



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

**“PRE-TRIAL DIVERSION AGREEMENTS”
E DISCIPLINA DELLA RESPONSABILITÀ DA
REATO DEGLI ENTI.
BASI COMPARATISTICHE E PROSPETTIVE
DI RIFORMA**

Relatore:

Chiar.mo Prof. A. Melchionda

Laureando:

Giorgio Cassinari

Anno Accademico 2017/2018

Laurea Magistrale conseguita nella sessione di marzo 2019

4. Conclusione	48
CAPITOLO II – I <i>PRE-TRIAL DIVERSION AGREEMENTS</i> NEGLI ORDINAMENTI U.S.A. E U.K.	51
1. Introduzione	51
2. Brevi note sul diritto penale comparato e sui sistemi di <i>common law</i>	51
3. <i>Deferred prosecution agreements</i> e <i>non-prosecution agreements</i> nell'ordinamento degli Stati Uniti	54
3.1. La genesi dell'istituto e la sua applicazione agli enti	55
3.1.1. <i>L'utilizzo nell'ambito della criminalità minorile e l'estensione alla criminalità d'impresa</i>	55
3.1.2. <i>Holder Memo, Thompson Memo e Filip Memo</i>	56
3.2. Le caratteristiche dell'istituto	58
3.3. Le luci della <i>pre-trial diversion</i>	60
3.3.1. <i>Effetto deterrente e conseguenze collaterali della condanna</i>	60
3.3.2. <i>Risparmio di risorse pubbliche</i>	62
3.4. Le ombre della <i>pre-trial diversion</i>	62
3.4.1. <i>Episodicità del c.d. effetto Arthur Andersen</i>	63
3.4.2. <i>Una vittoria delle forze del grande business</i>	64
3.4.3. <i>Mancanza di expertise dei procuratori e di linee guida governative</i>	66
3.4.4. <i>Mancanza di un successivo controllo giudiziale</i>	70
3.4.5. <i>Assenza di trasparenza nel processo di selezione dei corporate monitors</i>	73
3.4.6. <i>Squilibrio contrattuale nella conclusione dell'agreement</i>	74
3.5. Proposte di riforma	77
3.5.1. <i>Riconoscimento di un maggiore ruolo del giudice e formulazione di linee guida</i>	78
3.5.2. <i>Sviluppo di un sistema di responsabilità degli enti multi-livello</i>	79
3.5.3. <i>Utilizzo di DPA e NPA per contrastare i c.d. policing agency costs</i>	80

4. Deferred prosecution agreements nell'ordinamento del Regno Unito.....	82
4.1. La genesi dell'istituto.....	82
4.2. Le caratteristiche dell'istituto.....	84
4.2.1. <i>La disciplina del Crime and Courts Act 2013</i>	84
4.2.2. <i>La disciplina del Code of Practice</i>	88
4.2.3. <i>Le indicazioni che emergono dalle prime applicazioni concrete dell'istituto</i>	92
4.3. Considerazioni finali sulla trasposizione dei DPA nell'ordinamento del Regno Unito.....	95
5. Conclusione.....	97
CAPITOLO III – SPUNTI DE IURE CONDENDO PER UNA RIFORMA DEL D.LGS. 231/2001.....	101
1. Introduzione.....	101
2. Le tendenze applicative in Europa.....	101
2.1. La disciplina francese: <i>Loi Sapin II</i>	102
2.2. OCSE – <i>Working Group on Bribery</i>	105
2.3. La riforma della disciplina sulla responsabilità degli enti in Polonia.....	106
3. Considerazioni sulla compatibilità dei <i>pre-trial diversion agreements</i> con il sistema italiano ed ipotesi di una sua disciplina. 107	107
3.1. Il primo dubbio di compatibilità: l'art. 112 Cost.	108
3.2. La messa alla prova: una veste per la diversione non priva di aspetti problematici.....	111
3.2.1. <i>Le caratteristiche dell'istituto</i>	112
3.2.2. <i>La comunanza di ratio fra messa alla prova e d.lgs. 231/2001</i>	114
3.2.3. <i>Le problematiche di legittimità della messa alla prova</i>	116
3.3. La (breve) via interpretativa attraverso l'art. 34 del d.lgs. 231/2001.....	120
3.4. Proposta di disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova estesa agli enti.....	124
3.4.1. <i>I requisiti e le tempistiche per l'accesso all'istituto</i>	124
3.4.2. <i>I contenuti del programma trattamentale</i>	127

3.4.3. <i>L'intervento e le valutazioni del giudice</i>	134
3.5. Una proposta alternativa alla messa alla prova: causa speciale di archiviazione.....	136
4. Conclusione	138
CONCLUSIONI	143
BIBLIOGRAFIA	147

INTRODUZIONE

L'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001 ha segnato una svolta epocale nel panorama penalistico italiano, una vera e propria "rivoluzione copernicana" capace di sconvolgere il dogma fondamentale della visione antropocentrica del diritto penale¹. Tale fondamentale intervento legislativo è, oggi, in procinto di diventare "maggiorante": si impone, pertanto, la necessità di valutare il grado di "successo" che il decreto ha riscontrato e l'esistenza di eventuali esigenze di riforma dello stesso.

Opinione condivisa dai commentatori è che vi sia un effettivo bisogno di mettere mano all'impianto normativo in esame. Varie sono, come si avrà modo di sottolineare, le problematiche emerse negli anni di applicazione del d.lgs. 231/2001 e – allo stato dell'arte – si deve registrare un recepimento ancora scarso della normativa fra i soggetti cui essa è rivolta, così come una sua applicazione disomogenea e non capillare nelle aule di giustizia. Un tale panorama, come notato dalla dottrina più attenta, potrebbe costituire nel medio e lungo periodo un paradossale fattore distorsivo della concorrenza², ed appare come una spia dell'urgenza di importanti interventi di riforma.

Varie sono state, negli anni recenti, le proposte di legge tese ad innovare il d.lgs. 231/2001: si possono citare, fra le altre, quella proposta nel luglio 2010 dall'allora Ministro della Giustizia, tesa ad introdurre un meccanismo di "certificazione preventiva" dei Modelli organizzativi predisposti dagli enti, e l'istituzione nel 2016, ad opera del Ministero della Giustizia e del Ministero dell'Economia e delle Finanze, di una Commissione di studio per la modifica della normativa sulla responsabilità da reato degli enti. Tutti i progetti di riforma che si sono susseguiti nel tempo non hanno, tuttavia, avuto la fortuna sperata e, di conseguenza, la necessità di procedere ad una "operazione di sostanziale *restyling*" del decreto citato permane; operazione che, fra le altre cose, contribuirebbe a ribadire la centralità del d.lgs. 231/2001 quale elemento archetipico del micro-ordinamento di misure *lato sensu* sanzionatorie rivolte agli enti collettivi³.

In un tale contesto, senza alcuna pretesa di esaurire il dibattito, nel presente lavoro si propone un circoscritto intervento di riforma del d.lgs. 231/2001, mirato all'introduzione dei c.d. *pre-trial diversion agreements*, accordi di diversione processuale fra gli enti sottoposti a procedimento penale e la

¹ In questi termini A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1101.

² L. PISTORELLI, *Responsabilità degli enti: le ragioni di una riforma possibile*, in *Rivista 231*, 2018, n. 4, p. 7.

³ T. GUERINI, *Diciassette anni di responsabilità degli enti: una retrospettiva*, in *Rivista 231*, 2018, n. 4, p. 235, 236. Si fa qui riferimento al sistema delle misure interdittive antimafia e all'istituto del controllo giudiziario delle aziende di cui al d.lgs. 159/2011.

pubblica accusa che consentano, nell'ipotesi in cui siano rispettate tutte le prescrizioni contenute nell'accordo stesso, l'estinzione dell'illecito amministrativo addebitato senza addivenire all'emanazione di una formale sentenza di condanna. Fra i vari motivi che rendono auspicabile la citata prospettiva di riforma, che saranno nel prosieguo trattati e approfonditi, vale la pena anticipare che l'introduzione degli accordi di diversione processuale, opportunamente disciplinati, offrirebbe nuovi ed efficaci incentivi agli enti collettivi a dotarsi, in via preventiva, del Modello di organizzazione e gestione ai sensi del d.lgs. 231/2001. Tale proposta di riforma permetterebbe, pertanto, di coltivare l'anima specificamente special preventiva che caratterizza la disciplina della responsabilità degli enti, rispetto alla sua componente meramente sanzionatoria. È, infatti, insito nella sua stessa struttura che il d.lgs. 231/2001 sia volto non meramente a punire le persone giuridiche ma anche – e, forse, soprattutto – a favorire un percorso virtuoso di risocializzazione e responsabilizzazione dell'ente ai fini della prevenzione dei reati. È opportuno, quindi, impegnarsi perché nuova linfa sia data alla disciplina della responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001 atteso che, per dirla con Beccaria, "il più sicuro ma più difficil mezzo di prevenire i delitti si è di perfezionare l'educazione"⁴.

Il presente lavoro si articola in tre capitoli. Il primo capitolo è volto ad analizzare alcune delle più radicali criticità operative emerse nel corso degli anni di applicazione del d.lgs. 231/2001; scopo di tale analisi è dimostrare come l'introduzione dei *pre-trial diversion agreements* potrebbe costituire un'utile soluzione alle problematiche evidenziate. Nel corso del secondo capitolo l'analisi si sposterà oltre i confini nazionali, per andare ad approfondire il concreto funzionamento degli accordi di diversione processuale applicati agli enti collettivi. Tale istituto, infatti, sorto nell'ambito dell'ordinamento penale minorile, per la prima volta negli Stati Uniti d'America ha visto una sua applicazione nell'ambito della criminalità d'impresa. Tale prassi, lungi dal rimanere confinata ad episodi sporadici, nel corso degli anni è assunta a metodo principale di soluzione dei procedimenti penali intentati nei confronti delle società. L'ottica comparatistica adottata permetterà di cogliere, oltre agli aspetti positivi, anche i limiti e i rischi dell'esempio statunitense. Estremamente utile, in prospettiva *de iure condendo*, sarà, poi, analizzare il processo di "trapianto" dell'istituto in esame all'interno dell'ordinamento del Regno Unito, che si caratterizza per molti elementi di continuità con il paradigma nordamericano ma, altresì, per forti elementi di distanza dallo stesso. Infine, il terzo capitolo riporta il *focus* dello studio sull'ordinamento italiano, per formulare una proposta di disciplina dell'istituto in esame e vagliare gli elementi di compatibilità con il sistema giuridico nazionale così come gli aspetti che tale compatibilità potrebbero mettere in discussione.

⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XLV, Feltrinelli, diciassettesima edizione, 2012, p. 112.

CAPITOLO I – IL D.LGS. 231/2001 ALLA PROVA DEL TEMPO: PROBLEMATICHE ED IPOTESI DI RIFORMA

1. INTRODUZIONE

Il presente capitolo si propone di esaminare criticamente, a quasi diciotto anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, il funzionamento della disciplina regolante la responsabilità amministrativa da reato degli enti, nonché di suggerire – quale spunto che possa essere raccolto in un'opera di riforma della normativa in esame – l'introduzione di un nuovo istituto di diversione processuale.

Più specificamente, inizia a prendere piede nelle riflessioni degli studiosi italiani, oltre che nel panorama europeo e angloamericano, l'idea che l'introduzione nel d.lgs. 231/2001 di un istituto di diversione processuale analogo a quello applicato alle società negli ordinamenti statunitense e britannico possa essere utile nel tentativo di adattare maggiormente la disciplina della responsabilità degli enti alle particolarità del fenomeno della criminalità d'impresa, oltre che per ridonare vitalità ad una complessa architettura giuridica come quella del citato decreto, che vede una parziale frustrazione della *ratio* con cui è stata concepita con il rischio – di fatto – di un fallimento applicativo.

Dopo aver dato brevemente conto del dibattito che ha portato all'emanazione del d.lgs. 231/2001 e della disciplina in esso contenuta, si passerà ad esaminare alcune fra le varie problematiche che gli anni di applicazione della disciplina *de qua* hanno fatto emergere: tale analisi sarà condotta sulla base dell'ipotesi di fondo che sostiene il presente lavoro, volto a vagliare l'opportunità che un istituto di diversione processuale sia, in prospettiva *de iure condendo*, inserito all'interno dell'impianto del d.lgs. 231/2001.

2. IL D.LGS. 231/2001 E LA NECESSITÀ DI UNA RIFORMA

La disciplina della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato, contenuta nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (di seguito "d.lgs. 231/2001" o anche solo "Decreto"), rappresenta una delle maggiori innovazioni del diritto penale moderno. Essa si pone come il risultato finale di un vivace dibattito dottrinale circa l'opportunità o meno di estendere la portata della responsabilità penale agli enti¹: da un lato, infatti, forte era ancora la tenuta dell'antico

¹ Si vedano, fra gli altri, F. BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951-1031; V. MILITELLO, *La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, n. 1-2, 1992, p. 101-118; K. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 1995, p. 615-633; C. PALIERO,

brocardo *societas delinquere non potest*, secondo il quale la persona giuridica non può vedersi ascritta la responsabilità di un fatto criminoso secondo le tradizionali categorie – personalistiche – del diritto penale, avendo tale entità assunto soggettività giuridica “solo ed esclusivamente ai limitati fini indicati dall’ordinamento giuridico, per poter meglio sviluppare le attività economiche e sociali dell’uomo”². Dall’altro lato sempre più pressante si faceva la necessità di prevedere “forme di responsabilizzazione degli enti che delincono, nel contesto di una più moderna strategia di contrasto all’allarmante fenomeno della criminalità d’impresa”³.

Sul tema, inoltre, si era sviluppato un dibattito a livello internazionale e sovranazionale, sulla scia della consolidata esperienza statunitense in punto di responsabilità penale delle persone giuridiche. Il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, ad esempio, nell’ottobre 1988 adottava la Raccomandazione n. R(88)18 in cui, pur non indicando come unica forma adatta quella della responsabilità penale, suggeriva agli Stati di prendere le opportune misure, considerando il crescente numero di reati commessi nell’esercizio delle attività d’impresa che causano ingenti danni agli individui e alla comunità, nonché la difficoltà, dovuta alle spesso complesse strutture degli enti collettivi, di individuare le persone fisiche responsabili della commissione di tali reati⁴. Sulla stessa scia si ponevano poi la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, stipulata nel dicembre 1997⁵ e, nell’ambito dell’ordinamento dell’Unione Europea, la c.d. Convenzione PIF⁶. Raccogliendo i frutti di questo intenso dibattito il legislatore italiano, con la Legge 29 settembre 2000, n. 300⁷, ratificava i citati atti internazionali e conferiva delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica. Tale delega veniva esercitata mediante l’emanazione del noto decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231⁸.

Problemi e prospettive della responsabilità penale dell’ente nell’ordinamento italiano, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, n. 4, 1996, p. 1173-1192.

² R. SALOMONE, *Il principio societas delinquere non potest. La natura della responsabilità prevista dal d.lgs. 231/2001*, in A. D’AVIRRO, A. DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell’impresa* (diretto da Astolfo Di Amato), volume decimo, *La responsabilità da reato degli enti*, CEDAM, 2009, p. 6.

³ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè Editore, 2005, p. 3, 4.

⁴ COMITATO DEI MINISTRI DEL CONSIGLIO D’EUROPA, Raccomandazione n. R(88)18, p. 5-7.

⁵ OCSE, Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, 17 dicembre 1997, disponibile su http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf.

⁶ CONSIGLIO DELL’UNIONE EUROPEA, Atto del Consiglio del 26 luglio 1995 che stabilisce la convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (95/C 316/03), disponibile su [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:31995F1127\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:31995F1127(03)).

⁷ Legge 29 settembre 2000, n. 300 (GU Serie Generale n.250 del 25-10-2000 - Suppl. Ordinario n. 176).

⁸ Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (GU Serie Generale n.140 del 19-06-2001).

Il sistema di responsabilità delineato dal citato decreto si presenta come una sorta di sintesi normativa che ha potuto trarre ispirazione da varie esperienze straniere e che oggi è in grado di rappresentare un modello molto riprodotto, ma tuttora insuperato, di regolamentazione in materia⁹.

In estrema sintesi, la disciplina che emerge dal d.lgs. 231/2001 prevede l'assoggettabilità degli enti forniti di personalità giuridica e delle società e associazioni anche prive di personalità giuridica, fatta eccezione per lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale¹⁰, ad una responsabilità formalmente amministrativa ma caratterizzata da presupposti, afflittività e sede del suo accertamento di stampo penalistico. Più in particolare, la responsabilità dell'ente scatta in presenza della commissione, nel suo interesse o vantaggio, di un reato fra quelli elencati agli artt. 24-26 (i c.d. "reati presupposto") da parte di soggetti che rivestono posizioni apicali all'interno dell'ente stesso ovvero da soggetti ad essi sottoposti¹¹. È da notare, inoltre, che la responsabilità dell'ente, pur dipendendo dalla commissione di un reato da parte di una persona fisica, è caratterizzata da una sua autonomia: essa, infatti, andrà accertata anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile ovvero quando il reato si estingue per causa diversa dall'amnistia¹².

L'aspetto più caratteristico della disciplina è, poi, quello relativo ai modelli di organizzazione e gestione, la cui adozione è un onere posto in capo agli enti che vogliono andare esenti da responsabilità pur in presenza della commissione di un reato presupposto da parte dei sopracitati soggetti. Infatti, in presenza di un reato commesso da un soggetto apicale, l'ente andrà esente da responsabilità solamente provando che era stato adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione dell'illecito, un modello idoneo a prevenire la commissione di reati del tipo di quello verificatosi; che fosse stato affidato ad un organismo (l'Organismo di Vigilanza) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, nonché di curarne l'aggiornamento; che il reato sia stato commesso mediante una elusione fraudolenta delle disposizioni del modello, senza un omesso o insufficiente controllo da parte dell'Organismo di Vigilanza¹³. Nel caso, invece, di reato commesso da soggetto sottoposto l'onere probatorio risulta invertito, e l'ente è responsabile se la pubblica accusa prova che la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza, la quale è in ogni caso esclusa se l'ente, prima

⁹ P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 73.

¹⁰ D.lgs. 231/2001, art. 1.

¹¹ D.lgs. 231/2001, art. 5.

¹² D.lgs. 231/2001, art. 8, co. 1.

¹³ D.lgs. 231/2001, art. 6, co. 1.

della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi¹⁴.

Infine, nel caso in cui l'ente si doti di un modello organizzativo successivamente alla commissione del reato, unitamente ad altre condizioni che saranno meglio analizzate in seguito, le sanzioni interdittive non potranno essere applicate e la sanzione pecuniaria sarà ridotta¹⁵.

Tali sono, dunque, i tratti essenziali della disciplina di cui all'art. 231/2001. Nonostante si tratti, come accennato, di una costruzione giuridica ben architettata, nel corso dei quasi diciotto anni di applicazione del citato decreto sono emerse varie problematiche e criticità applicative, e da varie parti in dottrina si sono levate voci che invocano la necessità di un intervento di riforma¹⁶. Fra i vari aspetti della disciplina che necessiterebbero di essere "ritoccati", ne verranno analizzati alcuni, selezionati sulla base della domanda cui questo lavoro mira a fornire una risposta.

Ultimamente, infatti, in ambito europeo si assiste al crearsi di una sensibilità comune circa l'utilità di inserire istituti di diversione processuale, analoghi a quelli già impiegati negli ordinamenti di *common law*, all'interno delle discipline nazionali della criminalità d'impresa. Tali istituti consistono in una deviazione dalla normale sequenza di atti del processo penale prima della pronuncia sull'imputazione¹⁷, all'interno della quale la pubblica accusa concorda con l'ente indagato di sospendere il corso del processo per consentire all'ente di sottoporsi ad un periodo di sorveglianza. Durante tale periodo all'ente è tipicamente imposto il pagamento di una somma di denaro insieme ad un programma di prescrizioni che governerà il futuro comportamento dell'ente¹⁸. Il rispetto delle condizioni concordate all'interno del *pre-trial diversion agreement*, che solitamente comprendono l'adozione o la modifica del proprio *compliance program* allo scopo di prevenire la commissione di ulteriori reati, garantisce all'ente che esso non sarà perseguito per il reato commesso, ma il processo

¹⁴ D.lgs. 231/2001, art. 7, co. 1, 2.

¹⁵ D.lgs. 231/2001, artt. 12, 17.

¹⁶ Si vedano, fra gli altri, L. PISTORELLI, *Responsabilità degli enti: le ragioni di una riforma* possibile, in *Rivista 231*, n. 4, 2018, p. 5-10; F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016; R. BORGOGNO, A. FIORELLA, A.S. VALENZANO (a cura di), *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, Jovene Editore, 2015. Ad ulteriore riprova della *communis opinio* relativa alla necessità di un intervento di riforma del d.lgs. 231/2001 si consideri l'istituzione, nel corso del 2016, da parte del Ministro della Giustizia e del Ministro dell'Economia e delle Finanze di una commissione per la riforma del D.lgs. 231/2001, nonché l'istituzione, da parte dell'Unione delle Camere Penali Italiane, di una apposita "Commissione D.Lgs. 231/2001", che ha recentemente pubblicato i suoi lavori, disponibili su http://www.camerepenali.it/cat/9250/i_lavori_della_commissione_dlgs_2312001.html.

¹⁷ *Risoluzione del XIII Congresso Internazionale di diritto penale sul tema «diversion e mediazione»* (Cairo, 1-7 ottobre 1984), in *Cass. Pen.*, fasc. 2-3, 1985, p. 533.

¹⁸ J. ARLEN, M. KAHAN, *Corporate Governance Regulation through Nonprosecution*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 84, 2017, p. 325.

riprenderà il suo normale corso qualora tali condizioni non siano invece rispettate¹⁹.

Il suggerimento circa l'utilità di inserire un siffatto istituto all'interno delle varie discipline che regolano la responsabilità degli enti inizia, ultimamente, ad essere colto anche da alcuni commentatori italiani: essi, infatti, propongono che un intervento di questo tipo sia accolto all'interno dell'ormai necessario intervento di riforma del d.lgs. 231/2001, anche in considerazione del fatto che esso potrebbe aiutare a risolvere alcune delle problematiche sorte nel corso dell'applicazione pratica del citato decreto.

3. LA DIVERSIONE PROCESSUALE COME SOLUZIONE PER ALCUNE DELLE CRITICITÀ SORTE NELL'APPLICAZIONE DEL D.LGS. 231/2001

Tenendo come linea guida l'ipotesi sopra formulata, sono state selezionate, fra le altre, tre criticità che l'attuale disciplina della responsabilità degli enti presenta: (i) l'applicazione limitata del d.lgs. 231/2001, (ii) il venir meno degli incentivi ad adottare il modello di organizzazione *ante delictum*, con conseguente svilimento della portata preventiva della disciplina, e (iii) la scarsa effettività della risposta sanzionatoria offerta dal Decreto. Nel corso dell'argomentazione si analizzerà, quindi, come un'efficace risposta a tali problematiche possa venire dall'introduzione all'interno del "sistema 231" di un istituto di diversione processuale.

3.1. L'applicazione limitata del d.lgs. 231/2001

3.1.1. Analisi della problematica

Una prima problematica di rilievo emerge dall'osservazione del tasso di applicazione concreta del d.lgs. 231/2001 da parte dell'autorità giudiziaria. Confrontando i dati statistici dei procedimenti penali a carico di autore noto con i dati relativi ai procedimenti inerenti la responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001 si delinea uno scenario in cui lo *spread* fra queste due voci statistiche è quanto meno allarmante²⁰. Dall'esame dei Bilanci di responsabilità sociale pubblicati dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, ufficio fra i più all'avanguardia rispetto all'applicazione della disciplina in esame, è possibile notare come il numero di iscrizioni di enti ai sensi del d.lgs. 231/2001 sia di gran lunga inferiore rispetto al numero delle iscrizioni a mod. 21 (registro Noti) dei reati c.d. presupposto²¹. Anche prendendo ad analisi il solo dato relativo alle iscrizioni degli enti, senza operare confronti rispetto ai procedimenti a carico di persone fisiche, emerge un *trend* negativo: "in materia di

¹⁹ F. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Indice pen.*, vol. 16, fasc. 2, 2013, p. 742.

²⁰ V. D'ACQUARONE, R. ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Rivista 231*, n. 2, 2018, p. 123 ss.

²¹ PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI MILANO, *Bilancio di responsabilità sociale 2013-14*, p. 41.

responsabilità delle persone giuridiche, nel 2015 risultavano iscritti 38 enti ai sensi del D.Lgs. 231/01 che salivano a 46 (+ 17%) nel corso del 2016. Al termine del 2017 gli enti iscritti risultano 29, in netta diminuzione rispetto ai due anni precedenti (-37% rispetto al 2016 e -23,7% rispetto al 2015)²². Lungi dall'essere considerazioni statistiche prive di valore indicativo, esse hanno destato preoccupazione per il rischio del "fallimento, a 17 anni dall'entrata in vigore della norma, [di] un istituto importante e decisivo che ha svolto un indubbio ruolo di ammodernamento del sistema delle imprese"²³.

Esaminando le possibili cause di tale fenomeno, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano evidenzia, in primo luogo, come alla base della scarsa applicazione della disciplina ex d.lgs. 231/2001 si situi l'interpretazione, accolta presso molti Pubblici Ministeri, nel senso di una discrezionalità dell'iscrizione della persona giuridica pur in presenza di una notizia di reato presupposto²⁴. Nota infatti anche la dottrina che "[i]n concreto non si assiste ad una sistematica imputazione degli illeciti nei confronti degli enti: con una certa approssimazione, potrebbe dirsi che – per quanto non espressamente contemplato dal testo legislativo – sia invalso nella prassi un tendenziale riconoscimento della *discrezionalità nell'esercizio dell'azione a carico degli enti* o l'attenuazione del principio di obbligatorietà"²⁵. Tale orientamento è, peraltro, in qualche modo avallato da certa parte della dottrina che ancora tale discrezionalità alla natura formalmente amministrativa – e quindi estranea all'ambito di applicazione dell'art. 112 Cost. – della responsabilità ai sensi del Decreto²⁶.

Ulteriore deriva interpretativa che la citata Procura identifica come di ostacolo ad una più capillare applicazione del d.lgs. 231/2001 è una sorta di inversione metodologica secondo cui il PM, invece di procedere all'iscrizione dell'ente per poi, successivamente, valutare nel merito la sussistenza dei requisiti che danno luogo alla relativa responsabilità, debba prima verificare la presenza dell'interesse o vantaggio per l'ente per poi, in un secondo ed eventuale momento, effettuare l'iscrizione²⁷.

Se si condivide l'analisi eziologica effettuata dalla Procura della Repubblica, si potrebbe concludere che una soluzione alle problematiche

²² PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI MILANO, *Bilancio di responsabilità sociale 2017*, p. 85-86.

²³ *Ibidem*, p. 86.

²⁴ PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI MILANO, *Bilancio di responsabilità sociale 2013-14*, p. 41.

²⁵ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, p. 75.

²⁶ PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI MILANO, *Bilancio di responsabilità sociale 2013-14*, p. 41.

²⁷ PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI MILANO, *Bilancio di responsabilità sociale 2016*, p. 37. Nota infatti la Procura come la valutazione circa la presenza di utilità o vantaggio per l'ente riguardi "il merito della responsabilità che, qualora non venisse ritenuta, può e deve dare luogo all'archiviazione".

sollevate non possa che derivare da una più corretta e uniforme applicazione delle disposizioni del d.lgs. 231/2001 da parte dell'Autorità giudiziaria. Tuttavia non mancano le voci di chi, allargando lo sguardo verso altri ordinamenti europei e non, ipotizza che le criticità evidenziate possano essere in qualche modo contrastate tramite l'introduzione di sistemi di diversione processuale analoghi a quelli utilizzati nel sistema statunitense e del Regno Unito.

3.1.2. Ipotesi di soluzione mediante sistemi diversione processuale

In primo luogo si deve evidenziare che tali istituti sono caratterizzati da una maggiore elasticità e speditezza rispetto all'ordinario meccanismo di conclusione del processo a carico degli enti previsto dalla normativa italiana. Tali caratteristiche potrebbero senz'altro favorire l'autorità giudiziaria nel compito di scrutinare un numero maggiore di enti consentendo, al contempo, un risparmio di risorse pubbliche e tempo per via della più rapida fuoriuscita dell'ente dal procedimento²⁸.

Un'ulteriore considerazione a sostegno dell'intuizione che l'introduzione di un sistema di diversione processuale possa contrastare la crescente disapplicazione della disciplina sulla responsabilità degli enti attiene alle conseguenze che derivano dalla condanna penale per una persona giuridica, le quali, come si vedrà in maggiore dettaglio più avanti, spesso possono essere proprio ciò che induce l'Autorità giudiziaria ad un annullamento *de facto* della disciplina, specie in punto sanzionatorio. Vi sono infatti ripercussioni di ordine personale e sociale che accompagnano la condanna e che, lungi dal rimanere confinate all'ente condannato, sono destinate a riversarsi su altri *stakeholders* quali dipendenti, azionisti, investitori, risparmiatori e, più in generale, il mercato nel suo complesso²⁹. Da un lato è, infatti, ormai superata la risalente impostazione dottrinarica secondo la quale solo una persona fisica possa percepire e subire l'effetto stigmatizzante di una condanna³⁰: oggi le imprese considerano la propria immagine come un importante *asset*, tanto da investire spesso ingenti somme di denaro in campagne di promozione e di propaganda³¹. Dall'altro lato, è un tratto caratteristico della moderna criminalità economica – figlio a sua volta di un mutamento nella propensione al risparmio delle famiglie, più orientata che in passato verso il mercato delle azioni e delle obbligazioni – quello di ampliare lo spettro delle proprie vittime anche ai

²⁸ V. D'ACQUARONE, R. ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Rivista 231*, n. 2, 2018, p. 135.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Si veda sul punto J.C. COFFEE, *No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, in *Michigan Law Review*, 1981, Vol. 79, No. 3 (386-459). Sostiene infatti l'autore: "the stigmatization of a criminal conviction constitutes an additional and severe penalty for the white-collar defendant. But this loss of social status is a less significant consideration for the corporate entity" (p. 389)

³¹ C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, p. 43, Giuffrè Editore, 2002. Si veda anche B. FISSE, *Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions*, in *South Cal. Law Review*, 56, 1983, p. 1153.

lavoratori che perdono il proprio impiego e ai risparmiatori che avevano riposto fiducia nelle iniziative imprenditoriali³².

Tale fenomeno è stato altresì denominato “effetto Arthur Andersen”, in seguito al dissesto della società di revisione *Arthur Andersen LLP* che ha seguito la sua condanna per *obstruction of justice* avvenuta nel 2002³³. Non è un caso che proprio la vicenda giudiziaria collegata alla *Arthur Andersen LLP*, anche a causa dell'emersione delle molte voci critiche che evidenziarono come il trattamento riservato dal *Justice Department* alla società in questione fosse paragonabile ad una pena di morte per l'ente, segnò un'inversione di rotta che culminò con i nuovi *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* (c.d. *Thompson Memorandum*) del gennaio 2003, i quali per la prima volta ammisero la possibilità di applicare una *deferred prosecution* ad una società³⁴. L'applicazione di un istituto di diversione processuale, infatti, non prevedendo una formale condanna penale al momento della stipulazione del programma di *probation*, potrebbe scongiurare il verificarsi di tali conseguenze, pur subordinando l'estinzione dell'illecito per l'ente a condizioni stringenti e *lato sensu* “sanzionatorie”.

È stato inoltre notato come, nell'ottica di costruire un sistema di responsabilità che, più conforme alle peculiarità dell'impresa, possa presentare un maggior grado di applicazione concreta, l'introduzione di un sistema di diversione processuale conferirebbe maggiore importanza al criterio della colpa di reazione, rispetto a quello della colpa di organizzazione³⁵. Tale criterio di ascrizione della responsabilità, noto fra gli studiosi angloamericani con il termine di *reactive fault*, può essere definito come l'incapacità dell'ente di ideare e attuare adeguate misure di prevenzione o correzione in risposta alla commissione di un illecito imputabile, secondo i vari requisiti delle diverse discipline nazionali, all'ente stesso³⁶. Si sostiene che tale criterio di ascrizione della responsabilità sia maggiormente “tagliato su misura” per la criminalità d'impresa perché, soprattutto nella riflessione angloamericana, è ormai diffusa la “consapevolezza che per le società è empiricamente impossibile mappare adeguatamente tutti i processi aziendali a rischio-reato e introdurre misure

³² A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, 2010, p. 106.

³³ Si veda sul punto V. BRICKEY, *Andersen's Fall from Grace*, in *Washington University Law Quarterly*, 2003, p. 917-949. Si noti come a seguito dell'iniziale condanna, la società Arthur Andersen fu successivamente assolta dalla Corte Suprema per vizi delle istruzioni alla giuria. Tuttavia, nonostante l'esito giudiziario finale favorevole, la società non fu più in grado di tornare sul mercato, condotta al dissesto in seguito alle accuse ed alla prima condanna.

³⁴ D.M. UHLMANN, *Deferred prosecution and non-prosecution agreements and the erosion of corporate criminal liability*, in *Maryland Law Review*, 2013, vol. 72, p. 1311.

³⁵ V. D'ACQUARONE, R. ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Rivista 231*, n. 2, 2018, p. 137.

³⁶ B. FISSE, J. BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge University Press, 1993, p. 48. “Reactive corporate fault may be broadly defined as unreasonable corporate failure to devise and undertake satisfactory preventive or corrective measures in response to the commission of the actus reus of an offence by personnel acting on behalf of the organisation”.

organizzative idonee a ridurre tale rischio prima che si verifichino gli illeciti. [...] Di conseguenza, il *prosecutor*, qualora vengano commesse attività criminose in seno ad una società, dovrà guardare a quando è stato scoperto il problema, a quali misure siano state nel frattempo adottate per risolverlo, se ci sia stata cooperazione nelle indagini, se si sia proceduto ad un intervento di *'housecleaning'*³⁷. In definitiva, "il legislatore di *common law* ha intuito che la normazione statale procede a velocità più sostenuta rispetto all'auto-normazione aziendale, rallentata dalla necessità di uniformare i processi di produzione al ginepraio di norme cogenti e volontarie che ormai la assediano": esso ha, pertanto, "ricalibrato il sistema penale in modo tale che lo stesso guidi il soggetto collettivo verso la più opportuna correzione del difetto organizzativo piuttosto che limitarsi a castigarlo per l'illecito amministrativo verificato"³⁸. Alla luce di tali considerazioni emerge come l'utilizzo di meccanismi di diversione processuale per governare i fenomeni di criminalità d'impresa offrirebbe maggiori spunti per verificare il tenore della "reazione" tenuta dall'ente dopo la commissione dell'illecito. In presenza di una opportuna riorganizzazione e dell'adempimento di adeguate prescrizioni contenute nel *pre-trial diversion agreement* l'ente potrà ottenere l'estinzione dell'illecito senza andare incontro ad una formale condanna; qualora invece l'ente non risulti virtuoso neanche secondo il paradigma della *reactive fault*, il processo seguirà il suo normale iter fino a concludersi, in presenza dei relativi presupposti, con la condanna per il soggetto collettivo.

3.2. Inefficacia dell'incentivo all'adozione del modello *ante delictum*

Un ulteriore problema che nel corso degli anni di applicazione del d.lgs. 231/2001 si è mostrato nella sua radicalità attiene all'appetibilità, per gli enti soggetti alla disciplina *de qua*, della scelta di adottare il Modello di organizzazione e gestione *ante delictum*, al fine di potersi assicurare una esenzione da responsabilità in caso di accertamento della commissione di un illecito da parte di un soggetto apicale o sottoposto. Il problema è radicale proprio perché, come si può notare, riguarda la tenuta dell'"architave" su cui si regge l'intero sistema del d.lgs. 231/2001.

È noto, infatti, che la scelta del legislatore è stata nel senso di assegnare agli stessi enti soggetti alla disciplina in esame il ruolo principale nell'ambito della prevenzione degli illeciti. Il Decreto conferisce agli enti l'onere di dotarsi di un Modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire la commissione dei reati presupposto, incentivando tale sforzo di autoregolazione con la possibilità di una esclusione della responsabilità dell'ente (nel caso di adozione del Modello precedentemente alla commissione dell'illecito) o di un'attenuazione

³⁷ V. D'ACQUARONE, R. ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Rivista 231*, n. 2, 2018, p. 137. Si veda sul punto anche M.J. WHITE, Intervista, in *Corporate Crime Reporter*, vol. 19, 12 dicembre 2005.

³⁸ V. D'ACQUARONE, R. ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Rivista 231*, n. 2, 2018, p. 139.

della risposta sanzionatoria (qualora l'attivazione dell'ente per la predisposizione del Modello si verifichi dopo la commissione dell'illecito). Risulta quindi che, nell'ottica del legislatore, il successo della disciplina contenuta nel Decreto, e in special modo la sua efficacia preventiva, deriverebbe in primo luogo non tanto dalla sua applicazione concreta nelle aule di Tribunale, quanto semplicemente dal suo essere in vigore³⁹. "Va però osservato che in tanto la finalità preventiva può funzionare in quanto – nel caso di specie – il deterrente costituisca una reale minaccia e, contemporaneamente, l'impegno richiesto all'impresa e che dovrebbe escluderne un coinvolgimento abbia il potenziale per raggiungere l'effetto sperato"⁴⁰. È proprio in quest'ultimo aspetto che si annida la problematica in esame, in grado di minare alla base l'intera coerenza e funzionalità del "sistema 231"⁴¹.

Quella in esame è in primo luogo una problematica di certezza del diritto la quale, di riflesso, si riverbera anche nell'esaurimento della spinta preventiva che dovrebbe caratterizzare l'intera architettura del d.lgs. 231/2001. Infatti, a partire da uno scarso dato legislativo che fornisce poche indicazioni agli enti relativamente a come redigere un modello che possa fungere da elemento esimente, si è generata grande incertezza riguardo al significato di tasselli cruciali dell'impianto delineato dal Decreto quali "l'idoneità preventiva" del modello, la sua "efficace attuazione" e la sua "elusione fraudolenta". L'interpretazione che emerge da un quadro giurisprudenziale molto particolare ha generato, poi, una diffusa prassi secondo cui i modelli vengono adottati successivamente alla commissione del reato, in un'ottica di attenuazione delle sanzioni applicabili piuttosto che in chiave esimente, con un conseguente venir meno dell'efficacia propriamente preventiva che il Decreto affidava alla scelta degli enti di conformarsi *ex ante* alle sue prescrizioni.

3.2.1. Un problema di certezza del diritto

Se la scelta di puntare sul coinvolgimento dell'ente nella sfida di prevenire la commissione di reati rimane condivisa fra i commentatori, altrettanto unanime è la voce nel notare come uno sforzo di maggiore precisione e chiarezza sia richiesto al legislatore⁴². Concentrando l'indagine sull'ipotesi di reato

³⁹ Si veda R.A. RUGGIERO, *Cracking Down on Corporate Crime in Italy*, 15 *Washington University Global Studies Law Review*, 2016, p. 445.

⁴⁰ G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista 231*, n. 4, 2016, p. 5.

⁴¹ Si veda sul punto S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, p. 49-114.

⁴² Cfr. P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 73-85. S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, p. 49-114. G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista 231*, n. 4, 2016, p. 3-19. V. MANES, A.F. TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a

presupposto commesso da soggetto apicale – ma con considerazioni vavevoli anche per l'ipotesi di reato presupposto commesso da soggetto sottoposto – il riconoscimento dell'effetto di esenzione dell'ente da responsabilità è subordinato ad una valutazione giudiziale di "adeguatezza"⁴³ del Modello, i cui parametri sono contenuti nel dispositivo dell'art. 6 del d.lgs. 231/2001.

Enucleando le diverse indicazioni legislative, emerge che il modello di organizzazione e gestione debba essere idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi e debba essere stato adottato ed efficacemente attuato da parte dell'organo dirigente (art. 6, co. 1, lett. a); successivamente, è previsto che un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo abbia il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello, nonché di curarne l'aggiornamento (art. 6, co. 1, lett. b); infine, è necessario che la commissione del reato sia stata resa possibile grazie ad una elusione fraudolenta del modello stesso (art. 6, co. 1, lett. c). Il secondo comma dell'art. 6 specifica poi ulteriormente le caratteristiche che il Modello, al fine di superare tale giudizio di adeguatezza, dovrà possedere. Esso dovrà individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati (lett. a); prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire (lett. b); individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati (lett. c); prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli (lett. d); introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello (lett. e). Inoltre, in seguito all'introduzione della nuova disciplina in materia di *whistleblowing*⁴⁴, il co. 2-bis prescrive che il Modello contenga canali per permettere la segnalazione di condotte illecite (lett. a, b), il divieto di atti di ritorsione o discriminazione nei confronti del segnalante (lett. c) e sanzioni nei confronti di chi viola le misure a tutela del segnalante o di chi con dolo o colpa grave effettui segnalazioni infondate (lett. d).

Sebbene sia, quindi, innegabile che il legislatore si sia dedicato a fornire elementi guida per la predisposizione di un Modello idoneo a superare il

cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 137-174. M. COLACURCI, *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 2/2016, p. 66-79. V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3, 2011, p. 69-100.

⁴³ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, p. 49-114. "Tale locuzione, che non si ritrova nel testo normativo e che talora, ma non univocamente, ricorre invece in dottrina, è qui utilizzata per designare l'integralità delle condizioni in presenza delle quali può darsi luogo ad un giudizio positivo, richiesto dalla legge e rimesso al giudice penale, di 'validazione' del modello di organizzazione, suscettibile di condurre all'esenzione o attenuazione della responsabilità dell'ente, e più in generale al contenimento delle conseguenze avverse suscettibili di derivare all'ente sul terreno penalistico" (p. 59).

⁴⁴ Legge 30 novembre 2017, n. 179 (GU Serie Generale n. 291 del 14-12-2017).

giudizio di adeguatezza, emerge all'analisi come tali elementi siano minimi e formulati in modo generico, "del tutto insuscettibil[i] di fornire una guida nella redazione concreta del modello per il singolo ente"⁴⁵. Conseguenza naturale ma al tempo stesso estremamente problematica è, perciò, che tali vaghe linee guida lascino a loro volta anche il giudice "sfornito di parametri minimamente affidabili"⁴⁶ che possano sostenere il suo giudizio di adeguatezza. Il compito di fornire una guida il più precisa possibile agli enti per la redazione del Modello, e ai giudici per la valutazione della loro adeguatezza, è stato di fatto lasciato ricadere sulle Associazioni di categoria. Queste ultime, ai sensi del Decreto, possono redigere codici di comportamento sulla cui base gli enti da esse rappresentati possano adottare i propri modelli, previa comunicazione dei predetti codici di comportamento al Ministero della giustizia che, di concerto con gli altri Ministeri competenti, può formulare pareri sulla idoneità a prevenire i reati⁴⁷. È evidente però come tale soluzione non offra sufficienti garanzie in termini di certezza del diritto e della sua applicazione, atteso che le indicazioni delle associazioni di categoria, "per quanto sempre più meditate ed accurate, non sono in grado di vincolare il giudice e, per l'appunto, idonee ad assicurare la necessaria uniformità nell'applicazione giurisprudenziale"⁴⁸.

La situazione descritta è in qualche modo fisiologica, figlia della particolare forma di criminalità che si cerca di disciplinare e delle "incalcolabili variabili necessarie ai fini della prevenzione dei reati all'interno di strutture complesse", che rendono evidente "l'estrema difficoltà di prefigurare sul piano legislativo il contenuto del modello organizzativo"⁴⁹. È, inoltre, innegabile che uno spazio di discrezionalità in capo al giudice residuerà sempre ove egli sia chiamato ad effettuare una valutazione di qualche tipo. Tali considerazioni, tuttavia, non possono valere a placare quelle voci critiche che evidenziano come eccessiva sia la discrezionalità di cui gode il giudice nella valutazione di idoneità del modello, quasi come se fosse investito di una vera e propria "auctoritas nomotéta"⁵⁰, muovendosi all'interno di indicazioni legislative eccessivamente scarse. Tali considerazioni destano infatti allarme circa la tenuta del principio di legalità e dei suoi corollari – primo fra tutti quello della tassatività – nell'ambito della responsabilità da reato degli enti, stante la sua natura ormai indisputata⁵¹

⁴⁵ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, p. 66.

⁴⁶ F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le società*, vol. 29, fasc. 10, 2010, p. 1248.

⁴⁷ D.lgs. 231/2001, art. 6, co. 3.

⁴⁸ P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 74.

⁴⁹ V. MANES, A.F. TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 139.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Si veda sul punto E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, quarta edizione, Zanichelli, 2016, secondo cui la responsabilità di cui al d.lgs. 231/2001

di materia (almeno) sostanzialmente penalistica. È infatti proprio il principio di tassatività o determinatezza della legge penale che, rivolgendosi alla tecnica di formulazione delle fattispecie criminose, riveste il ruolo di essenziale baluardo per i cittadini contro eventuali abusi del potere giudiziario⁵².

Davanti ai vaghi contorni che il d.lgs. 231/2001 fornisce circa la predisposizione di un modello adeguato per l'ente, la dottrina si è profusa nello sforzo di riempire di contenuto più circostanziato tali prescrizioni.

3.2.2.L' idoneità preventiva del modello

L'operazione ermeneutica dei commentatori si è in primo luogo concentrata sul concetto di "idoneità preventiva" del Modello. Su questo punto occorre subito chiarire come tale idoneità preventiva non può sicuramente significare idoneità ad annullare totalmente la possibilità che un qualsivoglia reato presupposto sia compiuto. Tale concezione sarebbe infatti contraddetta dalla stessa struttura del Decreto, dal momento che la verifica giudiziale dell'idoneità del modello ha luogo proprio in presenza della commissione di un illecito: tale verifica giudiziale non avrebbe senso di esistere se il suo esito dovesse essere necessariamente negativo per il sol fatto che un reato sia stato commesso. Per dare invece un significato al concetto di "idoneità preventiva" del modello che sia coerente con la disciplina in esame occorre porsi nell'ottica della configurazione dell'agire delle società come "ambito di rischio consentito o permesso"⁵³. Tale concetto indica quell'ambito di attività che, benché pericoloso, è ammesso che possa essere esercitato, previa adozione di determinate condotte cautelari che possano limitare l'intrinseca e socialmente accettata pericolosità⁵⁴. Il Modello organizzativo, adeguatamente predisposto, è una di queste condotte cautelari che, nell'ambito della disciplina delle attività economiche degli enti collettivi, si chiede siano adottate. Di conseguenza, il giudice dovrà effettuare – *ex post* – un giudizio positivo circa l'idoneità

costituisce un *tertium genus* che, seppur definito equivocamente come «amministrativo» dal dettato legislativo, non può essere assimilato alla responsabilità prettamente amministrativa di cui alla l. 689/1981 (p. 53); G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli Editore, settima edizione, 2014, secondo cui il legislatore ha voluto formalmente definire «amministrativa» una responsabilità che, nella sostanza assume un volto penalistico (o parapenalistico) (p. 175); O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè Editore, 2005, secondo cui, anche in conformità alle posizioni espresse dalla giurisprudenza europea dei diritti dell'uomo, si può qualificare tale forma di responsabilità come «sanzionatoria», categoria che comporta comunque un riferimento al sistema costituzionale dei principi in materia penale (p. 16) Per le opinioni espresse in giurisprudenza si veda Cass. pen., sez. II, sent. n. 3615/2006, in cui la Suprema Corte ritiene che, ad onta del "nomen iuris", la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale forse sottaciuta per non sollevare delicati conflitti con i dogmi penalistici dell'imputazione criminale.

⁵² Si veda, per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli Editore, settima edizione, 2014, p. 85.

⁵³ G. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 2012, p. 1277.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 1278.

preventiva del modello “tutte le volte in cui l’evento dannoso prodottosi possa dirsi realizzazione di tale rischio consentito e non già di un rischio, (inaccettabile e non accettato dall’ordinamento), che sia stato ‘accresciuto’ *oltre* il consentito a causa della mancata o insufficiente adozione delle cautele preventive la cui disponibilità *ex ante* è stata alla base della definizione di una tale area di azione ‘libera’”⁵⁵.

In aggiunta a tale considerazione di coerenza del sistema delineato dal d.lgs. 231/2001 – e in qualche modo alla base di essa – sta anche una considerazione pragmatica che fa propendere per l’interpretazione del concetto di “idoneità preventiva” del modello nel senso *supra* descritto. Concepire il Modello organizzativo dell’ente come astrattamente in grado di annullare la possibilità di commissione di un reato, e ritenere che esso vada ritenuto idoneo dal giudice solo in quanto abbia adempiuto tale obiettivo, non solo è contraddittorio rispetto al d.lgs. 231/2001, ma è, più radicalmente, irrealistico. A maggior ragione, dunque, il modello va concepito in termini di “limitazione delle condotte criminose possibili all’interno dell’attività d’impresa” e non alla stregua di una “barriera capace di neutralizzare in assoluto tale eventualità”⁵⁶. Se dunque in questo campo il rischio zero non esiste, sarebbe metodologicamente scorretto per il giudice far discendere dalla constatazione *ex post* della commissione di un reato, la prova o l’indizio che il modello adottato dall’ente non fosse adeguato⁵⁷. Si deve, dunque, concludere che “la costruzione e definizione di un ‘rischio consentito organizzativo’ rilevante ai fini della responsabilità *ex d.lgs. n. 231/2001*, richieda l’inquadramento dei problemi di prevenzione degli illeciti in un ampio spettro interdisciplinare”⁵⁸ che tenga conto dei più accreditati saperi aziendalistici e informatici, delle tecniche di programmazione e controllo, nonché delle conoscenze empirico-criminologiche relative ai singoli rischi che si vogliono limitare attraverso regole cautelari⁵⁹. È su questa complessa base che il giudice è chiamato a sviluppare il giudizio di idoneità preventiva del modello.

3.2.3.L’efficace attuazione del modello

Come *supra* indicato, il modello deve inoltre essere “efficacemente attuato” da parte dell’ente. Questa indicazione è volta a negare qualsivoglia efficacia esimente ad un modello adottato solo formalmente ma che non rispecchi un’effettiva conformazione ad esso da parte della società. Tale attenzione da parte del legislatore ad evitare una troppo facile “scappatoia” al fine di andare esenti da responsabilità è senz’altro comprensibile, ma al tempo stesso introduce “un elemento valutativo (ulteriormente incerto) in sede di

⁵⁵ *Ibidem*, p. 1278.

⁵⁶ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, 2010, p. 225.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ G. FORTI, *Uno sguardo ai “piani nobili” del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 2012, p. 1285.

⁵⁹ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lg. n. 231/2001) (parte II)*, in *Cass. Pen.*, fasc. 2, 2013, p. 861.

apprezzamento ad opera del giudicante”⁶⁰. Sul punto, per vero, sono presenti indicazioni legislative idonee a circostanziare e definire in che modo tale efficace attuazione del modello deve avvenire. È disposto, infatti, che l’efficace attuazione del modello preveda una verifica periodica dello stesso, al fine apporvi modifiche qualora siano scoperte significative violazioni delle prescrizioni o qualora si verificano mutamenti nell’organizzazione o nell’attività dell’ente⁶¹, oltre che un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure previste nel modello⁶². La peculiarità della disciplina riportata è che essa, però, si riferisce solamente all’ipotesi di reato commesso da soggetti c.d. subordinati⁶³, facendo permanere un disallineamento fra i criteri valutativi per la responsabilità nel caso di reato commesso da soggetti apicali e nel caso di reato commesso da soggetti subordinati che, secondo autorevole dottrina, andrebbe abbandonato in favore di un unico regime per entrambe le categorie di soggetti⁶⁴.

3.2.4.L’elusione fraudolenta del modello

Infine, un ultimo elemento assai problematico su cui lo sforzo degli interpreti si è concentrato è quello della “elusione fraudolenta” del modello, necessaria affinché, nonostante la commissione di un illecito da parte di un soggetto apicale, l’ente che si era dotato del modello possa comunque contare sulla sua efficacia esimente. Valorizzando il dato letterale, l’inciso in esame sembra richiedere una violazione del modello “qualificata” da un comportamento di tipo ingannatorio⁶⁵: di conseguenza, si richiede sostanzialmente che il modello sia “di un tale livello qualitativo, nel suo contenuto e nella sua attuazione, da poter essere eluso solo con la fraudolenza”, che giunge a “segnare il livello di *standard qualitativo* necessario per far beneficiare l’ente dell’effetto esonerante”⁶⁶. Emerge quindi con chiarezza come il requisito in esame sia strettamente connesso a quello,

⁶⁰ S. MANACORDA, *L’idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, p. 68.

⁶¹ D.lgs. 231/2001, art. 7, co. 4, lett. a).

⁶² D.lgs. 231/2001, art. 7, co. 4, lett. b).

⁶³ Cfr. D.lgs. 231/2001, art. 5, co. 1, lett. b): “persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)”.

⁶⁴ S. MANACORDA, *L’idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, p. 68. Sul punto si veda anche G. FORTI, *Uno sguardo ai “piani nobili” del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 2012, p. 1265. Secondo l’autore infatti la “soppressione dell’odierna differenziazione della responsabilità dell’ente secondo il ruolo aziendale svolto dall’autore del reato” sarebbe opportuna anche per coerenza con il ragionevole permanere dell’art. 8, e cioè della possibilità di procedere contro l’ente anche in presenza di una mancata identificazione dell’autore singolo del reato, che però – stante l’attuale disciplina – potrebbe impedire al giudice di stabilire i criteri soggettivi di attribuzione della responsabilità.

⁶⁵ V. MANES, A.F. TRIPODI, *L’idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 157.

⁶⁶ *Ibidem*.

precedentemente analizzato, della “idoneità preventiva”. Infatti, “[i]l giudizio di adeguatezza preventiva, calibrato sul reato posto in essere, è presupposto per l’attivazione dell’accertamento dell’elusione fraudolenta, ma al contempo la verifica della sussistenza dell’elusione fraudolenta, quale passaggio causale rispetto al reato commesso, serve da *controprova* per l’avvenuto giudizio di adeguatezza preventiva della regola violata”⁶⁷. Ricostruito in tal modo il significato di “elusione fraudolenta”, attenta dottrina non ha mancato di notare come, a ben vedere, l’ipotesi di un sistema di regole cautelari suscettibile di essere violato e aggirato mediante frode è di gran lunga più plausibile nel caso in cui il soggetto agente sia un sottoposto rispetto al caso in cui ad agire sia un soggetto che, situandosi in posizione apicale all’interno della struttura dell’ente, “vanti il più delle volte una posizione terminale nel processo decisionale scandito dalla procedura preventiva”⁶⁸. L’ente si troverebbe dunque a dover fornire una prova estremamente complessa al fine di andare esente da responsabilità, con il concreto pericolo, manifestato in dottrina, di una vera e propria “paralisi” del sistema⁶⁹. Anche al fine di superare questa *impasse* è stata proposta una alternativa ermeneutica del sintagma in esame che valorizzi la fraudolenza dell’elusione in senso soggettivo, depurandola del riferimento alla dinamica dell’inganno, per ridurla a pura intenzionalità nella violazione del modello⁷⁰. Una tale interpretazione senza dubbio garantisce una concreta operatività del meccanismo esimente, non costringendo l’ente a fornire una prova eccessivamente gravosa, ma corre al tempo stesso l’opposto rischio di “legittimare interpretazioni abrogatrici” del dettato legislativo “allo scopo di riconoscerli uno spazio operativo”⁷¹.

Tale essendo lo scenario interpretativo degli elementi costitutivi della responsabilità dell’ente, che si rivela quindi consolidato per alcuni aspetti e tuttora oggetto di dibattito per altri, uno sguardo all’applicazione giurisprudenziale delle categorie esaminate non fa che sottolineare come profonde siano le problematiche operative e di sistema che caratterizzano l’impianto 231.

⁶⁷ A.F. TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, CEDAM, 2013, p. 46.

⁶⁸ V. MANES, A.F. TRIPODI, *L’idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 158-159.

⁶⁹ A.F. TRIPODI, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, CEDAM, 2013, p. 77.

⁷⁰ *Ibidem*. Si veda anche C.E. PALIERO, *Responsabilità dell’ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione «lassista» o interpretazione costituzionalmente orientata?*, in *Le società*, vol. 29, fasc. 4, 2010, p. 481. L’autore nota, tra l’altro, come l’interpretazione del termine “fraudolentemente” in senso soggettivo come dolo dell’agente non è ignota alla giurisprudenza, avendo caratterizzato talune interpretazioni del medesimo avverbio contenuto nella formulazione dell’art. 2621 c.c. (“False comunicazioni sociali”) precedente alla prima delle varie modifiche, avvenuta ad opera del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61.

⁷¹ *Ibidem*.

3.2.5. Il panorama giurisprudenziale in materia di efficacia esimente del modello

Ad una prima analisi del panorama giurisprudenziale emerge uno scenario in cui ad oggi non risulta essere stata pubblicata ancora una pronuncia definitiva che riconosca l'esenzione dell'ente da responsabilità per aver adottato ed attuato un modello idoneo a prevenire i reati della specie di quello commesso e suscettibile di reggere ad abusi da parte dei vertici aziendali che non raggiungano il tenore dell'elusione fraudolenta⁷². Si potrebbe quindi concludere che, a più di tre lustri dall'introduzione del d.lgs. 231/2001, il meccanismo esimente da esso previsto come tratto essenziale della disciplina, sia "rimasto sostanzialmente inapplicato"⁷³. Due sentenze di merito⁷⁴, in particolare, relative alla "vicenda Impregilo", avevano disposto l'assoluzione dell'ente, ma tale conclusione dei giudici di merito è stata poi ribaltata dalla pronuncia della Corte di Cassazione⁷⁵, investita del giudizio di legittimità.

I fatti contestati, in estrema sintesi, erano la diffusione a mezzo stampa, da parte del presidente del Consiglio di amministrazione e dell'amministratore delegato di Impregilo S.p.A., di false notizie relative ad alcuni indici di bilancio della società e di sue controllate.

Il giudice di primo grado aveva innanzitutto notato come la società si fosse da subito dotata di un modello organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/2001. Tale modello era stato poi ritenuto idoneo sulla base del fatto che esso, oltre a predisporre misure preventive specifiche relative ai reati societari, fra cui era compresa la fattispecie di agiotaggio, era stato predisposto in conformità alle linee guida emanate da Confindustria nonché al codice etico suggerito da Borsa Italiana S.p.A.⁷⁶. Il giudice milanese aveva poi sottolineato come tale modello, idoneo a prevenire la commissione del reato successivamente verificatosi, fosse stato fraudolentemente eluso dai vertici societari poiché essi "avevano fornito informazioni alla stampa seguendo un iter anomalo" rispetto a quello formalizzato all'interno del modello⁷⁷.

Il giudice di seconde cure, confermando la sentenza del Tribunale di primo grado, nel valutare l'idoneità di tale modello correttamente aveva notato che essa "non deve e non può essere rapportata semplicemente al fatto che, se [il modello] fosse stato osservato, allora il reato non si sarebbe verificato"; al

⁷² S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, p. 71.

⁷³ M. MANTOVANI, *Il d.lgs. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell'impresa*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 126.

⁷⁴ Trib. Milano, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, dott. Manzi, 17 novembre 2009; Corte di Appello di Milano, sent. 21 marzo 2012, n. 1824.

⁷⁵ Cass. pen., sez. V, sent. 18 dicembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4677.

⁷⁶ Trib. Milano, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, dott. Manzi, 17 novembre 2009, p. 7, 8.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 22.

contrario, “occorre verificare la causa della elusione che ha agevolato la consumazione dei reati”⁷⁸. La conclusione a cui era pervenuto il giudice di appello era, infine, che il modello organizzativo di Impregilo S.p.A. fosse idoneo, valido ed in sé efficace e che esso fosse stato poi fraudolentemente eluso dai vertici della società in quanto vi era stata “manipolazione dei dati forniti dagli uffici competenti della società e tale comportamento non [poteva] non qualificarsi come frode ai danni di altri protagonisti della procedura prevista dal modello organizzativo”⁷⁹. Di conseguenza il meccanismo esimente previsto dal d.lgs. 231/2001 doveva operare e la società Impregilo andare esente da responsabilità.

Come anticipato, la Suprema Corte ha poi ribaltato l’esito della sentenza di appello, concentrandosi proprio sul concetto di “elusione fraudolenta”. Il giudice di legittimità ha infatti precisato che essa “non può consistere nella mera violazione delle prescrizioni contenute nel modello”: affinché si possa parlare di elusione fraudolenta è invece necessaria “una condotta di ‘aggiramento’ di una norma imperativa, non [...] una semplice e ‘frontale’ violazione della stessa”⁸⁰. Detto altrimenti, la sentenza di appello viene censurata poiché ravvisava l’elusione fraudolenta “nella semplice alterazione/sostituzione dei contenuti della bozza elaborata dagli organi interni di Impregilo”, mentre la Cassazione conclude che tale condotta integra solamente la categoria dell’abuso (cioè dell’uso distorto di un potere) e non quella dell’inganno (vale a dire di una condotta fraudolenta)⁸¹.

Nelle argomentazioni dei giudici lungo i vari gradi di giudizio si riflette l’eco delle varie interpretazioni proposte in dottrina circa l’interpretazione dell’elusione fraudolenta. In particolare, se l’argomentare dei giudici di merito sembra avvicinarsi alla concezione “soggettiva” dell’elusione fraudolenta, la Corte di Cassazione con autorevolezza sembra rimarcare come l’interpretazione da preferire sia quella in senso “oggettivo”, seppure, come già notato, “si tratta di un’interpretazione che di fatto sostanzialmente riduce la portata dell’esimente connessa ai modelli organizzativi, dal momento che [...] attribuisce in capo all’azienda l’onere di provare l’elusione fraudolenta del modello (e non un semplice abuso dello stesso)”⁸².

Il quadro giurisprudenziale appena delineato va, per vero, sfumato con alcune necessarie considerazioni. In primo luogo, sebbene non si rinvercano al momento pronunce definitive nel senso di assoluzione dell’ente, esistono diverse decisioni, perlopiù inerenti alla fase cautelare, che affermano l’idoneità del modello a prevenire la commissione di reati della stessa specie di quello

⁷⁸ Corte di Appello di Milano, sent. 21 marzo 2012, n. 1824, p. 15, 16.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 18.

⁸⁰ Cass. pen., sez. V, sent. 18 dicembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4677, p. 7, 8.

⁸¹ *Ibidem*, p. 8.

⁸² M. MANTOVANI, *Il d.lgs. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell’impresa*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 128, 129.

verificatosi⁸³. Da ultimo è dato rinvenire anche alcune pronunce di merito che si risolvono in senso favorevole all'ente⁸⁴, con il riconoscimento dell'adozione e attuazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire la commissione di reati. Peraltro, bisogna notare come tali sentenze, entrambe in materia di infortuni ed incidenti sul lavoro, siano caratterizzate da una valutazione di adeguatezza del modello condotta *ad abundantiam*, essendo la responsabilità dell'ente esclusa in principio, in un caso "perché l'illecito amministrativo contestato non sussiste"⁸⁵, e nell'altro caso per la mancanza dei requisiti di cui all'art. 5 del d.lgs. 231/2001⁸⁶. Tuttavia, è innegabile come nelle pronunce in questione i giudici si soffermino a valutare l'adeguatezza del modello attuato dagli enti imputati, e concludano a tale riguardo in senso positivo.

In secondo luogo, anche altri aspetti di sistema vanno tenuti in considerazione nel dare un giudizio sull'applicazione giurisprudenziale del d.lgs. 231/2001. Anzitutto, come *supra* evidenziato, l'imputazione degli illeciti agli enti non è affatto sistematica: appare, invece, nella prassi un'attenuazione del principio di obbligatorietà in favore di una più diffusa discrezionalità nell'esercizio dell'azione nei confronti degli enti⁸⁷. Si potrebbe quindi ragionevolmente ipotizzare – pur in assenza di precisi riscontri in questo senso – che i PM possano rinunciare all'azione nei confronti dell'ente (o procedere, più rigorosamente, ad archiviazione) anche in forza di una valutazione di adeguatezza del modello effettuata nel corso delle indagini preliminari⁸⁸. È questo, ad esempio, ciò che è accaduto di recente nell'ambito di un'inchiesta nei confronti di Finmeccanica S.p.A. e delle controllate AugustaWestland Italia e UK⁸⁹, in cui la Procura della Repubblica di Busto Arsizio ha emanato un decreto di archiviazione motivato con la considerazione che "«*Finmeccanica s.p.a. aveva [...] adottato e concretamente attuato un Modello di organizzazione e gestione astrattamente idoneo alla prevenzione di reati del tipo di quelli oggetto*

⁸³ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, p. 74.

⁸⁴ Trib. Milano, sez. VI, sent. 26 giugno 2014, n. 7017. Trib. Catania, sez. IV, sent. 14 aprile 2016, n. 2133.

⁸⁵ Trib. Milano, sez. VI, sent. 26 giugno 2014, n. 7017. Nota infatti il giudice che la dimostrazione che i soggetti apicali della società o comunque i soggetti ad essi sottoposti abbiano commesso il reato presupposto nell'interesse o vantaggio della società sia assolutamente necessaria perché possa configurarsi il reato. Il Tribunale, tuttavia, non rileva prove idonee a supportare tale accusa indicata nel capo di imputazione (p. 13).

⁸⁶ Trib. Catania, sez. IV, sent. 14 aprile 2016, n. 2133. In particolare, il giudice motiva l'insussistenza del requisito di cui all'art. 5, d.lgs. 231/2001 rilevando che le strutture cui sono preposti capi-reparto e capi-tronco sono di natura e consistenza meramente operativa, non dotate di autonomi poteri funzionali, gestionali e di spesa. Ciò escluderebbe la configurabilità nel caso in esame di un reato commesso da un tecnico della manutenzione sottoposto alla vigilanza e direzione del capo-tronco. Inoltre, dubbia è la ricorrenza del requisito dell'interesse o vantaggio per l'ente, posta l'estemporaneità della condotta e le motivazioni strettamente private della stessa (p. 9).

⁸⁷ Cfr. nota a piè di pagina n. 25.

⁸⁸ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, p. 75.

⁸⁹ Proc. Rep. Busto Arsizio, 25 luglio 2014, Decr. Arch. n. 5596 (non pubblicato).

di contestazione, peraltro costantemente aggiornato, [...] da cui risulta l'attenzione che la Società ha rivolto e rivolge agli aspetti di compliance al fine di garantire adeguati standard di correttezza ed eticità»⁹⁰.

Tali considerazioni, pur riducendone forse la portata, non smentiscono però la “diagnosi tendenzialmente negativa in ordine alla validazione ‘massimale’ del modello in sede penale”⁹¹.

3.2.6.L'attenuazione dell'incentivo all'adozione del modello ante delictum e dell'efficacia preventiva della disciplina

Alla luce delle conclusioni cui si è pervenuti, secondo autorevoli commentatori prende piede il sospetto che il complesso sistema di norme contenuto nel d.lgs. 231/2001, il quale in una dimensione di dialogo fra diritto penale e mondo dell'impresa affidava agli stessi enti oggetto della disciplina un compito attivo nella prevenzione della criminalità economica, alla prova dei fatti “possieda solo la componente intimidatoria, di minaccia, di *deterrence*”⁹². Come *supra* detto, la spinta preventiva del Decreto può funzionare solo in quanto l'impegno richiesto all'ente al fine di attivare il meccanismo che possa tenerlo indenne da responsabilità abbia una concreta suscettibilità di produrre i suoi effetti. L'analisi del dato giurisprudenziale, unico banco di prova che possa dare convincenti indicazioni ai soggetti dell'ordinamento sul concreto funzionamento di un istituto giuridico, sembra indicare l'esatto opposto: pur dotandosi gli enti di un modello organizzativo ai sensi del Decreto, sostanzialmente mai questi ultimi si sono visti riconoscere l'efficacia esimente sperata.

Tale considerazione va approfondita avendo a mente il contesto socio-economico italiano, caratterizzato per una nettissima prevalenza delle c.d. piccole e medie imprese. La stragrande maggioranza delle imprese italiane ha, infatti, meno di cinquanta dipendenti ed è caratterizzata da una sovrapposizione fra proprietà e controllo⁹³. Considerando poi l'estrema complessità della redazione dei modelli organizzativi, per le competenze multidisciplinari che richiede e per il grande e costante ampliamento della categoria dei reati

⁹⁰ A. DE NICOLA, *L'organismo di vigilanza 231 nelle società di capitali*, Giappichelli, 2015, p. 23.

⁹¹ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, p. 76.

⁹² V. MANES, A.F. TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 147.

⁹³ F. CENTONZE, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 89. Cfr. sul punto G. SAPELLI, *Elogio della piccola impresa*, Il Mulino, 2013. L'autore, a partire da un'elaborazione su dati ISTAT, nota che “[n]ell'arco di tempo tra il 1971 e il 2001 le micro imprese (1-9 addetti) e le piccole imprese (10-49 addetti) hanno rappresentato rispettivamente circa il 94 e il 5% del totale di tutte le imprese italiane, mentre la media e la grande impresa insieme non sono arrivate a costituire in nessuna occasione neppure l'1% del totale” (p. 23).

presupposto da prevenire, risulta che “l’applicazione del d.lgs. n. 231/2001 alla realtà italiana della PMI genera a carico dell’impresa importanti costi per la *compliance* senza un reale beneficio in chiave preventiva”⁹⁴.

Un altro dato conferma quanto frustrata sia rimasta la *ratio* di fondo del d.lgs. 231/2001: nella prassi si assiste ad un ricorso sempre crescente ai modelli c.d. *post-factum*. Tale adozione del modello “a cose fatte” permette infatti di ottenere la non applicazione di sanzioni interdittive⁹⁵ o la riduzione, da un terzo alla metà, delle sanzioni pecuniarie⁹⁶, e proprio per questo risulta essere la strategia in prevalenza applicata dalle imprese italiane che, in ottica di contenimento delle spese relative alla *compliance*, le rinviano al momento – solo eventuale – dell’apertura di un procedimento penale⁹⁷.

3.2.7. Ipotesi di soluzione mediante sistemi di diversione processuale

Il problema tratteggiato è estremamente complesso e sfaccettato: risulterebbe quindi irrealistica la pretesa di risolverlo in ogni suo aspetto mediante l’introduzione di un istituto come la diversione processuale. Anzitutto, infatti, il problema in esame è, come detto, un problema di certezza del diritto e di precisione e tassatività del dettato legislativo. Di conseguenza è chiaro che la risposta a queste problematiche non può che passare per un maggiore sforzo del legislatore nel senso di “individuare, in sede di estensione agli enti della responsabilità per specifici reati commessi nel suo interesse o vantaggio, i relativi elementi caratterizzanti ed i corretti presidi procedurali, di attuazione e controllo che possano fungere da guida per le società in sede di aggiornamento dei modelli”⁹⁸. Un esempio virtuoso in questo senso è rappresentato dal settore della sicurezza sul lavoro, in cui è il Testo Unico⁹⁹ in materia ad elencare in modo dettagliato le componenti di un modello efficace per la prevenzione di infortuni sul lavoro¹⁰⁰.

Un’altra ipotesi che è stata formulata al fine di risolvere le problematiche relative all’effettiva efficacia esimente dei modelli organizzativi è quella di introdurre un meccanismo di “certificazione” preventiva di questi ultimi, che conferisca certezza nell’operatività del meccanismo di esenzione dalla responsabilità, sempre che il modello concretamente attuato corrisponda a

⁹⁴ *Ibidem*, p. 93.

⁹⁵ D.lgs. 231/2001, art. 17.

⁹⁶ D.lgs. 231/2001, art. 12.

⁹⁷ S. MANACORDA, *L’idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, p. 63.

⁹⁸ P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 75.

⁹⁹ Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (GU Serie Generale n. 101 del 30-04-2008 – Suppl. Ordinario n. 108), art. 30.

¹⁰⁰ P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 75.

quello oggetto di certificazione e non siano sopravvenute significative violazioni delle sue prescrizioni¹⁰¹. Tale proposta è senz'altro interessante ma potrebbe non avere i riscontri pratici sperati: essa infatti aggiungerebbe ulteriori oneri finanziari sulle spalle delle piccole e medie imprese italiane per ottenere la certificazione dei modelli da esse predisposti, lasciando però – in una “vera e propria eterogenesi dei fini”¹⁰² della proposta di legge – impregiudicata la ampia discrezionalità del giudice riguardo l'accertamento dell'efficace attuazione del modello¹⁰³.

Una soluzione di diverso tipo potrebbe trovarsi nell'introduzione nell'impianto del d.lgs. 231/2001 di un istituto di diversione processuale. Senza la pretesa che questa proposta possa rispondere a tutte le criticità emerse e strettamente interconnesse, tale istituto potrebbe risultare di grande utilità nell'ottica di rivitalizzare la spinta preventiva del Decreto affidata al contegno attivo e virtuoso degli enti, “rispondendo così all'esigenza di potenziare uno strumento processuale che oggi garantisce soltanto un effetto attenuante all'ente e di fornire un appetibile incentivo a quest'ultimo alla realizzazione di un vero processo di revisione dei propri *standard operativi*”¹⁰⁴.

Infatti, se accuratamente congegnato, un sistema di diversione processuale potrebbe sortire l'effetto di incoraggiare nuovamente gli enti a dotarsi di modelli idonei *ante delictum*, con la naturale conseguenza di ridurre il rischio di commissione dei reati¹⁰⁵. La chiave per ottenere ciò sarebbe quella di offrire agli enti chiamati a decidere in che modo adeguarsi alla normativa del d.lgs. 231/2001 una terza via da percorrere: oggi l'alternativa si gioca tra la decisione di adottare un modello *ex ante*, che se ritenuto idoneo può tenere l'ente esente da responsabilità, e quella di adottare un modello solo *ex post*,

¹⁰¹ Si veda a questo proposito il progetto di riforma del d.lgs. 231/2001 promosso dall'associazione AREL e presentato dall'allora Ministro della Giustizia On. Angelino Alfano nel 2010, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/Riforma%20231%2021-6-2010%20ipotesi%20A%20DEFINITIVA.pdf>; in senso critico, cfr. F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le società*, vol. 29, fasc. 10, 2010, p. 1247-1255, il quale nota come il legislatore, invece di piegarsi alla fatica di individuare e descrivere i requisiti di adeguatezza riguardanti i singoli reati-presupposto via via aggiunti nel catalogo, lancia l'idea di una de-giurisdizionalizzazione della valutazione della sussistenza di una causa di esclusione della responsabilità, che verrebbe quindi affidata ad un organismo privato sotto il controllo del Ministro della Giustizia, “con buona pace del dogma della divisione dei poteri, fondamento delle democrazie liberal-democratiche” (p. 1249).

¹⁰² F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le società*, vol. 29, fasc. 10, 2010, p. 1251.

¹⁰³ P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 75.

¹⁰⁴ M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo “231”: quali prospettive per la diversione dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2017, p. 76.

¹⁰⁵ G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista 231*, n. 4, 2016, p. 19.

che, se valutato positivamente, può condurre ad una riduzione del carico sanzionatorio. Questo comporta che, attualmente, “non si registra alcuna differenza fra le imprese che non abbiano un modello, quelle che abbiano un modello di pura facciata e quelle che siano invece dotate di un modello non fittizio, ma in ogni caso giudicato inadeguato”¹⁰⁶: in tutti e tre i casi, ciò a cui le imprese possono aspirare è una attenuazione delle sanzioni che saranno comminate. Se poi si aggiunge che, per i motivi detti, l’ipotesi di dotarsi di un modello non fittizio che risulti poi giudicato adeguato è statisticamente e strategicamente (nella prospettiva dell’ente) da trascurare, si può notare come sia proprio una terza alternativa che possa dare luogo al meccanismo di esenzione dalla responsabilità ciò di cui vi è necessità. Un meccanismo di diversione processuale a cui possa accedere solo un ente che si sia dotato di un modello organizzativo *ex ante* ritenuto in giudizio inidoneo e che dia prova di volersi concretamente riorganizzare virtuosamente¹⁰⁷ potrebbe essere una soluzione convincente. In questo modo non si offrirebbe la possibilità di accedere ad una totale esenzione da responsabilità a quegli enti che siano rimasti inerti fino alla commissione dell’illecito o che abbiano deciso di dotarsi di un modello puramente di facciata, evitandosi quindi il rischio di una loro deresponsabilizzazione¹⁰⁸. Diversamente, agli enti cui si aprirebbero le porte del sistema di diversione si consentirebbe di accedere ad una sorta di messa alla prova, durante la quale correggere secondo opportune indicazioni e prescrizioni il proprio modello organizzativo, con la possibilità di ottenere così una “via di fuga” dalla condanna. In questo modo sarebbe nuovamente ipotizzabile per un ente non correre il rischio di essere condannato, pur nella perdurante incertezza relativa al giudizio di idoneità del modello, al prezzo però di dimostrare un atteggiamento virtuoso anche precedentemente alla commissione dell’illecito.

Ulteriori conseguenze vantaggiose che deriverebbero dall’introduzione di un meccanismo di diversione processuale da applicare agli enti sono state, infine, ravvisate nella possibilità di salvaguardare maggiormente le imprese che realmente si vogliono impegnare nella prevenzione degli illeciti, garantendo loro, come visto, una “seconda chance” nel caso in cui il modello adottato si riveli poi in giudizio inidoneo, così come nella possibilità di aprire il sistema a nuove modalità di definizione della responsabilità “penale” degli enti “che, se saggiamente impiegate, potrebbero rappresentare un buon modo per garantire il rispetto e l’applicazione della legge”¹⁰⁹. In buona sintesi, l’introduzione di un siffatto istituto conferirebbe nuova vitalità ad un ramo della disciplina “penalistica” tanto essenziale quanto, come notato, oggi a rischio fallimento, dotandolo nuovamente dell’arma special-preventiva che risulta, ad ora, spuntata.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 17.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 13.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 12.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 19.

3.3. Scarsa effettività della risposta sanzionatoria del d.lgs. 231/2001

Una terza problematica che affligge il sistema del d.lgs. 231/2001, messa in luce da più parti in dottrina, attiene all'arsenale sanzionatorio previsto dal Decreto ed alla sua efficacia deterrente nei confronti degli enti a cui viene ascritta la responsabilità da reato. È stato infatti evidenziato come, pur essendo l'apparato sanzionatorio del d.lgs. 231/2001 ben congegnato, frutto di una sorta di sintesi virtuosa delle precedenti esperienze europee in materia, emerga tuttavia "un grave *vulnus* in termini di effettività della risposta sanzionatoria"¹¹⁰, con la potenzialità di ridurre notevolmente la credibilità della minaccia portata dalla disciplina e la sua idoneità ad incidere sull'agire organizzato degli enti.

3.3.1. L'arsenale sanzionatorio del d.lgs. 231/2001

Le sanzioni previste dal d.lgs. 231/2001¹¹¹ sono di quattro tipi: sanzione pecuniaria, sanzioni interdittive, confisca e pubblicazione della sentenza di condanna.

La sanzione pecuniaria, commisurata secondo particolari criteri che saranno poi analizzati, è sempre applicata all'ente che sia ritenuto responsabile di un illecito amministrativo dipendente da reato¹¹². Le sanzioni interdittive si applicano solo se espressamente previste per i reati da cui dipende la responsabilità dell'ente e solo se l'ente abbia tratto dal reato (commesso da soggetti in posizione apicale ovvero, se determinato o agevolato da gravi carenze organizzative, da soggetti sottoposti) un profitto di rilevante entità oppure in caso di reiterazione degli illeciti¹¹³. Inoltre, le sanzioni interdittive non si applicano qualora il reato sia stato commesso nel prevalente interesse dell'autore del fatto o di terzi e l'ente non ne abbia ricavato vantaggio o ne abbia ricavato uno minimo, ovvero quando il danno patrimoniale cagionato risulta di particolare tenuità¹¹⁴. La confisca è sempre disposta nei confronti dell'ente condannato, ed ha ad oggetto il prezzo o il profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato. In caso di impossibilità di eseguire la confisca sui detti beni può essere disposta la confisca c.d. per equivalente, che ha ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato¹¹⁵. La pubblicazione della sentenza di condanna, infine, può essere disposta quando all'ente è applicata una sanzione interdittiva¹¹⁶.

¹¹⁰ M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2017, p. 76.

¹¹¹ D.lgs. 231/2001, art. 9.

¹¹² D.lgs. 231/2001, art. 10, co. 1.

¹¹³ D.lgs. 231/2001, art. 13, co. 1, lett. a), b).

¹¹⁴ D.lgs. 231/2001, art. 13, co. 3.

¹¹⁵ D.lgs. 231/2001, art. 19.

¹¹⁶ D.lgs. 231/2001, art. 18.

Dall'analisi di un tale catalogo sanzionatorio si evince subito come un ruolo centrale nella disciplina sia assegnato alla sanzione pecuniaria. Questo non solo per la sua "indefettibile previsione" in risposta ad ogni illecito ascritto all'ente, ma anche per il suo ruolo di "limite alla regressione nella scala sanzionatoria per effetto dei meccanismi 'premiali' che il d.lgs. accoglie"¹¹⁷. Il Decreto, infatti, prevede trattamenti premiali in presenza di condotte riparatorie poste in essere da parte dell'ente quali il risarcimento del danno e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, l'eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione ed attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire i reati della specie di quello verificatosi, la messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca. In risposta a tali segnali di "ravvedimento" il Decreto stabilisce la non applicabilità delle sanzioni interdittive, "ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie"¹¹⁸. Al ricorrere di condizioni analoghe è anche disposta la riduzione della sanzione pecuniaria, che non potrà però in ogni caso essere inferiore ad euro 10.329,00¹¹⁹. Di conseguenza si può affermare che il sistema sanzionatorio concepito dal d.lgs. 231/2001 ruota attorno alla sanzione pecuniaria, sanzione sempre – in varia misura – applicata, con la possibilità, al ricorrere dei relativi presupposti, di essere affiancata da altre categorie di sanzioni.

Data la centralità occupata dalla sanzione pecuniaria è opportuno dare conto del grande dibattito, sviluppatosi soprattutto fra gli studiosi statunitensi, volto ad individuare la sanzione ottimale per gli enti. L'evoluzione di tale fervente dialettica fra i commentatori ha, infatti, messo in luce i benefici e le molte criticità che accompagnano l'applicazione della sanzione pecuniaria ad un ente. Uno sguardo a tale panorama è imprescindibile per comprendere le problematiche che sono state evidenziate dalla dottrina italiana rispetto alla disciplina sanzionatoria contenuta nel d.lgs. 231/2001, nonché per ipotizzarne una soluzione.

3.3.2. *La sanzione pecuniaria come sanzione ottimale per l'ente: il Neo-Classical Economics Approach*

Una prima voce da tenere in considerazione in questo dibattito è quella espressa dagli esponenti della c.d. Scuola di Chicago, che hanno dato vita alla corrente denominata *Neo-Classical Economics Approach*. Secondo questa impostazione, il dato da cui partire è quello secondo cui le persone giuridiche agiscono come "massimizzatori di profitti e di utili" e, di conseguenza, non commettono un reato "se dalla sua realizzazione non derivi un qualche

¹¹⁷ R. GUERRINI, *Le sanzioni a carico degli enti nel d.lgs. n° 231/2001*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Giappichelli, 2004, p. 67.

¹¹⁸ D.lgs. 231/2001, art. 17.

¹¹⁹ D.lgs. 231/2001, art. 12.

guadagno all'impresa"¹²⁰. Il paradigma economicistico ritiene infatti che il compito dell'impresa non sia quello di correggere le deficienze del sistema politico/legale, attenendosi al rispetto della legge anche quando sarebbe più economicamente efficiente violarla, ma solo quello di massimizzare il profitto¹²¹. Per questo, la sanzione pecuniaria è ritenuta ottimale, essendo l'unica in grado di scoraggiare il comportamento criminoso dell'ente mediante l'imposizione di costi che riducano il profitto ricavabile dall'azione illecita. Inoltre, secondo questo approccio, la sanzione economica avrebbe non solo un effetto deterrente, ma anche un effetto propulsivo che spingerebbe l'ente ad una autoregolamentazione al fine di impedire la commissione di ulteriori reati. "Invero, secondo questa teoria, la capacità delle *finis* di promuovere procedure di autoregolamentazione all'interno dell'impresa sarebbe di certo più efficace di qualsiasi presidio di controllo che si intrometta dall'esterno, perché imposto dal giudice: solo la persona giuridica è infatti consapevole di tutte le carenze organizzative e dei punti deboli della gestione e sa perciò dove e come intervenire per porre i rimedi"¹²². La pena pecuniaria, tuttavia, sarà veramente efficace solo se il c.d. *expected punishment cost* – ovvero il costo che l'ente si aspetta di dover fronteggiare nel caso in cui sia sanzionato per la commissione di un illecito – sarà superiore rispetto c.d. *expected gain* – cioè il beneficio o guadagno che l'ente si aspetta di ottenere a seguito della commissione del fatto costituente reato¹²³. Al fine di tradurre il concetto di *expected punishment cost* in una sanzione pecuniaria efficace, è necessario combinare i fattori della severità della pena e della probabilità che essa sia applicata. L'aumentare della probabilità di applicazione della pena genera un aumento dei costi per l'apparato investigativo, in quanto richiede maggiori disponibilità di mezzi e uomini, tanto fra il personale di polizia quanto fra quello di giudici e avvocati¹²⁴, e spesso le risorse pubbliche non sono investite in modo tale da coprire siffatti costi. Sarà di conseguenza necessario fissare il *quantum* di pena pecuniaria ad un livello superiore rispetto al guadagno prospettato dall'ente in seguito alla condotta illecita, in modo da compensare la più bassa probabilità di essere effettivamente condannati per il reato¹²⁵. Per esempio, se il guadagno prospettato dall'ente fosse di 1 milione di dollari e la probabilità di essere condannati per il reato fosse del 25%, la sanzione dovrebbe essere

¹²⁰ C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè Editore, 2002, p. 41.

¹²¹ R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 3rd edition, 1986, p. 397.

¹²² C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè Editore, 2002, p. 41. Cfr. sul punto E.H. III MILLER, *Federal Sentencing Guidelines for Organizational Defendants*, in *Vanderbilt Law Review*, 46, 1993, p. 204.

¹²³ J.C. COFFEE, "No Soul to Damn: No Body to Kick": *An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, in *Michigan Law Review*, 1981, Vol. 79, No. 3, p. 389. "Economists generally agree that an actor who contemplates committing a crime will be deterred only if the "expected punishment cost" of a proscribed action exceeds the expected gain".

¹²⁴ R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 3rd edition, 1986, p. 207.

¹²⁵ C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè Editore, 2002, p. 42.

elevata fino alla somma di 4 milioni di dollari al fine di far equivalere l'*expected punishment cost* e l'*expected gain*¹²⁶.

3.3.3. Le criticità dell'applicazione della sanzione pecuniaria agli enti

Tale visione contiene sicuramente degli spunti di interesse, ma è stato dimostrato come essa sia un modello forse troppo semplificato, che non tiene conto di alcune variabili proprie del funzionamento degli enti collettivi. In particolare, in chiave critica è stata messa in luce un fenomeno noto come *deterrence trap*, caratteristico rispetto all'applicazione di pene pecuniarie alle persone giuridiche. La puntualizzazione fatta dagli esponenti della Scuola di Chicago sull'interazione fra *expected punishment cost*, *expected gain* e probabilità di applicazione della pena è – in linea di massima – corretta e valida, tuttavia bisogna notare come l'innalzamento dell'ammontare della sanzione per renderla efficace trova un necessario limite nella capacità patrimoniale dell'ente¹²⁷. Nel caso di una persona fisica il limite della capacità patrimoniale non corre il rischio di attenuare l'efficacia deterrente di una sanzione pecuniaria, poiché potrebbe comunque operare la minaccia della pena detentiva, applicata come conversione della pena pecuniaria in caso di insolvibilità. Per l'ente collettivo, invece, che non ha "un corpo da incarcerare", il confine della capacità patrimoniale appare come un limite assoluto per l'efficacia deterrente delle sanzioni pecuniarie ad esso rivolte¹²⁸. Per esemplificare nuovamente, se una società avente un patrimonio di 10 milioni di dollari si prospettasse un guadagno di 1 milione di dollari dalla commissione di un illecito, tale condotta non potrebbe essere logicamente scoraggiata mediante una sanzione pecuniaria diretta all'ente qualora il tasso di probabilità di essere condannato fosse inferiore al 10%. Infatti, qualora la probabilità di essere condannato fosse dell'8%, l'ammontare necessario della pena pecuniaria dovrebbe essere di 12.5 milioni di dollari. Tuttavia, tale sanzione eccede la capacità di pagare dell'ente¹²⁹. Il fenomeno è particolarmente significativo poiché, viene fatto notare, la criminalità d'impresa tende ad essere particolarmente occultabile, di modo che il tasso di probabilità di condanna risulta essere ben inferiore al 10%¹³⁰, con la conseguenza che la pena pecuniaria calcolata secondo i criteri prima analizzati finisce spesso "intrappolata" nella *deterrence trap*.

Oltre a queste considerazioni relative alla bontà della sanzione pecuniaria in termini di deterrenza rispetto alla criminalità d'impresa, si sono affacciate al dibattito anche critiche relative all'ingiustizia sociale generata da tale tipo di sanzione. È infatti una conseguenza naturale che la pena pecuniaria rivolta all'ente investa, di riflesso, anche altri soggetti innocenti, non responsabili delle

¹²⁶ J.C. COFFEE, "No Soul to Damn: No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, in *Michigan Law Review*, 1981, Vol. 79, No. 3, p. 389.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 390.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ J.C. COFFEE, *Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions*, in *American Criminal Law Review*, 17, 1980, p. 470.

scelte di politica aziendale¹³¹. Questo fenomeno è stato identificato dalla dottrina statunitense come *Spill-Over problem*¹³², e ne sono stati messi in luce tre diversi livelli, di gravità crescente. In primo luogo, gli azionisti vengono incisi dalla sanzione poiché devono sopportare la riduzione di valore delle proprie azioni; in secondo luogo, e similmente, gli obbligazionisti e gli altri creditori si trovano a dover sopportare una diminuzione di valore del proprio titolo, come effetto dell'aumentata rischiosità dell'impresa. A ben vedere, quindi, anche soggetti che non hanno beneficiato – come gli azionisti – di un ingiustificato arricchimento grazie ai profitti dell'illecito, vengono a subire le conseguenze della sanzione pecuniaria: se essa è sufficientemente severa da minacciare la solvibilità dell'ente, il risultato prevedibile sarà poi anche quello di un licenziamento su larga scala degli impiegati di livello inferiore, i quali non hanno ricevuto nessun beneficio dalla commissione dell'illecito. In terzo luogo, infine, se l'ente opera in un mercato imperfettamente concorrenziale come quello del “mondo reale”, può avvenire che la sanzione sia recuperata a discapito dei consumatori, sotto forma di un innalzamento dei prezzi¹³³.

Quest'ultimo livello del c.d. effetto *spill-over*, in particolare, è stato ripreso anche dalla dottrina italiana: è infatti da tempo riconosciuto come il primo rischio che caratterizza l'applicazione della sanzione pecuniaria agli enti sia proprio “quello della sua potenziale ‘metabolizzabilità’, della sua riassorbibilità insieme ad altri rischi d'impresa”¹³⁴, e come esso richieda – soprattutto “nei confronti delle società con posizioni «dominanti» nel mercato – [...] meccanismi di controllo economico capaci di impedire che la società condannata compensi il momentaneo sacrificio pecuniario, «trasferendolo» successivamente (ad esempio facendo leva sui prezzi) nel patrimonio degli acquirenti dei beni prodotti dall'ente”¹³⁵.

Andando poi ad approfondire il fenomeno dello *spill-over* e le sue conseguenze, i commentatori hanno sottolineato che esso è spesso accompagnato, nella prassi, ad una tendenza a non applicare alle persone giuridiche sanzioni pecuniarie severe¹³⁶. In altre parole, quando gli enti condannati sarebbero passibili di ingenti sanzioni pecuniarie, i giudici tendono a “nullificarle”, al fine di evitare che le conseguenze negative della sanzione siano

¹³¹ C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè Editore, 2002, p. 44.

¹³² J.C. COFFEE, *Making the Punishment Fit the Corporation: The Problems of Finding an Optimal Corporation Criminal Sanction*, in *Northern Illinois University Law Review*, 1, 1980, p. 6.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ R. GUERRINI, *Le sanzioni a carico degli enti nel d.lgs. n° 231/2001*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, Giappichelli, 2004, p. 58.

¹³⁵ G. MARINUCCI, M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 687, 688. Cfr. anche, sul tema, F. BRICOLA, *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 1005.

¹³⁶ C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè Editore, 2002, p. 46.

sopportate da categorie innocenti, semplicemente non applicandole¹³⁷. In aggiunta all'intenzione di evitare i perversi effetti di *spill-over* generati dalla ingente sanzione, si insinuano anche pressioni politiche provenienti dal contesto sociale da cui difficilmente i giudici possono evitare di farsi influenzare¹³⁸.

Ci si trova, dunque, a fare i conti con un evidente paradosso: la bassa probabilità di condanna e i potenziali alti profitti che possono derivare dalla criminalità d'impresa richiedono elevate pene pecuniarie; queste ultime risultano, tuttavia, socialmente ingiuste per via dello *spill-over effect* e difficilmente applicabili per via della *deterrence trap*¹³⁹, con la conseguenza che *de facto* le pene comminate agli enti condannati risultano inferiori rispetto al livello ottimale.

Infine, ulteriori considerazioni critiche nei confronti dei sostenitori della pena pecuniaria come l'unica in grado di ben adattarsi alle caratteristiche della criminalità d'impresa attengono alle anomalie dei comportamenti aziendali. Presupposto teorico del *Neo-Classical Economics Approach* era, come visto, l'agire totalmente razionale dell'ente, orientato alla massimizzazione del profitto. È stato però fatto notare come una tale premessa sia in realtà sconfessata dal reale comportamento delle imprese sul mercato.

In primo luogo, vi sono casi in cui emergono divergenze fra le finalità della persona giuridica e quelle dei singoli suoi appartenenti¹⁴⁰: in un contesto in cui nelle società la proprietà è separata dal comando dell'impresa e in cui molte funzioni sono altamente specializzate e segregate, i singoli possono perdere di vista l'obiettivo comune e concentrarsi su altri obiettivi personali. Di conseguenza, un soggetto appartenente all'ente potrà violare la legge non nell'intento di perseguire il miglior interesse per il soggetto collettivo, ma nell'intento di perseguire il proprio personale interesse¹⁴¹. Inoltre, in alcuni casi l'ente collettivo agisce in modo irrazionale. È infatti stato notato come fra coloro che svolgono attività all'interno di una società si verifichi un fenomeno indicato come *risky shift*¹⁴². Tali soggetti sono infatti portati a sottostimare le possibilità di condanna e ad essere meno avversi al rischio rispetto a coloro che operano nel mercato a titolo individuale, con il risultato che essi manifestano "una particolare propensione a compiere le azioni più pericolose, ad agire sul filo del

¹³⁷ E.H. III MILLER, *Federal Sentencing Guidelines for Organizational Defendants*, in *Vanderbilt Law Review*, 46, 1993, p. 207.

¹³⁸ C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè Editore, 2002, p. 46.

¹³⁹ J.C. COFFEE, "No Soul to Damn: No Body to Kick": *An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, in *Michigan Law Review*, 1981, Vol. 79, No. 3, p. 407.

¹⁴⁰ C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè Editore, 2002, p. 50.

¹⁴¹ E.H. III MILLER, *Federal Sentencing Guidelines for Organizational Defendants*, in *Vanderbilt Law Review*, 46, 1993, p. 209.

¹⁴² *Ibidem*, p. 209.

rasoio, a praticare manovre azzardate che spesso superano i confini della legalità¹⁴³. In aggiunta, anche la struttura organizzativa gerarchica e altamente segmentata tipica delle grandi società può essere alla base di azioni irrazionali se analizzate dal punto di vista del miglior interesse per l'ente collettivo. Si verificano, infatti, problemi di imperfetta comunicazione interna o fenomeni di maggiore lealtà verso il più ristretto gruppo di lavoro cui appartiene il singolo rispetto alla persona giuridica nella sua interezza che fanno sì che l'obiettivo che informa le condotte dei soggetti che commettono illeciti non sia tanto la massimizzazione del profitto per l'ente, quanto il raggiungimento di interessi più particolari¹⁴⁴.

Come si può dunque evincere, l'applicazione di sanzioni pecuniarie ad un soggetto collettivo porta con sé un grande numero di problematichità, inconvenienti e contraddizioni. D'altra parte il ricorso alla pena pecuniaria è spesso irrinunciabile, al fine di prevedere sanzioni che possano svolgere efficacia deterrente sulla persona fisica senza scadere in un impiego eccessivo e sproporzionato della sanzione interdittiva. Di conseguenza, nel prevedere e disciplinare le sanzioni astrattamente applicabili agli enti, è opportuno che i legislatori tengano conto del dibattito tratteggiato e cerchino di contrastare l'emergere degli aspetti più critici collegati al fenomeno sanzionatorio.

3.3.4. La disciplina della sanzione pecuniaria nel d.lgs. 231/2001: la commisurazione "per quote"

A partire da queste premesse si può quindi analizzare e valutare l'opera del legislatore italiano nel delineare la disciplina sanzionatoria contenuta nel d.lgs. 231/2001, e in particolare quella relativa alla sanzione pecuniaria.

Bisogna senza dubbio lodare, a questo proposito, il meccanismo di commisurazione del *quantum* della pena pecuniaria previsto dal legislatore italiano. È infatti stabilito che la sanzione pecuniaria sia applicata "per quote", in numero non inferiore a cento né superiore a mille, con ogni quota oscillante fra un valore minimo di euro 258 ed un valore massimo di euro 1.549¹⁴⁵. Ai fini, poi, della commisurazione in concreto della pena, il giudice dovrà determinare il numero delle quote tenendo conto della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti; l'importo della quota, invece, sarà fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione¹⁴⁶.

¹⁴³ C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè Editore, 2002, p. 52.

¹⁴⁴ E.H. III MILLER, *Federal Sentencing Guidelines for Organizational Defendants*, in *Vanderbilt Law Review*, 46, 1993, p. 209, 210.

¹⁴⁵ D.lgs. 231/2001, art. 10, co. 2, 3.

¹⁴⁶ D.lgs. 231/2001, art. 11, co. 1, 2.

In altre parole, il sistema di commisurazione della pena pecuniaria può essere rappresentato da un sistema di assi cartesiani: sull'asse delle ordinate troviamo il numero delle quote (partendo da cento), e sull'asse delle ascisse appare il loro valore (partendo da euro 258,00): “[i]l punto di incontro, frutto della moltiplicazione tra i due valori combinantisi, dovrebbe fornire un’entità concreta della pena pecuniaria davvero adeguata rispetto alle esigenze dissuasive del caso concreto”¹⁴⁷. I due parametri alla base della determinazione del numero delle quote e del loro valore garantiscono poi che la sanzione applicata sia effettivamente adeguata all’ente in questione ed efficace. Da un lato, infatti, il numero delle quote sarà stabilito in base a criteri “oggettivi”, relativi alla gravità del fatto commesso, al grado di responsabilità dell’ente e agli sforzi riparatori messi in atto dall’ente stesso dopo la commissione del fatto. Si garantisce così una eguaglianza nel trattamento – relativamente, come detto, al numero delle quote applicate – di fatti di eguale gravità, a prescindere dalle caratteristiche degli enti responsabili e, soprattutto, della loro capacità economica. Dall’altro lato, proprio al fine di non applicare un’unica misura a tutti i soggetti colpevoli, con il rischio di comminare in concreto sanzioni sproporzionate in eccesso così come in difetto, il valore di ogni quota applicata viene parametrato proprio sulle condizioni economiche di ciascun ente colpito dalla sanzione.

Tale impostazione prende dunque le distanze dal sistema c.d. a somma complessiva che caratterizza invece l’impianto codicistico, il quale impone al giudice di tenere conto, nella commisurazione della pena, dei parametri della gravità del reato e della capacità a delinquere, con l’aggiunta, in riferimento alle sanzioni della multa e dell’ammenda, anche delle condizioni economiche del reo¹⁴⁸. Tale sistema, infatti, non ha dato buona prova di sé nel corso degli anni. Già la relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001 notava come il modello a somma complessiva fosse destinato a malfunzionare, essendo caratterizzato dall’accomunamento di due fasi commisurative che più opportunamente andrebbero tenute distinte: in particolare, essendo esso “strutturalmente sbilanciato verso gli indici di commisurazione che attingono alla gravità oggettiva e soggettiva dell’illecito”, il successivo riferimento alle condizioni economiche e patrimoniali “innesca una sorta di *corto circuito commisurativo*, nel quale le condizioni economiche operano contemporaneamente e sullo stesso piano rispetto ai restanti criteri di commisurazione, senza che tuttavia sia possibile discernere quale incidenza assumano le prime, da un lato, e la gravità oggettiva e soggettiva dall’altro lato, nella determinazione dell’ammontare della sanzione pecuniaria”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ R. GUERRINI, *Le sanzioni a carico degli enti nel d.lgs. n° 231/2001*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, Giappichelli, 2004, p. 68.

¹⁴⁸ Artt. 133, 133-bis c.p.

¹⁴⁹ Relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001, par. 5.1, disponibile su http://www.aodv231.it/pagina_sezione.php?id=10.

La stessa aspra critica verso tale sistema di commisurazione della pena è manifestata dalla dottrina che, innanzitutto, evidenzia come non sia chiaro il rapporto gerarchico in cui si situano il primo ed il secondo comma dell'art. 133 c.p., che rispettivamente, fanno riferimento al criterio della gravità del reato e della capacità a delinquere¹⁵⁰. Secondariamente, poi, la dottrina ha messo in luce l'equivocità della norma, che "si limita a enumerare indici «fattuali» di commisurazione, *omettendo* però di prendere esplicita posizione sui *criteri finalistici* che dovrebbero presiedere all'irrogazione concreta della sanzione"¹⁵¹. Infine, è stato sottolineato come il modello tradizionale a somma complessiva disattenda le indicazioni politico-criminali provenienti dai commentatori più consapevoli, i quali propendono per il diverso modello dei «tassi giornalieri» che separa in due autonomi momenti la fase della commisurazione: il primo momento fissa il numero dei tassi sulla base dei criteri generali, mentre il secondo determina l'ammontare del tasso sulla base delle condizioni economiche del reo¹⁵². Tali indicazioni sono invece state pienamente raccolte dalla disciplina della commisurazione della pena pecuniaria per gli enti, all'interno del d.lgs. 231/2001.

Il legislatore italiano, in questo caso, si è dunque mostrato sensibile alle riflessioni condotte in dottrina, specialmente quelle relative all'applicazione di sanzioni pecuniarie ad enti collettivi. Infatti, a mezzo di tale criterio bifasico per la commisurazione della sanzione, è possibile tenere conto dei due grandi rischi che si sono precedentemente messi in luce: da un lato si evita che una eccessivamente rigida determinazione del *quantum* della sanzione possa poi risultare insufficientemente incisiva rispetto alle dimensioni e capacità dell'ente, col risultato di un suo assorbimento fra i rischi patrimoniali implicati dall'operazione illecita; dall'altro lato la pena risultante dall'incrocio delle due variabili che entrano in gioco più difficilmente risulterà sproporzionata in eccesso, col rischio di incorrere nella c.d. *deterrence trap* e di produrre ingenti esternalità negative come risultato del c.d. effetto *spill-over*¹⁵³. In altre parole, "il meccanismo apprestato dal legislatore italiano consente un ragionevole adeguamento della pena pecuniaria alle reali dimensioni dell'ente, nella lucida consapevolezza della particolare (e variegata) morfologia del tessuto socio-economico di riferimento"¹⁵⁴, che è noto essere caratterizzato dalla coesistenza di una grande maggioranza di piccole e medie imprese e di pochi soggetti di grandi dimensioni. Il legislatore italiano, di conseguenza, ha dimostrato anche una buona dose di realismo nel prevedere un criterio di commisurazione che potesse davvero tenere in considerazione le capacità economiche e

¹⁵⁰ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli Editore, settima edizione, 2014, p. 801.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² *Ibidem*, p. 808.

¹⁵³ R. GUERRINI, *Le sanzioni a carico degli enti nel d.lgs. n° 231/2001*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Giappichelli, 2004, p. 69, 70.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

patrimoniali dei soggetti a cui si applica: prescindere dal riconoscimento della trama economico-sociale italiana significherebbe “aprire il campo ad un modello di responsabilità cieco, che parla lo stesso linguaggio a soggetti estremamente differenziati, provvisti di un diverso coefficiente di reattività e di sopportabilità dinanzi ai costi imposti dalla sanzione”¹⁵⁵.

Inoltre, è stato notato come il sistema di commisurazione per quote proprio del d.lgs. 231/2001 può fornire anche migliori risultati sotto il profilo del “controllo del procedimento motivazionale della sentenza in relazione alle teleologie sanzionatorie”¹⁵⁶. Una ulteriore critica al sistema codicistico di commisurazione della pena a somma complessiva, infatti, è proprio quello di un suo “fallimento” nella prassi, evidenziato dalla sostanziale elusione dell’obbligo motivazionale previsto dall’art. 132 c.p.: spesso il giudice, nel giustificare in motivazione le scelte adottate in sede di commisurazione della sanzione, fa ricorso a “formulette pigre [...] mentre le reali ragioni della scelta sanzionatoria rimangono affidate, in definitiva, all’intuito del giudice, quando non addirittura al suo incontrollabile *arbitrium*”¹⁵⁷. Al contrario, il sistema per quote del d.lgs. 231/2001 può garantire una maggiore trasparenza del ragionamento del giudice in sede di commisurazione. Egli, infatti, dovrà dare conto di un procedimento bifasico, soffermandosi sia sui motivi che lo hanno condotto alla decisione di applicare un certo numero di quote tenendo conto della gravità del fatto, del grado di responsabilità e delle azioni riparatorie dell’ente, sia dei motivi che lo hanno condotto ad assegnare a ciascuna quota un determinato valore, calibrato sulle condizioni economiche dell’ente.

3.3.5. Il ricorso al patteggiamento come potenziale vulnus alla risposta sanzionatoria

La disciplina della sanzione pecuniaria per gli enti, in definitiva, è indubbiamente positiva, poiché ha saputo fare tesoro delle indicazioni provenienti dal mondo della dottrina relative tanto ai criteri generali di commisurazione della pena quanto ai rischi peculiari che incontra l’applicazione della sanzione pecuniaria a soggetti differenti dalle persone fisiche. Ciò detto, la prassi italiana ha registrato un parziale svilimento dei ben ponderati criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria. Accade infatti che, nella grande maggioranza dei casi, l’ente sottoposto a procedimento opti strategicamente per la soluzione patteggiata della vicenda processuale, accedendo quindi ad una riduzione dell’importo della sanzione pecuniaria che così più facilmente potrà essere imputabile a costo d’impresa, “evitando [...] un dispendioso e senz’altro rischioso approdo dibattimentale alla ricerca della ‘chimera’

¹⁵⁵ Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001, par. 5.1.

¹⁵⁶ R. GUERRINI, *Le sanzioni a carico degli enti nel d.lgs. n° 231/2001*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, Giappichelli, 2004, p. 70.

¹⁵⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli Editore, settima edizione, 2014, p. 801, 802.

dell'idoneità del modello"¹⁵⁸. L'art. 63 del d.lgs. 231/2001, infatti, consente l'applicazione all'ente della sanzione su richiesta, qualora il giudizio nei confronti della persona fisica sia definito o definibile ai sensi dell'art. 444 c.p.p. nonché in tutti i – molto numerosi – casi in cui per l'illecito amministrativo sia prevista la sola sanzione pecuniaria. L'ente potrà quindi usufruire dell'applicazione della pena su richiesta nella grande maggioranza dei casi, con il risultato di essere ammesso a pagare una sanzione pecuniaria diminuita fino ad un terzo. Di conseguenza è pronosticabile una vanificazione degli sforzi di commisurazione del *quantum* di sanzione pecuniaria in modo adeguato ed efficace per l'ente in questione: la sanzione non sarà più il risultato esatto dell'incrocio delle due variabili relative alla gravità del fatto e alle capacità economiche dell'ente, ma una somma ridotta ad un livello sub-ottimale, con conseguenze dannose sul piano dell'efficacia deterrente.

In aggiunta è stato anche fatto notare come l'estensione al processo dell'ente dell'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti non si iscriva all'interno della tendenza, che sta prendendo piede a livello internazionale, di prevedere meccanismi di chiusura negoziata delle indagini che tengano conto e valorizzino la cooperazione prestata dall'ente e il suo atteggiamento nel corso delle indagini. Al contrario, tale strumento tipicamente italiano, potrebbe addirittura porsi come ostacolo rispetto alla possibilità di definire contestualmente più indagini parallele, aventi ad oggetto i medesimi fatti ma pendenti in diverse giurisdizioni, "attraverso i cosiddetti «*global settlement*», cioè degli accordi che vengono conclusi sempre più frequentemente dalle imprese per la definizione dei procedimenti di corruzione internazionale"¹⁵⁹.

Fatte queste opportune premesse, si deve dare ora conto di come l'introduzione di un meccanismo di diversione processuale all'interno della disciplina sulla responsabilità degli enti possa spiegare effetti positivi anche rispetto al sistema sanzionatorio e alle sue deficienze operative.

3.3.6. *Ipotesi di soluzione mediante sistemi di diversione processuale*

Di nuovo, in primo luogo bisogna notare come non sia realistico pensare che tutte le problematiche messe in luce possano essere risolte *sic et simpliciter* mediante l'introduzione di un istituto di diversione processuale: le criticità derivanti dall'applicazione di sanzioni pecuniarie agli enti sono irrimediabilmente connesse al fenomeno stesso del sanzionare un soggetto collettivo, e ciò che il legislatore può fare è acquisirne consapevolezza e cercare di limitarne l'insorgere.

¹⁵⁸ M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversione dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2017, p. 76, 77.

¹⁵⁹ M. MANTOVANI, *Il d.lgs. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell'impresa*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 129, 130.

Tuttavia, l'inserimento della diversione processuale all'interno dell'arsenale latamente sanzionatorio previsto dal d.lgs. 231/2001 potrebbe consentire una risposta dell'ordinamento all'illecito ascrivibile all'ente che non sia facilmente ammortizzabile dalla persona giuridica in un bilanciamento di costi e benefici. Infatti, un sistema di diversione processuale attuato nelle forme analoghe a quelle della messa alla prova è efficace nel favorire una effettiva responsabilizzazione dell'impresa, a cui è prospettato un onere di rimozione degli effetti negativi causati dal reato, di adozione di opportune misure idonee a colmare le lacune organizzative che hanno permesso la commissione dell'illecito e di reintegrazione delle posizioni giuridiche lese, garantito dal forte incentivo di poter ottenere per questa via l'estinzione dell'illecito senza incorrere in una formale condanna¹⁶⁰. In questo modo, la componente "afflittiva" della misura applicata all'ente non si riduce in un esborso economico, con il rischio del suo assorbimento da parte dell'impresa, specie se ridotta nella sua entità attraverso l'istituto del patteggiamento, ma richiede un effettivo sforzo riorganizzativo per l'ente. Per questa via, in sostanza, si potrebbe generare una sorta di effetto *spill-over* virtuoso: non più una ripercussione di riflesso della sanzione su soggetti estranei alla commissione del reato presupposto, ma una esternalizzazione degli effetti positivi della "ricostruzione" dell'ente che abbia accesso al meccanismo di diversione processuale, il quale potrà quindi restituire alla collettività "i costi che la stessa ha dovuto sopportare per effetto dell'illecito perpetrato"¹⁶¹.

Senza andare a negare l'utilità della sanzione pecuniaria – da un lato – e del ricorso alle sanzioni interdittive ove previste – dall'altro lato – è innegabile che l'introduzione un istituto come la diversione processuale, il quale può ampiamente essere conformato e modellato sulla base delle caratteristiche concrete – economiche e non – dell'ente in questione, permetterebbe di evitare la previsione di sanzioni eccessivamente gravose, che non possano poi essere adempiute dall'ente condannato, o eccessivamente miti e troppo facilmente razionalizzabili dal soggetto collettivo e scaricabili su soggetti terzi. Infine, i benefici di un tale meccanismo di diversione processuale si potrebbero riversare, oltre che sull'ente che acceda a tale istituto – con un deciso passo avanti verso la rieducazione del "condannato", criterio cardine stabilito dalla Costituzione¹⁶² rispetto alla funzione della pena – anche sul consorzio sociale¹⁶³ in generale, tradizionalmente relegato al ruolo di vittima secondaria delle conseguenze delle sanzioni applicate alle persone giuridiche.

¹⁶⁰ M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversione dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2017, p. 77.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² Art. 27, co. 3 cost.

¹⁶³ M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversione dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2017, p. 77.

4. CONCLUSIONE

Il d.lgs. 231/2001 ha raccolto una sfida estremamente complessa: quella di disciplinare la criminalità d'impresa tramite regole che tengano direttamente responsabili le entità collettive alla base di tale forma di criminalità, non risultando più adeguata una risposta dell'ordinamento che si rivolgeva solo alle persone fisiche in ossequio all'antico brocardo *societas delinquere non potest*.

Il complesso sistema di norme contenuto nel d.lgs. 231/2001 è indubbiamente di grande pregio, avendo tratto spunto dalle pregresse esperienze, europee e non solo, nel campo della disciplina della responsabilità degli enti collettivi, di cui ha potuto operare una sintesi virtuosa. Il legislatore italiano, come visto, si è inoltre dimostrato attento agli spunti e alle riflessioni provenienti dalla dottrina, in particolare per quanto riguarda la disciplina dell'impianto sanzionatorio. Tuttavia, avendo il legislatore sostanzialmente "creato" un nuovo paradigma normativo, è fisiologico "l'emergere nel dibattito dottrinale di una serie di questioni interpretative che tuttora costituiscono dei problemi aperti"¹⁶⁴. È quindi comprensibile come da più parti si siano levate voci che invocano un'opera di riforma e di "rifinitura"¹⁶⁵ del d.lgs. 231/2001, in risposta ad alcune problematiche emerse in ormai diciotto anni di applicazione della disciplina.

Nel corso del capitolo sono state esaminate alcune delle criticità emerse dall'applicazione del d.lgs. 231/2001 alla luce di una ipotesi avanzata da qualche commentatore e che sempre più, a partire dalle sponde degli U.S.A. e del Regno Unito fino a raggiungere ultimamente l'Europa continentale, si sta ritagliando uno spazio nelle riflessioni e nei dibattiti sulla responsabilità "penale" degli enti. L'ipotesi in questione è che sia opportuno, all'interno di un'opera di riforma che necessariamente dovrà toccare anche altri punti, inserire all'interno del sistema delineato dal Decreto un istituto di diversione processuale analogo ai *pre-trial diversion agreements* di stampo angloamericano. Tenendo presente questa direttrice, nel corso del capitolo si sono selezionati, fra i vari emersi dallo studio del Decreto e dei suoi commenti, gli aspetti problematici della disciplina attuale che potenzialmente potrebbero ricevere spunti di soluzione da un tale intervento di riforma.

In primo luogo è stato messo in luce il problema di più immediata evidenza che caratterizza il d.lgs. 231/2001: esso riceve un'applicazione scarsa e non omogenea sul territorio italiano, con il solo foro milanese che appare all'avanguardia in materia. Fra le possibili cause di un tale fenomeno è stata evidenziata la percepita discrezionalità dell'iscrizione della persona giuridica nel registro delle notizie di reato. Infatti, a dispetto del gran numero di iscrizioni dei c.d. reati presupposto, di molto inferiore è il tasso di iscrizione degli enti per la

¹⁶⁴ P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 73.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

responsabilità ex d.lgs. 231/2001. Approfondendo l'analisi del fenomeno è emerso come un atteggiamento condiviso fra molti PM sia quello di ritenere opportuna l'iscrizione dell'ente solo dopo che sia stata verificata la sussistenza del requisito dell'interesse o vantaggio per l'ente, in una sorta di diffusa ma censurabile inversione metodologica. Davanti a tale problema si è ipotizzato che l'introduzione di un istituto di diversione processuale potrebbe portare plurimi vantaggi. Innanzitutto tale strumento si caratterizza per la sua maggiore elasticità e velocità rispetto agli ordinari mezzi per definire la vicenda giudiziaria che interessa un ente. Tali caratteristiche di flessibilità e speditezza potrebbero senz'altro essere di aiuto per l'Autorità giudiziaria, che sarebbe posta in grado di passare a scrutinio un maggior numero di enti, potendo anche contare al contempo su un risparmio di risorse pubbliche e di tempo, che rende la proposta ancor più preferibile. Inoltre, si è notato come la definizione della vicenda giudiziaria di un ente mediante un sistema di diversione processuale potrebbe essere utile al fine di contrastare le ripercussioni personali e sociali che accompagnano la condanna penale di una società e che si estendono a soggetti diversi da quelli strettamente responsabili dell'illecito. La possibilità di definire il processo senza pervenire ad una formale condanna penale può essere di aiuto in questo senso, pur garantendo la diversione processuale un trattamento "sanzionatorio" e "responsabilizzante" per l'ente. Proprio a questo proposito si è infine sottolineato come il ricorso ad un meccanismo di diversione processuale possa meglio valorizzare un sistema di responsabilità informato al criterio della *reactive fault*, prospettato in dottrina come più tagliato su misura rispetto al criterio della colpa di organizzazione.

In secondo luogo si è analizzata una complessa concatenazione di criticità della disciplina *de quo* che produce un sostanziale fallimento della portata preventiva del Decreto, affidata, in primo luogo, al semplice essere in vigore della disciplina e agli sforzi organizzativi degli enti ad essa soggetti. A partire da un problema di certezza del diritto, relativo all'imperfetta definizione dei presupposti di ascrizione della responsabilità all'ente, si è generata, nella prassi giurisprudenziale, una svalutazione del meccanismo che riconosce efficacia esimente al modello di organizzazione e gestione idoneo. Infatti, non avendo tale effetto esimente mai trovato significativi riscontri nella prassi giudiziaria, si è ingenerata una sorta di sfiducia da parte degli enti nella convenienza dell'adozione di un modello *ex ante*, risultando di gran lunga preferibile la strada di una adozione del modello solo eventuale ed *ex post*, al fine di ottenere riduzioni sulle sanzioni applicabili. Davanti a una tale situazione, che testimonia il fallimento, almeno parziale, della *ratio* sulla cui base era stata costruita la complessa architettura del d.lgs. 231/2001, la diversione processuale potrebbe essere un istituto estremamente utile per rinforzare l'incentivo ad adottare il modello di organizzazione *ex ante* e ridurre il rischio di commissione di nuovi illeciti. Di conseguenza, dotando gli enti di nuovi incentivi per l'adozione del modello di organizzazione in via preliminare alla commissione di un illecito, l'introduzione di un sistema di diversione processuale sarebbe di aiuto nell'affiancare all'effetto di attenuazione della responsabilità, conseguente ad un "ravvedimento" successivo, l'effetto propriamente esimente dato dall'adozione del modello, vero cardine su cui è basata la portata preventiva della disciplina.

Da ultimo, concentrandosi sull'aspetto sanzionatorio, si è sottolineato come la sanzione pecuniaria, centrale all'interno dell'arsenale punitivo previsto dal d.lgs. 231/2001, sia stata disciplinata in modo lungimirante. Il sistema di commisurazione per quote, infatti, tenendo conto da un lato della gravità del fatto nonché del grado di responsabilità e ravvedimento successivo dell'ente, e, dall'altro, delle sue capacità patrimoniali ed economiche, permette l'applicazione di una sanzione che sia efficace ed adeguata alle caratteristiche dell'ente. È stato infatti messo in luce in dottrina come molteplici siano i rischi che si incorrono nell'applicazione di sanzioni pecuniarie agli enti. In primo luogo una sanzione troppo mite non svolge efficacia deterrente per l'ente, che facilmente la potrà assorbire ed imputare a costi d'impresa da bilanciare rispetto ai benefici conseguenti dalla commissione dell'illecito. All'opposto, una sanzione eccessivamente gravosa e sproporzionata incontra il pericolo della c.d. *deterrence trap*, non potendosi attuare in questo caso la conversione della sanzione pecuniaria in sanzione detentiva, come avviene nel caso della persona fisica insolvente. Altre peculiari criticità sono l'effetto *spill-over*, secondo cui gli effetti negativi della sanzione applicata all'ente si riversano di riflesso su una serie di soggetti estranei all'intento criminoso, e la c.d. *nullification*, diffusa prassi secondo la quale, anche al fine di limitare tali dannose esternalità negative su soggetti terzi, i giudici tendono a non applicare *de facto* le sanzioni più severe ai soggetti collettivi. Alla luce di tale riflessione teorica si è notato come, sebbene la disciplina italiana abbia ben tenuto in considerazione i rischi dell'applicazione della sanzione pecuniaria ad una persona giuridica, un potenziale *vulnus* all'efficacia della sanzione potrebbe derivare dal molto diffuso ricorso al patteggiamento, con conseguente riduzione della sanzione fino ad un terzo. Di fronte a tali considerazioni si può notare come l'introduzione di un istituto di diversione processuale avrebbe l'effetto di attuare una più efficace responsabilizzazione dell'impresa che voglia conseguire l'estinzione dell'illecito, mediante l'adempimento di una serie di calibrate prescrizioni difficilmente assorbibili come costi d'impresa. L'efficace riorganizzazione dell'ente, poi, potrebbe essere utile per contrastare l'effetto *spill-over*: essa infatti andrebbe anche a beneficio del consorzio sociale che, invece di sopportare di riflesso ingiustamente gli effetti della sanzione rivolta all'ente, si vedrebbe al contrario in qualche modo restituiti i costi che esso ha dovuto subire per la commissione dell'illecito da parte della persona giuridica.

Dalle considerazioni sopra esposte emerge, dunque, che l'introduzione di un istituto di diversione processuale sarebbe auspicabile nell'ottica di andare a contrastare alcune delle svariate problematiche applicative che affliggono il d.lgs. 231/2001. Il *focus* del successivo capitolo si sposterà a questo punto, in chiave comparatistica, sugli ordinamenti statunitense e britannico, allo scopo di analizzare il funzionamento dei *pre-trial diversion agreements* in tali sistemi giuridici e vagliarne gli aspetti positivi e negativi che emergono dall'utilizzo nel campo della disciplina della criminalità d'impresa.

CAPITOLO II – I *PRE-TRIAL DIVERSION AGREEMENTS* NEGLI ORDINAMENTI U.S.A. E U.K.

1. INTRODUZIONE

Il presente capitolo si propone di analizzare le caratteristiche ed il funzionamento dei sistemi di diversione processuale propri degli ordinamenti in cui tale istituto viene applicato nell'ambito della disciplina sulla responsabilità degli enti. In particolare, oggetto della presente analisi sarà, dapprima, il sistema giuridico degli Stati Uniti, in cui per la prima volta si è assistito all'estensione dei meccanismi di diversione dal diritto penale delle persone fisiche a quello delle persone giuridiche. Successivamente, il *focus* si sposterà sul Regno Unito, in cui nel 2013 è stato approvato il *Crime and Courts Act* il quale, fra le altre cose, reca la disciplina dell'istituto dei *Deferred Prosecution Agreements* applicabili agli enti collettivi.

Lo scopo di tale studio comparatistico non si limita all'approfondimento del funzionamento di istituti di diritto straniero. Condotta in una prospettiva *de iure condendo*, tale analisi mira, infatti, ad ottenere una conoscenza approfondita del funzionamento dei sistemi di diversione processuale, che non si limiti al dato letterale (ove presente), ma si spinga a vagliare come quest'ultimo venga tradotto, sul piano concreto, nell'applicazione nelle aule giudiziarie, e come quest'ultima inneschi poi le interpretazioni e riflessioni dei commentatori. Un'analisi di questo tipo – si ritiene – potrà fornire utili indicazioni da cui partire per formulare una proposta di introduzione di tale istituto nella disciplina italiana sulla responsabilità degli enti.

Il presente capitolo si struttura in questo modo: dopo una breve premessa in cui si giustificherà la scelta di svolgere un'analisi comparatistica avente ad oggetto il diritto penale, e avente come termini di paragone ordinamenti appartenenti alla tradizione giuridica di *common law*, si passerà allo studio dei *pre-trial diversion agreements* di matrice statunitense. Tale studio comprenderà l'analisi della genesi dell'istituto, delle sue caratteristiche odierne e, soprattutto, delle riflessioni che sono emerse nel panorama dottrinale, sottolineando gli aspetti positivi e le criticità che diversi anni di prassi applicativa hanno evidenziato. Successivamente, un analogo metodo di studio sarà applicato ai *Deferred Prosecution Agreements* introdotti nel sistema giuridico del Regno Unito, facendo particolare attenzione a come il legislatore britannico abbia fatto tesoro delle indicazioni provenienti dagli Stati Uniti, ricalcando il modello nordamericano per alcuni tratti e distanziandosene per altri.

2. BREVI NOTE SUL DIRITTO PENALE COMPARATO E SUI SISTEMI DI *COMMON LAW*

Prima di addentrarsi nell'esame del funzionamento degli istituti di diversione processuale applicati agli enti negli ordinamenti nordamericano e britannico, è utile svolgere una riflessione sull'opportunità di operare una analisi

comparata di un istituto di diritto penale assumendo come termine di paragone ordinamenti afferenti alla tradizione giuridica di *common law*.

La risposta a tale interrogativo non è affatto banale; a riprova di ciò basti pensare che il campo del diritto penale è stato l'ultimo a vedere svilupparsi al suo interno lo studio in ottica comparata. Il diritto penale, infatti, è percepito innanzitutto come un "diritto positivo e di codice, destinato ad una quotidiana applicazione alle vicende della vita concreta, nelle aule giudiziarie": risulta quindi per niente scontato riconoscere un ruolo alla comparazione all'interno di un ramo del diritto sovente ritenuto di esclusivo dominio legislativo¹. Figlio di una tale concezione del diritto penale è, poi, l'atteggiamento che ha caratterizzato, almeno fino all'inizio degli anni Ottanta del Novecento, l'attività dello "scienziato del diritto penale", piegato sull'assoluto primato dell'esegesi delle disposizioni del diritto positivo e sprovvisto di titolo per partecipare ai processi di elaborazione delle scelte di politica criminale dell'ordinamento². È evidente che, in un panorama di questo tipo, ben poco poteva essere lo spazio da riconoscere alla comparazione giuridica. Accenni di un cambiamento di impostazione si sono verificati, in questo senso, a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso: l'imporsi di una nuova sensibilità ha portato infatti alla "rivendicazione di un ruolo critico da parte della dottrina e [al]la decisa ripresa delle istanze di riforma dell'assetto codicistico (ed anche extracodicistico, per verità) del nostro ordinamento penale", novità che si sono poi rivelate "decisive per l'affermazione degli studi comparatistici del tardo XX secolo"³. Il diritto penale comparato in Italia è, quindi, nato nel momento in cui lo studio della materia si è staccato dalla mera adesione al dato positivo ed alla sua interpretazione, per aprirsi alle esperienze straniere ed alle soluzioni adottate dai vari legislatori – per la gran parte dei casi diverse da quelle italiane – in ottica di riforma dell'ordinamento penalistico nazionale.

La questione ora accennata va approfondita con l'aggiunta di un ulteriore elemento di riflessione. L'analisi che questo capitolo si propone di sviluppare ha come termine di paragone ordinamenti – quali quello degli Stati Uniti e quello del Regno Unito – sviluppatasi all'interno della tradizione giuridica di *common law*. Le differenze fra tali ordinamenti e quello italiano, che si rifà invece alla tradizione di *civil law*, sono innumerevoli e di non poco conto. Prima fra tutte, restringendo il campo di analisi al diritto penale, è la discrezionalità dell'azione penale che caratterizza l'esperienza giuridica angloamericana⁴, in netta contrapposizione rispetto alla scelta operata dal nostro sistema giuridico, che ne prevede l'obbligatorietà. È quindi opportuno, nuovamente, chiedersi se sia una scelta opportuna quella di avventurarsi in una analisi comparata di

¹ F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3^a ed., Giappichelli, 2013, p. 36.

² G. FORNASARI, *Conquiste e sfide della comparazione penalistica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. 1, Giuffrè Editore, 2006, p. 267.

³ *Ibidem*, p. 269.

⁴ Si veda, per tutti, P. D'AMICO, *Common Law*, Giappichelli, 2005, p. 177, 215.

ordinamenti penalistici afferenti alla tradizione di *common law* con la speranza di trarne indicazioni utili da tradurre poi nel nostro ordinamento di *civil law*. Rivolgendo ancora una volta lo sguardo a qualche decennio fa, infatti, risulta che la possibilità di studiare gli ordinamenti di Paesi di *common law* fosse convintamente ritenuta inutile, “data la lontananza e la sostanziale incomunicabilità tra quella cultura penalistica e la nostra”⁵. Autorevole dottrina era sicura nell’affermare che il diritto penale britannico, che segue una sua particolare storia da secoli, sia assolutamente incompatibile con il diritto penale continentale, per via di una “diversità di mentalità [...] così radicale che ogni contatto è reso assai difficile”⁶. Se non che, sulla spinta della rinnovata sensibilità che è stata alla base della nascita della disciplina penalistica comparata, esperienze di confronto con l’esperienza penalistica di *common law* effettuate da alcuni studiosi hanno dimostrato che, “ferme restando divergenze significative soprattutto sul piano dell’approccio «filosofico»”, le soluzioni pratiche operate nei vari ordinamenti in risposta a molti problemi comuni sono convergenti e comparabili⁷. Esempio paradigmatico di questa convergenza è ravvisato da autorevole dottrina, che nota come negli ordinamenti di *common law* il raggiungimento di un fine ultimo, quale può essere quello della certezza del diritto e della garanzia al cittadino, “nella maggior parte dei casi [sia] perseguito egualmente, anche se attraverso un mezzo tecnico diverso, che è quello dello *stare decisis*”, con la conseguenza che le vere e proprie differenze pratiche tra i due tipi di ordinamenti si riducono “a talune aree marginali”⁸.

Al di là della sostanziale somiglianza delle soluzioni pratiche adottate nei vari ordinamenti, bisogna poi notare come, ultimamente, i punti di contatto si possano ravvisare anche nell’approccio degli studiosi alla materia. Se tradizionalmente, infatti, si ritiene che l’approccio della dottrina di *common law* sia induttivo-pragmatico-casistico, mentre quello continentale sia deduttivo-teorico-astratto, ultimamente i due mondi del diritto sembrano procedere verso una convergenza: nei sistemi di *civil law* si tende a dare sempre maggiore spazio allo studio dei casi e della giurisprudenza, con la conseguenza che anche la costruzione degli istituti risulta essere meno teorica e più attenta alle esigenze della prassi; per converso, nei sistemi di *common law*, “si è pian piano sviluppata nella scienza penalistica una tendenza alla sistematizzazione e all’astrazione che un tempo non la caratterizzava”⁹. La conclusione a cui si deve pervenire, quindi, è che, sebbene la distinzione fra le due famiglie del diritto occidentale rimanga valida e presente, “non si può oggi (più) dire [...] che

⁵ G. FORNASARI, *Conquiste e sfide della comparazione penalistica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. 1, Giuffrè Editore, 2006, p. 266.

⁶ G. BETTIOL, *Sull’unificazione del diritto penale europeo*, in AA.VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, CEDAM, 1968, p. 6.

⁷ G. FORNASARI, *Conquiste e sfide della comparazione penalistica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. 1, Giuffrè Editore, 2006, p. 268.

⁸ A. PAGLIARO, *Limiti all’unificazione del diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, I, p. 200.

⁹ A. CADOPPI, *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, 2^a edizione, CEDAM, 2004, p. 449.

vi siano due *sistemi* penali contrapposti, quello di *civil law* e quello di *common law*¹⁰.

Un ultimo elemento va considerato per rispondere all'interrogativo circa l'opportunità di trarre indicazioni utili per la disciplina nazionale dall'analisi di un istituto caratteristico della disciplina della responsabilità penale degli enti nel sistema giuridico angloamericano. Infatti, in aggiunta alle considerazioni che depongono per una non più sostenibile incomunicabilità fra i sistemi di *civil law* e di *common law*, non bisogna dimenticare che la disciplina italiana della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato, come delineata nel d.lgs. 231/2001, si è sviluppata secondo le sue caratteristiche – al pari delle discipline in materia di altri paesi europei – anche prendendo come punto di riferimento e ispirazione il modello di responsabilità degli enti proposto negli Stati Uniti¹¹. Al di là della diversa natura della responsabilità (che è direttamente penale nel modello nordamericano) e, come detto, delle diverse caratteristiche che connotano i sistemi processuali italiano e statunitense, la moderna idea della *corporate liability* e il c.d. sistema *carrot and stick*, che costituiscono il cardine della disciplina statunitense¹², sono elementi che informano anche la disciplina ex d.lgs. 231/2001. Anche per questo motivo può essere uno sforzo non vano quello di analizzare soluzioni operative elaborate all'interno dei sistemi di responsabilità penale degli enti degli ordinamenti di *common law* e ritenere di poter ricavare proficui suggerimenti che, se correttamente tradotti e calati nel contesto nazionale, non risulterebbero estranei alla logica generale che caratterizza il “sistema 231”.

3. DEFERRED PROSECUTION AGREEMENTS E NON-PROSECUTION AGREEMENTS NELL'ORDINAMENTO DEGLI STATI UNITI

Per approcciarsi correttamente all'analisi degli istituti di diversione processuale e della loro applicazione nel campo della *corporate criminal liability*, è necessario tenere presenti le peculiarità dell'ordinamento in esame, ovvero sia quello nordamericano. In esso, infatti, non risulta affatto eccentrico l'utilizzo di istituti come quello oggetto di analisi, caratterizzato da una marcata impronta negoziale, per disciplinare la responsabilità penale delle persone giuridiche. Quello che agli occhi del giurista di tradizione continentale potrebbe apparire un “trapianto” – forse improprio – di un meccanismo tipicamente privatistico nel campo del diritto penale, che attiene invece ai rapporti fra il cittadino e lo Stato, agli occhi del *common lawyer* nordamericano è invece un fenomeno del tutto naturale. Infatti, il processo penale e quello civile di *common law* provengono da una unitaria matrice storica, come è evidenziato dall'impianto accusatorio che caratterizza entrambi i riti o dall'utilizzo del medesimo termine – *defendant* – per indicare tanto l'imputato quanto il

¹⁰ *Ibidem*, p. 451.

¹¹ Si veda sul punto A. MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in G. FORNASARI, A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, 2^a edizione, CEDAM, 2008, p. 221-225.

¹² *Ibidem*, p. 222.

convenuto, la quale solo in tempi recenti ha lasciato spazio ad una differenziazione più marcata fra le due aree del diritto¹³. Di conseguenza, “in un sistema giuridico nel quale la differenziazione tra diritto penale e diritto civile, a livello di normativa processuale, non è così netta come negli ordinamenti di *civil law*”, il modello di giustizia criminale, inevitabilmente, risulta permeato da meccanismi di tipo negoziale¹⁴.

3.1. La genesi dell'istituto e la sua applicazione agli enti

Nell'analizzare lo sviluppo storico dei *pre-trial diversion agreements* e la loro applicazione agli enti bisogna anzitutto notare come non esista, nell'ordinamento statunitense, alcuna definizione normativa dell'istituto. Le caratteristiche che esso assume si possono invece ricavare dalla prassi e dalle linee guida diramate perlopiù dal *Department of Justice*, al fine di orientare l'attività dei *prosecutors*¹⁵. Sebbene questo fenomeno, nuovamente, possa destare sorpresa in un giurista di tradizione continentale, non bisogna dimenticare come in sistemi di giustizia basati sulla discrezionalità dell'azione penale “le linee guida, volte ad orientare l'operato degli organi inquirenti, acquisiscono un'importanza tale da poter addirittura stravolgere i regimi di responsabilità vigenti nel diritto sostanziale”¹⁶.

3.1.1. L'utilizzo nell'ambito della criminalità minorile e l'estensione alla criminalità d'impresa

La c.d. *pre-trial diversion* ha visto il suo originario impiego, fra gli inizi e la metà del Novecento, nell'ambito della criminalità minorile. Tale prassi, consolidatasi successivamente anche a livello legislativo, aveva lo scopo di consentire la conclusione dei processi nei confronti dei minori senza imporre ai colpevoli lo stigma della condanna penale, oltre che quello di prevenire i pericoli di recidiva dovuti alla frequentazione del circuito criminale e penitenziario, di permettere la concentrazione di maggiori risorse da parte di giudici e *prosecutors* sui casi di maggiore rilievo, e di fornire, ove possibile, un mezzo per operare restituzioni alle vittime del reato¹⁷. In concreto, la *pre-trial diversion* offre una soluzione intermedia fra la condanna penale e l'archiviazione, consentendo l'imposizione di misure sanzionatorie quali il pagamento di somme

¹³ V. FRANCHIOTTI, *Profili privatistici della giustizia penale statunitense*, in *Giur. it.*, IV, 1992, p. 307, 308.

¹⁴ F. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements: riabilitazione “negoziata” per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Indice pen.*, vol. 16, fasc. 2, 2013, p. 740.

¹⁵ F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 2/2016, p. 81.

¹⁶ *Ibidem*, p. 86.

¹⁷ B.M. GREENBLUM, *What Happens to a Prosecution Deferred – Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements*, in *Columbia Law Review*, 105, 2005, p. 1866, 1867.

di denaro, aggirando al tempo stesso le conseguenze collaterali derivanti da una formale condanna penale¹⁸.

Sulla scia della considerazione che le società siano simili a dei soggetti minori – non interamente innocenti, ma soprattutto bisognose di guida, riabilitazione e supervisione¹⁹ – attorno agli anni Novanta iniziarono a manifestarsi le prime applicazioni di *pre-trial diversion* nei processi relativi alle persone giuridiche. Il primo episodio si può ravvisare nel *Non-Prosecution Agreement* (in seguito, anche solo “NPA”) stipulato nel 1992 fra il *Department of Justice* e la banca *Salomon Brothers*, tramite il quale fu trovato un accordo per portare a conclusione le accuse di aggio che avevano investito la banca senza procedere alla richiesta di una formale imputazione. I termini dell’accordo prevedevano il pagamento una ingente somma di denaro a titolo di sanzione, confisca e restituzioni, oltre che l’impegno a continuare la cooperazione con gli organi investigativi del Governo ed a istituire un *compliance management system* idoneo a prevenire la ricorrenza di illeciti²⁰. Tale primo episodio fu seguito, dopo due anni, dal *Deferred Prosecution Agreement* stipulato con la società *Prudential Securities*. A differenza del precedente caso, la soluzione scelta – *Deferred Prosecution Agreement* (in seguito, anche solo “DPA”) – anziché evitare la formulazione dell’imputazione, la differì per un termine di tre anni, decorso il quale essa sarebbe stata archiviata, a condizione che la società avesse rispettato i termini dell’accordo e non fosse incorsa in ulteriori condotte illecite; nel caso contrario, l’imputazione avrebbe cessato il suo periodo di latenza ed il processo avrebbe seguito il suo corso²¹.

3.1.2. *Holder Memo, Thompson Memo e Filip Memo*

In un periodo in cui la criminalità d’impresa stava assurgendo ad uno dei maggiori catalizzatori delle risorse e dell’impegno dei procuratori, il *Department of Justice* diramò, nel giugno del 1999, linee guida sulla “*Federal Prosecution of Corporations*”, meglio note come il c.d. *Holder Memo* (dal nome dell’allora *Deputy Attorney General*, Eric Holder). Tali linee guida evidenziavano una serie di criteri che avrebbero dovuto informare la scelta discrezionale dei *prosecutors* riguardo l’opportunità o meno di esercitare l’azione penale nei confronti degli enti. Fra i vari criteri elencati, veniva suggerito che i *prosecutors*, nell’esercizio della loro discrezionalità, valutassero anche l’adeguatezza di rimedi non penali,

¹⁸ *Ibidem*, p. 1869.

¹⁹ B.L. GARRETT, *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise with Corporations*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, p. 55.

²⁰ Cfr. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Press Release: Department of Justice and SEC Enter \$290 Million Settlement With Salomon Brothers in Treasury Securities Case*, 20 maggio 1992, disponibile su https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1992/211182.pdf. Sul punto anche S. ODED, *Deferred Prosecution Agreements: Prosecutorial Balance in Times of Economic Meltdown*, in *Law Journal for Social Justice*, Vol. 2, 2011, p. 71.

²¹ S. ODED, *Deferred Prosecution Agreements: Prosecutorial Balance in Times of Economic Meltdown*, in *Law Journal for Social Justice*, Vol. 2, 2011, p. 72, 73.

quali le azioni esperibili in sede civile o amministrativa²². Come si evince, quindi, il c.d. *Holder Memo* non prevedeva ancora la diversione processuale fra le possibili scelte dei procuratori. Tuttavia, in un'altra sezione delle linee guida, veniva evidenziato come, al fine di favorire la cooperazione alle indagini da parte delle stesse società, potesse talvolta essere valutata l'opportunità di garantire una "immunità" o una "grazia" alla società che si fosse resa disponibile a collaborare con il Governo, facendo riferimento ai principi in materia di *non-prosecution agreements*²³.

Nel gennaio del 2003 le linee guida sull'esercizio dell'azione penale nei confronti delle società furono riviste, anche alla luce del grande clamore suscitato dalla vicenda giudiziaria che coinvolse la società *Arthur Andersen LLP* e dalle disastrose conseguenze per la società stessa ed i suoi impiegati. I nuovi "*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*" (noti anche come *Thompson Memo*) non differivano in modo sostanziale dal precedente *Holder Memo*, tuttavia, sempre nell'ottica di incentivare la cooperazione delle società oggetto delle indagini governative, essi suggerivano espressamente ai procuratori di considerare il ricorso alla *pre-trial diversion*²⁴. Benché il formale riconoscimento del ricorso a tale istituto nell'ambito della criminalità d'impresa sia stato senz'altro uno snodo fondamentale, il riferimento alla *pre-trial diversion* nel *Thompson Memo* non ha innescato un maggiore ricorso a *NPA* e *DPA*, come è notato in dottrina; piuttosto, esso ha semplicemente "codificato" un nuovo atteggiamento che già aveva iniziato a manifestarsi fra i procuratori²⁵. Infatti, confrontando i dati relativi al numero di *DPA* e *NPA* conclusi fra il 1992 e il 2001 e quelli conclusi fra il 2001 e il 2002, precedentemente, quindi, alla diramazione del *Thompson Memo*, si può già notare un incremento molto decisivo nel ricorso alla diversione processuale. Nell'anno successivo alla diffusione delle nuove linee guida, poi, il *trend* si è consolidato ed ha assunto dimensioni ancora più notevoli²⁶.

Tali linee guida, quindi, si sono limitate a riconoscere formalmente una prassi già in atto fra i procuratori federali impegnati nel campo della criminalità d'impresa. Tale netto incremento nell'uso di *DPA* e *NPA* nel periodo immediatamente successivo alla vicenda giudiziaria di *Arthur Andersen LLP*, poi, necessariamente deve essere letto – almeno in parte – come una reazione volta a riconoscere e cercare di mitigare le preoccupazioni relative alle conseguenze collaterali derivanti dalla condanna penale delle persone

²² E. HOLDER, *Deputy Attorney General, U.S. Department of Justice, Federal Prosecution of Corporations*, giugno 1999, sez. II (A).

²³ *Ibidem*, sez. VI (B).

²⁴ L.D. THOMPSON, *Deputy Attorney General, U.S. Department of Justice, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, gennaio 2003, sez. VI (B).

²⁵ D.M. UHLMANN, *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, in *Maryland Law Review*, Vol. 72, 2013, p. 1311.

²⁶ *Ibidem*. Per quanto riguarda la raccolta dati, molto utile è il *Corporate Prosecution Registry* curato da B.L. GARRETT E J. ASHLEY, disponibile su <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/index.html>.

giuridiche. Ciò detto, è innegabile che le linee guida esaminate facciano riferimento alla *pre-trial diversion* in una diversa ottica, volta ad ottenere la cooperazione delle società alle indagini che le vedono coinvolte. Nei *Memoranda* diffusi dal *Department of Justice* viene, infatti, riconosciuto il cruciale ruolo che può rivestire la collaborazione con il Governo in indagini di estrema difficoltà. Per questo, si deve similmente riconoscere come alla base dell'incrementato uso di *DPA* e *NPA* da parte dei procuratori vi era la necessità per il Governo di ottenere quanta più collaborazione possibile. A testimonianza di ciò si può notare come molto diffusa fra i procuratori fosse la prassi di richiedere alle società di rinunciare al c.d. *attorney-client privilege* al fine di ottenere quel tipo di cooperazione che avrebbe, poi, consentito alle società di accedere ai meccanismi di diversione processuale²⁷. La frequenza con cui tali rinunce incominciarono ad accompagnare i *DPA* e *NPA* sollevò dubbi di legittimità e critiche, che portarono il *Department of Justice* a rivedere nuovamente le sue linee guida.

Nell'agosto del 2008 furono diffusi i nuovi "*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*" (il c.d. *Filip Memo*). Per la prima volta in tale documento il riferimento alla *pre-trial diversion* viene collocato, anziché nella sezione relativa alla cooperazione nelle indagini, nella sezione relativa alle conseguenze collaterali derivanti dalla condanna penale. In particolare, il *Filip Memo* riconosce che ogni condanna di una persona giuridica, così come ogni condanna di una persona fisica, può produrre un impatto su terze parti innocenti. Tale considerazione, di per sé sola, non può, però, prevenire l'esercizio dell'azione penale. Per questo, in caso di potenziali conseguenze collaterali particolarmente significative, le linee guida suggeriscono di considerare l'utilizzo di *Non-Prosecution Agreements* o *Deferred Prosecution Agreements*: tali accordi infatti costituiscono una terza via fra la condanna penale e l'archiviazione. In determinati casi, il ricorso a *DPA* o *NPA* potrebbe aiutare la società che ha commesso un illecito a mantenere il proprio business e la propria stabilità economica, consentendo al tempo stesso al Governo di procedere nei suoi confronti, qualora essa si mostri recalcitrante e violi i termini dell'accordo²⁸.

3.2. Le caratteristiche dell'istituto

Tratteggiata in tal modo l'evoluzione dell'istituto nel corso degli anni, recentemente il ricorso ad esso per risolvere i casi di responsabilità delle società continua a verificarsi con estrema frequenza, tanto da essere divenuto una scelta di routine da parte dei procuratori²⁹.

²⁷ *Ibidem*, p. 1312, 1313.

²⁸ M. FILIP, *Deputy Attorney General, U.S. Department of Justice, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, agosto 2008, sez. 9-28.1000.

²⁹ D.M. UHLMANN, *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, in *Maryland Law Review*, Vol. 72, 2013, p. 1316.

Come *supra* descritto, non vi è una definizione normativa nell'istituto in esame, ed i contenuti concreti dell'accordo possono differire a seconda del caso concreto in cui vengono applicati. Tuttavia, visto l'ampissimo campione di *DPA* e *NPA* stipulati nel corso degli anni, è possibile tratteggiare una descrizione delle caratteristiche più frequenti che essi assumono.

I *Deferred Prosecution Agreements* consistono in un accordo stipulato fra l'ente indagato e l'accusa, la quale acconsente ad un differimento del proseguimento del procedimento tipicamente per un periodo di tre anni, nel corso del quale la società in questione si impegna ad adempiere determinate obbligazioni contenute nell'accordo stesso. Generalmente, all'ente è richiesto (i) il pagamento di somme di denaro, a titolo di sanzione penale, civile o restituzione; (ii) l'obbligo di cooperare con le indagini in corso; (iii) l'impegno ad adottare un sistema di *compliance* che possa elidere le carenze organizzative che hanno dato luogo all'illecito e prevenirne un futuro insorgere; (iv) la nomina di un *corporate monitor* indipendente, con il compito di supervisionare l'implementazione del nuovo sistema di *compliance* e il rispetto delle clausole dell'accordo; (v) l'ammissione dei fatti relativi all'illecito, anche se non nella forma di una vera e propria ammissione di responsabilità³⁰. Caratteristica peculiare dei *DPA* è che essi vengono stipulati successivamente all'iscrizione dell'ente nel registro delle notizie di reato, e da questa collocazione temporale all'interno del procedimento penale deriva la necessità che tali accordi siano soggetti ad una valutazione giudiziale.

Rispetto ai *DPA*, i *Non-Prosecution Agreements* differiscono non per i contenuti, che sono assimilabili, bensì per il fatto che essi sono stipulati antecedentemente all'iscrizione dell'ente nel registro delle notizie di reato, configurandosi quindi come accordi stipulati "tra autorità inquirente e società indiziata privatamente, ossia in assenza di vaglio giudiziale dacché scongiura[no] l'apertura del procedimento penale"³¹.

Nel caso di *DPA*, dunque, l'esercizio dell'azione penale è differito: qualora l'ente si attenga, per il periodo di tempo stabilito, alle condizioni concordate, il procuratore procederà a disporre l'archiviazione. Nel caso di *NPA*, invece, qualora i termini dell'accordo siano rispettati, il procuratore si limiterà a non esercitare l'azione penale. Qualora, invece, la persona giuridica non si attenga ai termini dell'accordo, a seconda dei casi il procedimento penale riprenderà il suo corso ovvero verrà avviato. Bisogna però notare come per gli enti sia estremamente forte l'incentivo a non violare le prescrizioni dei *DPA* o *NPA*: la pubblica accusa, infatti, "avrà a disposizione non solo il materiale fornito dall'ente indagato, ma anche la dichiarazione con cui quest'ultimo ha ammesso

³⁰ S. ODED, *Deferred Prosecution Agreements: Prosecutorial Balance in Times of Economic Meltdown*, in *Law Journal for Social Justice*, Vol. 2, 2011, p. 69, 70.

³¹ V. D'ACQUARONE, R. ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Rivista* 231, n. 2, 2018, p. 129.

la commissione dell'illecito al suo interno cosicché residuano poche possibilità di evitare la condanna³².

Questi elementi sono presenti nella stragrande maggioranza dei *DPA* e *NPA* stipulati nel corso degli anni³³ e assurgono ormai a contenuti standard dell'istituto.

Avendo tratteggiato i contorni della *pre-trial diversion*, si può ora passare ad esaminarne luci ed ombre, come emerse nell'esperienza applicativa statunitense, al fine di arricchire l'analisi relativa alla potenziale introduzione di un istituto analogo anche nell'ordinamento italiano.

3.3. Le luci della *pre-trial diversion*

Come analizzato nel corso del primo capitolo, molti possono essere i benefici derivanti dall'utilizzo di *DPA* e *NPA* nel campo della criminalità d'impresa. Tali aspetti positivi, oltre ad essere in qualche modo implicitamente sottolineati nelle varie linee guida susseguitesi nel corso degli anni, sono stati messi in luce da parte della dottrina statunitense, che copiosamente si è dedicata allo studio di tale istituto e delle sue conseguenze per gli enti collettivi.

3.3.1. Effetto deterrente e conseguenze collaterali della condanna

Una delle principali preoccupazioni che immediatamente si sono destate fra i commentatori rispetto all'uso estremamente frequente – anche per casi giudiziari di enorme rilevanza – dei meccanismi di diversione processuale attiene al dibattito sull'efficacia deterrente di tali misure: è stato, infatti, segnalato da parte di certa dottrina come il ricorso alla *pre-trial diversion* limiti il valore punitivo e deterrente derivante dall'applicazione della legge ed estingua il fenomeno di condanna sociale che dovrebbe accompagnare la condanna penale³⁴. Tale opinione, pur non essendo isolata nel panorama dottrinario, non è accolta dalla maggioranza degli studiosi, i quali, al contrario, notano come l'efficacia deterrente possa conseguire anche dall'applicazione di tali misure.

Innanzitutto, come visto in precedenza, la stipulazione di accordi di diversione processuale costituisce tutt'altro che una facile scappatoia per l'ente: tipicamente, infatti, vengono concordate misure piuttosto intrusive, che vanno dal pagamento di grosse somme di denaro, all'implementazione del sistema di

³² F. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Indice pen.*, vol. 16, fasc. 2, 2013, p. 742.

³³ Per una indagine quantitativa su *DPA* e *NPA* che riflette questa considerazione, si può fare riferimento a W.A. KAAL, T.A. LACINE, *The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance: Evidence from 1993-2013*, in *The Business Lawyer*, Vol. 70, 2014, p. 61-119.

³⁴ Si veda, fra gli altri, D.M. UHLMANN, *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, in *Maryland Law Review*, Vol. 70, 2013, p. 1301, 1302.

compliance, fino alla nomina di un *corporate monitor* che vigili sul rispetto delle condizioni concordate. Non bisogna poi dimenticare come l'ente sottoposto a *pre-trial diversion* ben difficilmente potrà ritenere conveniente non adempiere alle condizioni e ai termini previsti dall'*agreement*, in quanto, avendo dato luogo nella grande maggioranza dei casi ad una sorta di riconoscimento dei fatti illeciti addebitati dall'accusa, avrebbe pochissime possibilità di non incorrere in una condanna qualora si procedesse con il giudizio.

In aggiunta a tali considerazioni, il grande elemento di novità e di pregio che viene rintracciato nei meccanismi di diversione processuale riguarda la possibilità di attenuare le conseguenze collaterali che spesso accompagnano la condanna penale. Infatti, come discusso nel corso del primo capitolo, la condanna penale di una società inevitabilmente comporta, *inter alia*, una ricaduta negativa in termini di immagine e reputazione per l'ente, che spesso ha la conseguenza di disincentivare consumatori, investitori, *partner* commerciali a continuare ad impegnarsi con l'impresa in questione. La condanna può, dunque, innescare una spirale negativa per l'ente, che in casi estremi può condurre al fallimento, con conseguenze disastrose per investitori, creditori e dipendenti della persona giuridica. Inoltre, tali preoccupazioni non possono che esser amplificate in un periodo come quello attuale, in cui gli strascichi del recente recesso economico sono ancora tangibili³⁵.

In un tale panorama, appare necessario mettere in discussione quali possano gli effettivi benefici per il consorzio sociale derivanti dalla condanna penale di un ente. Infatti, ciò che sembra potersi trarre dalle considerazioni svolte è che, in taluni casi, i possibili effetti negativi che a catena conseguirebbero alla condanna siano tali da sopravanzare gli aspetti positivi. Come è stato autorevolmente sostenuto, in certi casi la condanna dell'ente non aggiunge nulla all'operato del procuratore; al contrario, soprattutto in casi in cui le persone fisiche responsabili dei reati sono sottoposte a procedimento penale, diventa opportuno chiedersi quale effetto aggiuntivo, sanzionatorio o deterrente che sia, verrebbe raggiunto con la condanna penale dell'ente, in particolar modo alla luce delle gravi conseguenze che potrebbero riflettersi su terze parti innocenti³⁶.

Di conseguenza, tanti sono gli studiosi che hanno identificato fra i benefici del crescente ricorso a *DPA* e *NPA* la possibilità per i procuratori di perseguire riforme della *governance* degli enti che possano diminuire il pericolo di ricorrenza dei reati, consentendo al tempo stesso di aggirare la formale condanna penale e le sue conseguenze dannose per la società³⁷. In aggiunta, l'efficacia riconosciuta a tale istituto è ancora maggiore se si riconosce come

³⁵ S. ODED, *Deferred Prosecution Agreements: Prosecutorial Balance in Times of Economic Meltdown*, in *Law Journal for Social Justice*, Vol. 2, 2011, p. 79.

³⁶ D. PITOFSKY, intervista, in *Corporate Crime Reporter*, 19, 46 (8), novembre 2005.

³⁷ C.R. ALEXANDER, M.A. COHEN, *The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution and Plea Agreements*, in *American Criminal Law Review*, Vol. 52, 2015, p. 555.

esso permetta ai *prosecutors* di ottenere misure rimediale più pervasive di quelle normalmente raggiungibili attraverso il tradizionale procedimento penale: infatti, consentendo alle società di non incorrere nella condanna penale e nelle sue conseguenze collaterali, i procuratori si trovano investiti di un grosso potere contrattuale nei confronti degli enti, e per questa via possono con successo ottenere il pagamento di grosse somme di denaro e incidere a fondo nella struttura organizzativa dell'ente con cui è stipulato l'*agreement*³⁸.

3.3.2. Risparmio di risorse pubbliche

Un altro grande beneficio che i sostenitori della *pre-trial diversion* evidenziano è il grande risparmio di risorse che essa consente, specialmente se paragonato ai costi cui si deve fare fronte nel corso di un formale procedimento penale. Infatti, il ricorso alla diversione processuale permetterebbe di risparmiare sulle spese necessarie per le autorità inquirenti, sui costi amministrativi che attengono al sistema giurisdizionale, nonché sui costi che accompagnano lo svolgimento di un processo – fra i quali quelli relativi alla raccolta del materiale probatorio, delle consulenze tecniche, delle deposizioni dei testimoni³⁹.

Inoltre, un'ulteriore spinta verso il risparmio di risorse – in termini sia di denaro che di tempo – potrebbe derivare dal particolare incentivo, garantito dai meccanismi di diversione processuale, al coinvolgimento dell'ente collettivo attraverso la cooperazione con le autorità investigative⁴⁰. Queste ultime si troverebbero, infatti, a poter investire minori risorse sui casi che danno luogo a *DPA* e *NPA*, contando sulla collaborazione degli enti stessi nell'affrontare indagini altrimenti estremamente dispendiose. Tali risorse potrebbero, poi, essere più razionalmente reinvestite per affrontare i casi giudiziari che afferiscono al circuito del tradizionale processo penale.

3.4. Le ombre della *pre-trial diversion*

Messe in luce le potenzialità ed i benefici dell'impiego dei sistemi di diversione processuale nell'ambito dei procedimenti penali a carico degli enti, numerose appaiono, però, le criticità applicative e gli aspetti problematici che si sono manifestati mentre tale istituto si imponeva come uno fra gli strumenti più utilizzati per far fronte alla criminalità d'impresa. La dottrina si è dedicata allo studio di tali tratti negativi che caratterizzano la *pre-trial diversion*, dividendosi fra chi sostiene l'opportunità dell'abbandono del meccanismo in questione, in favore dell'utilizzo solo dei tradizionali strumenti dell'archiviazione o della condanna penale, e chi, invece, si limita a propugnare la necessità di una

³⁸ *Ibidem*, p. 555, 556.

³⁹ S. ODED, *Deferred Prosecution Agreements: Prosecutorial Balance in Times of Economic Meltdown*, in *Law Journal for Social Justice*, Vol. 2, 2011, p. 81.

⁴⁰ C.R. ALEXANDER, M.A. COHEN, *The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution and Plea Agreements*, in *American Criminal Law Review*, Vol. 52, 2015, p. 555.

riforma dell'istituto per ricondurlo entro confini meglio delimitati. Tralasciando le valutazioni e le scelte di politica criminale relative al sistema statunitense, si ritiene opportuna l'analisi dei maggiori aspetti critici sottolineati dai commentatori al fine di meglio cogliere tutte le caratteristiche dell'istituto nell'ottica di una sua potenziale "traduzione" nell'ordinamento italiano.

3.4.1. Episodicità del c.d. effetto Arthur Andersen

Una prima critica che è stata mossa all'utilità della *pre-trial diversion* attiene a quello che, in quale modo, può essere definito come il suo fondamento principale in ambito di criminalità d'impresa. Infatti, come precedentemente visto, il motivo primario che spinge alcuni studiosi a sostenere la necessità "di trattamenti differenziati per le imprese nel cui ambito siano state commesse attività illecite" attiene all'esigenza di "evitare le conseguenze dannose di un'incriminazione formale e di un'eventuale condanna"⁴¹, tali da condurre l'impresa condannata al dissesto e a riversarsi su soggetti innocenti quali investitori, creditori o dipendenti. Come precedentemente accennato, tale fenomeno è comunemente noto con il nome di "effetto Arthur Andersen": infatti, la celebre società di revisione fu la prima vittima illustre delle conseguenze collaterali derivanti da una condanna penale (peraltro successivamente annullata da una pronuncia della Corte Suprema), che la condussero al fallimento e ad una espulsione *de facto* dal mercato.

Il verificarsi di tale effetto Arthur Andersen a seguito della condanna di una società è spesso presentato in letteratura come conseguenza necessaria o, quantomeno, altamente probabile⁴². Tuttavia, alla luce dell'osservazione dei dati empirici successivi alla vicenda che ha coinvolto la società di revisione, si deve notare come raramente imprese ed enti collettivi collassino a seguito di condanne o subiscano altre gravi conseguenze collaterali⁴³. Al contrario, prendendo in considerazione un campione di oltre cinquanta condanne pronunciate nei confronti di società facenti ricorso al mercato del capitale di rischio negli anni compresi fra il 2001 e il 2010, un recente studio ha notato come solo in una stretta minoranza dei casi analizzati si sia verificato il fallimento dell'ente quale conseguenza della condanna⁴⁴.

⁴¹ F. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Indice pen.*, vol. 16, fasc. 2, 2013, p. 750.

⁴² Si vedano, sul punto, anche E.K. AINSLIE, *Indicting Corporations Revisited: Lessons from the Arthur Andersen Prosecution*, in *American Criminal Law Review*, Vol. 43, 2006, p. 107-142; J. KELLY, *The Power of an Indictment and the Demise of Arthur Andersen*, in *South Texas Law Review*, Vol. 48, 2006, p. 509-526.

⁴³ L.A. CUNNINGHAM, *Deferred Prosecutions and Corporate Governance: An Integrated Approach to Investigation and Reform*, in *Florida Law Review*, Vol. 66, Iss. 1, 2015, p. 21.

⁴⁴ G. MARKOFF, *Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century*, in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 15, Iss. 3, 2013, p. 797-842.

Di conseguenza, in un tale scenario, nonostante il c.d. *Filip Memo* metta in luce la necessità di evitare le conseguenze collaterali delle condanne, non risulta esistere l'esigenza di utilizzare *DPA* e *NPA* come strumenti per evitare la "pena di morte" per le società coinvolte in attività criminali. Rimane, chiaramente, possibile che a seguito di una condanna possano verificarsi conseguenze negative per dipendenti, azionisti o, in generale, soggetti terzi innocenti, tuttavia questa eventualità appare configurarsi più come un'eccezione che come la regola⁴⁵.

Inoltre, in dottrina è stato notato come, oltre a non essere giustificato dalle evidenze empiriche disponibili, un eccessivo *focus* sulle conseguenze collaterali della condanna da parte dei procuratori collida con le esigenze di una giusta amministrazione della giustizia e comprometta la protezione di altri interessi meritevoli di tutela. Infatti, vi sono buoni motivi per applicare misure severe alle persone giuridiche colpevoli di gravi reati, quand'anche ciò possa provocare esternalità negative su altri soggetti. Ad esempio, è nell'interesse del consorzio sociale che sia interdetta l'attività ad un'impresa dichiarata colpevole (tramite misure quali il *debarment* o il *delicensing*), almeno fino al momento in cui si ritenga che tale soggetto possa riprendere a svolgere la sua attività lecitamente. Ciò che invece nella prassi accade è che i *prosecutors*, pur lodevolmente, cerchino di soppesare le conseguenze che una condanna da loro comminata potrebbe avere, oltre che sul soggetto condannato, su altre parti innocenti; tuttavia, verosimilmente, nel fare ciò essi si caricano di una responsabilità che non gli appartiene. Infatti, se le conseguenze collaterali di una condanna penale pongono seri problemi, esse andrebbero affrontate concentrandosi sulle norme che di tali conseguenze sono alla base e riformandole, in modo che il verificarsi degli effetti collaterali possa essere mitigato da considerazioni di equità. Non è condivisibile, invece, che preoccupazioni di tal sorta siano tamponate attraverso l'attività dei procuratori, che subordinano l'applicazione di condanne penali ad elementi aleatori come la capacità di un ente di sopravvivere sul mercato⁴⁶.

3.4.2. Una vittoria delle forze del grande business

Facendo leva anche sulle considerazioni *supra* svolte riguardo l'episodicità del verificarsi del c.d. effetto Arthur Andersen, parte della dottrina prosegue nell'argomentare la non giustificabilità dell'estensione dei meccanismi di diversione processuale agli enti, sostenendo che essa, lungi dal rappresentare un'efficace risposta dell'ordinamento alla criminalità d'impresa, sia invece la testimonianza di una vittoria delle forze del grande business, che da decenni si prodigano per indebolire o eliminare il regime di responsabilità

⁴⁵ D.M. UHLMANN, *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, in *Maryland Law Review*, Vol. 70, 2013, p. 1321, 1322.

⁴⁶ J.R. O'SULLIVAN, *How Prosecutors Apply the Federal Prosecutions of Corporations Charging Policy in the Era of Deferred Prosecutions, and What That Means for the Purposes of the Federal Criminal Sanction*, in *American Criminal Law Review*, Vol. 51, 29, 2014, p. 32, 76.

penale delle società⁴⁷. Secondo questa prospettiva, infatti, l'applicazione agli enti dell'istituto in esame non sarebbe "molto di più che un palliativo, per mostrare il pugno duro contro quei colossi finanziari che, invece, definendo le loro possibili pendenze prima del *trial*, di fatto andrebbero a transigere a condizioni ben più vantaggiose di quelle che potrebbero essere loro imposte a fine processo"⁴⁸. Queste considerazioni sembrano valere soprattutto per le imprese finanziariamente più importanti, su cui si regge una buona porzione dell'intera economia degli Stati Uniti⁴⁹. Tali soggetti sono stati definiti, con un'espressione particolarmente efficace, *Too Big To Jail*⁵⁰: infatti, per la loro particolare posizione all'interno del mercato nazionale, queste imprese si trovano investite di una grande forza contrattuale nei confronti dei *prosecutors* stessi e sono in grado di ottenere la conclusione di accordi di diversione processuale caratterizzati da condizioni meno gravose.

È anche sull'onda delle sopracitate considerazioni che alcuni commentatori sottolineano come, in modo criticabile, nel suo sviluppo, la *pre-trial diversion* sia stata, *de facto*, piegata a divenire uno strumento processuale in grado di assicurare una risposta più mite da parte dell'ordinamento a condotte che, al contrario, meriterebbero una reazione più intransigente. Tradizionalmente, infatti, la diversione processuale si è sviluppata con riferimento a soggetti con precedenti penali di trascurabile rilevanza o del tutto mancanti, e in relazione a fattispecie criminose di lieve entità. Al contrario, la prassi del *Department of Justice*, come visto, acconsente alla conclusione a mezzo di *DPA* e *NPA* anche di vicende giudiziarie caratterizzate da reati di grande gravità commessi dai soggetti economici più influenti nel panorama nordamericano⁵¹. Secondo tali studiosi l'utilizzo diffuso dei meccanismi di diversione processuale che il *Department of Justice* ha consolidato nel tempo è, quindi, eccentrico rispetto alle caratteristiche originarie dell'istituto e privo di una giustificazione convincente. Invero, secondo tale linea di pensiero, non vi è la necessità di enucleare una terza via tra la condanna penale e l'archiviazione, se non al fine di perseguire fini ben delimitati, quali possono essere la riabilitazione di soggetti che entrano nel circuito criminale per la prima volta, colpevoli di reati di minor allarme sociale, o la salvaguardia di terzi innocenti che verrebbero gravemente danneggiati da una condanna formale dell'ente dichiarato

⁴⁷ Si veda R. MOKHIBER, *Crime Without Conviction: The Rise of Deferred and Non Prosecution Agreements*, A report released by Corporate Crime Reporter, National Press Club, Murrow Room, Washington, D.C., 28 dicembre 2005, il quale è citato in F. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Indice pen.*, vol. 16, fasc. 2, 2013, p. 750.

⁴⁸ R.A. RUGGIERO, *Non Prosecution Agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, 12 ottobre 2015, p. 14, disponibile su www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁰ Si veda B.L. GARRETT, *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise with Corporations*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

⁵¹ D.M. UHLMANN, *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, in *Maryland Law Review*, Vol. 70, 2013, p. 1337.

colpevole. Tali casi, tuttavia, dovrebbero rimanere confinati nel campo delle eccezioni; al contrario, il governo, usando i *DPA* e *NPA* in modo estremamente diffuso e sostituendoli, a seconda di casi, alla condanna o al provvedimento di archiviazione, rispettivamente erode la disciplina della responsabilità penale delle società – con il rischio di minimizzare la gravità della condotta illecita o addirittura di tollerarla⁵² – ovvero compie un inaccettabile abuso della sua autorità di applicare la legge penale, facendo leva sulla minaccia della condanna penale che egli stesso, però, ritiene non andrebbe comminata nel caso di specie⁵³.

Varie sono, dunque, le criticità segnalate da chi ritiene che l'utilizzo così capillare della *pre-trial diversion* in materia di criminalità d'impresa tradisca un atteggiamento troppo mite dell'ordinamento nei confronti degli enti più influenti nel mercato statunitense; atteggiamento, peraltro, non giustificato dal pericolo delle conseguenze collaterali che la condanna penale di tali soggetti potrebbe causare, alla luce dei dati raccolti dai più recenti studi, che evidenziano come tale eventualità sia meno probabile di quanto spesso sostenuto in letteratura. Parallelamente a questo filone di critica dell'istituto in esame vi è, però, anche chi in dottrina ha analizzato l'impiego della diversione processuale nella disciplina della responsabilità penale delle società da un opposto angolo di visuale. Tali studiosi hanno evidenziato come emergano elementi problematici che attengono non alla troppo lieve reazione dell'ordinamento nei confronti dei reati commessi dagli enti collettivi, quanto piuttosto all'eccessivo potere detenuto dai *prosecutors* nell'applicazione di *DPA* e *NPA*, peraltro privo di controlli successivi sulla bontà del suo esercizio. L'analisi anche di queste ulteriori voci critiche contribuisce ad una maggiore comprensione dell'istituto in esame e degli aspetti problematici che emergono nella sua applicazione concreta.

3.4.3. Mancanza di expertise dei procuratori e di linee guida governative

L'utilizzo estremamente diffuso della *pre-trial diversion* in ambito di criminalità d'impresa ha modificato profondamente i contorni della disciplina della responsabilità penale delle società negli Stati Uniti, soprattutto per quanto riguarda l'esercizio dell'azione penale da parte dei *prosecutors*. La funzione della pubblica accusa, infatti, non è più orientata semplicemente al perseguimento della condanna per i soggetti che si sono resi colpevoli di illeciti penali ma, per il tramite dei *DPA* e *NPA*, si è arricchita della preoccupazione di intervenire sulle opzioni di *governance* e di struttura organizzativa degli enti collettivi. Tale nuova veste assunta recentemente dalla pubblica accusa, nota come *Structural Reform Prosecution*⁵⁴, presenta però vari elementi problematici che sono andati incontro ad aspre critiche.

⁵² *Ibidem*, p. 1336.

⁵³ *Ibidem*, p. 1341, 1342.

⁵⁴ B.L. GARRETT, *Structural Reform Prosecution*, in *Virginia Law Review*, Vol. 93, No. 4, 2007, p. 853-957.

In primo luogo, la conseguenza di questa “nuova era della responsabilità penale delle società” è che “le scelte di *governance* veng[on]o affidate a soggetti – i procuratori – che non ne hanno le necessarie competenze”⁵⁵. Non vale, poi, a mitigare tale preoccupazione il fatto che spesso i *DPA* e *NPA* siano accompagnati dalla nomina di un *corporate monitor*: i soggetti nominati e graditi ai *prosecutors*, infatti, spesso sono a loro volta ex procuratori, egualmente privi di competenze di carattere aziendale⁵⁶. Questo fenomeno è estremamente caratteristico della c.d. *Structural Reform Prosecution*: i procuratori usano i *DPA* e *NPA* per imporre agli enti dei “mandati” che richiedano la modifica del sistema di *governance* interna o delle prassi commerciali, creando e implementando in questo modo nuovi doveri la cui violazione può far incorrere l’ente in sanzioni⁵⁷. L’imposizione di questi mandati non è affatto infrequente: al contrario, il *Department of Justice* incoraggia i procuratori a fare ciò, soprattutto con riferimento agli enti che al momento della commissione dell’illecito possedevano un debole *compliance program*⁵⁸. In particolare, molti mandati richiedono alla persona giuridica di adottare accorgimenti organizzativi che l’ente non sarebbe altrimenti tenuto a rispettare: ad esempio, tramite *DPA* o *NPA* possono essere imposti all’impresa la raccolta di un certo tipo di informazioni ai fini di *compliance*, il tipo e la frequenza delle sessioni di formazione per i dipendenti, l’implementazione di procedure di *due diligence* aggiuntive o di particolari *policies* relative alle erogazioni di denaro, o, ancora, l’aumento del budget devoluto in generale alle attività di *compliance*⁵⁹.

Risulta, quindi, che i procuratori godono di un enorme spazio discrezionale nel determinare il contenuto di questi obblighi aggiuntivi creati *ad hoc* all’interno di ciascun accordo di diversione, assurgendo al rango di “*firm-specific quasi-regulators*”⁶⁰. Senza considerare, poi, che tali nuovi obblighi creati dai procuratori si estendono sovente ben al di là delle imprese all’interno delle quali si è verificato un illecito: “[n]on va infatti sottovalutata l’importante funzione normativa che i *deferred* e *non-prosecution agreements* possono assolvere”, in

⁵⁵ R.A. RUGGIERO, *Non Prosecution Agreements e criminalità d’impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, 12 ottobre 2015, p. 12, disponibile su www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁶ *Ibidem*, nota a piè di pagina n. 45, la quale fa riferimento a V. KHANNA, *Reforming the Corporate Monitor?*, in AA.VV., *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York University Press, 2011, p. 235.

⁵⁷ J. ARLEN, *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements*, in *Journal of Legal Analysis*, Vol. 8, No. 1, 2016, p. 192.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 202.

⁵⁹ J. ARLEN, M. KAHAN, *Corporate Governance Regulation through Nonprosecution*, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 84, 2017, p. 335.

⁶⁰ J. ARLEN, *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements*, in *Journal of Legal Analysis*, Vol. 8, No. 1, 2016, p. 203.

quanto i loro contenuti finiscono per influenzare le scelte di organizzazione di tutte le società che appartengano al medesimo settore⁶¹.

Se queste considerazioni possono far sorgere il dubbio che i *prosecutors* stiano espandendo l'esercizio delle loro funzioni al di là dell'ambito loro assegnato e per il quale possiedono competenze qualificate, ancor più problematico è il fatto che questa grande discrezionalità non sia limitata da linee guida adottate *ex ante* dal Dipartimento di Giustizia. Conseguenza di questo vuoto "normativo" è la mancanza di un meccanismo che possa assicurare una coerenza fra i vari mandati imposti, oltre a impedire che questi ultimi siano caratterizzati da contenuti che riflettono le concezioni personali di ciascun procuratore riguardo il sistema ottimale di *governance* e *compliance* di una società, piuttosto che l'interesse generale⁶².

È innegabile che questa ingerenza dei procuratori in considerazioni di *compliance* e organizzazione aziendale porti con sé il vantaggio di garantire soluzioni "su misura" per il soggetto collettivo che partecipa all'*agreement* in questione, favorendo una riforma dell'ente più efficiente rispetto a quella che si potrebbe ottenere con misure generali applicate dai regolatori a tutte le imprese operanti in un certo mercato⁶³. Risulta, tuttavia, estremamente problematico il fatto che i procuratori utilizzino i *DPA* e *NPA* per guidare le imprese ad intraprendere profonde riforme strutturali senza possedere, da un lato, le necessarie competenze e senza che, dall'altro lato, il *Department of Justice* orienti in qualche modo l'esercizio della loro discrezionalità. È facilmente immaginabile, infatti, che in un contesto di tal sorta sorgano concreti rischi di un utilizzo non coerente degli accordi di diversione fra i vari *prosecutors*, aggravato da potenziali derive di arbitrarietà e disuguaglianza nel trattamento dei soggetti collettivi⁶⁴.

Invero, già si sono verificati alcuni episodi in cui le paventate derive di arbitrarietà si sono concretizzate in un "esercizio del potere discrezionale da parte del *prosecutor* [che] ha dato luogo ad esiti discutibili"⁶⁵. Il caso più emblematico è il *Deferred Prosecution Agreement* concluso nel 2005 fra la società *Bristol-Myers Squibb* e lo *U.S. Attorney Office* del Distretto del New

⁶¹ R.A. RUGGIERO, *Non Prosecution Agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, 12 ottobre 2015, p. 14, disponibile su www.penalecontemporaneo.it.

⁶² J. ARLEN, *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements*, in *Journal of Legal Analysis*, Vol. 8, No. 1, 2016, p. 216.

⁶³ C.R. ALEXANDER, M.A. COHEN, *The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreements*, in *American Criminal Law Review*, Vol. 52, 2015, p. 556.

⁶⁴ S. ODED, *Deferred Prosecution Agreements: Prosecutorial Balance in Times of Economic Meltdown*, in *Law Journal for Social Justice*, Vol. 2, 2011, p. 82, 83.

⁶⁵ F. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Indice pen.*, vol. 16, fasc. 2, 2013, p. 776.

Jersey⁶⁶: una delle clausole concordate fra il *prosecutor* e la società, indagata per fatti di mendacio societario, fu, infatti, quella di istituire una cattedra di *Business Ethics and Corporate Governance* presso la *Seton Hall University School of Law*⁶⁷, la quale, peraltro, era l'*alma mater* del *prosecutor* firmatario dell'accordo⁶⁸. Un altro esempio, in questo senso, è il *Deferred Prosecution Agreement* stipulato con la società *New York Racing Association*, indagata per frode fiscale⁶⁹, in cui una clausola estremamente discutibile prevedeva l'installazione di "video lottery terminals" presso l'ippodromo *Aqueduct Racetrack*⁷⁰. Tale particolare previsione, fondata sul fatto che le entrate generate dalle *slot machines* installate presso gli ippodromi sarebbero dovute essere destinate a finanziamenti per il settore dell'educazione pubblica, risulta, all'evidenza, totalmente priva di collegamento con la frode fiscale oggetto dell'accordo di diversione, apparendo, piuttosto, come un abuso della minaccia della sanzione penale per fini che hanno a che vedere con l'agenda politica dell'amministrazione dello Stato in questione⁷¹.

Sembra quindi, dalle considerazioni che precedono, che l'utilizzo della *pre-trial diversion* sia un'intuizione, sviluppatasi nell'ordinamento statunitense, che avrebbe le potenzialità per costituire una risposta efficace alla criminalità d'impresa. Tuttavia, un grande difetto che caratterizza l'estensione della diversione processuale alla disciplina della responsabilità degli enti è proprio l'eccessiva enfattizzazione della possibilità, per i procuratori, di fare esercizio di discrezionalità, senza che il Dipartimento di Giustizia abbia fornito una chiara linea guida su come esercitare tale ampio potere di scelta⁷². Risulta, di

⁶⁶ *Deferred Prosecution Agreement* fra *Bristol-Myers Squibb* e *U.S. Attorney Office, District of New Jersey*, 15 giugno 2005, consultabile su <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/14272/000119312505125970/dex992.htm> e su <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/bristol-meyers.pdf>.

⁶⁷ *Ibidem*, par. 20.

⁶⁸ Sulle critiche che questo particolare termine dell'accordo ha suscitato si veda, fra gli altri, D. KOCIENIEWSKI, *In Testy Exchange in Congress, Christie Defends His Record as a Prosecutor*, 26 giugno 2009, disponibile su <https://www.nytimes.com/2009/06/26/nyregion/26christie.html>; per un giudizio, invece, positivo sull'operato del *prosecutor* nell'ambito dell'accordo con *Bristol-Myers Squibb* si veda C.J. CHRISTIE, R.M. HANNA, *A push down the road of good corporate citizenship: the deferred prosecution agreement between the U.S. Attorney for the District of New Jersey and Bristol-Myers Squibb Co.*, in *American Criminal Law Review*, Vol. 43, 2006, p. 1043-1061.

⁶⁹ *Deferred Prosecution Agreement* fra *New York Racing Association* e *U.S. Attorney Office, Eastern District of New York*, 10 dicembre 2003, consultabile su <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/nyracingassociation.pdf>.

⁷⁰ *Ibidem*, par. 10.

⁷¹ B.M. GREENBLUM, *What Happens to a Prosecution Deferred – Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements*, in *Columbia Law Review*, 105, 2005, p. 1877, 1878. Sul punto si veda anche B.L. GARRETT, *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise with Corporations*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, p. 76.

⁷² J.H. ARLEN, *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals into Corporate Cops*, in C. BERIA DI

conseguenza, che tale nuova forma di amministrazione della giustizia nel campo della criminalità d'impresa trarrebbe beneficio da uno sforzo volto alla sua formalizzazione e sistematizzazione piuttosto che dal suo rimanere ancorata alla "scatola nera" della tradizionale discrezionalità dei *prosecutors*⁷³.

3.4.4. Mancanza di un successivo controllo giudiziale

I procuratori che utilizzano i *DPA* e *NPA* per promuovere riforme strutturali negli enti non solo fanno esercizio di ampia discrezionalità nel delineare nuovi obblighi a cui l'impresa deve sottostare, ma sono anche, generalmente, svincolati da un genuino controllo da parte di un soggetto esterno che si estenda sia al contenuto dei "mandati" imposti dai *prosecutors*, sia alla loro decisione circa il rispetto o meno, da parte dell'ente, delle condizioni contenute nell'*agreement*⁷⁴.

Anzitutto, i procuratori possono decidere di evitare di sottostare ad un processo di revisione giudiziale semplicemente privilegiando i *Non-Prosecution Agreements*⁷⁵ che, come precedentemente menzionato, stipulandosi in una fase antecedente all'iscrizione vera e propria della notizia di reato, non prevedono un coinvolgimento del giudice. Inoltre, anche qualora si opti per la forma del *DPA*, e il *deferment* debba quindi essere autorizzato dall'autorità giudiziaria, quest'ultima "semberebbe non avere però alcuna voce in capitolo in merito al contenuto dell'accordo"⁷⁶. Infatti, sebbene formalmente permanga in capo al giudice il potere di esercitare un controllo sui *DPA*, che potrebbe spingersi fino a rigettare la proposta di *agreement* fra accusa ed ente indagato, in dottrina è diffusa la convinzione che il controllo giudiziale dei *DPA* sia "un sogno irraggiungibile", destinato a non vedere la sua realizzazione né nella fase di negoziazione dell'accordo né in quella della sua attuazione⁷⁷.

ARGENTINE (a cura di), *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, Giuffrè Editore, 2017, p. 109.

⁷³ L.A. CUNNINGHAM, *Deferred Prosecutions and Corporate Governance: An Integrated Approach to Investigation and Reform*, in *Florida Law Review*, Vol. 66, Iss. 1, 2015, p. 51.

⁷⁴ J. ARLEN, *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements*, in *Journal of Legal Analysis*, Vol. 8, No. 1, 2016, p. 217.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ R.A. RUGGIERO, *Non Prosecution Agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, 12 ottobre 2015, p. 13, disponibile su www.penalecontemporaneo.it.

⁷⁷ C.R. ALEXANDER, M.A. COHEN, *The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution and Plea Agreements*, in *American Criminal Law Review*, Vol. 52, 2015, p. 557. Si vedano anche, sul punto, F.J. WARIN, A.S. BOUTROS, *Deferred Prosecution Agreements: A View From the Trenches and a Proposal for Reform*, in *Virginia Law Review in Brief*, Vol. 93, p. 122; B.L. GARRETT, *Structural Reform Prosecution*, in *Virginia Law Review*, Vol. 93, No. 4, 2007, p. 924, 925.

Recentemente, due casi⁷⁸ in cui l'autorità giudiziaria si è imposta – rivendicando un ruolo non meramente formale nell'approvazione dei *DPA* – avevano fatto presagire una possibile inversione di tendenza. In particolare, nel caso *United States v. Fokker Services, B.V.*, riguardante una violazione delle leggi sull'esportazione, ricevuta la richiesta delle parti di approvare il *DPA* ed escludere la relativa durata temporale dal computo ai sensi dello *Speedy Trial Act*⁷⁹, l'autorità giudiziaria per la prima volta si è spinta a rifiutare l'approvazione del *DPA*. A motivo di tale decisione il giudice aveva sottolineato l'eccessiva mitezza dei termini dell'accordo raggiunto fra le parti, in rapporto alla gravità del reato per cui la società in questione era indagata, tale per cui non era possibile rintracciare gli estremi di un corretto e appropriato uso del potere discrezionale da parte del procuratore⁸⁰. Tuttavia, a seguito dell'impugnazione di tale decisione presso la *Court of Appeals*, si può concludere che, in relazione alla reale incidenza del controllo giudiziale sui *DPA*, si sia tornati allo *status quo ante*. Il giudice di seconde cure, infatti, ha fermamente ribadito come la corte distrettuale avesse ecceduto nell'esercizio della propria autorità ai sensi dello *Speedy Trial Act* rifiutando l'approvazione di un *DPA* unicamente sulla base di rilievi relativi alla modalità con cui il procuratore aveva fatto uso della sua discrezionalità nell'esercitare l'azione penale⁸¹. La Corte di Appello ha poi precisato che ciò che rientra nell'effettivo potere di controllo dell'autorità giudiziaria è, unicamente, la verifica che il *DPA* sia stipulato realmente al fine di permettere all'indagato di dimostrare la propria buona condotta e non già al solo fine di eludere i limiti temporali disposti dallo *Speedy Trial Act*⁸².

Ridotta in tal modo la garanzia giudiziale nel momento della ratifica dell'accordo, quest'ultima “manca altresì nel momento patologico dell'eventuale violazione dello stesso”⁸³: sia i giudici che il *Department of Justice*, infatti, concordano nel ritenere che l'autorità giudiziaria, nel vagliare le sanzioni imposte attraverso i *DPA*, non goda della stessa autorità che solitamente

⁷⁸ Si fa riferimento ai casi *United States v. Saena Tech Corporation*, il cui *Deferred Prosecution Agreement* è stato concluso nel marzo 2014 e *United States v. Fokker Services, B.V.*, decisa dalla *Court of Appeal* del *D.C. District* il 5 aprile 2016.

⁷⁹ *Speedy Trial Act, U.S. Code, Title 18, Chapter 208, par. 3161*, 1974, ai sensi del quale deve essere dato inizio al processo entro settanta giorni dall'iscrizione a registro della notizia di reato, ma nel computo di tale termine non si tiene conto del periodo durante il quale l'esercizio dell'azione penale è differito, in seguito alla stipulazione di un *DPA* approvato dall'autorità giudiziaria, per il fine di permettere al soggetto indagato di dare prova della propria buona condotta. Sul punto si veda anche F. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements: riabilitazione “negoziata” per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Indice pen.*, vol. 16, fasc. 2, 2013, p. 743.

⁸⁰ Memorandum Opinion, JUDGE R.J. LEON, *United States v. Fokker Services, B.V.*, 79 F. Supp. 3d 160, United States District Court, District of Columbia, 5 febbraio 2015.

⁸¹ *United States v. Fokker Services, B.V.*, No. 15-3016, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 5 aprile 2016.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ R.A. RUGGIERO, *Non Prosecution Agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, 12 ottobre 2015, p. 13, disponibile su www.penalecontemporaneo.it.

esercita quando le sanzioni sono imposte attraverso esiti più tradizionali del processo, quali possono essere i *guilty pleas*⁸⁴. Di conseguenza, gli enti collettivi che, consci dei grandi vantaggi che gli deriverebbero, dimostrano di voler concludere accordi di diversione processuale “ad ogni prezzo”, sono forzati a sottomettersi a un regime che si pone al di là di ogni controllo giudiziale, in cui anche la *compliance* rispetto all’accordo concluso è valutata unicamente dai procuratori stessi⁸⁵.

Le considerazioni appena svolte, unite a quelle oggetto del paragrafo precedente, hanno portato alcuni studiosi a concludere che l’utilizzo dei sistemi di diversione processuale in relazione alla responsabilità penale degli enti, per come si è andato configurando negli anni, sia in contrasto con alcuni dei più fondamentali principi su cui si fonda l’ordinamento statunitense.

Infatti, come è stato messo in luce, i *prosecutors* utilizzano i *DPA* e *NPA* per imporre regole create *ad hoc* per l’ente indagato, diverse da quelle cui devono sottostare gli altri enti che non sono parte di un accordo di diversione processuale. In questo modo i procuratori si arrogano una prerogativa – quella di imporre doveri ai soggetti dell’ordinamento – normalmente appartenente alle assemblee legislative o alle agenzie amministrative. Infine, i procuratori godono di un grosso margine di discrezionalità nell’imporre i “mandati” che ritengono più opportuni, non potendosi riferire ad alcuna linea guida emanata dal *Department of Justice* e, soprattutto, non essendo soggetti ad un vero ed efficace controllo giudiziale. La conclusione cui qualche studioso è giunto, quindi, è che la nuova era della *Structural Reform Prosecution* si pone in contrasto con il fondamentale principio della *rule of law*⁸⁶. Ancora, un ulteriore elemento che appare violare i principi dello “Stato di diritto”, è quello per cui la mancanza di regole generali che possano *ex ante* informare l’attività dei procuratori, unita alla mancanza di un controllo *ex post* da parte dell’autorità giudiziaria, spesso non permette che attraverso i *pre-trial diversion agreements* sia riservato un trattamento eguale a soggetti che si trovano in situazioni equiparabili⁸⁷. Infatti, sebbene i *DPA* e *NPA* siano accordi volontari fra le parti, essi non sono equiparabili a dei contratti di diritto privato, poiché coinvolgono l’esercizio dell’autorità governativa e della sua prerogativa di poter limitare i diritti altrui; non è, quindi, accettabili che uno strumento dotato di una tale incidenza si sviluppi in modo svincolato dalla *rule of law*⁸⁸. Infine, ancora in riferimento ad un altro pilastro del sistema penalistico degli Stati Uniti e delle sue garanzie costituzionali, è stato notato come, allo stato attuale, l’utilizzo dei *DPA* e *NPA* sembri trasformare il *prosecutor*, allo

⁸⁴ J. ARLEN, *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements*, in *Journal of Legal Analysis*, Vol. 8, No. 1, 2016, p. 217.

⁸⁵ B.M. GREENBLUM, *What Happens to a Prosecution Deferred – Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements*, in *Columbia Law Review*, 105, 2005, p. 1892.

⁸⁶ J. ARLEN, *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements*, in *Journal of Legal Analysis*, Vol. 8, No. 1, 2016, p. 204, 205.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 220, 221.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 212, 213.

stesso tempo, in giudice e giuria, insidiando l'elementare e fondamentale principio della separazione dei poteri⁸⁹.

3.4.5. Assenza di trasparenza nel processo di selezione dei corporate monitors

Come precedentemente accennato, un numero consistente di *DPA* e *NPA* prevede, in aggiunta alle prescrizioni che attengono alle modifiche di *governance* e *compliance*, la nomina di un *monitor* esterno con il compito di verificare che l'ente collettivo rispetti i doveri imposti dall'*agreement* e, in alcuni casi, anche di ricercare elementi di prova di ulteriori comportamenti illeciti da parte dell'ente stesso⁹⁰. A fare da *pendant* a tali prerogative, nel caso in cui il *monitor* non sia persuaso della sufficienza delle misure prese dall'ente per conformarsi ai termini dell'accordo, egli può normalmente riferire all'organo di accusa, consigliando la rimozione dell'accordo di diversione processuale e il proseguimento del procedimento penale vero e proprio⁹¹. Il particolare ruolo rivestito da questi consulenti esterni, con i grandi benefici che ne può trarre il *Department of Justice*, ha creato un sempre maggiore interesse all'inserimento nella compagine societaria di tale figure professionali: “[i] *monitor*, infatti, hanno accesso incondizionato ai documenti e sono in grado di conoscere tutto ciò che avviene all'interno delle imprese, senza essere ad esse vincolati da un rapporto di dipendenza o di fiducia”⁹², con ciò qualificandosi, presumibilmente, come “la modalità più sicura e incisiva per entrare nelle società e acquisire ogni informazione utile, passata, presente e futura”⁹³.

I soggetti che rivestono il ruolo di *corporate monitors* sono scelti dall'ente parte dell'accordo, con il coinvolgimento, in vario grado, da parte dei procuratori: in alcuni casi alla società è concesso di scegliere dei *monitors* che risultino “accettabili” per la pubblica accusa; nella maggioranza dei casi, tuttavia, essi sono scelti da un gruppo ristretto di ex giudici, ex procuratori o ex agenti degli organi di controllo, che sono percepiti come affidabili da tutte le parti dell'*agreement*⁹⁴.

È proprio sul processo di nomina di questi consulenti esterni che si appuntano le maggiori critiche relative alla prassi in esame. Infatti, nell'assenza, ancora una volta, di specifiche *guidelines* da parte del *Department of Justice*, la

⁸⁹ R.A. EPSTEIN, *The Deferred Prosecution Racket*, in *The Wall Street Journal*, 28 novembre 2006, disponibile su <https://www.wsj.com/articles/SB116468395737834160>.

⁹⁰ J. ARLEN, M. KAHAN, *Corporate Governance Regulation through Nonprosecution*, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 84, 2017, p. 338.

⁹¹ V. KHANNA, T.L. DICKINSON, *The Corporate Monitor: The New Corporate Czar?*, in *Michigan Law Review*, Vol. 105, Iss. 8, 2007, p. 1721.

⁹² R.A. RUGGIERO, *Non Prosecution Agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, 12 ottobre 2015, p. 12, disponibile su www.penalecontemporaneo.it.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ S. ODED, *Deferred Prosecution Agreements: Prosecutorial Balance in Times of Economic Meltdown*, in *Law Journal for Social Justice*, Vol. 2, 2011, p. 78, 79.

scelta dei *monitors* è sempre stata largamente influenzata dalla personale discrezione del procuratore che, volta per volta, concludeva un *pre-trial diversion agreement*. Per questo, e anche al fine di limitare il rischio di abuso di potere da parte dei procuratori, è stata da alcuni studiosi fortemente sostenuta la necessità che il processo di selezione dei *corporate monitors* sia informato a criteri di trasparenza, esperienza e merito⁹⁵. In aggiunta, è stato suggerito che sarebbe opportuno che ai *monitors* – che non sono scelti dagli azionisti e non sono soggetti alle leggi del mercato, che possano influenzare il loro comportamento – siano assegnati doveri fiduciari nei confronti degli azionisti stessi, di modo che siano resi responsabili di fronte ad essi⁹⁶ e non soltanto davanti all'autorità giudiziaria⁹⁷.

Per vero, nel 2008, il *Department of Justice* ha diffuso il *Memorandum on the Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations* (c.d. *Morford Memo*), in cui specifica come il processo di selezione dei *monitors* debba essere configurato in modo da (i) portare alla scelta di un soggetto che sia altamente qualificato e rispettato, tenendo conto dell'idoneità rispetto al compito assegnato ed a tutte le circostanze del caso, (ii) evitare situazioni di potenziale o concreto conflitto di interesse e (iii) ingenerare pubblica fiducia⁹⁸.

Sicuramente un tale intervento da parte del *Department of Justice* ha contribuito a rendere il processo di selezione dei *monitors* più trasparente e meno affidato alla sola discrezionalità dei procuratori, ma appare come vi sia ancora necessità di adottare nuove misure per rispondere a tutte le criticità emerse a questo riguardo.

3.4.6. *Squilibrio contrattuale nella conclusione dell'agreement*

Un ultimo e profondo elemento di criticità che è stato evidenziato nell'analisi degli accordi di diversione processuale applicati agli enti collettivi riguarda il processo di conclusione di tali *agreements* e, in particolare, la sperequazione che si verifica fra le posizioni assunte dalla pubblica accusa e dall'ente indagato.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 84.

⁹⁶ *Ibidem*. Sul punto si veda anche V. KHANNA, T.L. DICKINSON, *The Corporate Monitor: The New Corporate Czar?*, in *Michigan Law Review*, Vol. 105, Iss. 8, 2007, p. 1742.

⁹⁷ J. O'HARE, *The Use of the Corporate Monitor in SEC Enforcement Actions*, in *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, Vol. 1, Iss. 1, 2006, p. 105. L'autore nota, infatti, come sia problematico che un soggetto come il *corporate monitor* possa supervisionare il comportamento di una società per un periodo di tempo piuttosto lungo senza alcun meccanismo di responsabilità verso gli azionisti, che lo porterebbe a trascurare l'ampia e sfaccettata gamma di interessi propri dell'ente collettivo.

⁹⁸ C.S. MORFORD, *Deputy Attorney General, U.S. Department of Justice, Memorandum for Heads of Department Components United States Attorneys: Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations*, marzo 2008, sez. II.

Infatti, è stato osservato come “le società non abbiano alcun tipo di margine nella conduzione delle trattative” e come esse, di conseguenza, per evitare la condanna e le gravi conseguenze collaterali che ne potrebbero derivare, “sono costrette ad accettare ogni genere di richiesta imposta dalla pubblica accusa” nella conclusione degli accordi pre-processuali, quand’anche “in presenza di elementi probatori inconsistenti o a condizioni di gran lunga deteriori rispetto a quelle che potrebbero derivare da una sentenza di condanna”⁹⁹. Addirittura, è stato paventato il rischio che le società si trovino a tal punto *de facto* costrette ad accettare le condizioni proposte da parte della pubblica accusa, da acconsentire ad essere assoggettate ad accordi di diversione processuale anche in casi che, in passato, non avrebbero nemmeno richiesto l’esercizio dell’azione penale da parte del *prosecutor*¹⁰⁰. La causa di questo fenomeno ha largamente a che vedere con le già descritte conseguenze collaterali della condanna penale. Come già si è visto, la minaccia di tali conseguenze collaterali e del ritorno di immagine negativo è percepita come particolarmente seria dalle persone giuridiche, più ancora che dalle persone fisiche. Il risultato di questa particolare vulnerabilità è che le società oggetto di indagini per illeciti di natura penale sono soggette ad una enorme pressione che le conduce ad accettare la diversione processuale “virtualmente ad ogni costo”¹⁰¹. Infatti, poiché la principale caratteristica della *pre-trial diversion* è proprio quella di consentire l’aggiramento di tali conseguenze collaterali, pur mantenendosi all’interno di una strategia *lato sensu* sanzionatoria, il sempre crescente ricorso a tale strumento nel campo della criminalità d’impresa non fa che naturalmente incrementare l’incentivo per gli enti a fare tutto quanto necessario per vedersi differire l’esercizio dell’azione penale a mezzo di un accordo pre-processuale, con ciò garantendo ai procuratori la possibilità di imporre unilateralmente i termini dell’*agreement*¹⁰².

Come visto nel corso dei paragrafi precedenti, l’esercizio di un tale potere unilaterale da parte dei *prosecutors* ha dato luogo ad eclatanti esempi di abuso di questa “posizione dominante”, attraverso l’imposizione agli enti di termini e condizioni eccentrici rispetto all’illecito commesso e rispondenti a diverse logiche e interessi particolari, peraltro senza la presenza di un effettivo controllo giudiziale tanto sulla ragionevolezza di tali condizioni quanto sul loro rispetto o meno da parte dell’ente indagato. È stato quindi fatto notare come una tale distribuzione sbilanciata del potere contrattuale, unita alla mancanza di argini che impediscano che la discrezionalità della pubblica accusa si trasformi in abuso, porti – paradossalmente – a generare risposte afflittive che non solo

⁹⁹ R.A. RUGGIERO, *Non Prosecution Agreements e criminalità d’impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, 12 ottobre 2015, p. 11, disponibile su www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰⁰ S. ODED, *Deferred Prosecution Agreements: Prosecutorial Balance in Times of Economic Meltdown*, in *Law Journal for Social Justice*, Vol. 2, 2011, p. 83.

¹⁰¹ B.M. GREENBLUM, *What Happens to a Prosecution Deferred – Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements*, in *Columbia Law Review*, 105, 2005, p. 1895.

¹⁰² *Ibidem*, p. 1886.

colpiscono la società indagata, ma minano anche quegli stessi interessi collaterali che la diversione processuale mirava a tutelare¹⁰³.

Le considerazioni che precedono sollevano poi interrogativi di più ampio respiro, relativi al complesso rapporto fra pena, riabilitazione e rispetto dei diritti fondamentali. È stato infatti sostenuto che “[n]on essendoci un corpo da straziare e un animo da umiliare, la sanzione diretta all’impresa può permettersi quell’invadenza, quella pervasività e anche quella violenza che un diritto penale moderno e rispettoso della dignità umana respinge con forza qualora il destinatario sia una persona fisica” e che, per tale via, nei confronti di una persona giuridica “il diritto penale può dar sfogo a tutte le pretese di rimodellamento e di riformulazione completa della struttura”, arrivando a raggiungere l’obiettivo della rieducazione del condannato nel suo senso più assoluto, mito inarrivabile per il diritto penale delle persone fisiche¹⁰⁴. Infatti, secondo alcuni autorevoli commentatori, l’interposizione di un soggetto collettivo fra il governo ed i suoi cittadini in qualche misura allarga il confine morale della coercizione e mitiga le preoccupazioni relative alla dignità e libertà degli individui, con la conseguenza che, qualora al banco degli imputati siedano gli enti, il governo possa legittimamente perseguire obiettivi sociali con maggiore aggressività di quella che si potrebbe permettere nei confronti delle persone fisiche¹⁰⁵.

La prassi dei *pre-trial diversion agreements* negli Stati Uniti sembra inserirsi all’interno di tale linea di pensiero, nella misura in cui le imprese vengono costrette, “sotto la minaccia dell’apertura di un procedimento penale dalle conseguenze nefaste, a concludere un accordo con il *prosecutor*, senza peraltro essere nelle condizioni di esercitare alcun potere negoziale” e senza che, spesso, la sostenibilità economica degli impegni che ne conseguono per gli enti venga valutata nel corso delle trattative¹⁰⁶.

Vi sono però anche voci in dottrina che dissentono da quanto *supra* prospettato, ritenendo che, come le persone fisiche, nemmeno gli enti collettivi possano essere forzati a divenire dei “cittadini modello”: infatti, “[u]na simile scelta, unitamente alle relative conseguenze in termini di sanzioni in caso di violazione della legge, dovrebbe essere lasciata all’ente stesso, a meno che non lo si voglia considerare come un soggetto incapace di agire

¹⁰³ *Ibidem*, p. 1892, 1893.

¹⁰⁴ C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè Editore, 2002, p. 291.

¹⁰⁵ M. DAN-COHEN, *Sanctioning Corporations*, in *Journal of Law and Policy*, 19, 2010, p. 43.

¹⁰⁶ F. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements: riabilitazione “negoziata” per l’ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Indice pen.*, vol. 16, fasc. 2, 2013, p. 776.

responsabilmente”, nel qual caso, tuttavia, non avrebbe nemmeno senso muovergli un rimprovero¹⁰⁷.

Tale dibattito rimane tuttora aperto, essendo suscettibile di diverse risposte lo sforzo di trovare un corretto bilanciamento fra le giustificate esigenze di repressione e prevenzione dei reati, da un lato, e le altrettanto fondamentali necessità di tutela delle posizioni dei soggetti indagati, imputati o condannati – siano essi persone fisiche o giuridiche – e dei loro diritti fondamentali, dall’altro. Il delicato equilibrio, poi, fra rieducazione e libertà è da sempre oggetto di dialettica e riflessione, come è auspicabile che sia: la fissazione di tale equilibrio è infatti una scelta “politica” nel senso più nobile del termine, e risulta un efficace indicatore del tipo di società e stato in cui un soggetto si trova¹⁰⁸.

3.5. Proposte di riforma

Molti sono, come visto, i tratti dell’istituto che hanno sollevato aspre critiche fra gli studiosi. Ciò che stupisce in particolar modo è la tendenza al superamento delle caratteristiche del processo penale statunitense, con l’autorità giudiziaria che, attraverso la figura del procuratore, non si limita più unicamente al ruolo di arbitro nella contesa, ma si spinge a dettare le regole dell’economia¹⁰⁹. Di più, non è solo il processo penale statunitense ad essere sovvertito dalla nuova era della *Structural Reform Prosecution*: quest’ultima, infatti, con i *prosecutors* che vestono i panni degli attori del mercato e con il mercato che, grazie al loro intervento sopravvive, ha più in generale decretato la fine “del liberismo tradizionalmente inteso, insieme alla giustizia del *laissez faire*”¹¹⁰, che storicamente costituivano la cifra caratteristica dell’economia degli Stati Uniti.

Preso atto di tali prorompenti novità, che si colgono ad un’attenta osservazione della diffusione degli accordi di diversione processuale, sono state avanzate alcune proposte che mirano alla riconduzione di tale fenomeno entro confini più delimitati, tanto con riferimento all’ambito applicativo dell’istituto quanto alla sua assoggettabilità a linee guida preventive ed a controlli giudiziari successivi. Di seguito si darà conto brevemente di tali proposte, data la loro utilità anche in ottica *de iure condendo* rispetto all’ordinamento italiano.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 775. L’autore prosegue, poi, ipotizzando che gli enti collettivi, in ambito europeo, potrebbero trovare protezione da una simile ingerenza dell’autorità giudiziaria invocando la violazione dei diritti di partecipazione azionaria invocando l’art. 1 del Protocollo n. 1 alla C.E.D.U. o, addirittura, in una interpretazione evolutiva, l’art. 3 C.E.D.U. a tutela del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti, quale potrebbe essere ritenuta la strumentalizzazione a fini di prevenzione dei reati.

¹⁰⁸ Si veda a questo proposito, come magistrale esempio, A. BURGESS, *A Clockwork Orange*, UK, William Heinemann, dicembre 1962.

¹⁰⁹ R.A. RUGGIERO, *Non Prosecution Agreements e criminalità d’impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, 12 ottobre 2015, p. 14, disponibile su www.penalecontemporaneo.it.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 18.

3.5.1. Riconoscimento di un maggiore ruolo del giudice e formulazione di linee guida

È opinione ormai diffusa fra i commentatori nordamericani, come si è avuto modo di approfondire, che, malgrado i potenziali benefici derivanti dall'applicazione degli accordi negoziati di diversione processuale agli enti collettivi indagati per illeciti penali, tali effetti positivi non hanno modo di realizzarsi compiutamente. È infatti ravvisato dalla grande maggioranza degli studiosi un fallimento del tentativo di corredare tale istituto di adeguati indirizzi di orientamento della discrezionalità dei procuratori e di un efficace controllo successivo da parte del giudice¹¹¹.

Innanzitutto, è stato sostenuto che, al fine di limitare la troppo ampia discrezionalità di cui godono i procuratori e prevenire i possibili abusi di tale potere, sarebbe necessario prevedere e definire maggiormente il ruolo rivestito dal giudice nell'interpretare ed applicare i termini concordati dalle parti nell'*agreement*¹¹². In particolare, al fine di evitare il pericolo opposto di un'eccessiva ingerenza del giudice in uno stadio del procedimento penale ancora saldamente nelle mani dei *prosecutors*, è stato proposto un approccio c.d. *wait-and-see*: in questo modo la decisione circa il differimento o meno dell'esercizio dell'azione penale rimarrebbe nell'ambito della discrezionalità del procuratore e dell'accordo stipulato con l'ente indagato, con la possibilità, tuttavia, che l'esecuzione dei termini previsti nell'accordo sia monitorata, potendo il giudice annullare le clausole che cerchino di aggirare la possibilità di un controllo giudiziale, nonché intervenire sulla discrezionalità dei procuratori solo laddove questi ultimi effettivamente ne abusino¹¹³.

Tuttavia, è stato altresì sottolineato come il solo controllo giudiziale non sia sufficiente a risolvere i problemi relativi al rispetto della *rule of law*. Infatti, un evidente ostacolo all'efficacia della funzione di vigilanza da parte del giudice è la mancanza di *standard* interpretativi che egli possa impiegare nella valutazione di *DPA* e *NPA*¹¹⁴. L'assenza di indirizzi interpretativi, infatti, come lascia i procuratori liberi di esercitare la propria discrezionalità in maniera estremamente ampia, allo stesso modo lascia i giudici sguarniti di linee guida a cui informare la propria attività di valutazione e controllo. Di conseguenza, la semplice previsione di un maggiore controllo giudiziale sugli accordi di diversione processuale porterebbe i giudici a dover decidere, alternativamente, (i) di approvare tutti gli accordi che non siano in palese contrasto con la

¹¹¹ J.H. ARLEN, *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals into Corporate Cops*, in C. BERIA DI ARGENTINE (a cura di), *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, Giuffrè Editore, 2017, p. 110.

¹¹² B.M. GREENBLUM, *What Happens to a Prosecution Deferred – Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements*, in *Columbia Law Review*, 105, 2005, p. 1899.

¹¹³ *Ibidem*, p. 1900.

¹¹⁴ J. ARLEN, *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements*, in *Journal of Legal Analysis*, Vol. 8, No. 1, 2016, p. 227.

Costituzione o con disposizioni di legge in generale, oppure (ii) di limitare la discrezionalità dei procuratori rifacendosi ad una stretta interpretazione delle (invero troppo) scarse e generali indicazioni fornite dal *Department of Justice*, oppure ancora (iii) di approvare tutti gli accordi che, secondo la propria personale cognizione di quali debbano essere gli obiettivi da perseguire attraverso la responsabilità penale delle società e gli appropriati usi a questi fini della *pre-trial diversion*, appaiono ragionevoli¹¹⁵.

In aggiunta, bisogna anche considerare che, generalmente, il giudice ha possibilità di conoscere i termini della vicenda giudiziaria che viene posta alla sua attenzione solamente in un momento in cui l'accordo preprocessuale è già stato concluso. Ciò è connaturato alla *ratio* di tale istituto, che consente all'ente indagato di differire il proseguimento del procedimento penale sottoponendosi ai contenuti dell'accordo concordato con la pubblica accusa. Tuttavia, in questo modo, il giudice si deve spesso confrontare con materiali con cui non ha avuto modo di acquisire familiarità, quali possono essere lo *statement* in cui l'ente indagato riconosce i fatti commessi oppure la complessa architettura di obblighi e sanzioni imposti dall'accusa; di conseguenza, troppo raramente il giudice avrà avuto modo di approfondire la propria conoscenza riguardo il caso in esame in maniera sufficiente da permettergli di esercitare efficacemente il suo ruolo di supervisore¹¹⁶.

Per questo, in aggiunta ad un incrementato ruolo riconosciuto al giudice, appare opportuno che il governo intraprenda le azioni necessarie a fornire formali e precise linee guida o disposizioni che governino l'utilizzo di *DPA* e *NPA*, sia per quanto riguarda i presupposti della loro applicazione, sia per quanto riguarda i contenuti ed i tipi di mandati che i procuratori possano legittimamente imporre¹¹⁷.

3.5.2. Sviluppo di un sistema di responsabilità degli enti multi-livello

Fra le proposte che sono state avanzate, ve ne sono alcune che sostengono la necessità di inserire l'utilizzo dei *DPA* e *NPA* all'interno di un sistema di responsabilità degli enti che si sviluppi su vari livelli. Infatti, riconoscendo che per meglio contrastare il fenomeno della criminalità d'impresa sia necessario indurre le imprese stesse ad individuare la commissione degli illeciti al loro interno, denunciare e cooperare con le autorità investigative, alcuni propongono che la disciplina della responsabilità degli enti collettivi sia configurata in modo tale da concretizzare tali incentivi tramite un sistema sanzionatorio ad afflittività "scalare".

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 228.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 229. Si veda anche, nella medesima ottica, J.R. O'SULLIVAN, *How Prosecutors Apply the Federal Prosecutions of Corporations Charging Policy in the Era of Deferred Prosecutions, and What That Means for the Purposes of the Federal Criminal Sanction*, in *American Criminal Law Review*, Vol. 51, 29, 2014, p. 60

Il sistema di responsabilità dovrebbe, quindi, prevedere oltre agli obblighi di rispetto della legge, anche obblighi di monitoraggio delle proprie attività: la risposta sanzionatoria dovrà a questo punto essere più severa – attraverso la comminazione di una condanna penale corredata da sanzioni gravose – per gli enti che non rispettino nessuna delle due categorie di obblighi; al contrario, gli enti che rispettino il dovere di monitoraggio e si attivino cooperando con le autorità una volta individuata la commissione di un illecito, dovrebbero poter accedere ad una forma di responsabilità meno severa, che potrebbe essere ottenuta tramite gli accordi di diversione processuale¹¹⁸. Tali accordi, frutto della negoziazione fra ente indagato e pubblica accusa, appaiono essere una puntuale soluzione per veicolare il proposto sistema di responsabilità penale delle società multi-livello: essi, infatti, consentirebbero ai procuratori di garantire agli enti un trattamento più favorevole ed appetibile, controbilanciato però da esigenti richieste in termini di attività di *compliance*, controllo, denuncia e collaborazione con le autorità, delineando uno scenario che va a vantaggio di tutte le parti coinvolte¹¹⁹. Se, infatti, per gli enti oggetto di indagine da parte degli organi investigativi è evidente la convenienza di tale collaborazione, che eviterebbe le gravose conseguenze di una condanna penale, anche per l'autorità governativa deriverebbero benefici, sia in termini di risparmio di risorse, sia in termini di una maggiore prevenzione e repressione della criminalità d'impresa, come si è avuto modo di notare nei paragrafi precedenti.

3.5.3. *Utilizzo di DPA e NPA per contrastare i c.d. policing agency costs*

Un'ulteriore proposta che è stata avanzata mira a ridefinire e restringere i presupposti applicativi dell'istituto in esame.

È stato, infatti, precisato come, in linea di principio, risulti preferibile imporre alle imprese regole e doveri, fra cui i doveri di monitoraggio delle attività svolte al loro interno, attraverso misure generali formulate *ex ante*, piuttosto che attraverso una regolamentazione particolare come quella che avviene attraverso l'uso dei *pre-trial diversion agreements*. Infatti, in questo modo, tali doveri di "autocontrollo" – e gli incentivi al loro rispetto che, come *supra* visto, questi obblighi pongono – si applicano ad un bacino più ampio di enti, oltre ad essere adottati da organi che garantiscono maggiore accuratezza e cautela nel processo di deliberazione ed un più attento vaglio dei vari interessi in gioco, rispetto al metodo discrezionale e spesso unilaterale usato dai procuratori nell'adottare gli accordi di diversione processuale¹²⁰.

¹¹⁸ J.H. ARLEN, *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals into Corporate Cops*, in C. BERIA DI ARGENTINE (A CURA DI), *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, Giuffrè Editore, 2017, p. 93.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 102.

¹²⁰ J. ARLEN, M. KAHAN, *Corporate Governance Regulation through Nonprosecution*, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 84, 2017, p. 348, 349.

Tuttavia, i *pre-trial diversion agreements* sono ritenuti la soluzione ottimale in un caso specifico: quando l'ente sia caratterizzato da significativi *policing agency costs*, ovvero sia quando i dirigenti dell'impresa, direttamente o indirettamente responsabili dell'adempimento dei doveri di monitoraggio, traggono benefici personali dal tollerare la commissione di illeciti all'interno dell'impresa e da una loro imperfetta individuazione e denuncia alle autorità investigative¹²¹. I motivi per cui una tale situazione può essere meglio affrontata a mezzo degli accordi di diversione processuale sono molteplici. Infatti, innanzitutto, la semplice previsione di sanzioni rivolte all'impresa potrebbe non fornire ai dirigenti un incentivo sufficiente ad agire nel miglior interesse dell'ente, atteso il ritorno in termini di vantaggio personale che essi traggono dalla mancanza di denuncia dell'illecito e di cooperazione con le autorità; inoltre, spesso è difficile identificare correttamente le imprese affette da significativi *policing agency costs* attraverso precisi criteri di applicazione generale adottati *ex ante*; infine, i procuratori potrebbero essere, invece, in una miglior posizione per identificare tali tipi di enti, considerato che, nel corso delle indagini da essi condotte, spesso possono venire in possesso di informazioni relative al funzionamento – o, in questo caso, non funzionamento – dei meccanismi di monitoraggio interno dell'impresa e delle cause di tale fenomeno¹²². Di conseguenza, secondo la teoria qui prospettata, i *pre-trial diversion agreements* potrebbero soccorrere ed integrare un più tradizionale regime di responsabilità basato su una normazione di carattere generale e preventivo, garantendo la possibilità ai procuratori di intervenire e meglio affrontare i problemi di *policing agency costs*, ove presenti.

Chiaramente, perché ciò avvenga, è necessario che gli accordi di diversione processuale siano stipulati nell'ottica di affrontare questa specifica deficienza nell'organizzazione societaria: gli accordi che si limitino a richiedere l'adozione di un programma di *compliance* o di migliorare in modo generico la *corporate governance* non sono tollerati dalla teoria qui descritta, poiché portano con sé l'inevitabile rischio che i *prosecutors* compiano degli errori di scelta nell'imporre riforme interne. Al contrario gli *agreements* preprocessuali dovranno, alternativamente, imporre specifici obblighi di monitoraggio, la cui mera violazione generi l'imposizione di sanzioni anche in assenza della commissione di un illecito penalmente rilevante, oppure affidare l'autorità sul controllo del rispetto di tali obblighi a soggetti (interni o esterni all'ente) non affetti dai descritti costi di agenzia¹²³.

Descritte in questo modo le luci e le ombre che sono emerse nell'applicazione sempre crescente dei *DPA* e *NPA* agli enti indagati per la commissione di illeciti di rilevanza penale, risulta ora estremamente interessante analizzare come gli accordi di diversione processuale siano stati trasposti all'interno dell'ordinamento del Regno Unito. Infatti, pur rimanendo in

¹²¹ *Ibidem*, p. 353

¹²² *Ibidem*, p. 353 e ss.

¹²³ *Ibidem*, p. 383.

larga parte aderenti al modello nordamericano, i *Deferred Prosecution Agreements* britannici sono caratterizzati da alcuni importanti accorgimenti e diversità, lo studio dei quali può senz'altro fornire utili indicazioni a chi voglia ipotizzare una riforma del sistema di responsabilità degli enti che ricomprenda l'istituto in esame.

4. DEFERRED PROSECUTION AGREEMENTS NELL'ORDINAMENTO DEL REGNO UNITO

L'ordinamento del Regno Unito si caratterizza per essere stato il primo sistema giuridico europeo ad intercettare le voci di chi, all'interno delle autorità preposte all'applicazione della legge, lamentava la mancanza di strumenti per fronteggiare adeguatamente il fenomeno della criminalità d'impresa¹²⁴, ed a ritenere che l'esperienza dei *pre-trial diversion agreements* statunitensi fosse, in questo senso, meritevole di essere trasposta all'interno del proprio arsenale sanzionatorio. Nel fare ciò, tuttavia, esso ha tenuto conto delle criticità emerse nell'esperienza nordamericana e delle caratteristiche precipue del proprio ordinamento giuridico, con il risultato di aver adottato un istituto che si ispira ampiamente a quello *supra* descritto di matrice statunitense, dal quale tuttavia si discosta per alcuni, importanti, tratti caratteristici.

Nel corso del paragrafo verrà, quindi, dato conto del processo che ha portato all'introduzione nell'ordinamento britannico dei *Deferred Prosecution Agreements* e delle valutazioni svolte dagli studiosi dopo le prime applicazioni concrete dell'istituto in esame.

4.1. La genesi dell'istituto

Gli accordi di diversione processuale sono stati inseriti all'interno dell'ordinamento del Regno Unito quale risposta all'esigenza avvertita di strumenti che consentissero di fronteggiare il fenomeno della criminalità d'impresa in modo più rapido, efficace, proporzionato e certo.

Infatti, prima della riforma, la commissione di un reato da parte di un ente collettivo poteva avere come conseguenza o l'apertura di un procedimento penale o la sanzione a mezzo di un *civil recovery order*. Entrambe tali strategie, come riconosciuto dallo stesso Ministero della Giustizia, si caratterizzavano per la lunghezza delle indagini, per gli alti costi richiesti e, di conseguenza, per il ristretto numero di imprese che potevano essere sottoposte ad una risposta sanzionatoria da parte dell'ordinamento¹²⁵. Inoltre, prosegue il Ministero della

¹²⁴ SIR O. HEALD, *The mechanics of Deferred Prosecution Agreements in the UK*, Speech to the C5 7th Advanced Forum on Anti Corruption on the role of prosecutors and the court, 26 giugno 2013, disponibile su <https://www.gov.uk/government/speeches/the-mechanics-of-deferred-prosecution-agreements-in-the-uk>.

¹²⁵ U.K. MINISTRY OF JUSTICE, *Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations: Deferred prosecution agreements*, presentato al Parlamento dal *Lord Chancellor* e dal *Secretary of State for Justice*, maggio 2012, p. 8.

Giustizia, sebbene la condanna penale possa essere un utile strumento per sanzionare la condotta illecita di una società, essa potrebbe anche avere conseguenze negative che si ripercuotono su terze parti prive di colpa e che possono portare l'ente a uscire irrimediabilmente dal mercato. Al contrario, i *civil recovery orders* possono essere efficaci metodi per recuperare i profitti della condotta illecita e per evitare gli effetti collaterali tipici dello strumento penale, tuttavia essi sollevano la problematica di non poter sempre garantire una adeguata compensazione per le vittime del reato ed una penalizzazione per la condotta posta in essere dall'ente¹²⁶.

A fronte di tali gravi e sistematiche criticità, che a ben vedere ricalcano le stesse preoccupazioni che hanno dato vita all'emergere dei *DPA* e *NPA* nella prassi statunitense, l'introduzione dei *pre-trial diversion agreements* è stata concepita nell'ottica di (i) migliorare la flessibilità del sistema, garantendo processi più puntuali ed efficaci nonché un migliore uso delle risorse e (ii) assicurare un maggior numero di enti colpevoli di reati alla giustizia, incentivando i fenomeni di auto monitoraggio e denuncia¹²⁷.

Dopo un periodo di consultazione, proposto dal Ministero della Giustizia, su tali problematiche ed esigenze avvertite dagli operatori del settore, nel 2013 è stato approvato il *Crime and Courts Act* il quale, alla *Section 45, Schedule 17*, dispone l'introduzione nell'ordinamento del Regno Unito – inizialmente solo con riferimento all'Inghilterra e al Galles – dei *Deferred Prosecution Agreements*. Questi ultimi sono definiti come accordi fra un procuratore designato ed un soggetto indagato per uno fra i reati specificamente previsti dallo stesso atto legislativo, i quali garantiscano, a determinate condizioni, al soggetto indagato che rispetti i termini previsti nell'accordo stesso la cessazione del procedimento penale nei propri confronti¹²⁸.

Come già accennato, sebbene rimanga evidente il riferimento al modello statunitense, le cui caratteristiche principali sono mutate nell'istituto adottato nel Regno Unito, il *Crime and Courts Act* prevede, poi, una disciplina per certi tratti autonoma e differente rispetto a quella che caratterizza i *Deferred Prosecution Agreements* nordamericani. Una prima fondamentale differenza fra i due ordinamenti, in particolare, risiede nella base giuridica a fondamento dell'istituto in esame. Se, infatti, negli Stati Uniti gli accordi di diversione processuale applicati agli enti sono stati il frutto dello svilupparsi di una prassi fra i procuratori, accompagnata da linee guida dal contenuto (troppo) vago, nel Regno Unito, al contrario, l'introduzione dei *DPA* è avvenuta per mezzo di una disciplina positiva. Tale fenomeno, che può apparire singolare dal punto di vista della pura tradizione di *common law* – ma che è, come *supra* accennato, uno dei frutti della convergenza che negli ultimi anni si sta verificando fra le due anime della tradizione giuridica occidentale – risulta, invece, pienamente

¹²⁶ *Ibidem*, p. 9.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 12, 13.

¹²⁸ *Crime and Courts Act* 2013, *Section 45, Schedule 17*.

giustificabile: l'ordinamento britannico, infatti, a differenza di quello nordamericano "non conosce una lunga tradizione di istituti di *deferred prosecution*, ragione per la quale una regolamentazione specifica della materia era senz'altro opportuna"¹²⁹.

Una seconda, fondamentale, differenza fra i due ordinamenti consiste, poi, nel mancato recepimento, a fianco dei *DPA*, dei *Non-Prosecution Agreements*: tali accordi, con le caratteristiche *supra* discusse, sono stati, infatti, ritenuti incompatibili con il sistema costituzionale e le tradizioni legali britanniche, per via del loro considerevolmente minor grado di trasparenza e per l'assenza di controllo giudiziale¹³⁰.

4.2. Le caratteristiche dell'istituto

Dopo aver messo in luce, brevemente, gli elementi che hanno portato alla scelta di arricchire con i *DPA* l'arsenale sanzionatorio a disposizione dei procuratori nei confronti del fenomeno della criminalità d'impresa e i passaggi che hanno portato all'adozione del *Crime and Courts Act* del 2013, risulta a questo punto opportuno analizzare più attentamente i contenuti specifici della disciplina.

Tale disamina prenderà le mosse dalle previsioni contenute nel testo del *Crime and Courts Act* per poi proseguire analizzando i contenuti del *Code of Practice*, redatto di concerto dal *Serious Fraud Office* e dal *Crown Prosecution Service* ai sensi del *Crime and Courts Act*.

4.2.1. La disciplina del *Crime and Courts Act* 2013

Analizzando il contenuto della disciplina disposta dal *Crime and Courts Act*, bisogna, innanzitutto, notare come l'operatività dell'istituto sia limitata, sia da un punto di vista soggettivo sia da un punto di vista oggettivo. Sotto il primo aspetto, l'accesso ai *DPA* è garantito in generale agli enti collettivi, siano essi un *body corporate*, una *partnership*, od una *unincorporated association*, ma è precluso alle persone fisiche¹³¹; sotto il secondo aspetto, le fattispecie criminose che possono dare luogo all'applicazione di un *DPA* sono elencate nel *Crime and Courts Act*¹³², che menziona, in particolare, illeciti in materia

¹²⁹ F. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Indice pen.*, vol. 16, fasc. 2, 2013, p. 753.

¹³⁰ U.K. MINISTRY OF JUSTICE, *Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations: Deferred prosecution agreements*, presentato al Parlamento dal *Lord Chancellor* e dal *Secretary of State for Justice*, maggio 2012, p. 19.

¹³¹ *Crime and Courts Act* 2013, Section 45, Schedule 17, par. 4.

¹³² *Ibidem*, par. 15-27.

economica e finanziaria¹³³. Al termine dell'elencazione dei "reati presupposto" è inserita, però, una "valvola di chiusura", che ha l'effetto di estendere "la normativa in commento a tutti i reati 'strumentali' (*ancillary offences*) a quelli espressamente indicati"¹³⁴. In particolare, l'atto legislativo definisce come *ancillary offences* (i) le condotte di favoreggiamento, complicità, assistenza o induzione alla commissione del reato, (ii) l'illecito di cui alla Parte 2 del *Serious Crime Act 2007* (istigazione o assistenza nel reato) e (iii) il tentativo o la cospirazione per commettere il reato¹³⁵.

Fatte queste precisazioni, il *Crime and Courts Act* passa a disciplinare i contenuti dei *DPA*, elencando, oltre a una serie di clausole che, a titolo meramente esemplificativo, possono o meno essere presenti nell'accordo preprocessuale, anche alcuni contenuti la cui previsione è necessaria perché il *DPA* sia valido.

Ed infatti, innanzitutto viene stabilito che un *DPA* debba necessariamente contenere una dichiarazione relativa ai fatti oggetto di indagine, la quale può anche contenere ammissioni di responsabilità da parte dell'ente¹³⁶. Tale previsione, in modo analogo all'esperienza statunitense, svolge un ruolo chiave nel garantire efficacia deterrente agli accordi di diversione processuale: come si vedrà in seguito, infatti, qualora i termini dell'accordo non siano rispettati, la ripresa del procedimento penale avrà un esito quasi necessariamente sfavorevole all'ente indagato, proprio in forza dell'utilizzabilità ai fini probatori dello *statement of facts* inizialmente contenuto nel *DPA*.

In secondo luogo, un altro contenuto obbligatorio dei *DPA* è la previsione di un termine finale allo scadere del quale l'accordo cessa di avere effetto, se ciò non sia già avvenuto per effetto di una violazione dei termini dello stesso¹³⁷.

Successivamente, il testo legislativo passa ad esemplificare alcuni contenuti che i *DPA* possono imporre all'ente che vi prende parte: il pagamento di una sanzione pecuniaria o di una somma compensativa alle vittime del reato contestato; la donazione di denaro ad enti di beneficenza o altri soggetti terzi; la restituzione del profitto conseguito dall'ente in seguito alla commissione del reato contestato; la modifica del programma di *compliance* o la sua adozione, se mancante; la cooperazione alle indagini o il pagamento dei costi ragionevolmente sostenuti dalla Procura in relazione al reato contestato o al *DPA* stesso. Il *Crime and Courts Act* prosegue, poi, specificando che i *DPA* possono prevedere termini temporali entro cui l'ente debba adempiere alle prescrizioni contenute nell'accordo, nonché la regolamentazione delle

¹³³ F. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Indice pen.*, vol. 16, fasc. 2, 2013, p. 754.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 755.

¹³⁵ *Crime and Courts Act 2013, Section 45, Schedule 17, par. 29.*

¹³⁶ *Ibidem*, par. 5.1.

¹³⁷ *Ibidem*, par. 5.2.

conseguenze in caso di mancato rispetto delle stesse. Un'ultima precisazione riguarda, infine, le prestazioni pecuniarie richieste all'ente, le quali è previsto che debbano essere pressoché comparabili a quelle che sarebbero state imposte in seguito ad una condanna a mezzo di *guilty plea*¹³⁸.

Questo aspetto della disciplina dei *DPA* britannici è un elemento di chiara novità e di evidente pregio. Infatti, da un lato viene evitata una eccessiva cristallizzazione dei contenuti che possono essere previsti nei *DPA*, mantenendo, quindi, l'adattabilità dello strumento alle circostanze del caso concreto – aspetto, questo, che rende l'accordo di diversione processuale più appetibile rispetto alla tradizionale condanna penale¹³⁹; dall'altro lato, una tale predeterminazione dei contenuti dell'accordo, integrata poi dalle previsioni del *Code of Practice*, svolge una importante funzione per "scongiorare eventuali abusi da parte del *prosecutor* in sede di trattative"¹⁴⁰.

Un ulteriore elemento che marca la distanza fra i *DPA* britannici e quelli statunitensi è il maggiore ruolo riconosciuto al giudice. Infatti, dopo l'inizio delle negoziazioni fra il procuratore e l'ente, ma prima che sia raggiunto un accordo sui termini del *DPA*, il procuratore deve adire la *Crown Court* perché questa, in un *preliminary hearing* con carattere privato, dichiari, se lo ritenga, che (i) la conclusione di un *DPA* con l'ente in questione è plausibilmente nell'interesse della giustizia e (ii) i termini dell'accordo appaiono giusti, ragionevoli e proporzionati¹⁴¹. In questa fase, "al giudice non è affidato alcun potere nella formazione o nella modifica dei contenuti dell'accordo", anche se è verosimile che egli svolga un'attività di mediazione fra i diversi interessi in gioco nonché di "portavoce" dei soggetti non coinvolti nelle trattative"¹⁴². Successivamente, una volta concluse le negoziazioni sui termini dell'accordo, affinché il *DPA* svolga i suoi effetti il procuratore deve adire nuovamente la *Crown Court* perché in un *final hearing* confermi la dichiarazione emessa nel *preliminary hearing*, la quale questa volta non sarà più di carattere prognostico/ipotetico ma definitivo. Una volta approvato dalla Corte, il procuratore deve pubblicare il *DPA* accompagnato dalla dichiarazione giudiziale di approvazione, corredata dalle motivazioni della corte¹⁴³.

¹³⁸ *Ibidem*, par. 5.3-5.5.

¹³⁹ B. MORGAN, Joint Head of Bribery and Corruption at the Serious Fraud Office, *The future of Deferred Prosecution Agreements after Rolls-Royce*, discorso al seminario per General Counsel e Compliance Counsel di enti ed istituzioni finanziarie, Norton Rose Fulbright LLP, 7 marzo 2017, disponibile su: <https://www.sfo.gov.uk/2017/03/08/the-future-of-deferred-prosecution-agreements-after-rolls-royce/>.

¹⁴⁰ F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 2/2016, p. 84, 85.

¹⁴¹ *Crime and Courts Act 2013, Section 45, Schedule 17, par. 7.*

¹⁴² F. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Indice pen.*, vol. 16, fasc. 2, 2013, p. 756.

¹⁴³ *Crime and Courts Act 2013, Section 45, Schedule 17, par. 8.*

Sulla scia delle decise critiche che la prassi dei *DPA* statunitense ha, come visto, sollevato con riguardo all'insufficienza del controllo giudiziale sulla discrezionalità dei procuratori, è stato sostenuto che un tale doppio coinvolgimento del giudice potrebbe risultare di aiuto anche al fine di alimentare una fiducia pubblica nell'istituto in esame, allontanando i sospetti che i *prosecutors* concludano accordi "confortevoli" per gli enti e "a porte chiuse"¹⁴⁴.

A questo punto, una volta che il *DPA* concluso fra l'ente ed il procuratore sia entrato in vigore, a quest'ultimo spetta un ruolo di supervisione e controllo durante la fase di esecuzione dell'accordo¹⁴⁵: il *Crime and Courts Act*, infatti, prevede che il procuratore, qualora ritenga che l'ente abbia violato alcuno dei termini del *DPA*, debba adire nuovamente la Corte. Il giudice, una volta accertata la violazione dell'accordo, potrà poi, alternativamente, invitare le parti a rinegoziare i termini dell'accordo, in modo da porre rimedio all'infrazione dello stesso, oppure decidere di porre termine al *DPA*¹⁴⁶. In quest'ultimo caso, riprenderà il suo corso il procedimento penale in cui, come anticipato, lo *statement of facts* contenuto nel *DPA* già approvato dalla corte potrà essere trattato dalla pubblica accusa alla stregua di prova irrefutabile, ai sensi del *Criminal Justice Act 1967, Section 10*¹⁴⁷. Sembra, perciò, che il legislatore britannico abbia ritenuto che, essendo i *DPA* soggetti ad una doppia delibazione giudiziale, ed essendo essi comunque resi pubblici dal procuratore prima della loro entrata in vigore, le garanzie dell'indagato nel procedimento penale fossero sufficientemente salvaguardate¹⁴⁸.

Nel diverso caso in cui, invece, alle negoziazioni fra procuratore ed ente non abbia fatto seguito l'approvazione del *DPA* da parte del giudice, il materiale relativo alle negoziazioni dell'accordo, fra cui anche un eventuale provvisorio *statement of facts*, soggiace a regole più garantiste. Esso, infatti, potrà essere utilizzato come prova nei confronti dell'ente indagato solamente nel caso di procedimento penale instaurato in seguito a dichiarazioni non accurate, ingannevoli o incomplete rese dall'ente stesso ovvero in caso di procedimento penale relativo ad altri capi di imputazione, in cui l'ente abbia fornito dichiarazioni incompatibili con detto materiale¹⁴⁹. In questo caso, correttamente, il legislatore ha propeo per una disciplina differente: "poiché il procedimento in

¹⁴⁴ J. O'BRIEN, O. DIXON, *Deferred Prosecutions in the Corporate Sector: Lessons from LIBOR*, in *Seattle University Law Review*, Vol. 37, 2014, p. 507. Sul punto, si veda anche U.K. MINISTRY OF JUSTICE, *Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations: Deferred prosecution agreements*, presentato al Parlamento dal *Lord Chancellor* e dal *Secretary of State for Justice*, maggio 2012, p. 21.

¹⁴⁵ F. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Indice pen.*, vol. 16, fasc. 2, 2013, p. 758.

¹⁴⁶ *Crime and Courts Act 2013, Section 45, Schedule 17, par. 9.*

¹⁴⁷ *Ibidem, par. 13.*

¹⁴⁸ F. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Indice pen.*, vol. 16, fasc. 2, 2013, p. 758.

¹⁴⁹ *Crime and Courts Act 2013, Section 45, Schedule 17, par. 13.*

esame tende a promuovere un accordo attraverso un negoziato informale, durante il quale le parti [...] ‘scoprono le proprie carte’ liberamente”, è necessario per la tenuta e la credibilità dell’istituto garantire all’indagato che le sue dichiarazioni non potranno essere utilizzate, se non in casi eccezionali, in ulteriori procedimenti a suo carico¹⁵⁰.

Infine, per concludere l’esame della disciplina contenuta nel *Crime and Courts Act*, qualora il *DPA* segua il suo corso fisiologico – e venga, cioè, rispettato in tutti i suoi aspetti fino al termine finale – come già anticipato, l’ente vedrà il procedimento penale a suo carico archiviato, non potendo, peraltro, essere sottoposto a nuovi procedimenti per il medesimo fatto¹⁵¹.

Come si è avuto modo di esaminare, la disciplina dei *DPA* contenuta nel *Crime and Courts Act* si caratterizza per una discreta analiticità, specie se comparata al panorama statunitense in cui la discrezionalità dei procuratori è, spesso, vincolata solo in minima parte dalle linee guida del *Department of Justice*. Lo sforzo di regolamentazione del fenomeno degli accordi di diversione da parte del legislatore, tuttavia, non si arresta con le disposizioni di legge esaminate.

Infatti, è lo stesso *Crime and Courts Act* a prevedere che il direttore dell’organo di pubblica accusa ed il direttore del *Serious Fraud Office* debbano redigere, congiuntamente, un Codice per i procuratori, il quale fornisca linee guida da seguire nell’esercizio della loro discrezionalità. In particolare, il Codice stabilisce i principi generali da applicare nella valutazione circa l’appropriatezza o meno, nel caso concreto, della stipulazione di un *DPA*, nonché le regole che disciplinano la rivelazione di informazioni, durante le negoziazioni del *DPA* o successivamente alla sua conclusione, da parte del procuratore all’ente indagato¹⁵².

4.2.2. La disciplina del Code of Practice

Ai sensi della disposizione poc’anzi richiamata, il 14 febbraio 2014, dopo un periodo di consultazione pubblica, il *Crown Prosecution Service* ed il *Serious Fraud Office*, congiuntamente, hanno pubblicato un *Code of Practice*, a cui è seguita, dieci giorni dopo, l’entrata in vigore dell’istituto dei *Deferred Prosecution Agreements*¹⁵³. L’attivazione dello strumento del *DPA* rimane una scelta discrezionale da parte del procuratore, ma egli, nell’esercitare tale funzione discrezionale, è obbligato a rifarsi alle indicazioni contenute nel *Code*

¹⁵⁰ F. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements: riabilitazione “negoziata” per l’ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Indice pen.*, vol. 16, fasc. 2, 2013, p. 758.

¹⁵¹ *Crime and Courts Act 2013, Section 45, Schedule 17, par. 11.*

¹⁵² *Ibidem, par. 6.*

¹⁵³ Ulteriori informazioni relative all’iter che ha portato all’entrata in vigore dei *DPA* possono essere reperite, sul sito web del *Serious Fraud Office*, all’indirizzo <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/deferred-prosecution-agreements/>.

of Practice, come è stabilito nella disposizione del *Crime and Courts Act* che funge da base giuridica per l’emanazione del Codice in esame¹⁵⁴.

Innanzitutto, il *Code of Practice* si sofferma a precisare quali sono i presupposti per l’attivazione dello strumento dei *DPA*, ossia i criteri che devono sostenere il procuratore chiamato a valutare se la stipulazione di un *DPA* sia una risposta adeguata a fronte della contestazione ad un ente di una condotta illecita. Il Codice dispone che il procuratore applichi un “*test*” composto di due fasi. In un primo momento (c.d. *evidential stage*), il procuratore deve valutare, basandosi su materiale probatorio ammissibile, l’esistenza di – almeno – un “realistico sospetto” che l’ente abbia commesso l’illecito, il quale possa far ritenere che la continuazione delle indagini condurrebbe, in tempi ragionevoli, ad una “realistica prospettiva di condanna”¹⁵⁵. La richiesta del superamento di una soglia indiziaria siffatta – che non è andata esente da critiche, come si avrà modo di vedere – risponde alla preoccupazione del Governo di “attenuare l’onere probatorio richiesto nei procedimenti relativi alle cc.dd. *mens rea offences*”, ossia quei reati per i quali è richiesta la dimostrazione, da parte dell’organo di accusa, che gli organi apicali dell’ente (la c.d. *directing mind and will*) abbiano commesso l’illecito, nell’esercizio delle proprie funzioni, sorretti dal richiesto elemento psicologico¹⁵⁶. Tale dimostrazione è, infatti, estremamente difficile da fornire in relazione alle sofisticate e moderne organizzazioni commerciali, con il rischio che rimanga frustrata l’esigenza di repressione dei fenomeni di criminalità d’impresa¹⁵⁷.

Superato questo primo stadio, la seconda valutazione (c.d. *public interest stage*) attiene a se la scelta di non instaurare un tradizionale procedimento penale e di attivare, invece, il meccanismo dei *DPA* risponda o meno ad esigenze di interesse pubblico. Nel caso in cui entrambe queste valutazioni diano esito positivo, il procuratore potrà dare avvio al meccanismo dell’accordo di diversione processuale, adendo, come *supra* visto, il giudice perché approvi il *DPA*. Al contrario, ove la valutazione del procuratore si arresti all’*evidential stage*, dando esito negativo, egli dovrà valutare l’opportunità di procedere con un *Civil Recovery Order*.

Il Codice precisa, poi, che nell’operare tale valutazione il *prosecutor* debba fare riferimento alle linee guida ed agli strumenti di *soft law* già presenti nell’ambito dell’ordinamento del Regno Unito, come il *Code for Crown Prosecutors*, la *Joint Prosecution Guidance on Corporate Prosecution* e la *Joint*

¹⁵⁴ *Crime and Courts Act* 2013, Section 45, Schedule 17, par. 6.

¹⁵⁵ *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, emanato dal Crown Prosecution Service e dal Serious Fraud Office, 2014, par. 1.

¹⁵⁶ F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell’esperienza anglo-americana*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 2/2016, p. 84.

¹⁵⁷ U.K. MINISTRY OF JUSTICE, *Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations: Deferred prosecution agreements*, presentato al Parlamento dal *Lord Chancellor* e dal *Secretary of State for Justice*, maggio 2012, p. 8.

Prosecution Guidance relativa al *Bribery Act* 2010. In particolare, con riferimento al *public interest stage*, il procuratore dovrà considerare la gravità del reato, valutando non solo il valore del profitto conseguito o della perdita causata, ma anche il rischio di conseguenze negative a carico del pubblico, di vittime non identificate, degli azionisti, dei dipendenti, dei creditori, e della stabilità e integrità dei mercati finanziari¹⁵⁸.

Al fine di guidare maggiormente la complessa valutazione circa la rispondenza della stipulazione di un *DPA* all'interesse pubblico, il Codice elenca anche una serie non esaustiva di "*additional public interest factors*", distinguendo fra quelli che dovrebbero far propendere il procuratore per l'opportunità di instaurare un procedimento penale e quelli che, al contrario, indicano che il *DPA* potrebbe essere uno strumento adeguato. Nella prima categoria si fa riferimento – fra gli altri elementi – alla presenza di precedenti analoghi, specie se facenti parte della consolidata prassi commerciale dell'ente, alla mancanza o inadeguatezza di un *compliance programme*, nonché all'incapacità dell'ente – qualora si siano verificati in precedenza illeciti al suo interno – di implementare misure idonee a prevenirne il compimento o di segnalarlo alle autorità¹⁵⁹.

Con riguardo, invece, ai fattori che indicano che il *DPA* potrebbe essere una soluzione nell'interesse pubblico viene posta molta enfasi, oltre che sulla mancanza di precedenti rilevanti, o sulla probabilità del verificarsi di conseguenze sproporzionate e collaterali nei confronti dell'ente e dei soggetti terzi innocenti, anche, e principalmente, sull'atteggiamento genuinamente proattivo dell'ente, che si può estrinsecare nella denuncia alle autorità della scoperta della commissione di un illecito al proprio interno o nell'adozione di misure rimediali o di compensazione per le vittime; ancora, viene valutata positivamente l'esistenza di un "*compliance programme* proattivo", adottato tanto precedentemente alla verifica dell'illecito quanto successivamente, al momento della sua denuncia. Addirittura, fra i fattori da valutare viene inclusa anche la possibilità che, essendosi verificato l'illecito tempo addietro, l'ente sia divenuto, nel frattempo, "un soggetto diverso rispetto a quello che ha commesso il reato", perché, ad esempio, è stato acquisito da un'altra entità collettiva oppure non opera più nello stesso settore di mercato o, ancora, ha dato luogo ad un cambiamento del *management* ed ha intrapreso azioni disciplinari nei confronti dei soggetti colpevoli¹⁶⁰.

È stato notato in dottrina come "sia proprio su questo terreno che la *diversion* pare apportare il contributo maggiormente innovatore del sistema", in particolare dando un'inedita rilevanza alla categoria della c.d. colpa di reazione ed ampliando il campo di applicazione del *compliance programme*, fino a quel

¹⁵⁸ *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, emanato dal Crown Prosecution Service e dal Serious Fraud Office, 2014, par. 2.4.

¹⁵⁹ *Ibidem*, par. 2.8.1.

¹⁶⁰ *Ibidem*, par. 2.8.2.

momento previsto solo per le organizzazioni commerciali “rilevanti” nei casi di corruzione¹⁶¹, ed ora esteso, invece, a tutto il perimetro applicativo della normativa in questione, che coincide sostanzialmente con l’area della criminalità d’impresa¹⁶².

Il Code of Practice segue, poi, tutte le fasi di cui si compone l’iter che porta all’entrata in vigore del *DPA*, dettando disposizioni di maggiore dettaglio rispetto a quelle contenute nel *Crime and Courts Act*.

Di particolare interesse appaiono, a questo proposito, i paragrafi che il Codice dedica ai contenuti – necessari ed eventuali – del *DPA*. Dopo aver ripercorso e meglio specificato quanto già previsto all’interno del *Crime and Courts Act*, il Codice apre alla possibilità che un *DPA* contenga la nomina di un *monitor* con il compito di assistere e monitorare l’ente nell’implementazione o irrobustimento del proprio *compliance programme*, nonché di denunciare al *prosecutor* eventuali illeciti che riscontri durante lo svolgimento della sua attività¹⁶³. Il *Code of Practice* è piuttosto preciso nel disciplinare questo possibile contenuto del *DPA*: in particolare, è disposto che l’ente durante le negoziazioni proponga al procuratore tre potenziali *monitors*, corredando la propria proposta con le relative qualifiche e specifiche competenze, oltre che con le informazioni relative agli eventuali rapporti intercorrenti fra questi ultimi e l’ente stesso, al fine di evitare conflitti di interesse. Spetta, poi, al procuratore selezionare uno fra i *monitor* proposti e sottoporre tale nominativo all’approvazione giudiziale, o, al contrario, richiedere all’ente di formulare una nuova proposta¹⁶⁴.

Il Codice, a questo punto, nell’esemplificare i termini che possono caratterizzare il mandato del *monitor*, fornisce indirettamente interessanti indicazioni in merito ad una corretta organizzazione aziendale. Viene, infatti, indicato come auspicabile che l’ente si doti, fra le altre cose, di un codice di condotta, di procedure che consentano ai c.d. *whistleblowers* di effettuare segnalazioni di condotte illecite in modo sicuro e di procedure idonee a identificare le più importanti aree di rischio – specie con riguardo agli ambiti della corruzione e del riciclaggio di denaro. Viene poi suggerito che l’ente predisponga meccanismi per l’aggiornamento e la verifica dell’efficacia degli accorgimenti messi in campo e che sia fatto riferimento – per la predisposizione di un adeguato *compliance programme* – anche alle altre linee guida esistenti in materia di organizzazione aziendale, come la *Guidance* relativa al *Bribery Act* 2010, la *OECD Good Practice Guide on Internal Controls, Ethics and*

¹⁶¹ Si fa riferimento al *Bribery Act* 2010, *Section 7*, recante *Failure of relevant commercial organisations to prevent bribery*.

¹⁶² F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conduct inglese: spunti per alcune riflessioni de jure condendo*, in *Indice pen.*, vol. 1, n. 1-2, 2015, p. 186.

¹⁶³ *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, emanato dal Crown Prosecution Service e dal Serious Fraud Office, 2014, par. 7.12.

¹⁶⁴ *Ibidem*, par. 7.15-7.17.

*Compliance ed il U.S. Sentencing Commission's Federal Sentencing Guidelines Manual*¹⁶⁵.

Tale è, in sintesi, la disciplina che caratterizza i *DPA* nell'ordinamento del Regno Unito. A questo punto risulta interessante soffermarsi sulle indicazioni che sono emerse nella prassi applicativa dell'istituto – per vero ancora piuttosto ristretta – per trarre utili riscontri in merito a come lo sforzo di regolamentazione dei *DPA* appena descritto si sia tradotto sul piano concreto dei casi all'esame dei giudici.

In particolare, ciò che è utile valutare in ottica *de iure condendo* è se gli aspetti di disciplina che si distaccano maggiormente dal modello nordamericano – ossia, principalmente, la presenza di una normativa *ad hoc* corredata da specifiche linee guida e la maggiore attenzione riservata al ruolo del giudice – abbiano effettivamente contribuito a modellare un istituto che presenti minori aspetti problematici e criticità di quello proprio dell'ordinamento degli Stati Uniti.

4.2.3. *Le indicazioni che emergono dalle prime applicazioni concrete dell'istituto*

Al momento attuale si contano quattro casi di *DPA* conclusi nel Regno Unito: il primo è stato concluso nel 2015 con *Standard Bank PLC*, indagata per “*Failure to prevent bribery*” ai sensi della Section 7 del *Bribery Act 2010*; il secondo è stato concluso nel 2016 nei confronti di una piccola o media impresa inglese (i cui dettagli non sono stati rivelati per via di procedimenti penali collegati alla vicenda ancora in corso), indagata per “*Conspiracy to corrupt*” e “*Conspiracy to bribe*”, nonché per “*Failure to prevent bribery*”; il terzo ha avuto luogo nel 2017 nei confronti di *Rolls-Royce PLC*, indagata per “*Conspiracy to corrupt*”, “*False accounting*” e “*Failure to prevent bribery*”; l'ultimo è stato, infine, concluso con *Tesco PLC*, indagata per “*False accounting*”¹⁶⁶.

Ad una prima analisi si deve notare come l'applicazione dei *DPA* nel Regno Unito proceda ad un ritmo estremamente più cauto rispetto a quanto accade negli Stati Uniti. Sebbene questa considerazione non permetta ancora di trarre conclusioni più generali, essendo il *Crime and Courts Act* una riforma legislativa molto recente che richiede il trascorrere ancora di qualche anno per poter essere correttamente valutata, il dato in esame può essere interpretato, per il momento, come indizio di una maggiore accuratezza nel valutare la sussistenza, nel caso concreto, dei presupposti il ricorso al *DPA*. Tale maggiore prudenza nel fare ricorso allo strumento in esame può essere il frutto di una concezione che vede i *DPA* come un'utile strategia aggiuntiva per fronteggiare efficacemente la criminalità economica d'impresa: spesso la tradizionale condanna penale rimarrà la risposta più adeguata, ma talvolta si imporrà

¹⁶⁵ *Ibidem*, par. 7.21-7.22.

¹⁶⁶ Informazioni tratte dalle *news releases* pubblicate sul sito del SFO: <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/deferred-prosecution-agreements/>.

l'esigenza di ricorrere a strumenti alternativi, di cui i *DPA* costituiscono un importante, ma non esclusivo, esempio¹⁶⁷.

Analizzando, poi, i singoli *DPA* sinora conclusi nel Regno Unito, emerge che due sono stati i principali elementi che hanno diretto la scelta della pubblica accusa nel senso dell'opportunità della diversione processuale: l'atteggiamento proattivo dimostrato dall'ente e la sproporzionata gravità delle conseguenze di una eventuale condanna penale.

Infatti, è stata ritenuta nell'interesse della giustizia la conclusione di *DPA* anche in casi in cui gli illeciti contestati erano di estrema gravità. In particolare, il caso *Rolls-Royce PLC* riguardava una società di grandi dimensioni che era stata per tre anni posta sotto indagine dal *Serious Fraud Office*, il quale contestava condotte illecite fortemente radicate e diffuse nel modo di fare affari della stessa, sviluppatasi nel corso di decenni e su diverse giurisdizioni¹⁶⁸. Nonostante lo stesso presidente della *Queen's Bench Division*, adito per l'approvazione del *DPA*, abbia ammesso che, inizialmente, avesse ritenuto istintivamente meritevole di un tradizionale procedimento penale il caso in esame, per la gravità e l'estensione dei fatti contestati¹⁶⁹, la diversione processuale è stata ritenuta, infine, la strategia più adeguata in forza dell'atteggiamento tenuto dall'ente indagato, il quale si era prodigato nel collaborare con le autorità e nell'adottare accorgimenti idonei a prevenire il verificarsi di reati della stessa specie, in modo da persuadere la corte che nulla di aggiuntivo si sarebbe potuto esigere dall'ente per rimediare all'illecito commesso¹⁷⁰.

Diversamente, nel caso del *DPA* concluso nel 2016 con una piccola o media impresa, è stata conferita rilevante importanza alle conseguenze che sarebbero derivate da un'eventuale condanna penale sia per l'ente oggetto di indagini sia per soggetti terzi innocenti come i dipendenti della società. Infatti, oltre a considerazioni circa il fatto che la società fosse divenuta, rispetto al momento della commissione dei fatti, "un'entità differente", il giudice si è soffermato a considerare come la condanna avrebbe comportato costi legali e sanzioni di considerevole entità, compresa l'interdizione dal partecipare a gare pubbliche, tali da poter condurre definitivamente fuori dal mercato l'ente indagato, danneggiando irrimediabilmente gli interessi dei dipendenti, dei

¹⁶⁷ SIR O. HEALD, *The mechanics of Deferred Prosecution Agreements in the UK*, Speech to the C5 7th Advanced Forum on Anti Corruption on the role of prosecutors and the court, 26 giugno 2013, disponibile su <https://www.gov.uk/government/speeches/the-mechanics-of-deferred-prosecution-agreements-in-the-uk>.

¹⁶⁸ B. MORGAN, Joint Head of Bribery and Corruption at the Serious Fraud Office, *The future of Deferred Prosecution Agreements after Rolls-Royce*, discorso al seminario per General Counsel e Compliance Counsel di enti ed istituzioni finanziarie, Norton Rose Fulbright LLP, 7 marzo 2017, disponibile su: <https://www.sfo.gov.uk/2017/03/08/the-future-of-deferred-prosecution-agreements-after-rolls-royce/>.

¹⁶⁹ Crown Court at Southwark, Sir B. Leveson, President of the Queen's Bench Division, *SFO v. Rolls-Royce PLC*, 17 gennaio 2017, par. 61.

¹⁷⁰ *Ibidem*, par. 38, 47.

fornitori e della comunità in generale¹⁷¹. Di conseguenza, la possibilità di concludere un *DPA* che prevedesse termini che l'ente fosse in grado di sostenere e che gli consentissero di continuare ad operare sul mercato è stata considerata dalla corte la soluzione maggiormente in linea con gli interessi della giustizia¹⁷².

Il pur esiguo panorama applicativo dei *DPA* nel Regno Unito non è andato, tuttavia, esente da qualche rilievo critico.

In primo luogo, è stato messo in luce come la disciplina prevista dal combinato disposto del *Crime and Courts Act* e del *Code of Practice* riservi poca attenzione ai diritti delle vittime. Infatti, sebbene il *Code of Practice* disponga che la previsione di misure risarcitorie o compensative rappresenti un contenuto particolarmente desiderabile del *DPA*, di fatto la vittima del reato “non è titolare di alcun potere nell'ambito della *deferred prosecution*”, al contrario di quanto avviene, ad esempio, nell'ambito di altre forme di diversione come la *simple caution* disposta dagli organi di polizia, ai sensi della quale, per poter disporre l'archiviazione della *notitia criminis*, è necessaria prima una forma di contraddittorio con la persona offesa o danneggiata dal reato¹⁷³.

In secondo luogo, è stato notato da alcuni commentatori come il contenuto dell'*evidential stage*, che prevede come presupposto della diversione processuale la presenza di una “realistica prospettiva di condanna”, colleghi ad uno *standard* probatorio troppo esiguo il verificarsi di esiti latamente punitivi: qualificando il *DPA* come una “cripto-condanna” per l'ente, tale linea di pensiero richiede che alla base di tale istituto si situi un accertamento più rigoroso della colpevolezza del soggetto condannato¹⁷⁴. Tale critica non è del tutto mal posta, sol se si consideri il fatto che, come *supra* menzionato, il *Crime and Courts Act* prevede espressamente che le prestazioni pecuniarie richieste ad un ente all'interno di un *DPA* debbano essere pressoché comparabili alla sanzione che conseguirebbe ad una condanna penale imposta a mezzo di un *guilty plea*¹⁷⁵. A tali critiche è stato, tuttavia, obiettato che tale *standard* probatorio attenuato è coerente con le finalità per le quali è stato introdotto l'istituto del *DPA*. Fra gli scopi principali della diversione processuale a mezzo dei *DPA* vi è, infatti, la semplificazione delle indagini nell'ambito dei complessi casi di criminalità

¹⁷¹ Crown Court at Southwark, Sir B. Leveson, President of the Queen's Bench Division, *SFO v. XYZ Limited*, 8 luglio 2016, par. 32.

¹⁷² B. MORGAN, Joint Head of Bribery and Corruption at the Serious Fraud Office, *The future of Deferred Prosecution Agreements after Rolls-Royce*, discorso al seminario per General Counsel e Compliance Counsel di enti ed istituzioni finanziarie, Norton Rose Fulbright LLP, 7 marzo 2017, disponibile su: <https://www.sfo.gov.uk/2017/03/08/the-future-of-deferred-prosecution-agreements-after-rolls-royce/>.

¹⁷³ F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 2/2016, p. 85.

¹⁷⁴ F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conduct inglese: spunti per alcune riflessioni de jure condendo*, in *Indice pen.*, vol. 1, n. 1-2, 2015, p. 183, 184.

¹⁷⁵ *Crime and Courts Act* 2013, Section 45, Schedule 17, par. 5.4.

d'impresa, in modo tale da consentire ai procuratori di scrutinare un numero maggiore di casi e pervenire ad esiti giudiziari soddisfacenti – includendo anche misure di compensazione per le vittime – in modo più rapido ed efficiente; in aggiunta, un altro obiettivo cruciale dei *DPA* è quello di favorire, incentivandolo, lo sviluppo di una cultura di apertura e cooperazione fra gli enti commerciali e le autorità: richiedere al procuratore un convincimento pieno circa la colpevolezza dell'ente per permettere a quest'ultimo di accedere al *DPA* andrebbe a rendere la procedura troppo farraginoso, in aperto contrasto con gli obiettivi di rapidità e semplificazione¹⁷⁶. Entrambe le posizioni paiono sostenere interessi meritevoli di tutela; alla luce della problematicità della questione esposta, appare ancora più necessario e rassicurante il doppio coinvolgimento del giudice, chiamato a valutare l'equità dei termini contenuti nel *DPA* e a valutarne la rispondenza alle esigenze di giustizia.

Infine, è stato sottolineato che, sebbene il ruolo riconosciuto espressamente al giudice si configuri come una novità di sicuro pregio della normativa britannica, esso non sia sufficiente, di per sé, per proteggere l'ente che stipula il *DPA* da eventuali abusi da parte dei procuratori.

Infatti, se da un lato la normativa del *Crime and Courts Act* permette che già allo stadio iniziale del *preliminary hearing* il giudice possa fornire preziose indicazioni riguardo il proprio convincimento sulla adeguatezza o meno dello strumento dei *DPA* rispetto al caso in esame, ovvero possa contestare – se del caso – i metodi impiegati dal procuratore nel presentare il caso alla corte, dall'altro lato, tuttavia, gli stessi elementi che incoraggiano un ente a concludere un *DPA* con la pubblica accusa – quali, ad esempio, la possibilità di evitare l'esposizione pubblica della propria inadempienza rispetto alle disposizioni di legge, con il grave danno reputazionale e le conseguenze collaterali negative che ne potrebbero conseguire – possono avere, allo stesso tempo, l'effetto di inibire la volontà dell'ente di contestare davanti al giudice le eventuali condizioni sproporzionate o eccessivamente gravose cui verrebbe assoggettato tramite il *DPA*. Al giudice viene affidato, così, il difficile compito di intromettersi e limitare la libertà negoziale delle parti sulla base di mere intuizioni piuttosto che di vere e proprie prove¹⁷⁷.

4.3. Considerazioni finali sulla trasposizione dei DPA nell'ordinamento del Regno Unito

Avendo, quindi, analizzato la disciplina contenuta nel *Crime and Courts Act*, accompagnata dalle disposizioni del *Code of Practice*, e valutato come tale normativa si sia tradotta nei primi (pochi) casi di applicazione concreta dell'istituto, è possibile a questo punto formulare alcune considerazioni finali

¹⁷⁶ *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice. The Directors' response to the public consultation*, emanato dal Crown Prosecution Service e dal Serious Fraud Office, 2014, par. 1-5.

¹⁷⁷ J. O'BRIEN, O. DIXON, *Deferred Prosecutions in the Corporate Sector: Lessons from LIBOR*, in *Seattle University Law Review*, Vol. 37, 2014, p. 508.

rispetto all'operazione di trasposizione normativa dei *DPA* statunitensi all'interno dell'ordinamento del Regno Unito.

L'istituto è stato mutuato per cercare di rispondere ad esigenze di semplificazione e celerità nelle indagini, conferendo ai procuratori strumenti che meglio si attagliassero alle esigenze del caso concreto, favorendo lo sviluppo di una cultura di collaborazione fra enti indagati ed autorità investigative e proteggendo, allo stesso tempo, le società ed i soggetti terzi innocenti ad esse in qualche modo collegati dalle gravose conseguenze collaterali delle condanne penali. Il modello statunitense di accordi di diversione processuale, come visto, ha dato prova nel corso degli anni di poter essere di grande utilità nel raggiungere i predetti obiettivi. Per questo, correttamente, il legislatore britannico ha mantenuto in larga parte le caratteristiche dell'istituto nordamericano nel delineare il proprio particolare esempio di *Deferred Prosecution Agreement*.

I *pre-trial diversion agreements* statunitensi, tuttavia, non sono andati esenti da critiche, come si è avuto modo di riconoscere nel corso del capitolo: fra le più gravi problematicità evidenziate dalla dottrina vi è la mancanza di chiare linee guida che possano dare indicazioni ai procuratori su come esercitare la discrezionalità loro conferita, nonché la mancanza di un efficace ruolo per il giudice, che possa fungere da argine nei confronti di potenziali abusi perpetrati nei confronti degli enti oggetto di indagine, forzati a pattuire condizioni sproporzionate pur di evitare di incorrere nella formale condanna penale per l'illecito commesso. È proprio su questi aspetti, puntualmente, che la disciplina adottata nel Regno Unito prende maggiormente le distanze dal modello nordamericano: la base giuridica dei *DPA* viene chiaramente fondata in un atto del Parlamento, il *Crime and Courts Act*, che è piuttosto analitico nel prevedere i contenuti, necessari ed eventuali, che gli accordi di diversione possano contenere, pur lasciando margine all'esercizio del potere discrezionale da parte dei procuratori. La fonte legislativa è, poi, accompagnata da un *Code of Practice* espressamente rivolto ai *prosecutors* come guida nell'esercizio delle proprie prerogative in materia di *DPA*. Opportunamente, il Codice dedica ampio spazio all'enunciazione delle condizioni che possono dare luogo ai *DPA*, richiedendo ai procuratori di effettuare una valutazione bifasica, costituita da un *evidential stage* e da un *public interest stage*. La normativa inglese si distingue, poi, anche per la previsione di un doppio coinvolgimento del giudice che, esprimendosi su parametri di equità, ragionevolezza e rispondenza agli interessi della giustizia, deve conferire al *DPA* un'approvazione, necessaria per la sua entrata in vigore.

Nonostante tali fondamentali differenze fra i *DPA* di matrice anglosassone e quelli statunitensi, è stato notato come preponderanti siano gli elementi di convergenza fra di essi. In particolare, un elemento comune che emerge dallo studio degli istituti di diversione processuale adottati su entrambe le sponde dell'Atlantico è la sempre crescente valorizzazione del criterio della c.d. colpa di reazione. Infatti, ciò che emerge tanto dal *Code of Practice* britannico quanto dalla prassi statunitense e dai *Memoranda* diramati dagli *Attorneys General* in punto di opportunità o meno del ricorso alla diversione processuale, è che

quando nulla di più può essere ragionevolmente richiesto ad un ente rispetto alle azioni che esso abbia già intrapreso, allora gli obiettivi del diritto penale sono soddisfatti¹⁷⁸. Si tratta, questo, di “un approccio senz’altro pragmatico” – frutto di scelte di politica criminale che hanno ormai finito per modificare il regime sostanziale di *corporate liability* – maturato “in sistemi nei quali da tempo si tenta di individuare strumenti capaci di conciliare le esigenze di giustizia, da un lato, e del mercato, dall’altro”¹⁷⁹.

5. CONCLUSIONE

Quello dei *pre-trial diversion agreements* è un istituto estremamente complesso: esso è, in primo luogo, caratterizzato da evidenti aspetti positivi i quali persuadono, istintivamente, della bontà di un utilizzo generalizzato di tale sistema per affrontare vari livelli di criminalità. È per questo motivo, infatti, che negli Stati Uniti, a partire dagli anni '90, l'utilizzo della diversione processuale, fino a quel momento relegato al campo della criminalità minorile, ha cominciato a manifestarsi nei procedimenti in materia di criminalità d'impresa. Gli effetti benefici di tale tipo di soluzione, fra cui soprattutto la possibilità di sanzionare i soggetti ritenuti colpevoli senza colpirli con lo stigma della condanna penale e prevenendo il fenomeno della recidiva dovuta alla frequentazione del circuito penitenziario, furono immediatamente ritenuti meritevoli di applicazione anche alle persone giuridiche, ritenute anch'esse – come i soggetti minori – bisognose di guida e di riabilitazione. Nei primi anni duemila, poi, tale percezione divenne estremamente diffusa, sull'onda della rinnovata consapevolezza circa la pericolosità delle conseguenze collaterali derivanti dalla condanna penale di una società, determinata in larga parte dal grande clamore suscitato dalla vicenda che portò la società di consulenza *Arthur Andersen LLP* al collasso. In questo modo, non fondandosi su una base di tipo legislativo, ma unicamente come frutto del consolidarsi di una prassi adottata dai procuratori, i sistemi di diversione processuale si affermarono come uno fra i principali strumenti per affrontare anche i più eclatanti casi di criminalità d'impresa.

Forti della possibilità di garantire un cospicuo risparmio di risorse pubbliche – grazie soprattutto all'attività di collaborazione alle indagini fornita dagli stessi enti indagati – e della possibilità di aggirare il verificarsi degli effetti disastrosi conseguenti alla pronuncia di una condanna penale, i *pre-trial diversion agreements* possono vantare anche una spiccata efficacia deterrente, garantita dal rischio dell'utilizzo nel procedimento penale, in caso di violazione dei termini contenuti nell'accordo, delle dichiarazioni fornite dall'ente rispetto ai fatti oggetto di indagine.

¹⁷⁸ A. WEISSMANN, D. NEWMAN, *Rethinking Criminal Corporate Liability*, in *Indiana Law Journal*, Vol. 82, Iss. 2, 2007, p. 427, 428.

¹⁷⁹ F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conduct inglese: spunti per alcune riflessioni de jure condendo*, in *Indice pen.*, vol. 1, n. 1-2, 2015, p. 190.

Queste caratteristiche rendono l'istituto in esame un ottimo strumento per affrontare i fenomeni di criminalità d'impresa. La complessità di tale mezzo processuale, tuttavia, è data dal fatto che accanto ai citati tratti positivi, la prassi applicativa ne ha evidenziato anche numerosi aspetti oscuri e problematici.

Oltre alle voci di coloro che hanno messo in discussione le effettive dimensioni della minaccia portata dal c.d. effetto *Arthur Andersen* – sottolineando, al contrario, il carattere episodico e meramente eventuale del suo verificarsi – e quelle di coloro che, di conseguenza, ritengono che troppo spesso gli accordi di diversione processuale si atteggino a risposte sanzionatorie eccessivamente miti nei confronti delle società c.d. *too big to jail*, la maggior parte delle posizioni critiche sono, invero, di segno diverso. Viene, infatti, spesso messa in luce in dottrina la mancanza di *expertise* dei procuratori che, pure, si ingeriscono con invadenza in scelte di organizzazione aziendale, e la mancanza, altresì, di linee guida governative che possano arginare la discrezionalità di cui godono i *prosecutors*. Ad aggravare gli aspetti problematici della prassi che è stata definita come *Structural Reform Prosecution* vi è anche la mancanza di un controllo giudiziale sull'operato dei procuratori. Infatti, qualora l'accordo di diversione processuale assuma la forma del *Non-Prosecution Agreement*, il ruolo del giudice è totalmente aggirato, essendo la vicenda risolta unicamente fra il procuratore e l'ente oggetto di indagini. Qualora, invece, venga stipulato un *Deferred Prosecution Agreement*, pur essendo richiesta una forma di controllo da parte del giudice, questa è, *de facto*, spesso ridotta ad un simulacro, come è stato possibile evincere dall'analisi della prassi applicativa.

Altre voci critiche si sono appuntate, poi, sul contenuto degli accordi di diversione, che spesso è il riflesso di un forte squilibrio contrattuale a favore del procuratore, con esiti a volte eclatanti, come nel caso *Bristol-Myers Squibb*.

Potendo contare su un tale patrimonio costituito da diversi anni di applicazione dell'istituto e di riflessioni dottrinarie, nel 2013 i *Deferred Prosecution Agreements* sono stati trasposti nell'ordinamento del Regno Unito. Essendo stato tale istituto introdotto per rispondere ad esigenze analoghe rispetto a quelle che i *DPA* hanno dato prova di poter efficacemente soddisfare, correttamente il legislatore anglosassone si è largamente ispirato all'istituto di matrice nordamericana. Infatti, analizzando il contenuto della *Section 45, Schedule 17* del *Crime and Courts Act 2013*, emerge che le caratteristiche sostanziali che connotano i *DPA* nordamericani sono state replicate anche nel modello britannico, soprattutto per quanto riguarda la valorizzazione, in chiave di giudizio di meritevolezza per l'ente, del criterio della c.d. colpa di reazione.

Tuttavia, come si è avuto modo di notare, la disciplina anglosassone presenta altresì tratti autonomi e peculiari. Ad uno sguardo attento, peraltro, emerge come gli aspetti di disciplina su cui si avverte maggiormente la distanza fra i due ordinamenti sono proprio quelli che – nel dibattito che ha luogo negli Stati Uniti – sono oggetto di più serrate critiche. Infatti, innanzitutto l'istituto dei *DPA* è fondato su una solida base giuridica – il *Crime and Courts Act*, in aggiunta, tale disciplina è stata corredata dalla diffusione di un *Code of Practice*

diretto ai procuratori, il quale fornisce utili indicazioni in merito a come questi ultimi debbano esercitare il proprio potere discrezionale. In particolare, il Codice fornisce una dettagliata disciplina dei presupposti per l'attivazione dei *DPA*, nonché l'elencazione, seppur non esaustiva (eccetto che per i due contenuti obbligatori: il termine finale di durata e lo *statement of facts*), dei termini che possono essere inclusi nell'accordo. A questo proposito, nel dettagliare i compiti che possono essere affidati ad un *monitor*, il Codice fornisce utili indicazioni in punto di organizzazione aziendale e *compliance programmes*.

Oltre a queste previsioni, la disciplina dei *DPA* britannici prevede anche un doppio coinvolgimento del giudice – dapprima in un *preliminary hearing* di carattere privato e poi in un *final hearing* di carattere pubblico – al quale è espressamente richiesta, al fine di conferirgli efficacia, l'approvazione del *DPA*, avendo riguardo ai parametri di equità, ragionevolezza, proporzionalità e rispondenza agli interessi della giustizia. Sebbene non si possa ritenere che la semplice previsione di un doppio controllo giudiziale possa impedire il verificarsi di situazioni di abuso dello squilibrio contrattuale da parte dei procuratori ovvero, al contrario, di stipulazioni di accordi troppo lievi nei confronti di enti di grandi dimensioni, la normativa adottata nel Regno Unito appare fornire certamente maggiori garanzie su questo punto rispetto a quella statunitense.

Al di là di alcune, marginali, critiche che sono state mosse alla disciplina contenuta nel *Crime and Courts Act* e nel *Code of Practice*, l'esperimento di trapianto dell'istituto degli accordi di diversione processuale all'interno dell'ordinamento del Regno Unito appare, quindi, aver dato buoni riscontri. Sarà, tuttavia, necessario attendere lo sviluppo di una giurisprudenza più corposa in materia per poter trarre dalla prassi applicativa dell'istituto indicazioni maggiormente indicative.

Formulate tali conclusioni, un ultimo dato appare, a questo punto, degno di nota. Infatti, “[l]a diffusione dei *DPA* nell'ambito degli ordinamenti di *common law* testimonia la sempre più marcata “*americanization*” del diritto¹⁸⁰ la quale, come si avrà peraltro modo di vedere anche nel seguente capitolo, sta ultimamente prendendo piede anche negli ordinamenti di *civil law*, “nei quali sono stati progressivamente introdotti istituti di giustizia negoziata”¹⁸¹.

È anche alla luce di tali ultime considerazioni che risulta ormai opportuno incoraggiare il nascere di riflessioni riguardo alla possibile estensione all'ordinamento italiano di istituti analoghi agli accordi di diversione processuale angloamericani.

¹⁸⁰ F. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements: riabilitazione “negoziata” per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Indice pen.*, vol. 16, fasc. 2, 2013, p. 770.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 771.

CAPITOLO III – SPUNTI *DE IURE CONDENDO* PER UNA RIFORMA DEL D.LGS. 231/2001

1. INTRODUZIONE

Il presente capitolo si propone come un punto di arrivo, quantomeno iniziale, della riflessione condotta nel corso dei precedenti due capitoli.

Dopo aver analizzato alcune delle più allarmanti ed attuali problematiche che affliggono il sistema italiano di responsabilità degli enti e aver dimostrato come l'introduzione di meccanismi di diversione processuale possa porsi come un'interessante e utile soluzione agli stessi (capitolo I), si è allargato lo sguardo oltre i confini nazionali. Al fine di meglio comprendere come l'apertura dell'ordinamento a tale istituto possa avere effetti benefici per l'intero sistema di cui al d.lgs. 231/2001, si è ritenuto opportuno approfondire lo studio dell'oggetto di analisi del presente lavoro, al fine di individuare – negli ordinamenti laddove esso opera da anni, ovvero laddove esso ha avuto ingresso solo di recente – gli aspetti positivi ed i tratti maggiormente problematici che i *pre-trial diversion agreements* presentano (capitolo II).

Nel presente capitolo l'ottica viene nuovamente orientata sull'ordinamento nazionale, al fine di tradurre gli spunti rilevati nel corso dell'analisi svolta in una prospettiva *de iure condendo*, indagando in quale modo una ormai necessaria riforma del d.lgs. 231/2001 possa prevedere l'ingresso di un meccanismo di diversione processuale e quali contenuti e caratteristiche quest'ultimo debba avere.

Il percorso argomentativo del capitolo è strutturato come segue: dapprima verrà dato conto delle più recenti tendenze europee in materia di *pre-trial diversion agreements*, che vedono un'espansione della forza attrattiva di tale istituto anche negli ordinamenti di *civil law*. Successivamente, concentrando l'analisi definitivamente sull'ordinamento italiano, verranno sviscerate alcune importanti questioni di compatibilità costituzionale che vengono in rilievo all'atto di proporre l'introduzione di un istituto giuridico come quello oggetto di studio. Superato il test di tenuta costituzionale, ci si concentrerà sull'analisi, nello specifico, di due possibili strade da percorrere per realizzare la proposta riforma: l'estensione dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova e la previsione di una nuova causa speciale di archiviazione. Nel riportare e formulare le proposte innovative dell'attuale assetto normativo, particolare attenzione sarà posta sul recepimento delle più importanti indicazioni che si sono potute trarre dall'analisi comparatistica svolta nel precedente capitolo.

2. LE TENDENZE APPLICATIVE IN EUROPA

A riprova dell'opportunità – per il legislatore – di valutare la possibilità di introdurre un istituto di *pre-trial diversion* nel sistema di disciplina della responsabilità degli enti, bisogna dare conto dello sviluppo, negli ultimi tempi, di

un comune sentire a riguardo che, lungi dal rimanere ancorato agli ordinamenti di tradizione di *common law*, ha investito anche i sistemi giuridici dell'Europa continentale. Si registrano, infatti, numerose testimonianze dell'esigenza, avvertita a più livelli, di introdurre una disciplina della responsabilità degli enti dotata di maggiori sfumature e flessibilità, al fine di meglio adattarsi alle particolari caratteristiche della criminalità d'impresa, da un lato, e di rispondere alla convivenza di esigenze di repressione degli illeciti e di contrasto al sovraccarico della macchina giudiziaria, dall'altro.

A questo proposito, si possono sottolineare tre recenti fenomeni che vanno letti nella descritta ottica, segnali di una sensibilità sempre più condivisa e diretta ad affermare la bontà della scelta di corredare i sistemi di responsabilità delle società di meccanismi di diversione processuale ben congegnati.

2.1. La disciplina francese: *Loi Sapin II*

Nel dicembre 2016 è stata promulgata in Francia la legge "relativa alla trasparenza, alla lotta contro la corruzione ed alla modernizzazione della vita economica", altresì nota come *Loi Sapin II*¹. Non potendosi in questa sede fornire un'analisi approfondita di tale novità legislativa, si ritiene, tuttavia, opportuno dare brevemente conto del suo contenuto, con particolare riferimento all'introduzione dell'istituto della *Convention Judiciaire d'Intérêt Public*, meccanismo le cui caratteristiche ricalcano quelle proprie dei *pre-trial diversion agreements*.

La *Loi Sapin II*, più nello specifico, impone un obbligo di prevenzione dei rischi di corruzione in capo agli enti con un numero di dipendenti non minore di cinquecento (ovvero agli enti facenti parte di un gruppo societario con non meno di cinquecento dipendenti), i quali abbiano un fatturato (o un fatturato di gruppo) maggiore di cento milioni di euro.

Tale obbligo di prevenzione deve essere adempiuto da parte degli enti così individuati mediante l'adozione di determinate procedure anti corruzione, fra cui figurano: (i) l'adozione di un codice di condotta che fornisca ai dipendenti una definizione chiara ed accessibile dei diversi comportamenti vietati in quanto potenzialmente integranti atti di corruzione o traffico di influenze; (ii) un sistema interno di *whistleblowing* che consenta ai dipendenti di segnalare violazioni del codice di condotta; (iii) procedure di *due diligence* in grado di verificare le caratteristiche dei vari *partner* commerciali; (iv) una mappatura delle varie aree a rischio corruzione all'interno dell'ente; (v) procedure sui controlli contabili che impediscano condotte dirette ad occultare atti di corruzione o traffico di

¹ *Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, disponibile su <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033558528&categorieLi en=id>.

influenze; (vi) programmi di formazione; (vii) sanzioni disciplinari per la violazione delle norme anti corruzione adottate dall'ente².

In aggiunta, la legge in esame ha istituito la *Agence française anticorruption* (c.d. *AFA*), con il compito di monitorare il rispetto di tali obblighi da parte degli enti collettivi. La *AFA*, in particolare, qualora riscontri una violazione dell'obbligo di prevenire i rischi corruzione o ritenga che le procedure messe in atto da parte di un ente siano insufficienti o inefficaci, ha il potere di emanare avvisi o ordini di adeguamento alla disciplina vigente, ovvero di imporre sanzioni amministrative fino a un milione di euro per gli enti e fino a duecento mila euro per le persone fisiche, con possibilità che venga disposta anche la pubblicazione della sanzione irrogata³.

Tale normativa ricorda da vicino la disciplina sulla responsabilità degli enti contenuta nel d.lgs. 231/2001, pur con importanti differenze. Infatti, se il principale punto di contatto può essere ravvisato nell'introduzione nell'ordinamento francese dei c.d. *compliance programs*, i cui contenuti sono descritti dalla norma francese con un linguaggio che ricalca le disposizioni del d.lgs. 231/2001, si deve notare come l'adozione di tali "modelli organizzativi" sia prevista, in relazione al solo rischio corruzione, come un vero e proprio obbligo in capo agli enti, sanzionabile a prescindere dalla commissione di un c.d. reato presupposto⁴.

Come precedentemente menzionato, vale la pena in questa sede fare un accenno alla recente normativa anticorruzione francese poiché essa è una delle prime testimonianze di convergenza verso istituti di diversione processuale applicati agli enti anche in sistemi giuridici di tradizione di *civil law*.

Infatti, una delle maggiori novità introdotte dalla *Loi Sapin II* consiste nell'istituto di nuovo conio della *Convention Judiciaire d'Intérêt Public (CJIP)*. A tal proposito, la legge in commento prevede, all'art. 22, l'introduzione nel codice di procedura penale del nuovo art. 41-1-2, il quale dispone che "[f]inché l'azione penale non è avviata, il Procuratore della Repubblica può proporre a una persona giuridica accusata di uno o più reati [di corruzione, traffico d'influenza], per il riciclaggio derivante da infrazioni [di frode fiscale], di concludere una

² STUDIO LEGALE CLIFFORD CHANCE, *Anti Bribery and Corruption Review*, giugno 2017, p. 12.

³ *Ibidem*.

⁴ Si vedano, sul punto, C. GHRÉNASSIA, E. SACCHI, *La convenzione giudiziaria di interesse pubblico (CJIP): aspettando la transazione penale*, 30 gennaio 2018, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5820-la-convenzione-giudiziaria-di-interesse-pubblico-cjip-aspettando-la-transazione-penale>; Francia, *in vigore la legge Sapin II che introduce i modelli organizzativi*, 24 gennaio 2017, disponibile su http://www.aodv231.it/documentazione_descrizione.php?id=2162&Francia-in-vigore-la-legge-Sapin-II-che-introduce-i-modelli-organizzativi; STUDIO LEGALE PAVIA E ANSALDO, *La lotta alla corruzione in Francia: brevi note alla legge Sapin II*, 2018, disponibile su <http://www.pavia-ansaldo.it/wp-content/uploads/2018/04/La-lotta-alla-corruzione-in-Francia-brevi-note-sulla-legge-Sapin-II.pdf>.

convenzione giudiziaria di interesse pubblico che impone uno o più dei seguenti obblighi:

1° Versare un'ammenda d'interesse pubblico al Tesoro pubblico. [...];

2° Sottoporsi, per una durata massima di tre anni e sotto il controllo dell'Agenzia francese anticorruzione, ad un programma di ripristino della conformità destinato ad assicurarsi dell'esistenza e dell'adozione delle misure e procedure elencate al paragrafo II dell'art. 131-39-2 del Codice penale"⁵.

La convenzione stipulata fra l'indagato ed il Procuratore è sottoposta ad un'approvazione giudiziale che, qualora concessa, "non comporta dichiarazione di colpevolezza e non ha né la natura né gli effetti di un giudizio di condanna"⁶. Inoltre, "[l]a convenzione giudiziaria di interesse pubblico non è iscritta nella scheda n°1 del casellario giudiziale"⁷.

Infine, la norma precisa, da un lato, che l'effetto principale della convenzione giudiziaria, ossia l'estinzione dell'azione penale, non si verifica con la mera conclusione della *CJIP*, bensì unicamente con "l'esecuzione degli obblighi previsti dalla *CJIP*" e, dall'altro, che "a pena di nullità, il Procuratore della Repubblica notifica alla persona giuridica indagata l'interruzione dell'esecuzione della convenzione quando tale persona non giustifica l'esecuzione integrale degli obblighi previsti"⁸.

Inoltre, merita essere precisato che, coerentemente con le indicazioni che sono state tratte dall'analisi dell'esperienza angloamericana in punto di accordi di diversione processuale, il 31 gennaio 2018 il Ministro della Giustizia francese ha emanato una circolare amministrativa contenente le prime linee guida per l'implementazione della *CJIP*⁹. Tali linee guida chiariscono i presupposti dell'attivazione della *CJIP* nonché i criteri per il calcolo dell'ammenda, i quali dovranno necessariamente tenere in considerazione il livello di cooperazione offerto da parte dell'ente¹⁰. Come esposto nel corso del secondo capitolo, l'emanazione di linee guida governative in grado di orientare la prassi

⁵ *Code de procédure pénale*, art. 41-1-2, disponibile su https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=2CEBED81BE9CC953BD648F6FE0591ED8.tplgfr27s_1?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20181217. Per la traduzione si è fatto riferimento a quella fornita in C. GHRÉNASSIA, E. SACCHI, *La convenzione giudiziaria di interesse pubblico (CJIP): aspettando la transazione penale*, 30 gennaio 2018, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5820-la-convenzione-giudiziaria-di-interesse-pubblico-cjip-aspettando-la-transazione-penale>.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Circulaire relative à la présentation et la mise en oeuvre des dispositions pénales prévues par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, 31 gennaio 2018, disponibile su <http://www.justice.gouv.fr/bo/2018/20180228/JUSD1802971C.pdf>.

¹⁰ STUDIO LEGALE CLIFFORD CHANCE, *Anti Bribery and Corruption Review*, giugno 2018, p. 13.

applicativa di procuratori e giudici, è un elemento chiave al fine di evitare il verificarsi di situazioni di potenziale abuso nei confronti degli enti.

Se nel corso del 2017 si è registrato un solo caso di applicazione dell'istituto del *CJIP*, tale numero è destinato ad incrementare nel corso del tempo, specialmente alla luce dell'emanazione delle recenti linee guida ministeriali¹¹.

2.2. OCSE – Working Group on Bribery

Istituito nel 1994, il *Working Group on Bribery in International Business Transactions* – composto da rappresentanti dei diversi Paesi Membri – è responsabile del monitoraggio dell'implementazione ed applicazione della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei Pubblici Ufficiali stranieri nelle transazioni internazionali, redatta a Parigi nel 1997¹². Tale convenzione, come *supra* visto, è oggi vincolante nell'ordinamento italiano in forza della ratifica operata con la Legge 300/2000, la quale ha altresì conferito delega al governo per l'emanazione del d.lgs. 231/2001.

Come parte del suo mandato, il *Working Group* conduce annualmente studi volti al monitoraggio dei maggiori *trend* relativi alla lotta alla corruzione, fra cui figurano anche gli strumenti ed i meccanismi adottati nei vari paesi per il raggiungimento di tale obiettivo. Nel corso del 2018 il *Working Group* si è concentrato sullo svolgimento di una ricerca che possa offrire una panoramica, estesa sui vari Paesi Membri, in merito all'uso di *settlements* ed accordi alternativi al processo per la risoluzione dei casi di corruzione straniera. La pubblicazione dei risultati di tale studio è attesa per i primi mesi del 2019¹³.

I motivi per cui il *Working Group* si è dedicato all'approfondimento di questa tematica sono identificati nei caratteri di pragmaticità ed efficienza degli accordi di diversione processuale, che li rendono particolarmente indicati per la risoluzione di casi che, diversamente, richiederebbero un ingente dispendio di tempo e risorse già nella fase delle indagini, ancora prima di poter giungere allo scrutinio di un tribunale¹⁴. Inoltre, la loro natura compromissoria anziché conflittuale costituisce – a parere dei membri del *Working Group* – un incentivo per chi abbia commesso illeciti ad auto denunciarsi davanti alle autorità, oltre che un fattore in grado di incrementare le prospettive di riforma strutturale e di *governance* delle società¹⁵. Il *Working Group* è cosciente di come tali istituti non

¹¹ *Ibidem*, p. 14.

¹² Informazioni disponibili sul sito web dell'OCSE, <http://www.oecd.org/corruption/oecdworkinggrouponbriberyininternationalbusinesstransactions.htm>.

¹³ OCSE, *Settling Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions*, nota redatta per la preparazione della relativa sessione nel corso del *Global Anti-Corruption and Integrity Forum* del 27 marzo 2018, disponibile su <https://www.oecd.org/corruption/Panel-on-settling-foreign-bribery-cases-non-trial-resolutions.pdf>.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

siano privi di elementi problematici e contraddittorietà, nonché del fatto che incontrerebbero verosimilmente diversi gradi e velocità di recepimento all'interno dei sistemi giuridici dei vari Paesi Membri: in particolare, le aree che sono individuate come maggiormente critiche riguardano la trasparenza di tali accordi, il loro livello di deterrenza rispetto alla commissione degli illeciti e la possibilità per le vittime dei reati di ottenere una adeguata compensazione¹⁶. Tali problematicità, tuttavia, non sopravanzano i possibili benefici di tale istituto e, anzi, incoraggiano l'approfondimento del loro studio al fine di trovare soluzioni efficienti.

Sebbene nulla di giuridicamente vincolante derivi da tale studio condotto dal *Working Group on Bribery*, né previsioni in questo senso sembrano potersi fare in un futuro prossimo, esso conserva, ugualmente, un valore estremamente significativo. Infatti, è possibile desumere lo svilupparsi di una coscienza comune rispetto alle problematiche poste dal fenomeno della criminalità d'impresa ed alla necessità di elaborare nuove risposte, da parte degli ordinamenti, il più possibile coordinate ed armonizzate fra loro. I *pre-trial diversion agreements* sono considerati un'opzione estremamente interessante in tal senso.

Tali considerazioni valgono a maggior ragione alla luce delle più recenti tendenze in materia contrasto alla criminalità a livello sovra statale. Dovendosi, necessariamente, mettere in campo soluzioni condivise fra gli stati, a fronte di un fenomeno criminale sempre più *cross-border*, si registra, anche in altri settori del diritto penale, una tendenza degli Stati a rivolgersi agli strumenti di *soft law*, almeno in una fase iniziale: questi ultimi, infatti, garantiscono alla cooperazione inter-statale sufficiente flessibilità, senza incidere in maniera decisa ed affrettata sugli spazi di autonomia e discrezionalità nazionale, particolarmente sentiti e gelosamente custoditi, soprattutto in ambito penalistico¹⁷.

2.3. La riforma della disciplina sulla responsabilità degli enti in Polonia

Ancora, a testimonianza del *trend* sempre più diffuso verso l'implementazione di istituti che consentano agli enti di stipulare accordi di diversione processuale, si può fare riferimento alla riforma generale della disciplina della responsabilità delle persone giuridiche in Polonia.

Il 28 maggio 2018 il Ministro della Giustizia polacco ha presentato un disegno di legge volto a riformare la disciplina che governa la responsabilità delle società.

I tratti generali della nuova disciplina comprendono: (i) l'autonomia della responsabilità del soggetto collettivo rispetto a quella della persona fisica, che

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ L. BORLINI, *Soft Law, Soft Organizations e regolamentazione «tecnica» di problemi di sicurezza pubblica e integrità finanziaria*, in *Riv. dir. internaz.*, vol. C, fasc. 2, 2017, p. 405.

potrebbe rimanere anche non identificata; (ii) l'estensione del regime di responsabilità dell'ente a tutti i reati; (iii) l'introduzione di misure a tutela dei c.d. *whistleblowers*; (iv) la previsione di sanzioni pecuniarie fino ad un massimo di PLN 30 milioni, il cui ammontare non è più collegato al fatturato annuale dell'ente; (v) la possibilità per l'ente sottoposto ad indagini di ammettere la propria responsabilità al fine di evitare il procedimento penale e concordare con la pubblica accusa il pagamento di una sanzione di ammontare inferiore¹⁸.

In particolare, la possibilità di accedere a quest'ultimo istituto – le cui caratteristiche richiamano chiaramente i *Deferred Prosecution Agreements* angloamericani – è sottoposta alla ricorrenza di determinati presupposti, fra i quali figurano la cooperazione dell'ente alle indagini e la sua sottoposizione al pagamento di una somma equivalente al danno causato dall'illecito e di una somma corrispondente al minimo edittale previsto per il reato commesso, nonché alla confisca del profitto del reato (o suo equivalente)¹⁹. Verificata la sussistenza di tali presupposti, il procuratore potrà adire la corte per l'approvazione della mozione di sottoposizione volontaria a responsabilità. Il provvedimento giudiziale di approvazione in questione, poi, non sarebbe equiparato ad una condanna e non verrebbe iscritto nel casellario giudiziale²⁰.

Sebbene il contenuto dell'istituto in esame sia ancora necessariamente provvisorio e sarà necessario attendere il completamento delle procedure di esame parlamentare che condurranno all'approvazione definitiva del testo di legge, già a questo stadio è possibile considerare come il disegno di legge descritto arricchisca ulteriormente le riflessioni da cui muove il presente capitolo. È, quindi, innegabile come anche a livello europeo si stia cominciando a diffondere, dove più timidamente e dove in maniera più decisa, l'introduzione di sistemi di diversione processuale, improntati sul prototipo angloamericano, che possano essere adoperati nei vari ordinamenti per contrastare il fenomeno della criminalità d'impresa.

3. CONSIDERAZIONI SULLA COMPATIBILITÀ DEI *PRE-TRIAL DIVERSION AGREEMENTS* CON IL SISTEMA ITALIANO ED IPOTESI DI UNA SUA DISCIPLINA

Alla luce di quanto evidenziato nel corso dei paragrafi che precedono, i tempi appaiono ormai maturi perché l'agenda del legislatore includa l'introduzione, all'interno del d.lgs. 231/2001, di un istituto analogo ai *pre-trial diversion agreements*.

Come approfondito nel corso del primo capitolo, infatti, tale istituto sarebbe di enorme utilità nel risolvere alcune delle più gravi criticità che si sono manifestate nel corso di ormai diciotto anni di applicazione della normativa

¹⁸ STUDIO LEGALE CLIFFORD CHANCE, *New Act on Corporate Criminal Liability in Poland*, giugno 2018, p. 1, 2.

¹⁹ *Ibidem*, p. 4.

²⁰ *Ibidem*, p. 5.

italiana sulla responsabilità degli enti. L'analisi svolta nel secondo capitolo, poi, ha permesso di individuare le caratteristiche che tale istituto assume negli ordinamenti degli Stati Uniti e del Regno Unito, distinguendo i tratti che rendono gli accordi di diversione processuale un esempio meritevole di imitazione in altre esperienze giuridiche da quelli che, al contrario, appaiono come pericoli e storture che è opportuno evitare. Infine, nei primi paragrafi del presente capitolo è stato dato conto di come la spinta propulsiva dei *pre-trial diversion agreements* non sia confinata unicamente agli ordinamenti appartenenti alla tradizione di *common law*: vari sono, infatti, gli spunti che testimoniano l'accrescersi di una comune sensibilità, anche nell'Europa continentale, riguardo l'utilità dei meccanismi di diversione processuale per contrastare il fenomeno della criminalità d'impresa.

È quindi possibile, a questo punto, svolgere alcune considerazioni in merito alla compatibilità di un istituto analogo agli accordi di diversione processuale con l'ordinamento italiano. Accingersi a valutare l'introduzione di tale meccanismo di soluzione delle controversie nel sistema giuridico nazionale stimola, infatti, numerose riflessioni, a partire dalla sua aderenza o meno rispetto ai principi costituzionali che reggono l'ordinamento, fino ad arrivare a valutazioni circa la sua aderenza ai criteri informativi del microsistema costituito dal d.lgs. 231/2001.

3.1. Il primo dubbio di compatibilità: l'art. 112 Cost.

Il primo spunto di riflessione, che sorge quasi spontaneamente, in merito ai dubbi di compatibilità dei *pre-trial diversion agreements* con l'ordinamento italiano è dato dall'art. 112 Cost.²¹, che stabilisce il principio di obbligatorietà dell'azione penale. La presenza di tale principio, espresso in maniera lapidaria e, apparentemente, assoluta sembrerebbe, infatti, "rendere faticosamente conciliabili con sistemi processuali penali ad azione obbligatoria ipotesi di diversione [...] basate [...] sulla discrezionalità incondizionata dell'organo di accusa nel decidere di dare, o meno, corso al procedimento penale"²². È stato, peraltro, sostenuto, che sia proprio tale principio cardine del processo penale italiano ad aver causato un generalizzato ritardo nel recepimento nei confini nazionali delle esperienze di diversione processuale, oltre a quella in esame, altrove già da tempo diffuse²³.

Tali dubbi di compatibilità con il principio di obbligatorietà dell'azione penale possono essere, però, agilmente superati. Infatti, da tempo è stato notato in dottrina come la strenua difesa di tale condivisibile principio processuale abbia sovente trascorso in una sua "mitizzazione", che vede la

²¹ Art. 112 Cost.: "Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale."

²² V. D'ACQUARONE, R. ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Rivista* 231, n. 2, 2018, p. 140.

²³ B. BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 4, 2015, p. 57.

regola in esame come “l’unic[a] coerente con uno stato di diritto [...] sorvolando sul fatto che, nei termini rigidi in cui lo leggiamo nell’art. 112 Cost., il principio non trova corrispondenti in nessun’altra parte d’Europa e forse del mondo”²⁴. Ancora, tale parte della dottrina che propende per una lettura dell’art. 112 Cost. meno legata alla sua formulazione testuale, ma più attenta alla tutela delle esigenze che tale principio cerca di salvaguardare²⁵, sottolinea come la traduzione legislativa del principio in esame implichi “non già che il pubblico ministero, ricevuta una notizia di reato, debba sempre e comunque esercitare l’azione”, ma che esso abbia l’obbligo di fare ciò “quando ne ricorrano i presupposti”²⁶. In tal senso, seppur limitatamente al processo minorile, la dottrina si è espressa in termini di “interpretazione finalisticamente orientata del concetto di superfluità del processo quale limite implicito al principio sancito dall’art. 112 Cost.”²⁷. È proprio aderendo ad una siffatta lettura del principio di obbligatorietà dell’azione penale, soddisfatto, a certe condizioni, anche qualora alcuni reati siano perseguiti con modalità diverse dalla classica azione penale formale, che si può accogliere una conciliazione fra le ipotesi di diversione processuale e l’art. 112 Cost.²⁸. Peraltro, una volta accettata la possibilità che il ricorso a meccanismi di diversione non integri un mancato esercizio dell’azione penale da parte del Pubblico Ministero, si affaccia l’esigenza di far sì che sia assicurata la tutela del principio di eguaglianza²⁹: sarà, perciò, necessario prevedere in modo preciso i presupposti che rendano doveroso il ricorso alla

²⁴ M. CHIAVARIO, *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un «nuovo» dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 411.

²⁵ *Ibidem*, p. 412.

²⁶ M.G. AIMONETTO, *L’archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell’ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di “deprocessualizzazione”*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 120, la quale cita, a sua volta, G. GIOSTRA, *L’archiviazione: lineamenti sistematici e questioni interpretative*, 2° edizione, Giappichelli, 1994, p. 8: “L’art. 112 Cost., invero, non dispone che il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare sempre l’azione penale, bensì che il pubblico ministero ha sempre l’obbligo (e non la facoltà) di esercitare l’azione penale: sottinteso, quando ne ricorrono i presupposti”. In senso analogo si veda V. D’ACQUARONE, R. ROSCINI-VITALI, *Esigenze e prospettive di modulazione dell’obbligatorietà dell’azione penale nel procedimento de societate*, in *Rivista 231*, n. 4, 2018, p. 115-144.

²⁷ V. PATANÈ, *Diversion*, in AA.VV., *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Giuffrè Editore, 2004, p. 86.

²⁸ B. BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di “diversione” nell’ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 4, 2015, p. 58.

²⁹ Cfr. art. 3 Cost.: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

diversione processuale, affinché non si verifichino trattamenti differenziati in situazioni analoghe³⁰.

A queste considerazioni di carattere generale, relative alla compatibilità fra fenomeni di diversione processuale e principio di obbligatorietà dell'azione penale, bisogna affiancarne altre, così da affrontare il problema in parola anche dalla specifica prospettiva della disciplina sulla responsabilità degli enti. A questo proposito, vari autori hanno evidenziato come il d.lgs. 231/2001 lasci un ampio margine di discrezionalità al Pubblico Ministero, "tanto nella trasmissione dell'informazione di garanzia quanto nell'archiviazione nei confronti della persona giuridica"³¹. Il riferimento corre, in particolare, all'art. 58 del Decreto, il quale – come noto – consente al Pubblico Ministero che non dia luogo alla contestazione dell'illecito amministrativo di emettere decreto motivato di archiviazione, senza che sia necessario, come è disposto, invece, dal codice di procedura penale per le persone fisiche, un provvedimento emesso dal Giudice per le indagini preliminari³². A fianco a tale addentellato normativo, che consegna un potere in un certo senso discrezionale al Pubblico Ministero chiamato ad esercitare l'azione penale, sottoposto unicamente al vaglio gerarchico del Procuratore generale presso la Corte d'Appello, si è già avuto modo di vedere, nel corso del primo capitolo, come una valutazione discrezionale a proposito dell'iscrizione o meno della notizia di reato a carico degli enti si sia, *de facto*, imposta all'interno delle varie Procure della Repubblica³³.

³⁰ B. BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 4, 2015, p. 58, 59. L'autore continua notando come, a questo proposito, l'ordinamento austriaco preveda una apposita causa di nullità della sentenza se in presenza delle condizioni per proporre la diversione il processo venga proseguito normalmente e si concluda con una sentenza di condanna.

³¹ F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conduct inglese: spunti per alcune riflessioni de jure condendo*, in *Indice pen.*, vol. 1, n. 1-2, 2015, p. 198. Si vedano anche F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 2/2016, p. 87; V. D'ACQUARONE, R. ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Rivista 231*, n. 2, 2018, p. 141.

³² D.lgs. 231/2001, art. 58: "Se non procede alla contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'articolo 59, il pubblico ministero emette decreto motivato di archiviazione degli atti, comunicandolo al procuratore generale presso la corte d'appello. Il procuratore generale può svolgere gli accertamenti indispensabili e, qualora ritenga ne ricorrano le condizioni, contesta all'ente le violazioni amministrative conseguenti al reato entro sei mesi dalla comunicazione.". A questo proposito, è la stessa Relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001 ad accennare ad una attenuazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale nell'ambito del procedimento a carico della persona giuridica, ove, al par. 18, recita che "per l'archiviazione si è previsto un procedimento semplificato senza controllo del giudice [...]. Si tratta, infatti, di un illecito amministrativo, per il quale non sussiste l'esigenza di controllare il corretto esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero. È sembrata, pertanto, del tutto estranea a questa materia la procedura di archiviazione codicistica".

³³ Cfr. V. D'ACQUARONE, R. ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Rivista 231*, n. 2, 2018, p. 123 ss.; PROCURA DELLA REPUBBLICA

Alla luce di tali considerazioni, risulta convincente ritenere che una “previsione dettagliata di presupposti e condizioni, in presenza dei quali l’inquirente [possa] proporre la diversione, potrebbe risultare un “innesto” non solo opportuno ma anche risolutivo del già prospettato problema di compatibilità con l’art. 112 della Costituzione”: in altre parole, non pare ravvisarsi alcuna violazione del principio di obbligatorietà dell’azione penale ove la legge determinasse criteri e parametri in presenza dei quali il Pubblico Ministero possa perseguire alcun reato in assenza di un’azione penale formale³⁴. In definitiva, ciò che viene proposto non è una repentina e non ponderata modifica della Costituzione, che porti all’abbandono del principio di obbligatorietà dell’azione penale: tale mossa risulterebbe certamente “avventata”, tanto più alla luce di “uno scenario europeo che vede i Paesi ad azione discrezionale ricercare con forza nuove garanzie in grado di compensare gli ormai inaccettabili *deficit* di legalità”³⁵. Tuttavia, l’atteggiamento prudente che viene proposto non deve nemmeno tradursi, all’opposto, “in una strenua difesa delle letture più rigide del dettato dell’art. 112 della nostra Carta costituzionale”, forte lo sviluppo, all’interno dei sistemi ad azione obbligatoria, di “ambiti di discrezionalità controllata”³⁶, in grado di offrire efficienti risposte tanto al fenomeno della criminalità economica quanto alla necessità del rispetto del principio di ragionevole durata del processo³⁷.

3.2. La messa alla prova: una veste per la diversione non priva di aspetti problematici

Scongiurata, quindi, l’esistenza di un “ostacolo all’entrata” nel nostro ordinamento – astrattamente rinvenibile nell’art. 112 Cost. – per i sistemi di diversione processuale, si può proseguire nell’analisi di come tale istituto possa essere tradotto nell’ambito della disciplina della responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001. A questo proposito, vari commentatori hanno notato come una possibile strada da percorrere, già parzialmente tracciata, sia quella della sospensione del procedimento con messa alla prova. Tale istituto, infatti, condivide il suo percorso genetico con i *pre-trial diversion agreements* di stampo statunitense: introdotto dapprima nell’ordinamento penale minorile³⁸, dopo vari anni di sperimentazione ed applicazione esso è stato recentemente

PRESSO IL TRIBUNALE DI MILANO, *Bilancio di responsabilità sociale 2013-14*, p. 41; PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI MILANO, *Bilancio di responsabilità sociale 2017*, p. 85-86.

³⁴ F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conduct inglese: spunti per alcune riflessioni de jure condendo*, in *Indice pen.*, vol. 1, n. 1-2, 2015, p. 199.

³⁵ L. LUPÀRIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell’azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1757.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ V. D’ACQUARONE, R. ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Rivista 231*, n. 2, 2018, p. 145.

³⁸ Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448 (GU Serie Generale n. 250 del 24-10-1988, Suppl. Ordinario n. 93), artt. 28, 29; Decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 272 (GU Serie Generale n. 182 del 05-08-1989, Suppl. Ordinario n. 57), art. 27.

esteso anche alle persone fisiche adulte in seguito all'entrata in vigore della L. 67/2014, recante "Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili". Al di là di tale tratto comune, la sospensione del procedimento con messa alla prova presenta caratteristiche sorprendentemente aderenti a quelle proprie dei *Deferred Prosecution Agreements* e *Non-Prosecution Agreements*, ragione per cui essa si qualifica come una primaria opzione da vagliare nel predisporre ipotesi di estensione dei *pre-trial diversion agreements* nell'ordinamento nazionale.

3.2.1. Le caratteristiche dell'istituto

La legge istitutiva della sospensione del procedimento con messa alla prova per gli adulti ha introdotto modifiche a quattro diversi strumenti normativi. In primo luogo, sono stati inseriti gli artt. 168-*bis*, 168-*ter* e 168-*quater* al codice penale, i quali vanno a disciplinare gli aspetti sostanziali del nuovo istituto. In secondo luogo, anche il codice di rito è stato modificato dalla legge in esame, con l'inserimento degli artt. da 464-*bis* a 464-*novies*, nonché dell'art. 657-*bis*. Infine, modifiche sono state effettuate anche sulle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale (d.lgs. 271/1989) e sul Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale (D.P.R. 313/2002). Dal combinato disposto delle norme di legge richiamate emerge un istituto complesso, che per certi versi ricalca il suo analogo per gli imputati minorenni ma che non manca di distanziarsene in alcuni punti. In estrema sintesi, le caratteristiche dell'istituto in esame possono essere descritte come segue.

Innanzitutto, è previsto un campo applicativo limitato per la forma di *probation* dedicata agli adulti: a differenza di quanto previsto per la messa alla prova minorile, l'art. 168-*bis* c.p. dispone che l'imputato possa richiedere la sospensione del processo con messa alla prova unicamente qualora si proceda per reati puniti con la sola pena pecuniaria o con la pena detentiva non superiore, nel massimo, a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio, ai sensi dell'art. 550, co. 2 c.p.p.. Limitazioni applicative si rinvengono anche ove è stabilito che la sospensione del procedimento con messa alla prova possa essere concessa una volta sola e mai nei casi di contravventori o delinquenti abituali, professionali o per tendenza.

La messa alla prova è, poi, delineata dal legislatore come un meccanismo che comporta (i) la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato; (ii) l'affidamento dell'imputato al servizio sociale per lo svolgimento di un programma che può implicare, fra le

altre cose, attività di volontariato di rilievo sociale; (iii) la prestazione di lavoro di pubblica utilità, non retribuito, in favore della collettività³⁹.

La richiesta di sottoposizione a questo procedimento speciale – a cui dovrà essere allegato il programma di trattamento, elaborato d'intesa con l'Ufficio di esecuzione penale esterna ovvero, se non sia stato possibile, la richiesta di elaborazione del programma stesso – può essere avanzata unicamente dall'imputato, fino alla formulazione delle conclusioni nell'udienza preliminare (ovvero fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado nel caso di giudizio direttissimo o procedimento per citazione diretta, entro quindici giorni dalla notifica del decreto nel caso di giudizio immediato, con l'atto di opposizione nel caso di procedimento per decreto)⁴⁰. La richiesta può essere, altresì, avanzata nel corso delle indagini preliminari da parte della persona indagata ma, in tal caso, il giudice deve trasmettere gli atti al Pubblico Ministero perché esprima il suo consenso o dissenso entro cinque giorni (fermo restando che, in caso di dissenso, l'imputato potrà rinnovare la richiesta prima dell'apertura del dibattimento di primo grado)⁴¹.

Il giudice, ricevuta la richiesta, con ordinanza disporrà la sospensione del procedimento con messa alla prova qualora reputi, in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p., che il programma di trattamento presentato sia idoneo e che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati⁴².

La sottoposizione alla messa alla prova determina la sospensione del procedimento e, con esso, anche della prescrizione⁴³. Qualora, decorso il periodo di sospensione, il giudice, avvalendosi della relazione conclusiva dell'Ufficio di esecuzione penale esterna che ha preso in carico l'imputato, ritenga che la prova abbia dato esito positivo, egli dichiarerà estinto il reato. Al contrario, in caso di esito negativo della prova, ovvero in caso di revoca della sospensione per gravi o reiterate trasgressioni al programma di trattamento, per rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità ovvero per la commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo o reato della stessa indole, è previsto che il processo penale riprenda il suo corso⁴⁴. Sia in caso di revoca della sospensione che in caso di esito negativo della messa alla prova, se l'imputato venga poi condannato, ai fini della determinazione della pena da eseguire sarà, infine, detratto un periodo corrispondente a quello della prova eseguita, equiparando tre giorni di prova ad un giorno di reclusione o arresto ovvero a 250 euro di multa o ammenda⁴⁵.

³⁹ Art. 168-*bis* c.p., co. 2, 3.

⁴⁰ Art. 464-*bis* c.p.p.

⁴¹ Art. 464-*ter* c.p.p.

⁴² Art. 464-*quater* c.p.p.

⁴³ Art. 168-*ter* c.p.

⁴⁴ Art. 168-*quater* c.p., art. 464-*septies* c.p.p.

⁴⁵ Art. 657-*bis* c.p.p.

3.2.2. La comunanza di ratio fra messa alla prova e d.lgs. 231/2001

Avendo passato in rassegna le principali caratteristiche della sospensione del procedimento con messa alla prova, come disciplinata dalla L. 67/2014, risulta evidente come essa ben si presti a veicolare un meccanismo di diversione processuale analogo quelli utilizzati negli ordinamenti statunitense e britannico. L'istituto attualmente previsto per le persone fisiche adulte, infatti, consentirebbe agevolmente la sospensione del procedimento a carico dell'ente per effettuare la sottoposizione ad un periodo di prova corredato da apposite prescrizioni, pur garantendo, in caso di esito negativo della diversione, la pronta ripresa dello strumento punitivo tradizionale. Ancora, militano per l'estensione dell'istituto della messa alla prova al d.lgs. 231/2001, le numerose voci in dottrina che evidenziano come la struttura stessa del sistema di responsabilità degli enti sia costruita secondo un'ottica di special prevenzione e risocializzazione dell'ente⁴⁶, che contribuirebbe a rendere un eventuale ingresso dell'istituto della messa alla prova nel sistema delle persone giuridiche un "trapianto" a basso rischio di "rigetto"⁴⁷.

Il d.lgs. 231/2001, infatti, sanzionando gli illeciti attribuibili agli enti secondo la categoria della colpa di organizzazione, prevede altresì varie misure premiali connesse alla messa in atto, anche successiva, di presidi preventivi, e con ciò "mostra una chiara proiezione ideologica verso l'obiettivo di ricondurre l'ente a un modello organizzativo più efficiente di quello che ha consentito la commissione del reato-presupposto"⁴⁸.

In primo luogo, è riservato – come *supra* visto – un trattamento sanzionatorio più di favore a quegli enti che si siano attivati per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e prevenire la commissione di ulteriori illeciti⁴⁹, ovvero per quegli enti che abbiano dato luogo (o si siano efficacemente adoperati in tal senso) al risarcimento integrale del danno ed all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, nonché all'adozione ed implementazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi⁵⁰. Inoltre, addirittura l'adozione tardiva delle condotte riparatorie descritte dall'art. 17 del decreto in esame, se avviene entro

⁴⁶ Si vedano, fra gli altri, A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè Editore, 2013, p. 12-14; C. PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè Editore, seconda edizione, 2010, p. 249-254; S. BARTOLOMUCCI, *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche*, IPSOA, 2004, p. 149-151.

⁴⁷ F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conduct inglese: spunti per alcune riflessioni de jure condendo*, in *Indice pen.*, vol. 1, n. 1-2, 2015, p. 197.

⁴⁸ M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversione dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2017, p. 73.

⁴⁹ D.lgs. 231/2001, art. 11, co. 1: "Criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria".

⁵⁰ D.lgs. 231/2001, art. 12: "Casi di riduzione della sanzione pecuniaria", art. 17: "Riparazione delle conseguenze del reato".

venti giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza, abilita l'ente condannato a richiedere la conversione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria⁵¹.

Oltre a tali effetti di mitigazione del trattamento sanzionatorio, che si ripercuotono tanto sulla commisurazione e riduzione della sanzione pecuniaria quanto sull'impedimento dell'applicazione delle sanzioni interdittive, si deve notare come neppure le logiche stesse di sospensione del processo siano estranee all'impianto originario del d.lgs. 231/2001. Infatti, da un lato, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, il giudice può disporre la sospensione del processo qualora l'ente richieda di provvedere alle condotte riparatorie di cui all'art. 17 e dimostri l'impossibilità di effettuarle prima. In questo caso, dopo l'espletamento delle azioni di riparazione, il processo riprenderà il suo corso e all'ente non potranno essere applicate le sanzioni interdittive⁵². Dall'altro lato, un meccanismo che richiama fortemente l'istituto della messa alla prova, tanto nelle sue caratteristiche quanto nei suoi effetti, seppur limitatamente al procedimento cautelare, è presente nel corpo della normativa sulla responsabilità degli enti, all'art. 49⁵³. Infatti, qualora siano applicate all'ente misure cautelari, queste ultime possono essere sospese se l'ente faccia richiesta di realizzare le già richiamate condotte di cui all'art. 17. Il giudice, sentito il PM, se ritiene di accogliere la richiesta, ordina il deposito presso la Cassa delle ammende di una somma di denaro a titolo di cauzione, dispone la sospensione delle misure cautelari applicate e fissa il termine per dare luogo alle condotte riparatorie. Se durante il periodo di sospensione le condizioni di cui all'art. 17 si realizzano effettivamente, il giudice revoca le misure cautelari e dispone la restituzione della somma depositata a titolo di cauzione; qualora, invece, sia ravvisata la mancata, incompleta o inefficace esecuzione delle condotte di riparazione, le misure cautelari sospese sono ripristinate e la cauzione prestata viene devoluta alla Cassa delle ammende. Evidente risulta il parallelismo fra l'istituto appena descritto e quello di cui si propone l'introduzione. Pur senza ignorare il fatto che la portata dell'art. 49 del d.lgs. 231/2001 sia decisamente più ridotta di quella connessa alla sospensione del procedimento con messa alla prova, certamente non risulterebbe un'operazione aliena ai criteri di fondo della *corporate liability* italiana la rielaborazione, in chiave differente, di tale strumento già disponibile e sperimentato: esso permetterebbe all'ente di usufruire di un termine temporale per "mettersi in regola" e, conseguentemente, di giovare non già unicamente della revoca delle misure cautelari applicate, ma, più radicalmente, dell'estinzione dello stesso illecito amministrativo ad esso contestato⁵⁴.

⁵¹ D.lgs. 231/2001, art. 78: "Conversione delle sanzioni interdittive".

⁵² D.lgs. 231/2001, art. 65: "Termine per provvedere alla riparazione delle conseguenze del reato".

⁵³ D.lgs. 231/2001, art. 49: "Sospensione delle misure cautelari".

⁵⁴ G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista* 231, n. 4, 2016, p. 15.

In definitiva, a fronte di una prospettiva teleologica del d.lgs. 231/2001 spiccatamente caratterizzata in senso special preventivo, si deve constatare una corrispondenza con le finalità proprie dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, il quale – come visto – “abbina a una finalità deflattiva una componente riparatoria e una di recupero”⁵⁵.

3.2.3. *Le problematiche di legittimità della messa alla prova*

Appurato come la sospensione del procedimento con messa alla prova potrebbe essere un istituto utile per estendere alla disciplina sulla responsabilità degli enti meccanismi analoghi ai *pre-trial diversion agreements* angloamericani, e come tale istituto si ponga in una logica di continuità e aderenza alle logiche fondanti lo stesso d.lgs. 231/2001, si deve, a questo punto, soffermarsi su ulteriori problematiche di legittimità costituzionale che vengono in rilievo. Infatti, già al momento dell'introduzione della messa alla prova per le persone fisiche adulte con la L. 67/2014, erano state sollevate in dottrina possibili frizioni con la presunzione di non colpevolezza, ex art. 27, co. 2 Cost.; ebbene, tali dubbi si ripropongono e vanno nuovamente confutati nel momento in cui si discuta circa una possibile apertura del d.lgs. 231/2001 al meccanismo della sospensione del procedimento con messa alla prova.

I dubbi di legittimità rilevati in relazione all'istituto introdotto dalla L. 67/2014 hanno a che fare con la (supposta) natura afflittiva e punitiva dello stesso. Infatti, fin dai momenti precedenti al suo ingresso nell'ordinamento, parte della dottrina aveva sottolineato come il rito speciale in esame si prestasse ad essere considerato come “l'applicazione di una vera e propria sanzione sostitutiva di tipo prescrittivo (il lavoro di pubblica utilità) agli imputati che ne facessero richiesta [...] che verrebbe tuttavia scontata, sotto le mentite spoglie della ‘messa alla prova’, in sede processuale anziché in sede esecutiva”⁵⁶. Infatti, anche a tralasciare il fatto che dalla stessa analisi letterale delle disposizioni rilevanti sembrerebbe essere data per scontata la responsabilità del soggetto messo alla prova⁵⁷ – e, quindi, essere giustificata la sua sottoposizione a pena – è stato fatto notare come siano i contenuti della messa alla prova e, in particolare, la sottoposizione obbligatoria al lavoro di pubblica utilità, ad “evidenziare un carattere latamente punitivo della misura,

⁵⁵ M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo “231”: quali prospettive per la diversion dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2017, p. 73.

⁵⁶ F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1, 2012, p. 9. Sulla natura penale della messa alla prova si veda anche M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in *Processo penale e Giustizia*, n. 6, 2012, p. 123-134.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 10. Si vedano, ad esempio, l'art. 464-*quater* c.p.p. che, nel delineare i criteri di giudizio a cui il giudice deve rifarsi per pronunciarsi sulla richiesta di sospensione del procedimento, menziona una valutazione prognostica sul fatto che “l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati”, ovvero l'art. 168-*bis* c.p. il quale, fra i presupposti della revoca della sospensione, menziona “la commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo”.

certamente distante [...] dallo spirito che dovrebbe caratterizzare una misura di diversione”⁵⁸. Carattere punitivo rimarcato, secondo tale orientamento, anche dalla previsione dell’iscrizione nel casellario giudiziale dell’ordinanza che dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova e della sentenza che dichiara estinto il reato per esito positivo della medesima⁵⁹.

Tali considerazioni pongono però una fondamentale questione di legittimità costituzionale quando si ragiona sul fatto che misure latamente penali e sanzionatorie sarebbero, in questo caso, applicate ad un soggetto la cui colpevolezza non sia stata previamente provata in giudizio.

Infatti, l’art. 464-*quater* c.p.p. prevede, al fine della disposizione della sospensione del procedimento con messa alla prova, la valutazione “in negativo” dell’assenza dei presupposti per la sentenza di proscioglimento immediato ex art. 129 c.p.p., senza richiedere, tuttavia, alcun accertamento “in positivo” sulla responsabilità dell’imputato o indagato, sia pure allo stato degli atti⁶⁰. In altre parole, considerare la sospensione del procedimento con messa alla prova come una “cripto-condanna”⁶¹, ancorché consensualmente assunta, espone all’imbarazzante problema di dover giustificare l’imposizione, a carico di un imputato presunto innocente ex art. 27, co. 2 cost. – né mai dichiarato colpevole – della prestazione di lavoro in favore della collettività, nonché del risarcimento del danno causato o della riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato⁶². Tali dubbi di costituzionalità potrebbero, poi, portare a conseguenze addirittura paradossali nella situazione in cui – avendo dato la

⁵⁸ B. BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di “diversione” nell’ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 4, 2015, p. 56. È utile richiamare, visto il riferimento fatto, le riflessioni sul concetto di diversione contenute in *Risoluzione del XIII Congresso Internazionale di diritto penale sul tema «diversion e mediazione»* (Cairo, 1-7 ottobre 1984), in *Cass. Pen.*, fasc. 2-3, 1985, p. 533 ss., in cui si legge che la *diversion* debba essere accompagnata, eventualmente, da “misure non penali di risoluzione del conflitto” (p. 534).

⁵⁹ *Ibidem*. Cfr. D.P.R. 313/2002 (GU Serie Generale n. 36 del 13-02-2003, Suppl. Ordinario n. 22), art. 3(L), co. 1, lett. *i-bis*). Bisogna, però, notare come ai sensi dell’art. 24, co. 1, lett. *m-bis* e *m-ter*) del medesimo D.P.R. 313/2002 (come riformato dal d.lgs. 122/2018) le menzionate iscrizioni non sono riportate nel certificato del casellario giudiziale richiesto dall’interessato. Nelle more dell’entrata in vigore della riforma di cui al d.lgs. 122/2018 (fissata per il 26 ottobre 2019), è, inoltre, intervenuta la sentenza della Corte Costituzionale n. 231/2018 che ha dichiarato l’incostituzionalità delle norme sul casellario giudiziale *ante* riforma, nella parte in cui impongono di riportare nel certificato richiesto dall’interessato sia l’ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova, sia l’eventuale sentenza dichiarativa dell’estinzione del reato.

⁶⁰ N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, 2014, p. 68.

⁶¹ F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato maggiorenne e l’archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1, 2012, p. 9.

⁶² F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 2013, p. 1302.

messa alla prova esito negativo ed avendo, quindi, il processo ripreso il suo corso – viene “messa in conto la possibilità di pervenire ad una pronuncia di assoluzione, che sancirebbe *a posteriori* il carattere *indebito* (e dunque *ripetibile ex art. 2033 c.c.)* di tali prestazioni”⁶³.

Tali perplessità di ordine costituzionale non possono, evidentemente, essere sottovalutate. Esistono, tuttavia, voci in dottrina e giurisprudenza che riconducono l’istituto in esame entro i confini della legittimità. Esiste, infatti, un filone interpretativo che valorizza, a discapito dell’aspetto sanzionatorio, una lettura in chiave riparativa della messa alla prova: pur riconoscendo al programma trattamentale e, in particolare, al lavoro di pubblica utilità “una sfumatura in parte afflittiva”, tale approccio ermeneutico nega che l’istituto in esame preveda una delibazione, seppur sommaria, di colpevolezza dell’imputato e che, di conseguenza, esso possa essere equiparato ad un provvedimento sanzionatorio⁶⁴. In altri termini, come non si possono negare gli aspetti *lato sensu* sanzionatori previsti nel contenuto della messa alla prova, allo stesso modo non si può negare come sia ben presente anche un’altra componente, che avvicina l’istituto in esame agli strumenti di “giustizia riparativa” tipici di altri settori e (soprattutto) di altri ordinamenti⁶⁵.

Anche in giurisprudenza si sono registrati arresti in linea con tale orientamento. La Suprema Corte di Cassazione, ad esempio, in una recente sentenza si è espressa sull’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova nei termini di “peculiare forma di definizione alternativa del procedimento [...] che trova la sua *ratio* nell’esigenza di configurare anche un sistema che vuole porsi come mezzo di tutela sostanziale dei beni giuridici lesi, più che come astratto ed indefettibile meccanismo retributivo conseguente alla commissione del reato”⁶⁶. Sembra quindi potersi dire confutata quella tesi che vede, al contrario, nella messa alla prova una cripto-condanna pronunciata in assenza di un accertamento della colpevolezza dell’imputato.

Inoltre, è stato messo in luce come i predetti dubbi di costituzionalità potrebbero, invero, essere ulteriormente ridimensionati nell’ipotesi di introduzione della sospensione del procedimento con messa alla prova nell’impianto del d.lgs. 231/2001. Infatti, come alcuni commentatori hanno fatto notare, il contenuto della messa alla prova, calato nella prospettiva della disciplina sulla responsabilità degli enti, andrebbe, fra l’altro, a ricomprendere un insieme di prescrizioni cui la persona giuridica già sarebbe vincolata, ai sensi del decreto in esame, qualora voglia neutralizzare le misure cautelari, chiedere di essere giudicata secondo un rito speciale o lucrare, in caso di condanna, un

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo “231”: quali prospettive per la diversion dell’ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2017, p. 75, 76.

⁶⁵ V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?*, 22 dicembre 2015, p. 5, disponibile su https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1450694302BOVE_2015c.pdf.

⁶⁶ Cass. pen., sez. II, sent. 16 gennaio 2015, n. 18265.

trattamento sanzionatorio più mite⁶⁷. Di conseguenza, trovandosi l'ente già chiamato alla realizzazione di alcune condotte per beneficiare di un trattamento più favorevole, potrebbe destare minori dubbi di legittimità ricollegare alle stesse condotte, quali componenti di un programma di messa alla prova, la capacità di estinguere l'illecito amministrativo⁶⁸.

Peraltro, il dibattito circa la natura penale o meno della sospensione del procedimento con messa alla prova sembra essersi, da ultimo, arricchito di una ulteriore e decisiva tappa grazie ad un recente intervento della Corte Costituzionale⁶⁹.

La Consulta, infatti, in una pronuncia che pure non è andata esente da critiche⁷⁰, si è espressa sul paventato contrasto fra l'istituto in esame e la presunzione di non colpevolezza ex art. 27, co. 2 Cost., concludendo che nel procedimento di messa alla prova “manca una condanna” così come “manca un'attribuzione di colpevolezza”⁷¹.

Per giungere a tale conclusione, il Giudice delle Leggi dapprima ha richiamato considerazioni già precedentemente svolte in merito all'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, ex art. 444 c.p.p., ritenuto assimilabile per quanto riguarda il dubbio di compatibilità con l'art. 27, co. 2 Cost.. La Corte, infatti, pone l'accento sull'elemento della sottoposizione volontaria da parte dell'imputato ai citati istituti, i quali vanno a formare un “nuovo ordinamento giuridico-processuale” in cui svolge un ruolo preponderante l'iniziativa delle parti nel settore probatorio; senza che questo, però, vada a sovvertire i principi costituzionali in ambito probatorio, dal momento che “il giudice è in primo luogo tenuto ad esaminare ex officio se sia già acquisita agli atti la prova che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso” e che – risultando negativa questa prima verifica – all'imputato che ritenga di possedere elementi per l'affermazione della propria innocenza rimangono disponibili le garanzie del rito ordinario⁷².

In aggiunta a tali considerazioni, ed abbandonando i parallelismi con l'istituto del “patteggiamento”, la Consulta è, poi, ancora più esplicita nel

⁶⁷ G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista* 231, n. 4, 2016, p. 18, 19.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 19.

⁶⁹ Corte Costituzionale, sent. n. 91/2018.

⁷⁰ Si veda, ad esempio, A. MACCHIA, P. GAETA, *Messa alla prova ed estinzione del reato: criticità di sistema e adattamenti funzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2018, p. 135-149. In particolare, gli autori non condividono l'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale in quanto, se davvero l'istituto in esame prescindesse dalle categorie di reato, responsabilità e pena, verrebbe meno l'oggetto stesso dell'estinzione e “la rieducazione finirebbe per atteggiarsi alla stregua di momento terminativo di un percorso che utilizza la persona come strumento di politica criminale: il che, evidentemente, risulterebbe palesemente in contrasto con lo stesso canone di necessaria offensività del fatto” (p. 143, 144).

⁷¹ Corte Costituzionale, sent. n. 91/2018, *Considerato in diritto*, par. 6.

⁷² *Ibidem*.

precisare che, nel caso di sospensione del procedimento con messa alla prova, “[i]l trattamento programmato non è [...] una sanzione penale, eseguibile coattivamente, ma dà luogo a un’attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell’imputato, il quale liberamente può farla cessare con l’unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso”⁷³. A conclusione della propria argomentazione, infine, la Corte puntualizza come in ogni caso non manchi, nell’istituto in esame, una considerazione della responsabilità dell’imputato (seppur in via incidentale ed allo stato degli atti), atteso che il giudice, ai sensi dell’art. 464-*quater*, co. 1 c.p.p. deve verificare – come visto – la non sussistenza delle condizioni per pronunciare sentenza di proscioglimento immediato a norma dell’art. 129 c.p.p., a tal fine potendo egli esaminare gli atti del fascicolo del PM, valutare la volontarietà della richiesta dell’imputato, eventualmente disponendone la comparizione, e acquisire ulteriori informazioni⁷⁴.

Al di là delle già ricordate critiche che si sono sollevate all’indomani della citata sentenza della Corte Costituzionale, non si può non riconoscere come essa sia, al momento, una fra le più compiute disamine circa l’istituto della messa alla prova ed un contributo ermeneutico dotato della massima autorevolezza⁷⁵, a cui si deve fare riferimento nel ritenere risolte le perplessità che si erano concentrate sull’istituto in esame.

Superati i dubbi di compatibilità con il sistema costituzionale che si sono sollevati nei confronti degli istituti della diversione processuale (prima) e della sospensione del procedimento con messa alla prova (poi), è possibile, a questo punto della trattazione, formulare una proposta di riforma, analizzando quali vie potrebbero essere seguite per estendere tale ultimo istituto alla disciplina sulla responsabilità degli enti e quali contenuti esso dovrebbe assumere, reputandosi necessario un certo sforzo di “adattamento” delle sue attuali caratteristiche alle peculiarità delle persone giuridiche.

3.3. La (breve) via interpretativa attraverso l’art. 34 del d.lgs. 231/2001

La prima e più immediata possibilità, percorsa, seppur con esiti negativi, in una recente pronuncia della giurisprudenza di merito, consiste nella semplice estensione per via interpretativa dell’istituto attualmente previsto per le persone fisiche, attraverso la clausola di cui all’art. 34 del d.lgs. 231/2001.

Tale norma, come noto, prevede che, per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, si debbano osservare le norme processuali disposte dal d.lgs. 231/2001 “*nonché, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del decreto legislativo 28 luglio*

⁷³ *Ibidem*, *Considerato in diritto*, par. 7.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ In questi termini, G. LEO, *La Corte costituzionale ricostruisce ed ‘accredita’, in punto di compatibilità costituzionale, l’istituto della messa alla prova*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 5, 2018, p. 303-308.

1989, n. 271⁷⁶. In questo modo, ritenuta la sospensione del procedimento con messa alla prova compatibile con il d.lgs. 231/2001, si potrebbe sostenere l'automatica applicabilità di tale istituto anche al processo nei confronti degli enti collettivi.

Come anticipato, tale soluzione è stata prospettata, nell'unica – al momento – pronuncia della giurisprudenza in tema⁷⁷, da parte dei difensori di un ente imputato per l'illecito di cui all'art. 25-*septies*, co. 3, in una vicenda di infortuni sul luogo di lavoro. Il giudice investito della questione, tuttavia, ha ritenuto non percorribile la strada dell'automatica estensione della messa alla prova agli enti a mezzo dell'art. 34 del d.lgs. 231/2001, adducendo due ostacoli ritenuti insormontabili.

In primo luogo, valorizzando l'argomento letterale sintetizzabile nel brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*⁷⁸, il Tribunale milanese ha precisato che “né le norme di cui agli artt. 168-*bis* ss. c.p., né quelle previste dagli artt. 464-*bis* ss. c.p.p. e neppure le disposizioni racchiuse nella sezione VI del titolo III d.lgs. n. 231/2001, che disciplina i ‘procedimenti speciali’, prevedono, in maniera espressa, che l'ente possa giovare dell'istituto in esame”⁷⁹.

In secondo luogo, andando a vagliare precisamente la possibilità di operare un'estensione analogica dell'istituto previsto per le persone fisiche, il giudice ha sottolineato il carattere afflittivo della sospensione del procedimento con messa alla prova, in cui lo svolgimento del lavoro di pubblica utilità “rientra a pieno titolo nella categoria delle sanzioni penali”⁸⁰. Conseguentemente, secondo il giudizio del Tribunale, il principio di legalità *ex art. 25, co. 2 Cost.* – che, per pacifica giurisprudenza sia costituzionale che di legittimità, mentre può a certe condizioni essere di tipo relativo quanto alla descrizione del precetto, ha invece carattere assoluto quanto all'individuazione della pena – si oppone in modo perentorio all'applicazione della messa alla prova nel processo degli enti attraverso un'interpretazione analogica. Con la conseguenza che, “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”, l'istituto in esame risulta inapplicabile alle società imputate ai sensi del d.lgs. 231/2001⁸¹.

La pronuncia analizzata si espone, però, ad alcuni importanti rilievi critici. Innanzitutto, non appare dirimente il primo argomento prospettato dal Tribunale, ove viene notata la mancanza di una espressa norma di raccordo fra l'istituto introdotto con la L. 67/2014 ed il d.lgs. 231/2001. Anche a tacere di come la problematica dell'applicabilità nell'ambito del procedimento degli enti di istituti

⁷⁶ D.lgs. 231/2001, art. 34: “Disposizioni processuali applicabili”.

⁷⁷ Trib. Milano, sez. XI, ord. 27 marzo 2017, Giud. Corbetta.

⁷⁸ M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo “231”: quali prospettive per la diversione dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2017, p. 52.

⁷⁹ Trib. Milano, sez. XI, ord. 27 marzo 2017, Giud. Corbetta, p. 1.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*, p. 2.

non espressamente richiamati dal d.lgs. 231/2001 non sia affatto una novità⁸², è proprio il citato art. 34 del decreto in esame a riconoscere espressamente ed ammettere tale possibilità. Infatti, è la norma stessa a prevedere la liceità dell'applicazione, in via subordinata alle disposizioni processuali contenute nel decreto sulla responsabilità degli enti, di norme del codice di rito e delle relative norme di attuazione, ponendo quale unico limite quello della compatibilità. Di conseguenza, non sembra del tutto condivisibile l'ottica adottata nell'ordinanza in esame, la quale fa riferimento al principio di legalità e – suo corollario – al divieto di analogia in materia penale⁸³. Piuttosto, sembra che il giudice avrebbe dovuto concentrare la sua analisi sul superamento o meno, da parte della sospensione del procedimento con messa alla prova, del vaglio di compatibilità con il d.lgs. 231/2001.

A questo proposito, si può notare come la Sezione VI, Capo III del decreto citato, dedicata ai procedimenti speciali, faccia riferimento unicamente al giudizio abbreviato, al c.d. patteggiamento e al procedimento per decreto. È, tuttavia, ritenuto ormai pacifico, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, e proprio in forza dell'intermediazione dell'art. 34, che le disposizioni riguardanti sia il giudizio immediato che il giudizio direttissimo, pur non richiamate dal d.lgs. 231/2001, siano compatibili ed applicabili nell'ambito del processo nei confronti degli enti⁸⁴.

Alla luce di tali considerazioni, quindi, non sembrano prive di argomenti quelle voci che non condividono la conclusione prospettata dal Tribunale di Milano nella pronuncia esaminata, notando che, in questo modo, viene preclusa all'ente "una importante *chance* difensiva (e, in uno con essa, ri-organizzativa) quale quella offerta dalla messa alla prova, la cui mancata previsione nel testo del decreto è la risultante della convergenza, da un lato, dell'ovvia sopravvenienza temporale della L. 28 aprile 2014, n. 67 rispetto al d.lgs. 8

⁸² M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversione dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2017, p. 56, ove sono addotti, come esempi in questo senso, il tema della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente imputato o il tema della possibilità, per l'ente, di nominare un difensore di fiducia prima e indipendentemente dalla formale costituzione nel procedimento.

⁸³ *Ibidem*, p. 57.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 58. Si vedano, a questo proposito, A. BASSI, T.E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè Editore, 2006, p. 684-688; E. GUIDO, *I procedimenti speciali*, in G. CANZIO, L.D. CERQUA, L. LUPÀRIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, CEDAM, seconda edizione, 2016, p. 1111-1114; A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè Editore, 2013, p. 374-376; D. MANZIONE, *I procedimenti speciali e il giudizio*, in G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè Editore, seconda edizione, 2010, p. 663-667; S. VINCIGUERRA, M. CERESA-GASTALDO, A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, CEDAM, 2004, p. 160-166.

giugno 2001, n. 231 e, dall'altro, dell'ormai consueta trascuratezza (e, forse, limitatezza prospettica) del legislatore in sede di produzione normativa”⁸⁵.

In aggiunta alle argomentazioni appena spese, l'ordinanza del Tribunale di Milano non sembra essere del tutto solida anche alla luce della sopravvenuta sentenza della Corte Costituzionale n. 91/2018. Infatti, se l'argomento del giudice meneghino si fonda principalmente sulla natura di sanzione penale del lavoro di pubblica utilità contenuto nel programma di messa alla prova, e sulla conseguente impossibilità di estensione analogica, pena la violazione del principio di legalità, la Consulta ha – come visto – espressamente contraddetto tale assunto, negando la natura di sanzione penale alla messa alla prova.

Appare, quindi, come la pronuncia del giudice milanese, quantomeno per la linea argomentativa adottata, si esponga a numerose critiche e appunti. Ciononostante, non sembra opportuno accontentarsi di una supposta (e, per vero, da dimostrare) compatibilità della sospensione del procedimento con messa alla prova rispetto al d.lgs. 231/2001 e, quindi, di una sua applicabilità ex art. 34. Si registrano, infatti, voci in dottrina che – pur riconoscendo la comune appartenenza della messa alla prova e di numerosi articoli del d.lgs. 231/2001 a “forme di risposta all'illecito non meramente sanzionatorie e con funzione riparatoria” – ritengono, altresì, sussistere numerosi elementi di differenziazione, attesa la loro diversa conformazione, sulla base del soggetto destinatario⁸⁶.

In particolare, viene fatto notare come numerosi aspetti della disciplina della messa alla prova, primo fra tutti lo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, “presuppongono e sono compatibili esclusivamente con la persona fisica dell'imputato, chiamato a sottoporsi ad un programma trattamentale fondato su un complesso di prescrizioni volte al recupero della persona e di per sé non compatibili con la diversa struttura di un ente collettivo”⁸⁷; ancora, è pure segnalato come il ruolo centrale assegnato dal Titolo V-bis c.p.p. all'Ufficio penale di esecuzione esterna, cui è affidata l'elaborazione del programma trattamentale e la verifica del suo corretto adempimento, difficilmente potrebbe, allo stato attuale, essere calato sulle esigenze e peculiarità del d.lgs. 231/2001, fra cui, ad esempio, la necessità di garantire la presenza, all'interno dell'UEPE, di professionalità adatte a compiere valutazioni in ordine all'adozione e attuazione di un modello organizzativo idoneo da parte degli enti sottoposti alla messa alla prova⁸⁸.

Risulta, quindi, preferibile, per i motivi appena citati, oltre che per meglio garantire chiarezza e precisione dei presupposti e dei contenuti di tale istituto –

⁸⁵ M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo “231”: quali prospettive per la diversione dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2017, p. 59.

⁸⁶ P. DI GERONIMO, *L'estensione all'ente della disciplina in tema di tenuità del fatto, messa alla prova ed estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Rivista 231*, n. 4, 2018, p. 56.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 57.

che lo studio dell'esperienza angloamericana ha mostrato essere essenziali al fine di prevenire l'insorgere di abusi nella prassi applicativa – optare per una sua estensione alla disciplina degli enti a mezzo di un intervento legislativo *ad hoc*, che attui “un processo di ‘entificazione’ della disciplina della messa alla prova”⁸⁹, adattandolo alle peculiarità del d.lgs. 231/2001.

3.4. Proposta di disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova estesa agli enti

Nel tentativo, del tutto umile e rispettoso, di ipotizzare una disciplina dell'istituto in esame che possa integrarsi nel processo relativo agli enti, adattandone le caratteristiche al particolare soggetto a cui deve applicarsi, si avrà cura di soffermarsi su vari importanti aspetti.

In primo luogo, sarà necessario prospettare una scadenza temporale entro la quale l'ente possa avanzare richiesta di accedere alla sospensione del procedimento con messa alla prova e delineare i requisiti a cui tale richiesta debba essere subordinata; in secondo luogo, ma in modo altrettanto importante, sarà opportuno prevedere adeguati contenuti per il programma trattamentale a cui l'ente si dovrà sottoporre: è necessario, infatti, da un lato, fare in modo che le prescrizioni imposte al soggetto collettivo siano sufficientemente serie e garantiscano un adeguato livello di deterrenza e prevenzione a livello speciale e generale; dall'altro lato, è, altresì, essenziale che tali prescrizioni siano strutturate su misura per il soggetto-persona giuridica e non si riducano ad una mera trasposizione di quanto è oggi richiesto alle persone fisiche, pena il prevedibile fallimento dell'istituto stesso.

Nel fare ciò, infine, non si può prescindere dalle importanti indicazioni che si sono tratte dall'analisi comparatistica. Infatti, lo studio del funzionamento degli analoghi istituti negli ordinamenti degli Stati Uniti e del Regno Unito mostra, fra le altre cose, la necessità di impedire lo sviluppo incontrastato di ambiti di eccessiva discrezionalità in capo ai procuratori, così come di prevedere un effettivo ed efficace intervento del giudice.

3.4.1. I requisiti e le tempistiche per l'accesso all'istituto

Seguendo l'*iter* secondo cui si potrebbe sviluppare la sospensione del procedimento con messa alla prova per l'ente, è opportuno innanzitutto concentrarsi sul momento di accesso all'istituto stesso. In proposito, il richiamo alla disciplina dell'istituto omologo, previsto per le persone fisiche, suggerisce la presenza di requisiti di carattere oggettivo e soggettivo cui subordinare la richiesta da parte dell'indagato o imputato.

In primo luogo, da un punto di vista oggettivo, l'art. 168-*bis* c.p. concede l'accesso alla sospensione del procedimento solo ove si stia procedendo “per

⁸⁹ M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo “231”: quali prospettive per la diversione dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2017, p. 64.

reati puniti con la sola pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale⁹⁰. Risulta, quindi, che il legislatore abbia scelto di rendere disponibile l'istituto in esame solo per coloro i quali sono sottoposti a indagine o imputati per reati sintomo di un minor disvalore sociale. A voler mantenere una tale "scelta di campo", non si pongono particolari problemi di adattabilità rispetto alla disciplina di cui al d.lgs. 231/2001, atteso che tale limite edittale è, certamente, riferibile al reato presupposto che funge da base per l'illecito amministrativo contestato alla persona giuridica⁹¹. Tale opzione, tuttavia, pur rendendo comunque applicabile la sospensione del procedimento relativamente ad un'ampia porzione del catalogo dei reati presupposto, è stata oggetto di critiche. È, infatti, stato fatto notare che lasciare al di fuori dalla portata dell'istituto le manifestazioni più gravi di criminalità d'impresa significherebbe escludere i casi che, al contrario, richiederebbero un maggiore sforzo ai fini della prevenzione e che sollevano in modo più stringente le preoccupazioni circa le potenziali conseguenze negative che discendono dalla condanna⁹². Per questo motivo, una diversa linea di pensiero ritiene "auspicabile che lo sforzo riorganizzativo delle società venga incentivato proprio per i reati più seri" e che, di conseguenza, la sospensione del procedimento con messa alla prova riguardi l'intera categoria dei reati presupposto richiamati dal d.lgs. 231/2001⁹³. A sostegno di tale tesi viene anche fatto presente come la messa alla prova nella giustizia minorile sia, in effetti, priva di limiti di carattere oggettivo o soggettivo: come si è già avuto modo di vedere nel corso del capitolo precedente, non è nuova alla riflessione dottrina la considerazione dell'opportunità di accomunare, sotto alcuni aspetti di disciplina, gli enti collettivi ai soggetti minori i quali, allo stesso modo dei primi, necessitano di guida, riabilitazione e supervisione⁹⁴. Appare, quindi, preferibile accedere alla tesi che propone di rendere applicabile la sospensione con messa alla prova in relazione a tutti i reati presupposto previsti dalla normativa sulla responsabilità degli enti: solo in questo modo, infatti, le potenzialità di tale istituto potrebbero penetrare efficacemente all'interno del "sistema 231", aiutando a risolvere le criticità dell'attuale disciplina che sono state evidenziate nelle prime pagine del presente lavoro, senza lasciare importanti porzioni di criminalità al di fuori del proprio raggio di azione.

Con riferimento, invece, ai requisiti soggettivi cui è soggetta la sospensione del procedimento con messa alla prova per le persone fisiche,

⁹⁰ Art. 168-bis, co. 1 c.p.: "Sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato".

⁹¹ M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2017, p. 60.

⁹² G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista 231*, n. 4, 2016, p. 13.

⁹³ *Ibidem*, p. 14.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 15, ove viene citato B.L. GARRETT, *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise with Corporations*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, p. 55.

l'art. 168-*bis* prosegue impedendo il ricorso a tale istituto da parte di chi ne sia già stato beneficiario in passato, nonché nei casi di abitualità, professionalità e tendenza a delinquere⁹⁵. Se rispetto a tali ultime categorie l'adattabilità alla disciplina sulla responsabilità degli enti appare più problematica, atteso che il d.lgs. 231/2001 non ne prevede l'operatività per i soggetti collettivi⁹⁶, potrebbe invece essere opportuno prevedere che la concessione della sospensione possa essere disposta una sola volta anche per le persone giuridiche. In questo modo, peraltro, risulterebbe rafforzata la vocazione special preventiva dell'istituto stesso, che incentiverebbe l'ente ad una effettiva riorganizzazione volta all'efficace prevenzione di futuri reati.

A completamento della disamina circa requisiti soggettivi necessari perché un ente possa accedere alla sospensione del procedimento con messa alla prova, pare condivisibile l'opinione di chi ritiene che, "al fine di non deresponsabilizzare le società e indurle a non dotarsi di un Modello di organizzazione preventivo, dovrebbero poter accedere alla messa alla prova solo gli enti che si siano già dotati di un sistema di controllo interno *ante factum*"⁹⁷, il quale non si riduca, inoltre, ad un espediente di pura facciata, sinonimo di uno sforzo meramente formalistico dell'ente in ordine alla prevenzione dei reati⁹⁸. Come già è stato messo in luce, l'introduzione di un istituto di diversione processuale disciplinato in questo modo potrebbe fornire nuovi ed efficaci incentivi agli enti relativamente all'adozione del Modello di organizzazione prima dell'eventuale commissione di un reato; incentivi che, allo stato attuale, si sono esauriti a fronte di un dato giurisprudenziale quasi mai incline a riconoscere, *ex post*, l'idoneità preventiva dei Modelli stessi.

Con riferimento, da ultimo, al momento temporale entro cui la richiesta di sospensione del procedimento debba pervenire al giudice, sembrano poter valere le disposizioni di cui agli artt. 464-*bis* e 464-*ter* c.p.p.. Sarà, quindi, onere dell'ente imputato che voglia accedere all'istituto in esame formulare la richiesta, a seconda del tipo di rito, entro la formulazione delle conclusioni nell'udienza preliminare ovvero entro la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado ovvero, ancora, entro quindici giorni dalla notifica del decreto di giudizio immediato o con l'atto di opposizione nel procedimento per decreto. Inoltre, analogamente a quanto previsto per la sospensione con messa alla prova per le persone fisiche, la richiesta potrà essere avanzata dall'ente anche nel corso delle indagini preliminari, con necessità, anche in

⁹⁵ Art. 168-*bis*, co. 4, 5 c.p..

⁹⁶ M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversione dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2017, p. 62.

⁹⁷ P. DI GERONIMO, *L'estensione all'ente della disciplina in tema di tenuità del fatto, messa alla prova ed estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Rivista 231*, n. 4, 2018, p. 61. Nello stesso senso anche G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista 231*, n. 4, 2016, p. 13.

⁹⁸ G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista 231*, n. 4, 2016, p. 12.

questo caso, della trasmissione degli atti al Pubblico Ministero affinché esprima il suo consenso o dissenso motivato.

Peraltro, è stato notato come sia, in effetti, poco probabile che la persona giuridica si determini a richiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova in una fase in cui le indagini siano ancora in corso: se infatti tale richiesta può essere avanzata solo da un ente che sia già dotato di un Modello organizzativo, quest'ultimo potrà verosimilmente, in questa fase, ancora contare sulla possibile archiviazione, disposta dal pubblico ministero senza il controllo del GIP ex art. 58 del d.lgs. 231/2001⁹⁹. Sarà, dunque, più frequente che l'ente ritenga di avanzare la richiesta di sospensione dopo che, con la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, si possa presupporre la convinzione dell'organo inquirente nel senso della non idoneità del Modello adottato¹⁰⁰.

3.4.2. I contenuti del programma trattamentale

Concentrandosi, a questo punto, sui contenuti del vero e proprio programma di messa alla prova a cui l'ente si dovrebbe sottoporre, si dovrà avere cura di valorizzare e riprodurre i vari aspetti che caratterizzano l'omologo programma trattamentale previsto per le persone fisiche. In aggiunta, come detto, attenzione dovrà essere posta ad effettuare un'adeguata operazione di adattamento delle prescrizioni previste al diverso tipo di soggetto cui si deve, in questa sede, avere riguardo.

In primo luogo, appare senz'altro doveroso applicare anche al programma di messa alla prova degli enti la componente riparatoria prevista dall'art. 168-*bis* c.p. per le persone fisiche. Sarà, quindi, necessario, ai fini del positivo esito della messa alla prova, che l'ente si attivi per la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato nonché per risarcire il danno dallo stesso cagionato. Tale prima prescrizione non pone problemi di coordinamento e adattabilità al d.lgs. 231/2001, atteso che quest'ultimo già sottopone alle citate condotte l'ente che voglia ottenere una riduzione della sanzione pecuniaria irrogata¹⁰¹. Pare potersi ben inserire in questa logica anche la devoluzione del profitto del reato a favore di enti o associazioni di rappresentanza o tutela degli interessi e beni giuridici lesi dal reato¹⁰² ovvero, in ogni caso, la sua messa a disposizione ai fini della confisca.

In secondo luogo, l'art. 168-*bis* c.p. prevede prescrizioni volte alla risocializzazione e rieducazione del soggetto sottoposto alla messa alla prova, attraverso il suo affidamento al servizio sociale per lo svolgimento di un programma trattamentale. Tali contenuti, così formulati, mostrano chiaramente

⁹⁹ *Ibidem*, p. 16.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ D.lgs. 231/2001, art. 12: "Casi di riduzione della sanzione pecuniaria".

¹⁰² M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversione dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2017, p. 64.

di avere quale punto di riferimento la persona fisica; non è difficile, tuttavia, immaginare di poter tradurre le citate prescrizioni in una – analoga – ottica di “riorganizzazione virtuosa” dell’ente”, di “ravvedimento” e di “rieducazione” dello stesso¹⁰³. Sembra, infatti, ben inserirsi in tale contesto, quale effettivo elemento portante della messa alla prova per i soggetti collettivi, la richiesta di emendamento e integrazione, *post factum*, del Modello organizzativo adottato dall’ente e delle lacune che ne hanno evidenziato la non efficacia nel caso concreto¹⁰⁴.

A tale proposito, imprescindibile è che l’indicazione all’ente messo alla prova degli adempimenti da realizzare per adeguare la propria *compliance* interna provenga da un soggetto terzo il quale possa, poi, verificare anche l’esatta implementazione dei suggerimenti forniti – condizione necessaria per poter lucrare l’estinzione dell’illecito amministrativo¹⁰⁵. L’individuazione di tale soggetto terzo, tuttavia, non è pacifica e richiederebbe al legislatore – verosimilmente – qualche sforzo creativo.

Infatti, dato atto già in precedenza di quanto le strutture dell’UEPE, “tradizionalmente calibrate per seguire l’esecuzione delle misure alternative alla detenzione previste per le persone fisiche”, sembrano non poter attualmente garantire le competenze necessarie ad operare le valutazioni circa l’adeguatezza o meno del Modello di organizzazione¹⁰⁶, risulta necessario elaborare soluzioni alternative che consentano un’adeguata predisposizione dei programmi trattamentali rivolti alle persone giuridiche. A sostenere la necessità di operare attente e precise valutazioni su questo tema occorre anche lo studio in chiave comparatistica dell’esperienza angloamericana: come si è avuto modo di vedere, forti critiche si sono sollevate, soprattutto oltreoceano, sull’enorme discrezionalità di cui gode l’organo di pubblica accusa nel delineare i c.d. *mandates* a cui sono sottoposti gli enti nell’ambito dei *pre-trial diversion agreements*; discrezionalità, peraltro, non accompagnata da adeguate competenze in punto di *governance* aziendale e redazione di *compliance programs*¹⁰⁷.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 65.

¹⁰⁴ UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE, Commissione D.Lgs. 231/2001, *Messa alla prova dell’ente*, 8 giugno 2018, p. 9, disponibile su http://www.camerepenali.it/cat/9250/i_lavori_della_commissione_dlgs_2312001.html; nello stesso senso anche G. CANZIO, introduzione alla seconda sessione, in C. BERIA DI ARGENTINE (a cura di), *Criminalità d’impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, Giuffrè Editore, 2017, p. 173; G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista* 231, n. 4, 2016, p. 12.

¹⁰⁵ P. DI GERONIMO, *L’estensione all’ente della disciplina in tema di tenuità del fatto, messa alla prova ed estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Rivista* 231, n. 4, 2018, p. 63.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 64.

¹⁰⁷ Fra la letteratura citata nel corso del secondo capitolo sul punto, si può qui richiamare B.L. GARRETT, *Structural Reform Prosecution*, in *Virginia Law Review*, Vol. 93, No. 4, 2007, p. 853-957.

Su questo punto in particolare, si rinvengono in dottrina alcune interessanti proposte: è stato, ad esempio, sostenuto che un ruolo in questo senso possa essere affidato direttamente al giudice il quale, mediante perizia, potrebbe individuare le carenze organizzative ed indicare all'ente gli interventi necessari per superare positivamente la messa alla prova¹⁰⁸.

In alternativa, e forse in modo ancora più pertinente, è stato proposto di valorizzare l'istituto del commissario giudiziale di cui all'art. 15 del d.lgs. 231/2001¹⁰⁹. L'attuale disciplina prevede, infatti, che il commissario giudiziale sia nominato in presenza dei presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente e allorché, in ragione del tipo di servizio prestato dall'ente o delle dimensioni e caratteristiche del territorio in cui quest'ultimo è situato, potrebbero determinarsi un grave pregiudizio alla collettività ovvero rilevanti ripercussioni sull'occupazione. Più in particolare, il commissario giudiziale, oltre a gestire la prosecuzione dell'attività dell'ente condannato che sarebbe altrimenti interrotta, ha anche il compito di curare l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi¹¹⁰. Tale soggetto, di nomina giudiziale, appare, pertanto, in possesso delle necessarie qualifiche e competenze in punto di predisposizione ed implementazione dei Modelli organizzativi; di conseguenza, sembra possibile prevedere che – accanto ai citati presupposti – anche la richiesta di messa alla prova da parte dell'ente dia luogo ad un'ipotesi particolare di commissariamento in cui le funzioni gestorie in capo al commissario sarebbero ridotte, “finalizzando l'intervento di tale soggetto essenzialmente all'individuazione delle carenze organizzative ed alla verifica dell'attuazione delle prescrizioni impartite all'ente il quale, tuttavia, sarà chiamato a provvedervi in piena autonomia”¹¹¹.

Entrambe le prospettate proposte sembrano meritevoli di condivisione: prediligendo il ricorso alla perizia si otterrebbe la garanzia dell'intervento del giudice nel delineare i contenuti del nucleo essenziale del programma trattamentale riservato all'ente; ipotizzando un ampliamento della sfera applicativa del commissario giudiziale, invece, si potrebbe valorizzare un istituto già operante nell'attuale assetto normativo che ricorda da vicino l'esperienza dei *corporate monitors* di stampo nordamericano – esperienza ripetuta, come visto, anche nella disciplina britannica dei *Deferred Prosecution Agreements*. Inoltre, il processo di individuazione e nomina dei commissari giudiziali, affidato al giudice, garantirebbe dal rischio di ingerenze o influenze del Pubblico Ministero verso il commissario, essendo quest'ultimo “*longa manus* del giudice”

¹⁰⁸ P. DI GERONIMO, *L'estensione all'ente della disciplina in tema di tenuità del fatto, messa alla prova ed estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Rivista 231*, n. 4, 2018, p. 64.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ D.lgs. 231/2001, art. 15: “Commissario giudiziale”.

¹¹¹ P. DI GERONIMO, *L'estensione all'ente della disciplina in tema di tenuità del fatto, messa alla prova ed estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Rivista 231*, n. 4, 2018, p. 64.

e legato al medesimo da un rapporto fiduciario¹¹². Tuttavia, si deve rilevare come la disciplina relativa al procedimento e ai criteri di nomina del commissario giudiziale – estremamente lacunosa e affidata alla discrezionalità del giudice¹¹³ – presti il fianco alle medesime critiche, concernenti il rispetto delle esigenze di trasparenza e di assunzione di responsabilità, manifestate in area angloamericana.

Riguardo ai contenuti del programma di messa alla prova sinora descritti si registra una certa convergenza in dottrina, al di là delle diversità di opinione in merito a particolari soluzioni operative. Ancora aperto, e invero poco esplorato, è, invece, il dibattito circa l'opportunità di prevedere obblighi ulteriori rispetto alla realizzazione delle condotte riparatorie e risarcitorie ed alla correzione del Modello organizzativo¹¹⁴. Appare, infatti, come un programma trattamentale così delineato non si discosti da quanto richiesto dall'art. 49 del d.lgs. 231/2001 all'ente che voglia vedere sospese (e poi, eventualmente, revocate) le misure cautelari disposte nei suoi confronti. Senonché, le conseguenze che l'art. 49 riconduce al corretto espletamento delle citate condotte hanno evidentemente una portata minore di quella che si verificherebbe all'esito positivo della messa alla prova, ovverosia l'estinzione dell'illecito amministrativo.

A questo proposito, si ritiene che non sia da escludere che in alcuni casi all'ente che si sia attivato per risarcire il danno, riparare o eliminare le conseguenze dannose del reato ed irrobustire il proprio Modello organizzativo – già adottato, peraltro, in precedenza – non risulti possibile muovere ulteriori rimproveri: in tali ipotesi, in ossequio alla teoria della *reactive fault*¹¹⁵, non appare ingiustificabile far discendere dal comportamento tenuto dall'ente l'estinzione dell'illecito addebitato.

In taluni altri casi, tuttavia, potrebbe essere appropriato richiedere all'ente, tramite il programma di messa alla prova, il compimento ulteriori sforzi prima di poter considerare positivamente esaurito l'esperimento di diversione.

Si segnalano, in proposito, alcune riflessioni in dottrina volte a identificare ulteriori contenuti del programma trattamentale dell'ente, che possano fungere, idealmente, da corrispettivo alla componente "sociale" della messa alla prova prevista per le persone fisiche, realizzata – come noto – dalla prestazione di

¹¹² G. MINICUCCI, *La sanzione sostitutiva del commissariamento giudiziale*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Tomo secondo, UTET, 2017, p. 2666.

¹¹³ *Ibidem*, p. 2666, 2667. Si veda anche G. GARBAGNATI, *La fase dell'esecuzione*, in G. CANZIO, L.D. CERQUA, L. LUPÀRIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, CEDAM, seconda edizione, 2016, p. 1184-1188.

¹¹⁴ G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista 231*, n. 4, 2016, p. 19.

¹¹⁵ Si veda, per tutti, B. FISSE, J. BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge University Press, 1993.

lavoro di pubblica utilità¹¹⁶. È stato, quindi, proposto di arricchire la messa alla prova dei soggetti collettivi “di iniziative e attività di contenuto atipico – organizzate di concerto e nell’ambito degli enti pubblici territoriali ovvero degli «enti o organizzazioni [...] di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato» di cui all’art. 168-*bis* comma 3 c.p. – che apportino un concreto contributo in termini [...] di ‘socialità’ e di riparazione dei costi che la collettività ha sopportato a causa della commissione del fatto illecito, anche in riferimento agli interessi che quest’ultimo ha leso o posto in pericolo”¹¹⁷. Si può pensare, richiamando un’analoga esperienza come quella del *Deferred Prosecution Agreement* concluso fra un procuratore del distretto del *New Jersey* e la società *Bristol-Myers Squibb*, all’istituzione e organizzazione, a spese dell’ente, di corsi di formazione attinenti alla prevenzione del rischio di reato nell’ambito nel quale lo stesso si è in concreto verificato¹¹⁸.

Altre condotte che, sulla scia dell’esperienza angloamericana, potrebbero costituire una componente del programma trattamentale imposto ad un ente, in vista di una successiva estinzione dell’illecito ascrittogli, sono state identificate nelle attività di *self-reporting* nel caso di commissione di illeciti all’interno dell’ente, mediante la condivisione dei risultati emersi nel corso delle indagini interne e la comunicazione tempestiva in merito alle eventuali responsabilità individuali, oltre alla volontaria messa a disposizione dell’eventuale profitto conseguito¹¹⁹.

Sul punto, tuttavia, numerose sono le voci critiche: innanzitutto, è stato messo in luce come non sia chiaro quale sia il soggetto che, collaborando con l’autorità giudiziaria, possa impegnare l’ente, né quali caratteristiche debba presentare la collaborazione per poter fungere da esimente¹²⁰. Ancora, difficoltà si incontrerebbero nello stabilire il momento a partire dal quale far conseguire l’esclusione della responsabilità: se, infatti, parrebbe logico verificare in concreto la veridicità e l’utilità del contributo collaborativo prima di concedere il trattamento premiale all’ente, è evidente come questo, al tempo stesso, determinerebbe incertezza in capo all’ente circa il risultato finale che potrà essere conseguito mediante la cooperazione con l’autorità giudiziaria e, di conseguenza, un minor incentivo alla collaborazione stessa¹²¹.

¹¹⁶ M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo “231”: quali prospettive per la diversione dell’ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2017, p. 67.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ F. CENTONZE, M. MANTOVANI, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in F. Centonze, M. Mantovani (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 288, 289.

¹²⁰ G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista 231*, n. 4, 2016, p. 8.

¹²¹ G. CANZIO, introduzione alla seconda sessione, in C. BERIA DI ARGENTINE (a cura di), *Criminalità d’impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, Giuffrè Editore, 2017, p. 172.

Inoltre, interessanti riflessioni in merito sono quelle che si focalizzano sui rapporti fra ente responsabile dell'illecito amministrativo e persona fisica imputata del reato presupposto. È, infatti, pacifico come fra i citati soggetti sussista una inevitabile contrapposizione di interessi, con l'ente interessato a dimostrare che la commissione dell'illecito sia avvenuta mediante un aggiramento fraudolento della *compliance* aziendale da parte della persona fisica e quest'ultima, dal canto proprio, interessata alla dimostrazione di aver agito per effetto di una generale politica d'impresa¹²². In tale contesto, a parere di alcuni commentatori, riconoscere all'ente un trattamento di favore in cambio di condotte collaborative contribuirebbe "non tanto [a] quell'auspicata adesione alla legalità dell'agire imprenditoriale, quanto [ad] una mera utilitaristica ricerca di un capro espiatorio individuabile necessariamente nella persona fisica autrice della condotta delittuosa", peraltro in una situazione in cui il risultato finale dell'indagine penale potrebbe essere agevolmente condizionato dalla condizione di sperequazione, in termini di disponibilità di informazioni e di mezzi difensivi, in cui versano l'ente e l'imputato¹²³.

Ulteriori considerazioni critiche hanno, infine, coinvolto il fatto che – eccezion fatta per il caso della legislazione emergenziale caratteristica degli anni segnati dal terrorismo interno – i casi di collaborazione processuale che coinvolgono le persone fisiche sono, normalmente, "premiati" dall'ordinamento a mezzo di un'attenuazione della risposta sanzionatoria, e non già di una sua radicale esclusione; in tale contesto, un diverso regime per le entità collettive, senza una chiara ragione giustificatrice di un trattamento di maggior favore per queste ultime rispetto alle persone fisiche, è stato segnalato come potenzialmente in contrasto con il principio di eguaglianza stabilito dall'art. 3 della Costituzione¹²⁴.

Tali considerazioni, certamente meritevoli di attenzione, potrebbero, però, essere parzialmente riviste in ragione di un recente intervento normativo. Si fa riferimento alla recentemente approvata Legge 3/2019, recante "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici"¹²⁵. La nuova norma, nell'ambito di un generale inasprimento della risposta nei confronti dei reati contro la Pubblica Amministrazione, ha previsto l'introduzione nel codice penale del nuovo art. 323-ter, il quale prevede la non

¹²² *Ibidem*. L'autore prosegue notando come la descritta contrapposizione di interessi sia riconosciuta dalle stesse disposizioni del d.lgs. 231/2001, le quali, all'art. 39, prevedono l'incompatibilità della persona fisica imputata del reato presupposto a rappresentare l'ente all'interno del processo.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista* 231, n. 4, 2016, p. 9.

¹²⁵ La legge 9 gennaio 2019, n. 3 è stata definitivamente approvata dal Parlamento il 18 dicembre 2018 ed è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 13 del 16 gennaio 2019. L'entrata in vigore è avvenuta il 31 gennaio 2019, trascorsi i 15 giorni di *vacatio legis*, eccezion fatta per le disposizioni in tema di prescrizione, che entreranno in vigore il 1 gennaio 2020.

punibilità del soggetto che ha commesso determinati reati di stampo corruttivo¹²⁶ se egli, 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 denunci volontariamente e fornisca indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili¹²⁷. Il nuovo testo legislativo, tuttavia, non prevede una parallela causa di non punibilità per l'ente che si attivi con analoghe condotte collaborative; al contrario, esso prevede semplicemente una diminuzione della durata delle sanzioni interdittive applicabili (che, per effetto di un innalzamento della stessa in relazione alla condanna per fattispecie di corruzione, viene a coincidere con l'attuale durata ordinaria, stabilita dall'art. 13 del d.lgs. 231/2001) per l'ente che, unitamente alle tradizionali condotte riparatorie e all'adozione e attuazione, *post factum*, di un modello organizzativo idoneo, si attivi per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili¹²⁸.

In un tale rinnovato contesto legislativo, sembra opportuno porsi l'interrogativo se non si sia pervenuti, invero, ad un ribaltamento della situazione di potenziale *vulnus* al principio di eguaglianza precedentemente riportata. Limitatamente all'ambito degli illeciti di stampo corruttivo potrebbe, quindi, essere opportuno prevedere anche per gli enti una speciale ipotesi di non punibilità collegata ad un contegno collaborativo: pur senza nascondere la necessità di dare risposta agli ulteriori interrogativi messi in luce nel dibattito dottrinario, potrebbe sostenersi che la sospensione del procedimento con messa alla prova sia la sede adeguata ove consentire all'ente di adottare un tale comportamento, congiuntamente alle già esaminate condotte di riparazione e correzione del Modello organizzativo, al fine di ottenere – previa una valutazione positiva circa l'esito della messa alla prova – l'estinzione dell'illecito amministrativo.

In definitiva, per accogliere uno spunto derivante dallo studio della disciplina britannica dei *Deferred Prosecution Agreements*, sembrerebbe poter essere una soluzione apprezzabile quella di prevedere che il contenuto del programma trattamentale dedicato agli enti si costruisca sulla base di condotte necessarie e condotte eventuali. Fra le prime sarebbero comprese quelle volte

¹²⁶ Le fattispecie richiamate dalla norma sono quelle previste dagli artt. 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322, 322-*bis*, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-*bis* e 345 c.p..

¹²⁷ Legge 9 gennaio 2019, n. 3, art. 1, co. 1, lett. *r*), disponibile su http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2019-01-16&atto.codiceRedazionale=18G00170&elenco30giorni=true. Per alcuni primi commenti in merito al nuovo testo di legge si segnalano il parere deliberato dal Consiglio Superiore della Magistratura il 19 dicembre 2018, disponibile su <https://www.csm.it/documents/21768/92150/parere+anticorruzione+19+dicembre+2018/056918e6-48e3-bc35-52da-c399ccb070ef>; G.L. GATTA, *Riforme della corruzione e della prescrizione del reato: il punto sulla situazione, in attesa dell'imminente approvazione definitiva*, 17 dicembre 2018, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6384-riforme-della-corruzione-e-della-prescrizione-del-reato-il-punto-sulla-situazione-in-attesa-dellimm>.

¹²⁸ Legge 9 gennaio 2019, n. 3, art. 1, co. 9, lett. *b*), n. 3).

all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato ed al risarcimento del danno, congiuntamente all'integrazione e correzione del Modello organizzativo adottato dall'ente. Fra le condotte eventuali, che sarebbero applicate sulla base delle concrete circostanze del fatto e delle caratteristiche dell'ente, verrebbero ricomprese le attività atipiche in favore della collettività e, in corrispondenza di fatti di corruzione, le condotte di *self-reporting* e collaborazione con l'autorità giudiziaria, oltre a tutte quelle che risultino opportune a giudizio del soggetto deputato alla predisposizione del programma trattamentale di concerto con l'ente.

3.4.3. *L'intervento e le valutazioni del giudice*

Descritte in tal modo le caratteristiche che il programma trattamentale ideato su misura per le persone giuridiche potrebbe assumere, è necessario svolgere qualche considerazione relativamente al ruolo rivestito dal giudice nel corso della sospensione del procedimento – aspetto che l'analisi comparatistica svolta induce a considerare con particolare attenzione – ed ai criteri che debbono orientare le valutazioni che il medesimo è chiamato ad effettuare.

Innanzitutto, bisogna notare che utilizzare l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova come mezzo per introdurre e rendere disponibile agli enti un meccanismo di diversione processuale assicura già in partenza la presenza, in qualità di garante, del giudice. Rispondendo alle esigenze di contenimento della discrezionalità dei procuratori che vengono sollevate, specialmente, negli Stati Uniti, nell'arco dello sviluppo della messa alla prova il giudice è chiamato ad un duplice intervento autorizzativo: in un primo momento, ricevuta la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova da parte dell'imputato, è il giudice a disporre la misura quando reputi, in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p., che il programma di trattamento presentato sia idoneo e che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati, potendo anche – con il consenso dell'imputato – integrare o modificare il programma di trattamento stesso¹²⁹; in un secondo momento, decorso il periodo di sospensione del procedimento, è il giudice a dichiarare l'estinzione del reato se ritenga che, tenuto conto del comportamento dell'imputato e del rispetto delle prescrizioni stabilite, la prova abbia avuto esito positivo¹³⁰. Sempre al giudice sono, poi, affidate le valutazioni relative alle eventuali integrazioni del programma di trattamento durante la messa alla prova e alla revoca dell'ordinanza di sospensione¹³¹.

Sembra quindi che, giusta la disciplina processualistica dell'istituto previsto per le persone fisiche, la quale sarebbe riproducibile senza inconvenienti anche per l'istituto proprio delle persone giuridiche, al giudice sarebbe riservato un ruolo efficace nelle fasi più cruciali della dinamica

¹²⁹ Art. 464-*quater*, co. 3, 4 c.p.p.: "Provvedimento del giudice ed effetti della pronuncia".

¹³⁰ Art. 464-*septies*, co. 1 c.p.p.: "Esito della messa alla prova".

¹³¹ Art. 464-*quinquies*, co. 3 c.p.p.: "Esecuzione dell'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova"; Art. 464-*octies*, co. 1 c.p.p.: "Revoca dell'ordinanza".

dell'istituto (quali sono quella dell'accesso dell'ente al meccanismo di diversione e quella della valutazione circa l'esito della messa alla prova), potenzialmente più esposte al pericolo di abusi da parte di altri soggetti processuali.

Tanto premesso in ordine ai momenti deputati all'intervento giudiziale nel corso della sospensione del procedimento, è opportuno a questo punto soffermarsi sui criteri valutativi che dovranno orientare le decisioni del giudice.

Con riferimento alla decisione circa la richiesta di ammissione alla prova, il codice di rito, come visto, richiama i criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p.. Tali criteri, evidentemente parametrati sulla persona fisica, possono però essere estesi e adattati anche all'ente collettivo, "alla luce di una corretta qualificazione e definizione dei caratteri costitutivi del fatto attribuito allo stesso"¹³². In particolare, con riferimento alla gravità del reato, ai sensi del co. 1 dell'art. 133 c.p., le caratteristiche e modalità oggettive della condotta attribuita all'ente paiono agilmente apprezzabili sotto il profilo di come si è concretizzata l'omessa vigilanza da parte dell'ente in occasione della commissione del reato presupposto; la gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa potrà essere valutata considerando anche le condotte riparatorie e compensative eventualmente già poste in essere; la valutazione dell'intensità del dolo o del grado della colpa, infine, dovrà tradursi in una riflessione sulla componente "soggettiva" attribuibile all'ente secondo l'ormai noto paradigma della colpa di organizzazione¹³³, all'uopo integrato con gli opportuni riferimenti alla colpa di reazione.

Con riferimento, invece, alla capacità a delinquere di cui al co. 2 dell'art. 133 c.p., essa sarà valutabile sia in base ad uno "sguardo retrospettivo" nei confronti dell'ente e della sua capacità organizzativa – con possibilità di trarre elementi anche dai precedenti giudiziari che lo coinvolgono e dal contegno generale tenuto antecedentemente alla condotta – sia in base ad una proiezione "relativa al futuro contegno dell'impresa dinanzi alle previsioni di legge", considerando anche la condotta contemporanea o susseguente al reato¹³⁴.

Tale valutazione positiva circa la capacità dell'ente di riorganizzarsi in modo virtuoso, che pure orienterà il giudice verso un ragionevole affidamento sull'esito positivo della prova¹³⁵, dovrà necessariamente, poi, essere seguita dalla valutazione finale, al termine del periodo di messa alla prova. In tale sede

¹³² M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversione dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2017, p. 68.

¹³³ *Ibidem*, p. 69. Con riferimento alla nozione di colpa di organizzazione, si veda, fra gli altri, F.C. BEVILACQUA, *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, in C. MONESI (a cura di), *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Giuffrè Editore, 2005, p. 140-150.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 70.

¹³⁵ G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista 231*, n. 4, 2016, p. 18.

il giudice, acquisendo la relazione finale del soggetto che sarà incaricato della predisposizione e del controllo sul rispetto del programma trattamentale¹³⁶, potrà valutare il comportamento tenuto dall'ente ed esprimersi sull'esito positivo o negativo della prova.

3.5. Una proposta alternativa alla messa alla prova: causa speciale di archiviazione

Dopo aver identificato nella sospensione del procedimento con messa alla prova un istituto già operante nell'ordinamento italiano che presenta caratteristiche che ben si conciliano con quelle dei *pre-trial diversion agreements*, e dopo aver approfondito come l'estensione di tale istituto al "sistema 231" possa essere disciplinata, è doveroso a questo punto dare conto di come, per vero, rimangano percorribili numerose altre strade per giungere all'obiettivo di dotare la normativa sulla responsabilità degli enti di un meccanismo di diversione processuale.

In dottrina è, infatti, rinvenibile un'ulteriore interessante proposta che fa leva sulla particolare disciplina dell'archiviazione prevista, come noto, dall'art. 58 del d.lgs. 231/2001. Sebbene tale disciplina, come visto, presenti evidenti elementi di maggiore flessibilità rispetto all'analogo istituto previsto per le persone fisiche, essa sembrerebbe non consentire – allo stato attuale – la pronuncia del provvedimento di archiviazione in presenza di accordi pre-processuali stipulati con l'ente. Infatti, ritenendosi applicabile l'art. 125 disp. att. c.p.p. in forza della clausola generale di richiamo di cui all'art. 34 d.lgs. 231/2001, l'archiviazione potrà essere disposta quando il Pubblico Ministero ritenga l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio¹³⁷ – ipotesi a cui non può essere assimilata la conclusione di *pre-trial diversion agreements*¹³⁸. Tuttavia, richiamandosi alle considerazioni *supra* svolte a proposito della meritevolezza di una lettura più elastica del principio di obbligatorietà dell'azione penale, che si ritiene rispettato – a certe condizioni – anche mediante istituti diversi dal tradizionale esercizio dell'azione da parte del Pubblico Ministero¹³⁹, è stata proposta l'introduzione di "una nuova «causa di archiviazione», rappresentata dall'accordo pre-processuale con impegni, e con riapertura delle indagini subordinata al loro mancato rispetto o all'emersione di

¹³⁶ Come attualmente previsto dall'art. 464-septies c.p.p. per le persone fisiche, con riferimento alla relazione conclusiva dell'UEPE.

¹³⁷ D.lgs. 271/1989 recante "Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale", art. 125.

¹³⁸ T.E. EPIDENDIO, *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, in *Rivista 231*, n. 4, 2018, p. 155.

¹³⁹ Si richiamano, fra gli altri, M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 99-135; M. CHIAVARIO, *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un «nuovo» dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 407-416.

nuovi elementi non comunicati”¹⁴⁰. L’archiviazione, in questa ipotesi, dovrebbe comunque rimanere subordinata ad un periodo di *probation*, il quale andrebbe a costituire parte integrante dell’accordo pre-processuale stipulato, garantendosi in questo modo l’effettiva volontà da parte dell’ente di rispettare gli impegni assunti¹⁴¹.

Tale proposta è sicuramente suggestiva e permetterebbe l’implementazione di un sistema di diversione processuale a mezzo di un intervento legislativo meno “invasivo”: non si porrebbe più, infatti, l’esigenza di provvedere all’introduzione di un istituto complesso come quello della sospensione del procedimento con messa alla prova all’interno del d.lgs. 231/2001 che, come visto, richiederebbe vari accorgimenti e adattamenti alla realtà degli enti collettivi; una semplice inserzione di una ulteriore causa di archiviazione rappresenta, sicuramente, una soluzione più rapida e lineare.

Vi sono, tuttavia, alcuni elementi problematici, nella proposta in esame, sui quali è opportuno richiamare l’attenzione. Infatti, tale causa speciale di archiviazione, inserendosi nel particolare *iter* di cui all’art. 58 del d.lgs. 231/2001, non prevederebbe alcun coinvolgimento del giudice, che non avrebbe, quindi, modo di svolgere alcun ruolo di garanzia nei confronti dei potenziali abusi del potere “quasi-discrezionale” conferito al Pubblico Ministero. L’unica forma di controllo sull’operato del Pubblico Ministero sarebbe costituita – come noto – dall’intervento del Procuratore generale presso la corte d’appello: esso, tuttavia, oltre a non presentare le stesse garanzie di terzietà del giudice, attualmente ha unicamente il potere di svolgere gli accertamenti necessari e, qualora ne ravvisi le condizioni, di contestare all’ente le violazioni amministrative conseguenti al reato¹⁴².

Una potenziale soluzione alle accennate criticità è stata individuata – in analogia a quanto è avvenuto in area angloamericana – nella possibilità di adozione di opportune linee guida sul contenuto degli accordi pre-processuali da parte della Procura Generale della Repubblica, ovvero con la diffusione di circolari da parte del Consiglio Superiore della Magistratura, le quali possano orientare il Procuratore generale presso la corte d’appello nella sua opera di controllo e vigilanza, a garanzia, oltre che delle esigenze generali di giustizia, anche delle prerogative dell’ente che si sottopone a tale accordo¹⁴³. A sostegno di tale proposta si è fatto notare come il ricorso a “strumenti integrativi c.d. di *soft law*” possa rivelarsi un mezzo “idoneo a garantire adattabilità ai singoli casi e concreta operabilità e praticabilità degli accordi [...] oltre che continuo aggiornamento dei medesimi e adattabilità alle peculiarità locali dei singoli distretti, pur garantendo ed accrescendo la determinatezza della disciplina e la

¹⁴⁰ T.E. EPIDENDIO, *Collaborazione dell’ente e alternative al processo*, in *Rivista 231*, n. 4, 2018, p. 156.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² D.lgs. 231/2001, art. 58: “Archiviazione”.

¹⁴³ T.E. EPIDENDIO, *Collaborazione dell’ente e alternative al processo*, in *Rivista 231*, n. 4, 2018, p. 156.

prevedibilità della sua applicazione”¹⁴⁴. Peraltro, non vi sarebbero, poi, ostacoli a che il contenuto degli strumenti di *soft law* che si imponesse con stabilità venga a sua volta recepito in strumenti legislativi tradizionali, mediante una dinamica circolare – ormai sempre più comune in ambito europeo – che vede la *soft law* agire prima come “post-diritto”, in forza di un’autorizzazione dalla normativa di *hard law*, e poi come “pre-diritto”, avamposto di future innovazioni legislative¹⁴⁵.

4. CONCLUSIONE

Volgendo lo sguardo alle tendenze in ambito di responsabilità penale o para-penale delle persone giuridiche, un dato appare incontestabile: si rinviene, negli ultimi anni, il formarsi di una *communis opinio* – tanto a livello nazionale quanto a livello internazionale – circa l’opportunità di prevedere istituti analoghi ai *pre-trial diversion agreements* che hanno visto la luce negli Stati Uniti d’America e si sono, recentemente, imposti anche nell’ordinamento del Regno Unito.

Tale comune sentire, in anni molto recenti, ha cominciato a coinvolgere anche gli ordinamenti dell’Europa continentale, per tradizione più lontani, rispetto ai sistemi di *common law*, ad esperienze di diversione e discrezionalità nell’esercizio della potestà punitiva delle forme di illecito penale. Anche l’ordinamento italiano non rimane – né deve farlo – impermeabile a questo *trend*: la diversione processuale nell’ambito del diritto penale d’impresa incomincia, infatti, a farsi spazio all’interno del dibattito dottrinale e, sebbene in un caso per il momento ancora isolato, perfino del panorama giurisprudenziale. In un tale contesto, è opportuno che il fermento giuridico in parola investa anche gli organi legislativi: i tempi per una riforma del d.lgs. 231/2001 appaiono indiscutibilmente maturi e sembra opportuno che, nel mettere mano all’impianto “231”, un elemento portante dell’opera di innovazione della disciplina sia rappresentato dalla possibilità di accedere ad un sistema di diversione processuale, che arricchisca le opportunità disponibili alla persona giuridica sottoposta a procedimento per la commissione di un reato presupposto da parte di una persona fisica.

Tale istituto, indubitatamente, pone numerosi interrogativi circa la compatibilità con i principi fondamentali dell’ordinamento, primo fra tutti l’obbligatorietà dell’azione penale. Si è visto, tuttavia, come sia possibile una lettura di tale principio che sia rispettosa del dettato dell’art. 112 Cost. ma al tempo stesso più elastica ed orientata alla tutela delle esigenze protette dal principio in parola: è nell’alveo di tale concezione dell’obbligatorietà dell’azione penale che è possibile concludere per la praticabilità, nell’ordinamento italiano, degli accordi di diversione processuale conclusi dagli enti.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 157.

¹⁴⁵ *Ibidem*. Si veda in proposito L. SENDEN, *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9.1, January 2005, disponibile su <http://www.ejcl.org/91/art91-3.html>.

Riconosciuto come sia auspicabile dotare il d.lgs. 231/2001 di un istituto analogo ai *pre-trial diversion agreements*, varie sono le strade che si aprono all'operatore del diritto. A voler procedere secondo un principio di "economia dei mezzi giuridici", non si può non notare come l'ordinamento penalistico italiano già offra un istituto – la sospensione del procedimento con messa alla prova – le cui caratteristiche ben si presterebbero a veicolare l'innesto degli accordi di diversione. Tale istituto, che appare singolarmente in sintonia con l'anima special preventiva del d.lgs. 231/2001, pone, a sua volta, alcune rilevanti problematiche che è risultato opportuno pregiudizialmente affrontare.

La già più volte paventata natura di "cripto-condanna" della messa alla prova, applicata in assenza di un accertamento giudiziale di colpevolezza, fa sorgere, infatti, dubbi di compatibilità con il principio, costituzionalmente tutelato, della presunzione di non colpevolezza. Inoltre, proprio la natura afflittiva e "quasi penale" della misura in esame, coniugata con la mancanza di una previsione espressa circa l'applicabilità del rito di cui agli artt. 464-*bis*-464-*novies* c.p.p. al procedimento *de societate*, è stata addotta in giurisprudenza quale argomento ostativo alla praticabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova nell'ambito del "sistema 231". Sul punto, tuttavia, si sono sottolineate le varie voci – provenienti dalla dottrina, dalla giurisprudenza di legittimità e, da ultimo, anche dalla giurisprudenza costituzionale – che riconducono l'istituto in esame entro canoni di legittimità, valorizzandone la natura riparativa e non penale, e che permettono di considerare percorribile l'introduzione nella disciplina sulla responsabilità degli enti della sospensione del procedimento con messa alla prova.

Andando, poi, a formulare una proposta circa la disciplina di dettaglio che dovrebbe caratterizzare il nuovo istituto previsto per le persone giuridiche, si è notato come gran parte delle disposizioni dettate dal codice di procedura penale, con riferimento alle persone fisiche, siano riproducibili senza inconvenienti anche all'interno del d.lgs. 231/2001. Maggiore sforzo innovativo sarebbe, invece, richiesto al legislatore per la previsione dei contenuti del programma trattamentale a cui l'ente dovrebbe sottoporsi: cruciale, infatti, è che il nucleo essenziale dell'istituto di cui si propone l'introduzione non si traduca in una mera estensione acritica di condotte e prescrizioni concepite per avere come destinatario la persona fisica, pena il pronosticabile fallimento dell'istituto stesso.

Consenso, fra i primi commentatori che si sono approcciati al tema, si rintraccia su alcuni contenuti "standard", che il programma trattamentale riferito agli enti dovrà sempre presentare. Fra questi vanno menzionate, in primo luogo, le condotte che, in ottica riparatoria, sono volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato ovvero al risarcimento del danno; in aggiunta, a fare da *pendant* ai contenuti che il codice di rito detta in ottica di risocializzazione della persona fisica sottoposta alla messa alla prova, all'ente dovrà essere richiesto di correggere ed implementare – sotto la guida e supervisione di un soggetto terzo, che potrebbe essere individuato in un perito di nomina giudiziale ovvero nel commissario giudiziale ex art. 15 – il

Modello organizzativo già adottato precedentemente alla commissione del fatto ma rivelatosi, in concreto, inidoneo alla sua prevenzione.

Maggiori divergenze, *ex adverso*, si registrano sulla possibilità arricchire il programma di messa alla prova per le entità collettive di contenuti ulteriori. Alcuni hanno proposto il compimento di attività atipiche volte alla riparazione dei costi sopportati dalla società a causa della commissione del fatto illecito; significativo esempio, sulla scia di un noto precedente nordamericano, potrebbe essere l'istituzione, a spese dell'ente, di corsi di formazione relativi alla prevenzione di reati dello stesso tipo di quello in concreto verificatosi. Ancora, altri hanno menzionato la possibilità di subordinare l'estinzione dell'illecito amministrativo all'effettuazione di condotte di *self-reporting*, quali la condivisione con l'Autorità giudiziaria dei risultati emersi nel corso delle indagini interne avviate in seguito alla commissione di un illecito, ovvero la comunicazione tempestiva in merito alle eventuali responsabilità individuali. Tale aspetto pone numerosi interrogativi ed è stato oggetto di fondate critiche; tuttavia, nuovi argomenti potrebbero oggi rinnovare la riflessione, alla luce della recente approvazione della riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione¹⁴⁶, che ha introdotto una causa di non punibilità per le persone fisiche che diano corso alle citate condotte di collaborazione, ma che prevede per le persone giuridiche, in presenza dei medesimi presupposti, una semplice attenuazione della durata delle sanzioni interdittive applicabili.

In definitiva, appare una scelta oculata quella di prevedere un programma trattamentale imperniato su alcune condotte necessarie che possa, a seconda delle caratteristiche e circostanze del caso concreto, essere arricchito di ulteriori condotte eventuali.

Proposta alternativa all'introduzione della sospensione del procedimento con messa alla prova è, poi, l'introduzione di una causa speciale di archiviazione ex art. 58, rappresentata dall'"accordo pre-processuale con impegni", il cui mancato rispetto darebbe luogo alla riapertura delle indagini e alla ripresa del tradizionale procedimento penale. Tale suggestiva proposta, però, presenterebbe l'inconveniente della radicale obliterazione del ruolo di garanzia svolto dal giudice: necessario correttivo dovrebbe essere, quindi, la predisposizione da parte della Procura Generale della Repubblica o del CSM di opportune linee guida che possano orientare i procuratori nel corretto utilizzo di tale nuova causa di archiviazione, a tutela delle esigenze generali di giustizia e, non di meno, delle prerogative dell'ente che si sottopone a tale accordo.

In conclusione, è stata messa in luce non solo l'opportunità ma anche la concreta praticabilità dell'introduzione nel d.lgs. 231/2001 di meccanismi di diversione processuale. Tale istituto apre numerosi spunti alla riflessione giuridica, fra cui spicca la necessità di una sua riconduzione a sistema sotto il paradigma delle tradizionali figure sostanziali o processuali, ovvero ricorrendo a

¹⁴⁶ L. 9 gennaio 2019, n. 3.

categorie ibride e nuove all'ordinamento italiano. Tuttavia, "le preoccupazioni derivanti dalla necessità di un impegno di approfondimento teorico e dogmatico rispetto alla novità – impegno che non potrebbe che riguardare il futuro" – non sembrano poter costituire una valida ragione per opporsi o ritardare lo sviluppo di una riforma che, si è visto, appare "essenziale per la sopravvivenza del «sistema 231»"¹⁴⁷.

¹⁴⁷ T.E. EPIDENDIO, *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, in *Rivista 231*, n. 4, 2018, p. 157.

CONCLUSIONI

Al termine del presente lavoro appare opportuno far emergere il *fil rouge* che lega i tre capitoli di cui esso è composto, al fine di trarre alcune considerazioni finali.

Opinione assolutamente condivisa in dottrina è che i tempi per un'operazione di sostanziale riforma del d.lgs. 231/2001 siano ormai maturi. Disomogenei sono, invece, i punti di vista rispetto ai contenuti che dovrebbero caratterizzare tale articolata opera di revisione. L'approccio metodologico qui adottato impone, al fine di individuare gli aspetti della disciplina su cui è maggiormente opportuno o urgente intervenire, l'osservazione della prassi applicativa del d.lgs. 231/2001 e l'identificazione delle più gravi criticità che minano alla base l'efficacia stessa della normativa in esame.

Tre sono stati, di conseguenza, i tratti problematici della disciplina della responsabilità degli enti collettivi oggetto di analisi. La proposta di riforma qui avanzata, consistente nell'introduzione di un istituto analogo ai *pre-trial diversion agreements* di stampo angloamericano, appare auspicabile proprio in quanto potenzialmente in grado di fornire utili soluzioni alle riscontrate criticità.

In primo luogo, è sotto gli occhi di tutti la ancora scarsa e non omogenea applicazione del d.lgs. 231/2001 sul territorio italiano. Accanto a fori, primo fra tutti quello milanese, in cui la disciplina in esame entra frequentemente nelle aule di giustizia e si assiste allo svilupparsi di una notevole *expertise* in materia fra gli operatori del diritto, esistono altre aree geografiche in cui la disciplina della responsabilità degli enti appare largamente ignorata. Fra le possibili cause di tale fenomeno è stato rintracciato il convincimento, diffuso negli uffici della Procura della Repubblica, circa la discrezionalità dell'iscrizione della persona giuridica nel registro delle notizie di reato. In un tale contesto, l'introduzione di sistemi di diversione processuale potrebbe fornire nuovi strumenti dotati di flessibilità e celerità in grado di consentire all'Autorità giudiziaria di passare a scrutinio un maggior numero di enti e garantire, al contempo, un risparmio di risorse pubbliche e di tempo.

Un secondo aspetto di grave criticità è il sostanziale fallimento della portata preventiva del d.lgs. 231/2001, largamente affidata agli sforzi organizzativi degli enti ad esso soggetti, incentivati dall'efficacia esimente riconducibile all'adozione *ex ante* del Modello di organizzazione e gestione. Tali incentivi appaiono oggi azzerati alla luce di un panorama giurisprudenziale che soltanto di rado ha ritenuto il Modello idoneo a fungere da circostanza esimente. Allo stato dell'arte, quindi, la maggioranza delle persone giuridiche preferisce ancora, in un'ottica di bilanciamento dei costi e dei benefici, attendere l'eventuale commissione di un reato presupposto ed intervenire *ex post* con un Modello "rimediabile", al fine di ottenere un'attenuazione del trattamento sanzionatorio. L'introduzione dell'istituto dei *pre-trial diversion agreements*, a cui possano accedere soltanto gli enti che precedentemente alla commissione dell'illecito si siano attivati per l'adozione del Modello, pur

rivelatosi in concreto inidoneo a prevenire il reato presupposto, renderebbe nuovamente appetibile la scelta dell'adeguamento al d.lgs. 231/2001 in via preliminare, valorizzando la *ratio* fondamentale della complessa architettura della normativa in parola.

Infine, il terzo aspetto problematico rintracciato attiene al trattamento sanzionatorio. Estremamente delicato appare, infatti, il processo di commisurazione della sanzione da comminare ad un ente collettivo: se sanzioni non sufficientemente gravose potrebbero essere facilmente assorbite dall'organizzazione collettiva quali semplici costi d'impresa, sanzioni eccessive potrebbero condurre ad altri inconvenienti fra cui la minaccia del c.d. effetto *spill-over* nei confronti di soggetti terzi ed estranei al progetto criminoso. I *pre-trial diversion agreements*, al contrario, consentirebbero di spingere l'impresa verso una efficace responsabilizzazione sottoponendola ad una serie di calibrate prescrizioni non riconducibili allo schema dei costi d'impresa. Anche l'effetto *spill-over* sarebbe, poi, mitigato per effetto della riorganizzazione virtuosa che all'ente sarebbe richiesto di intraprendere.

Se i benefici che l'introduzione di tale istituto appaiono evidenti, lo studio della prassi applicativa negli Stati Uniti d'America, ove il ricorso ai *Deferred Prosecution Agreements* e ai *Non-Prosecution Agreements* nell'ambito della criminalità d'impresa è divenuto estremamente frequente, mette in guardia da alcuni gravi rischi. Severe critiche si rintracciano, infatti, nel dibattito nordamericano rispetto a un panorama che vede i *prosecutors* – nell'assenza di dettagliate linee guida in materia – stipulare accordi di diversione processuale caratterizzati da una profonda ingerenza nelle scelte di organizzazione aziendale dell'impresa sottoposta ad indagine, peraltro senza essere dotati di una sufficiente e comprovata *expertise* in materia e senza essere sottoposti ad un effettivo controllo giudiziale sul proprio operato. Una tale svincolata discrezionalità in capo ai procuratori ha prodotto esempi di accordi pre-processuali caratterizzati da un forte squilibrio contrattuale e da prescrizioni singolarmente esulanti dalle ipotesi di illecito contestate, spingendo alcuni commentatori ad interrogarsi sulla conformità di tale istituto rispetto ai dettami della *rule of law*.

Paradigmatico, in questo senso, è il recepimento dei *Deferred Prosecution Agreements* nell'ordinamento del Regno Unito, avvenuto tramite il *Crime and Courts Act* 2013. L'istituto di stampo britannico, infatti, mantiene in larga parte le stesse caratteristiche di quello statunitense; tuttavia, importanti sono gli aspetti in cui si marca la distanza fra i due ordinamenti. La disciplina contenuta nel *Crime and Courts Act* è accompagnata da un *Code of Practice* diretto a fornire indicazioni ai procuratori in merito a come esercitare il proprio potere discrezionale e a definire in modo dettagliato presupposti e contenuti dei *DPA*. Inoltre, la disciplina britannica prevede un doppio coinvolgimento del giudice (dapprima in un *preliminary hearing* di carattere privato e, successivamente, in un *final hearing* pubblico) chiamato ad approvare l'accordo stipulato fra l'ente indagato e la pubblica accusa.

I sistemi di diversione processuale, dunque, sono istituiti dagli innegabili vantaggi che richiedono, tuttavia, un'attenta disciplina al fine di scongiurare i rischi di abuso e distorsioni denunciati dalla critica nordamericana. La necessità di ponderare attentamente come disciplinare i vari aspetti dell'istituto non dovrebbe, però, trattenere il legislatore italiano dall'avviare un concreto processo volto al suo inserimento nell'impianto del d.lgs. 231/2001 – inserimento ancora più auspicabile alla luce delle recenti indicazioni provenienti da alcuni ordinamenti di tradizione di *civil law* nonché dall'OCSE.

Fra le possibili strade che il legislatore potrebbe imboccare per giungere all'auspicato intervento di riforma, ne sono state in questa sede suggerite due. In primo luogo, l'inserimento di sistemi di diversione processuale potrebbe avvenire a mezzo di un'estensione della sospensione del procedimento con messa alla prova al procedimento *de societate*. Tale istituto, disciplinato dai codici penale e di procedura penale con riferimento alle persone fisiche, appare essere particolarmente in linea con le già menzionate finalità di prevenzione speciale e risocializzazione che caratterizzano il d.lgs. 231/2001, oltre a prevedere già adeguati e necessari interventi giudiziali nel corso della messa alla prova. Molti degli aspetti della sospensione del procedimento con messa alla prova delle persone fisiche appaiono, poi, replicabili senza inconvenienti anche per le persone giuridiche. Maggiore sforzo, invece, è richiesto in punto di determinazione dei contenuti del programma trattamentale a cui l'ente si vedrebbe sottoposto. La proposta qui avanzata vede la previsione di alcuni contenuti *standard*, sempre presenti nella messa alla prova degli enti collettivi (ossia le condotte di riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato e il risarcimento del danno, così come l'implementazione e correzione del Modello di organizzazione e gestione già in precedenza adottata) e alcuni contenuti eventuali, come il compimento di attività tipiche volte alla riparazione dei costi sopportati dalla società a causa della commissione del fatto illecito, ovvero l'effettuazione di condotte di collaborazione con l'Autorità giudiziaria.

La seconda opzione prospettata consiste, invece, nella previsione di una causa speciale di archiviazione *ex art. 58*, rappresentata dall'accordo pre-processuale con impegni. Necessario sarebbe, però, corredare tale ipotesi di archiviazione di opportune linee guida che circoscrivano e orientino la discrezionalità del Pubblico Ministero, a tutela delle generali esigenze di giustizia e delle particolari prerogative dell'ente sottoposto a tale accordo.

Nella piena consapevolezza che l'operazione di *restyling* del d.lgs. 231/2001 debba necessariamente essere più ampia di quella qui prospettata, coinvolgendo tanto la parte generale quanto quella speciale del Decreto, si ritiene che l'introduzione dei *pre-trial diversion agreements*, mediante l'espedito tecnico che più sarà ritenuto adeguato, ne rappresenti un ineludibile pilastro.

BIBLIOGRAFIA

- AIMONETTO M.G., *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Legislazione penale*, 2000, p. 99
- AINSLIE E.K., *Indicting Corporations Revisited: Lessons from the Arthur Andersen Prosecution*, in *American Criminal Law Review*, Vol. 43, 2006, p. 107
- ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, 2010
- ALEXANDER C.R., COHEN M.A., *The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution and Plea Agreements*, in *American Criminal Law Review*, Vol. 52, 2015, p. 537
- AMBROSETTI E.M., MEZZETTI E., RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, quarta edizione, Zanichelli, 2016
- ARLEN J., KAHAN M., *Corporate Governance Regulation through Nonprosecution*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 84, 2017, p. 323
- ARLEN J., *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements*, in *Journal of Legal Analysis*, Vol. 8, No. 1, 2016, p. 191
- ARLEN J., *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals into Corporate Cops*, in C. BERIA DI ARGENTINE (a cura di), *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, Giuffrè Editore, 2017
- BARTOLOMUCCI S., *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche*, IPSOA, 2004
- BASSI A., EPIDENDIO T.E., *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè Editore, 2006
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, § XLV, Feltrinelli, diciassettesima edizione, 2012
- BERTOLINI B., *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 4, 2015, p. 47
- BETTIOL G., *Sull'unificazione del diritto penale europeo*, in AA.VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, CEDAM, 1968
- BEVILACQUA F.C., *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, in C. Monesi (a cura di), *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Giuffrè Editore, 2005

- BORGOGNO R., FIORELLA A., VALENZANO A.S. (a cura di), *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, Jovene Editore, 2015
- BORLINI L., *Soft Law, Soft Organizations e regolamentazione «tecnica» di problemi di sicurezza pubblica e integrità finanziaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. C, fasc. 2, 2017, p. 356
- BOVE V., *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?*, 22 dicembre 2015, disponibile su <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1450694302BOVE_2015c.pdf>
- BRICKEY V., *Andersen's Fall from Grace*, in *Washington University Law Quarterly*, 2003, p. 917
- BRICOLA F., *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1970, p. 951
- BURGESS A., *A Clockwork Orange*, UK, William Heinemann, dicembre 1962
- CADOPPI A., *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, 2^a edizione, CEDAM, 2004
- CANZIO G., introduzione alla seconda sessione, in C. BERIA DI ARGENTINE (a cura di), *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, Giuffrè Editore, 2017
- CAPRIOLI F., *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cassazione penale*, fasc. 1, 2012, p. 7
- CENTONZE F., *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016
- CENTONZE F., MANTOVANI M., *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016
- CHIAVARIO M., *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un «nuovo» dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, p. 407
- CHRISTIE C.J., HANNA R.M., *A push down the road of good corporate citizenship: the deferred prosecution agreement between the U.S. Attorney for the District of New Jersey and Bristol-Myers Squibb Co.*, in *American Criminal Law Review*, Vol. 43, 2006, p. 1043
- COFFEE J.C., *Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions*, in *American Criminal Law Review*, 17, 1980, p. 419

- COFFEE J.C., *Making the Punishment Fit the Corporation: The Problems of Finding an Optimal Corporation Criminal Sanction*, in *Northern Illinois University Law Review*, 1, 1980, p. 3
- COFFEE J.C., *No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, in *Michigan Law Review*, 1981, Vol. 79, No. 3, p. 386
- COLACURCI M., *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 2, 2016, p. 66
- COLAMUSSI M., *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in *Processo penale e Giustizia*, n. 6, 2012, p. 123
- CUNNINGHAM L.A., *Deferred Prosecutions and Corporate Governance: An Integrated Approach to Investigation and Reform*, in *Florida Law Review*, Vol. 66, Iss. 1, 2015, p. 1
- D'ACQUARONE V., ROSCINI-VITALI R., *Esigenze e prospettive di modulazione dell'obbligatorietà dell'azione penale nel procedimento de societate*, in *Rivista 231*, n. 4, 2018, p. 115
- D'ACQUARONE V., ROSCINI-VITALI R., *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Rivista 231*, n. 2, 2018, p. 129
- D'AMICO P., *Common Law*, Giappichelli, 2005
- DAN-COHEN M., *Sanctioning Corporations*, in *Journal of Law and Policy*, 19, 2010, p. 15
- DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, p. 43, Giuffrè Editore, 2002
- DE NICOLA A., *L'organismo di vigilanza 231 nelle società di capitali*, Giappichelli, 2015
- DI GERONIMO P., *L'estensione all'ente della disciplina in tema di tenuità del fatto, messa alla prova ed estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Rivista 231*, n. 4, 2018, p. 56
- DI GIOVINE O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè Editore, 2005
- EPSTEIN R.A., *The Deferred Prosecution Racket*, in *The Wall Street Journal*, 28 novembre 2006, disponibile su <<https://www.wsj.com/articles/SB116468395737834160>>
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli Editore, settima edizione, 2014
- FIDELBO G., RUGGIERO R.A., *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista 231*, n. 4, 2016, p. 15
- FISSE B., BRAITHWAITE J., *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge University Press, 1993
- FISSE B., *Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions*, in *South Cal. Law Review*, 56, 1983, p. 1141

- FORNASARI G., *Conquiste e sfide della comparazione penalistica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. 1, Giuffrè Editore, 2006
- FORTI G., *Uno sguardo ai “piani nobili” del d.lgs. n. 231/2001*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 4, 2012, p.1249
- FRANCHIOTTI V., *Profili privatistici della giustizia penale statunitense*, in *Giurisprudenza italiana*, IV, 1992, p. 307
- GARBAGNATI G., *La fase dell’esecuzione*, in G. CANZIO, L.D. CERQUA, L. LUPÀRIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, CEDAM, seconda edizione, 2016
- GARRETT B.L., *Structural Reform Prosecution*, in *Virginia Law Review*, Vol. 93, No. 4, 2007, p. 853
- GARRETT B.L., *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise with Corporations*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2014
- GATTA G.L., *Riforme della corruzione e della prescrizione del reato: il punto sulla situazione, in attesa dell’imminente approvazione definitiva*, 17 dicembre 2018, disponibile su <<https://www.penalecontemporaneo.it/d/6384-riforme-della-corruzione-e-della-prescrizione-del-reato-il-punto-sulla-situazione-in-attesa-dellimm>>
- GHRÉNASSIA C., SACCHI E., *La convenzione giudiziaria di interesse pubblico (CJIP): aspettando la transazione penale*, 30 gennaio 2018, disponibile su <<https://www.penalecontemporaneo.it/d/5820-la-convenzione-giudiziaria-di-interesse-pubblico-cjip-aspettando-la-transazione-penale>>
- GIOSTRA G., *L’archiviazione: lineamenti sistematici e questioni interpretative*, 2° edizione, Giappichelli, 1994
- GREENBLUM B.M., *What Happens to a Prosecution Deferred – Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements*, in *Columbia Law Review*, 105, 2005, p. 1863
- GUERINI T., *Diciassette anni di responsabilità degli enti: una retrospettiva*, in *Rivista* 231, 2018, n. 4, p. 215
- GUERRINI R., *Le sanzioni a carico degli enti nel d.lgs. n° 231/2001*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, Giappichelli, 2004
- GUIDO E., *I procedimenti speciali*, in G. CANZIO, L.D. CERQUA, L. LUPÀRIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, CEDAM, seconda edizione, 2016
- KAAL W.A., LACINE T.A., *The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance: Evidence from 1993-2013*, in *The Business Lawyer*, Vol. 70, 2014, p. 61
- KELLY J., *The Power of an Indictment and the Demise of Arthur Andersen*, in *South Texas Law Review*, Vol. 48, 2006, p. 509
- KHANNA V., DICKINSON T.L., *The Corporate Monitor: The New Corporate Czar?*, in *Michigan Law Review*, Vol. 105, Iss. 8, 2007, p. 1713

- KHANNA V., *Reforming the Corporate Monitor?*, in AA.VV., *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York University Press, 2011, p. 226
- KOCIENIEWSKI D., *In Testy Exchange in Congress, Christie Defends His Record as a Prosecutor*, 26 giugno 2009, disponibile su <<https://www.nytimes.com/2009/06/26/nyregion/26christie.html>>
- LEO G., *La Corte costituzionale ricostruisce ed ‘accredita’, in punto di compatibilità costituzionale, l’istituto della messa alla prova*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 5, 2018, p. 303
- LUPÀRIA L., *Obbligatorietà e discrezionalità dell’azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, p. 1751
- MACCHIA A., GAETA P., *Messa alla prova ed estinzione del reato: criticità di sistema e adattamenti funzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2018, p. 135
- MANACORDA S., *L’idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 1-2/2017, p. 49
- MANES V., TRIPODI A.F., *L’idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016
- MANNA A., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cassazione penale*, 2003, p. 1101
- MANTOVANI M., *Il d.lgs. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell’impresa*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016
- MANZIONE D., *I procedimenti speciali e il giudizio*, in G. Lattanzi, *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè Editore, seconda edizione, 2010
- MARINUCCI G., ROMANO M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971, p. 687
- MARKOFF G., *Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century*, in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 15, Iss. 3, 2013, p. 797
- MAZZACUVA F., *Deferred Prosecution Agreements: riabilitazione “negoziata” per l’ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *L’indice penale*, vol. 16, fasc. 2, 2013, p. 740
- MAZZACUVA F., *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conduct inglese: spunti per alcune riflessioni de jure condendo*, in *L’indice penale*, vol. 1, n. 1-2, 2015, p. 186
- MAZZACUVA F., *La diversione processuale per gli enti collettivi nell’esperienza anglo-americana*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 2, 2016, p. 80

- MENGHINI A., *Sistemi sanzionatori a confronto*, in G. FORNASARI, A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, 2^a edizione, CEDAM, 2008
- MILITELLO V., *La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, n. 1-2, 1992, p. 101
- MILLER E.H. III, *Federal Sentencing Guidelines for Organizational Defendants*, in *Vanderbilt Law Review*, 46, 1993, p. 197
- MINICUCCI G., *La sanzione sostitutiva del commissariamento giudiziale*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia, Tomo secondo*, UTET, 2017
- MOKHIBER R., *Crime Without Conviction: The Rise of Deferred and Non Prosecution Agreements*, A report released by Corporate Crime Reporter, National Press Club, Murrow Room, Washington, D.C., 28 dicembre 2005
- MONGILLO V., *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3, 2011, p. 69
- MUCCIARELLI F., *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le società*, vol. 29, fasc. 10, 2010, p. 1247
- O'BRIEN J., DIXON O., *Deferred Prosecutions in the Corporate Sector: Lessons from LIBOR*, in *Seattle University Law Review*, Vol. 37, 2014, p. 475
- O'HARE J., *The Use of the Corporate Monitor in SEC Enforcement Actions*, in *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, Vol. 1, Iss. 1, 2006, p. 89
- O'SULLIVAN J.R., *How Prosecutors Apply the Federal Prosecutions of Corporations Charging Policy in the Era of Deferred Prosecutions, and What That Means for the Purposes of the Federal Criminal Sanction*, in *American Criminal Law Review*, Vol. 51, 29, 2014, p. 29
- ODED S., *Deferred Prosecution Agreements: Prosecutorial Balance in Times of Economic Meltdown*, in *Law Journal for Social Justice*, Vol. 2, 2011, p. 65
- PAGLIARO A., *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993, I, p. 200
- PALAZZO F., PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, 3^a ed., Giappichelli, 2013
- PALIERO C.E., *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, n. 4, 1996, p. 1173
- PALIERO C.E., *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione «lassista» o interpretazione costituzionalmente orientata?*, in *Le società*, vol. 29, fasc. 4, 2010, p. 476

- PATANÈ V., *Diversion*, in AA.VV., *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Giuffrè Editore, 2004
- PIERGALLINI C., *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè Editore, seconda edizione, 2010
- PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lg. n. 231/2001) (parte II)*, in *Cassazione penale*, fasc. 2, 2013, p. 842
- PISTORELLI L., *Responsabilità degli enti: le ragioni di una riforma possibile*, in *Rivista 231*, 2018, n. 4, p. 5
- PITOFISKY D., intervista, in *Corporate Crime Reporter*, 19, 46 (8), novembre 2005
- POSNER R., *Economic Analysis of Law*, 3rd edition, 1986
- PRESUTTI A., BERNASCONI A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè Editore, 2013
- RICCARDI M., CHILOSI M., *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2017, p. 47
- RUGGIERO R.A., *Cracking Down on Corporate Crime in Italy*, 15 *Washington University Global Studies Law Review*, 2016, p. 403
- RUGGIERO R.A., *Non Prosecution Agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, 12 ottobre 2015, (disponibile su www.penalecontemporaneo.it)
- SALOMONE R., *Il principio societas delinquere non potest. La natura della responsabilità prevista dal d.lgs. 231/2001*, in A. D'AVIRRO, A. DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa* (diretto da Astolfo Di Amato), volume decimo, *La responsabilità da reato degli enti*, CEDAM, 2009
- SAPELLI G., *Elogio della piccola impresa*, Il Mulino, 2013
- SENDEN L., *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9.1, January 2005, disponibile su <http://www.ejcl.org/91/art91-3.html>
- SEVERINO P., *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016
- TIEDEMANN K., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 3, 1995, p. 615
- TRIGGIANI N., *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, 2014

- TRIPODI A.F., *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, CEDAM, 2013
- UHLMANN D.M., *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, in *Maryland Law Review*, Vol. 72, 2013, p. 1295
- VIGANÒ F., *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 3, 2013, p. 1300
- VINCIGUERRA S., CERESA-GASTALDO M., ROSSI A., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, CEDAM, 2004
- WARIN F.J., BOUTROS A.S., *Deferred Prosecution Agreements: A View From the Trenches and a Proposal for Reform*, in *Virginia Law Review in Brief*, Vol. 93, p. 121
- WEISSMANN A., NEWMAN D., *Rethinking Criminal Corporate Liability*, in *Indiana Law Journal*, Vol. 82, Iss. 2, 2007, p. 411
- WHITE M.J., Intervista, in *Corporate Crime Reporter*, vol. 19, 12 dicembre 2015

NORMATIVA E GIURISPRUDENZA

Consiglio d'Europa

CONSIGLIO D'EUROPA, Comitato dei Ministri, Raccomandazione n. R(88)18, 20 ottobre 1988

Unione Europea

CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, Atto del Consiglio del 26 luglio 1995 che stabilisce la convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (95/C 316/03), disponibile su <[<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:31995F1127\(03\)>](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:31995F1127(03))>

Italia

Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448 (GU Serie Generale n. 250 del 24-10-1988, Suppl. Ordinario n. 93)

Decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 272 (GU Serie Generale n. 182 del 05-08-1989, Suppl. Ordinario n. 57)

Legge 29 settembre 2000, n. 300 (GU Serie Generale n.250 del 25-10-2000 - Suppl. Ordinario n. 176)

Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (GU Serie Generale n.140 del 19-06-2001)

Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (GU Serie Generale n. 101 del 30-04-2008 – Suppl. Ordinario n. 108)

Decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313 (GU Serie Generale n. 36 del 13-02-2003, Suppl. Ordinario n. 22)

Legge 30 novembre 2017, n. 179 (GU Serie Generale n. 291 del 14-12-2017)

Legge 9 gennaio 2019, n. 3 (GU Serie Generale n. 13 del 16-01-2019)

Corte Costituzionale, sentenza 21 febbraio 2018, n. 91

Corte Costituzionale, sentenza 7 novembre 2018, n. 231

Cassazione penale, sez. II, sentenza 30 gennaio 2006, n. 3615

Cassazione penale, sez. II, sentenza 16 gennaio 2015, n. 18265

Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, dott. Manzi, 17 novembre 2009

Corte di Appello di Milano, sentenza 21 marzo 2012, n. 1824
Tribunale di Milano, sez. VI, sentenza 26 giugno 2014, n. 7017
Tribunale di Milano, sez. XI, ordinanza 27 marzo 2017, Giud. Corbetta
Tribunale di Catania, sez. IV, sentenza 14 aprile 2016, n. 2133
Procura della Repubblica presso il Tribunale di Busto Arsizio, 25 luglio 2014,
Decreto di archiviazione n. 5596

Stati Uniti

Speedy Trial Act, 1974, 88 Stat. 2080, 18 U.S. Code, par. 3161-3174

Deferred Prosecution Agreement fra New York Racing Association e U.S. Attorney Office, Eastern District of New York, 10 dicembre 2003, consultabile su <<http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/nyracingassociation.pdf>>

Deferred Prosecution Agreement fra Bristol-Myers Squibb e U.S. Attorney Office, District of New Jersey, 15 giugno 2005, consultabile su <<https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/14272/000119312505125970/dex992.htm>> e su <<http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/bristol-meyers.pdf>>

Deferred Prosecution Agreement fra Saena Tech Corporation e U.S. Attorney Office, District of Columbia, 21 marzo 2014, consultabile su <<https://www.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.dcd.165465.5.1.pdf>>

United States v. Fokker Services, B.V., Memorandum Opinion, Judge R.J. Leon, 79 F. Supp. 3d 160, United States District Court, District of Columbia, 5 febbraio 2015

United States v. Fokker Services, B.V., No. 15-3016, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 5 aprile 2016

Regno Unito

Bribery Act 2010, Chapter 23

Crime and Courts Act 2013, Chapter 22

Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice, emanato dal Crown Prosecution Service e dal Serious Fraud Office, 2014

Crown Court at Southwark, Sir B. Leveson, President of the Queen's Bench Division, SFO v. Rolls-Royce PLC, 17 gennaio 2017

Crown Court at Southwark, Sir B. Leveson, President of the Queen's Bench Division, SFO v. XYZ Limited, 8 luglio 2016, par. 32.

Francia

Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, disponibile su

<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033558528&categorieLcat=id>>

Code de procédure pénale, art. 41-1-2, disponibile su
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=2CEBED81BE9CC953BD648F6FE0591ED8.tplgfr27s_1?cidTexte=LEGITEXT000006070000&dateTexte=20181217>

ALTRE FONTI

OCSE

OCSE, *Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali*, 17 dicembre 1997, disponibile su
<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf>

OCSE, *Settling Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions*, nota redatta per la preparazione della relativa sessione nel corso del *Global Anti-Corruption and Integrity Forum* del 27 marzo 2018, disponibile su
<<https://www.oecd.org/corruption/Panel-on-settling-foreign-bribery-cases-non-trial-resolutions.pdf>>

Italia

Risoluzione del XIII Congresso Internazionale di diritto penale sul tema «diversion e mediazione» (Cairo, 1-7 ottobre 1984), in *Cassazione penale*, fasc. 2-3, 1985, 533

Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, *Bilancio di responsabilità sociale 2013-14*

Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, *Bilancio di responsabilità sociale 2016*

Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, *Bilancio di responsabilità sociale 2017*

Relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001, disponibile su
<http://www.aodv231.it/pagina_sezione.php?id=10>

Progetto di riforma del d.lgs. 231/2001 (promosso dall'associazione AREL e presentato dall'allora Ministro della Giustizia On. Angelino Alfano nel

2010, disponibile su:
<<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/Riforma%20231%2021-6-2010%20ipotesi%20A%20DEFINITIVA.pdf>>)

UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE, Commissione D.Lgs. 231/2001, *Messa alla prova dell'ente*, 8 giugno 2018 disponibile su
<http://www.camerepenali.it/cat/9250/i_lavori_della_commissione_dlgs_231200.html>

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Parere sul disegno di legge AC 1189 "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici"*, 19 dicembre 2018, disponibile su
<<https://www.csm.it/documents/21768/92150/parere+anticorruzione+19+dicembre+2018/056918e6-48e3-bc35-52da-c399ccb070ef>>

Stati Uniti

HOLDER H., *Deputy Attorney General, U.S. Department of Justice, Federal Prosecution of Corporations*, giugno 1999

THOMPSON L.D., *Deputy Attorney General, U.S. Department of Justice, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, gennaio 2003

MORFORD C.S., *Deputy Attorney General, U.S. Department of Justice, Memorandum for Heads of Department Components United States Attorneys: Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations*, marzo 2008

FILIP M., *Deputy Attorney General, U.S. Department of Justice, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, agosto 2008

DEPARTMENT OF JUSTICE, *Press Release: Department of Justice and SEC Enter \$290 Million Settlement With Salomon Brothers in Treasury Securities Case*, 20 maggio 1992, disponibile su
<https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1992/211182.pdf>

Regno Unito

U.K. Ministry of Justice, *Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations: Deferred prosecution agreements*, presentato al Parlamento dal *Lord Chancellor* e dal *Secretary of State for Justice*, maggio 2012

HEALD, SIR O., *The mechanics of Deferred Prosecution Agreements in the UK*, Speech to the C5 7th Advanced Forum on Anti Corruption on the role of

prosecutors and the court, 26 giugno 2013, disponibile su <<https://www.gov.uk/government/speeches/the-mechanics-of-deferred-prosecution-agreements-in-the-uk>>

MORGAN B., *The future of Deferred Prosecution Agreements after Rolls-Royce*, discorso al seminario per General Counsel e Compliance Counsel di enti ed istituzioni finanziarie, Norton Rose Fulbright LLP, 7 marzo 2017, disponibile su: <<https://www.sfo.gov.uk/2017/03/08/the-future-of-deferred-prosecution-agreements-after-rolls-royce/>>

Francia

Ministère de la Justice, *Circulaire relative à la présentation et la mise en oeuvre des dispositions pénales prévues par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, 31 gennaio 2018, disponibile su <<http://www.justice.gouv.fr/bo/2018/20180228/JUSD1802971C.pdf>>

Francia, *in vigore la legge Sapin II che introduce i modelli organizzativi*, 24 gennaio 2017, disponibile su <http://www.aodv231.it/documentazione_descrizione.php?id=2162&Francia-in-vigore-la-legge-Sapin-II-che-introduce-i-modelli-organizzativi>

Studio Legale Clifford Chance, *Anti Bribery and Corruption Review*, giugno 2017

Studio Legale Pavia e Ansaldo, *La lotta alla corruzione in Francia: brevi note alla legge Sapin II*, 2018, disponibile su <<http://www.pavia-ansaldo.it/wp-content/uploads/2018/04/La-lotta-alla-corruzione-in-Francia-brevi-note-sulla-legge-Sapin-II.pdf>>

Studio Legale Clifford Chance, *Anti Bribery and Corruption Review*, giugno 2018

Polonia

Studio Legale Clifford Chance, *New Act on Corporate Criminal Liability in Poland*, giugno 2018

