G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *op. cit.*, 17.

messa alla prova. Una tale figura di “controllore”, pur ispirata al *monitor* presente nei DPA ed NPA, non pare nuova nel nostro sistema che, per esempio nel controllo

giudiziario ai sensi del Decreto Legislativo n. 150/2011, già conosce situazioni di “affiancamento” dell’imprenditore.

## Bibliografia

1. D’Acquarone V., Roscini Vitali R., *Responsabilità penale dell’ente, tra mito e realtà*, in questa rivista, 2020.
2. Castagno J.P., *L’accusato “fantasma” di cui all’articolo 8 Decreto Legislativo n. 231/2001: distorsioni applicative vs possibili letture costituzionalmente orientate e prospettive di riforma*, in Questa Rivista, 2020.
3. Chilosi M., Riccardi M., *La messa alla Prova nel processo “231”: quali prospettive per la diversion dell’ente*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2017.
4. Fidelbo G., Ruggiero R.A., *procedimento a carico degli enti e messa alla prova un possibile itinerario*, in Rivista231, 2016.
5. G. Garuti, C. 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.
6. Mazzacuva F., *La diversione processuale per gli enti collettivi nell’esperienza anglo-americana*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2016.
7. L. N. Meazza, *Messa alla prova e persone giuridiche: una nuova pronuncia del Tribunale di Bologna*, in Giurisprudenza Penale Web, 2020, 12.



mercato polacco Berlino 1989

Meazza

© Massimo Golfieri – Berlin, Brandenburger Tor 1989