

Osservatorio sulla responsabilità penale degli enti

CIRO SANTORIELLO

Cause di non punibilità, cause di estinzione del reato e processo alle società

Il lavoro esamina le possibili soluzioni alternative del processo de societate, verificando se e con quali criticità le diverse figure di estinzione del reato o i benefici concessi alle persone fisiche imputate nel processo penale possano trovare applicazione anche agli enti nell'ambito del giudizio ex d.lgs. n. 231 del 2001.

Causes of non-punishment, causes of extinction of the crime and trial of companies

The work examines the possible alternative solutions of the de societate process, verifying whether and with which criticalities the various figures of extinction of the crime or the benefits granted to the natural persons accused in the criminal trial can also be applied to entities in the context of the judgment pursuant to Legislative Decree . n. 231 of 2001.

SOMMARIO: 1. Le nuove cause di non punibilità ed il silenzio del legislatore circa la loro estensione agli enti collettivi - 2. Cause di non punibilità, *restorative justice* e compatibilità con il sistema sanzionatorio delle società - 3. La previsione dell'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001 ed il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente - 4. Cause di non punibilità della persona fisica, cause di estinzione del reato e responsabilità da delitto degli enti collettivi. Considerazioni generali - 5. La particolare tenuità del fatto. La posizione della giurisprudenza e della dottrina - 6. *Segue*. ... e nostre considerazioni - 7. La messa alla prova - 8. *Segue*: Qualche riflessione fra considerazioni de iure condendo.... - 9. *Segue*. ... e gli insegnamenti di esperienze straniere - 10. La collaborazione processuale - 11. *Segue*. Le investigazioni interne all'ente in U.S.A. e Gran Bretagna - 12. *Segue*. Qualche considerazione finale. La rilevanza (di fatto) delle investigazioni interne all'ente - 13. L'oblazione - 14. Remissione di querela e l'estinzione del reato per condotte riparatorie ex art. 162 *ter* c.p. - 15. La sospensione condizionale della pena.

1. *Le nuove cause di non punibilità ed il silenzio del legislatore circa la loro estensione agli enti collettivi.* Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 231 del 2001, il legislatore ha introdotte ulteriori e nuove forme di cause di non punibilità - come la particolare tenuità del fatto *ex* art. 131-*bis* c.p., la messa alla prova *ex* art. 168 c.p., la collaborazione processuale di cui all'art. 323 *ter* c.p., ecc. -, decisamente innovative rispetto alla natura ed alla funzione delle precedenti ipotesi di analoga natura già presenti nel nostro ordinamento. Come sottolineato criticamente da diversi autori, a queste riforme che hanno interessato il diritto penale delle persone fisiche non ha fatto seguito alcuna riflessione del legislatore circa la possibilità di riferire tali previsioni di favore anche agli enti collettivi con riferimento alla loro responsabilità *ex* d.lgs. n. 231 del 2001¹ sicché spetta all'interprete verificare se (e quali) di queste ipotesi di non

¹ VARRASO, *Autonomia del sistema sanzionatorio a carico dell'ente nel d.lg. n. 231 del 2001 e non punibilità del reato presupposto*, in *Riv. Resp. Anni. Enti*, 1/2020, 22.

punibilità possono operare anche con riferimento alle società: come è stato detto, “dopo la *colpevolezza* di organizzazione è venuto il tempo di indagare la *punibilità* di organizzazione”².

Nell'esaminare tale problematica vanno premesse due riflessioni di carattere generale. Da un lato, deve prendersi in esame il dettato di cui all'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001, giusto il quale “1. la responsabilità dell'ente sussiste anche quando: a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia. 2. Salvo che la legge disponga diversamente, non si procede nei confronti dell'ente quando è concessa amnistia per un reato in relazione al quale è prevista la sua responsabilità e l'imputato ha rinunciato alla sua applicazione”. Tale disposizione segna, secondo un'opinione consolidata, il principio di autonomia della responsabilità dell'ente rispetto alla persona fisica autrice del reato presupposto³; si tratta senz'altro, come vedremo, di un profilo essenziale nell'affrontare il problema alla nostra attenzione ma l'esame di questa disposizione - che raccoglie e disciplina situazioni fortemente eterogenee⁴ - non pare condurre a soluzioni ultimative ed infatti la stessa risulta essere richiamata tanto da chi esclude che le cause di non punibilità di nuovo conio abbiano ad intersecarsi con il d.lgs. n. 231 del 2001 quanto da chi accede alla soluzione opposta.

Un'altra impostazione, invece, affronta l'argomento che ci interessa soffermandosi sulla ricostruzione della *ratio* e della natura delle cause di non punibilità, verificando se alla luce di questi aspetti sia possibile ampliare la sfera di applicazione delle relative previsioni anche agli enti collettivi nonostante il silenzio serbato sul punto dal legislatore. Anche in questo caso, tuttavia, occorre confrontarsi con l'ambiguità della categoria penalistica della punibilità⁵ e con la varietà di ragioni che sottostanno ai diversi interventi normativi che hanno condotto all'introduzione nel nostro ordinamento penale delle nuove

² CONSULICH, *Punibilità di organizzazione. Possibilità e limiti dell'astensione dalla punizione per l'ente colpevole*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, 277.

³ Su tale principio, *ex multis*, D'ARCANGELO, *Il principio di autonomia della responsabilità degli enti*, in *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231 del 2001 fra diritto e processo*, (a cura di PIVA), Torino 2021, 308; MANCUSO, *Art. 8*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO, Milano 2019, 352; CONSULICH, *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. Prospettive di riforma dell'art. 8*, in *Riv. Res. Amm. Enti*, 4/2018, 2000; BELLACOSA, *Art. 8*, in LEVIS - PERINI (a cura di), *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza*, Bologna 2020, 308.

In giurisprudenza, Cass., sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 2251, in *Cass. Pen.*, 2011, 2539.

⁴ GIUNTA, *L'ente non punibile. Prendendo spunto dall'evasione fiscale riparata*, in *Riv. Res. Amm. Enti*, 4/2020, 16.

⁵ CONSULICH, *Punibilità di organizzazione*, cit. 277

cause di esenzione nel corso di questi ultimi anni.

Riteniamo dunque che la risposta al quesito circa l'estensione agli enti collettivi di cause di non punibilità che il legislatore riferisce in via esclusiva alle persone fisiche non possa essere unitaria e valida per tutte le clausole di esenzione in discorso ma si debba procedere ad un esame di ogni singola previsione. Nonostante ciò, prima di esaminare le singole ipotesi, ci è sembrato opportuno soffermarsi sui due aspetti ora menzionati - per l'appunto l'interpretazione dell'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001 e la definizione della *ratio* e delle finalità dell'istituto della non punibilità - che in ogni caso finiscono per condizionare o quanto meno indirizzare la risposta circa la compatibilità fra le singole cause di esenzione dalla sanzione e la colpevolezza dell'ente, rappresentando le principali ragioni richiamate a sostegno di una o dell'altra posizione.

2. *Cause di non punibilità, restorative justice e compatibilità con il sistema sanzionatorio delle società.* Volendo procedere alla ricostruzione in termini unitari e soddisfacenti della categoria delle cause di non punibilità occorre riconoscere che si tratta di opera tutt'altro che agevole. Siamo in presenza, infatti, di una "curiosa *no man's land* dogmatica priva di una connotazione stabile e di principi guida, variamente ispirata a ragioni di convenienza e opportunità politico-criminale. Essa assume rilevanza proprio quando manca: più che affermare «in positivo» i presupposti di applicazione della sanzione penale, il *proprium* della nozione si apprezza «in negativo», quando ci si imbatte nei variegati fenomeni che impediscono o condizionano l'infrazione della pena⁶.

Ciò posto, se è vero che all'interno di questa nozione indistinta rientrano una pluralità di istituti, la gran parte dei quali accomunati solo dalla capacità di interrompere la sequenza reato-pena⁷, è innegabile che in relazione alle cause di non punibilità introdotte recentemente nel nostro sistema penale debba riconoscersi come decisamente prevalente la logica deflattiva del diritto penale con una valorizzazione del suo carattere sussidiario e di *extrema ratio*⁸.

⁶ CONSULICH, *Punibilità di organizzazione*, cit. 278.

Sottolinea l'ambiguità della categoria penalistica della punibilità, altresì ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 1990, 59.

⁷ Nel senso che vi sono diverse concezioni a fondamento della figura della non punibilità, da ultimo, DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016; ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità*, Bologna, 2009.

⁸ In questo senso, PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 542; SPADANO, *Le recenti ipotesi di condotte riparatorie post delictum: verso un progressivo ripensamento della giustizia criminale in chiave riparativa*, in *questa Rivista*, 2020, 1.

L'attivismo del legislatore su questo fronte è in effetti una risposta alle criticità derivanti dall'ampliamento (peraltro ancora riscontrabile) della sfera del diritto penale, con l'emersione di nuove forme di incriminazione introdotte per venire incontro alle domande di repressione espresse dalla collettività; questo "panpenalismo"⁹, infatti, ha finito per determinare di fatto una paralisi della giustizia penale, chiaramente inadeguata a perseguire efficacemente le molteplici ipotesi di comportamento cui (incautamente) il legislatore ha attribuito rilevanza penale ed in questo quadro storico il ricorso alla categoria della non punibilità è stato funzionale ad tentativo di legittimazione del diritto penale giacché la formulazione in termini generali ed astratti di cause di non punibilità ha consentito di giustificare la mancata punizione di illeciti (non riconoscendo l'impossibilità in fatto ad agire in tal senso, ma) che, pur se conformi al tipo, sono comunque ritenuti non meritevoli di sanzione per le più varie ragioni¹⁰.

Va tuttavia riconosciuto che il legislatore con il ricorso all'istituto della non punibilità – accanto alla finalità sopra descritta, che presumibilmente si riconnette ad esigenze che non rilevano allorché si voglia verificare la possibilità di applicare la singola causa di esenzione da sanzione anche agli enti collettivi¹¹ – ha inteso perseguire altresì l'“obiettivo di ridefinizione dei conflitti sociali, sottesi al reato, attraverso il ricorso a modelli sanzionatori non più repressivi ma riparativi”¹² – profilo questo, come vedremo, invece assai rilevante nell'ottica del d.lgs. n. 231 del 2001. In effetti, diverse delle cause di non punibilità di recente introduzione (in particolare la messa alla prova nonché l'ipotesi di cui all'art. 162 *ter* c.p.) presentano caratteri riconducibili agli istituti

Sottolinea l'ambiguità della categoria penalistica della punibilità, ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 1990, 59.

Secondo CONSULICH, *Punibilità di organizzazione. Possibilità e limiti dell'astensione dalla punizione per l'ente colpevole*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, 277.

⁹ MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano 2004, 12.

¹⁰ PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., 278, secondo cui “persa la battaglia sul terreno della sua legittimazione, il sistema ha assegnato, così, alla punibilità il compito di contenere il dilavamento: le ipotesi di non punibilità sopravvenuta e di riduzione/trasformazione della risposta punitiva riversano paradigmi funzionalmente diversificati, che, tuttavia, non paiono in grado di limitare efficacemente le ragguardevoli e preoccupanti slabbrature del sistema penale”.

Nello stesso senso, CONSULICH, *Punibilità di organizzazione*, cit. 281.

¹¹ Chiaro, infatti, che, in ragione dei numeri certo non particolarmente rilevanti dei processi verso le società ed in considerazione del fatto che gli stessi per la gran parte dei casi si svolgono parallelamente al giudizio nei confronti della persona fisica, il vantaggio deflazionistico derivante da un'estensione delle cause di punibilità anche al sistema della responsabilità da reato delle persone giuridiche sarebbe assai limitato.

¹² PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., 243

della cd. *Restorative Justice*, intesa come paradigma di risposta al reato idonea a superare la logica esclusivamente retributiva della sanzione, abbandonando i presupposti teorici fondanti i modelli tradizionali della pena¹³.

L'idea è quella di contrapporre a un sistema basato su modalità sanzionatorie afflittive un paradigma che ponga al centro la vittima e, in relazione ad essa, sviluppi istanze di riconoscimento, risarcimento e riparazione, perseguendo una sorta di umanesimo della giustizia; al carattere assoluto della sanzione in funzione retributivo o general-preventivo subentra quello della processualità della pena, vista come punto di partenza di un più generale trattamento di risocializzazione del condannato. Nasce così l'idea di una giustizia riparativa, alla cui origine vi sono: a) l'insoddisfazione per gli esiti della pena detentiva, legata alla scarsa effettività di essa; b) la perdita di legittimazione delle sanzioni carcerarie, soprattutto allorché determinano frizioni con il «sistema» dei diritti umani (anche nell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo); c) il disconoscimento o la svalutazione, da parte del sistema penale, del ruolo della vittima e dei suoi diritti di accesso alla giustizia¹⁴. Nella giustizia riparativa si va dunque oltre la logica del castigo, proponendo di considerare il reato non più come una condotta che lede l'ordine sociale ma come un comportamento deleterio che provoca alla vittima sofferenza e dolore e che sollecita il reo ad attivarsi con forme di riparazione dell'oltraggio causato; si sposta l'attenzione dal chi e quanto merita di essere punito al chi e come

¹³ In proposito, senza pretesa di completezza, MANNOZZI - LODIGIANI, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, 2015; ID., *La giustizia riparativa. Formanti, metodi e parole*, Torino, 2017; SESSA, *La giustizia riparativa nell'ordinamento penale italiano*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2019, 10; TRIGGIANI, *La dellazione giudiziaria*, Torino, 2014; GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Crit.dir.*, 2007, 1, 92; DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 923. Si veda anche il dibattito *Note di diritto straniero e comparato - Speciale: La Giustizia Riparativa nella prospettiva comparata*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 560, con articoli di STENDARDI, SPRICIGO, DELLA TORRE, MANCUSO, GASPARINI.

¹⁴ Gli esordi della *Restorative Justice* vengono comunemente fatti risalire agli ultimi anni del Novecento, nei paesi di lingua inglese (ROBERTS, *Restorative Justice*, in VON HIRSCH, ASHWORTH E ROBERTS, *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, Portland, 2009), in cui si tenta di elaborare un modello di giustizia atto a coinvolgere reo, vittima e comunità nella ricerca di soluzioni al conflitto, al fine di promuovere la riparazione del danno, la riconciliazione tra le parti il rafforzamento del senso di sicurezza, anche se non possono dimenticarsi gli studi, in Italia, alla fine dell'Ottocento, frutto dell'elaborazione della Scuola Positiva, che ha avuto il merito di spostare l'attenzione dal reato astrattamente considerato al delinquente e alla vittima. Sono da ricordare, in particolare, gli studi e l'opera di Raffaele Garofalo (GAROFALO, *Riparazione alle vittime del reato*, Torino, 1887; ID., *Criminologia*, Torino, 1885), giudice e criminologo, il quale, rifacendosi alle teorie del filosofo Herbert Spencer, ravvisava nella coazione al lavoro il mezzo pratico per riparare il danno, specie a fronte dell'insolubilità del condannato.

è stato lesa e cosa può esser fatto per riparare il danno. La riparazione viene intesa in senso più ampio e responsabilizzante rispetto al mero risarcimento economico, essendo concepita in relazione ai concreti bisogni e responsabilità individuali e collettivi nonché agli obiettivi di reintegrazione della vittima e dell'autore del reato e di ricostruzione del rispetto dei beni giuridici offesi dal reato, per una maggiore sicurezza sociale.

Sono innegabili le analogie fra questa innovativa impostazione ed il sistema sanzionatorio presente nel d.lgs. n. 231 del 2001¹⁵. Da un lato, le pene previste da questo testo normativo in caso di dichiarazione di responsabilità dell'ente sono significativamente severe – specie considerando le possibili misure interdittive, i cui effetti possono essere “anticipati” con l'adozione del relativo provvedimento cautelare –, dall'altro, tuttavia, sono previsti significativi benefici per la società (fino al punto da escludere l'applicazione della sanzione interdittiva pur prevista in sede edittale) quando ricorrono condotte riparatorie, consistenti nel risarcimento del danno, nella eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, nella eliminazione delle carenze organizzative che hanno reso possibile la commissione del reato e nella messa a disposizione del profitto. Il favore accordato al descritto modello compensativo, inoltre, è tale che ad esso viene riconosciuto un rilievo addirittura trasversale, potendo esplicare i suoi effetti già nella fase procedimentale (evitando l'applicazione di una misura interdittiva in sede cautelare, a norma dell'art. 49 d.lg. n. 231 del 2001) come pure in quella esecutiva (la realizzazione tardiva delle condotte riparatorie, di cui all'art. 17, può comunque dare luogo, ai sensi dell'art. 78, alla conversione della sanzione interdittiva in una sanzione pecuniaria che si aggiunge a quella originariamente inflitta).

Come si legge nella *Relazione governativa di accompagnamento del decreto*, “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”. In sostanza, il comportamento *post delicto* dell'ente non determina una rinuncia della pretesa punitiva da parte dello Stato, ma la sanzione presenta connotati assai diversi rispetto a quelli presenti nella previsione incriminatrice giacché si registra una sensibile attenuazione della sanzione pecuniaria e, soprattutto, è esclusa l'applicabilità delle sanzioni interdittive: “l'orditura di un siffatto premio è agevole da decifrare: si muove in un orizzonte criminologico ben perimetrato e, attraverso l'operare di plurime contro-azioni compensative, determina una

¹⁵ STENDARDI, *Disposizioni del D. Lgs. 231/2001 a matrice riparativa e possibili intrecci con gli strumenti tipici della Restorative Justice*, in www.giurisprudenzapenale.it.

riduzione *ex post* della caratura lesiva dell'illecito dell'ente. Il *post-fatto* si staglia come un controvalore idoneo a compensare il disvalore oggettivo e soggettivo del fatto. La riduzione delle sanzioni appare dunque cofunzionale agli scopi delle stesse, perché orientata sul bene giuridico protetto e vicina a quest'ultimo¹⁶.

Quali siano le conseguenze che da queste considerazioni possono trarsi con riferimento alla possibile applicazione anche nei confronti degli enti delle diverse cause di non punibilità lo si dirà in seguito. Può fin d'ora anticiparsi che se, da un lato, l'affinità e le analogie fra alcune delle nuove cause di punibilità e la valorizzazione del comportamento successivo al delitto che contraddistingue il sistema sanzionatorio previsto per gli enti collettivi possono indirizzare nel senso di applicare a quest'ultime anche le norme di favore specificatamente previste solo per i primi, diversi autori e la giurisprudenza sottolineano come le ipotesi di *restorative justice* previste per le società siano solo quelle di cui ai citati artt. 12 e 17 d.lg. n. 231 del 2001 senza che sia possibile (o necessario) richiamare le nuove ipotesi introdotte dal legislatore.

3. *La previsione dell'art. 8 d.lg. n. 231 del 2001 ed il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente.* La seconda riflessione di carattere generale inerente alla possibile applicazione alle società di cause di non punibilità riferite dal legislatore alle sole persone fisiche può essere condotta richiamando il contenuto dell'art. 8 d.lg. n. 231 che, come detto, sancisce il principio di autonomia (della responsabilità) della persona giuridica rispetto alla colpevolezza per il reato presupposto¹⁷. L'art. 8 rappresenta senz'altro uno degli elementi maggiormente innovativi e pregnanti l'intera disciplina della responsabilità delle persone giuridiche¹⁸ giacché chiarisce come quello dell'ente sia un titolo autonomo di responsabilità, anche se presuppone comunque la commissione di un reato: come sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità¹⁹ e dalla stessa Corte costituzionale²⁰, la responsabilità della persona giuridica, sia pur connessa alla realizzazione di un delitto da parte di un singolo soggetto, è diffe-

¹⁶ PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., 283.

¹⁷ Oltre agli autori citati in precedenza, MONGILLO, *La responsabilità penale fra individuo ed ente collettivo*, Torino 2018, 343; CONSULICH, *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. prospettive di riforma dell'art. 8*, in *Riv. Resp. Anm. Enti*, 4/2018, 197; SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2/2020, 189.

¹⁸ Tale importanza è sottolineata in sede di *Relazione governativa di accompagnamento*, par. 4.

¹⁹ Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2011, in *Cass. Pen.*, 2011, 2539. Nel medesimo senso si è espressa Cass., Sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 3786.

²⁰ Corte cost., n. 218 del 2014.

rente dalla responsabilità addebitabile a quest'ultimo in quanto fondata sulla colpevolezza propria dell'ente stesso ed ancorché il reato costituisca l'elemento qualificante e legittimante il riconoscimento della responsabilità dell'ente, le vicende che ne determinano la concreta punibilità, a partire dalla stessa individuazione e imputabilità dell'autore materiale del fatto (e dunque alla possibilità di accertare la sua colpevolezza), non devono riguardare la persona giuridica, in quanto relative a situazioni soggettive della persona fisica (si pensi al difetto di imputabilità o alla morte), all'adozione di strategie processuali (ad esempio il patteggiamento o l'oblazione) o alle altre eventuali vicende estintive (quali la sospensione condizionale della pena, il perdono giudiziale o la prescrizione). La disposizione, si badi, «non è idonea a fondare un terzo paradigma di imputazione», ma, più semplicemente, ad affermare in astratto il permanere della responsabilità dell'ente rispetto alle vicende punitive riguardanti il singolo.

La dottrina – seppur divisa tra chi ha attribuito alla norma «una inaspettata funzione preventiva d'avanguardia»²¹ e chi invece ha parlato di «una sopravvalutazione del ruolo rivestito dall'art. 8 nella complessiva architettura del sistema di responsabilità da reato delle persone giuridiche»²² – ha nel complesso accolto positivamente la soluzione normativa adottata dal legislatore del 2001. Si è infatti posto l'accento, da un lato, sulle marcate differenze tra il sistema punitivo delle persone fisiche e quello degli enti, che consentirebbe di sanzionare quest'ultimo anche solo in presenza di un fatto tipico del soggetto apicale o subordinato, indipendentemente dalla sua concreta rimproverabilità²³, e, dall'altro, sulla natura parcellizzata e potenzialmente anche protratta nel tempo della condotta illecita, caratteristiche cui si accompagnano inevitabili difficoltà probatorie superabili soltanto valutando il complessivo orientamento dell'ente verso l'illecito dedotto dall'insieme delle condotte poste in essere dai suoi esponenti²⁴. Pur potendosi ricostruire in questi termini unitari

²¹ CONSULICH, *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. Prospettive di riforma dell'art. 8*, in *Riv. Resp. Amm. Enti*, 4/2018, 221. Nello stesso senso DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 231/2001*, Milano 2010, 139 che considera la norma «una delle scelte più ardite, ma anche più qualificanti della nuova disciplina».

²² DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO (eds.), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008, 204. In questi termini anche FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti*, cit., 487.

²³ BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta... o forse mai esistita*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 marzo 2016

²⁴ SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione*, cit., 192.

la *ratio* dell'art. 8, la disposizione presenta comunque profili di scarsa chiarezza²⁵ anche perché è una norma a più disposizioni, che regola fattispecie diverse di responsabilità "a titolo autonomo" dell'ente ed è quindi destinata ad integrare diverse e disomogenee tipologie di carenza di corresponsabilizzazione della persona fisica per un reato-presupposto che sarà autonomamente imputato all'ente. In primo luogo, va osservato come le ipotesi in cui ai sensi del citato art. 8 si deve procedere nei confronti della sola persona giuridica (e non di chi abbia commesso il delitto presupposto) abbiano una connotazione assai diversa fra loro: mentre le previsioni della lett. b) del comma 1 abbracciano una serie innominata, ma identificabile, di ipotesi di estinzione del reato (amnistia esclusa) e presuppongono, pertanto, un reato perfetto in ciascuno dei suoi elementi costitutivi (tipicità, antigiuridicità e colpevolezza), la lettera a) del comma 1 dello stesso articolo fa riferimento all'ipotesi in cui non sia stato identificato l'autore del delitto ovvero lo stesso non sia imputabile.

In secondo luogo, non solo sono diverse le ipotesi di autonoma punibilità dell'ente ma anche la *ratio* delle stesse pare divergere profondamente. Pochi problemi pone la previsione della lettera b) che individua una soluzione omogenea al dettato dell'art. 182 c.p. – fornita di significativa coerenza laddove si aderisca alla tesi, formulata inizialmente ma tuttavia ora assolutamente recessiva, dell'illecito dell'ente alla stregua di un paradigma riconducibile alla fattispecie plurisoggettiva concorsuale²⁶ – per cui nel caso di un reato-presupposto, integrato in tutti i suoi elementi costitutivi, ma estinto, la permanente corresponsabilizzazione dell'ente corrisponde alla generale disciplina dell'operatività delle cause estintive, guidata dal principio di personalità. Assai più controversia invece appare la ragion d'essere dell'ipotesi normativa della lettera a), in cui l'autonomia della responsabilità dell'ente è riconosciuta in presenza di un modello incompleto di illecito penale in quanto o il responsabile del delitto presupposto della condanna della società è persona non imputabile o lo stesso non è stato identificato e quindi in questo senso "di fatto" non punibile e non punito; in questo senso l'autonomia della responsabilità dell'ente consente di riconoscere la colpevolezza dello stesso "indipendente[mente] da un reato 'perfetto' e dall'accertamento del suo autore individuale

²⁵ Parla di "*mysterium* per l'interprete", MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., 343.

²⁶ PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di PALAZZO, Padova, 2003, 17; GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. It. Dir. Pen. Ec.*, 2006, 6.

Il modello imperniato sulla fattispecie plurisoggettiva ha trovato accoglienza in Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1746.

[ed] allo scopo di riferire alla colpevolezza di organizzazione il ruolo fondativo dell'illecito, a discapito del fatto-reato di commissione, si rinuncia a richiedere che quest'ultimo debba essere munito di tutti i suoi elementi costitutivi, essendo condizione necessaria e sufficiente, per la responsabilità della *societas*, che quest'ultima abbia agevolato, per carenze organizzative, la commissione del fatto (almeno tipico e/o antiggiuridico), anche quando l'autore risulta sconosciuto”²⁷.

A questo punto, tornando a riflettere sul tema di nostro interesse, potrebbe dirsi che dall'art. 8 in parola può ricavarsi a) che il legislatore ha ricostruito il principio dell'autonomia dell'ente avendo in considerazione un illecito omogeneo ma plurisoggettivo per cui la lettura dei fenomeni riconducibili nello spettro della punibilità sarà disciplinata dall'art. 182 c.p. ovvero che b) illecito del singolo ed illecito dell'ente sono assolutamente diversi e quindi, essendo “la punibilità il *locus* in cui ci si interroga sull'opportunità di punire, la peculiarità di alcuni reati-presupposto e la struttura comunque complessa dell'illecito dell'ente pongono proprio sul terreno della punibilità, un problema di allocazione razionale delle responsabilità, che non è detto debba necessariamente coincidere con quella apprestata dal sistema penale”²⁸, così che il dettato del citato art. 8 diventa non più assolutamente vincolante per l'interprete, il quale può legittimamente interrogarsi, nonostante la apparente preclusione derivante dalla lettera delle legge, non solo sull'efficacia delle cause di non punibilità ma anche sulla disciplina di alcuni istituti estintivi.

4. *Cause di non punibilità della persona fisica, cause di estinzione del reato e responsabilità da delitto degli enti collettivi. Considerazioni generali.* Prima di verificare se le singole cause di esenzione dalle sanzioni siano o meno riferibili alla posizione degli enti collettivi, è opportuno svolgere alcune considerazioni di carattere generale sul tema. anche se, come detto, non ci pare possa rinvenirsi una soluzione unitaria, valida per qualsiasi causa di non punibilità o di estinzione del reato, che ne escluda o ne ammetta la rilevanza delle stesse per gli enti collettivi

In via di premessa, deve riconoscersi che l'applicazione della pena in capo all'ente colpevole costituisce la regola, per così dire, di *default*, valida salvo eccezioni rese esplicite da parte della stessa legge. Lo si ricava dal complessivo tessuto del d.lgs. 231/2001 e in particolare dal disposto dell'art. 9 e

²⁷ PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., 287. Si veda anche MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., 310.

²⁸ PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., 287.

dall'assenza di qualsiasi previsione che precluda l'applicazione delle sanzioni (almeno di quelle pecuniarie e della confisca) in presenza di particolari requisiti di meritevolezza della persona giuridica sul modello delle cause di non punibilità delle persone fisiche.

Ciò posto, tuttavia, occorre considerare che, pur se la responsabilità dell'ente non è identica a quella della persona fisica - essendo diversi i precetti che essi hanno violato ed eterogenee le strutture del rimprovero penale -, la stessa è comunque, una responsabilità per *relationem* rispetto a quella della persona fisica, una sorta di una "responsabilità di rimbalzo"²⁹. La responsabilità da delitto delle società, dunque, ruota sul concetto di reato presupposto, il quale per poter essere riferito all'ente - ovvero fondare la relativa decisione di condanna - deve consistere in un fatto tipico e antigiusuridico presentando tutti i requisiti strutturali richiesti per la sua esistenza, per cui la vicenda illecita - da cui germina l'eventuale condanna della persona giuridica - non deve essere connotata dalla presenza di scriminanti o cause di giustificazione, le quali, stante il loro carattere oggettivo e l'efficacia tendenzialmente «universale», devono operare anche in relazione alla eventuale responsabilità dell'ente: come è stato detto, se "il fatto [è] scriminato o giustificato è lecito per l'intero ordinamento [lo stesso] in quanto tale non può essere oggetto di imputazione [nei confronti dell'ente]"³⁰.

Questa impostazione ci offre il destro per esaminare il tema dell'operatività delle cause di non punibilità nel sistema 231, giacché anche in relazione a tali figure pare possibile distinguere fra ipotesi di esenzione dalla pena di natura oggettiva, che attengono alle modalità della condotta e al piano dell'offesa, ed esenzioni determinate da ragioni di carattere soggettivo, concernenti invece l'autore del reato. Rispetto alle prime deve ritenersi che le stesse, nonostante il silenzio del legislatore, non possano non operare nei confronti dell'ente: quando, per l'esiguità dell'offesa o per la sua avvenuta riparazione, si ritiene debba escludersi il bisogno di pena in concreto, "le valutazioni di opportunità che supportano l'epilogo [dovranno necessariamente irradiarsi] inevitabilmente nei confronti di tutti i centri di imputazione del fatto tipico, pena una disparità di trattamento irragionevole"³¹, anche se il legislatore nel disciplinare della causa di non punibilità non abbia fatto menzione della sorte dell'ente collettivo.

²⁹ GIUNTA, *L'ente non punibile*, cit., 18.

³⁰ GIUNTA, *L'ente non punibile*, cit., 18.

³¹ GIUNTA, *L'ente non punibile*, cit., 18.

Così anche SCARONA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione*, cit., 196.

Tuttavia, la nostra riflessione non si fermerà qui. Sulla base della suddetta distinzione fra ragioni oggettive e ragioni soggettive poste a sostegno del beneficio riconosciuto al reo cercheremo di evidenziare come anche per (almeno alcune delle cause di estinzione del reato riferite alla sola persona fisica sia possibile sostenere l'operatività anche nei confronti delle società e ciò nonostante in relazione a tali istituti il legislatore (non è stato, come accaduto per le ipotesi di non punibilità silente ma) ha chiaramente previsto, nel citato art. 8 comma 1 lett. b), che le stesse non si applicano all'ente, eccezione fatta per l'ammnistia. In particolare, riteniamo che non sia d'ostacolo a questa conclusione il contenuto del suddetto art. 8, in cui il riferimento alle cause di estinzione del reato è "espressione comunque eccedente rispetto al suo contenuto regolativo: il legislatore si riferiva alle cause estintive del reato previste nella parte generale del c.p. e, al loro interno, principalmente al fenomeno della prescrizione" e quindi, anche se non si può estendere "la portata della norma a cause diverse da quelle estintive del reato, [si] può restringere il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente in presenza di cause nominalmente estintive, ma incompatibili con l'operatività del principio in questione"³²; come anche è stato detto "l'art. 8, in considerazione della - limitata - tipologia di reati presupposto della responsabilità degli enti, ben poteva assolvere al suo valore altamente simbolico senza che ci si dovesse troppo preoccupare delle ricadute sulla disciplina di alcuni istituti estintivi, come pure sulla (sconosciuta) proliferazione di cause di non punibilità di recente conio. L'ampliamento del catalogo dei reati presupposto e il moltiplicarsi degli strumenti deflattivi registratosi negli anni impone oggi di rivedere il principio di autonomia della responsabilità dell'ente anche nella prospettiva di non frustrare l'accesso - sotto altri profili favorito - a soluzioni normative di *diversion*, ovvero orientate nel senso della massima incentivazione delle condotte processuali *post delictum* in un'ottica premiante dei comportamenti che si muovono nel solco della riparazione e della prevenzione"³³.

³² GIUNTA, *L'ente non punibile*, cit., 20 da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente e secondo cui occorre considerare come che "le cause di estinzione sono una categoria inesatta e bizzarra, certamente eterogenea".

³³ SCARONA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione*, cit., 193, secondo cui Da ultimo, il tema si è posto a seguito dell'introduzione, tra i reati presupposto della responsabilità degli enti, di alcuni dei delitti tributari previsti dal d.lgs. n. 74 del 2000 in virtù del nuovo art. 25 *quinquiesdecies* del d.lgs. n. 231 del 2001. Senonché, la novella ha determinato un marcato disallineamento tra la responsabilità dell'ente e quella delle persone fisiche autrici del reato: soltanto nei confronti di queste ultime, infatti, si è adottato un atteggiamento premiale che, attraverso la minaccia della pena, mira a recuperare gli importi dovuti per poi riconoscere una causa di non punibilità collegata al pagamento (art. 13, d.lgs. n. 74/2000). Anche tale ultimo istituto, in virtù della previsione dell'art. 8 del d.lgs. n. 231

Si prenderanno perciò in considerazione, accanto alle cause di non punibilità, le cause estintive come l'istituto dell'oblazione - come giustificare la responsabilità dell'ente per un reato contravvenzionale presupposto che l'ordinamento ha ritenuto di minima gravità? Perché mai nei confronti dell'ente non dovrebbero valere il principio di offensività e l'istanza di deflazione che animano il funzionamento dell'istituto? - o l'ipotesi di remissione di querela - come giustificare la punizione dell'ente nonostante l'avvenuta composizione del conflitto sociale e con la diversa disciplina dell'art. 37, d.lgs. 231/2001, per il quale la mancanza di una necessaria condizione di procedibilità nei confronti della persona fisica impedisce l'esercizio dell'azione in relazione all'ente - o la previsione di cui all'art. 162 *ter* c.p.

5. La particolare tenuità del fatto. La posizione della giurisprudenza e della dottrina. Come noto, l'art. 1, comma 2, d.lg. n. 28 del 2015 ha inserito nel codice penale l'art. 131 *bis* che disciplina l'istituto della "esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto"³⁴. Come può leggersi nei lavori preparatori, la riforma non ha rappresentato una forma di depenalizzazione, posto che è rimessa al giudicante, caso per caso, la valutazione della particolare tenuità nell'ambito dei confini astratti delineati dalla disposizione mentre può sostenersi che a sorreggere la sua introduzione nel sistema penale sono state principalmente ragioni ed esigenze di deflazione processuale, anche se non può sottacersi il perseguimento di finalità connesse ai principi di proporzione ed *extrema ratio*, con effetti anche in tema di deflazione: lo scopo primario è

del 2001, non produce tuttavia alcun effetto nei confronti dell'ente. In argomento, si veda BARTOLI, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in *Sistema penale*, 3, 219.

³⁴ Sul punto la bibliografia è divenuta ormai imponente. Per questo motivo, senza pretesa di completezza, si segnalano ROSSI, *Il nuovo istituto della "non punibilità" per particolare tenuità del fatto": profili dogmatici e scelte di politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 537; CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in www.penalecontemporaneo.it; GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 517; BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 659; BORSARI, *La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, in www.lalegislazionepenale.eu; LARIZZA, *Particolare tenuità del fatto: l'art. 131 bis c.p. al vaglio della giurisprudenza*, in *Giur. It.*, 2018, 2766; ALBERTI, *La particolare tenuità del fatto nel codice penale e nei sotto-sistemi penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 693; ID., *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in www.penalecontemporaneo.it; *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di QUATTROCOLO, 2015; SANTORIello, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Napoli 2015; AMARELLI, *Particolare tenuità del fatto ed offensività: similitudini apparenti e differenze sostanziali*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 393; GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 517.

quello di espungere dal circuito penale fatti marginali, che non mostrano bisogno di pena e, dunque, neppure la necessità di impegnare i complessi meccanismi del processo³⁵. Quanto alla collocazione dogmatica, l'art. 131 *bis* c.p. è stato inquadrato quale causa di non punibilità di carattere soggettivo³⁶, in ragione dell'importanza che i requisiti inerenti alla persona fisica dell'accusato rivestono per la applicabilità dell'istituto in questione, posto che la tenuità dell'accaduto è giudizio che presuppone una valutazione complessa ed inclusiva di tutte le peculiarità della fattispecie concreta, considerando tanto le modalità della condotta, quanto il grado di colpevolezza, nonché l'entità del danno o del pericolo.

La giurisprudenza si è pronunciata due volte in senso negativo rispetto alla possibile applicazione agli enti collettivi del disposto di cui all'art. 131 *bis* c.p.³⁷. Questa posizione è argomentata richiamando la differenza esistente tra la responsabilità penale della persona fisica (che per espressa previsione legislativa può essere esclusa nel caso di particolare tenuità del danno e del pericolo provocati dalla condotta, nella concorrenza delle altre condizioni richieste dall'art. 131 *bis* cod. pen.), e quella dell'ente, la quale, come è noto, è autonoma rispetto a quella del singolo e trova il fondamento (non nella commissione del reato, ma) nella colpa di organizzazione che ha in qualche modo agevolato o consentito la violazione della legge penale da parte della persona fisica. Ciò posto, considerando la previsione di cui all'art. 131 *bis* c.p. è riferita espressamente e univocamente alla realizzazione di un reato (di cui esclude la punizione in ragione dell'esiguità, in termini di danno per il bene giuridico aggredito ed in ragione di un atteggiamento non particolarmente calido e censurabile dell'autore del fatto), non si vede come si possa estendere l'applicazione della medesima previsione anche agli enti collettivi, posto che la responsabilità di tali soggetti si fonda sulla presenza al loro interno di un censurabile disordine organizzativo ed appunto è tale colpa di organizzazione (e non la violazione della legge penale) ad essere sanzionata dal d.lgs. n. 231 del 2001³⁸.

³⁵ ROSSI, *Il nuovo istituto*, cit., 537; MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*; PACIFICI, *La particolare tenuità dell'offesa: questioni di diritto penale sostanziale*; CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, tutti in www.dirittopenalecontemporaneo.it; MARANDOLA, *I "ragionevoli dubbi" sulla disciplina processuale della particolare tenuità del fatto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 791.

³⁶ Cass., Sez. VI 15 settembre 2015, n. 44683.

³⁷ Cass., Sez. III, 23 gennaio 2019, n. 11518; Cass., sez. III, 10 luglio 2019, n. 1420.

³⁸ Nelle parole della decisione, «è appena il caso di accennare al fatto che le cause di estinzione della pena (emblematici i casi di grazia o di indulto), al pari delle eventuali cause non punibilità e, in generale, alle vicende che ineriscono a quest'ultima, non agiscono in alcun modo sulla configurazione della re-

Anche la dottrina si è prevalentemente espressa in questo senso³⁹, sottolineando come la «particolare tenuità» del fatto – pur non essendo una causa di estinzione del reato ma una causa di esclusione della punibilità – non potrebbe operare nei confronti dell'ente collettivo secondo quanto si legge nella relazione governativa al d.lgs. n. 231 del 2001 giusta la quale «le cause di estinzione della pena [...] al pari delle eventuali cause di non punibilità e, in generale, alle vicende che ineriscono a quest'ultima, non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente, non escludendo la sussistenza di un reato»⁴⁰. Nell'impianto dell'illecito amministrativo delineato dal decreto 231, il delitto della persona fisica è un elemento che rileva esclusivamente quale presupposto di una responsabilità dell'ente di tipo non penale, come nel caso dell'obbligazione civile derivante dalla commissione di un reato, per cui, sotto il profilo della loro incidenza sulla responsabilità della *societas*, le condizioni di non punibilità vanno necessariamente equiparate (nonostante la formulazione linguistica della previsione) alle ipotesi disciplinate dall'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001; al più, la declaratoria di non punibilità ottenuta dalla persona fisica potrà produrre quale unico beneficio per la persona giuridica la possibilità di godere della «tenuità dell'illecito», in virtù dell'art. 12, d.lgs. n. 231 del 2001, che appunto attenua la risposta sanzionatoria senza intaccare la punibilità dell'ente.

In sostanza, la posizione in parola evidenzia come l'illecito amministrativo dell'ente e il reato presupposto commesso dalla persona fisica sono istituti diversi e da tale diversità ontologica deriva che il legislatore, qualora decida di introdurre una disciplina di favore per le persone giuridiche, deve prevederla espressamente, mentre ove ciò non avvenga, le condizioni che estinguono il reato o che ne limitano la punibilità non si applicano alla persona giuridica.

sponsabilità in capo all'ente, non escludendo la sussistenza di un reato. Se la responsabilità dell'ente presuppone comunque che un reato sia stato commesso, viceversa, non si è ritenuto utile specificare che la responsabilità dell'ente faccia permanere quella della persona fisica. Si tratta infatti di due illeciti, quello penale della persona fisica e quello amministrativo della persona giuridica, concettualmente distinti, talché una norma che ribadisse questo dato avrebbe avuto il sapore di un'affermazione di mero principio».

³⁹ GUERRINI, *Clausole di esclusione della punibilità e responsabilità degli enti*, in *Riv. Resp. Anm. Enti*, 2016, 1, 128; AMATO, *La non punibilità per fatto lieve non si estende all'ente*, *ivi*, 1/2019, 241; DI GERONIMO, *L'estensione all'ente della disciplina in tema di tenuità del fatto, messa alla prova ed estinzione del reato per condotte riparatorie*, *ivi*, 4/2018, 51; BELTRANI, *Non punibilità del reato presupposto per particolare tenuità del fatto e responsabilità degli enti*, *ivi*, 1/2019.

⁴⁰ VARRASO, *Autonomia del sistema sanzionatorio*, cit., 22, che evidenzia come «le cause estintive e le cause di non punibilità di cui si discute previste dal codice penale presuppongono la commissione di un reato completo di tutti i suoi elementi costitutivi sia di natura oggettiva che soggettiva. Il fatto particolarmente tenue è comunque un fatto tipico, antigiuridico e colpevole».

D'altronde, la disciplina sanzionatoria dell'illecito amministrativo degli enti è basata su principi del tutto distinti dagli stilemi penalistici e le ragioni di politica criminale che motivano la concessione di benefici agli autori del reato presupposto non sono di regola (in assenza, cioè di un espresso riconoscimento del legislatore) applicabili agli enti collettivi: nella gran parte dei casi le condizioni sopravvenute di non punibilità hanno carattere «personale», strettamente connesse ad una qualità soggettiva (si pensi alla qualità di prossimo congiunto che esclude la punibilità dei reati contro il patrimonio commessi senza violenza sulle persone), ovvero ad una condotta dell'agente successiva alla commissione di un reato (come nel caso della ritrattazione), per cui tali istituti, lasciando sussistere l'illiceità del fatto, di cui ci si limita a prevedere la non punibilità per ragioni di opportunità legate al soggetto agente, hanno la capacità di produrre tali effetti di esenzione dalla pena esclusivamente nei confronti di colui al quale direttamente si riferiscono⁴¹. A fronte di queste considerazioni, a nulla rileverebbe la clausola di rinvio di cui agli artt. 34 e 35 d.lgs. n. 231 del 2001, che fa riferimento alla disciplina processuale contenuta nel codice di rito, giacché si è in presenza di un istituto di diritto penale sostanziale⁴². Non mancano, tuttavia, voci critiche nei confronti di questa conclusione, sostenendosi per l'appunto la possibilità di estendere il beneficio di cui all'art. 131-*bis* c.p. anche alle società. In primo luogo, si evidenzia la non particolare significatività della circostanza che il legislatore non abbia previsto che la de-

⁴¹ Ancora GUERRINI, *Cause di esclusione*, cit., 148 che richiama, a conferma della sua tesi, il contenuto della legge n. 186 del 2014, con cui è stata introdotta la cd. *voluntary disclosure*, che consente la regolarizzazione dei redditi detenuti all'estero sottratti a tassazione in Italia: nel prevedere, allo scopo di favorire l'adesione del maggior numero possibile di contribuenti alla procedura di collaborazione volontaria, una causa di non punibilità per determinati delitti in capo a chi «presta la collaborazione volontaria», il legislatore non ha previsto alcuna norma che estenda alle persone giuridiche i benefici introdotti per gli autori dei reati resi non punibili dall'adesione alla *voluntary*.

⁴² MILANI, *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto e responsabilità amministrativa dell'ente: ulteriori riflessioni sulla (in)applicabilità dell'art.131 bis c.p. nei procedimenti a carico delle persone giuridiche*, in *Riv. Resp. Amm. Enti*, 4/2014, 117, secondo cui v'è una terza ragione che porterebbe ad escludere l'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. alla responsabilità dell'Ente. Si afferma, infatti, che il legislatore 231 abbia già avuto occasione di poter accostare la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto alla responsabilità amministrativa degli enti, ma scientemente non l'abbia fatto: il riferimento è alla riforma dei reati societari, nell'ambito della quale è stato introdotto l'art. 2621 *ter* c.c., che norma proprio i criteri interpretativi cui deve attenersi il Giudice nel valutare l'ipotesi della non punibilità per particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131 *bis* c.p., alla specifica ipotesi del reato di falso in bilancio, stabilendo che a tali fini «il giudice valuta, in modo prevalente, l'entità dell'eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori conseguente ai fatti di cui agli artt. 2621 e 2621 bis». Ebbene, osserva l'Autore, l'art. 12, l. 69/2015, laddove introduce le modifiche al d.lgs. 231/2001 (in ottica di armonizzazione della nuova disciplina dei reati societari con l'art. 25 *ter*, d.lgs. 231/2001), non fa richiamo alcuno all'art. 2621 *ter* c.c.: pare dunque evidente la *voluntas legis* di non rendere applicabile alla responsabilità amministrativa degli enti la causa di non punibilità in oggetto.

claratoria di non punibilità pronunciata nei confronti della persona, essendo assai probabile che tale silenzio, più che il frutto di una scelta consapevole, sia il risultato di una mera trascuratezza⁴³.

In secondo luogo, si sottolinea come sarebbe incongruo che, a fronte di un comportamento umano qualificato dal giudice come di particolare tenuità, possa invece ritenersi sussistere una responsabilità dell'ente⁴⁴. Contro questa osservazione non potrebbe richiamarsi il contenuto dell'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001 in base al quale in caso di estinzione del reato commesso dalla persona fisica – salvo l'ipotesi di amnistia – il procedimento penale nei confronti dell'ente prosegue; infatti, l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto è, per tale dottrina, istituto diverso dalla causa di estinzione del reato: “il nuovo istituto, salvando la persona fisica, salva anche la persona giuridica, con eccezione dei casi in cui sia ravvisabile una diversa volontà legislativa [come] accade con riguardo al reato di lesioni gravissime da infortunio sul lavoro che – nonostante i limiti di pena massima contenuti nei 5 anni – rimane punibile sia per la persona fisica che per quella giuridica, laddove il reato di lesioni gravi, ritenuto non punibile per la persona fisica, è non punibile anche per l'ente”⁴⁵.

A conferma di tali indicazioni, inoltre, si evidenzia come, in sede di riforma del reato di falso in bilancio di cui agli artt. 2621 ss. cod. civ., il legislatore abbia introdotto l'art. 2621-ter che disciplina l'ipotesi in cui il delitto di false comunicazioni sociali sia di particolare tenuità e quindi per tale ragione non punibile. Orbene, fra i reati presupposto della responsabilità della persona giuridica non compare l'ipotesi di cui al citato art. 2621-ter con la conseguenza che deve ritenersi che la modestia del fatto escluda la punibilità non solo della persona fisica che rende la mendace comunicazione contabile ma anche dell'ente cui quella comunicazione si riferisce; tale soluzione adottata dal legislatore con riferimento al reato di falso in bilancio, secondo la dottrina che si sta esaminando avrebbe portata più generale, dovendo operare con riferimento a tutti gli altri illeciti presupposti della colpevolezza della persona giuridica. Diversamente, non avrebbe senso circoscrivere la scelta di deflazione del sistema penale – quale quella rappresentata dall'introduzione dell'art. 131-bis

⁴³ D'ACQUARONE, *Tenuità del fatto: brevi riflessioni sulla posizione dell'ente*, in *Riv. Resp. Anm. Enti*, 2016, 1, 143.

⁴⁴ CORSO, *Responsabilità dell'ente da reato non punibile per particolare tenuità del fatto*, in *Quotidiano Ipsos on-line*, 24 marzo 2015; SCARCELLA, *C'è ancora spazio per la responsabilità dell'ente se il fatto è di particolare tenuità?*, in *Riv. Resp. Anm. Enti*, 2016, 1, 119; D'ACQUARONE, *Tenuità del fatto*, cit., 143.

⁴⁵ SCARCELLA, *C'è ancora spazio*, cit., 119, che richiama CORSO, *Responsabilità dell'ente da reato*, cit.

c.p. - alla sola persona fisica facendo persistere la necessità di processare comunque l'ente per un fatto illecito oggettivamente riconosciuto marginale: "l'art. 2621-ter c.c. non è, quindi, l'eccezione alla regola del permanere della responsabilità dell'ente come «autonoma» da quella penale della persona fisica; semmai, va considerata la punta dell'*iceberg* e cioè la prima chiara emersione di una scelta di fondo diretta ad evitare la responsabilità amministrativa dell'ente per reato presupposto particolarmente tenue alla luce dei parametri applicativi dell'art. 131-bis c.p."⁴⁶.

6. *Segue: ... e nostre considerazioni.* Riteniamo che - accanto alle considerazioni riportate al termine del precedente paragrafo - vi siano ulteriori elementi che possano condurre a riconoscere la possibilità di applicare il disposto di cui all'art. 131 bis c.p. anche agli enti collettivi.

Innanzitutto, va considerato come nella decisione circa la sussistenza di una particolare tenuità del fatto accanto alla considerazione di profili di natura soggettiva se ne affiancano altri a valenza oggettiva che permettono al giudice di addivenire ad un giudizio complessivo sull'applicabilità della previsione di cui all'art. 131 bis c.p. nel caso concreto e che sono decisamente più rilevanti ai fini della decisione. A nostro parere, ciò significa che la causa di non punibilità *de qua* va inquadrata, nonostante la diversa posizione della giurisprudenza, tra quelle di natura oggettiva, dovendosene esaltare i profili, non inerenti alla posizione del singolo persona fisica, insistenti sulla modalità della condotta e sull'entità e natura del danno cagionato⁴⁷: la «non punibilità per speciale tenuità del fatto si fonda sul principio della meritevolezza di pena, che a sua volta può fare riferimento esclusivo alla gravità oggettiva del fatto criminoso ovvero alle finalità della pena ... le due prospettive risultano confuse poiché non mancano dei criteri e dei limiti di natura soggettiva [...] Tutto ciò, però, non esclude che la *ratio* ispiratrice dell'istituto sia sicuramente quella della meritevolezza di pena, ancorché la sua traduzione nel testo legislativo lasci molto a desiderare quanto a chiarezza d'intenti e perspicuità di formulazione»⁴⁸.

⁴⁶ SCARCELLA, *C'è ancora spazio*, cit. 123.

Contra, come detto, MILANI, *Esclusione della punibilità*, cit. 121, secondo cui la disciplina in questione costituisce una mera eccezione al principio generale della tendenziale autonomia della responsabilità dell'ente, considerando che all'atto dell'introduzione dell'art. 2621 ter c.c. il legislatore non ha modificato sul punto il previgente art. 25 ter del d.lgs. n. 231 del 2001

⁴⁷ PADOVANI, *Un intento dellattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida Diritto*, 2015, 15, 14; GALLI, *La causa di non punibilità*, cit., 21.

⁴⁸ PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in www.sistemapenale.it.

Alla luce di ciò, dunque, secondo l'impostazione che abbiamo tracciato in sede di premessa, non può sostenersi che la valutazione di particolare tenuità del fatto non può operare con riferimento agli enti collettivi in ragione della (insussistente, come detto) natura soggettiva di questa causa di non punibilità, né paiono pertinenti al tema in esame le considerazioni di frequente utilizzate dalla giurisprudenza e dalla dottrina per delimitare la sfera di operatività delle diverse ipotesi di esenzione da pena in presenza di reati plurisoggettivi quando il beneficio della non punibilità è giustificato da considerazioni attinenti (non alla dimensione oggettiva dell'accaduto, ma) alla posizione del singolo accusato. La causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto esalta il principio di offensività in concreto e non quello in astratto: in presenza di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole l'autore – per una scelta che ha radici politico-criminali – non è comunque soggetto a pena in quanto vi è un significativo delta tra il disvalore del fatto delineato dal legislatore e quello presente nel fatto realmente posto in essere dal soggetto agente; il riconoscimento della non meritevolezza della sanzione per particolare tenuità del fatto è dunque un istituto ancorato principalmente al fondamentale principio di proporzione e la valutazione politico-criminale di non punire non può subire differenziazioni quale che sia il destinatario della sanzione⁴⁹. D'altronde, pur essendo indiscussa la distinzione di responsabilità tra l'autore del reato persona fisica e la persona giuridica, va ricordato come la possibilità di una condanna della seconda sia intimamente connessa all'accertamento di una responsabilità del reato commesso dalla persona fisica (o da una persona fisica non identificata nell'ipotesi descritta dall'art. 8 del decreto⁵⁰), per cui non vi è ragione per sostenere che in nessun caso la qualifica di particolare tenuità riferita ad una vicenda considerata quale episodio delittuoso commesso da una persona fisica possa essere estesa alla valutazione del medesimo episodio quando lo stesso sia considerato quale reato presupposto della responsabilità della società⁵¹.

⁴⁹ GIUNTA, *L'ente non punibile*, cit., 21.

⁵⁰ Nel senso che la previsione di una possibile condanna dell'ente pur in assenza dell'identificazione del soggetto responsabile dell'illecito presupposto non può significare “una corriva rinuncia al gravoso compito istruttorio di individuazione dell'autore-persona fisica, approderebbe ad una illegittima forma di responsabilità incolpevole (una sorta di decumulo per semplificazione!), a tutto vantaggio di una colpa per immedesimazione, che, occorre ribadirlo, il decreto 231 ha ideologicamente ripudiato”, PIERGALLINI, *Premiabilità e non punibilità*, cit., 535.

⁵¹ SCARCELLA, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. non si applica all'ente*, in *Riv. Resp. Amm. Enti*, 2/2018, 266.

A ulteriore supporto di questa conclusione si ricorda anche come, nel contesto di un altro intervento normativo, coevo a quello che ha portato all'introduzione dell'art. 131 bis c.p., il legislatore abbia ritenuto non meritevole di punizione (anche) l'ente nel caso in cui sia stata riscontrata la minima offensività

In secondo luogo, pare innegabile che la soluzione negativa contrasta indefettibilmente con la lettera della legge ed in particolare con il citato disposto del comma 1 dell'art. 8 d.lgs. N. 231 del 2001. Il suddetto articolo 8, infatti, non ricomprende le cause di non punibilità in parola tra le disposizioni normative che non andrebbero applicate nell'ambito della disciplina in tema di responsabilità degli enti⁵²: si potrà ritenere non giustificabile tale silenzio del legislatore ma ci sembra davvero insuperabile il dato letterale, non suscettibile di essere obliterato nemmeno richiamando quanto afferma la *Relazione ministeriale* di accompagnamento al decreto anche in ragione del fatto che la mancata considerazione della formulazione linguistica della disposizione porterebbe ad una interpretazione *in malam partem* della stessa, esito ermeneutico pacificamente inaccettabile in un ambito sanzionatorio quale quello descritto dal decreto 231⁵³. Non a caso, di questa obiezione ha dovuto farsi carico anche la Cassazione allorquando nella più recente delle due pronunciare sovra menzionate osserva che «in ogni caso, se pure si dovesse propendere per una interpretazione letterale dell'art. 8, escludendo anche ogni rilievo dei contenuti della relazione ministeriale, viene da chiedersi come, in concreto, possa ritenersi applicabile l'art. 131- *bis* cod. pen. alle ipotesi di responsabilità degli enti di cui ai d.lgs. 231/2001 ferma restando l'esclusione di ogni automatismo di cui si è già detto».

E' proprio in quest'ultima osservazione della Cassazione che in realtà pare risiedere la ragione più profonda per sostenere la non applicabilità dell'istituto di cui all'art. 131-*bis* c.p. alle persone giuridiche ovvero la presunta impossibilità di coniugare la valutazione di aspetti spiccatamente soggettivi-umanistici quali, ad esempio, la non abitudine, le modalità della condotta, l'intensità del dolo ed il grado della colpa imposta dalla disposizione codicistica con una responsabilità che, per quanto riguarda l'ente, si impernia princi-

del reato presupposto (SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione*, 195).

⁵² Per questa osservazione GALLI, *La causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto in riferimento agli enti: tra autonomia di responsabilità e istanze di garanzia della persona giuridica*, in *Arch. Pen.web*, 2021, n. 3, 21; GIUNTA, *L'ente non punibile*, cit., 18; RINALDI, *La «particolare tenuità del fatto» come causa di esclusione della punibilità nella disciplina introdotta dal d.lgs. 28/2015, di attuazione della legge delega 67/2014*, in *Iurisprudenzia.it*; CORSO, *Reato presupposto non punibile*, cit.; SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione*, cit. 194; BASSI - EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano 2006, 125.

⁵³ Troviamo perciò paradossale la posizione di quanti (CONSULICH, *Punibilità dell'organizzazione*, cit., 280) ritengono che la posizione da noi sostenuta «a fronte del chiaro assetto del sistema, ... veicolerebbe un approccio antiformalistico e preterlegale che rappresenta, seppure per scopi garantistici immediati, una caduta del tasso generale di legalità dell'ordinamento», senza preoccuparsi invece della caduta di legalità conseguente ad una lettura dell'art. 8 così poco aderente al dato letterale della disposizione.

palmente su una carenza di organizzazione di un soggetto collettivo⁵⁴.

Questa considerazione però ci pare tutt'altro che decisiva. A nostro parere, ciò che va senz'altro escluso è poter derivare la non punibilità dell'ente dalla circostanza che si sia ritenuto non meritevole di punizione per la sua tenuità il reato presupposto commesso dalla persona fisica: posto che la condanna della società presuppone non solo la commissione di un illecito da parte di una persona fisica ma anche ulteriori requisiti (come il fatto che il delitto sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio della società, la presenza di una colpa di organizzazione ecc.) è evidente che la ritenuta modesta gravità della violazione della legge penale da parte del dipendente o dirigente dell'azienda non equivalga alla presenza nell'impresa di un disordine organizzativo non particolarmente rilevante. Detto altrimenti, l'eventuale particolare tenuità del fatto di reato commesso dalla persona fisica è solo uno degli elementi che può guidare il giudice nella valutazione circa la gravità del rimprovero da muovere alla persona giuridica: stante la rimarcata differenza fra crimine del singolo ed illecito amministrativo dell'ente, alla natura bagattellare del primo non necessariamente segue la sussistenza di una minima responsabilità della persona giuridica, così come non è affatto detto che a fronte d'un reato presupposto particolarmente "odioso" debba fare seguito il riconoscimento di una significativa colpevolezza in capo alla società.

La corretta impostazione al problema che si sta esaminando potrebbe, dunque, a nostro parere, essere la seguente. L'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto è espressione di una scelta fondamentale del legislatore italiano, ispirata al perseguimento di valori di rango costituzionale - non solo l'esigenza di deflazione processuale, ma anche la necessità di tornare a valorizzare la natura del diritto penale quale *extrema ratio*, nonché il suo carattere frammentario. In quanto tale, la disciplina di cui all'art. 131-*bis* c.p. non può trovare applicazione solo nei confronti delle persone fisiche ma deve logicamente e necessariamente estendersi a quelle ipotesi in cui l'illecito del singolo sia in qualche modo presupposto per l'applicazione di un trattamento sanzionatorio nei confronti di enti collettivi. Da ciò però non deriva che l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto alla persona giuridica sia determinata esclusivamente dalla natura bagattellare del reato presupposto; piuttosto, il giudice che voglia accedere ad una tale conclusione del processo nei confronti della società (anziché limitarsi a valutare solo la gravità del crimine commesso dal singolo) dovrà anche considerare come

⁵⁴ Sottolinea questa criticità, ritenendo essenziale un intervento del legislatore, PIERGALLINI, *Premiabilità e non punibilità*, cit., 537.

tale reato “si inserisca” all’interno della vita dell’azienda, in che misura ne rappresenti la politica imprenditoriale, se sia espressione di una scelta degli organi apicali o sia la conseguenza di un’imprevedibile atteggiamento criminoso del singolo, se la sua commissione sia stata resa possibile o facilitata dalle carenze organizzative dell’ente, se il delitto sia stato commesso nell’esclusivo interesse dell’ente o questi ne abbia ricavato, ma in modo casuale, un vantaggio, ecc.⁵⁵.

In sostanza, mentre allorquando si voglia applicare l’art. 131-*bis* c.p. alla persona fisica il giudice, per espressa indicazione della suddetta disposizione codicistica, deve - oltre a considerare ovviamente l’entità della pena applicata per il reato per cui si procede - valutare le modalità della condotta, l’esiguità del danno o del pericolo, la non abitudine del comportamento, la mancanza di crudeltà o di particolare aggravanti, nel processo nei confronti degli enti collettivi una valutazione circa la modestia del rimprovero che può essere mosso alla società va condotta alla luce di altri parametri ricavabili dal dettato normativo presente nel decreto n. 231 e che ben possono ritenersi rappresentare, all’interno di una vicenda delittuosa che vede come partecipe una persona giuridica, una valenza ed una rilevanza analoga agli indici richiamati dall’art. 131 *bis* c.p. con riferimento alle persone fisiche. Esemplificando - mantenendo ferma la considerazione della pena comminata per il reato presupposto, così come non ci pare sussistano profili di differenza con riferimento al giudizio circa l’esiguità del danno o del pericolo -, le modalità della condotta, quando riferite all’ente, potrebbero investire l’identità dei soggetti responsabili (per cui sarebbe difficilmente riconoscibile la sussistenza della causa di non punibilità in parola laddove l’illecito sia stato commesso da organi

⁵⁵ Così anche PIERGALLINI, *Premiabilità e non punibilità*, cit., 537, secondo cui “in una società, può accadere, e non di rado, che una violazione bagatellare venga reiterata, nell’interesse o a vantaggio dell’ente, da persone fisiche diverse, che operano al suo interno (si pensi ad alcune contravvenzioni ambientali di particolare tenuità). In simili ipotesi, le persone fisiche potrebbero fruire della causa di non punibilità (qualora si trattasse della prima violazione), ma l’ente non potrebbe essere ritenuto bagatellare, se si dimostra che le reiterate violazioni mettono capo ad un deficit organizzativo o di controllo”. Per queste ragioni, l’autore, come detto, ritiene comunque necessario un intervento del legislatore per consentire l’operatività della previsione di cui all’art. 131-*bis* c.p. anche agli enti collettivi. Nello stesso senso, SCARONA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell’oblazione*, cit. 199, che evidenzia come “la valorizzazione dell’aspetto premiale non soltanto si porrebbe in linea con le attuali tendenze dell’intero sistema sanzionatorio, ma sarebbe, nel contesto del sistema della responsabilità da reato degli enti, viepiù resa opportuna in ragione dell’esigenza di non ignorare le conseguenze dell’effetto *overspill* che si associa alla sanzione applicata nei confronti delle imprese: essa, infatti, inevitabilmente finisce con l’incidere anche sui terzi - lavoratori, fornitori e altri stakeholders - potenzialmente del tutto incolpevoli con conseguenze che - anche sul piano sociale - vanno ben al di là di quelle che tipicamente si accompagnano alla sanzione penale”.

apicali), mentre le valutazioni inerenti l'atteggiamento soggettivo potrebbe investire i profili attinenti alla colpa di organizzazione, l'entità del profitto ricavato o la circostanza che il reato sia stato commesso nell'interesse esclusivo dell'ente o l'ente abbia ricavato un minimo vantaggio da un reato che era stato commesso il reato nell'interesse di terzi.

7. *La messa alla prova.* Come è noto, la sospensione del processo con messa alla prova, introdotta con legge n. 67 del 2014, è una modalità alternativa di definizione del processo, attivabile sin dalla fase delle indagini preliminari, mediante la quale è possibile pervenire ad una pronuncia di proscioglimento per estinzione del reato, laddove il periodo di prova cui acceda l'imputato, ammesso dal giudice in presenza di determinati presupposti normativi, si concluda con esito positivo. Conosciuto già dall'ordinamento processuale italiano, in ambito minorile e in fase di esecuzione nel procedimento per adulti, l'istituto in questione è stato esteso con la legge sopraindicata al rito nei confronti delle persone maggiori di età per ovviare alle criticità del sistema penale, riconducibili sostanzialmente all'inflazione procedimentale e al sovraffollamento carcerario: si tratta, infatti, di un istituto che ha natura consensuale, con una funzione di riparazione sociale e individuale del torto connesso alla consumazione del reato ed il perseguimento di questi obiettivi giustifica l'anticipazione alla fase processuale, e addirittura procedimentale, delle conseguenze di un riconoscimento di responsabilità dell'accusato in contrasto con il principio di presunzione di non colpevolezza. Quanto ai criteri di ammissione all'istituto ed al rito previsto, la richiesta può essere avanzata in relazione ad illeciti puniti con la pena pecuniaria, con la pena detentiva fino a quattro anni ovvero in riferimento a un reato che rientra fra quelli previsti dall'art. 550, comma 2, c.p.p. di competenza del tribunale monocratico con citazione diretta a giudizio. L'accusato che avanza la relativa istanza non deve essere stato dichiarato delinquente o contravventore abituale, professionale o per tendenza; inoltre, è inammissibile la richiesta avanzata da soggetto che sia stato già ammesso in precedenza alla procedura di messa alla prova ma con esito negativo. La richiesta di ammissione alla sospensione del processo con messa alla prova può essere avanzata non solo dopo l'esercizio dell'azione penale, ma anche prima, a tal fine prevedendosi che lo stesso pubblico ministero, ove ne ricorrano i presupposti, dia avviso all'indagato in ordine alla possibilità di accedere all'istituto in questione; nel corso delle indagini preliminari,

la richiesta deve essere presentata alla cancelleria del giudice per le indagini³⁶. Al pari di quanto si è riscontrato con riferimento all'istituto della particolare tenuità del fatto, anche per la messa alla prova manca ogni indicazione circa la possibilità di ricorrere a tale causa di estinzione del reato nell'ambito del procedimento nei confronti degli enti collettivi (salvo non ritenere rilevante, come si dirà in seguito, la previsione di cui al più volte citato art. 8 d.lg. n. 231 del 2001). Tale silenzio è stato diversamente interpretato in dottrina ed in giurisprudenza, anche se – specie nell'ambito della seconda – pare decisamente prevalente la posizione contraria.

Nell'ambito della giurisprudenza, l'interesse sul tema si è riaperto di recente allorché, dopo una decisione negativa risalente a diversi anni fa³⁷, alcuni giudici di merito – sul punto non si riscontrano ancora decisioni della Cassazione – hanno assunto una posizione favorevole sul punto.

Come accennato, la prima decisione pertinente all'argomento ha adottato una soluzione negativa sostenendo che la possibilità di ricorrere alla messa alla prova anche per le persone giuridiche non sarebbe contemplata nel dettato normativo – né nel codice penale né dal d.lgs. 231/2001 –, mentre la possibilità di un'applicazione analogica dell'istituto sarebbe preclusa dalla natura (almeno parzialmente) sostanziale dell'istituto, il quale “persegue scopi social-preventivi in una fase anticipata, in cui viene “infranta” la sequenza cognizione-esecuzione della pena in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto” con conseguente necessità di richiamare il principio di legali-

³⁶ Sull'istituto, senza pretesa di completezza, BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Milano, 2020; MIRAGLIA, *La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un Modello processuale diverso*, Torino, 2020; MAFFEO, *Profili processuali della sospensione del procedimento con messa alla prova*, Napoli, 2017; MIRAGLIA, *La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un modello processuale diverso*, Torino, 2020; BONINI, *Linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, in *Leg. Pen.*, 2021, fasc. 15 giugno 2021; PULITANO, *Una svolta importante nella politica penale*, *ibidem*; MUZZICA, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2015, 3, 158; PAVICH, *Il punto sulla messa alla prova: problemi attuali e prospettive*, in *Riv. Pen.*, 2015, 505; SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. Pen.*, 2015, 1262; 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 *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Milano, 2014, 339; EUSEBI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova tra rieducazione e principi processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1693; FANULI, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Arch. nuov. proc. pen.*, 2014, 441; LANZA, *La messa alla prova processuale. Da strumento di recupero per i minorenni a rimedio generale dell'attività*, Milano, 2017.

³⁷ Trib. Milano 27 marzo 2017, Est. Corbetta. A commento, si veda MIGLIO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova non si applica alle persone giuridiche*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, 9,

tà ex art. 25, comma 2 Cost.. In sostanza, “in assenza, *de jure condito*, di una normativa di raccordo che renda applicabile la disciplina di cui agli artt. 168 bis c.p. alla categoria degli enti, ne deriva che l’istituto in esame, in ossequio al principio di riserva di legge, non risulta applicabile ai casi non espressamente previsti, e quindi alle società imputate ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001”.

Ad analoghe conclusioni, da ultimo, è giunto il Tribunale di Spoleto. Anche in questa decisione³⁸, si esclude il ricorso allo strumento dell’interpretazione analogica – anche se si riconosce che nel caso di specie si verterebbe in un’ipotesi di analogia *in bonam partem*, dunque non vietata, conseguendo all’ampliamento della sfera di operatività dell’istituto della messa alla prova il riconoscimento di ulteriori *chances* difensive per l’ente imputato – in quanto «il percorso esegetico astrattamente concepito lascerebbe, in concreto, ampi margini di incertezze operative; in particolare, rimarrebbe imprecisato l’ambito di applicazione della messa alla prova per gli enti, non essendone chiari i requisiti di ammissibilità». In secondo luogo, si evidenzia la sostanziale sovrapposizione fra il programma di messa alla prova previsto per le persone fisiche e le prescrizioni dettate dall’art. 17 d. lgs. 231/2001, dal momento che: «i) il risarcimento del danno a favore della persona offesa andrebbe a gravare sulle risorse patrimoniali della *societas*; ii) l’affidamento in prova al servizio sociale potrebbe avvenire attraverso l’adozione di idonei ed efficaci modelli organizzativi; iii) lo svolgimento di lavori di pubblica utilità potrebbe essere spersonalizzato imponendo all’ente un dovere di contribuire patrimonialmente sempre a favore della collettività, e a tale scopo ben si presta la previsione della messa a disposizione del profitto confiscabile»; tuttavia, tali adempimenti – che nell’ottica della messa alla prova determinerebbero l’estinzione della contestazione – determinano, per espressa previsione normativa, esclusivamente – e sempre se si verificano prima della dichiarazione di apertura del dibattimento – una mera mitigazione del trattamento sanzionatorio, per cui «offrire all’ente la possibilità di chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova significherebbe fornirgli uno strumento agevole per eludere la disciplina di cui agli artt. 17 e 65 d. lgs. 231/2001 consentendogli di ottenere, alle stesse condizioni e senza alcun onere aggiuntivo, il beneficio della estinzione del reato»³⁹.

Diversa invece l’impostazione adottata, per giustificare una decisione negativa,

³⁸ Trib. Spoleto, ord. 21 aprile 2021, est. Cercola

³⁹ Nella pronuncia peraltro si afferma, in maniera ancora più rigorosa, che si deve «escludere *in toto* la ammissibilità della messa alla prova per gli enti, persino nei casi in cui la *societas* si fosse già dotata prima della commissione dell’illecito di un modello organizzativo ritenuto *ex post* inidoneo».

dal Giudice delle indagini preliminari presso il Tribunale di Bologna. Se infatti i lavori di pubblica utilità correlati al programma di trattamento non avrebbero natura sanzionatoria e quindi sarebbe possibile una applicazione analogica della messa alla prova all'ente, una tale conclusione è preclusa dalla circostanza che è stato lo stesso legislatore a non provvedere ad un coordinamento fra le previsioni presenti nella legge n. 67 del 2014 ed il testo del d.lgs. n. 231 del 2001, rendendo così non compatibili le due discipline. Per il giudice bolognese, l'istituto previsto dall'art. 168-*bis* c.p. è modellato sulla figura dell'imputato persona fisica, in ottica specialpreventiva, riparativa, conciliativa, ma anche e soprattutto rieducativa (si pensi al giudizio prognostico sull'astensione dalla commissione di nuovi reati in futuro) ed inoltre non avrebbe senso parlare di lavoro di pubblica utilità nell'ambito della messa alla prova con riferimento alla sua esecuzione da parte di un ente collettivo, posto che in tal caso il programma non costituirebbe più un elemento essenziale nel percorso di risocializzazione dell'imputato, ma unicamente un costo per la persona giuridica, risolvendosi sostanzialmente in un risarcimento nei confronti della collettività.

In senso adesivo all'applicazione dell'istituto della messa alla prova nei confronti delle società si è invece pronunciato per due volte il tribunale di Modena. Nella prima pronuncia⁶⁰ tale conclusione viene argomentata valorizzando - a detta dell'estensore - lo spirito del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, il quale si caratterizza per la particolare attenzione riservata alle occasioni di ravvedimento *post factum*, capaci di riportare l'ente sui binari della legalità. In particolare, in questa occasione l'autorità giudiziaria, dopo aver appurato l'insussistenza di cause di proscioglimento immediato e la concreta capacità dell'istante di tornare a operare entro i binari della legalità, ha acconsentito all'esecuzione del programma di trattamento proposto dalla difesa, dal quale emergeva l'intenzione dell'impresa di provvedere, in maniera seria e tempestiva: a) alla eliminazione degli effetti negativi dell'illecito; b) al risarcimento degli eventuali danneggiati; c) al *restyling* del modello di organizzazione e gestione, attraverso il potenziamento delle procedure di controllo relative all'area aziendale in cui si è verificata l'azione criminosa; d) allo svolgimento di una attività di volontariato, consistente nella fornitura gratuita di una parte della propria produzione in favore di un organismo religioso che gestisce un punto di ristorazione rivolto a persone bisognose. Verificato il corretto svolgimento di tali adempimenti, il giudice per le indagini preliminari ha successi-

⁶⁰ Giudice delle indagini preliminari presso il Tribunale di Modena, ordinanza 19 ottobre 2019, est. Romito.

vamente dichiarato l'estinzione del reato.

La successiva pronuncia⁶¹, invece, pur ribadendo il suddetto principio, chiarisce come l'ammissione delle persone giuridiche al procedimento speciale di cui agli artt. 464 *bis* ss. c.p.p. sia subordinata alla sussistenza, prima della commissione dell'illecito contestato, di un modello di organizzazione e gestione. In particolare, secondo il giudice solo se l'ente non fosse stato sprovvisto di un *compliance program* al momento della verifica dell'illecito ascrivuto il magistrato potrebbe prendere in considerazione l'istanza, purché dal programma di trattamento proposto emergesse, non solo l'intenzione dell'impresa di risarcire il danno cagionato, di eliminare, ove possibile, le conseguenze negative dell'illecito e di svolgere una attività avente un rilievo sociale, ma altresì quella di rimodulare il proprio assetto organizzativo mediante la correzione e/o l'implementazione del modello già rivelatosi fallace.

In dottrina, maggioritarie sono le voci che si pronunciano per la applicabilità dell'istituto in parola nel procedimento *de quo*⁶². La prima ragione per supportare tale conclusione è rinvenuta nella circostanza che la c.d. *probation* avrebbe – diversamente da quanto sostenuto dal Tribunale di Milano – una natura anfibia, essendo causa di estinzione del reato da una parte, e rito speciale dall'altra, come dimostrato dalla circostanza che accanto a una disciplina

⁶¹ Giudice delle indagini preliminari presso il Tribunale di Modena, ordinanza 11 dicembre 2019, est. Romito.

⁶² Per un'analisi – ed una valutazione favorevole della decisione –, cfr. FIDELBO - RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2016, 3; BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Torino, 2018, 121; CENTORAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto alla probation dell'imputato persona giuridica*, in LUPÁRIA - MARAFIOTI - PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Torino, 2018, 199; GARUTI, *La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto processuale penale*, in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, a cura di Fiorella, Gaito, Valenzano Roma, 2018, 432; SCALFATI, *Punire o reintegrare? Prospettive sul regime sanzionatorio contro l'ente*, *ibidem*, 441; RUGGIERO, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Torino, 2018, 171; GARUTI - TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale ha ammesso la persona giuridica al probation*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 10; RICCARDI - CHILOSI, *La messa alla Prova nel processo "231": quali prospettive per la diversione dell'ente*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 10, 47; MEAZZA, *Messa alla prova e persone giuridiche: una nuova pronuncia del Tribunale di Bologna*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 12; D'ACQUARONE - ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Riv. Resp. Amm. Enti*, 2/2018, 123; DI PIETRO, *La messa alla prova: un possibile ponte tra la compliance aziendale e il riconoscimento giudiziale dell'efficacia esimente del modello di organizzazione e gestione*, *ivi*, 2/2021, 290.

In senso critico, MARANDOLA, *Responsabilità ex 231/2001: l'ente può accedere alla messa alla prova?*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 9 novembre 2020.

sostanziale (artt. 168 bis ss. c.p.), è presente anche una normativa processuale (artt. 464 bis ss. c.p.p.) che, tramite il *passpartout* di cui agli artt. 34 e 35 d.lgs. n. 231, può garantire l'agevole trasferimento della messa alla prova anche nella giurisdizione *de societate*⁶³. In proposito, non sembra d'ostacolo a questa conclusione la circostanza – fortemente valorizzata invece dal Tribunale di Milano – che il d.lgs. non preveda in alcun modo la facoltà per la persona giuridica di avvalersi della *probation* una volta considerato, appunto, il già menzionato il fenomeno di eterointegrazione normativa grazie al quale si applica, nel processo di cui al d.lgs. n. 231 del 2001, anche quanto ivi non regolamentato ma disciplinato nel codice penale, con l'unico limite della compatibilità – come ad esempio accade, senza che si riscontri alcuna criticità, per i riti speciali del giudizio immediato o direttissimo⁶⁴.

Alla luce di ciò, si ritiene che la trasposizione dell'alternativa di cui agli artt. 464 bis ss. c.p.p. nel peculiare contesto del processo *de societate* non solo non sarebbe una forzatura ermeneutica ma anzi l'applicazione della *probation* agli enti sarebbe affine alle “svariate occasioni di ravvedimento che si ripetono lungo tutto l'arco processuale di cui la persona giuridica è protagonista; affinità, questa, destinata a emergere ancor più chiaramente se si considera che il decreto già contempla situazioni che comportano, al pari della *probation*, una momentanea paralisi del rito funzionale al perfezionamento di condotte di operosa resipiscenza (artt. 49 e 65)”⁶⁵. Di conseguenza, stante la similitudine

⁶³ Sulla ambivalenza della disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova, Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, Sorcinelli, in *Mass. Uff.*, n. 267238, ove si legge che «[q]uesta nuova figura, di ispirazione anglosassone, realizza una rinuncia statutale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita e si connota per una accentuata dimensione processuale, che la colloca nell'ambito dei procedimenti speciali alternativi al giudizio (Corte cost., n. 240 del 2015). Ma di essa va riconosciuta, soprattutto, la natura sostanziale. Da un lato, nuovo rito speciale, in cui l'imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo; dall'altro, istituto che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata, in cui viene “infranta” la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto».

⁶⁴ D'altronde, come è stato osservato in dottrina, «se l'ente, per il tramite del suo rappresentante legale, può essere “interrogato” ai fini del giudizio immediato e, altresì, ben può “confessare” ai fini del giudizio direttissimo, allora lo stesso ente potrà anche essere “messo alla prova” nelle forme e nei modi degli artt. 464 bis ss. c.p.p., non ostando a simile operazione la mancanza del coefficiente materiale e psicologico tipico della persona fisica» (RICCARDI - CHILOSI, *La messa alla prova nel processo “231”*, cit., 60).

⁶⁵ GARUTI - TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione*, cit. 4.

Nello stesso senso, CENTORAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi*, cit., 201; FIDELBO - RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova*, cit., 47; RICCARDI - CHILOSI, *La messa alla Prova nel processo “231”*, cit., 65; RUGGIERO, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi*, cit., 175.

fra il programma di trattamento proprio della messa alla prova e gli adempimenti previsti dall'art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001, connotati dalla medesima *ratio*, «ove mai si negasse all'ente la facoltà di richiedere la messa alla prova, si finirebbe, in fondo, per rinnegare la stessa natura intimamente rieducativa del processo per gli illeciti *de societate*»⁶⁶.

Né si potrebbe sostenere che proprio tale sovrapposizione fra il programma di messa alla prova e gli strumenti di resipiscenza previsti nel d.lg. n. 231 precluderebbe l'estensione dell'istituto di nuovo conio anche alle persone giuridiche. Infatti, da un lato, essendo la messa alla prova esperibile solo quanto il reato presupposto non superi il limite edittale *ex art.* 168 bis, comma 1, c.p., il citato art. 17 troverà applicazione anche nelle fattispecie in cui la messa alla prova, viceversa, incontra il limite del titolo di reato, conservando così un distinto e autonomo campo operativo; dall'altro lato, la disciplina di cui al citato art. 17 troverebbe un ulteriore proprio spazio di autonomia ove l'ente non fosse ammesso alla messa alla prova per ritenuta immeritevolezza o il programma di trattamento risultasse solo parzialmente eseguito (nei casi di revoca anticipata dell'ordinanza di sospensione *ex art.* 168 *quater* c.p.) ovvero completata ma con esiti non sufficienti.

Relativamente, invece, alla connotazione antropomorfica dell'istituto in discorso che si palesa per il tramite di un programma di trattamento evidentemente riferito, nel suo contenuto, alle persone fisiche si evidenzia come sia ben possibile coinvolgere l'ente in iniziative di sostegno ed attività che apportino un effettivo contributo in termini di socialità e che potranno essere svolte direttamente dalle strutture aziendali ovvero, laddove questo non sia possibile, commissionate ad un'impresa terza con oneri a carico e sotto la responsabilità dell'ente imputato⁶⁷. Il giudice poi valuterà – sulla base del dato fattuale desumibile dalla prospettazione accusatoria – l'idoneità del programma presentato a minimizzare la futura pericolosità organizzativa dell'ente, soffermandosi sulla gravità del fatto e sul grado della responsabilità della persona giuridica accusata, tenendo in considerazione i diversi elementi della connotazione finalistica della condotta misurata in termini di intensità dell'interesse o del vantaggio, delle conseguenze dannose o pericolose cagionate,

⁶⁶ CENTORAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi*, cit., 200. Si veda anche SCIALLA, *Modelli innovativi del potere sanzionatorio, flessibilità della funzione*, in *questa Rivista*, fasc. 3; PECORARIO, *Analisi ragionata in tema di messa alla prova dell'ente*, in *Riv. Resp. Anm. Enti*, 4/2021, 29.

⁶⁷ PECORARIO, *Analisi ragionata*, cit., 30.

dell'atteggiarsi dell'imputazione rispetto alla colpa di organizzazione⁶⁸.

Come accennato, tuttavia, non mancano voci che propendono per una risposta negativa al quesito, valorizzando in primo luogo la lettera di cui all'art. 8 d.lg. n. 231 che esclude che – eccezion fatta per l'ammnistia – le cause di estinzione del reato riferite alle persone fisiche possano operare anche in relazione all'ente⁶⁹. In secondo luogo, si evidenziano le analogie fra la messa alla prova e “le tre condotte previste dall'art. 17 d.lgs. 231/2001 ... le quali solo se concomitanti escludono l'applicazione delle sanzioni e delle misure cautelari interdittive e incidono in modo favorevole sulla determinazione delle pene pecuniarie e sulla quantificazione stessa dell'oggetto della confisca, [e se] appaiono, da un lato, un formidabile premio alla promozione di quell'attività di riorganizzazione interna in vista di una corresponsabilizzazione della persona giuridica ai fini della prevenzione del reato, dall'altro lato esauriscono, in modo del tutto peculiare, le condotte che per contro nel codice penale e per la sola persona fisica portano alla sua non punibilità ... [di modo che] questi Modelli compensativi dell'offesa sarebbero di fatto vanificati, se si consentisse all'ente di beneficiare direttamente delle stesse cause di non punibilità della persona fisica, almeno per quei reati presupposto che lo consentono, per i quali, di fatto, non sarebbe più necessaria la riorganizzazione della *compliance* (e la messa a disposizione del profitto oggetto di confisca laddove vi sia)”⁷⁰. Inoltre, viene sottolineato come il contenuto sanzionatorio non detentivo che

⁶⁸ Secondo PECORARIO, *Analisi ragionata*, 31, “l'individuazione della «misura oggettiva» della colpevolezza dell'ente richiederà un esame scrupoloso dei seguenti aspetti: a) l'esposizione al rischio penale dell'Area/Processo/Attività in cui si è verificato il re

Questi Modelli compensativi dell'offesa sarebbero di fatto vanificati, se si consentisse all'ente di beneficiare direttamente delle stesse cause di non punibilità della persona fisica, almeno per quei reati presupposto che lo consentono, per i quali, di fatto, non sarebbe più necessaria la riorganizzazione della compliance (e la messa a disposizione del profitto oggetto di confisca laddove vi sia stato. In questa sede, potrà rilevare se la fattispecie in contestazione abbia o meno ad oggetto «forme di illegalità tipiche» ovvero «rischi caratteristici» in cui può incorrere quell'attività d'impresa; b) se era esigibile dall'ente una diversa organizzazione che fosse funzionale al contenimento di quello specifico rischio reato, avendo come parametro le conoscenze e capacità che si possono pretendere in una *societas ejusdem generis et condicinis* cui appartiene l'ente, tenuto altresì conto delle eventuali maggiori capacità organizzative possedute dallo stesso imputato. Al fine di ricostruire tale ultimo parametro potranno certamente rilevare: • i codici di comportamento ex art. 6, comma 3, d.lgs. 231/2001; • il settore di riferimento, la forma sociale, le soglie di fatturato, il numero di dipendenti, i risultati di bilancio; • l'appartenenza o meno ad un gruppo d'impresa (multinazionale o di raggio nazionale); • la storia aziendale ovvero «la nascita dell'azienda, l'ideazione del processo produttivo, i successi economici raggiunti, ma – più specificatamente – il rapporto fra l'impresa, la sua storia ed il rispetto della legge penale, indicando se la società (o suoi dipendenti) è stata in precedenza sottoposta ad indagini, condannata, ecc. »; la condotta contemporanea o susseguente al reato da parte dell'ente”.

⁶⁹ VARRASO, *Autonomia del sistema sanzionatorio*, cit., 24.

⁷⁰ Ancora VARRASO, *Autonomia del sistema sanzionatorio*, cit., 24.

caratterizza la messa alla prova “veicola finalità special-preventive molto evidenti e l’istituto certamente oggi non può esplicare alcun effetto nei confronti dell’ente, essendo strettamente connesso all’opzione processuale e al programma trattamentale della persona fisica”⁷¹.

8. *Segue: Qualche riflessione fra considerazioni de iure condendo....* A nostro parere, il vero ostacolo per riconoscere uno spazio operativo all’istituto della messa alla prova nel giudizio nei confronti degli enti collettivi è rappresentato dal dato normativo. Analogamente a quanto osservato in relazione alla figura della particolare tenuità del fatto – sia pur con una riflessione conducente ad esiti opposti – ci sembra che la (inequivocabile) formulazione linguistica dell’art. 8 impedisca di applicare alle società il disposto di cui all’art. 464 *septies* c.p.p. senza che si possa richiamare in senso contrario la “clausola di apertura” di cui agli artt. 34 e 35 d.lgs. N. 231 del 2001⁷², posto che il tema delle cause di estinzione dell’illecito dell’ente è espressamente disciplinato, per l’appunto, dal citato art. 8, che come detto ritiene rilevante per le società la sola figura dell’amnistia.

Laddove, tuttavia, si ritenesse di poter superare il dettato normativo - sostenendone che sarebbe ammissibile una lettura *in bonam partem* o richiamando la circostanza che l’istituto della messa alla prova è entrato in vigore successivamente all’adozione del d.lg. n. 231 del 2001⁷³ - non paiono invece insuperabili le paventate criticità connesse alla gestione della istanza di messa alla prova quando formulata dall’ente collettivo. Nessun problema si incontra nell’adottare la disciplina presente nel codice di procedura penale alla circostanza in esame – ad esempio, la richiesta di adesione al percorso di *diversion* potrebbe essere avanzata entro le conclusioni dell’udienza preliminare o, in assenza di quest’ultima, fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado o anche nel corso delle indagini preliminari, con il *placet* del Pubblico Ministero, ferma restando la possibilità di reiterare l’istanza; parimenti sovrapponibili risultano la scansione temporale e la concreta modula-

⁷¹ CONSULICH, *Punibilità di organizzazione*, cit., 294. Nello stesso senso, PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., 541.

⁷² Come sostenuto da PRESUTTI - BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, 366

⁷³ Per una sollecitazione in tal senso GIUNTA, *L’ente non punibile*, cit. 20, secondo cui occorre considerare come fossero “pochissimi reati-presupposto contemplati dal disegno originario del d.lgs. 231/2001 ... con la conseguenza che l’interprete ... può restringere il principio dell’autonomia della responsabilità dell’ente in presenza di cause nominalmente estintive, ma incompatibili con l’operatività del principio in questione”.

zione del rito speciale che, nella migliore delle ipotesi, consentirà all'ente la fuoriuscita anzitempo dal proprio circuito processuale -, mentre l'esecuzione del programma trattamentale (pur essendo innegabile il suo carattere "antropomorfo") potrebbe essere facilmente adattato alla particolare natura della persona giuridica, il cui reinserimento nel circuito della legalità potrebbe essere sancito dall'eliminazione degli effetti pregiudizievoli dell'illecito, dal risarcimento del danno ove possibile, dall'integrazione del modello organizzativo e dall'esecuzione di un lavoro di pubblica utilità - che a sua volta potrebbe essere svolto mediante corsi di formazione gratuita o sostenendo l'operato di organizzazioni sociali, sanitarie e di volontariato o promuovendo altre svariate iniziative, purché capaci di apportare un qualche beneficio alla collettività.

Tuttavia, il profilo di maggiore interesse che investe il tema dei rapporti fra l'istituto della messa alla prova e giudizio nei confronti degli enti collettivi non ci pare essere quello di una compatibilità fra l'attuale disciplina dettata dagli artt. 464 *bis* e seguenti c.p.p. ed il sistema processuale delineato dal d.lg. n. 231 del 2001 quanto l'opportunità di riconoscere uno spazio effettivo all'istituto in parola nell'ambito del procedimento nei confronti delle persone giuridiche. Detto altrimenti, esaminando le diverse posizioni che dottrina e giurisprudenza hanno espresso in ordine ai rapporti fra messa alla prova e responsabilità da reato delle società, la domanda fondamentale che pare emergere - impregiudicata la necessità o meno di un apposito intervento di riforma per adeguare le due normative - riguarda la sussistenza di "uno spazio logico tra la possibilità astratta della sanzione e la sua applicabilità concreta, tra il momento in cui si avvera l'ultimo degli elementi dell'illecito e l'esecuzione della condanna"⁷⁴.

Secondo alcuni autori, infatti, "per come è stata conformata la disciplina [della responsabilità da reato delle persone giuridiche], emerge una stretta consequenzialità tra illecito e sanzione: agli occhi del legislatore del 2001, con un'impostazione confermata fino ad oggi, le dimensioni e le connotazioni del rimprovero all'ente conducono ad una punibilità indefettibile"⁷⁵. Si tratterebbe di una scelta politico-criminale non irragionevole⁷⁶ posto che il fulcro della responsabilità poggia sulla colpa di organizzazione, "che si manifesta inesorabilmente con tratti di sistematicità e serialità.... che superano per scala le po-

⁷⁴ CONSULICH, *Punibilità di organizzazione*, 295, che cita VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, 382, 387.

⁷⁵ CONSULICH, *Punibilità di organizzazione*, 295.

⁷⁶ Come invece lamentato da EPIDENDIO, *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, in *Riv. Resp. Amm. Enti*, 4/2018, 149.

tenzialità offensive della condotta individuale. Ecco perché, se quest'ultima può presentare caratteristiche di esiguità e occasionalità tali da meritare l'astensione della punibilità o la sostituzione della sanzione penale con forme degradate di censura, il fatto dell'ente, cioè l'agevolazione all'illecito della persona fisica, supera sempre il minimo disvalore necessario ad attivare una risposta sanzionatoria ... Insomma, per la responsabilità degli enti bisogna sempre prendere in considerazione un disvalore ulteriore e più grave, come logicamente deriva dalla constatazione che il reato presupposto rappresenta solo una parte dell'illecito della persona giuridica". In quest'ottica troverebbe poi giustificazione la disomogeneità di trattamento tra individuo ed ente, poiché le differenze strutturali tra le due imputazioni, i due rimproveri e le due attitudini alla sanzione sono tali da rendere il disvalore espresso dai due contributi sempre sistematicamente eterogeneo, sì da giustificare esiti profondamente divaricati e la punibilità dell'ente va perciò considerata quale "categoria resiliente verso l'esterno, resistente ad ogni forma di esenzione motivata da logiche premiali, riscossive o clemenziali, suscettibile solo di una degradazione della sanzione [ma di una esenzione] nei casi di massima collaborazione dell'organizzazione, ai sensi degli artt. 12, comma 2, e 1, d.lgs. 231/2001"⁷⁷.

Non ci sentiamo di condividere questa impostazione⁷⁸, quanto meno nella parte in cui – riconosciuta la particolare gravità delle vicende delittuose in cui è coinvolta una società e la necessità di reagire differenziando la risposta da riservare all'ente collettivo rispetto al trattamento previsto per la persona fisica – si qualifica come indefettibile la punizione dell'organizzazione. Come dimostra l'esperienza di ordinamenti stranieri, su cui si tornerà in seguito, "il contrasto alla criminalità economica d'impresa è uno dei settori nei quali si registra sul versante del processo penale, una profonda crisi della rigida sequenza "reato-processo-pena-esecuzione"; la difficoltà di giungere ad un pieno accertamento della responsabilità della persona giuridica-imputato in tempi ragionevoli, in uno alle significative conseguenze che l'eventuale condanna

⁷⁷ CONSULICH, *Punibilità di organizzazione*, 296, da cui è tratta anche la citazione che precede e secondo cui "l'impronta originaria del decreto è dunque nel senso della punibilità come preciso vincolo di sistema, rinveniente dal testo al di là delle volontà del legislatore storico. A ben vedere ne è riprova la stessa logica della prescrizione di cui all'art. 22, pensata per permanere oltre ogni vicenda che affligga la persona fisica e mitigata appena dall'ipotesi di decadenza dalla contestazione nel caso in cui il reato presupposto si sia prescritto già prima della formulazione dell'accusa all'ente (art. 60, d.lgs.)".

⁷⁸ Che ovviamente non interessa solo la messa alla prova ma rileva ogni qualvolta si discute se una causa di estinzione del reato presupposto commesso dalla persona fisica possa o meno estendersi anche all'ente, come nel caso della collaborazione processuale o in caso di oblazione. In questo senso anche SCARONA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione*, cit. 190.

importa per la società e per il mercato, ha infatti segnato un più frequente ricorso a riti alternativi, a matrice negoziale e premiale, la cui logica è favorire il ritorno alla “legalità” dell’ente-imputato”⁷⁹.

Espressione emblematica di tale orientamento è proprio il decreto n. 231 del 2001 ed in particolare il suo sistema sanzionatorio, improntato ad una logica ben lontana dalla mera punizione dell’ente ritenuto responsabile dell’illecito⁸⁰. Il testo normativo è orientato da esigenze di tipo cautelativo e prevenzionale, come dimostra “la vocazione preventiva dei modelli [che dà] una direzione al sistema sanzionatorio volto alla risocializzazione del destinatario delle misure che, quando applicate, inducono l’ente a un ripensamento organizzativo e gestionale idoneo a riportare la *societas* entro i binari della legalità perduta”⁸¹, mentre la duttilità sanzionatoria 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 risocializzante che potrebbe conseguirsi con l’applicazione della mera sanzione edittale. In sostanza, 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, il *focus* della legge passa dalla prevenzione alla riorganizzazione e riparazione e “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”⁸².

⁷⁹ MANGIARACINA, *Persone giuridiche e alternative al processo: i deferred prosecution agreements nel Regno Unito e in Francia*, in *Cass. Pen.*, 2018, 2182.

Nello stesso senso, LUPARIA, *Contrasto alla criminalità economica e ruolo del processo penale: orizzonti comparativi e vedute nazionali*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2015, n. 5, 4.

⁸⁰ Nel senso che col decreto 231 si realizza una vera e propria «trasfigurazione» dell’essenza e della funzione della pena, FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di “metamorfosi” della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1399.

Si veda anche STENDARDI, *Disposizioni del D. Lgs. 231/2001 a matrice riparativa e possibili intrecci con gli strumenti tipici della Restorative Justice*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 4.

⁸¹ SCIALLA, *Modelli innovativi di esercizio del potere sanzionatorio, flessibilità della funzione*, in *Questa rivista*, 2021, n. 3, 4.

⁸² SCIALLA, *Modelli innovativi di esercizio*, cit., 4.

Si veda anche 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; MONGILLO - BELLACOSA, *Il*

L'obiettivo primario del legislatore del 2001, dunque, non è quello di punire l'ente ma riportare lo stesso alla legalità, nell'interesse sia della società che della comunità che trae giovamento e opportunità di sviluppo dalle attività economiche. Ciò posto, pare di potersi sostenere che l'appello alla riorganizzazione⁸³ - compito preferibile delle sanzioni - diventi maggiormente efficace quando alla *societas* viene promesso l'esonero dagli addebiti: l'efficacia del sistema sanzionatorio è strettamente legato alla filosofia premiale, linfa del sistema, e al funzionamento della fase di accertamento della responsabilità e quindi l'ampliamento dei meccanismi processuali che consentono il ravvedimento dell'ente o l'estensione di istituti che oggi valgono solo per l'agente fisico potrebbero immettere nuova linfa negli obiettivi special-preventivi della normativa.

In questa prospettiva sembrerebbe quindi opportuno estendere l'istituto della messa alla prova 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 retributiva⁸⁴.

Sono in effetti molti i punti di contatto che la *probation* può trovare con la disciplina 231 per gli enti: la menzionata essenza preventiva del decreto 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»⁸⁵. Inoltre, sia il d.lgs. 231 del 2001 sia l'istituto della messa alla prova partecipano della stessa natura, si inscrivono in un percorso di possibilità di nuovi modelli sanzionatori, nuove proposte di penalità orientate non tanto alla punizione ma alla prevenzione o più propriamente a

sistema sanzionatorio, in *Responsabilità da reato degli enti*, Vol. I, a cura di LATTANZI, SEVERINO, Torino, 2020, 291; 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; PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Milano, 2010, 21.

⁸³ Secondo l'espressione di MONGILLO - BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 291.

⁸⁴ In questi termini EUSEBI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 1693.

Si veda anche SALVATORE, *Probation e 231/2001: il contrasto in seno alla giurisprudenza di merito sulla possibilità per l'ente di accedere alla messa alla prova e l'irremovibilità della Suprema Corte sull'inapplicabilità della sospensione condizionale della pena alle sanzioni inflitte all'ente*, in *Riv. Resp. Amm. Enti*, 1/2021, 225.

⁸⁵ 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.

«rompere i meccanismi del male piuttosto che a raddoppiare quel male»⁸⁶, 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» il soggetto”⁸⁷ e non a caso in tale testo normativo è presente un meccanismo accostabile alla messa alla prova, rinvenibile nella disciplina di cui agli art. 49 e 65, i quali stimolano sì condotte assimilabili a quelle richieste nel caso di svolgimento del programma di messa alla prova ma senza estinguere il reato, riconoscendo solamente una riduzione del trattamento sanzionatorio⁸⁸.

In conclusione, ci pare che proprio le caratteristiche e le finalità dell’istituto della messa alla prova suggeriscano – laddove si ritenga non applicabile l’attuale disciplina – di forgiarne uno su misura dell’ente⁸⁹. In tal caso, occorrerà certamente curarne il coordinamento con le norme riparative contenute nel decreto, evitando in particolare che la possibilità di godere dell’estinzione del reato conseguente alla messa alla prova sancisca “la morte della (già comatosa) funzione esimente assegnata ai modelli di organizzazione e alla loro implementazione [inducendo] le società [ad] attestarsi su una posizione di attesa

⁸⁶ DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 che cita EUSEBI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 1700.

⁸⁷ SCIALLA, *Modelli innovativi di esercizio*, cit., 14, che cita SAPORITO, *La messa alla prova nell’esperienza giurisprudenziale: un faticoso percorso verso l’allineamento costituzionale*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2019, 1337.

⁸⁸ AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d’impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, 331; DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell’offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, a cura di Paliero-Viganò - Basile - Gatta, Milano, 2018, 581 ss., che rileva come «[l]a pena rappresenterebbe il fallimento della riforma, che vuole diffondere a ogni livello una cultura della prevenzione dei reati dentro le imprese».

Nel senso che la messa alla prova soddisferebbe “la necessità di creare un *trait d’union* fra il modello preventivo e quello *post factum* (che può essere inteso come programma di recupero), attraverso una sorta di accompagnamento dell’ente nella sua riorganizzazione volta ad un ritorno alla legalità”, RUGGIERO, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell’azione contro gli enti*, Torino, 2018, 179.

Nello stesso senso, VISCONTI, *L’ente tra sanzione e rieducazione. Una prospettiva comparata*, in *questa Rivista*, 2021, fasc. 3.

⁸⁹ FIDELBO - RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova*, cit., 2; SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell’oblazione*, cit. 197; MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell’impresa*, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di CENTONZE - MANTOVANI, Bologna, 2016, 129; CERESA GASTALDO, *Per una riforma del D.Lgs. 231 del 2001*, Relazione al convegno AODV 231, *Il D.Lgs. 231 del 2001 a vent’anni dalla sua introduzione*, presso Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, giugno 2021.

[nel senso che] invece di forgiare un modello *ante-delictum*, adeguato ed effettivo, [sceglieranno di] dotarsi del modello solo in presenza di un evento avverso (la consumazione di un reato-presupposto)”⁹⁰. All’uopo, potrebbe prevedersi che possano 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, nonché potrebbe richiedersi che l’ente abbia comunque già adottato un modello organizzativo ma lo stesso sia stato giudicato non idoneo a prevenire il reato⁹¹ giacché 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 di una cultura della *compliance* che giustifica l’ammissione alla misura.

Tuttavia, la risposta più efficace alle suddette preoccupazioni risiede nella constatazione che di regola l’ammissione degli enti collettivi a forme di *Restorative Justice* o di *Probation*, anziché disincentivare l’attenzione verso l’aspetto organizzativo dell’azienda, induce le società ad “investire” nell’adozione di un’adeguata *compliance*: l’adozione del modello organizzativo, infatti, o ha un’efficace esimente ovvero costituisce comunque un requisito per godere di trattamenti *latu sensu* punitivi meno rigorosi che non comportino interruzioni dell’attività d’impresa né nocimento al patrimonio societario. Come dimostrano l’esperienze straniere, su cui brevemente ci soffermeremo nel prossimo paragrafo.

9. *Segue: ... e gli insegnamenti di esperienze straniere.* Da più parti, nel sollecitare una riforma del d.lgs. n. 231 del 2001 che disciplino la possibilità per l’ente di accedere a benefici quali quelli della messa alla prova o similari si è proposto al legislatore di fare riferimento alle esperienze straniere, sostenendo espressamente che “l’introduzione, anche nell’ambito del d.lgs 231/2001, di sistemi di diversione di ispirazione anglo-americana, anche eventualmente attraverso l’estensione agli enti del menzionato istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, costituirebbe probabilmente un “trapianto” a basso rischio di “rigetto”⁹². Sembra perciò utile soffermarsi, sia pur in termini necessariamente sintetici, sulle indicazioni provenienti da ordinamenti

⁹⁰ PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., 537,

⁹¹ Come ritenuto dalla seconda decisione del Tribunale di Modena in precedenza riportata

⁹² Fe. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione “negoziata” per l’ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Ind. pen.*, 2013, 769.

diversi da quello italiano, peraltro non fermando il nostro sguardo al solo *deferred prosecution agreements* presente nel Regno Unito ma esaminando anche l'esperienza francese del *Convention judiciaire d'intérêt public*⁹³.

Peraltro, entrambi gli istituti in discorso sono in qualche modo tributari della figura del *deferred prosecution agreements* applicati, in misura sempre crescente nel corso degli anni e con successo negli Stati Uniti d'America e consistenti in un accordo con il quale il *prosecutor* mentre avanza un'accusa a carico di una persona giuridica (o anche di una persona fisica) decide – con l'autorizzazione del giudice, il cui ruolo rispetto ai termini dell'accordo, tuttavia, non è ben definito⁹⁴ – al contempo di rinviare l'eventuale esercizio dell'azione penale, onde riconoscere all'accusato un tempo per adempiere ad una serie di prescrizioni che, una volta realizzate, le eviteranno il processo⁹⁵. Si tratta peraltro di un istituto che non va confuso con il *non prosecution agreement* – la cui disciplina non è presente in alcuno degli ordinamenti europei –, in cui l'accordo fra *prosecutor* ed accusato giunge al punto di, verificate certe condizioni, consentire la non apertura di alcun procedimento contro la società, dietro la garanzia dell'impegno al rispetto della legalità per il futuro e nel quale, a differenza del precedente, non vi è alcun intervento da par-

⁹³ Lo studio comparato delle esperienze straniere presenta ormai una bibliografia assai vasta. Senza pretesa di completezza ci limitiamo a segnalare, fra i soli scritti di lingua italiana, LUPARIA, *Contrasto alla criminalità economica e ruolo del processo penale*, cit., 3; RUGGIERO, *Non prosecution agreement e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 ottobre 2015; Fe. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2016, n. 2, 81; ID., *Deferred Prosecution Agreements*, cit. 743; MANGIARACINA, *Persone giuridiche e alternative al processo*, cit., 2182; CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 946; GALLI, *Giudicare l'avvenire. Uno studio a partire dalla convention judiciaire d'intérêt public*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, 1285.

⁹⁴ Per questo profilo, su cui si tornerà più innanzi, Fe. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements*, cit. 743.

⁹⁵ Peraltro, oltre al Regno Unito ed alla Francia, numerosi altri Paesi hanno recentemente introdotto o stanno valutando l'introduzione di istituti analoghi a quelli menzionati nel testo.

In Canada i *deferred prosecution agreements* sono stati introdotti dal *Budget Implementation Act* del 2018 nel Codice penale, allo scopo di richiedere all'organizzazione di mettere in atto misure per prevenire la commissione di ulteriori illeciti, contribuire a riparare i danni arrecati alle vittime o alla comunità, nonché ridurre il pregiudizio che una condanna in sede penale della società potrebbe produrre anche rispetto a dipendenti, azionisti e altre terze parti estranee al reato.

In Irlanda la *Law Reform Commission*, in un Report diffuso il 23 ottobre 2018, ha raccomandato l'introduzione di *deferred prosecution agreements* sul modello di quello già adottato dalla Gran Bretagna.

In Australia nel 2017 è stato presentato in Parlamento il disegno di legge *Crime Legislation Amendment (Combating Corporate Crime) Bill 2017* con il quale si prevede l'introduzione nel *Director of Public Prosecutions Act 1983* dei *deferred prosecution agreements* con riferimento alle *corporations* e in relazione a varie tipologie di reati.

te del giudice.

Il *deferral prosecution agreement* presuppone una negoziazione fra il *prosecutor* la persona giuridica (la previsione non opera per le persone fisiche); non è prevista la partecipazione della vittima del reato, anche se il risarcimento della stessa unitamente alla gravità del danno causato sono profili che il *prosecutor* deve valutare per decidere se procedere con l'azione penale piuttosto che con la *diversion*. L'iniziativa per la negoziazione rientra nella piena discrezionalità del *prosecutor*, non avendo la persona giuridica alcun diritto (né tanto meno un obbligo di farne richiesta) all'applicazione dell'istituto che ha base consensuale; nell'esercizio di tale discrezionalità l'accusa deve prendere in considerazione a) l'esistenza di prove significative o comunque di plausibili possibilità che la prosecuzione dell'attività investigativa possa consentire, entro un lasso di tempo ragionevole, di pervenire ad un quadro dimostrativo che conduca ad una decisione di condanna (si parla di "ragionevole sospetto" ovvero *reasonable suspicion*) b) la sussistenza di un pubblico interesse alla conclusione dell'accordo: a tal fine, il *Code of Practice* indica la serietà dell'offesa tra gli elementi da considerare per escludere l'accesso all'accordo e per valutare questo elemento non bisogna fare riferimento soltanto al valore dei ricavi e delle perdite, ma anche al rischio di un danno per la collettività, le vittime non identificate, gli azionisti, i dipendenti, i creditori, nonché alla stabilità e integrità del mercato finanziario e del commercio internazionale - in ogni caso, la decisione su quali fattori debbano essere considerati rilevanti e sul peso da attribuire a ciascuno è di competenza esclusiva del *prosecutor*, il quale dovrà compiere una valutazione caso per caso, salvo, poi, il successivo controllo da parte del giudice.

Sul piano dei contenuti il *deferral prosecution agreement* deve contenere a) una rappresentazione dei fatti relativi all'imputazione (*statement of facts*), con eventualmente un'ammissione di responsabilità da parte della società (anche lo *statement*, infatti, è soggetto alla negoziazione tra le parti) b) l'indicazione della data entro la quale i termini dell'accordo cesseranno di avere efficacia c) le condizioni imposte alla persona giuridica. Quest'ultimo punto è caratterizzato da assoluta flessibilità posto che le condizioni in parola dipendono dalle circostanze del singolo caso. Tra le condizioni di natura economica vi sono, anzitutto, il pagamento di una pena pecuniaria, considerato come una sorta di elemento "necessario"⁹⁶, il risarcimento del danno alla vittima, la donazione di

⁹⁶ Quanto all'ammontare, è stabilito che questo deve essere comparabile alla pena che sarebbe stata inflitta per il reato a seguito di una dichiarazione di colpevolezza, dovendosi poi considerare lo stadio del procedimento nel quale l'autore del reato ha manifestato la sua intenzione di dichiararsi colpevole e

denaro ad un'associazione caritatevole o ad altro soggetto, la restituzione dei profitti ricavati dal reato e il pagamento dei costi sostenuti dal *prosecutor*; al di là di queste condizioni strettamente economiche potrebbe essere richiesto di implementare un programma di *compliance* ovvero di apportare dei cambiamenti ad un programma già in atto relativo alle politiche societarie oppure alla formazione dei dipendenti e, infine, di cooperare nello svolgimento delle indagini connesse al reato.

Presa la decisione di negoziare un *deferral prosecution agreement*, il *prosecutor* deve rivolgersi alla *Crown court*. In particolare, già durante la fase di negoziazione, ma prima che l'accordo sia raggiunto, l'organo d'accusa deve rivolgersi all'autorità giudiziaria cui spetta valutare che procedere in tal senso sia "nell'interesse della giustizia" e che i termini dell'accordo siano "*fair, reasonable and proportionate*"⁹⁷. Fra gli elementi di rilievo da considerare per valutare il profilo dell'interesse della giustizia vi è la serietà del reato nel senso che tanto più grave è la condotta tanto minore dovrebbe essere l'interesse a concludere l'accordo - anche se in alcune decisioni si sottolinea come tale profilo possa essere recessivo rispetto alle modifiche di *governance* che la società decida di apportare o in relazione alla condotta collaborativa tenuta dalla persona giuridica durante la fase delle indagini -, la presenza di "precedenti" che hanno portato all'esecuzione di azioni civili o penali contro la società, l'attenzione prestata nel conformarsi a misure atte a ricondurre l'ente entro un percorso di legalità, al tempo e dopo la commissione dei reati, la misura in cui la società è cambiata sul piano culturale e nel rapporto con il personale, l'impatto del procedimento penale sui dipendenti e sulle altre vittime dell'illecito.

Una volta che l'accordo è stato raggiunto, il *prosecutor* deve rivolgersi nuovamente alla *Crown Court* per ottenerne l'approvazione, nuovamente subordinata alla presenza di un "interesse della giustizia" e di un accordo i cui termini siano "*fair, reasonable and proportionate*". Questa richiesta è ammessa soltanto se la Corte abbia già reso una dichiarazione positiva nella fase preliminare. Anche questa udienza si svolge in privato, ma se la richiesta è accolta, le ragioni addotte a sostegno devono essere rese pubbliche onde garantire la trasparenza della procedura, anche al fine di evitare che da parte dell'opinione

le circostanze nelle quali ciò è avvenuto.

⁹⁷ Si noti che questa fase procedimentale - in cui è possibile anche un intervento incisivo della Corte, che può decidere di aggiornare la seduta, richiedere ulteriori informazioni ecc. - è caratterizzata dalla segretezza e le finalità sono chiaramente indicate nel Consultation paper: la pubblica accusa e la difesa devono potere affrontare una discussione libera, senza il timore di conseguenze negative che potrebbero emergere qualora venisse divulgata la notizia che si sta considerando l'opportunità di accedere ad un *deferral prosecution agreement*.

pubblica questi accordi siano percepiti come uno strumento, nella disponibilità delle imprese, per eludere la giustizia.

La Corte gioca un ruolo significativo anche nella fase di esecuzione dell'accordo. Se, infatti, mentre il *deferral prosecution agreement* è in esecuzione il *prosecutor* ritenga che non sono state eseguite alcune condizioni può rivolgersi alla *Crown Court* perché valuti se la società abbia o meno violato le condizioni imposte. Se la Corte ritiene che vi sia stata una violazione, può invitare il *prosecutor* e la persona giuridica a trovare un accordo su una proposta per rimediare alla violazione – proposta che in ogni caso dovrà essere ratificata dalla Corte – oppure porre fine all'accordo, così legittimando il *prosecutor* ad iniziare il procedimento penale⁹⁸. È comunque possibile “rinegoziare” il contenuto dell'accordo in fase di esecuzione anche laddove necessario per evitare di incorrere in violazioni da parte della persona giuridica, a causa di circostanze non previste dalle parti al momento della conclusione dell'accordo stesso. Rimane ferma la necessità di una nuova verifica da parte della Corte in ordine alla sussistenza dei presupposti.

Dopo che siano state eseguite le condizioni contenute nel *deferral prosecution agreement* il *prosecutor* pone fine all'azione penale, dandone comunicazione alla *Crown Court* e non può iniziare un nuovo procedimento per lo stesso reato, a meno che non ricorrano alcune condizioni, come quando si scopra che durante la negoziazione dell'accordo la persona giuridica abbia fornito informazioni inaccurate, ingannevoli o incomplete e sapeva o avrebbe dovuto sapere che le informazioni erano di questa natura. Il nuovo esercizio dell'azione penale non è subordinato ad alcun assenso da parte dell'organo giurisdizionale così come la decisione della Corte di approvare il *deferral prosecution agreement* non è sottoposta a un nuovo giudizio, al pari di quanto avviene nella giurisdizione della *Crown Court* concernente materie relative ai *trial on indictments* e tenuto conto della natura “collaborativa” del procedimento.

Nel caso in cui, dopo la ratifica dell'accordo, sia avviato un procedimento penale a seguito delle circostanze anzidette, la declaratoria dei fatti contenuta nel *deferral prosecution agreement* viene trattata come una formale ammissione di responsabilità⁹⁹. Del pari, qualora il *deferral prosecution agreement* nego-

⁹⁸ Avverso la pronuncia della Corte che ponga fine all'accordo non è previsto alcun mezzo di impugnazione; tuttavia, l'imputato-persona giuridica dovrebbe potere accedere alla *judicial review* qualora si senta pregiudicato.

⁹⁹ Di tale possibilità il *prosecutor* deve informare l'ente nella lettera con cui, ricevuta l'adesione ai negoziati, spiega il *modus procedendi*.

ziato tra le parti non sia stato approvato dal giudice, tutti i documenti prodotti durante la trattativa potranno essere utilizzati nell'ambito del procedimento penale instaurato per dichiarazioni inaccurate, mendaci o incomplete rese dalla persona giuridica o, ancora, per contraddire quanto riferito dalla persona giuridica in procedimenti instaurati a suo carico per altri reati¹⁰⁰.

In Francia, lo strumento negoziale che consente la fuoriuscita dal circuito penale delle (sole) persone giuridiche, previo adempimento di alcuni obblighi ed in relazione ad alcune specifiche fattispecie di reato, è stato individuato nella *Convention judiciaire d'intérêt public*, che prevede un accordo tra il procuratore della Repubblica e la società che consente di differire l'azione penale e, infine, di terminarla, laddove siano state eseguite le condizioni imposte. Durante l'esecuzione della Convenzione è sospesa la prescrizione dell'azione pubblica.

Sul piano procedimentale la stipula della Convenzione può essere proposta da parte del procuratore della Repubblica nel corso dell'indagine preliminare, fino a che l'azione pubblica non sia stata avviata o nell'ambito di una *information judiciaire*. In questa seconda ipotesi il giudice d'istruzione, se la persona giuridica ha riconosciuto i fatti e accettato la qualificazione giuridica loro attribuita, può, su domanda o con l'accordo del procuratore della Repubblica, disporre la trasmissione del procedimento a quest'ultimo, perché applichi la procedura. In caso di esito positivo, il procuratore della Repubblica informerà il giudice d'istruzione dell'estinzione dell'azione pubblica; se, invece, entro un termine di tre mesi a decorrere dalla trasmissione della procedura al procuratore della Repubblica, non sia stato trovato alcun accordo su una proposta di convenzione o se il presidente della Corte d'Appello rifiuti di convalidare la convenzione o se la persona giuridica decida di esercitare il diritto di revoca o se, entro il termine previsto dalla convenzione, la stessa non giustifichi l'esecuzione integrale degli obblighi a suo carico, il procuratore della Repubblica trasmette gli atti al giudice d'istruzione, ai fini della ripresa del processo.

Come accennato, l'estinzione dell'azione penale è subordinata all'adempimento di alcuni obblighi, per lo più di natura economica. Quanto alla sanzione, secondo la previsione codicistica, l'importo dell'ammenda da versare al tesoro pubblico è fissato proporzionalmente ai vantaggi derivati dalle inadempienze constatate, entro il limite del 30% del volume d'affari medio annuale calcolato

¹⁰⁰ Secondo l'interpretazione prevalente, il materiale dovrebbe essere utilizzato nel corso della *cross-examination*, piuttosto che come parte del materiale di accusa; in questo modo, se la persona giuridica dovesse decidere di non fornire la prova, l'uso di questo materiale sarebbe vietato. Si ritiene, comunque, che l'uso di questi documenti dovrebbe essere sottoposto alla valutazione discrezionale della Corte.

sugli ultimi tre volumi d'affari annuali noti alla data della constatazione di queste inadempienze. Inoltre, qualora siano state identificate delle vittime del reato, si stabiliscono l'ammontare e le modalità di riparazione dei danni causati da effettuare entro un lasso di tempo che non può essere superiore ad un anno. Inoltre, è possibile che si richieda alla società di sottoporsi ad un programma di ripristino della legalità, avente ad oggetto una serie di prescrizioni, per un periodo massimo di tre anni, sotto la supervisione dell'*Agence Française Anticorruption*.

Anche la *Convention judiciaire d'intérêt public* prevede l'intervento dell'organo giurisdizionale ed in particolare del Presidente del Tribunale di Grande istanza. In particolare, la richiesta del procuratore della Repubblica, alla quale è allegata la proposta di Convenzione, è indirizzata al giudice e contiene un'esposizione precisa dei fatti e la loro qualificazione giuridica. Il presidente del tribunale procede, in udienza pubblica, all'audizione della persona giuridica e delle vittime ed all'esito dell'udienza assume la decisione di validare o meno la proposizione della Convenzione, previa verifica del corretto ricorso alla procedura, della regolarità del suo svolgimento, della conformità dell'ammontare dell'ammenda ai limiti stabiliti e della proporzionalità della misura rispetto ai vantaggi che sono derivati alla persona giuridica dalle violazioni. Avverso la decisione del giudice non è ammesso alcun ricorso, ma se il presidente si pronuncia con ordinanza a favore della validazione, la persona giuridica ha dieci giorni di tempo dalla stessa per esercitare il diritto di "recesso", mediante l'invio di una raccomandata al procuratore della Repubblica; diversamente, gli obblighi che derivano dalla convenzione diventano esecutivi. Sul piano giuridico, l'ordinanza di validazione non implica una dichiarazione di colpevolezza né produce gli effetti di una sentenza di condanna e ciò la differenzia in maniera significativa dalla *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, un istituto di giustizia negoziata applicabile anche alle persone giuridiche che però presuppone una preventiva ammissione di responsabilità, con le relative conseguenze. Se il presidente del tribunale non valida la proposizione della Convenzione, ovvero la persona giuridica esercita il diritto di ritrattazione, o, ancora, entro i termini previsti dalla Convenzione la società non giustifica la mancata esecuzione degli obblighi, il procuratore della Repubblica esercita l'azione penale, salva la sussistenza di elementi nuovi. Si noti che il controllo sull'esecuzione è interamente rimesso al Procuratore della Repubblica senza che sia riconosciuta alcuna competenza in capo al giudice. Tuttavia, nell'ipotesi in cui la *Convention judiciaire d'intérêt public* non vada a buon fine il Procuratore della Repubblica non può presentare da-

vanti alla giurisdizione di istruzione o di giudizio le dichiarazioni rese o i documenti rimessi dalla persona giuridica, nel corso della procedura prevista dal presente articolo.

È bene sottolineare che con il richiamo alle recenti esperienze inglesi e francesi non intendiamo né sottacere le difficoltà di implementare le stesse nel tessuto dell'ordinamento italiano, né le criticità che caratterizzano il funzionamento. A quest'ultimo proposito si sottolinea la – già menzionata – eccessiva discrezionalità dell'organo dell'accusa che caratterizza gli *agreements* (specie quelli statunitensi) nonché il rischio che tale tipologia di accordi possa prestarsi ad abusi, “da un lato, quanto alla possibilità di strumentalizzazione dell'istituto da parte del pubblico ministero, cui viene messo a disposizione un incisivo mezzo di pressione nei confronti dell'ente, e, dall'altro, quanto al rischio di un trattamento “privilegiato” della criminalità della (grande) impresa che più agevolmente potrebbe “negoziare” non soltanto la sanzione penale, ma anche la punibilità delle persone fisiche che per essa hanno agito”¹⁰¹. Sotto il profilo della compatibilità di tali istituti con il nostro sistema – e forse anche con la cultura giuridica nazionale – poi è facile presumere che verrà guardata con sospetto l'eventuale devoluzione dell'amministrazione della giustizia alla contrattazione privata e la stessa idea della “monetizzabilità” della sanzione che il ricorso a tali istituti comporta, con la marginalizzazione della centralità della giurisdizione e lo smarrimento della funzione generalpreventiva del diritto penale¹⁰².

10. *La collaborazione processuale.* Come è noto, l'art. 323 *ter* c.p. introdotto dalla legge 9 gennaio 2019 n. 3 rappresenta l'ultimo precipitato legislativo volto ad incentivare la collaborazione del reo con la giustizia e prevede che “non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322 *bis*, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353 *bis* e 354 *se*, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili. La non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso

¹⁰¹ SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione*, cit. 197.

Sottolinea tale profilo anche MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino 2017, 287.

¹⁰² Ancora MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., 285.

di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma. La causa di non punibilità non si applica quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato. La causa di non punibilità non si applica in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146".

Una tale ipotesi di non punibilità non è prevista per le società e non vi è dubbio che la disposizione di cui all'art. 323 *ter* c.p. non possa operare con riferimento agli enti collettivi, sia per l'evidente circostanza che le ragioni a fondamento dell'ipotesi in parola fanno riferimento ad uno specifico comportamento della persona fisica e sia in quanto vi è un'indicazione (sia pur indiretta) del legislatore che depone nel senso della non operatività della causa di non punibilità in questione per le persone giuridiche. Infatti, nello stesso intervento normativo del 2019 con cui si è introdotto nel codice penale l'art. 323 *ter*, il legislatore ha preso in considerazione l'eventualità che sia la società ad adottare un tale atteggiamento di collaborazione prevedendo però che da una tale circostanza derivi una mera riduzione della sanzione applicanda: in particolare, il nuovo comma 5-*bis* dell'art. 25 d.lg. n. 231 del 2001 prevede che la durata della sanzione interdittiva può essere ridotta qualora, prima della sentenza di primo grado, l'ente si adoperi efficacemente per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite ed elimini le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Questa scelta del legislatore di non prevedere per le società alcunché di analogo a quanto disposto dall'art. 323 *ter* c.p. per le persone fisiche è stata criticata da più parti¹⁰³. Posto che il contributo offerto dall'ente deve essere concreto e collaborativo - vuoi nella prospettiva dell'impedimento delle ulteriori conseguenze dell'attività criminosa già posta in essere, vuoi in un'ottica squisitamente processuale per l'acquisizione di prove e l'individuazione dei responsabili (le persone fisiche coinvolte nel reato presupposto), vuoi con la finalità di facilitare il recupero delle somme oggetto dell'attività illecita o valori equivalenti, vuoi, infine, in una prospettiva squisitamente preventiva connessa allo strumentario cautelare previsto dal d.lgs. 231/2001 -, è difficile individuare

¹⁰³ AMATO, *Nuova disciplina della corruzione: il legislatore non si è dimenticato della responsabilità dell'ente*, in *Riv. Resp. Anm. Enti*, 1/2019, 113.

uno spazio di effettiva applicazione dell'attenuante in questione considerando la presenza nel sistema della disposizione sostanzialmente analoga di cui all'art. 17, d.lgs. 231/2001: non si coglie quale spazio di convenienza possa esserci per l'ente tale da poterlo indurre a collaborare per avvalersi della meno favorevole disciplina dell'art. 25, comma 5 *bis*, la quale, da un lato, per giustificare la riduzione delle sanzioni interdittive pretende quanto al contenuto della collaborazione anche la denuncia dei responsabili persone fisiche, coinvolte nel reato presupposto, pretesa non avanzata dal citato art. 17, e dall'altro determina solo un'attenuazione della misura interdittiva a differenza dell'art. 17 citato la cui applicazione (in presenza delle condizioni ivi previste, pressoché analoghe a quelle richiamate dall'art. 25 comma 5 *bis*) può determinare la completa mancata adozione delle sanzioni interdittive¹⁰⁴.

Sulla scorta di queste considerazioni, da più parti si propone l'introduzione di una speciale causa di non punibilità, sul modello appunto di quello introdotto dall'art. 323 *ter* c.p. e senza una limitazione ai soli delitti contro la pubblica amministrazione. Si ritiene infatti che si tratterebbe di un istituto che "potrebbe trovare nella materia della responsabilità dell'ente maggior legittimazione e utilità ... incentivando la presa di distanze dall'operato illecito delle persone fisiche e valorizzando concretamente l'utilità dei presidi preventivi adottati e, in definitiva, il parametro soggettivo della diligenza organizzativa"¹⁰⁵, come di-

¹⁰⁴ Nello stesso senso, AMATO, *Nuova disciplina della corruzione*, cit., 120, secondo cui "a ben vedere, ad una diversa conclusione non potrebbe giungersi neppure valorizzando il dato letterale dell'art. 25, comma 5 *bis*, laddove i risultati proficui da valutare ai fini della collaborazione possono essere anche «alternativi» [significativo l'utilizzo dell'espressione «ovvero» prima del riferimento al sequestro delle somme o altre utilità trasferite]. Infatti, sembra evidente che i risultati che devono essere conseguiti possono essere anche «alternativi», ma solo nella misura in cui il contesto obiettivo della vicenda renda impossibile all'ente di fare ottenere anche gli altri [o alcuni degli altri]: in altri termini, nonostante la formulazione della norma accrediti un lettura di tali risultati in termini di «alternatività», il beneficio non potrebbe essere concesso se l'ente, pur potendo estendere la sua fattiva collaborazione, si sia limitato a consentire di ottenere solo parte dei risultati presi in considerazione dall'attenuante. Il giudice, quindi, potrebbe e dovrebbe negare l'attenuante, in presenza di un contributo collaborativo incompleto o, comunque, in concreto, non definibile come utile, significativo, proficuo e soprattutto completo. Parla di «disciplina speciale, che, spiace dirlo, trasuda di incultura e di diletterantismo», PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit. 537.

¹⁰⁵ SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione*, cit., 205.

Nello stesso senso CENTONZE - MANTOVANI, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di CENTONZE - MANTOVANI, Bologna 2016, pp. 287-287; MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell'impresa*, *ibidem*, 117; DEMURO, *L'estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 437; MUCCIARELLI, *La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione: tra repressione e prevenzione*, in *disCRIMEN*, 2019, 23; GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 settembre

mostrato dalla circostanza che soluzioni analoghe sono da tempo presenti in altri ordinamenti ed in specie negli Stati Uniti ed in Gran Bretagna

11. *Segue: Le investigazioni interne all'ente in U.S.A. e Gran Bretagna.* Come accennato in chiusura del precedente paragrafo, al pari di quanto osservato con riferimento alle figure di *diversion* anche per il tema della collaborazione processuale può essere utile prendere in esame quanto previsto in altri ordinamenti ed in particolare le esperienze degli Stati Uniti e del Regno Unito¹⁰⁶.

In relazione agli U.S.A., il cd. *self reporting* - ovvero la segnalazione di comportamenti illeciti da parte dell'ente - nella gran parte dei casi si tratta di una libera scelta delle imprese, anche se non mancano ipotesi in cui tale adempimento è imposto dalla legge. Ciò posto, si evidenzia come diversi fattori possano indurre le società ad avviare una investigazione interna (sulla cui base poi si decide se procedere o meno ad un'interlocuzione con l'Autorità giudiziaria): in particolare, 1) a prescindere dalla prevista riduzione delle sanzioni in caso di collaborazione con gli organi inquirenti (collaborazione che nella gran parte dei casi ha nella previa indagine interna un necessario presupposto), si evidenzia come una tale attività di approfondimento 2) consenta all'impresa di ricostruire autonomamente la vicenda, comprendendone meglio lo spessore, il che permetterebbe poi di apprestare una migliore difesa da un lato e di individuare nuovi strumenti di prevenzione, diversi o ulteriori rispetto a quelli già esistenti, dall'altro; inoltre, 3) le aziende sono consapevoli dello sfavore con cui la pubblica accusa valuta la loro scelta di non effettuare un'indagine interna rispetto a potenziali condotte illecite, qualora tali condotte dovessero successivamente venire alla luce.

Laddove tale attività di investigazione faccia emergere l'avvenuta commissione

2015; VIZZARDI - SANTA MARIA, *Il progetto di riforma alla "231": che cosa cambia, che cosa manca. Note a margine del recente progetto di riforma del d.lgs. 231/2001, presentato dal Ministro della Giustizia Alfano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 novembre 2010; CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d. lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 980; CONSULICH, *Punibilità di organizzazione*, cit. 293.

Su tale impostazione si articola l'intero volume di *Investigazioni interne*, a cura di DI FIORINO - FARNARI, Pisa 2022.

¹⁰⁶ Nel senso che "qualsiasi progetto di riforma delle norme che disciplinano le investigazioni interne in Italia dovrebbe tenere in considerazione l'esperienza maturata nell'ordinamento statunitense, in cui questo tipo di attività è da diversi anni oggetto di regolamentazione sia a livello legislativo sia nella prassi", BOORTIN - HOULE, *Investigazioni interne: uno sguardo all'esperienza americana*, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di CENTONZE - MANTOVANI, cit.,

di un reato o l'attuale adozione di condotte vietate, la società deve valutare, come detto, se riferirne all'autorità giudiziaria, prendendo in considerazione una serie di fattori e le circostanze del caso concreto. Tale giudizio non investe solo l'*an* della collaborazione ma anche l'individuazione del momento in cui questa deve intervenire posto che la tempestività è uno dei fattori che le autorità valutano per riconoscere la rilevanza e la meritevolezza del contributo della società, la quale deve altresì considerare la possibilità che gli inquirenti possano giungere in altro modo a conoscenza della vicenda, tramite i *mass media* o l'iniziativa di altri soggetti coinvolti nella vicenda ed in particolare i dipendenti dell'azienda interessata – evenienza quest'ultima sempre più probabile considerando che le sempre maggiori ricompense previste per i *whistleblowers* rappresentano per costoro un significativo incentivo ad attivarsi in tal senso quando siano a conoscenza della condotta illecita.

Quanto alle modalità di svolgimento delle investigazioni societarie interne, la scelta del soggetto che condurrà le indagini è fondamentale ai fini della valutazione dell'attendibilità dei relativi risultati. Si ritiene perciò di dover fare in modo che restino estranei alla gestione dell'investigazione interna tutti i dipendenti potenzialmente coinvolti in attività illecite o possibili testimoni della vicenda; di conseguenza, nonostante non vi siano previsioni normative che escludano che le indagini possano essere condotte dalle funzioni legali d'impresa l'orientamento prevalente è nel senso di affidarsi ad avvocati che non abbiano un rapporto di dipendenza con la società coinvolta (pur rinunciando alle maggiori competenze e conoscenze che chi lavora da tempo in azienda indubbiamente ha rispetto a chi ne è estraneo).

Nelle investigazioni centrale è il ruolo delle interviste nei confronti dei dipendenti giacché sono costoro i portatori dei dati di conoscenza da cui desumere l'esistenza o meno di fatti di reato interni all'impresa. Tali comunicazioni – al pari degli documenti prodotti dall'ente nell'ambito dell'indagine – sono soggetti al cd. *attorney-client privilege* a condizione che lo scopo principale dell'*internal investigations* sia quello di ottenere un parere legale – piuttosto che, ad esempio, una valutazione di tipo commerciale: questa previsione opera con riferimento alle comunicazioni fra avvocato e dipendenti dell'impresa (anche se costoro nel frattempo non ne fanno più parte, sempre che si faccia riferimento a fatti conosciuti nella vigenza del rapporto lavorativo) ed ai documenti elaborati dal difensore.

Terminata l'indagine e scelto di collaborare con le autorità, le modalità di cooperazione variano a seconda delle circostanze del caso concreto, ma si tratta spesso di una cooperazione incisiva che non si esaurisce nella produ-

zione – su istanza dell'autorità – di documenti ma si dovrà procedere a fornire informazioni e prove rilevanti che consentano di «*identify relevant actors within and outside the corporation, including senior executives*»¹⁰⁷. In via generale, la società collabora con le autorità consegnando i documenti e le informazioni raccolte nell'ambito della propria *internal investigation* e riferendo circa la loro rilevanza, mettendo a disposizione dell'accusa la documentazione raccolta sistematizzata secondo la sua importanza rispetto all'indagine governativa, ivi compresi i resoconti delle eventuali interviste effettuate ai dipendenti.

Delicato in tal senso, si palesa il compito del legale, il quale – pur rivestendo contestualmente il ruolo di *investigator* e di *advocate* - nel riferire i risultati dell'indagine interna deve mantenere un approccio oggettivo, senza formulare considerazioni difensive, dovendo esplicitare chiaramente il ruolo di *investigator* o *attorney* che sta di volta in volta assumendo nel procedimento: ciò è fondamentale per evitare che le autorità procedenti siano condizionate nella ricostruzione dell'accaduto o nell'attribuzione del significato o della rilevanza da riconoscere ai dati fornitigli dall'impresa. Perciò solo dopo la *reporting role* il legale potrà passare all'*advocacy role* presentando le proprie considerazioni difensive in fatto ed in diritto evitando di avanzare prima di tale momento le proprie tesi difensive, anche perché presentando una ricostruzione degli elementi di prova o un'interpretazione della legge molto distanti dalla tesi accusatoria egli rischia di influire in maniera negativa sulla valutazione, da parte degli organi inquirenti, dell'attività di collaborazione della società. Non sorprende, quindi, che il ruolo del legale che ha svolto l'attività investigativa sia fortemente limitato quando se ne considerino i risvolti difensivi e di proiezione processuale sull'eventuale successivo procedimento: nella misura il cui l'avvocato abbia assunto la funzione di *investigator*, egli di regola si limiterà a rivolgere alle autorità procedenti richieste di riduzione delle sanzioni applicabili sulla base di fattori quali la tenuità della condotta, l'assenza di un coinvolgimento da parte dei dirigenti dell'azienda, l'impegno assunto dalla società per prevenire e scoprire la commissione di attività illecite e, soprattutto, per porre rimedio alla condotta criminosa e cooperare con le indagini in corso, senza invece concentrare i suoi sforzi nel tentativo, ad esempio, di convincere gli inquirenti che non hanno giurisdizione su un certo caso o che le prove raccolte non sono sufficienti a dimostrare la commissione di una condotta illecita. Anche nel Regno Unito, la pratica delle *internal investigations* si è ormai af-

¹⁰⁷ U.S. Department of Justice 2015, § 9-28.700.

fermata, sulla scorta di sollecitazioni derivanti dall'aumento del rischio di interventi sanzionatori sulle imprese a seguito dell'entrata in vigore del *Bribery Act* nell'anno 2010 ed alla riforma della regolamentazione finanziaria dopo la crisi del 2008¹⁰⁸.

Due sono gli obiettivi principali che le società intendono conseguire attraverso le investigazioni interne. Da un lato, l'indagine può rappresentare un tassello della strategia difensiva della società, che agisce in tal senso per fronteggiare una ritenuta imminente azione giudiziaria o un contenzioso civile connesso ad una presunta condotta illecita interna; dall'altro, la società potrebbe avviare l'investigazione relativa a un sospetto illecito del dipendente, nell'ambito della gestione del rischio interno e in vista di un procedimento di natura disciplinare. La distinzione fra le due finalità rileva per definire se e in che misura l'esito dell'investigazione sarà protetto dal *legal professional privilege*, divenendo quindi inaccessibile a terzi, compresi i *prosecutors* e altre autorità: la legge inglese, infatti, garantisce tale tutela alle comunicazioni riservate tra clienti e avvocati che rispettivamente cercano e forniscono consulenza legale, nonché agli *working papers* degli avvocati che potrebbero rivelare "l'andamento" della consulenza; di conseguenza, il modo in cui si applica il *privilege* nel contesto delle indagini interne sarà determinato principalmente da chi conduce l'investigazione interna e, per l'appunto, dagli obiettivi perseguiti.

Quanto al primo profilo, la normativa inglese fornisce una definizione molto ampia della nozione di avvocato ai fini dell'applicazione del *legal professional privilege* nonché di ciò che può essere riassunto nella "consulenza legale", nozione quest'ultima in cui rientra qualsiasi "consiglio su cosa dovrebbe essere fatto con prudenza e senno nel contesto giuridico di riferimento". Dunque, il privilegio riguarderà non solo le comunicazioni con il legale esterno ma anche quelle con il legale interno, sempre che questi sia un avvocato iscritto all'albo (tanto che sia un *solicitor* quanto che sia un *barrister*) e che la sua attività sia di conseguenza regolamentata, mentre saranno esclusi dal *privilege* le attività svolte da soggetti privi del titolo di avvocato, quand'anche questi abbiano fornito consulenza o servizi sostanzialmente di natura legale; la scelta di chi conduce un'indagine interna dunque è determinante per stabilire fino a che punto un'azienda sarà in grado di mantenere riservati i risultati dell'investigazione. Il problema dell'estensione del *privilege* si pone anche con riferimento all'attività svolta dai cd. *team* investigativi interni, che nelle grandi aziende ge-

¹⁰⁸ Per approfondimenti LOOF, Internal investigation *nel Regno Unito*, in, *Investigazioni interne*, (a cura di DI FIORINO - FORNARI), cit., 173.

stiscono la maggior parte delle indagini riportandone i risultati, tendenzialmente, non all'ufficio del *General Counsel* ma all'*Internal Audit* o a una funzione di *compliance* separata. Si ritiene che anche se i singoli membri della squadra investigativa interna sono avvocati iscritti all'albo, essi di regola non svolgono (salvo prova contraria) una funzione legale e quindi il loro lavoro non sarà tutelato sotto il profilo della riservatezza. Questa conclusione viene modificata quando il *team* investigativo interno (anche se nello stesso non rientra alcun legale) riporta i risultati di un'indagine a un membro del *team* del *General Counsel*, il quale poi fornisca consulenza al consiglio di amministrazione sulle implicazioni legali di tali risultati: in questa circostanza, si ritiene che la consulenza del *General Counsel* debba godere del *privilege* che di conseguenza va esteso anche ai contenuti dell'attività del *team* investigativo: ciò deve indurre i componenti di quest'ultimo ad assumere il medesimo comportamento di *self restraint* che viene sollecitato agli avvocati che svolgono la funzione di *investigator* ovvero devono limitarsi a trarre conclusioni strettamente fattuali astenendo dal trarre conclusioni sulle potenziali qualificazioni o conseguenze giuridiche di quei risultati.

Si ricorda che il *legal privilege* non protegge materiale preesistente non privilegiato, solo perché inglobato in qualche modo nel file di un avvocato, o richiamato o invocato in una consulenza di natura legale. Del pari, il privilegio, in assenza di contenzioso futuro, si applica solo alle «comunicazioni tra cliente e consulente», ad esclusione dei «documenti comunicati a un cliente o al suo avvocato per ricevere consigli su di essi»; nel contesto di un'indagine interna, dunque, quando le persone con cui interagiscono gli avvocati (dipendenti, fornitori, ecc.) forniscono loro documenti e informazioni su cui verrà poi fornita consulenza, non saranno considerati come "cliente" e questi scambi, così come le registrazioni degli stessi, non saranno coperti da privilegio.

Relativamente al secondo profilo sopra segnalato rilevante per la ricorrenza di un *legal privilege*, ovvero lo scopo dell'investigazione, l'importanza del tema si spiega in ragione del fatto che è diritto fondamentale delle parti poter preparare le loro rispettive difese mediante indagini difensive con la certezza che tali attività propedeutiche siano protette da controlli esterni; da qui la concessione di privilegi ad ogni forma comunicazione avente lo "scopo principale" di essere utilizzata in previsione di qualsiasi forma di processo accusatorio, anche se intercorrente non fra avvocato e "cliente" ma tra l'avvocato e terzi. Di conseguenza, si ritiene che il *litigation privilege* si applicherà quando un'indagine interna è condotta sotto la minaccia, o è motivata dal rischio, dell'azione penale (o altro contenzioso).

Particolare attenzione la legge inglese dedica al tema delle interviste dei dipendenti, attività che in sostanza rappresenta la modalità principale con cui viene svolta l'investigazione interna. Due profili vengono ritenuti particolarmente rilevanti.

In primo luogo, ci si domanda se l'intervistato abbia o meno diritto ad un'assistenza difensiva se non addirittura ad una rappresentanza legale. In proposito, in assenza di previsioni espresse, si ritiene che vada offerta una tale assistenza ai dipendenti che, al momento dell'intervista, sono a rischio di ripercussioni legali o disciplinari. Tale valutazione richiede ovviamente a chi conduce un'indagine interna di avere una comprensione chiara e dinamica delle finalità dell'investigazione e, di conseguenza, dei possibili esiti; si tende comunque a riconoscere tale diritto nella gran parte dei casi ritenendo che l'interazione con l'intervistato tramite il suo avvocato sia più efficiente e che sia meno probabile che porti a malintesi. Va considerato inoltre che, sebbene un'azienda non possa obbligare un dipendente a partecipare a un'intervista, si potrebbe considerare il rifiuto come una violazione disciplinare con possibile licenziamento del lavoratore per cui la maggior parte dei dipendenti si considererà obbligata a partecipare a un colloquio nel contesto di un'indagine interna condotta dal proprio datore di lavoro; alla luce di ciò si ritiene possibile che, in assenza di una rappresentanza legale personale per il lavoratore-intervistato, l'organo giurisdizionale consideri iniquo il modo in cui si è svolto il colloquio e lo dichiari inutilizzabile.

Quanto agli avvisi da dare all'intervistato, allo stesso vanno fornite le dovute comunicazioni circa il contesto e lo scopo dell'intervista, i ruoli delle persone presenti e l'uso che potrebbe essere fatto delle informazioni ottenute; in molti casi, nel mentre si informa l'intervistato circa gli argomenti del colloquio e le notizie da raccogliere, si cerca di pervenire ad accordi sulla base dei quali il dipendente può consultare i documenti prima del colloquio ma con l'impegno di mantenere la riservatezza e a distruggere o cancellare eventuali documenti forniti a seguito del colloquio. Non è previsto invece che il dipendente destinatario di fondati motivi di sospettare che abbiano commesso un reato venga informato in ordine al suo diritto di rimanere in silenzio, né che ha diritto di essere assistito da un avvocato.

Quale comportamento debba assumere la società che accerti l'esistenza di illeciti al proprio interno dipende dalla natura della persona giuridica. Infatti, gli enti sottoposti alla vigilanza della *Financial Conduct Authority* ("FCA") del Regno Unito devono rispettare il Principio 11 del Manuale della FCA, il quale afferma che le società regolamentate «devono comunicare alla FCA in mo-

do adeguato qualsiasi notizia relativa all'impresa di cui tale ente di regolamentazione si aspetterebbe ragionevolmente di essere informato»; la FCA interpreta tale principio in modo ampio e richiede alle aziende di segnalare loro qualsiasi questione di rilievo, sia essa *material* o relativa all'integrità delle attività poste in essere. Un'altra categoria di società per le quali la segnalazione alle autorità può essere effettivamente obbligatoria sono le società quotate; ogni notizia che può avere un impatto significativo sul prezzo delle azioni quotate in borsa deve essere divulgata ai sensi del *UK's Market Abuse Regulation* «il prima possibile». Tuttavia, anche in assenza di un obbligo di *reporting* le aziende preferiscono informare direttamente le autorità non volendo rischiare che le stesse ne vengano a conoscenza attraverso contatti con altre autorità o da notizie di stampa, oltre poi ad esservi ipotesi in cui – per se la segnalazione non è obbligatoria per legge - l'obbligo si impone *de facto*, come nel caso dei membri degli ordini professionali che devono segnalare i sospetti di riciclaggio di denaro di cui siano venuti a conoscenza nel corso di un'attività regolamentata.

In ogni caso, obbligatoria o volontaria che sia, la segnalazione di sospetti comportamenti illeciti alle autorità ha implicazioni per lo svolgimento di un'indagine interna e può limitare in modo significativo la discrezionalità di un'azienda su come gestirla. La prima importante implicazione riguarda la tempistica di qualsiasi segnalazione in relazione allo svolgimento di un'indagine interna; le autorità generalmente si aspettano che i primi aggiornamenti siano forniti in tempi rapidi e come si è visto gli enti regolamentati sono obbligati a segnalare rapidamente i problemi alla FCA per cui, sebbene ciò non precluda a un'azienda di muovere alcuni passi iniziali nell'indagine, ad esempio per corroborare le circostanze di base di un'accusa, è chiaro che le autorità si aspettano di essere informate circa una possibile condotta illecita prima che venga intrapresa qualsiasi azione investigativa interna di carattere significativo.

La seconda importante implicazione della segnalazione di sospetti sullo svolgimento delle indagini interne è il livello di supervisione che le autorità si aspettano di avere su di essa. La FCA riconosce espressamente che «le imprese hanno buone ragioni per desiderare di svolgere le proprie indagini» e invita le aziende a discuterne la portata, valutando inoltre come queste potrebbero essere utili a quelle condotte dalla FCA ed in alcuni casi si prevede che aziende dovrebbero consultare tempestivamente le autorità prima di intervistare potenziali testimoni o sospetti, intraprendere azioni che riguardano il personale/le risorse umane o fare altri passi evidenti» - il cosiddetto “*de-conflicting*”.

12. *Segue: Qualche considerazione finale. La rilevanza (di fatto) delle investigazioni interne all'ente.* Nonostante sia frequente la proposta di introdurre anche nel nostro ordinamento una disciplina in tema di investigazioni interne, gli esiti delle quali poi potrebbero essere utilizzati dall'ente per addivenire accordi con l'autorità giudiziaria, non possono sottacersi le criticità che seguirebbero ad un tale intervento normativo. In primo luogo, il riconoscimento di una rilevanza alle risultanze delle *internal investigation* presuppone che si ritenga ammissibile che l'accertamento di un fatto di penale rilevanza si svolga all'interno di un'ottica negoziale – in effetti, così come evidenziato per le *deferred prosecution agreement*, anche in questo caso il giudizio sulla responsabilità dell'ente virerebbe verso una declaratoria di non punibilità fondata su una compensazione delle condotte collaborative dell'ente volte all'individuazione e alla punizione dell'autore del reato rispetto alla rilevanza ed impatto delle conseguenze negative del crimine –, il che comporta un significativo rischio di strumentalizzazione da parte delle società che sarebbero indotte a presentare alla pubblica accusa, in cambio dell'impunità e senza modificare in alcun modo la propria cultura interna ed il *sentiment* aziendale, “capri espiatori” – per lo più individuati al di fuori del *top management* aziendale – su cui scaricare le conseguenze penali dell'illecito¹⁰⁹.

Si noti, peraltro, come non si tratti di perplessità dovute ai caratteri della nostra cultura giuridica o all'estraneità di tali strumenti rispetto alla nostra tradizione. Anche in Gran Bretagna, infatti, specie negli ultimi anni, si è critica-

¹⁰⁹ PIERGALLINI, *Premialità*, cit. 547, che sottolinea i problemi applicativi che una tale soluzione porrebbe, ad esempio, in tema di individuazione del soggetto deputato alla “delazione” per conto dell'ente e al rischio di possibili strumentalizzazioni della stessa.

Anche FIDELBO - RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova*, cit., 9.

Si veda anche CONSULICH, *Punibilità di organizzazione*, cit., 264, secondo cui “prevedere una non punibilità dell'ente, soprattutto per condotte successive di carattere riparatorio e reintegrativo, avrebbe come conseguenza più che probabile la decisione consapevole del *management* aziendale di posporre ogni cautela all'eventuale commissione del reato e all'ancor più eventuale indagine da parte della Procura, nella certezza che nel *worst case* scenario il comportamento successivo garantirebbe comunque l'impunità”.

Nel senso che l'ispirazione anglosassone nella definizione dei paradigmi di analisi e verifica delle aree di rischio esposte ai comportamenti inosservanti della legge è stata vista dal nostro legislatore con diffidenza che, ben lungi dall'accettare una qualche forma di cooperazione paritaria nella ricerca di elementi utili all'inchiesta, ha voluto introdurre una distinzione netta dei ruoli vedendo nell'intervento dei privati nella ricostruzione dell'accaduto, più che un ausilio agli organi inquirenti, un ostacolo per l'attività di quest'ultimi, MANCUSO, *Le investigazioni processuali interne nel sistema processuale italiano: fra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in *La responsabilità penale*, cit., 218.

mente riscontrato come siano eccessivamente frequenti i casi in cui le aziende scelgano di condurre indagini interne in collaborazione con le autorità pubbliche, concordando poi un *deferral prosecution agreement*, senza che poi l'azione penale sia proseguita efficacemente nei confronti dei soggetti individuati come responsabili degli illeciti penali, senza peraltro che l'autorità giudiziaria possa in qualche modo ordinare la redazione di un *deferral prosecution agreement* definitivo in cui venga rimosso il riferimento a persone che sono state successivamente assolte. Per superare tale criticità si è proposto (e nella prassi si è affermato) il principio di non consentire ai dipendenti interessati, né direttamente né tramite i loro legali, di avere alcun *input* diretto in relazione alla formulazione delle conclusioni dell'indagine interna, anche se una tale soluzione viene ritenuta lesiva delle posizioni dei soggetti interessati, i quali, quando oggetto di censure in conseguenza delle *internal investigations*, devono poter interloquire con la società prima che questa esponga i fatti alle autorità pubbliche¹¹⁰.

In ogni caso, pur prendendo atto che nel nostro ordinamento non è presente una disciplina in tema di *internal investigations* ed il pubblico ministero o il giudice parrebbero non avere alcuna possibilità di modulare la risposta sanzionatoria – salvo ovviamente la scelta da operare entro il differenziale fra minimo e massimo della pena – quando la società dimostri i suoi tentativi di accertare l'accaduto nella struttura aziendale o addirittura porti gli inquirenti a conoscenza di elementi rilevanti ottenuti nel corso della propria investigazione, e pur manifestando le menzionate perplessità circa eventuali interventi del legislatore intesi ad introdurre previsioni in tal senso, va comunque sottolineato che l'incidenza delle condotte di collaborazione con l'autorità giudiziaria è ben lungi da potersi ritenere priva qualsiasi rilievo né pare corretto affermare che sia impossibile differenziare in maniera significativa fra società che prestano attenzione alle condotte dei propri dipendenti e collaboratori e quante invece non svolgano alcuna forma di indagine in proposito.

In primo luogo, sono rinvenibili “proiezioni normative” dell'attività investigativa che l'ente può porre in essere, quand'anche la stessa venga svolta ancor prima della realizzazione o dell'emersione della condotta delittuosa. Il riferi-

¹¹⁰ Una problematica analoga si riscontra anche in Italia con riferimento alla figura del *whistleblowing*. Non a caso, la Cassazione con la sentenza Cass., sez. VI, 27 febbraio 2018, n. 9047, ha precisato che il segnalante non ha diritto all'anonimato e deve essere consapevole del fatto che l'attivarsi della società a seguito della sua segnalazione può imporre il disvelamento delle sue complete generalità, per cui laddove la società scegliesse di assumere determinazioni – come l'adozione di un provvedimento disciplinare – nei confronti del dipendente cui la segnalazione si riferisce, quest'ultimo ha diritto a conoscere l'identità di chi lo accusa.

mento è evidentemente alla previsione di cui all'art. 391 *nonies* c.p.p. che detta una disciplina intesa a governare eventuali forme di indagine di tipo preventivo, compiute per l'appunto nell'intento di ricercare elementi utili alla difesa (in questo caso dell'ente) in caso di successiva instaurazione del procedimento penale. La menzionata previsione¹¹¹ consente lo svolgimento di indagini preventive nella quali il difensore, appositamente incaricato dall'ente potrà – anche a mezzo di consulenti tecnici o investigatori privati – compiere tutti gli atti volti alla ricerca della prova (ad eccezione di quelli che necessitano di un'autorizzazione o dell'intervento dell'autorità giudiziaria); tali elementi dimostrativi potranno poi costituire un prezioso strumento, utile alla difesa che sia necessario imbastire in caso di successiva di un procedimento penale ovvero, ma sul punto si dirà meglio in seguito, per dare corso ad una collaborazione volontaria con il pubblico ministero.

In secondo luogo, occorre considerare, per valorizzare le finalità sottese alla previsione di cui all'art. 391 *nonies* c.p.p., che il controllo delle informazioni utili a ricostruire l'effettivo svolgimento di una vicenda potenzialmente criminale è spesso un elemento necessario per impostare una efficace strategia difensiva. Sotto questo aspetto, può ben sostenersi che la necessità di procedere ad investigazioni interne, prima ed a prescindere dalla formulazione di specifiche accuse da parte degli inquirenti, risponde all'esigenza, ineludibile, per la società di conoscere quanto prima e sulla base di dati di fatto da lei stessa raccolti – e non provenienti da fonti terze – cosa accade o è accaduto al suo interno, evitando magari di comprendere cosa successo da quanto riferisce il pubblico ministero o i *mass media* alle cui accuse l'ente non è in grado di replicare¹¹².

Ancora meno condivisibile ci pare la tesi secondo cui lo svolgimento di *internal investigations* da parte dell'ente non avrebbe riflessi sulla determinazione del trattamento sanzionatorio da riservare alla società condannata. A questa considerazione, che pare fondarsi sul dato normativo (o meglio sull'assenza, nel sistema normativo, di qualsiasi previsione che consenta al pubblico ministero o al giudice di riconoscere una qualche rilevanza all'attivarsi dell'ente per far emergere o accertare quanto accaduto), può replicarsi sotto diversi

¹¹¹ Su cui, *amplius*, VENTURA, *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da UBERTIS - VOENA, vol. XLVII, Milano 2005, 45; SURACI, *Le indagini difensive*, Torino, 2014, 27. Con riferimento alle indagini degli enti, MANCUSO, *Le investigazioni processuali interne*, cit., 225.

¹¹² SAHAN, *Unternehmensinterne Untersuchungen aus rechtsanwaltlicher Perspektive*, in KUHLEN - KUDLICH - ORTIS DE URBINA, *Compliance und Strafrecht (Schriften zum Wirtschaftsstrafrecht)*, Heidelberg, 2012, 171, secondo cui il controllo tempestivo delle informazioni è un presupposto essenziale per un'efficiente difesa penale dell'ente.

profili.

In primo luogo, lo svolgimento delle *internal investigations* può rappresentare un indispensabile presupposto per godere del duplice beneficio di evitare l'applicazione di sanzioni interdittive o delle (parimenti devastanti) misure cautelari di analoga natura. Il riferimento è alla previsione di cui all'art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001 ed in particolare alla lettera b) del predetto articolo che fa riferimento alla condotta dell'ente che "ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi". Come correttamente sottolineato in dottrina, se la società non vuole farsi "trovare impreparata rispetto alle possibili richieste delle autorità" occorre che la stessa predisponga "meccanismi di risposta utili, che consentano di fornire gli elementi richiesti e determinare l'avvio di un processo decisionale virtuoso, atto a porre una censura rispetto a prassi incerte o di dubbio fondamento"¹¹³. Sotto questo aspetto, può sostenersi che solo una tempestiva (e possibilmente preventiva) attività investigativa può consentire alla società di valutare in termini di consapevolezza se adottare le condotte richieste dall'art. 17 citato, in particolare dalla menzionata lett. b), al fine di ottenere la significativa riduzione (o meglio, una diversa tipologia) della sanzione prevista¹¹⁴.

In secondo luogo, occorre considerare come – ancor più rispetto a quanto può già sostenersi con riferimento al processo nei confronti delle persone fisiche – il sistema sanzionatorio nei confronti degli enti presenta un significativo delta differenziale fra il minimo ed il massimo della pena con conseguente riconoscimento di un potere discrezionale in capo al giudice, il quale, come si è visto, può anche modificare la natura della sanzione applicanda. Vi è ragione di ritenere che nella individuazione dell'entità della pena un ruolo rilevante, nella decisione del giudice, avrà l'acquiescenza – quando non la vera e propria condivisione degli obiettivi – che risulti aver manifestato l'ente rispetto alle altrui condotte delittuose: un conto è ritenere la società incapace di impedire, per difetti di *governance* o *compliance*, l'illecito ed altro è invece considerare la stessa quasi una concorrente nel reato, della cui realizzazione l'ente era perfettamente consapevole ovvero dei cui esiti ha pienamente approfittato. Orbene, riteniamo che solo una tempestiva attività investigativa possa consentire alla società di difendersi dall'accusa del pubblico ministero di aver tollerato, essendone a conoscenza, l'altrui condotta criminosa: "la mi-

¹¹³ MANCUSO, *Le investigazioni processuali interne*, cit., 223.

¹¹⁴ PANASITI, *Art. 17*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, (a cura di LEVIS - PERINI), Bologna 2021, 453.

nuziosa comprensione dei fatti ... costituisce presupposto imprescindibile per la pianificazione di scelte difensive e gestorie, anche al fine di evitare il semplice sospetto di aver conosciuto e tollerato – se non addirittura coperto – condotte illecite in seno all’attività d’impresa”¹¹⁵.

Ciò che consente di attribuire significativa rilevanza allo svolgimento da parte dell’ente di indagini interne (siano esse preventive o posteriori rispetto all’accaduto, antecedenti, contemporanee o successive rispetto alle investigazioni giudiziarie ed alla formulazione da parte del pubblico ministero di accuse determinate), tuttavia, è la particolare procedura di archiviazione prevista nel d.lgs. n. 231, che permette l’instaurarsi di prassi in cui il pubblico ministero può riconoscere, in via di fatto, particolare rilievo a come l’ente ha reagito (o cercato di impedire) alla violazione della legge penale da parte di propri componenti.

L’estromissione del giudice delle indagini preliminari in caso di archiviazione stante il disposto dall’art. 58 d.lg. n. 231 del 2001 è opzione normativa critica da numerose voci dottrinali, che in proposito prospettano anche una violazione del principio di obbligatorietà dell’azione penale. Non è questa la sede per affrontare l’argomento ma pare di potersi sostenere che la scelta del legislatore di consentire agli uffici di Procura di disporre sostanzialmente *de plano* la mancata formulazione di accuse nei confronti verso l’ente (salvo il poco più che formale ed episodico controllo da parte della Procura generale) fa sì infatti che spesso il pubblico ministero scelga di non perseguire la società quando ritenga che la stessa si sia comunque attivata nel senso previsto dall’art. 17 d.lg. n. 231 del 2001 ovvero presenti profili di disordine disorganizzativo minimale rispetto al reato, non abbia dato un contributo causale rilevante rispetto alla commissione dell’illecito, non abbia in alcuno modo condiviso l’obiettivo criminoso del singolo responsabile ed, infine, sappia presentare agli uffici di Procura elementi atti a consentire una più completa e celere ricostruzione dell’accaduto. Tutte condizioni il cui verificarsi, ci pare, richiedano lo svolgimento di quelle *internal investigations* che per questa via acquistano la rilevanza che il legislatore ha scelto di non riconoscere espressamente.

13. *L’oblazione*. Nel novero dei reati presupposto della responsabilità degli enti sono presenti molti illeciti suscettibili di estinzione a seguito di oblazione. Si pensi, ad esempio, alla categoria dei reati ambientali inclusi nell’art. 25 un-

¹¹⁵ MANCUSO, *Le investigazioni processuali interne*, cit., 223.

decies d.lg. n. 231 del 2001 [cfr. artt. 727 *bis* c.p. (art. 25 *undecies*, co. 1, lett. f), 256, co. 1, lett. a), e 6, primo periodo, (art. 25 *undecies*, co. 2, lett. b), 1), 257, co. 1 (art. 25 *undecies*, co. 2, lett. c), 1) del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, 9, co. 1, d.lgs. 6 novembre 2007, n. 202 (art. 25 *undecies*, co. 5, a)]. Parimenti suscettibili di estinzione a seguito del pagamento di una somma di denaro sono i reati contravvenzionali richiamati dall'art. 25 *quaterdecies*, in tema di esercizio abusivo di attività di giuoco o di scommessa o gli illeciti in tema di tutela del diritto d'autore di cui all'art. 25 *novies* del medesimo testo con riferimento alla previsione di cui all'art. 171, co. 2, lg. N. 633 del 1941. Infine, il tema si è posto a seguito dell'introduzione, tra i reati presupposto della responsabilità degli enti, di alcuni dei delitti tributari previsti dal d.lgs. n. 74 del 2000 in virtù del nuovo art. 25 *quinqüesdecies* del d.lgs. n. 231 del 2001 posto che nei confronti delle persone fisiche autrici del reato si è adottato un atteggiamento premiale che, attraverso la minaccia della pena, mira a recuperare gli importi dovuti per poi riconoscere una causa di non punibilità collegata al pagamento (art. 13, d.lgs. n. 74/2000)¹¹⁶.

La procedura di estinzione riconnessa all'oblazione non opera con riferimento agli enti collettivi. L'istituto in questione, infatti, in quanto formalmente collocato tra le "cause di estinzione del reato" disciplinate, in termini generali, dal titolo VI del libro I del codice penale (artt. 150 ss. c.p.), non spiega effetti rispetto all'ente nel cui interesse o vantaggio il reato sia stato commesso, in apparente coerenza del resto con il principio generale di cui all'art. 182 c.p. (l'estinzione del reato «ha effetto soltanto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce») e conformemente alla lettera del più volte citato art. 8 d.lg. n. 231 del 2001¹¹⁷. Secondo alcuni autori, però, proprio in relazione alla figura dell'oblazione – più ancora che in relazione alle altre ipotesi di estinzione del reato di cui sopra si è fatta menzione – risulta evidente la necessità di "rivedere il principio di autonomia della responsabilità dell'ente anche nella prospettiva di non frustrare l'accesso – sotto altri profili favorito – a soluzioni normative ... orientate nel senso della massima incentivazione delle

¹¹⁶ In proposito, BARTOLI, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma*, cit., 219; INGRASSIA, *Il bastone (di cartapesta) e la carota (avvelenata): iniezioni di irrazionalità nel sistema penale tributario*, in *Dir. pen. proc.*, 3/2020, 315.

¹¹⁷ D'ARCANGELO, *Gli effetti penali della voluntary disclosure e la responsabilità da reato degli enti*, in *Riv. Resp. Amm. Enti*, 2/2015, 19; GUERRINI, *Clausole di esclusione della punibilità e responsabilità degli enti*, *ivi*, 1/2016, 135, che rileva altresì come non possa estendersi al peculiare tipo di concorrente rappresentato dall'ente il beneficio dell'art. 5 *septies*, comma 5, l. 167/1990, valido per le persone fisiche, in quanto la persona giuridica non sarebbe un concorrente; CONSULICH, *Punibilità di organizzazione*, cit., 264.

condotte processuali post *delictum* in un'ottica premiante dei comportamenti che si muovono nel solco della riparazione e della prevenzione"¹¹⁸.

A questo proposito, si sottolinea in primo luogo che nella criminalità d'impresa quando il reato commesso dalla persona fisica sia oblabile assai di frequente l'adempimento delle condizioni necessarie per essere ammesse a tale beneficio è di fatto realizzabile solo con l'intervento della persona giuridica, riscontrandosi così un «vistoso scollamento tra chi è formalmente chiamato al pagamento e chi, di fatto, provvede all'esborso di denaro»¹¹⁹: «solo l'impresa, specie se il reato ha prodotto gravi conseguenze, è in grado – perché ha il potere, che il singolo non ha o non ha più – di neutralizzare gli effetti della condotta», di talché si prospetta «un sistema ventriloquo, che muove formalmente le labbra in direzione della persona fisica [...], ma in cui a parlare è il ventre della responsabilità sanzionatoria degli enti»¹²⁰. Ciò posto, escludere *tout court* l'operatività dell'oblazione nel sistema 231 determina il rischio che l'ente, non potendo trarre benefici sul piano penale dalla realizzazione delle onerose condotte riparatorie, valuti non conveniente porre in essere iniziative i cui vantaggi perterrebbero soltanto alla persona fisica - e ciò a maggior ragione nel caso in cui l'indagato, per il trascorrere del tempo o a seguito del

¹¹⁸ SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione*, cit., 193.

Diversa l'opinione di CONSULICH, *Punibilità di organizzazione*, cit., 264, secondo cui «il mantenimento, in ogni caso, della sanzione pecuniaria e della confisca evita che l'attivazione di meccanismi estintivi della responsabilità *ex post* sia sufficiente ad evitare la sanzione, disincentivando l'adozione *ex ante* di idonee cautele preventive, le uniche che oggi, integrando i requisiti dell'art. 6, sono in grado di evitare *tout court* la sanzione. ... Ferma dunque la possibilità di riconoscere una attenuazione della punibilità, dilatata temporalmente fino alla fase esecutiva *ex art.* 78 (con la conversione delle misure interdittive in pecuniarie), la punizione economica (ivi compresa la confisca) deve permanere ineliminabile, come incentivo ad adottare preventivamente il modello in quanto unico strumento di esonero da responsabilità».

¹¹⁹ DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, 88.

¹²⁰ PIERGALLINI, *Il decreto legislativo di depenalizzazione dei reati minori n. 507 del 1999: lineamenti, problemi e prospettive*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2000, 1394.

Secondo SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione*, cit., 193, «le riflessioni sul ruolo delle due – apparentemente contrapposte – discipline, quella in tema di autonomia della responsabilità dell'ente e quella relativa all'oblazione, assumono particolare rilievo nel contesto della materia ambientale. In tale ambito, infatti, da un lato, le condotte illecite sono di regola espressione, più che di scelte individuali, di una politica d'impresa, spesso protratta nel tempo e frammentata in più centri decisionali; dall'altro, è l'ente, più che l'individuo, ad avere il controllo dei processi produttivi e a poter porre concretamente in essere quelle iniziative volte a rimuovere le situazioni di lesione potenziale del bene giuridico attraverso la realizzazione di specifiche condotte ripristinatorie che sono condizione per l'accesso all'oblazione. In tale materia è dunque principalmente all'ente che il legislatore, ancor prima dell'introduzione dell'art. 25 *undecies* all'interno del d.lgs. n. 231 del 2001, si rivolge, sia in termini di risposta sanzionatoria, sia, e soprattutto, di sollecitazione al ripristino dell'integrità ambientale violata o messa in pericolo».

procedimento, non rivesta più alcun ruolo all'interno dell'impresa.

In secondo luogo, si evidenzia come escludere ogni forma di connessione fra l'istituto dell'oblazione e la responsabilità da reato degli enti risulti contraddittorio ed incongruo anche considerando la *ratio* sottostante all'istituto in parola, che deve ritenersi strumento volto non soltanto alla deflazione del sistema penale ma anche alla riparazione e al recupero del bene giuridico leso. Se questo è l'obiettivo che si persegue con la disciplina in tema di oblazione, non si comprende perché il legislatore – che non a caso ha sempre più ampliato il novero degli illeciti oblabili consapevole di poter soddisfare così tanto esigenze di razionalizzazione del carico giudiziario che esigenze di prevenzione e di riparazione del danno –, nel contempo abbia scelto di escludere l'ente – che, per quanto sopra osservato, più della persona fisica ha la possibilità di rendere effettivo il perseguimento degli obiettivi sottostati a tale istituto attraverso la realizzazione delle condotte riparatorie – dal beneficio connesso all'estinzione dell'illecito amministrativo, oltre che del reato che ne costituisce presupposto, conseguente all'eventuale oblazione¹²¹.

Sulla scorta di tali considerazioni, alcuni autori, ritenendo “quanto meno dubbia [l']effettiva riconducibilità dell'oblazione al novero delle cause di estinzione del reato e [de]lla conseguente attrazione dell'istituto nell'ambito di applicazione dell'art. 8”¹²², hanno cercato di rinvenire spazi per riconoscere l'oblazione operante anche nei confronti degli enti collettivi.

In proposito, si è innanzitutto evidenziato come parlare di estinzione del reato a proposito dell'oblazione è «inesatto e bizzarro», rimarcando quindi «una certa eccentricità dell'istituto» rispetto alla categoria in cui il legislatore l'ha ascritta¹²³. D'altronde, specie per l'oblazione speciale, la *ratio* della relativa di-

¹²¹ Così GIUNTA, *L'ente non punibile*, cit., 19: “si prenda in considerazione l'istituto dell'oblazione, ritenuto un meccanismo di degradazione delle contravvenzioni in concreto. Come giustificare la responsabilità dell'ente per un reato contravvenzionale presupposto che l'ordinamento ha ritenuto di minima gravità? Perché mai nei confronti dell'ente non dovrebbero valere il principio di offensività e l'istanza di deflazione che animano il funzionamento dell'istituto?”. Già DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 145, in sede di primo commento alla disciplina, aveva espresso perplessità in ordine alla eventualità che «in futuro fossero innestati sul tronco del decreto legislativo reati per cui siano previste cause di estinzione “di parte speciale” legale al ripristino dello *status quo ante*».

Si vedano anche CORSO S.M., *Le ricadute processuali dell'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *questa Rivista* 2017, 939; BONSEGNA - MICHELI, *La responsabilità amministrativa degli enti e la nuova «oblazione ambientale»: problemi di coordinamento e punti oscuri*, in *Riv. Resp. Ann. Enti*, 2/2018, 103; GUGLIELMI - MONTANARO, *I nuovi ecoreati: prima lettura e profili problematici*, *ivi*, 3/2015, 10.

¹²² SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione*, cit., 195.

¹²³ CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova 1933, 60. Si veda anche MARTINI, *Oblazione (profili sostanziali)*, in *Dig. Pen.*, vol. VIII, Torino 1994, 405.

sciplina è principalmente quella di garantire la riparazione dell'interesse leso o messo in pericolo, ma il perseguimento di questo obiettivo è assolto prevalentemente dalle cause di non punibilità piuttosto che da quelle di estinzione del reato giacché sono le prime a soddisfare le esigenze di «autoriduzione» e di «ridefinizione dei conflitti sociali, sottesi al reato, attraverso il ricorso a modelli sanzionatori non più repressivi ma riparativi» fondati sulla neutralizzazione dell'offesa o della capacità criminale dell'autore.

In secondo luogo, «di estinzione del reato è improprio parlare non solo – ovviamente – in senso storico (*factum infectum fieri nequit*), ma anche sotto il profilo giuridico come è facile derivare dalla sopravvivenza di effetti e conseguenze derivanti dal reato che si vorrebbe estinto»¹²⁴: nel caso dell'oblazione, infatti, «qualsiasi pronuncia di non doversi procedere per intervenuta estinzione del reato presuppone un accertamento (sia pure sommario perché fondato su di un materiale conoscitivo incompleto ed insuscettibile di evoluzione per l'intervento della causa estintiva) in ordine alla consistenza dell'ipotesi accusatoria mossa», accertamento che il giudice è tenuto a condurre a norma dell'art. 129 c.p.p. Il reato, dunque, lungi dall'estinguersi per effetto dell'oblazione, produce pienamente i suoi effetti rispetto al soggetto che, non a caso, gli artt. 162 e 162 *bis* c.p. definiscono “contravventore”, effetti il principale dei quali consiste proprio nel permanere dell'obbligo al pagamento della sanzione pecuniaria.

Lungi, dunque, dal determinarsi un'estinzione del reato, nel caso dell'oblazione si ravvisa anzi una riaffermazione della potestà punitiva dello Stato, che, nell'addivenire a una sorta di transazione con il reo, intende garantire sia la soddisfazione dell'esigenza punitiva, sia il risparmio dei costi e dei tempi del procedimento. Facilmente ipotizzabile l'esito di questa riflessione: se l'oblazione è una causa di non punibilità (e non una ipotesi di estinzione del reato) da un lato non opera la preclusione di cui al citato art. 8 e dall'altro all'istituto va riconosciuta natura eminentemente processuale con conseguente possibilità anche per l'ente di fare (autonomo) ricorso all'oblazione in virtù della clausola posta dall'art. 34 del decreto relativamente alle disposizioni processuali e riconosciuta¹²⁵.

In questa prospettiva, dunque, riconosciuta la natura di causa di non punibilità (“in senso stretto”), piuttosto che di causa di estinzione del reato¹²⁶,

¹²⁴ STORTONI, *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. Pen.*, vol. IV, Torino 1990, 344.

¹²⁵ SCARONA, *Prospettive di razionalizzazione*, cit., 197.

¹²⁶ A conclusione sostanzialmente analoga si giungerebbe secondo la dottrina in esame laddove si volesse ravvisare nell'oblazione (anziché una ipotesi di non punibilità) una condizione di procedibilità del reato:

dell'oblazione, si potrebbe prospettare, a prescindere da eventuali interventi di riforma, l'estensione anche alle società degli effetti dell'istituto in parola con conseguente non punibilità dell'illecito alle stesse attribuito a seguito del pagamento di una somma di denaro ed, eventualmente, della eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, correggendo in questo senso la disposizione dell'art. 8, «ritenendo cioè che l'esclusione dell'effetto estintivo concerna quelle cause che non consistono in attività del soggetto collettivo responsabile ma in meri fatti oggettivi come principalmente, ad esempio, il trascorrere del tempo ai fini della prescrizione, oppure in comportamenti del tutto propri del soggetto individuale»¹²⁷.

14. *Remissione di querela e l'estinzione del reato per condotte riparatorie ex art. 162-ter c.p.* Nonostante autorevoli voci di senso contrario, riteniamo che rivestano un'efficacia "liberatoria" per l'ente le ipotesi di remissione di querela e di estinzione del reato per condotte riparatorie come previsto dall'art. 162-ter c.p. - anche se il tema non ha una significativa rilevanza essendo, allo stato, assai limitato il novero dei reati presupposto della responsabilità dell'ente perseguibili a querela e quindi interessati dalla remissione della condizione di procedibilità o dalla riparazione delle conseguenze dannose dell'illecito (la fattispecie più rilevante è senz'altro l'ipotesi lieve di falso in bilancio di cui all'art. 2621-ter cod. civ.).

Quanti ritengono che le due tipologie di estinzione del reato esauriscano la loro rilevanza solo con riferimento alla posizione processuale delle persone fisiche evidenziano come l'art 152 comma 1 c.p. riferisca la remissione della querela solo alla posizione della persona fisica, conclusione confermata dalla previsione dell'estensione degli effetti della remissione ai soli correi persone fisiche ex art. 155 c.p.¹²⁸. Una tale soluzione - che parrebbe essere illogica alla luce del disposto di cui all'art. 37 d.lgs. 231 del 2001¹²⁹ su cui *infra* - viene ritenuta ragionevole e condivisibile dovendosi considerare che "la responsabilità della persona giuridica è il frutto di un giudizio collettivo, basato sulla natura sistemica e tendenzialmente sempre grave della colpa di organizzazione, e

all'impossibilità di proseguire nell'esercizio dell'azione penale, infatti, conseguirebbe necessariamente, a norma dell'art. 37 del d.lgs. n. 231 del 2001 (di cui diremo in seguito), l'improcedibilità anche dell'illecito amministrativo: SCARONA, *Prospettive di razionalizzazione*, cit., 197.

¹²⁷ PALAZZO, *I nuovi reati ambientali tra responsabilità degli individui e responsabilità dell'ente*, in *Dir. Pen. Cont.*, 1/2018, 334.

¹²⁸ CONSULICH, *Punibilità di organizzazione*, cit., 293. Nello stesso senso, MANCUSO, *Art. 37*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, 904.

¹²⁹ DE SIMONE, *Art. 8*, in *Compliance*, cit., 344; MANCUSO, *Art. 37*, *ivi*, cit., 904.

dunque è insensibile alla rivalutazione della vicenda da parte del singolo querelante¹³⁰: l'autonomia della responsabilità della società rispetto alla posizione del singolo spiegherebbe quindi la scelta di escludere qualsiasi rilevanza nel sistema 231 alla remissione di querela. Al contempo, escludere per la posizione delle società qualsiasi rilevanza alle condotte di cui agli artt. 152 e 162 *ter* c.p. (o comunque non prevedere che all'adozione delle stesse segua l'estinzione del reato) escluderebbe in radice il rischio che gli enti possano giungere ad una sorta di "privatizzazione della loro perseguibilità", ottenendo l'impunità mediante la conclusione di meri accordi economici con i titolari dell'interesse leso dal comportamento illecito.

La replica a queste osservazioni per certi aspetti segue cadenze argomentative già note che inducono a riflettere sull'effettiva portata dell'art. 8 d.lg. n. 231 del 2001 e sul principio di autonomia della responsabilità dell'ente e dall'altro richiama un dato normativo di particolare impatto sul tema – e che ridimensiona ulteriormente la rilevanza di quanto desumibile dall'art. 8 citato.

Quanto al primo aspetto, non possiamo che ribadire che "la responsabilità dell'ente collettivo... è la proiezione del reato commesso dalla persona fisica. Nel «sistema 231» l'ombra non è separabile dal corpo che la genera" e non può quindi ritenersi "concilia[bile] l'avvenuta composizione del conflitto sociale con la prosecuzione dell'azione dei confronti dell'ente nel cui interesse o per il cui vantaggio ha operato la persona fisica"¹³¹. Quanto alla seconda motivazione cui si è fatto cenno, alle indicazioni ricavabili dalla lettera dell'art. 8¹³² fa da significativo contraltare il contenuto dell'art. 37, d.lgs. 231 del 2001, giusto il quale la mancanza di una necessaria condizione di procedibilità nei con-

¹³⁰ CONSULICH, *Punibilità*, cit., 293.

¹³¹ GIUNTA, *L'ente non punibile*, cit., 20 cui si deve anche la citazione precedente.

¹³² Rispetto alla quale si ribadisce che la sua lettura va condotta considerando che presumibilmente "il riferimento alle cause di estinzione del reato è espressione comunque eccedente rispetto al suo contenuto regolativo. Il legislatore si riferiva alle cause estintive del reato previste nella parte generale del c.p. e, al loro interno, principalmente al fenomeno della prescrizione", non potendo ovviamente considerare che altri reati sarebbero stati introdotti nel novero degli illeciti presupposto della responsabilità degli enti e rispetto a tali previsioni sarebbe risultato incongruo escludere la rilevanza delle cause di estinzione, eccezione fatta per l'amnistia.

Secondo GIUNTA, *L'ente non punibile*, cit., 19 occorre riflettere "sulla portata del riferimento che l'art. 8, comma 1, lett. b), cit. fa alla categoria delle cause di estinzione del reato. A ben vedere pare doversi ritenere che il legislatore, tenendo a mente i pochissimi reati-presupposto contemplati dal disegno originario del d.lgs. 231/2001, abbia detto più di quanto volesse. Con la conseguenza che l'interprete, mentre non può estendere la portata della norma a cause diverse da quelle estintive del reato, può restringere il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente in presenza di cause nominalmente estintive, ma incompatibili con l'operatività del principio in questione. Va tenuto presente, infatti, che le cause di estinzione sono una categoria inesatta e bizzarra¹¹, certamente eterogenea".

fronti della persona fisica impedisce l'esercizio dell'azione in relazione all'ente: quale coerenza avrebbe un sistema processuale che richiedesse, per procedere nei confronti dell'ente, la presentazione della querela in relazione al reato presupposto commesso dalla persona fisica, ritenendo poi irrilevante, sempre in relazione alla perseguibilità della società, la circostanza che la condizione di procedibilità interessante il singolo autore del delitto sia venuta meno?¹³³ Davvero non si comprende come possa giustificarsi la punizione dell'ente in relazione ad un illecito quando l'ordinamento dichiara di non aver alcun interesse a reagire in termini sanzionatori rispetto al suo fondamentale presupposto – ovvero la commissione del delitto da parte del singolo: perché punire l'ente se non si punisce il delitto della persona fisica che (per quanto diverse siano le fonti della relativa colpevolezza) ne rappresenta comunque il fondamento principale? Sostenere che la diversa soluzione andrebbe giustificata dovendosi riconoscere una maggiore responsabilità della società è affermazione di principio dal contenuto vagamente “eticizzante”, per di più assai poco plausibile quando si versi in ipotesi delittuose di gravità non particolarmente significativa come tipicamente si registra quando si procede per delitti perseguibili a querela di parte.

Considerazioni assolutamente analoghe possono formularsi con riferimento all'ipotesi di estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie *ex art. 62 ter c.p.* A fronte di chi sostiene che l'omessa considerazione da parte del d.lgs. n. 231 del 2001 dell'ipotesi in parola, unitamente alla natura personale della condotta riparatoria, porta ad escludere riflessi favorevoli per la persona giuridica¹³⁴ può replicarsi evidenziando come i comportamenti descritti dalla citata disposizione pongano fine al contrasto sociale fra consociati, rimediando alla lesione dell'interesse e delle posizioni giuridiche danneggiate, sicché l'interesse alla sanzione viene meno nei confronti di chiunque (ente o persona fisica) all'attentato di quei interessi abbia contribuito.

Non solo. La stessa asserzione secondo cui le condotte riparatorie avrebbero natura personale è tutt'altro che pacifica: come già osservato con riferimento all'adempimento delle condizioni da soddisfare per godere della causa di estinzione dell'oblazione, in molti casi la condotta riparatoria – specie quando sia necessario procedere ad esborsi economici significativi – è assunta dalla società per conto (*rectius* nell'interesse o a vantaggio) della quale il singolo ha agito. Ed allora, non solo occorre considerare che il costo ed il peso economico

¹³³ Ritiene contraddittorio escludere la non punibilità nei confronti dell'ente, PIERGALLINI, *Prennialità*, cit., 546.

¹³⁴ DE SIMONE, *Art. 8*, cit., 346; CONSULICH, *Punibilità dell'organizzazione*, cit., 26.

relativo al comportamento risarcitorio che giustifica l'estinzione del reato è sopportato (non dal singolo ma) dalla società ma non riconoscere la rilevanza di tale circostanza rischia di frustrare la funzione riparativa propria della previsione di cui al citato art. 162 *ter* in quanto escludere la possibilità di applicare tale disposizione anche per le società rischia di demotivare il singolo ente scoraggiandolo dall'impegnare le proprie risorse finanziarie per rimediare all'accaduto, specie quando all'uopo sia necessario sostenere spese ingenti non alla portata della persona fisica.

15. *La sospensione condizionale della pena.* La Corte di cassazione ha più volte escluso che l'istituto della sospensione condizionale della pena possa essere operare con riferimento alle sanzioni inflitte agli enti a seguito dell'accertamento della responsabilità da reato ai sensi del d.lgs. 231 del 2001¹³⁵. In particolare, la Cassazione richiama la natura amministrativa della responsabilità da reato che «non consente l'applicabilità di istituti giuridici specificatamente previsti per le sanzioni di natura penale», posto che il beneficio della sospensione condizionale si applica alle pene principali ed accessorie ma non alle sanzioni amministrative – tale essendo la natura delle pene previste per le società¹³⁶.

Alcuni autori¹³⁷ hanno proposto un ripensamento di questo orientamento richiamando la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, alla luce della quale – in particolare considerando i cd. *Engel criteria* – le sanzioni di cui al d.lgs. 231/2001 avrebbero natura «sostanzialmente penale», stante la loro significativa afflittività, la mancanza di una funzione risarcitoria o recuperatoria a favore del danneggiato e il perseguimento di un obiettivo dissuasivo e retributivo. Da qui ne deriverebbe l'infondatezza delle obiezioni della giurisprudenza e la possibilità di consentire agli enti di godere del beneficio della sospensione condizionale della pena¹³⁸.

Questa conclusione, tuttavia, non tiene conto della circostanza che l'istituto di cui all'art. 163 c.p. non è in alcun modo richiamato dal d.lgs. n. 231 del 2001 e, trattandosi di un istituto di diritto sostanziale, per lo stesso non può operare la clausola di rinvio di cui all'art. 34 d.lgs. n. 231 del 2001. Posto ciò, tuttavia,

¹³⁵ Cass., Sez. III, 2 novembre 2020 n. 30305; Cass., Sez. IV, 25 giugno 2013 n. 42503; Cass., Sez. II, 15 dicembre 2011 n. 10822.

¹³⁶ GALLUCCIO, *Ancora in tema di sospensione condizionale e procedimento penale a carico dell'ente*, in *Cass. Pen.*, 2012, 3516.

¹³⁷ SALVATORE, *Probation e 231/2001: il contrasto in seno alla giurisprudenza*, cit., 225.

¹³⁸ Così anche CAMPOLO – LOSENCO, *La pronuncia non sembra aver valutato che la legge richiede espresse condizioni*, in *Guida Diritto*, 2013, 48, 77.

occorre riconoscere, da un lato, che la argomentazione della giurisprudenza non si presenta certo irresistibile, non foss'altro per la circostanza che la stessa Cassazione è tutt'altro che concorde nel riconoscere alla responsabilità degli enti natura amministrativa, preferendosi anzi parlare di un *tertium genus* fra responsabilità amministrativa e responsabilità penale¹³⁹; dall'altro lato, al pari di quanto osservato con riferimento alle altre “diverse modalità di conclusione del processo penale” – attengano le stesse alla estinzione del reato o alla non applicazione della sanzione edittale – pare evidente che l'estensione della sospensione condizionale anche alle società sarebbe tutt'altro che distonica rispetto alla logica del sistema 231, specie dopo le modifiche introdotte dalla lg. N. 145 del 2004 che ha introdotto, tra l'altro, nell'art. 163 un riferimento al risarcimento e alle restituzioni.

Anche la sospensione condizionale della pena rientra, a pieno titolo, nella logica della giustizia riparativa e della *probation* che, come si è visto, caratterizza la disciplina in tema di responsabilità da reato degli enti collettivi sicché un intervento del legislatore che ne prevedesse l'applicazione anche in quest'ambito sarebbe senz'altro da condividere (così come non ci pare inaccettabile la scelta di consentirne - sia pure, ne siamo consapevoli, con una innegabile forzatura a livello ermeneutico - l'operatività già in questo quadro normativo, specie quando la riparazione ed il risarcimento del danno e l'elisione o attenuazione delle relative le conseguenze di cui fa menzione l'ultimo comma dell'art. 163 c.p. siano dovute ad un intervento decisivo dell'ente per mezzo delle disponibilità economiche di cui lo stesso dispone...).

¹³⁹ Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343.