



Divisione Legal
di Kreios S.r.l.

C231 PAPERS

SISTEMA DEGLI INCENTIVI E DECRETO 231














Avv. Damiano Giunti

Avv. Damiano Giunti

ABSTRACT

Il presente lavoro passa in rassegna il complesso di incentivi previsti dal D.lgs. n. 231/2001 in favore dell'ente, al fine di evidenziarne le criticità e suggerire, de iure condendo, alcuni correttivi. Dopo aver esaminato il dato normativo, verranno individuati due interventi di riforma che appaiono necessari: da un lato, l'innalzamento del livello di determinatezza del sistema in punto di adeguatezza del modello di organizzazione; dall'altro, la previsione di una causa di non punibilità che premi il self reporting, da affiancare all'introduzione, anche nel procedimento a carico dell'ente, della disciplina della messa alla prova.

Nella parte conclusiva, una volta dimostrata la possibilità di far coesistere la probation con una causa di non punibilità di questo tipo, si proverà a sostenere come la previsione di entrambi gli istituti, de lege ferenda, sia l'unica soluzione in grado di rivitalizzare il sistema di incentivi del decreto e, conseguentemente, di salvaguardarne la ratio di prevenzione.

SOMMARIO:  Il ruolo del modello di organizzazione tra prevenzione, premialità e colpevolezza.  La configurazione «scalare»¹ dei benefici previsti dal D.lgs. n. 231/2001.  Il modello di organizzazione *ante factum*.  Il modello di organizzazione *post factum*.  Il modello di organizzazione in sede cautelare.  L'idoneità preventiva del modello di organizzazione tra indeterminata legislativa e rigorismo della prassi giudiziaria: il rischio di un impegno "imperfetto" da parte dell'ente.  L'idoneità preventiva del modello di organizzazione: alcune proposte in grado di accrescere il livello di determinatezza complessiva del sistema.  La specificazione/positivizzazione delle cautele.  La presunzione di idoneità del modello organizzativo conforme alle cautele positivizzate.  La certificazione-validazione del modello di organizzazione: le criticità del progetto AREL.  La necessaria introduzione di un sistema premiale «*outcome based*»².  L'apertura a meccanismi di diversione processuale: la probation dell'ente, uno scenario possibile.  Rilievi conclusivi.

Il ruolo del modello di organizzazione tra prevenzione, premialità e colpevolezza.

Nel sistema punitivo delineato dal decreto legislativo n. 231/2001³, il legislatore ha assegnato un ruolo di rilievo al modello di organizzazione gestione e controllo. Esso, espressione di un potere di «autonormazione»⁴ penale – nel quale possono convergere fonti di natura privatistica e di *soft law*⁵ – si articola in un complesso di cautele finalizzate ad agevolare la prevenzione dei reati nel contesto delle *corporation*.

1 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.*, 2017, 1-2, 60.

2 Il riferimento è a F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems". I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 3, 980.

3 D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*, in G.U. 19 giugno 2001 n. 140. Per un primo autorevole commento sulla disciplina introdotta dal decreto, si veda C.E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi società delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, 845 ss. e M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 393 ss.

4 Il termine è preso in prestito da C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 261 ss. Negli stessi termini, C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2016, *passim*.

5 S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 50.



Avv. Damiano Giunti

Il legislatore, consapevole che la criminalità economica prolifera all'interno di organizzazioni complesse⁶, ha tentato di favorire l'adozione da parte delle persone giuridiche di regole di condotta in grado di arginare i rischi reato, favorendo comportamenti *compliant* e orientando dunque «l'agire (imprenditoriale) [...] in direzione della legalità»⁷.

L'idea sottesa a tale impostazione è che lo Stato, da solo, sia incapace di perseguire i *corporate crime* attraverso il modello repressivo classico basato sulla punizione della sola persona fisica. In tale prospettiva, diviene essenziale instaurare con le imprese una «tacita coalizione»⁸ che incentivi quest'ultime ad adottare misure finalizzate a prevenire il rischio reato⁹.

I limiti del monopolio statale hanno dunque imposto al legislatore di ripensare il ruolo delle *corporation*: da «bersaglio»¹⁰ privilegiato degli organi inquirenti esse divengono primo presidio contro la diffusione di comportamenti illeciti nel contesto dell'organizzazione¹¹.

⁶ Per un'analisi sui rapporti tra criminalità dei colletti bianchi ed organizzazioni complesse, G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. "Doppio standard" e "doppio vincolo" nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, 173 ss., *passim*; G. FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, in *Ciclo di conferenze e seminari "L'Uomo e il denaro"*, in www.assbb.it, Milano, 2006, *passim*.

⁷ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., 2049 ss.

⁸ F. CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei «compliance programs» nell'ordinamento italiano*, in *Analisi Giuridica dell'Economia, Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, 2009, 3, 219. D'altra parte, tale «coalizione» è capace di «condurre a risultati superiori rispetto ottenibili dai singoli sforzi individuali». Il virgolettato è tratto da M. ZILLOTTI, *L'economia dell'informazione: modelli, applicazioni, sviluppi*, Il Mulino, 2001, 49.

⁹ M. MANTOVANI, *Il D.lgs. n. 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*, Bologna, 2016, 117-118; F. CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 219. Sulla necessità di riconoscere all'ente un ruolo fondamentale nella prevenzione del reato A. ALESSANDRI, *I criteri di imputazione della responsabilità all'ente: inquadramento concettuale e funzionalità*, in A.M. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, 227-228. Sulla centralità della funzione preventiva nel quadro delineato dal D.lgs. n. 231/2001 anche R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa nel D.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 30 settembre 2015, 2. Evidenziano come lo scopo del decreto sia quello di realizzare una «una dimensione dialogica tra il diritto penale ed il mondo dell'impresa» V. MANES – A.F. TRIPOLI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE – M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale»*, cit., 147. Negli stessi termini R. SABIA – I. SALVEMME, *Costi e funzioni dei modelli di organizzazione e gestione ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in A. DEL VECCHIO – P. SEVERINO (a cura di), *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti*, Bari, 2016, 432. Ritiene però che, nel contesto societario, non ci siano evidenze empiriche certe in grado di confermare che lo sforzo organizzativo da parte dell'impresa assicuri dei vantaggi in termini di prevenzione dei reati K.D. KRAWIEC, *Organizational Misconduct: Beyond the Principal-Agent Model*, in *FlaSULR*, 2005, 32, 596.

¹⁰ Il termine è preso in prestito da F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 949, il quale richiama H. FIRST, *Branch Office of the Prosecutor: The new Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions*, in 89 *N.C.L.Rev.*, 2010, 97.

¹¹ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 949. L'Autore sottolinea come il nuovo regime di coregolamentazione, instaurato tra Stato ed impresa, assuma la forma di una vera e propria «partnership pubblico-



Avv. Damiano Giunti

Per indurre l'impresa a dotarsi di un modello organizzativo, il decreto, facendo propria la filosofia dei *compliance programs* nordamericani¹², ha delineato un sistema articolato di incentivi basato sul c.d. «*carrot and stick approach*»¹³: l'ente, sotto la minaccia della sanzione, adotta una serie di protocolli e presidi organizzativi finalizzati a prevenire la commissione di condotte illecite da parte dei propri *manager* e dipendenti. A fronte di tale impegno, l'ordinamento gli riconosce la possibilità di accedere ad un sistema premiale che contempla, tra i vari benefici, anche l'esclusione della responsabilità¹⁴.

Come sottolineato da autorevole dottrina¹⁵, i modelli di organizzazione, oltre a costituire il fulcro della logica preventivo-premiale sottesa al D.lgs. n. 231/2001, assumono altresì rilievo sul piano teorico-dogmatico, in quanto ricoprono un ruolo centrale nel costruire un modello di responsabilità che sia compatibile col principio di colpevolezza; esigenza che viene assicurata fondando il giudizio di rimproverabilità sulla mancata adozione da parte dell'ente di una struttura organizzativa idonea a prevenire e gestire lo specifico rischio reato¹⁶. In sostanza, ciò che viene imputato alla persona giuridica è di «aver trascurato di costruire solide, razionali e ragionevoli barriere per impedire che lo svolgimento dell'attività [...] possa avvenire anche con la commissione di reati da parte dei soggetti di vertice o di quelli sottoposti»¹⁷.

privato» che può essere descritta con le forme della relazione di agenzia, ovvero come un negozio siglato tra il «*principal*» e l'*agent*», con il quale il primo incarica il secondo, ove acconsenta, di svolgere specifiche funzioni in sua vece in un determinato ambito. Per una definizione di relazione di agenzia C.J. MICHAEL – W.H. HECKLING, *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*, in *J. financ. econ.*, 1976, 3, p. 308. Evidenzia come uno dei rischi della relazione di agenzia consista nel fatto che l'agente, detenendo un patrimonio privato di conoscenze non accessibili al *principal*, decida di non condividere tale patrimonio con quest'ultimo I. MACHO STADLER – J.D. PÉREZ CASTRILLO, *An Introduction to the Economics of Information: Incentives and Contracts*, Oxford, Oxford Univ Pr, 1997, 37. Pone l'accento sul rinnovato ruolo degli attori privati anche S. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?*, in *Le Soc.*, 2015, 478.

¹² Come risulterà più chiaro dopo aver esaminato la disciplina dei modelli di organizzazione, sebbene sia evidente l'influenza del sistema americano, a differenza dei *compliance program*, essi hanno un ruolo fondativo della responsabilità dell'ente e non costituiscono solo un limite alla discrezionalità giudiziale nella determinazione della sanzione. Così G. FORTI, *Uno sguardo ai piani nobili del D.lgs. n. 231/2001*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1266.

¹³ Sul punto, si veda C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 71 ss. Considera il «*carrot and stick approach*» «il nucleo forte di una disciplina efficiente contro la criminalità di impresa» C.F. GROSSO, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 956. Solleva invece alcuni dubbi circa l'opportunità di offrire degli incentivi in favore dell'impresa J.C. COFFEE JR., «Carrot and Stick» Sentencing: Structuring Incentives for Organizational in www.scholarship.law.columbia.edu.

¹⁴ F. CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., p. 220.

¹⁵ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., p. 50.

¹⁶ C.E. PALIERO – C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 3, p. 168. Per un approfondimento del concetto di «colpa in organizzazione» E. VILLANI, *Alle radici del concetto di 'colpa in organizzazione' nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli, 2016.

¹⁷ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 216.



Avv. Damiano Giunti

Sin d'ora è opportuno rilevare come la finalità di prevenzione dei reati, cui aspira il D.lgs. n. 231/2001, sia strettamente correlata alla possibilità per l'ente *compliant* di accedere al complesso di benefici delineati dal legislatore¹⁸. Qualora la persona giuridica venga sanzionata nonostante gli sforzi economici sostenuti per dotarsi di un modello organizzativo, sarà portata in futuro a non investire ulteriormente in *compliance*, creando così le condizioni che agevolano la commissione di reati, con l'effetto di invalidare gli scopi di prevenzione sottesi al decreto¹⁹. D'altra parte, le imprese saranno spinte ad adottare strutture organizzative idonee a prevenire il rischio reato solo a condizione di trovarsi poi in una situazione più favorevole di fronte all'autorità giudiziaria. Qualora ciò non accada, pertanto, è altamente probabile che siano disincentivate a farlo²⁰.

In questa chiave di lettura, è opportuno volgere lo sguardo al complesso di incentivi introdotti dal D.lgs. n. 231/2001, al fine di evidenziarne eventuali criticità e suggerire, *de iure condendo*, possibili correttivi in grado di realizzare un'elegante «opera di rifinitura»²¹ dell'impianto legislativo. Si tratta allora di compiere il primo passo in questo cammino, procedendo ad esaminare il dato normativo.

La configurazione «scalare» dei benefici previsti dal D.lgs. n. 231/2001.

Nel quadro degli incentivi previsti dal decreto, la valenza premiale del modello organizzativo si coglie in modo diverso a seconda del momento temporale in cui tale strumento è stato adottato²²: se ciò è avvenuto efficacemente prima della commissione del reato, l'ente può andare esente da responsabilità; viceversa, se lo sforzo di *compliance* è

¹⁸ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 56. Evidenza come il sistema introdotto dal D.lgs. n. 231/2001 sia finalizzato a prevenire il «rischio penale di impresa» E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, 321.

¹⁹ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 56.

²⁰ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, 974 e 975. L'Autore afferma la necessità di premiare l'ente anche nel caso in cui, nonostante l'impegno in *compliance*, il reato sia stato comunque commesso. In poche parole, la persona giuridica dovrebbe essere assicurata anche contro la «cattiva sorte» (la dottrina statunitense parla di «*unlucky outcomes*»). Così E.A. POSNER, *Agency Models in Law and Economics*, University of Chicago Law School, John M. Olin Law and Economics Working Paper No. 92, 2000, 5.

²¹ 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»*, cit., 73.

²² G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in A.M. STILE (a cura di), *La responsabilità*, cit., 183 ss.



Avv. Damiano Giunti

successivo all'illecito, la persona giuridica può ricevere un trattamento sanzionatorio meno afflittivo²³.

Allo stesso tempo, si è scelto di premiare la “buona condotta” dell'ente anche in fase cautelare, con lo scopo di spingere la persona giuridica a porre in essere, sin dalle prime fasi successive alla realizzazione dell'illecito, interventi che siano finalizzati a rimuovere le carenze organizzative che hanno impedito di intercettare lo specifico rischio reato. D'altro canto, tale opzione risente, altresì, delle caratteristiche proprie delle misure interdittive, le quali, traducendosi nell'anticipazione delle sanzioni maggiormente afflittive, possono compromettere, nelle situazioni più delicate, la vita stessa dell'ente²⁴. L'introduzione di congegni premiali in questa fase, pertanto, diviene indirettamente funzionale a garantire che il ricorso allo strumento cautelare operi solo come *extrema ratio*.

Come osservato da autorevole dottrina, il sistema premiale finisce così per accogliere una serie di incentivi, via via decrescenti, che ricalcano lo schema «scalare»²⁵ proprio della piramide di *law enforcement* preconizzata dalla dottrina²⁶. Tale assetto, definito anche sistema di «incentivazione graduale o gerarchica»²⁷, raccoglie un complesso di istituti il cui scopo primario è quello di attivare, in caso in cui si siano verificati degli illeciti, interventi di autoregolamentazione da parte dei soggetti, relegando la sanzione penale ai soli casi di recidiva e alle violazioni più gravi. Nel quadro degli incentivi previsti in favore dell'ente, lo strumento di maggiore rilievo è sicuramente quello regolamentato dagli artt. 6 e 7 che andremo di seguito ad esaminare.

Il modello di organizzazione *ante factum*.

L'istituto cardine del sistema premiale è racchiuso negli artt. 6 e 7, D.lgs. n. 231/2001, i quali contemplan, in favore dell'ente, una causa di esclusione della

²³ In senso critico, si è detto che la scelta del legislatore di valorizzare la logica premiale abbia comportato, di fatto, un indebolimento delle garanzie processuali a causa dell'introduzione di istituti, considerati veri e propri strumenti di «coazione» e «persuasione» dell'ente, il cui unico scopo è quello di agevolare la commissione di condotte riparatorie *post delictum*. Si veda M. CERESA GASTALDO, *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*, in *Cass. pen.*, 2009, 2239 ss.

²⁴ V. MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale (Seconda parte: Misure cautelari interdittive e sequestro preventivo a fini di confisca)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, 1, 155.

²⁵ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., p. 60.

²⁶ Per un'analisi approfondita della piramide di *law enforcement*, G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi*, cit., 223-226. L'Autore riprende le riflessioni di BRAITHWITE e PELLIGRA.

²⁷ *Ivi*, p. 223.



Avv. Damiano Giunti

responsabilità legata all'efficace attuazione dei *compliance programs* prima della commissione del reato (c.d. modello di organizzazione "*ante factum*" o "*ante delictum*")²⁸.

Come anticipato, il legislatore ha deciso di fondare il giudizio di rimproverabilità soggettiva della *corporation* sulla mancata adozione di cautele organizzative idonee a prevenire il reato presupposto perpetrato dalla persona fisica. Partendo da tale assunto, il predetto ha poi diversificato i criteri di imputazione in base alla categoria di appartenenza dell'autore²⁹.

Qualora il fatto sia stato commesso da un apicale, l'art. 6 contempla una presunzione di riferibilità dell'illecito alla politica aziendale, da cui consegue un'inversione dell'onere probatorio a carico dell'ente³⁰. Per andare esente da responsabilità, la *societas* deve dimostrare di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (art. 6, comma 1, lett. a); di aver istituito un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, chiamato a vigilare sul corretto funzionamento e sull'osservanza del modello e a curarne l'aggiornamento (art. 6, comma 1, lett. b); che i vertici hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione (art. 6, comma 1, lett. c); e, infine, che l'organo di controllo ha vigilato correttamente, senza aver compiuto omissioni o negligenze (art. 6, comma 1, lett. c)³¹.

Laddove riesca ad adempiere a tale *probatio diabolica*³², l'ente non subisce l'applicazione di sanzioni pecuniarie o interdittive. Resta ferma, tuttavia, la confisca del

²⁸ Pone l'accento sulla distinzione tra modello di organizzazione «*ante factum*» e «*post factum*» T.E. EPIDENDIO, Sub art. 6, in AA.VV. (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Milano, 2007, 63. Opera tale distinzione anche G. GARUTI, *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei Modelli Organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 3, 13.

²⁹ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Ed. III, Milano, 2017, 82.

³⁰ Per un'analisi più dettagliata si rinvia a A. BERNASCONI, Sub art. 6, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 109 ss.; A. D'AVIRRO, *I modelli organizzativi. L'organo di vigilanza*, in A. DI AMATO (diretto da), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, X, A. D'AVIRRO – A. DI AMATO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2010, 205 ss.; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del D.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 106 ss.; P. MAGRI – M. DE PAOLIS, *Modelli di organizzazione ed esenzione di responsabilità: aspetti pratici ed operativi*, in AA.VV. (a cura di), *Diritto penale delle società*, Padova, 2016, 875 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010, 75 ss.

³¹ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 84; R. LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, in G. PALAZZO – C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Ed. II, Padova, 2007, 2310. Per un riferimento al dibattito dottrinale che ha denunciato la mancata previsione all'interno della legge delega di un'esenzione di responsabilità in caso di reato commesso dagli apicali D. PULTANÒ, *Responsabilità «da reato» degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 428-429. Sul rilievo riconosciuto alla «colpa in organizzazione» si veda anche Cass. pen., Sez. un., Sent., 18 settembre 2014, n. 38343, in www.dirittopenalcontemporaneo.it, 19 settembre 2014.

³² È critico rispetto ad una lettura che considera "diabolica" la prova a carico dell'ente A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, 1119. Diversamente, BERNASCONI



Avv. Damiano Giunti

profitto del reato, circostanza, come sottolineato da autorevole dottrina, che consente di parlare di un esonero di responsabilità solo «incompleto»³³ (art. 6, comma 5)³⁴.

Rispetto ai reati commessi dai sottoposti, il giudizio di rimproverabilità dell'ente si fonda sul fatto che la commissione dell'illecito è stata agevolata dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza (art. 7, comma 1, D.lgs. n. 231/2001)³⁵. Una simile violazione è tuttavia esclusa se prima del reato presupposto è stato adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire illeciti della specie di quello compiuto (art. 7, comma 2, D.lgs. n. 231/2001)³⁶. In tale contesto, a differenza di quanto previsto per gli apicali, non opera l'inversione dell'*onus probandi*: spetta all'accusa dimostrare in giudizio che il reato presupposto è stato reso possibile da una carenza organizzativa³⁷.

Secondo autorevole dottrina, distinguendo le due ipotesi, il legislatore, pur volendo comunque fondare la responsabilità della persona giuridica su di un deficit organizzativo, ha

ritiene che la scelta di porre a carico dell'ente un simile *onus probandi* collida con la presunzione di innocenza (art. 27, comma 2 Cost.) e, pertanto, suggerisce un'interpretazione correttiva. A. BERNASCONI, *L'elusione fraudolenta del modello*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, II, 190.

³³ Così D. PULITANÒ, *Responsabilità «da reato»*, cit., 428. In senso analogo, G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato: profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, 393.

³⁴ La dottrina che considera l'istituto dell'art. 6 una scusante pone l'accento sul rischio di possibili attriti col principio di colpevolezza dovuti all'applicazione di una sanzione in assenza di una condanna. S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 61. Sul punto, G. FORTI, *Uno sguardo ai piani nobili*, cit., 1267 ravvisa una «forma di responsabilità da fatto incolpevole». Con riferimento alle problematiche connesse alla natura sanzionatoria della confisca e alla sua applicazione in assenza di condanna, Corte EDU, sent. 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 luglio 2018; Corte EDU, sent. 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, in *Cass. pen.*, 2014, 4, 1392 ss. e Corte cost. sent. n. 49/2015, in www.cortecostituzionale.it. Per un approfondimento A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2018, 7-8.

³⁵ Per un'analisi più dettagliata si rinvia a A. BERNASCONI, Sub art. 6, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – A. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., 163 ss.; A. D'AVIRRO, *I modelli organizzativi*, cit., 229 ss.; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali*, cit., 106 ss.; M.M. SCOLETTA, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in AA.VV. (a cura di), *Diritto penale delle società*, cit., 865 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 75 ss.

³⁶ Si riporta un passo della relazione di accompagnamento al decreto (§3.4): «In altri termini, si parte dalla presunzione (empiricamente fondata) che, nel caso di reato commesso da un vertice, il requisito "soggettivo" di responsabilità dell'ente sia soddisfatto, dal momento che il vertice esprime e rappresenta la politica dell'ente; ove ciò non accada, dovrà essere la *societas* a dimostrare la sua estraneità, e ciò potrà fare soltanto provando la sussistenza di una serie di requisiti tra loro concorrenti (è ragionevole prevedere che questa prova non sarà mai agevole; si rivelerà poi praticamente impossibile nel caso di ente a base manageriale ristretta)».

³⁷ Parte della dottrina sostiene che in questo caso la responsabilità dell'ente è modellata sullo schema del concorso colposo nel fatto commesso dalla persona fisica all'interno dell'organizzazione R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 88. A parere di chi scrive, questa lettura non è pienamente condivisibile: il reato commesso dalla persona fisica, infatti, è il presupposto e non l'oggetto della responsabilità dell'ente, che si fonda invece su di una colpa di organizzazione per non aver impedito il fatto. In questo senso A. ALESSANDRI – S. SEMINARA, *I principi generali*, in A. ALESSANDRI – S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, Torino, 2018, I, 98.



Avv. Damiano Giunti

deciso di scindere la colpevolezza derivante da scelte di politica aziendale dai casi di colpa di organizzazione in senso stretto³⁸.

Con riferimento ai sottoposti, si è inoltre osservato come la volontà di costruire un giudizio di responsabilità sulla mancata attuazione del modello organizzativo, oltre a risentire della logica di specialprevenzione che anima il decreto, risponde ad esigenze di garanzia più marcate rispetto a quelle legate alla possibilità di rimproverare all'ente il fatto commesso da un apicale³⁹. D'altra parte, «il richiamo a generici standard di diligenza avrebbe rischiato di rivelarsi una vuota clausola di stile, inidonea ad indirizzare il giudice nell'accertamento dell'illecito amministrativo in capo all'ente», col rischio di spingere il giudice «ad affermare indiscriminatamente la [...] responsabilità attraverso il ricorso a "formulette pigre", fatalmente destinate a scivolare verso forme di ascrizione meramente oggettiva»⁴⁰.

Per quanto riguarda la natura dell'esimente, in dottrina si sono affermate letture di segno diverso: taluno riconduce l'efficace attuazione del modello organizzativo tra le scusanti, qualcun altro tra le cause di non punibilità, altri ancora fanno ricorso a categorie dogmatiche nuove – quali le “cause di esclusione della sanzionabilità ad effetti limitati” – ed infine qualcuno inquadra l'istituto nel novero degli elementi negativi dell'illecito⁴¹.

Un'altra questione sulla quale giova spendere alcune parole, prima di procedere oltre nell'analisi, attiene alla possibilità di configurare a carico dell'ente un vero e proprio obbligo di dotarsi di un modello organizzativo. La questione, fortemente dibattuta all'alba dell'entrata in vigore del decreto, può essere risolta aderendo ad una lettura sistematica dell'istituto. Come osservato da autorevole dottrina, la *ratio* preventivo-premiale della disciplina impone di considerare l'adozione dei *compliance programs* come un semplice

³⁸ T.E. EPIDENDIO, Sub art. 6, cit., 68; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 333; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA.VV. (diretto da), *Trattato di diritto penale-parte generale*, Milano, 2008, 185. In senso contrario, S. VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in S. VINCIGUERRA – M. CERESA GASTALDO – A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d. lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004, 20. L'Autore critica la scelta del legislatore di differenziare i requisiti su cui fondare la responsabilità dell'ente in base alla posizione ricoperta dalla persona fisica all'interno dell'organizzazione, in quanto elemento estraneo al reato. Sui criteri di imputazione soggettiva e sulla colpevolezza dell'ente, si veda anche G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., 391 ss.

³⁹ D. PULITANÒ, *Responsabilità «da reato»*, cit., 428.

⁴⁰ Il passo è tratto dalla relazione ministeriale che ha accompagnato il D.lgs. n. 231/2001 (§3.5).

⁴¹ Qualifica l'istituto dell'art. 6, comma 1 una causa di non punibilità D. PULITANÒ, *Responsabilità «da reato»*, cit., 430. In senso analogo A. ALESSANDRI – S. SEMINARA, *I principi generali*, cit., 100, secondo i quali, «qualora il reato sia stato commesso da un soggetto “di vertice” e sussistono tutti i requisiti di cui all'art. 6, comma 1, l'adozione e l'attuazione del modello svolgono il ruolo di una causa di esclusione della punibilità, mentre nel caso di reato commesso da un “sottoposto” la loro assenza costituisce un elemento costitutivo dell'illecito». In senso contrario, G. DE VERO, *La responsabilità penale*, cit., 180: l'Autore, seppur condivida la tesi di ALESSANDRI e SEMINARA con riferimento all'art. 7, considera l'istituto dell'art. 6, comma 1 una scusante. Per un quadro complessivo del dibattito dottrinale e giurisprudenziale T.E. EPIDENDIO, Sub art. 6, cit., 68-71.



Avv. Damiano Giunti

onere; d'altra parte, la *societas* è tenuta ad implementare un modello organizzativo esclusivamente ove voglia giovare del beneficio dell'esenzione di responsabilità⁴². In questi termini, appare evidente come l'ente non possa dirsi investito di un obbligo di *compliance*.

Il modello di organizzazione *post factum*.

Il D.lgs. n. 231/2001 valorizza, altresì, l'adozione postuma del modello di organizzazione (c.d. modello "*post factum*" o "*post delictum*")⁴³. Laddove lo sforzo di *compliance* intervenga dopo la commissione del reato, l'ente può beneficiare, a certe condizioni, di un'attenuazione del trattamento sanzionatorio.

Innanzitutto, qualora l'impresa abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi, la sanzione pecuniaria è ridotta da un terzo alla metà, sempre che abbia risarcito integralmente il danno e riparato le conseguenze pregiudizievoli del reato ovvero si sia efficacemente adoperata in tal senso (art. 12, comma 2)⁴⁴. La riduzione è compresa tra la metà ed i due terzi se il fatto è stato commesso nel prevalente interesse dell'autore o di terzi, a condizione che l'ente non ne abbia ricavato alcun vantaggio (o comunque ne abbia tratto un vantaggio minimo) e che il danno patrimoniale cagionato sia di particolare tenuità (art. 12, comma 3)⁴⁵.

⁴² A. ALESSANDRI – S. SEMINARA, *I principi generali*, cit., 106; G. DE VERO, *La responsabilità penale*, cit., 177; G. DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti*, cit., 26 ss. con riferimento alla prevenzione dei reati dei sottoposti; C. PERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., 2057 ss.; M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, C.F. GROSSO (a cura di), Milano, 2018, II, 759; M. ARENA, *L'inesigibilità dell'adozione e dell'attuazione del modello organizzativo*, in www.filodiritto.com. In termini analoghi Cass. pen., Sez. III, Sent., 6 maggio 2019, n. 18842, in www.rivista231.it; Trib. Milano, 13 febbraio 2009, in *Giur. Comm.*, 2009, I, 177; Trib. Milano, Sez. X, 20 marzo 2007, in *Giur. Comm.*, 2009, III, 2, 495 ss. *Contra* R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 89: l'Autore ritiene obbligatoria l'adozione dei modelli di organizzazione con riferimento ai reati commessi dagli apicali; D. PULITANO, *Responsabilità «da reato»*, cit., 431 ss., il quale considera un obbligo l'adozione del modello organizzativo con riferimento ai reati commessi dai sottoposti ed una «possibilità» con riferimento agli apicali.

⁴³ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 61.

⁴⁴ Appare chiaro il riferimento all'art. 62 c.p. Nel caso di specie, tuttavia, il legislatore ha richiesto all'ente un impegno maggiore per accedere all'attenuazione del trattamento sanzionatorio, poiché la condotta riparatoria e quella risarcitoria debbono essere congiunte e non alternative. R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 149.

⁴⁵ Con riferimento agli *antitrust compliance programs*, autorevole dottrina ha evidenziato come prevedere incentivi consistenti nella riduzione della sanzione possa spingere il *management* ad investire seriamente in questi programmi. Così F. GHEZZI, *Antitrust e compliance programs*, in G. ROSSI (a cura di) *La «corporate compliance»: una nuova frontiera per il diritto?*, Milano, 2017, 329 ss.



Avv. Damiano Giunti

Al ricorrere dei presupposti del secondo comma dell'art. 12, qualora l'impegno "tardivo" dell'ente abbia consentito di eliminare le carenze organizzative che hanno agevolato l'illecito e sia stato messo a disposizione il profitto del reato ai fini della confisca, il decreto esclude inoltre l'applicazione delle sanzioni interdittive (art. 17)⁴⁶.

Ove l'impresa dimostri di non riuscire a porre in essere le condotte dell'art. 17 prima dell'apertura del dibattimento per un fatto a lei non imputabile, può richiedere che venga disposta la sospensione del processo a norma dell'art. 49; in tal caso il giudice, se ritiene di accogliere la richiesta, stabilisce una somma di denaro a titolo di cauzione (art. 65)⁴⁷.

Lo sforzo di *compliance* dell'ente è premiato anche dopo la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. Si parla, in questo caso, di adozione «tardiva»⁴⁸ del modello di organizzazione. In particolare, l'art. 78 consente alla persona giuridica, che ha adempiuto tardivamente alle condizioni imposte dall'art. 17, di richiedere al giudice dell'esecuzione, entro il termine di venti giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza di condanna, la conversione della sanzione interdittiva in quella pecuniaria. In tal caso, il giudice fissa udienza camerale entro dieci giorni e da avviso alle parti. Qualora l'istanza non appaia manifestamente infondata, egli può altresì disporre la sospensione della sentenza con decreto motivato in attesa di decidere sulla conversione⁴⁹.

Dall'analisi degli istituti appena richiamati emerge, *apertis verbis*, un evidente «favor reparandi»⁵⁰ del legislatore: quest'ultimo ha deciso di privilegiare, con l'obiettivo di ricondurre quanto prima l'ente alla legalità, il compimento di condotte riparatorie *post factum*. Tale *favor* è così accentuato da pervadere la stessa disciplina processuale: come osservato da autorevole dottrina, nel procedimento a carico dell'ente lo scopo di accertamento dell'illecito, che ne dovrebbe costituire il fine ultimo, cede il passo ad una dimensione prevalentemente riparatoria⁵¹. In sostanza, è stata assegnata in via preminente

⁴⁶ S. GIAVAZZI, Sub art. 17, in AA.VV. (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Milano, 2007, 158 ss. Sull'art. 17 si riporta un passo della relazione ministeriale che consente di cogliere al meglio la *ratio* dell'istituto e, in generale, del sistema premiale disegnato dal decreto: la disposizione «trasuda chiare finalità specialpreventive, accordando un premio all'ente che pone in essere un comportamento che integra un "controvalore" rispetto all'offesa realizzata» (§ 6.2).

⁴⁷ Sul punto, M. GIGLIOLI, *I procedimenti speciali e il giudizio ordinario*, in A. DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa*, cit., 788 ss.

⁴⁸ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 62.

⁴⁹ M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2017, 40. Per un approfondimento della disciplina contenuta nell'art. 78 si veda E. GUIDO, Sub art. 78, A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., 111 ss.

⁵⁰ R. LOTTINI, *Il sistema*, cit., 149.

⁵¹ Si riportano le parole di CERESA GASTALDO che definisce la disciplina processuale prevista per gli enti: «un sistema che fa del ravvedimento *post factum* un obiettivo fortemente incentivato sul piano sanzionatorio, e che prescinde totalmente (salvo



Avv. Damiano Giunti

al «processo (non meno che all'azione cautelare) [...] la funzione "rieducativa" della persona giuridica» che dovrebbe essere propria della sanzione, al fine di indurre quest'ultima, il prima possibile, «a riorganizzarsi e a risarcire il danno»⁵². In questo modo di procedere del legislatore emerge «l'impronta di una chiara volontà di controllo [...] sulla vita dell'ente», dove "controllo" e "rieducazione" «sembrano allinearsi entro lo stesso orizzonte politico-criminale, assumendo in questo contesto [...] tonalità interscambiabili»⁵³.

Il modello di organizzazione in sede cautelare.

L'adozione di un modello organizzativo assume rilievo anche in fase cautelare.

Analizzando gli istituti rilevanti, si osserva come il legislatore abbia riconosciuto al Pubblico Ministero il potere di richiedere al giudice, in via di cautela, l'applicazione delle sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2, ove ricorrano gravi indizi di responsabilità dell'ente e vi siano elementi fondati, oltre che specifici, tali da far ritenere concreto il pericolo di recidiva (art. 45)⁵⁴. In tale contesto, la valutazione del *periculum* è strettamente correlata alla scelta dell'ente di dotarsi di un modello *ante factum* che sia idoneo: l'adozione di presidi organizzativi efficaci, difatti, è essenziale per escludere la verifica in futuro di ulteriori illeciti e, dunque, per negare l'accoglimento della richiesta cautelare⁵⁵.

Diversamente, qualora l'ente sia privo del modello, la scelta di investire tardivamente in *compliance* può venire in rilievo ai fini della sospensione dell'efficacia della misura. L'art. 49, invero, prevede un istituto «inedito»⁵⁶ che si regge sulla facoltà per l'impresa di richiedere al giudice la sospensione della misura al fine di porre in essere le

l'accennata ipotesi dell'art. 78) dall'accertamento della responsabilità tanto dell'imputato che dell'ente, esibendo senza alcun visibile imbarazzo la sua finalità specialpreventiva». M. CERESA GASTALDO, *Processo penale e accertamento*, cit., 2238.

⁵² M. CERESA GASTALDO, *Procedura*, cit., p. 40.

⁵³ M. RIVERDITI, La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e special-prevenzione, Napoli, 2009, 353 ss. L'Autore sottolinea, inoltre, come «l'impiego massiccio di tecniche premiali sembr(i) testimoniare non solo l'inidoneità della pena rispetto allo scopo perseguito, ma, a monte, la sfiducia nella possibilità di ottenere un concreto effetto disincentivante nei confronti del *corporate crime* dal ricorso (in via esclusiva) agli strumenti tipici della sanzione negativa in senso stretto». Non a caso, aggiunge RIVERDITI, «il sistema sin qui delineato dimostra di scommettere molto più sul significato motivante del "premio-incentivo", che non sulla possibilità di giungere allo stesso risultato con l'applicazione di sanzioni (negative), anche molto severe, nei confronti dell'ente-delinquente».

⁵⁴ Per un'analisi dettagliata del sistema cautelare nel procedimento a carico dell'ente, si rinvia a F. PERONI, *Il sistema delle cautele*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti*, cit., 243 ss.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Ed. XIX, Milano, 2019, 902 ss.; G. FIDELBO, *Le misure interdittive*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, cit., 503 ss.

⁵⁵ In questi termini anche G. AMATO, *Il Modello di organizzazione nel sistema di esonero dalla responsabilità: le ragioni di una scelta prudenziale*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 2, 57.

⁵⁶ G. VARRASO, *Le misure cautelari*, in *Responsabilità "penale"*, cit., 394.

Avv. Damiano Giunti

condotte dell'art. 17. Ove il giudice accolga l'istanza, fissa un termine per il compimento delle azioni riparatorie e sospende l'efficacia della misura, imponendo all'ente il versamento di una cauzione in favore della Cassa delle ammende – somma che sarà restituita solo in caso di corretto adempimento – (comma 1); il deposito della cauzione può essere sostituito con la prestazione di una garanzia ipotecaria o il rilascio di una fideiussione solidale (comma 2). Laddove l'esecuzione delle attività non avvenga nel termine fissato (o l'adempimento sia incompleto o inefficace), la misura cautelare viene ripristinata e la somma depositata (o per la quale è stata prestata idonea garanzia) è devoluta alla Cassa delle ammende (comma 3).

Nel quadro dei benefici previsti in favore dell'ente, l'istituto appena descritto, propiziando sin da subito la realizzazione delle condotte riparatorie dell'art. 17 attraverso la provvisoria neutralizzazione degli effetti della misura cautelare, completa il quadro degli strumenti di natura premiale pensati dal legislatore per attuare la *ratio* di specialprevenzione sottesa al decreto⁵⁷.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, appare evidente come il D.lgs. n. 231 abbia riconosciuto in favore dell'ente una «tipologia variegata»⁵⁸ di benefici che ruotano intorno all'adozione di un modello di organizzazione e controllo; tali strumenti, dal punto di vista del penalista, rappresentano un'assoluta novità: d'altra parte, il nostro ordinamento è tuttora ancorato, in misura prevalente, alla logica tradizionale della repressione/punizione, ben lontana dalla dimensione, privilegiata dal decreto, che si regge sul binomio prevenzione/riparazione.

Nel sistema premiale tratteggiato dal legislatore, i vantaggi per la persona giuridica possono spaziare dall'integrale esenzione di responsabilità (qualora abbia adottato *ante delictum* un modello di organizzazione idoneo), alla riduzione della sanzione pecuniaria e alla rinuncia alle sanzioni interdittive (qualora lo sforzo di *compliance* sia stato posto in essere validamente solo *post factum*), passando per l'esclusione di queste ultime in fase cautelare. La logica che traspare rispecchia una «prospettiva 'scalare' via via degradante»⁵⁹ finalizzata a spingere per gradi la *corporation* al recupero della legalità.

Come detto, la possibilità di accedere a tali istituti è condizionata alla verifica da parte del giudice dei requisiti di adeguatezza del modello di organizzazione, gestione e

⁵⁷ A. PRESUTTI, Sub art. 49, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., 435 ss. Ad avviso dell'Autrice, la disciplina contenuta nell'art. 49 potrebbe collidere con l'art. 27, comma 2 Cost., poiché costringe l'ente a porre in essere le condotte riparatorie prima che sia intervenuta una sentenza di condanna che ne accerti la responsabilità. In senso analogo G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in G. UBERTIS – G.P. VOENA, *Trattato di procedura penale*, XLVII, Milano, 2012, 217 ss.

⁵⁸ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 64.

⁵⁹ *Ibidem*.



Avv. Damiano Giunti

controllo. Diversamente, per attivare i benefici *post factum* non è richiesto all'ente di collaborare con l'Autorità giudiziaria, prima che venga acquisita la *notitia criminis*, al fine di agevolare l'individuazione del responsabile e la ricostruzione del fatto⁶⁰. Sotto questo aspetto, si è detto, la disciplina premiale appare assai «indulgente»⁶¹, oltre che inadeguata rispetto agli obiettivi di prevenzione posti dal decreto.

L' idoneità preventiva del modello di organizzazione tra indeterminatezza legislativa e rigorismo della prassi giudiziaria: il rischio di un impegno "imperfetto" da parte dell'ente.

Nel quadro degli incentivi previsti dal legislatore, il requisito dell'adeguatezza del modello organizzativo si atteggia, in modo diverso, a seconda del tipo di beneficio cui l'ente aspira. Tale condizione deve essere soddisfatta nel «massimo grado»⁶² in relazione al modello *ante delictum* degli artt. 6 e 7; in queste ipotesi, infatti, l'investimento in *compliance* può portare l'ente ad ottenere un'esenzione di responsabilità.

Dalla lettura dei due articoli, tuttavia, è impossibile ricavare indicazioni univoche su come strutturare il modello; difatti, il legislatore ha preferito non definire, in modo puntuale, le cautele da inserire al suo interno affinché venga ritenuto idoneo dal giudice⁶³.

Passando ad esaminare il dato normativo, si osserva come l'art. 6, comma 2, si limiti a richiedere, in modo alquanto generico, che il modello individui tutte le attività «sensibili» al rischio di commissione dei reati (risultato di quella attività che, nella prassi,

⁶⁰ F. CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 233. Un piccolo passo verso la valorizzazione della collaborazione processuale è stato compiuto con la «Legge Spazzacorrotti» che ha novellato l'art. 25 del decreto, prevedendo una riduzione delle sanzioni interdittive quando «l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi» (art. 25, comma 5 *bis*, D.lgs. n. 231/2001, intro da L. 9 gennaio 2019, *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*, n. 3, in G.U. 16.01.2019, n. 13).

⁶¹ F. CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 232.

⁶² S. MANACORDA, *L' idoneità preventiva*, cit., 64.

⁶³ Per un riferimento bibliografico in merito al contenuto dei modelli organizzativi A. BASSI – T.E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 223 ss. Critica la scelta del legislatore di non definire un «corpus tendenzialmente esaustivo» di cautele da inserire nel modello G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1146.



Avv. Damiano Giunti

viene definita “*risk analysis*”⁶⁴) (lett. *a*); elenchi tutti i protocolli diretti a programmare la formazione e l’attuazione delle decisioni dell’ente in relazione agli specifici rischi che sono stati “mappati” (lett. *b*); definisca le modalità di gestione delle risorse finanziarie in modo da prevenire la commissione dei reati (lett. *c*); regolamenti i flussi informativi verso l’organismo di vigilanza, al quale deve essere stato affidato, in modo effettivo, il compito di vigilare sul funzionamento e sull’osservanza del modello, nonché quello di curarne l’aggiornamento (tutte attività che deve poter svolgere avvalendosi di autonomi poteri di iniziativa e di controllo) (lett. *d*); e, infine, contempli un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle prescrizioni in esso contenute (lett. *e*)⁶⁵.

In aggiunta a quanto appena descritto, il comma 2 *bis*, inserito dall’art. 2, L. n. 179/2017⁶⁶ in tema di c.d. *whistleblowing*, impone di regolamentare uno o più canali che consentano ai soggetti interni all’organizzazione, mantenendo riservata la propria identità, di segnalare condotte illecite, fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, dalle quali possa derivare la responsabilità dell’ente oppure violazioni del modello apprese nell’esercizio delle funzioni svolte.

A tali procedure di segnalazione deve essere affiancato un canale alternativo che riesca a garantire, attraverso l’impiego di modalità informatiche, la riservatezza sull’identità del segnalante.

Il modello, infine, deve contemplare il divieto di atti ritorsivi o discriminatori, anche solo indiretti, in danno del *whistleblower* per motivi collegati alla segnalazione e prescrivere delle sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni rivelatesi poi infondate⁶⁷.

⁶⁴ Nella prassi si parla indifferentemente anche di «*risk assessment*». Si veda C. PIERGALLINI, *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, cit., 153 ss.

⁶⁵ A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato dell’ente collettivo*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (diretto da), V, Milano, 2006, V, 5104-5106.

⁶⁶ L. 30 novembre 2017, n. 179, *Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell’ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, in G.U. 14 febbraio 2017, n. 291.

⁶⁷ Per completezza, si riportano anche i commi 2 *bis*, *ter* e *quater*. «L’adozione di misure discriminatorie nei confronti dei soggetti che effettuano le segnalazioni di cui al comma 2-bis può essere denunciata all’Ispettorato nazionale del lavoro, per i provvedimenti di propria competenza, oltre che dal segnalante, anche dall’organizzazione sindacale indicata dal medesimo». 2 *quater*. «Il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del soggetto segnalante è nullo. Sono altresì nulli il mutamento di mansioni ai sensi dell’articolo 2103 del codice civile, nonché qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del segnalante. È onere del datore di lavoro, in caso di controversie legate all’irrogazione di sanzioni disciplinari, o a demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti, o sottoposizione del segnalante ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, successivi alla presentazione della segnalazione, dimostrare che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa». Per un approfondimento, C. SANTORIELLO, *Alcune note in tema di whistleblowing. Qualche precisazione (assolutamente necessaria) ed alcuni suggerimenti operativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2019, 1, 49 ss. Per una riflessione sull’istituto del *whistleblowing* prima della novella del 2017 A. SERENI, *L’ente guardiano, L’autorganizzazione de controllo penale*, Torino, 2016, 108 ss.



Avv. Damiano Giunti

Con riferimento ai reati commessi dai sottoposti, in modo altrettanto vago l'art. 7 afferma che, per dirsi adeguato, il modello organizzativo deve prevedere, «in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio» (comma 3). Affinché il modello possa dirsi correttamente attuato, è necessaria invece una verifica periodica della sua adeguatezza e la modifica delle previsioni in esso contenute allorquando siano state scoperte «violazioni significative [...] ovvero [...] interveng(a)no mutamenti rilevanti nell'organizzazione o nell'attività» dell'ente; oltre alla previsione di «un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello» (comma 4, lett. *a* e *b*)⁶⁸.

Pare evidente, dunque, come anche in questo caso il legislatore abbia preferito non elencare in modo dettagliato le cautele sulla cui base costruire un modello organizzativo idoneo, finendo, di riflesso, per lasciare nell'incertezza il redattore.

Per ovviare alle lacune del testo legislativo e dare maggiore concretezza al contenuto del modello, la prassi applicativa ha tentato di definirne quantomeno l'intelaiatura di base; la disciplina in esso contenuta è stata così suddivisa in due diverse sezioni: la "Parte generale" e la "Parte speciale"⁶⁹. La prima ha lo scopo di delineare la fisionomia istituzionale del *program* (riportando una descrizione della struttura interna dell'ente, la disciplina dell'organismo di vigilanza, il codice etico⁷⁰, le disposizioni in materia di formazione dei sottoposti e degli apicali, la regolamentazione dei flussi informativi all'ODV, del *whistleblowing* e, infine, del sistema disciplinare); invece, la seconda definisce, per ciascun settore di attività sensibile, il contenuto dei protocolli, ovvero quei presidi che sono funzionali ad assolvere gli obblighi di prevenzione del rischio reato⁷¹.

Nonostante le integrazioni offerte dalla prassi, il requisito di idoneità del modello organizzativo resta alquanto indefinito. D'altra parte, le previsioni racchiuse nel decreto non forniscono un contributo adeguato nella definizione delle cautele idonee a prevenire il "rischio 231", giacché si limitano ad offrire alcune indicazioni generali su come strutturare il

⁶⁸ La dottrina più autorevole auspica, *de lege ferenda*, un superamento della differenziazione tra responsabilità dell'ente per fatti commessi dagli apicali e dai sottoposti. G. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili"*, cit., 1249 ss.

⁶⁹ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., *passim*.

⁷⁰ Per un approfondimento sul tema M. CAPUTO, *La mano visibile: codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 1, 101 ss. Sull'importanza del codice etico all'interno della *corporation*, si pone anche G. FORTI, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, in M. DONINI – R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 116.

⁷¹ G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità*, cit., 178; S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 66. Interessanti sono anche le riflessioni di MANTOVANI, il quale sottolinea come l'efficace attuazione del modello organizzativo richieda tre attività: «prevenire, rilevare e rimediare». M. MANTOVANI, *Il D.lgs. n. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica*, cit., 118.



Avv. Damiano Giunti

modello e a tratteggiare (peraltro solo a grandi linee) alcuni “macro” presidi prevenzionistici (quali, ad esempio, l’attività di rilevazione delle aree di rischio, la procedimentalizzazione delle decisioni e l’istituzione di un organismo di vigilanza)⁷². In sostanza, ci si è preoccupati di offrire alcuni suggerimenti su come costruire lo “scheletro” del modello, preferendo però lasciare da parte la definizione puntuale delle cautele.

Come osservato da autorevole dottrina, un’opzione simile lascia trasparire un approccio meramente «teleologico» da parte del legislatore, il quale, una volta fissati gli obiettivi di prevenzione cui deve tendere il *compliance program*, decide di gravare interamente l’ente del compito di dare attuazione a tali scopi⁷³ attraverso l’adozione di cautele “autonormate”⁷⁴. Una scelta, quella appena descritta, che, se da un lato può trovare giustificazione nella necessità di assicurare che il modello organizzativo venga redatto mettendo in risalto le caratteristiche dello specifico contesto aziendale, come un «abito *tailor made*»⁷⁵ (esigenza che verrebbe sicuramente frustrata in caso di «iperfasia legislativa»⁷⁶), dall’altra lascia comunque insoddisfatti, poiché l’ente si trova di fronte una disciplina positiva sostanzialmente “vuota”, «un mero involucro» che è così costretto a colmare autonomamente di contenuti cautelari, la cui adeguatezza è rimessa, in ultima istanza, alla valutazione del giudice⁷⁷. Oltretutto, l’assenza del legislatore è percepita anche rispetto ad alcuni istituti della “Parte generale”: in particolare, tuttora il decreto è privo di uno statuto normativo dell’organismo di vigilanza che sia in grado di regolarne i poteri e la composizione⁷⁸, nonché i rapporti con gli altri organi di controllo interni alla società⁷⁹.

⁷² C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale*, cit., *passim*. Ritengono che «i principi direttivi formulati da fonti di rango primario in relazione alla progettazione e attuazione dei modelli organizzativi (siano) pochi e poco dettagliati» anche R. SABIA – I. SALVEMME, *Costi e funzioni dei modelli di organizzazione e gestione*, cit., 438.

⁷³ C. PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in A.M. STILE (a cura di), *La responsabilità*, cit., 375 ss. In senso analogo, S. MANACORDA, *L’idoneità preventiva*, cit., 66-67; V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. n.231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 3, 73 ss. L’Autore osserva, alla luce della formulazione degli artt. 6 e 7, come «la colpa dell’ente, che *primo visu* parrebbe “specificata” per inosservanza di regole scritte, rivela, quanto ai suoi meccanismi ricostruttivi, i tratti della colpa cd. “generica”» giacché «l’estrema elasticità dei criteri di giudizio elencati dalla legge fa sì che l’accertamento della loro violazione non differisca sostanzialmente da quello della violazione di una norma di mera e generica diligenza caratteristica della cosiddetta colpa generica». Anche F. CENTONZE – M. MANTOVANI, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in F. CENTONZE – M. MANTOVANI, *La responsabilità «penale» degli enti*, cit., 286 evidenziano come manchino «precise indicazioni legislative sulla costruzione di un modello di *compliance* adeguato».

⁷⁴ Il riferimento è a C. PIERGALLINI, *Autonormazione*, cit.

⁷⁵ S. MANACORDA, *L’idoneità preventiva*, cit., 81. Parla di «abito tagliato su misura» anche R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell’economia*, cit., 85. In termini analoghi, V. MANES – A.F. TRIPODI, *L’idoneità*, cit., 136.

⁷⁶ C. PIERGALLINI, *Il modello organizzativo*, cit., 380.

⁷⁷ V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 75.

⁷⁸ Sull’evoluzione dell’organismo di vigilanza nella prassi applicativa, V. MONGILLO, *L’Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell’ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 4, 83 ss.

Avv. Damiano Giunti

In assenza di canoni normativi certi, il redattore del modello di organizzazione resta dunque privo di un «riferimento oggettivo per la formazione di protocolli [...] destinati alla prevenzione» dei reati e per la stesura di alcune componenti della “Parte generale”; parallelamente, il giudice, chiamato ad accertare la responsabilità da reato dell’ente, finisce per non avere «parametri [...] affidabili per la formulazione del giudizio di idoneità (*ex ante*) del modello»⁸⁰; problematica ulteriormente acuita dall’ipertrofia che, negli anni, ha investito il catalogo dei reati presupposto ampliato a «ritmi incalzanti»⁸¹ dal legislatore⁸².

Neppure la giurisprudenza è riuscita a supplire alle carenze del dato normativo, risultando incapace di elaborare delle regole operative chiare sulla cui base strutturare il giudizio di adeguatezza preventiva del modello. Ciò è dipeso, innanzitutto, dal fatto che le pronunce in tema di responsabilità degli enti sono intervenute principalmente all’esito di procedimenti cautelari reali (ambito rispetto al quale la problematica dell’idoneità preventiva del modello resta in secondo piano); d’altra parte, l’approdo al giudizio di merito, in questa materia, appare uno scenario del tutto residuale⁸³. Su questo *trend* hanno influito una serie di fattori, tra i quali si annoverano, in primo luogo, la tendenza seguita da molte Procure di considerare l’esercizio dell’azione nei confronti dell’ente come discrezionale⁸⁴; l’effetto è quello di escludere, in diversi casi, l’instaurazione del processo nei confronti di società di piccole dimensioni⁸⁵, rispetto alle quali si ritiene che l’esigenza di prevenzione sia assicurata dall’applicazione della sanzione nei confronti della persona fisica⁸⁶. Secondariamente, ciò è dipeso dalla propensione degli uffici giudiziari, dotati di minori risorse economiche, a considerare la contestazione a carico dell’ente come un costo processuale non sostenibile, preferendo così concentrare l’attenzione sull’incriminazione

⁷⁹ V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 75. Così anche V. MANES – A.F. TRIPODI, *L’idoneità*, cit., 137-138: gli Autori sollevano dubbi di compatibilità della disciplina con il canone di determinatezza.

⁸⁰ F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le Soc.*, 2010, 1248. In senso analogo, P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità*, cit., 76.

⁸¹ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell’economia*, cit., 85. Evidenza come ricorra una «condizione di diffusa incertezza in ordine all’individuazione di un sistema di prevenzione dotato di requisiti di idoneità e di effettività tali da resistere al vaglio del giudice» C. PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, in M. DONINI – R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo*, cit., 175.

⁸² R. SABIA – I. SALVEMME, *Costi e funzioni dei modelli di organizzazione e gestione*, cit., 442 ss. Per un’analisi delle problematiche connesse all’ampliamento del catalogo dei reati presupposto, si veda G. AMARELLI, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo. Tracce di una razionalità inesistente*, in www.lalegislazionepenale.eu, 23 maggio 2016.

⁸³ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 967; G. FORTI, *Uno sguardo ai piani nobili*, cit., 1249.

⁸⁴ S. MANACORDA, *L’idoneità preventiva*, cit., 75 ss. Sul punto M. CERESA GASTALDO., *L’accertamento dell’illecito*, in S. VINCIGUERRA – M. CERESA GASTALDO – A. ROSSI, *La responsabilità dell’ente*, cit., 150 ss.

⁸⁵ F. D’ALESSANDRO, *Rischio e responsabilità amministrativa degli enti*, in AA.VV., *Il diritto penale di fronte alle sfide della «società del rischio». Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, G. DE FRANCESCO – G. MORGANTE (a cura di), Torino, 2017, 102 ss.

⁸⁶ Si ritiene, in particolare, che sanzionare l’ente in questi casi implicherebbe una sorta di *bis in idem*.



Avv. Damiano Giunti

dell'autore materiale del fatto. Senza considerare, poi, che in molti casi non si giunge alla celebrazione del processo perché una parte considerevole degli illeciti viene gestita prima dell'instaurazione della fase processuale, attraverso la richiesta di riti speciali o semplicemente per via della mancata iscrizione della *notitia criminis* oppure a causa dell'archiviazione (che nel procedimento a carico dell'ente non è sottoposta al controllo del giudice essendo disposta direttamente dal Pubblico ministero)⁸⁷.

Oltretutto, nei pochi casi in cui i giudici si sono pronunciati nel merito⁸⁸, lo hanno fatto escludendo quasi sempre l'adeguatezza del modello organizzativo: le decisioni favorevoli all'ente, con riferimento a tale aspetto, sono infatti rare come un «Gronchi rosa»⁸⁹. Da un'attenta analisi dell'esperienza giudiziaria, si coglie una certa difficoltà della giurisprudenza a confrontarsi con «categorie normative complesse» come quella in esame⁹⁰: il contesto in cui è chiamato a muoversi il giudice, in quanto «strutturalmente interdisciplinare»⁹¹, impone l'applicazione di conoscenze complesse di cui spesso egli non dispone; per tale ragione, è altamente probabile che il giudicante, non avendo strumenti adeguati per dirimere tale complessità, finisca per addivenire ad esiti ricostruttivi spesso non condivisibili; difficoltà che risulta ulteriormente acuita dall'assenza di un dato normativo certo in punto di idoneità preventiva del modello organizzativo. A ciò si aggiunge la tendenza da parte della giurisprudenza ad assumere «un atteggiamento dichiaratamente ostile alla logica economicistica e prevenzionale» introdotta dal decreto⁹², poiché tuttora legata all'«*antiquum*» del diritto penale classico che impone la spasmodica ricerca del «*blame*», al fine di riaffermare la «predominanza del momento reattivo-sanzionatorio *ex post* a discapito del momento costruttivo-prevenzionistico *ex ante*»⁹³. Tale approccio traspare più o meno velatamente dal metodo di giudizio impiegato, spesso animato dal «pregiudizio del senno di poi» (c.d. «*hindsight bias*»⁹⁴), secondo il quale la commissione del

⁸⁷ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 967. Per una riflessione critica sulla scelta di escludere un controllo giurisdizionale sull'iniziativa del PM, si veda P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti*, cit. 224-226. In senso critico si pone anche F. VIGANÒ, *Responsabilità da reato degli enti. I problemi sul tappeto a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, in *Libro dell'Anno*, www.treccani.it, 2012.

⁸⁸ In merito alle poche pronunce giurisprudenziali a disposizione, C. PIERGALLINI, *Il modello organizzativo*, cit., 379-381.

⁸⁹ La citazione è presa in prestito da V. MANES – A.F. TRIPODI, *L'idoneità*, cit., 140. Così anche A. ALESSANDRI, *I criteri di imputazione*, cit., 228-229; R. SABIA – I. SALVEMME, *Costi e funzioni dei modelli di organizzazione e gestione*, cit., 441; C.F. GROSSO, *Funzione di compliance e rischio penale*, in G. ROSSI (a cura di), *La «corporate compliance»*, cit., 291.

⁹⁰ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 71.

⁹¹ V. MANES – A.F. TRIPODI, *L'idoneità*, cit., 140.

⁹² S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 73.

⁹³ G. FORTI, *Uno sguardo ai piani nobili*, cit., 1276.

⁹⁴ *Ibidem*; S. VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, cit., 20. Anche F. CENTONZE – M. MANTOVANI, *Dieci proposte*, cit., in F. CENTONZE – M. MANTOVANI, *La responsabilità «penale» degli enti*, cit., 286 pongono l'attenzione su questa «distorsione» che



Avv. Damiano Giunti

reato, di per sé, è ritenuta indice sufficiente dell'inidoneità organizzativa del modello, in antitesi con la logica perseguita dal decreto tesa invece ad assicurare che il giudizio di adeguatezza venga condotto *ex ante* e non *ex post*⁹⁵. Come osservato da autorevole dottrina, adottando tale prospettiva, il giudice, chiamato a decidere sull'idoneità del modello organizzativo, deve guardare al momento in cui è stata compiuta la condotta e poi, tenuto conto delle migliori conoscenze disponibili al tempo, verificare quali cautele organizzative avrebbe dovuto adottare l'ente per intercettare il rischio reato⁹⁶. D'altra parte, poiché è irrealistico pensare che il modello organizzativo possa azzerare completamente tale pericolo – dal momento che, «in questo campo, come nella scienza, il rischio zero non esiste ma è un obiettivo tendenziale» –, «a maggior ragione è metodologicamente scorretto ricavare dalla contestazione *ex post* che un reato è stato commesso la prova (ma neppure l'indizio) che il modello non fosse adeguato e attuato»⁹⁷.

Concentrando l'attenzione sulle poche pronunce a disposizione, si osserva, oltretutto, come in molti casi la giurisprudenza abbia addirittura “bypassato” il vaglio di adeguatezza delle cautele inserite nella “Parte speciale”, finendo per sanzionare l'ente a causa di difetti genetici o di funzionamento dell'organismo di vigilanza⁹⁸; oppure, sebbene abbia escluso *apertis verbis* l'idoneità preventiva del modello⁹⁹ o la sua efficace attuazione, ha finito per non motivare adeguatamente sul punto; senza considerare i casi in cui ha addirittura omesso completamente di analizzare il contenuto del *program*, poiché, trattandosi di reati commessi dagli apicali, non ne era stata provata la violazione¹⁰⁰. Le uniche pronunce in cui i giudici si sono spinti ad esaminare accuratamente i presidi cautelari inseriti all'interno del modello, finendo peraltro per assolvere l'ente, sono state rese dal

anima le pronunce giurisprudenziali in materia. È critico nei confronti di questo approccio anche C.E. PALIERO, *L'imputazione della responsabilità all'ente per il fatto-reato dei soggetti apicali: il punto di vista della Cassazione*, in *Le Soc.*, 2014, 475.

⁹⁵ Giudizio di adeguatezza che dovrebbe essere ovviamente condotto in “concreto” (ovvero tenendo in considerazione la specifica realtà organizzativa) e non in “astratto” N. SELVAGGI – A. FIORELLA, *Compliance programs e dominabilità 'aggregata' del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 3-4, 116.

⁹⁶ F. D'ARCANGELO, *Il sindacato giudiziale sulla idoneità dei modelli organizzativi nella giurisprudenza più recente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 1, 61.

⁹⁷ A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., 225. In senso analogo, con riferimento al rapporto tra *compliance* e rischio E. KAMAR, *A Regulatory Competition Theory of Indeterminacy in Corporate Law*, in *Colum. L. Rev.*, 98, 1913.

⁹⁸ Ass. Torino, sent. 15 aprile 2011, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 15 aprile 2011.

⁹⁹ Cass. pen, Sez. IV, sent. 17 marzo 2016 (Ud. 12 febbraio 2016), n. 11442, in *Ced*, Rv. 266359.

¹⁰⁰ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit. Come osserva ALESSANDRI «la complessità che l'adozione del modello comporta non è sempre adeguatamente compresa dalla giurisprudenza, che, salvo casi di meritevole approfondimento, talora liquida la questione in poche battute». A. ALESSANDRI, *I criteri di imputazione*, cit., 240.



Avv. Damiano Giunti

Tribunale e dalla Corte di appello di Milano nel noto caso Impregilo, decisioni che però sono state in seguito ribaltate dalla Suprema Corte di cassazione¹⁰¹.

Ebbene, alla luce delle considerazioni fin qui esposte, pare evidente come «il disimpegno dello Stato nel costruire regole preventive»¹⁰² in grado di condurre la discrezionalità giudiziale entro binari sicuri, unito ad un approccio rigoristico della giurisprudenza, possa disincentivare le imprese a dotarsi di un modello organizzativo *ante delictum*, dal momento che le stesse non possono confidare nella sicura applicazione della causa di non punibilità di cui agli art. 6 e 7, D.lgs. n. 231/2001; quest'ultime, pertanto, saranno portate ad investire in *compliance* solo dopo che è stato avviato il procedimento penale¹⁰³. Tale incertezza, peraltro, può sensibilmente aumentare il rischio che il *management* percepisca il *corpus* di regole contenute nel decreto come una sorta di «fardello, l'ulteriore impiccio cui destinare l'armadio di scartoffie degli adempimenti formali», per poi continuare indisturbati «nelle buone e sane prassi del *business as usual*», finendo per alimentare il fenomeno dei c.d. *paper program*¹⁰⁴. Diversamente, il sistema disegnato dal legislatore del 2001 può funzionare solo qualora le imprese possano realmente contare sul meccanismo di esenzione di responsabilità delineato dagli artt. 6 e 7 del decreto¹⁰⁵, altrimenti «si manifesta [...] il pericolo che ciò che era stato originariamente concepito dal legislatore come un pungolo al rispetto della legalità possa diventare, come una vera e propria eterogenesi dei fini, il suo "contrario"»¹⁰⁶.

¹⁰¹ Trib. Milano, 17 novembre 2009, Impregilo s.p.a., in *Le Soc.*, 2010, 4, 473 ss.; App. Milano, 21 marzo 2012, n. 1824, in *Fisco online*, 2012; Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677 in *Le Soc.*, 2014, 4, 469 ss. con nota di C.E. PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza decisione lassista o interpretazione costituzionalmente orientata?* Sulla pronuncia della Corte di cassazione si veda anche F. D'ARCANGELO, *Il sindacato giudiziale*, cit., 56 ss. e V. MANES – A.F. TRIPODI, *L'idoneità*, cit., 41 ss.

¹⁰² F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 975.

¹⁰³ N. SELVAGGI – A. FIORELLA, *Compliance programs*, cit., 115. In questo senso, gli Autori osservano che «l'ente rischia [...] di essere disincentivato dalla convinzione che, pur impegnandosi, finisca, sul piano giudiziario, con il non ottenere un riconoscimento della buona volontà di separare i propri destini da chi voglia delinquere».

¹⁰⁴ G. FORTI, *Uno sguardo ai piani nobili*, cit., 1252. In senso analogo, R. SABIA – I. SALVEMME, *Costi e funzioni dei modelli di organizzazione e gestione*, cit., 441-442, le quali ribadiscono come l'impresa finisca per percepire l'adozione del modello organizzativo «come l'ennesimo, inevitabile adempimento, non obbligatorio e tuttavia necessario, in astratto salvifico ma, in concreto, teso verso un obiettivo – l'esonero da responsabilità – difficilmente raggiungibile». Per una riflessione sulle problematiche e sui costi conseguenti all'*overcompliance*, si veda F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., *passim*. Per un'analisi delle problematiche legate all'adozione di veri e propri "*paper program*" K.D. KRAWIEC, *Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, in *Washington University Law Quarterly*, 2003, 487 ss. Evidenzia come il rischio di un'adesione solo formale alla "disciplina 231" riguardi soprattutto le PMI L. PECORARIO, *Il modello 231 trova ulteriore ed autonoma ragione d'essere nel nuovo codice degli appalti: da elemento "accidentale" e di punteggio nel rating di legalità a elemento "costitutivo" e reputazionale ai fini dell'attribuzione del rating di impresa*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 4, 66.

¹⁰⁵ P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità*, cit., 74.

¹⁰⁶ Si citano testualmente N. SELVAGGI – A. FIORELLA, *Compliance programs*, cit., 115.

Avv. Damiano Giunti

In tale contesto, «la dimensione dialogica» tra diritto penale e mondo dell'impresa, che il decreto mirava a realizzare, finisce per apparire un mero manifesto privo di contenuto, dove a prevalere è un «monologo della giurisprudenza [...] piegata alla fallacia del senno del poi» o, peggio ancora, alla «logica della responsabilità oggettiva»¹⁰⁷. Il rischio concreto è che gli obiettivi di prevenzione posti dal legislatore del 2001 siano, nei fatti, affidati esclusivamente all'incertezza, ma così «non deve essere [...] ed in effetti così può non essere»¹⁰⁸. Ripartendo da tale convinzione, è opportuno tracciare un nuovo cammino che ci conduca, *de lege ferenda*, a salvaguardare e, di riflesso, rilanciare la disciplina contenuta nel D.lgs. n. 231/2001 che ha rappresentato (e tuttora rappresenta) una tra le innovazioni più «significative» e «coraggiose del diritto penale moderno»¹⁰⁹.

L'idoneità preventiva del modello di organizzazione: alcune proposte in grado di accrescere il livello di determinatezza complessiva del sistema.

In questo lungo percorso, il primo passo da compiere impone un ripensamento delle scelte effettuate dal legislatore in punto di idoneità organizzativa del modello, così da accrescere il livello di determinatezza complessiva del sistema e, di riflesso, il grado di fiducia riposto dalle imprese nella possibilità di accedere in termini effettivi ai benefici previsti dal decreto, oggi messe in pericolo dall'assenza di una normativa che definisca in modo chiaro il contenuto cautelare del *program* e dall'approccio rigoristico della giurisprudenza¹¹⁰.

La specificazione/positivizzazione delle cautele.

Il problema dell'incertezza legata al giudizio di idoneità del modello organizzativo impone di intervenire, già a livello di *hard law*, per definire alcuni «elementi caratterizzanti i corretti presidi procedurali, di attuazione e controllo» da adottare in fase di redazione o aggiornamento del *program*, suddivisi per tipo di reato presupposto¹¹¹. Il compito del legislatore sarebbe quello di definire, da un lato, i principi generali di redazione e

¹⁰⁷ V. MANES – A.F. TRIPODI, *L'idoneità*, cit., 147.

¹⁰⁸ *Ivi*, 148.

¹⁰⁹ P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità*, cit., 73.

¹¹⁰ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 976; V. MANES – A.F. TRIPODI, *L'idoneità*, cit., 163.

¹¹¹ Si cita testualmente P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità*, cit., 76. In senso analogo, F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 977; V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 99.



Avv. Damiano Giunti

valutazione dei modelli («c.d. *principle oriented approach*»¹¹²), fissando i criteri preventivi essenziali; dall'altro, di normativizzare il contenuto minimo dei protocolli da inserire nel modello per tipo di reato, in modo da arginare l'indeterminatezza dovuta all'attuale regolamentazione (senza però abdicare alla necessità che il modello di organizzazione sia costruito sulla base delle caratteristiche dello specifico ente e alla tutela del libero convincimento del giudice)¹¹³.

L'analisi proposta trova un proprio antecedente nell'art. 30, commi 1-4, D.lgs. n. 81/2008¹¹⁴, introdotto dal legislatore dopo che, nel 2007, aveva provveduto ad inserire le fattispecie di omicidio e lesioni gravi e gravissime colposi, derivanti dalla violazione della normativa antinfortunistica, nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti (art. 25 *septies*, D.lgs. 231/2001)¹¹⁵. La *ratio* della disposizione consiste nel tipizzare, già a livello di *hard law*, le cautele che il modello organizzativo deve contenere per esplicitare effetti esimenti in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro. In

¹¹² S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 110.

¹¹³ *Ibidem*. Così anche G. DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 10, 1141, il quale afferma, *apertis verbis*, che «la redazione dei modelli organizzativi da parte delle imprese dovrebbe svolgere un ruolo 'esecutivo' rispetto a parametri che già in sede legislativa [...] trov(a)no adeguata esplicitazione». In senso analogo, V. MANES – A.F. TRIPODI, *L'idoneità*, cit., 168.

¹¹⁴ D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, *Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in G.U. 30 aprile 2008, n. 101. L'art. 30 recita: «1. Il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi: a) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici; b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti; c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; d) alle attività di sorveglianza sanitaria; e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori; f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori; g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge; h) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate. 2. Il modello organizzativo e gestionale di cui al comma 1 deve prevedere idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione delle attività di cui al comma 1. 3. Il modello organizzativo deve in ogni caso prevedere, per quanto richiesto dalla natura e dimensioni dell'organizzazione e dal tipo di attività svolta, un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello. 4. Il modello organizzativo deve altresì prevedere un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico». Sul punto si veda F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 2, 92 ss.

¹¹⁵ G. DE VERO, *Il progetto di modifica*, 1141; S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 91 ss.; F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 977. Sul punto si veda anche R. GUERRINI, *Le modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, in F. GIUNTA – D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 131 ss.

Avv. Damiano Giunti

questo modo, il legislatore ha cercato, da un lato, di recuperare esigenze di determinatezza, favorendo l'armonizzazione dei presidi idonei a prevenire gli infortuni; dall'altro, di ricondurre la discrezionalità giudiziale all'interno di binari già definiti sul piano legislativo, così da mettere al riparo l'ente dal rigorismo della prassi giudiziaria¹¹⁶.

Un intervento di questo tipo dovrebbe essere accompagnato, altresì, da una maggiore specificazione dell'intelaiatura di base del modello organizzativo, in modo da risolvere le criticità emerse con riferimento ad alcuni istituti della "Parte generale" (su tutte,

¹¹⁶ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 93. In tal senso si pone altresì il progetto di riforma, attualmente al vaglio delle Camere, teso all'introduzione di «Nuove norme in materia di reati agroalimentari» (D.D.L. S. 283 della XVIII legislatura). In particolare, la novella prevede l'inserimento nel D.lgs. n. 231/2001 di un nuovo art. 6 *bis*, con l'obiettivo di positivizzare, già al livello legislativo, il contenuto delle cautele che l'impresa alimentare, organizzata in forma societaria, deve recepire nel modello organizzativo per andare esente da responsabilità o comunque vedere attenuata la risposta sanzionatoria. Si riporta il testo della disposizione: Art. 6 *bis* «Modelli di organizzazione dell'ente qualificato come impresa alimentare»: «1. Nei casi di cui all'articolo 6, il modello di organizzazione e gestione idoneo ad avere efficacia esimente o attenuante della responsabilità amministrativa delle imprese alimentari costituite in forma societaria, come individuate ai sensi dell'articolo 3 del regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, deve essere adottato ed efficacemente attuato assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici, a livello nazionale e sovranazionale, relativi: a) al rispetto degli standard relativi alla fornitura di informazioni sugli alimenti; b) alle attività di verifica sui contenuti delle comunicazioni pubblicitarie al fine di garantire la coerenza degli stessi rispetto alle caratteristiche del prodotto; c) alle attività di vigilanza con riferimento alla rintracciabilità, ovvero alla possibilità di ricostruire e seguire il percorso di un prodotto alimentare attraverso tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione; d) alle attività di controllo sui prodotti alimentari, finalizzati a garantire la qualità, la sicurezza e l'integrità dei prodotti e delle relative confezioni in tutte le fasi della filiera; e) alle procedure di ritiro o di richiamo dei prodotti alimentari importati, prodotti, trasformati, lavorati o distribuiti non conformi ai requisiti di sicurezza degli alimenti; f) alle attività di valutazione e di gestione del rischio, compiendo adeguate scelte di prevenzione e di controllo; g) alle periodiche verifiche sull'effettività e sull'adeguatezza del modello. 2. I modelli di cui al comma 1, avuto riguardo alla natura ed alle dimensioni dell'organizzazione e del tipo di attività svolta, devono in ogni caso prevedere: a) idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione delle attività ivi prescritte; b) un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, la valutazione, la gestione e il controllo del rischio, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello; c) un idoneo sistema di vigilanza e controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla genuinità e alla sicurezza dei prodotti alimentari, alla lealtà commerciale nei confronti dei consumatori, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico. 3. Nelle piccole e medie imprese, come individuate ai sensi dell'articolo 5 della legge 11 novembre 2011, n. 180, il compito di vigilanza sul funzionamento dei modelli in materia di reati alimentari può essere affidato anche ad un solo soggetto, purché dotato di adeguata professionalità e specifica competenza anche nel settore alimentare nonché di autonomi poteri di iniziativa e controllo. Tale soggetto è individuato nell'ambito di un apposito elenco nazionale istituito presso le Camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura con provvedimento del Ministero dello sviluppo economico. 4. Il titolare di imprese alimentari aventi meno di dieci dipendenti e volume d'affari annuo inferiore a 2 milioni di euro può svolgere direttamente i compiti di prevenzione e tutela della sicurezza degli alimenti o mangimi e della lealtà commerciale qualora abbia frequentato corsi di formazione adeguati alla natura dei rischi correlati alla propria attività produttiva nel rispetto dei contenuti e delle articolazioni, da definire mediante accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano entro il termine di dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. In tali ipotesi, non ha l'obbligo di designare l'operatore del settore degli alimenti o dei mangimi, il responsabile della produzione e il responsabile della qualità».

Avv. Damiano Giunti

quelle inerenti alla corretta delimitazione delle funzioni e dei poteri dell'organismo di vigilanza, nonché alla gestione dei flussi informativi)¹¹⁷.

A completare il quadro, il legislatore dovrebbe poi introdurre un «meccanismo di positivizzazione delle cautele»¹¹⁸, affiancato da una procedura di elaborazione e validazione del loro contenuto che veda partecipare, oltre ad esponenti del mondo delle imprese e delle professioni, anche appartenenti alla sfera pubblica. Tale procedura dovrebbe portare a tipizzare, per tipologia di reato presupposto, specifici protocolli utilizzabili dal redattore come parametro di riferimento al momento di redigere o aggiornare il modello organizzativo; protocolli che dovrebbero costituire la sintesi delle *best practices* e delle elaborazioni teoriche più aggiornate in tema di “*compliance 231*”¹¹⁹. Sul versante privatistico, alla loro definizione dovrebbero concorrere delle commissioni di studio composte da rappresentanti delle associazioni di categoria, da professionisti (e, in particolare, da avvocati, commercialisti e revisori legali) e da esponenti del mondo accademico, sia delle discipline giuridiche che extragiuridiche, sempre più sensibile alle tematiche legate alla *compliance*¹²⁰. Dal lato istituzionale, invece, sarebbe opportuno prevedere la partecipazione di magistrati (sia requirenti che giudicanti), funzionari dei Ministeri della giustizia e dell'economia e membri delle *Authority* (*in primis*, Consob e Banca d'Italia)¹²¹.

L'opera di codificazione sarebbe diretta ad individuare una sorta di «*vademecum*» utile per l'attività di redazione ed aggiornamento del modello, in quanto in grado di offrire una fotografia aggiornata dello «stato dell'arte» in materia di “presidi 231” attraverso il recepimento, in una prospettiva deontica, delle migliori cautele disponibili anche alla luce

¹¹⁷ P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità*, cit., 76. In senso analogo, F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 977; V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 99. Sulla necessità di una disciplina espressa dell'ODV anche F. CENTONZE – M. MANTOVANI, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in F. CENTONZE – M. MANTOVANI, *La responsabilità «penale» degli enti*, cit., 293-295; F. D'ALESSANDRO, *Rischio e responsabilità*, cit., 108 ss. Ritiene che la disciplina legislativa dell'ODV sia carente anche C.F. GROSSO, *Funzione di compliance*, cit., 304.

¹¹⁸ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 977.

¹¹⁹ V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 100.

¹²⁰ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 109. In senso parzialmente difforme C. PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione*, cit., 180 ss. e C. PIERGALLINI, *Prospettive di riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in A.M. STILE (a cura di), *La responsabilità*, cit., 393 ss., il quale affida esclusivamente alle associazioni di categoria un ruolo da protagonista nel compimento di questa attività di specificazione/positivizzazione delle cautele.

¹²¹ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 109; V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 100; V. MANES – A.F. TRIPODI, *L'idoneità*, cit., 169. In senso analogo, F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 978-979, il quale, citando PEDRAZZI, ritiene essenziale riconoscere alla dimensione amministrativa un ruolo centrale. CENTONZE, tuttavia, solleva delle criticità nell'affidare alle Autorità amministrative indipendenti un ruolo cardine nella definizione dei modelli di organizzazione poiché svolgono un'attività settoriale, in quanto legata alla tutela di interessi specifici o a porzioni di mercato sensibili ovvero a settori amministrativi particolarmente delicati.



Avv. Damiano Giunti

del contesto internazionale¹²². Il frutto di questa attività di positivizzazione dovrebbe confluire all'interno di un testo sistematico facilmente consultabile al momento di procedere alla redazione o all'aggiornamento del *compliance program*¹²³; lavoro che dovrebbe consentire, d'altro canto, anche di prevenire la formazione nella prassi di regole cautelari disomogenee o prive di solide basi empiriche¹²⁴.

Parallelamente, al fine di agevolare l'opera del redattore, le commissioni potrebbero stilare dei modelli organizzativi «pilota»¹²⁵, distinti per tipologia di attività e per tipo di reato, in grado di esprimere il «*maximum standard*» di cautela¹²⁶; l'ente potrebbe così usufruire di una «guida [...] tarata sul rischio-reato al più alto livello» (che non esclude, comunque, la possibilità di discostarsene allorquando le dimensioni o l'attività non giustificano simili sforzi di *compliance*).

In aggiunta a quanto appena descritto, sarebbe necessario estendere il contributo della componente istituzionale alla fase di redazione ed aggiornamento del modello dell'ente, attraverso la previsione di forme di «*cooperative compliance*»¹²⁷. In questa fase, l'impresa dovrebbe poter confidare su strumenti come l'interpello o la richiesta di pareri preventivi all'amministrazione, in modo da ridurre i margini di incertezza legati all'adattamento dei presidi organizzativi alla specifica realtà aziendale¹²⁸.

Come emerge dalla lettura dei lavori preparatori, in realtà, il problema di assicurare maggiore determinatezza nella definizione delle cautele è stato preso in considerazione anche dal legislatore del 2001: in particolare, tale esigenza è stata affrontata prevedendo, *per tabulas*, la possibilità per gli enti di elaborare i propri modelli organizzativi sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative (art. 6, comma 3). Lo scopo era quello di introdurre «un meccanismo attraverso cui fissare parametri orientativi per le imprese che in qualche modo riducesse(ro) il rischio di una disomogeneità nell'interpretazione dei modelli da parte dei giudici»¹²⁹. Per favorire questo, il legislatore ha stabilito che i codici, una volta elaborati, vadano comunicati al Ministero della giustizia, il quale, di concerto con gli altri Ministeri competenti, può decidere di formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità preventiva dei modelli organizzativi proposti (art. 6,

¹²² S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 109 e 110.

¹²³ *Ivi*, 109.

¹²⁴ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 979.

¹²⁵ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 110. In questo senso anche V. MANES – A.F. TRIPOLI, *L'idoneità*, cit., 168.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 979-980.

¹²⁸ *Ivi*, 980.

¹²⁹ G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità*, cit., 176; F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 976. In senso analogo, S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 82.



Avv. Damiano Giunti

comma 3). Si tratterebbe, dunque, di una «autoregolamentazione privata rinforzata», volta ad ovviare alle incertezze connaturate alla «portata puramente “volontaristica”» dei codici di *corporate governance*¹³⁰. La previsione, tuttavia, non ha prodotto i frutti sperati a causa del «ruolo piuttosto rinunciatario del Ministero»¹³¹ che non è apparso in grado di incidere sui modelli organizzativi elaborati dalle associazioni di categoria e, dunque, di contribuire a formare «un sapere consolidato» in tema di «*compliance programs*»¹³². D'altra parte, la previsione introdotta dal legislatore non ha chiarito quale sia il valore del «*placet ministeriale*»¹³³ e, dunque, quali siano gli effetti conseguenti al parere positivo del Ministero; questo fa sì che l'ente non abbia ben chiari i vantaggi conseguenti alla scelta di strutturare il modello organizzativo secondo le indicazioni offerte dalle associazioni di categoria¹³⁴. Senza considerare che, in ogni caso, la procedura di adozione ed approvazione dei codici resta comunque «rimessa solo a ‘saperi esperti’ di parte, senza un coinvolgimento effettivo del settore pubblico e di altri *stakeholders*»¹³⁵.

Oltretutto, i codici di comportamento, avendo assunto nella prassi principalmente la veste di mere “Linee guida”¹³⁶, paiono «strutturalmente inadeguati a fornire un valido parametro» che consenta al giudice di accertare in modo accurato l'idoneità preventiva del modello organizzativo¹³⁷. Essi, infatti, se da un lato appaiono in grado di definire accuratamente i principi da attuare nella c.d. “Parte generale” del modello (ad esempio, il “*risk mapping*”¹³⁸ o la composizione dell'organismo di vigilanza)¹³⁹ – poiché in grado di raccogliere in modo ordinato le migliori prassi stratificatesi nel tempo – e, allo stesso tempo, fornire una rassegna delle componenti della c.d. “Parte speciale”¹⁴⁰; dall'altra, non paiono in grado di offrire un contributo valido nella definizione puntuale dei singoli protocolli

¹³⁰ V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 79; F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e “agency problems”*, cit., 977.

¹³¹ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e “agency problems”*, cit., 976.

¹³² *Ivi*, 977; G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità*, cit., 176.

¹³³ V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 79.

¹³⁴ *Ibidem*; F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e “agency problems”*, cit., 977; S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 83.

¹³⁵ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 91.

¹³⁶ Il termine “Linee guida” sgombra «il campo da ogni equivoco», chiarendo che non si tratta di documenti che definiscono «modelli analitici e calibrati sulla singola realtà aziendale (esigenza che dovrà soddisfare – individualmente – ciascun ente), ma di piattaforme contenenti i principi progettuali di base ed istruzioni con funzione orientativa». In questo senso, V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 81.

¹³⁷ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 87.

¹³⁸ ALESSANDRI definisce il concetto di «mappatura dei rischi» come un «un brutto, ormai diffuso, neologismo». Si veda, A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 83. Utilizza il termine «*risk mapping*» S. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?*, in *Le Soc.*, 2015, 475.

¹³⁹ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 89.

¹⁴⁰ *Ivi*, 90.



Avv. Damiano Giunti

cautelari, potendosi spingere, al limite, a dettare le metodologie di intervento, i principi (ad esempio, il cd. principio di segregazione delle funzioni) ed i criteri orientativi¹⁴¹. In sostanza, ciò che rimane scoperto sono gli «specifici principi di comportamento» ed «i criteri di elaborazione dei protocolli di gestione dei singoli rischi reato e quindi delle regole propriamente cautelari»¹⁴².

Appare chiaro come l'insuccesso dei codici di comportamento sia legato, principalmente, all'incapacità di fornire regole cautelari puntuali in grado di prevenire i diversi reati presupposto, divenendo, nei fatti, «un compendio di informazioni ad ampio raggio, estremamente sommarie», invece che «un prontuario» dettagliato delle regole preventive da adattare alla specifica realtà aziendale e diversificate per tipologia di attività, sulle quali l'ente avrebbe potuto costruire o aggiornare il proprio modello¹⁴³.

Il ridimensionamento del ruolo dei codici di comportamento è confermato dalla giurisprudenza. Si ricorda, in particolare, la pronuncia della Corte di cassazione nella già citata vicenda Impregilo, la quale ha sconfessato alcune sentenze che avevano valorizzato questo strumento nelle prime fasi di applicazione del decreto. Ad avviso della Suprema Corte, l'art. 6, comma 3 si limita ad affermare che i modelli organizzativi possono (e non devono) essere adottati sulla scorta dei codici di comportamento redatti dalle associazioni di categoria. Ne consegue che, se da un lato possono essere assunti come base per l'elaborazione del proprio *compliance program*, dall'altro, tuttavia, è necessario che la disciplina in essi contenuta venga sempre calata all'interno della specifica realtà aziendale. Per l'ente, le "Linee guida" possono dunque costituire, al massimo, «un affidabile criterio orientativo» in grado di ingenerare «un ragionevole affidamento sul fatto che le medesime rappresentino la consolidazione delle *best practices* di settore», sempre che non siano superati da una normativa successiva o da una consolidata giurisprudenza. In ogni caso, esse non possono costituire un parametro in grado di vincolare la discrezionalità giudiziale e, di riflesso, idoneo a rassicurare l'impresa sull'esenzione di responsabilità¹⁴⁴, non essendo capaci di «conferire (al modello adottato dall'ente) [...] il crisma della incensurabilità», come se «il giudice fosse vincolato a una sorta di *ipse dixit* aziendale e/o ministeriale, in una prospettiva di privatizzazione della normativa»¹⁴⁵.

¹⁴¹ *Ivi*, 91. In senso analogo, V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 80.

¹⁴² V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 81.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ F. D'ARCANGELO, *Il sindacato giudiziale*, cit., 60-61.

¹⁴⁵ Cass. pen., Sez. V, sent. 30 gennaio 2014, n. 4677, Impregilo, cit. (§ 3.2). Richiama testualmente la motivazione della sentenza anche S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 86.



Avv. Damiano Giunti

In considerazione di quanto appena detto in merito all'insuccesso delle "Linee guida", appare chiaro come l'esigenza di specificazione-positivizzazione delle cautele, essenziale per ovviare alle carenze dell'attuale disciplina contenuta nel D.lgs. n. 231/2001, debba passare necessariamente dall'adozione, *de lege ferenda*, di interventi analoghi a quelli descritti in apertura di paragrafo: *in primis*, l'individuazione, già a livello di *hard law*, dei contenuti essenziali dei protocolli per la prevenzione dello specifico rischio reato, accompagnata da una ridefinizione dell'intelaiatura base del modello che consenta di risolvere le questioni lasciate aperte dalla prassi con riferimento alla c.d. "Parte generale"; in secondo luogo, la regolamentazione di una procedura di positivizzazione ed aggiornamento delle cautele, alimentata da una tenace *partnership* pubblico-privato, che porti alla definizione di un "*vademecum*" dei presidi organizzativi aggiornati in materia. Il frutto di questa collaborazione potrebbe consistere, infine, nell'elaborazione di modelli "pilota", differenziati per tipologia di attività e per reato presupposto, in grado di esprimere il *maximum standard* di cautela e dunque capaci di costituire un valido strumento per la redazione o l'aggiornamento dei *compliance programs*.

La presunzione di idoneità del modello organizzativo conforme alle cautele positivizzate.

L'altra linea di intervento, utile ad accrescere il livello di determinatezza del sistema, attiene alla regolamentazione, sul piano legislativo, di una presunzione di idoneità relativa dei modelli organizzativi conformi alle cautele tipizzate. Un istituto analogo è inserito nel quinto comma dell'art. 30, D.lgs. n. 81/2008, il quale prevede espressamente che, in sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione e gestione costruiti sulla base delle Linee guida UNI-INAIL, per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL), del 28 settembre 2001 o al *British Standard* OHSAS 18001:2007 si presumono conformi alle prescrizioni contenute nei commi precedenti dello stesso articolo per le parti corrispondenti. Agli stessi fini, anche la Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro può indicare dei modelli "pilota", la cui adozione da parte dell'ente è coperta dalla presunzione relativa di adeguatezza.

Sebbene l'ambito di applicazione della disposizione sembra riferirsi esclusivamente ad un arco temporale immediatamente successivo all'entrata in vigore della norma, il quinto comma assume comunque particolare rilievo, non solo teorico, anche pratico, in quanto introduce per la prima volta una presunzione di idoneità del modello organizzativo



Avv. Damiano Giunti

conforme a parametri normativi puntuali. L'istituto testimonia la volontà del legislatore di percorrere «nuove strade, per orientare maggiormente le imprese» e, al contempo, «contenere l'interpretazione "creatrice" del giudice penale» attraverso l'introduzione di regole probatorie in grado di imbrigliarne il libero convincimento¹⁴⁶.

Nonostante alcune voci contrarie¹⁴⁷, la natura della presunzione deve intendersi come "relativa"; la sua introduzione consente di superare l'inversione dell'onere della prova previsto dall'art. 6¹⁴⁸, D.lgs. n. 231/2001 per il reato commesso dagli apicali, con l'effetto di porre a carico del giudice un rinforzato onere della motivazione qualora ritenga inapplicabili le "Linee guida" e, dunque, inidoneo il *compliance program*¹⁴⁹. Anche perché, «ove si ritenga che il sintagma normativo "si presumono conformi" enunci una presunzione assoluta (*iuris et de iure*)», si finirebbe per configurare, in sostanza, una «clausola di esonero da responsabilità una volta adottati "Modelli di Organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee Guida UNI-INAIL [...] o al *British Standard OHSAS 18001:2007*"», finendo così per escludere, quantomeno per le parti corrispondenti, il sindacato giudiziale¹⁵⁰.

In ogni caso, l'art. 30, comma 5 ha il merito di assumere, come parametro guida della valutazione giudiziale di adeguatezza del modello, un paradigma sicuramente più puntale rispetto ai codici di comportamento richiamati dall'art. 6, comma 3, D.lgs. n. 231/2001. Questo consente, entro certi limiti, di dare maggiori certezze agli enti che hanno deciso di strutturare il proprio modello sulla base di tali parametri¹⁵¹.

A parere di chi scrive, la previsione di una presunzione relativa di adeguatezza, sulla scorta di quella delineata dall'art. 30 comma 5, unita ad un intervento di specificazione-positivizzazione delle cautele nei termini sopra esposti, consente di realizzare al meglio l'obiettivo di standardizzazione del requisito di idoneità preventiva del modello organizzativo e, di riflesso, di ricondurre l'accertamento giudiziale entro parametri predefiniti. Come anticipato, il giudice, trovandosi a fare i conti con una presunzione relativa di conformità del

¹⁴⁶ V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 85.

¹⁴⁷ R. LOTTINI, *I modelli di organizzazione e gestione*, in F. GIUNTA – D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza*, cit., 177.

¹⁴⁸ S. MANACORDA, *L'idoneità*, cit., 97; G. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla tutela della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2009, 187; F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato*, cit., 94; P. SEVERINO, *Prospettive di riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in A.M. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, cit., 371 ss.

¹⁴⁹ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 97.

¹⁵⁰ F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato*, cit., 94.

¹⁵¹ Come osserva MANACORDA, però, non va dimenticato che l'idoneità preventiva investe la tenuta complessiva dell'assetto organizzativo e non il contenuto degli specifici presidi cautelari. Per tale ragione, resta ferma la possibilità per il giudice di valutare autonomamente il contenuto del DVR. Così S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 99.



Avv. Damiano Giunti

modello, qualora intenda discostarsi dalle prescrizioni recepite dall'ente, pur essendo libero di farlo, sarebbe comunque costretto a spiegarne «adeguatamente le ragioni»¹⁵², essendo gravato da un rinforzato onere della motivazione¹⁵³.

Uniformando il giudizio di idoneità preventiva si riesce ad aumentare, di conseguenza, il grado di determinatezza della disciplina contenuta nel D.lgs. n. 231/2001, condizione essenziale affinché, da un lato, gli enti siano incentivati ad investire in *compliance* (potendo confidare con maggiore certezza nei benefici previsti dal legislatore) e, dall'altro, affinché la *ratio* di prevenzione sottesa al decreto non resti lettera morta.

La certificazione-validazione del modello di organizzazione: le criticità del progetto AREL.

Una delle strade che si è cercato di percorrere, per inquadrare entro margini ragionevoli il libero apprezzamento del giudice, è quella inserita nel noto progetto di riforma "AREL", elaborato da una serie di studiosi del diritto penale e recepito dall'esecutivo¹⁵⁴.

L'iniziativa muove dalla convinzione che sia impossibile contenere la discrezionalità del giudice attraverso una «rigida predeterminazione in via legislativa dei requisiti di

¹⁵² C. PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, cit., 179; F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 978.

¹⁵³ Come osserva la dottrina processualistica, l'obbligo di motivare i provvedimenti giurisdizionali affonda le proprie radici nell'ideologia illuminista ed «identifica un momento fondamentale della moderna civiltà giuridica»: svolge la funzione di prevenire possibili arbitrii da parte del potere giudiziario, costringendo il giudice a "meditare" accuratamente la propria decisione e a darne conto in maniera esauriente, cosicché il destinatario possa comprendere l'*iter* logico che la sostiene. «La controllabilità della giustificazione», difatti, costituisce «condizione necessaria della razionalità del risultato decisorio». Il riferimento è tratto testualmente da D. GIUNTI, *Motivazione dell'ordinanza di custodia cautelare e pericolo di recidiva: la Corte di Cassazione conferma le proprie posizioni*, nota a Cass. pen., Sez. III, sent. 17 novembre 2016 (dep. 16 gennaio 2017), n. 1783, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 80-81. Il virgolettato è riferito a F. NUZZO, *Appunti sul potere di integrare la motivazione dell'ordinanza cautelare in sede di riesame*, nota a Cass. pen., sez. VI, 6 giugno 2012, n. 22327, in *Arc. nuova proc. pen.*, 2012, 6, 658 e E.N. LA ROCCA, *In tema di requisiti minimi per la motivazione delle decisioni cautelari*, nota a Cass. pen., sez. VI, 8 giugno 2012, n. 22327, cit., in *Giur. it.*, 2013, 171. Per una riflessione sulla centralità della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, si rinvia ad autorevole dottrina: E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 186 ss.; F.M. IACOVIELLO, voce *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *ivi*, Agg. IV, Milano, 2000, 760 ss.; M. MASSA, *Motivazione (motivazione della sentenza)*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1992, 1 ss. Sul rapporto tra motivazione del provvedimento giurisdizionale e diritto di difesa, si rinvia a G.L. VERRINA, *Sulla motivazione dell'ordinanza di libertà*, nota a Cass. pen., sez. III, n. 3576, in *Giur. it.*, 1996, 441 ss.; M. TARUFFO, *L'obbligo della motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *Riv. Dir. proc.*, 1974, 265; A. MAZZARRA, *Sulla motivazione immediata delle ordinanze di libertà*, in *Giur. it.*, 1992, II, 651.

¹⁵⁴ Per un'analisi del progetto di riforma, si vedano G. DE VERO, *Il progetto di modifica*, cit., 1137 ss. e F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01*, cit., 1247 ss.



Avv. Damiano Giunti

idoneità del Modello» poiché, una volta che è stato commesso il reato presupposto, il giudice è portato a ritenere gli sforzi preventivi, *in re ipsa*, inadeguati¹⁵⁵.

In tale prospettiva, la soluzione viene ricercata nell'introduzione di un meccanismo che consenta all'ente di ottenere, *ex ante*, l'attestazione di idoneità del modello di organizzazione e gestione¹⁵⁶, rilasciata non in via amministrativa, bensì da professionisti abilitati iscritti in un apposito elenco tenuto dal Ministero della giustizia¹⁵⁷; di fatto, il rilascio della certificazione farebbe operare una «presunzione "quasi-assoluta"» di esclusione della responsabilità dell'ente¹⁵⁸.

L'inserimento di una previsione di questo tipo, rovesciando la prospettiva classica legata al libero convincimento del giudice, «segnerebbe una notevole discontinuità in un sistema processuale penale come il nostro»¹⁵⁹ caratterizzato dall'assenza di prove legali, il cui obiettivo sarebbe quello di garantire agli enti maggiore sicurezza circa la «'bontà' dei loro sforzi organizzativi e preventivi»¹⁶⁰. Ciò nonostante, si è osservato che, sebbene l'intento del riformatore sia quello di «liberare il campo dalle verifiche del giudice»¹⁶¹, anche il rilascio dell'asseverazione non escluderebbe *tout court* lo spazio per una valutazione giudiziale di adeguatezza del modello¹⁶², con l'effetto di lasciare aperti alcuni margini di indeterminazione che potrebbero disincentivare le imprese dall'investire in *compliance*¹⁶³.

Il progetto di riforma trova un proprio antecedente nell'art. 51, comma 3 *bis*, D.lgs. n. 81/2008¹⁶⁴, che disciplina l'istituto dell'asseverazione di idoneità ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione di cui all'art. 30 del medesimo decreto. La disposizione consente alle imprese di ottenere, da parte degli organismi paritetici di cui

¹⁵⁵ V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 90.

¹⁵⁶ Il progetto di riforma prevedeva, inoltre, la possibilità per l'ente di ottenere l'attestazione anche di specifiche procedure, al fine di ridurre i costi aziendali, e la facoltà far attestare provvisoriamente le procedure in corso, nelle more dell'impianto definitivo nel modello.

¹⁵⁷ V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 90.

¹⁵⁸ *Ivi*, 91.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Si cita testualmente G. DE VERO, *Il progetto di modifica*, cit., 1140. L'Autore è tuttavia critico circa la capacità del progetto di riforma di realizzare lo scopo.

¹⁶¹ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001) (parte II)*, in *Cass. pen.*, 2013, 2, 864.

¹⁶² F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01*, cit., 1251. Fermo restando, peraltro, il controllo del giudice sulla corretta attuazione del modello. Così C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (parte II)*, cit., 862.

¹⁶³ Si riportano le parole di MUCCIARELLI: «l'ente, credendo di essersi messo al sicuro «pagando» (non soltanto metaforicamente) il compenso pattuito al certificatore per acquisire una specie di assicurazione sulla propria non-responsabilità, si vedrà egualmente "esposto" al rischio di una (ri-)valutazione da parte dell'autorità giudiziaria». F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01*, cit., 1251.

¹⁶⁴ Per un approfondimento, si veda P. PASCUCCI, *L'asseverazione dei modelli di organizzazione e di gestione*, in *I Working Papers di Olympos*, www.ojs.uniurb.it, 2015, 43.



Avv. Damiano Giunti

all'art. 2¹⁶⁵, una certificazione (c.d. "asseverazione"¹⁶⁶) circa l'idoneità organizzativa del modello adottato e la sua efficace attuazione, della quale gli organi di vigilanza possono tenere conto ai fini della programmazione della propria attività. Anche la scelta di introdurre tale istituto era finalizzata a dare maggiori garanzie agli enti, riducendo la discrezionalità giudiziale in fase di accertamento dell'adeguatezza del modello e, allo stesso tempo, arricchire «le chances difensive» attivabili nel processo¹⁶⁷.

A parere di chi scrive, la proposta di riforma "AREL" presenta delle criticità difficilmente superabili che impongono di escluderne la riproposizione ove si intenda intervenire, *de iure condendo*, al fine di incrementare il grado di determinatezza del "sistema 231".

Mettendo da parte le critiche legate al ruolo del Ministro della giustizia nella procedura di asseverazione¹⁶⁸ (meno rilevanti ai fini del presente lavoro), uno degli aspetti più problematici attiene al metodo scelto dal riformatore per conseguire le esigenze di determinatezza: da un lato, ove la certificazione dovesse riguardare la correttezza giuridica del documento, finirebbe per essere poco utile, con l'ulteriore inconveniente di cristallizzare «una soltanto tra le diverse "opinioni" sulla struttura formale e sui contenuti» del *compliance program*¹⁶⁹; dall'altro, ove si spingesse a valutare nel merito l'idoneità preventiva dei singoli protocolli, rischierebbe addirittura di collidere con la necessaria «dinamicità del modello» che deve comunque rimanere, anche nell'ottica di un rafforzamento del livello di determinatezza del sistema, un abito cucito sulle caratteristiche proprie dell'ente¹⁷⁰. Senza considerare che una disciplina simile lascerebbe comunque aperto il campo ad «una lettura "sostanziale"» della giurisprudenza del concetto di regolare

¹⁶⁵ In particolare, si fa riferimento all'art. 2, comma 1, lett. *ee*, dove per "organismi paritetici" si definiscono: «organismi costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, quali sedi privilegiate per: la programmazione di attività formative e l'elaborazione e la raccolta di buone prassi a fini prevenzionistici; lo sviluppo di azioni inerenti alla salute e alla sicurezza sul lavoro; l'assistenza alle imprese finalizzata all'attuazione degli adempimenti in materia; ogni altra attività o funzione assegnata loro dalla legge o dai contratti collettivi di riferimento».

¹⁶⁶ PASCUCCI pone l'attenzione sulla scarsa chiarezza della disciplina introdotta nel 2009, mancando una definizione dettagliata del concetto di "asseverazione" intorno al quale ruota l'istituto. P. PASCUCCI, *L'asseverazione*, cit., 7.

¹⁶⁷ V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 98.

¹⁶⁸ F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01*, cit., 1249; S. MANACORDA, *L'idoneità*, cit., 105; V. MANES – A.F. TRIPODI, *L'idoneità*, cit., 164-165. Innanzitutto, il fatto che il progetto affidi ad un regolamento ministeriale la specificazione dei criteri per l'asseverazione dei modelli determina un *vulnus* del principio di legalità. In secondo luogo, il ruolo del Ministro finisce per contribuire ad un processo di "degiurisdizionalizzazione" e ad una contestuale "burocraticizzazione-positivizzazione" della colpevolezza organizzativa dell'ente. Pongono l'accento su questo aspetto V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 91; G. DE VERO, *Il progetto di modifica*, cit., 1140; F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01*, cit., 1249; C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (parte II)*, cit., 863.

¹⁶⁹ G. FORTI, *Uno sguardo ai piani nobili*, cit., 1297; C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (parte II)*, cit., 864.

¹⁷⁰ G. FORTI, *Uno sguardo ai piani nobili*, cit., 1297.



Avv. Damiano Giunti

certificazione, la quale potrebbe così mettere nuovamente in discussione la possibilità di accedere all'esenzione di responsabilità prevista dal decreto. Inoltre, un sistema di questo tipo aprirebbe ad una vera e propria corsa delle imprese ad ottenere l'asseverazione migliore, con l'effetto di generare una «competizione degli enti certificatori» operanti sul mercato, in grado di determinare un consistente rialzo dei costi del servizio¹⁷¹. Peraltro, anche ove l'ente ottenesse l'asseverazione dell'idoneità preventiva del *compliance program*, rimanendo fermo il sindacato giudiziale sulla sua concreta attuazione¹⁷² – che comunque rappresenta «un ambito di accertamento tutt'altro che marginale o inconsistente»¹⁷³ –, finirebbe per ricevere un'assicurazione solo apparente circa la propria non responsabilità; circostanza ulteriormente acuita dalla dimensione «diacronica» del modello che ne impone una verifica periodica¹⁷⁴.

Altro aspetto criticabile del progetto, non secondario rispetto a quelli appena esaminati, attiene alla scelta del legislatore di «privatizzare» il giudizio di colpa, mediante l'introduzione di una presunzione legale «quasi assoluta»¹⁷⁵ di non colpevolezza dell'ente legata al rilascio dell'asseverazione¹⁷⁶. Come osservato da autorevole dottrina, «l'estromissione» del sindacato giudiziale in questa materia porrebbe «delicatissimi problemi di compatibilità costituzionale»¹⁷⁷.

La necessaria introduzione di un sistema premiale «outcome based»¹⁷⁸.

Un altro intervento da realizzare, al fine di incrementare l'efficienza del «sistema 231», attiene alla previsione di incentivi che spingano l'impresa a collaborare nell'emersione dei reati commessi nel contesto aziendale¹⁷⁹. D'altro canto, per costruire una disciplina della

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (parte II)*, cit., 862.

¹⁷³ V. MANES – A.F. TRIPODI, *L'idoneità*, cit., 165.

¹⁷⁴ *Ibidem*; F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01*, cit., 1251; G. DE VERO, *Il progetto di modifica*, cit., 1140.

¹⁷⁵ V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 91. L'Autore parla di una «presunzione «quasi-assoluta»». MANES e TRIPODI, invece, fanno riferimento ad una presunzione legale assoluta. Si veda V. MANES – A.F. TRIPODI, *L'idoneità*, cit., 164.

¹⁷⁶ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (parte II)*, cit., 864; V. MANES – A.F. TRIPODI, *L'idoneità*, cit., 164.

¹⁷⁷ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (parte II)*, cit., 865. Ritiene, invece, che non sorga alcun problema rispetto alla garanzia del libero convincimento del giudice A. FIORELLA, *Prospettive di riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in A.M. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, cit., 365.

¹⁷⁸ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 980.

¹⁷⁹ *Ibidem*; S. MANACORDA – G. FORTI – F. CENTONZE, *Preventing Corporate Corruption: The Anti-Bribery Compliance Model*, Svizzera, 2014, 43 ss.; F. CENTONZE – M. MANTOVANI, *Dieci proposte*, cit., 287 ss.; P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in AA.VV. (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 1122-1123. Sulla centralità dei meccanismi di *self reporting* si veda anche M.



Avv. Damiano Giunti

responsabilità dell'ente che soddisfi pienamente le esigenze di specialprevenzione, non è sufficiente includere dei benefici legati all'adozione di presidi organizzativi idonei, ma è necessario contemplare dei meccanismi volti a premiare adeguatamente la decisione dell'ente di cooperare con l'autorità giudiziaria¹⁸⁰; contributo funzionale ad individuare quanto prima l'autore del reato ed assicurarlo alla giustizia, risarcire il pregiudizio patito dal danneggiato e, allo stesso tempo, porre rimedio alle lacune emerse nel *compliance program*¹⁸¹.

Il vantaggio della segnalazione consiste nell'attivare «un circolo virtuoso» che inizia con la corretta determinazione delle condotte illecite, per poi passare alla «messa a fuoco delle criticità organizzative» ed infine concludersi con l'adozione di «nuove procedure comportamentali»¹⁸²; «l'emersione dell'illecito», difatti, «è condizione essenziale per l'apprendimento e l'affinamento delle strategie precauzionali»¹⁸³.

Come afferma la dottrina statunitense, il sistema di responsabilità dell'ente deve contemplare degli istituti in grado di incentivare la *disclosure* da parte dell'impresa, poiché «strumento meno oneroso per portare a conoscenza dell'autorità giudiziaria la realizzazione di un illecito»¹⁸⁴, la quale, peraltro, se potesse contare solo sulle proprie risorse, finirebbe per perdere di vista una serie di notizie *criminis* che solo il contributo dell'ente consente di individuare, in quanto, data la prossimità rispetto alla fonte dell'illecito, risulta più efficace nella prevenzione e nell'emersione delle condotte di reato¹⁸⁵.

A differenza di quanto accade negli Stati Uniti, il nostro ordinamento non prevede un istituto finalizzato ad incentivare adeguatamente il *self reporting*: come abbiamo già avuto modo di spiegare, infatti, il sistema premiante del decreto si limita a prevedere, secondo una logica definita «scalare»¹⁸⁶, una serie di benefici la cui concessione è ancorata

MANTOVANI, *Il D.lgs. n. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica*, cit., 119 ss. L'Autore sofferma inoltre l'attenzione su uno studio effettuato dall'OCSE nel 2014 (*Foreign Bribery Report*), il quale evidenzia come, a fronte di 427 casi di corruzione internazionale, oltre il 30% dei procedimenti penali ha preso avvio da una segnalazione dell'impresa coinvolta. Ciò conferma la necessità di incentivare la *disclosure* da parte dell'ente. Si veda, sul punto, anche P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001*, cit., 1125 ss. e P. GUINDANI, *Prevenzione e governo del rischio di reato: La disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività d'impresa*, Gruppo di lavoro Assonime, in www.assonime.it, 23 ss.

¹⁸⁰ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 980.

¹⁸¹ *Ibidem*; F. CENTONZE – M. MANTOVANI, *Dieci proposte*, cit., 287-288.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ J. ARLEN – R. KRAAMAN, *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes*, in N.Y.L.R., 72, n. 1, 1997, 707, nota 46. Così anche F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 982.

¹⁸⁵ J. ARLEN, *Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence*, Research Handbook on the Economics of Criminal Law, A. Harel & K. Hylton, eds., Edward Elgar (2012), NYU Law and Economics Research, Paper No. 11-25, 9. Così anche F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 982.

¹⁸⁶ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 60.



Avv. Damiano Giunti

al mero compimento di condotte riparatorie *post factum*, tra le quali la più importante consiste nell'eliminazione delle carenze organizzative che hanno agevolato la commissione del reato¹⁸⁷.

Per assurdo, nel nostro sistema la segnalazione all'autorità giudiziaria potrebbe trasformarsi, per l'ente, in "un'arma a doppio taglio": ricevuta la *notitia criminis*, infatti, il Pubblico ministero sarebbe tenuto ad avviare il procedimento penale e, qualora ravvisasse un'ipotesi di reato in grado di determinare la responsabilità della *corporation*, sottoporre anche quest'ultima ad indagini e, addirittura, richiedere l'applicazione di una misura cautelare ove ne ricorressero i presupposti¹⁸⁸. La mancanza di una procedura che protegga l'ente, promuovendone la *disclosure*, «riconde ogni denuncia [...] da parte della società alla dinamica dell'acquisizione della notizia di reato», condizione che finisce così per disincentivare il coinvolgimento delle autorità pubblica invece di promuoverlo¹⁸⁹. Senza considerare che l'avvio del procedimento penale, accompagnato dalla «diffusione *ex abrupto*» di informazioni concernenti le indagini¹⁹⁰ – favorita da una prassi tesa sempre più a calpestare il segreto investigativo – «rischia di provocare all'ente gravi pregiudizi reputazionali (a prescindere dall'esito del procedimento)»¹⁹¹.

In un contesto come quello descritto, dunque, la persona giuridica non può che essere disincentivata a collaborare con l'autorità giudiziaria al fine di far emergere le condotte illecite commesse all'interno dell'organizzazione aziendale¹⁹².

Nel sistema statunitense, la disciplina degli incentivi si articola in due diverse tipologie di istituti: i c.d. "*Deferred prosecution agreements*" (DPA) e i c.d. "*Non prosecution agreements*"¹⁹³ (NPA). I primi consistono in un accordo tra *prosecutor* ed ente indagato, da

¹⁸⁷ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 980-981; F. CENTONZE – M. MANTOVANI, *Dieci proposte*, cit., 287. Una soluzione parzialmente diversa è stata proposta dal legislatore con la "Legge Spazzacorrotti" che ha subordinato l'attenuazione del trattamento sanzionatorio alla collaborazione processuale dell'ente (art. 25, comma 5 *bis*, D.lgs. n. 231/2001).

¹⁸⁸ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 981; F. CENTONZE – M. MANTOVANI, *Dieci proposte*, cit., 288.

¹⁸⁹ E.M. MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in F. CENTONZE – M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti*, cit., 223.

¹⁹⁰ *Ivi*, 225.

¹⁹¹ F. CENTONZE – M. MANTOVANI, *Dieci proposte*, cit., 288; M. MANTOVANI, *Il D.lgs. n. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica*, cit., 130.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ Per un'analisi approfondita degli istituti, si veda N. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione «negoziata» per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Ind. pen.*, 2013, 2, 737 ss.; N. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza angloamericana. Alcuni spunti de jure condendo*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 2, 80 ss.; R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 25 ottobre 2015; P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001*, cit., 1123 ss.; J. ARLEN, *Corporate Criminal Liability*, cit.; J. ARLEN,



Avv. Damiano Giunti

sottoporre al vaglio del giudice, in base al quale la *corporation* si impegna, per un periodo di “osservazione” (in genere, da sei mesi a due anni), ad adempiere una serie di obblighi, tra i quali, oltre all’adozione o all’implementazione di un *compliance program*, è previsto quello di cooperare in modo effettivo con le autorità inquirenti nell’individuazione dell’autore del reato («*disclosing the relevant facts*» all’esito delle «*internal investigations*»¹⁹⁴), quello di versare una somma di denaro a diverso titolo¹⁹⁵ e mettere a disposizione il profitto del reato ai fini della confisca¹⁹⁶.

La seconda tipologia di istituti si distingue da quella appena descritta esclusivamente per il fatto che l’accordo col *prosecutor* interviene prima della formale iscrizione della notizia di reato, finendo così per costituire un mero accordo privato che non comporta l’apertura del procedimento penale e, conseguentemente, la sottoposizione al vaglio del giudice¹⁹⁷.

Nel sistema anglosassone, che non conosce l’istituto dei NPA (poiché ritenuto incompatibile con i principi fondamentali del sistema processuale a causa dell’assenza di qualsivoglia delibazione giudiziale sull’accordo tra *prosecutor* e *defendant*¹⁹⁸), sono stati mutuati dall’esperienza statunitense i *Deferred prosecution agreements* con alcune peculiarità: *in primis*, la scelta di assicurare la predeterminazione del contenuto dell’accordo, al fine di prevenire abusi da parte degli inquirenti¹⁹⁹; in secondo luogo, l’opzione tesa a valorizzare il ruolo proattivo dell’ente nella decisione dell’autorità giudiziaria di avviare le trattative con la *corporation*²⁰⁰, contributo che può tradursi nella cooperazione in fase di indagine, nell’irrogazione di sanzioni disciplinari oppure nel

Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed Through Deferred Prosecution Agreements, in *The Journal of Legal Analysis*, 2016, 191 ss.; J. ARLEN, *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals into Corporate Cops*, in NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 17-12; J. ARLEN – M. KAHAN, *Corporate Governance Regulation Through Non-Prosecution*, NYU Law and Economics Research, Paper No. 16-06. In senso critico, L. GARRET, *Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise With Corporation*, Londra, 2014, *passim*.

¹⁹⁴ United States Attorney’s Manual, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, § 9-28.720 e § 9-28.900. Per una riflessione sul ruolo delle *internal investigation* nel sistema statunitense, si rinvia a N. BOURTIN – A. HOULE, *Investigazioni interne: uno sguardo all’esperienza americana*, in F. CENTONZE – M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale»*, cit., 199 ss.

¹⁹⁵ La somma può essere versata a titolo di risarcimento del danno, di *financial penalty* oppure di donazione a istituzioni di beneficenza, pubbliche o private.

¹⁹⁶ Sul punto, si veda anche United States Attorney’s Manual, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, § 9-28.720 e § 9-28.900 e U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, Memorandum from deputy Attorney General Paul J. Mc. Nulty to Head Department Components.

¹⁹⁷ N. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements*, cit., 81-82.

¹⁹⁸ *Ivi*, 84.

¹⁹⁹ *Ivi*, 84-85.

²⁰⁰ *Ivi*, 86; F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e “agency problems”*, cit., 984.



Avv. Damiano Giunti

risarcimento del danno²⁰¹; particolare rilievo è attribuito alla completezza e alla tempestività del *self reporting* e alla scelta di coinvolgere l'inquirente sin dalle prime fasi di avvio delle *internal investigation*²⁰².

Partendo dall'esperienza dei paesi di *Common Law*, è possibile immaginare un intervento correttivo del "sistema premiale 231" volto ad incentivare la *disclosure* dell'ente, mutuando soluzioni analoghe a quelle sperimentate rispetto alla persona fisica²⁰³. In tale prospettiva, il legislatore potrebbe introdurre una causa di esclusione di responsabilità legata, oltre al compimento delle condotte riparatorie di cui all'art. 17, alla scelta dell'impresa di collaborare con l'autorità giudiziaria fornendo tutte le informazioni, acquisite all'esito delle indagini interne, in merito all'accaduto e all'individuazione dei responsabili²⁰⁴.

Per ottenere l'esenzione di responsabilità, il *self reporting* dovrebbe intervenire in tempi utili (e, quindi, prima che l'autorità giudiziaria abbia acquisito la notizia di reato) e senza che ciò ostacoli la possibilità per l'ente di offrire un contributo effettivo; pertanto, la «*deadline*»²⁰⁵ dovrebbe essere individuata nella notifica dell'informazione di garanzia.

Qualora la *disclosure* avvenga successivamente (ma comunque prima della notifica della contestazione dell'illecito), la persona giuridica potrebbe comunque ottenere una riduzione della sanzione pecuniaria e vedere esclusa l'applicazione delle sanzioni interdittive²⁰⁶. La logica sottesa all'istituto rispecchierebbe quella propria di una disciplina «*outcome based*»: in altri termini, l'ente verrebbe premiato per il risultato concretamente ottenuto, consistente nella riparazione delle conseguenze del reato, nell'eliminazione delle

²⁰¹ N. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements*, cit., 86.

²⁰² F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 984. Per un'analisi più approfondita dell'esperienza inglese, N. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conducte inglese: spunti per alcune riflessioni* de jure condendo, in *Ind. pen.*, 2015, 1-2, 179 ss.

²⁰³ Si ricordano gli istituti previsti in materia di lotta al terrorismo e all'eversione dell'ordinamento costituzionale, art. 5, L. n. 15/1980 e art. 1, L. n. 304/1982, oltre all'art. 323 *ter* c.p. introdotto dalla c.d. "Legge Spazzacorrotti".

²⁰⁴ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., p. 985; F. D'ALESSANDRO, *Rischio e responsabilità*, cit., 106 ss.

²⁰⁵ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 986.

²⁰⁶ *Ivi*, 985-986. L'Autore ritiene opportuno inserire all'interno del D.lgs. n. 231/2001 un nuovo art. 17 *bis* che reciti: «1. Quando il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'art. 5, comma 1, l'ente non risponde se, prima della notifica dell'informazione di garanzia in relazione al predetto reato, abbia fornito all'autorità polizia o all'autorità giudiziaria elementi di prova determinanti per l'esatta ricostruzione del fatto e l'individuazione degli autori. 2. In ogni caso, l'esclusione delle responsabilità è subordinata alle condotte riparatorie dell'illecito ai sensi dell'art. 17. 3. È comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente». In senso analogo, F. CENTONZE – M. MANTOVANI, *Dieci proposte*, cit., 288-289, con l'unica differenza che la *disclosure* dovrebbe avvenire entro tre mesi dalla conoscenza dei fatti, fermo restando comunque la necessità che l'ente non abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni o altra attività di accertamento amministrativo ovvero legata al procedimento penale. Nel senso di aprire alla previsione di un meccanismo premiale che consenta, a fronte di un tempestivo *self reporting*, di escludere la responsabilità dell'ente anche E.M. MANCUSO, *Le investigazioni interne*, cit., 240 ss. In senso critico, G. FIDELBO – R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 4, 7 ss.



Avv. Damiano Giunti

carenze organizzative e, infine, nell'aver fornito un contributo utile all'autorità giudiziaria mediante il *self reporting*²⁰⁷.

L'intervento dovrebbe essere accompagnato dall'introduzione di una disciplina organica delle *internal investigation*, in modo da definire i ruoli e l'attività concretamente esigibile, condizione essenziale per consentire all'ente di valutare al meglio se accedere al sistema premiale descritto²⁰⁸.

Non sono mancate voci critiche rispetto all'introduzione di una causa di esenzione di responsabilità di questo tipo. Innanzitutto, si è osservato come prevedere in favore delle imprese un beneficio di tal fatta rischi di collidere col principio di uguaglianza, poiché, ove sia la persona fisica a realizzare una condotta di collaborazione processuale, può al massimo ambire ad ottenere la riduzione del trattamento sanzionatorio e non l'esclusione della responsabilità²⁰⁹; problematica che appare almeno in parte ridimensionata con l'entrata in vigore della c.d. "Legge Spazzacorrotti" che ha inserito all'interno del codice di rito il nuovo art. 323 *ter* c.p. in materia di reati contro la Pubblica amministrazione²¹⁰. In secondo luogo, si è detto che «puntare sull'autodenuncia» dell'ente potrebbe favorire fenomeni di "capro espiatorio" volti a sacrificare la persona fisica sull'altare della non punibilità della *corporation* (situazione analoga a quella verificatasi rispetto ai collaboratori di giustizia); senza considerare che calare l'istituto all'interno dell'organizzazione aziendale potrebbe alimentare atteggiamenti del «"tutti contro tutti"» in grado di determinare la paralisi dell'ente²¹¹. Infine, secondo questa dottrina la scelta di non perseguire l'impresa, oltretutto, non sarebbe comunque garanzia del fatto che venga punita la persona fisica, come confermato dall'esperienza statunitense che ha messo in luce criticità analoghe²¹²; col

²⁰⁷ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 985.

²⁰⁸ E.M. MANCUSO, *Le investigazioni interne*, cit., 240.

²⁰⁹ G. FIDELBO – R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit., 9.

²¹⁰ Preme osservare, tuttavia, come il codice non preveda, in favore della persona fisica, un istituto analogo che trovi applicazione per tutte le tipologie di reato. Per completezza, si riporta il testo dell'art. 323 *ter*, c.p.: «1. Non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322 *bis*, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353 *bis* e 354 *se*, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili. 2. La non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma. 3. La causa di non punibilità non si applica quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato. 4. La causa di non punibilità non si applica in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146».

²¹¹ G. FIDELBO – R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit., 9-10.

²¹² *Ivi*, cit., 12. Sulla non punibilità della persona fisica nell'esperienza statunitense si veda G. MARINUCCI, "Societas puniri potest": *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1212 ss.



Avv. Damiano Giunti

rischio, peraltro, che un sistema con tali caratteristiche finisca per creare un salvacondotto proprio per quelle società che, non avendo investito in *compliance*, hanno agevolato la commissione del reato da parte dell'autore, con l'effetto di disincentivarne ulteriormente gli investimenti in prevenzione del "rischio 231".

Brevemente, in questa sede è sufficiente osservare come tali critiche siano facilmente superabili attraverso un vaglio accurato da parte dell'autorità giudiziaria (prima del Pubblico ministero e poi del Giudice) sulla serietà e sulla completezza del contributo offerto dall'ente, nonché attraverso un corretto accertamento della responsabilità della persona fisica²¹³. Per quanto riguarda il rischio di creare una "via di fuga" per le società gravemente negligenti, basti rilevare come la non punibilità, in ogni caso, intervenga all'«esito di un percorso assai oneroso per l'ente», il quale è chiamato ad investire in modo considerevole per rimuovere le carenze organizzative, riparare il danno e collaborare con gli inquirenti; tale circostanza appare sufficiente ad evitare «un'inerzia preventiva» dell'organizzazione²¹⁴ (e, anche ove tale inerzia si verificasse, l'ente avrebbe comunque finito per conseguire la «non punibilità [...] a caro prezzo»²¹⁵)²¹⁶.

L'apertura a meccanismi di diversione processuale: la *probation* dell'ente, uno scenario possibile?

Nella prospettiva di promuovere la prevenzione dei reati e, allo stesso tempo, correggere l'approccio rigoristico della giurisprudenza, alcuni autori, critici rispetto all'introduzione di una causa di non punibilità «*outcome based*»²¹⁷, hanno rivolto la propria attenzione agli istituti di "diversione processuale"²¹⁸. Si è guardato, in particolare, alla

²¹³ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 986.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ivi*, 986-987.

²¹⁶ La tematica della premialità dell'ente è tornata al centro del dibattito con l'entrata in vigore della L. 9.12.2019, n. 157 (che ha convertito il D.L. 26.10.2019, n. 124) e del D.lgs. 15.07.2020, n. 75, riforme che hanno esteso la responsabilità delle *corporation* anche agli illeciti tributari. Per una riflessione critica sul tema, R. BARTOLI, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. n. 3/2020, 219 ss.; Id, *Ancora sulle incongruenze della recente riforma in tema di reati tributari e responsabilità dell'ente*, *Dir. pen. cont.*, fasc. n. 7/2020, 145 ss..

²¹⁷ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 985.

²¹⁸ N. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements*, cit., 86 ss.; G. FIDELBO – R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit. Sul punto si veda anche P. GUINDANI, *Prevenzione e governo del rischio di reato*, cit., 23 ss.



Avv. Damiano Giunti

disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova²¹⁹, istituto nato in relazione al rito penale minorile e che è stato esteso anche agli adulti con l'entrata in vigore della L. n. 67/2014²²⁰. Secondo questa lettura, l'inserimento di tale istituto nel procedimento a carico degli enti consentirebbe di potenziare ulteriormente il sistema dei benefici, offrendo alla persona giuridica «una via di fuga dalla condanna» che le permetta di porre rimedio alle carenze organizzative che hanno agevolato l'illecito, allorché il modello adottato *ex ante* sia stato ritenuto inidoneo dal giudice. In tale prospettiva, dunque, «l'estensione agli enti della messa alla prova potrebbe rappresentare un "trapianto" a limitato rischio "di rigetto"»²²¹.

Come avremo modo di chiarire meglio nel prosieguo, la scelta di applicare la messa alla prova nei confronti dell'ente può dirsi assolutamente pregevole; tuttavia, le potenzialità dell'istituto possono essere apprezzate esclusivamente ove venga accompagnato dall'introduzione di una causa di non punibilità «*outcome based*»²²² che incentivi la *disclosure* ed il compimento di condotte riparatorie.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione oggettivo dell'istituto, sembra preferibile la tesi che estende l'accesso al rito speciale a tutte le tipologie di reato presupposto della responsabilità dell'ente, in antitesi con quanto previsto dall'art. 168 *bis* c.p. per la persona fisica, che ne limita l'applicazione ai reati di "piccola" e "media" gravità²²³. Optare per una diversa soluzione finirebbe, infatti, per lasciare fuori le «manifestazioni più gravi della criminalità d'impresa» rendendo così l'istituto poco appetibile, poiché proprio per queste tipologie di illecito la persona giuridica è allarmata dalle possibili conseguenze di una sentenza di condanna e, dunque, è portata a prediligere la scelta di un rito speciale²²⁴.

²¹⁹ Si segnala, tuttavia, come nella prassi applicativa la giurisprudenza maggioritaria abbia escluso la possibilità di applicare l'istituto della messa alla prova nei confronti dell'ente collettivo. In tal senso, Trib. Milano, Sez. XI, del 27.03.2017; Trib. Bologna, GIP, ord. 10.12.2020. In senso contrario, Trib. Modena, GIP, ord. 11.12.2019.

²²⁰ L. 28 aprile 2014, n. 67, *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*, in G.U. 2 maggio 2014, n. 100. Sebbene in una prospettiva parzialmente diversa, appaiono interessanti anche le riflessioni di CAPUTO sull'istituto del patteggiamento. Si veda M. CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1, 148 ss.

²²¹ N. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements*, cit., 87.

²²² F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 985.

²²³ L'art. 168 *bis* c.p. limita l'accesso alla messa alla prova ai procedimenti per i reati puniti con la pena pecuniaria ovvero con la pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni (sola, congiunta o alternativa a quella pecuniaria) e per i delitti previsti dall'art. 550, comma 2 c.p.p., per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio.

²²⁴ G. FIDELBO – R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit., 13-14. Gli Autori osservano che una scelta simile non pone problemi di compatibilità col principio di uguaglianza. D'altra parte, anche la disciplina della messa alla prova per l'imputato minore non contempla limiti applicativi di questo tipo. Senza considerare che la *probation* dell'ente sembra avere maggiori similitudini con l'omologa del procedimento minorile che con l'analogo istituto previsto per l'imputato



Avv. Damiano Giunti

In aggiunta, la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova dovrebbe poter intervenire solo nei casi in cui il giudice ritenga di escludere l' idoneità preventiva del modello adottato dall'ente e, quindi, ogniqualvolta non ravvisi gli estremi per riconoscere l'esenzione di responsabilità a norma degli artt. 6 e 7, D.lgs. n. 231/2001.

L'accoglimento dell'istanza, poi, dovrebbe essere condizionato ad una prognosi favorevole sulla «“pericolosità organizzativa”» della persona giuridica e sarebbe pertanto escluso in assenza di garanzie reali in merito alla volontà dell'ente di «riorganizzar(si) “virtuosamente”»; in questi termini, sarebbe dunque precluso l'accesso alla *probation* nelle ipotesi di adozione solo fittizia del modello *ante factum*²²⁵. Infine, l'accoglimento della richiesta andrebbe negato in caso di recidiva e nei confronti degli enti che abbiano già usufruito della messa alla prova in passato.

Per quanto riguarda gli aspetti procedurali, l'istituto andrebbe modellato sulla disciplina racchiusa negli artt. 464 *bis*, ss. c.p.p., sia con riferimento all'iniziativa, che rispetto al momento in cui la richiesta, corredata del programma di messa alla prova, potrebbe essere formulata: ciò potrebbe avvenire già nel corso delle indagini oppure entro le conclusioni dell'udienza preliminare o, in caso di citazione diretta a giudizio, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado (momento entro il quale l'ente potrebbe inoltre riproporre una richiesta rigettata in precedenza).

Secondo i fautori di questo intervento di riforma, la «fase preferenziale» per avanzare istanza di messa alla prova sarebbe quella delle indagini preliminari, potendo l'ente così definire il procedimento ancor prima della richiesta di rinvio a giudizio e, quindi, prima che venga formalizzata la contestazione dell'illecito²²⁶. In tal caso, come accade per la persona fisica, sarebbe necessario subordinare l'istanza al consenso del Pubblico ministero. Ci troviamo, difatti, in una fase ancora «fluida» del procedimento, nella quale la pubblica accusa non ha ancora assunto nessuna determinazione in punto di esercizio dell'azione penale; per tale ragione, è necessario che quest'ultima venga messa in condizione di formulare l'imputazione affinché il giudice possa in seguito decidere (e questo avviene proprio nel momento in cui manifesta il proprio assenso alla richiesta dell'ente)²²⁷. Nella

adulto. Invero, «come attenta dottrina americana ha evidenziato a proposito del recupero, nei modelli negoziali di *corporate liability*, di alcuni meccanismi nati per il contrasto della *juvenile delinquency*, le società, un po' come i giovani, necessitano di guida, riabilitazione e supervisione». Sul punto, si vedano anche L. GARRET, *Too Big to Jail*, cit., 55; L. ORLAND, *The Transformation of Corporate Criminal Law*, in 1 *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.*, 1, 2006, 45 ss. In senso analogo, si vedano i lavori della Commissione D.lgs. n. 231/2001, *Messa alla prova dell'ente*, in www.camerepenali.it, 7.

²²⁵ G. FIDELBO – R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit., 13-14. Commissione D.lgs. n. 231/2001, *Messa alla prova*, cit., 6.

²²⁶ *Ivi*, 13.

²²⁷ *Ivi*, 16.



Avv. Damiano Giunti

disciplina della messa alla prova, in sostanza, il consenso rappresenta l'atto con il quale il Pubblico ministero esercita l'azione penale²²⁸. Inoltre, la possibilità di esprimere il proprio dissenso permette all'accusa di prevenire atteggiamenti abusivi da parte dell'ente, che potrebbe avanzare la richiesta di messa alla prova in uno stadio non avanzato delle indagini al solo fine di impedire l'accertamento dei fatti e magari l'emersione di nuovi reati²²⁹. Ovviamente, sulla scorta di quanto previsto per la persona fisica, il dissenso del PM non precluderebbe la possibilità di riproporre l'istanza in seguito²³⁰.

A parere di chi scrive, invece, l'istituto può dirsi realmente appetibile solo in una fase più avanzata del procedimento, quando l'ente ha ormai vista preclusa la possibilità di ottenere da parte del PM l'archiviazione sul presupposto dell'adozione di un modello idoneo ai sensi degli artt. 6 e 7, D.lgs. n. 231/2001, ma allo stesso tempo sono sfumate le condizioni per usufruire della nuova causa di non punibilità basata sulla *disclosure*.

Ritenute sussistenti le condizioni per accogliere l'istanza, qualora non debba pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p., il giudice dovrebbe sospendere il procedimento fissando un termine entro il quale l'ente sarà chiamato a dare attuazione al programma; quest'ultimo, oltre a prevedere il compimento delle condotte riparatorie dell'art. 17, potrà contenere ulteriori prescrizioni impartite dal giudice, utili a rimuovere le carenze organizzative che hanno agevolato l'illecito. Così strutturato, pare evidente come l'istituto trovi un proprio antecedente nell'art. 49, D.lgs. n. 231/2001²³¹ in tema di sospensione dell'efficacia delle misure cautelari. Sul punto, dunque, «*nihil sub sole novum*»; semmai siamo in presenza della mera «rielaborazione di uno strumento già presente e positivamente collaudato»²³².

Una volta concluso correttamente il periodo di prova, l'ente, sulla falsa riga di quanto previsto per la persona fisica, otterrà una declaratoria di intervenuta estinzione dell'illecito.

È opportuno rilevare come il vantaggio principale dell'istituto attiene alla possibilità per il giudice di concorrere, in fase di autorizzazione della messa alla prova, alla definizione del contenuto del programma e, dunque, dei correttivi da apporre al modello per rimuovere le carenze organizzative che hanno agevolato l'illecito. In questi termini, l'accoglimento dell'istanza, «sebbene non ipotichi la successiva decisione» del giudicante, provenendo dallo stesso soggetto a cui è riservata la pronuncia finale, consente ragionevolmente di

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ Per un'analisi approfondita dell'istituto si rinvia al § 2.3.

²³² L'affermazione è presa in prestito dai lavori della Commissione D.lgs. n. 231/2001, *Messa alla prova*, cit., 9.



Avv. Damiano Giunti

confidare sull'esito positivo della messa alla prova, a condizione che l'ente si sia adeguatamente impegnato per dare attuazione al programma²³³.

Seguendo l'esperienza dei Paesi di *Common Law* si potrebbe immaginare di affiancare al giudice, nel compimento di tale attività, un «*monitor esterno*»²³⁴, così da rendere più completi e lineari gli interventi da effettuare per migliorare il *compliance program* e, allo stesso tempo, ovviare alla mancanza delle conoscenze tecniche necessarie da parte del giudicante.

In conclusione, pare evidente come l'introduzione della messa alla prova per l'ente sia assolutamente compatibile col "sistema di incentivi 231", non ponendo, peraltro, alcun problema di coordinamento con gli altri benefici delineati dal legislatore. Ad avviso dello scrivente, tuttavia, l'istituto, da solo, non sarebbe in grado di completare al meglio la disciplina del decreto; per raggiungere tale risultato, massimizzando le esigenze di specialprevenzione e al contempo elevando il tasso di determinatezza del dato normativo, la messa alla prova andrebbe affiancata ad una causa di non punibilità «*outcome based*»²³⁵ che premi l'ente con la non punibilità per la tempestiva *disclosure* nei confronti dell'autorità giudiziaria.

Rilievi conclusivi.

Giunti alla conclusione di questo percorso, è possibile tracciare alcune linee di intervento in grado di implementare il livello di efficienza del "sistema 231".

De iure condendo, il legislatore dovrebbe porsi innanzitutto l'obiettivo di innalzare il tasso di determinatezza della disciplina, ponendo fine alle incertezze che hanno accompagnato la redazione e l'aggiornamento dei modelli di organizzazione in assenza di un parametro normativo certo su cui strutturare il proprio *compliance program*. Secondariamente, egli dovrebbe indirizzare la propria attenzione sul sistema degli incentivi regolamentato dal decreto valorizzando la *disclosure* dell'ente e, allo stesso tempo, ampliare il novero dei riti speciali aprendo all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova. In questo modo, coerentemente con una politica criminale tesa a perseguire obiettivi di specialprevenzione, si riuscirebbe ad incentivare l'impresa ad investire in modo

²³³ G. FIDELBO – R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, cit., 18.

²³⁴ V. D'ACQUARONE – R. ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2018, 2, 136. Sull'opportunità di introdurre una figura analoga nel nostro sistema riflette anche CAPUTO, si veda in particolare M. CAPUTO, *Colpevolezza della persona*, cit., 172.

²³⁵ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e "agency problems"*, cit., 985.



Avv. Damiano Giunti

effettivo in *compliance* e, ove tale sforzo non abbia comunque consentito di intercettare il rischio reato, a spingere la stessa a collaborare *ex post* con l'autorità giudiziaria al fine di individuare l'autore dell'illecito e ricostruire l'accaduto.

In tale prospettiva, già a livello di *hard law* sarebbe opportuno prevedere alcuni presidi fondamentali, distinti per tipologia di reato, in grado di prevenire i "rischi 231"; parallelamente, il legislatore dovrebbe intervenire anche sull'intelaiatura della "Parte generale" del modello, in modo da risolvere alcuni nodi problematici rimasti irrisolti nella prassi (tra i quali la definizione di uno statuto normativo dell'organismo di vigilanza).

Per rafforzare ulteriormente il livello di determinatezza del sistema, andrebbe poi regolamentata una procedura volta alla specificazione/positivizzazione delle cautele, che consenta di raccogliere, all'interno di una sorta di "*vademecum*", le *best practies* nella definizione dei protocolli cautelari. Oltre alle associazioni di categoria, dovrebbero prendere parte a questa iniziativa esponenti del mondo delle professioni e di quello accademico, nonché membri della magistratura, dell'esecutivo e delle *Authority*, instaurando una coraggiosa *partnership* pubblico-privato il cui compito è quello di fornire, in una prospettiva deontica, una fotografia sempre aggiornata dello stato dell'arte in materia di "presidi 231", tenendo conto anche del contesto internazionale. Quest'opera di codificazione potrebbe portare alla scrittura di veri e propri modelli organizzativi "pilota", distinti per tipologia di attività e per tipo di reato, in grado di esprimere il *maximum standard* di cautela in materia.

Per offrire uno strumento utile alle imprese in fase di redazione ed aggiornamento dei modelli, andrebbero poi previste anche forme di "*cooperative compliance*", estendendo così la *partnership* pubblico-privato anche alla fase operativa: istituti come l'interpello o la richiesta di pareri preventivi all'amministrazione consentirebbero di rimuovere le incertezze legate all'adattamento delle cautele alla specifica realtà aziendale, mettendo così in condizione l'ente di scegliere in maniera accurata il proprio "abito su misura".

Così facendo, si riuscirebbe ad ovviare all'insuccesso dell'esperienza dei codici di comportamento, apparsi non in grado di fornire regole cautelari puntuali sulla cui base costruire il proprio modello di organizzazione; incapacità che ha reso tale strumento inidoneo a costruire un argine all'espansione del rigorismo giudiziale e, di riflesso, inadatto a rassicurare l'ente sull'esenzione di responsabilità.

L'adozione di un modello organizzativo conforme alle cautele tipiche dovrebbe essere accompagnata dall'inserimento di una presunzione relativa di adeguatezza. In questo modo, si riuscirebbe ad uniformare il giudizio di idoneità preventiva del modello, condizione essenziale affinché gli enti siano incentivati ad investire in *compliance*, potendo confidare con maggiore certezza nell'accesso al sistema premiale.



Avv. Damiano Giunti

La soluzione proposta non sarebbe comunque una novità poiché si tradurrebbe nella mera estensione degli istituti contemplati nell'art. 30, D.lgs. n. 81/2008, in materia di modelli di organizzazione e gestione per la prevenzione delle fattispecie di omicidio e lesioni colpose, conseguenti alla violazione delle cautele sulla prevenzione degli infortuni nei luoghi di lavoro.

L'altra linea di intervento sarebbe tesa ad effettuare una rifinitura del sistema premiale contemplato dal decreto. In questa prospettiva, il legislatore dovrebbe optare per il recepimento di soluzioni «*outcome based*»²³⁶, premiando l'ente, in modo adeguato, non solo per aver riparato le conseguenze del reato ed avere rimosso le carenze organizzative che lo hanno agevolato, ma soprattutto per essersi tempestivamente attivato per collaborare con l'Autorità giudiziaria. Il fulcro di tale sistema dovrebbe essere rappresentato da un istituto analogo a quello descritto nel paragrafo n. 6: qualora l'impresa decida per il *self reporting* prima della notifica dell'informazione di garanzia (e, dunque, prima che abbia ricevuto una comunicazione formale sull'avvio del procedimento), potrà usufruire di una esenzione integrale di responsabilità; qualora la *disclosure* avvenga successivamente (ma comunque prima che venga formalizzata la contestazione), potrà ottenere una riduzione della sanzione pecuniaria e godere dell'esclusione delle sanzioni interdittive. La riscrittura del sistema premiale dovrebbe poi essere accompagnata dalla creazione di uno statuto normativo organico delle *internal investigation*, la cui assenza è stata lamentata da più parti in dottrina, oltre ad essere stata contestata da esponenti del mondo dell'impresa.

Parallelamente, il legislatore dovrebbe trasferire nel procedimento a carico dell'ente l'istituto della messa alla prova, aprendo così la disciplina del D.lgs. n. 231/2001 a meccanismi di "diversione processuale" compatibili col principio di obbligatorietà dell'azione penale. Tale estensione avrebbe il pregio di mettere a disposizione della persona giuridica uno strumento ulteriore da attivare ove non sia riuscita a porre in essere, nei limiti temporali previsti, le condotte richieste per usufruire della causa di non punibilità.

Come affermato da autorevole dottrina e dalle Camere penali, l'istituto della messa alla prova dovrebbe trovare applicazione a prescindere dalla gravità del reato presupposto, analogamente a ciò che accade per il rito minorile. Diversamente, rimarrebbero fuori le manifestazioni più gravi di criminalità d'impresa, le quali, in quanto tali, non solo impongono politiche di prevenzione più rigorose (e, dunque, richiedono l'inserimento di meccanismi che incentivino l'ente ad investire con massimo vigore in *compliance*), ma sono in grado, altresì, di allarmare maggiormente l'ente per le conseguenze derivanti da una possibile condanna.

²³⁶ *Ibidem*.

Avv. Damiano Giunti

Come detto, non applicare la messa alla prova in questi casi rischierebbe di rendere l'istituto scarsamente appetibile.

In ogni caso, il giudice potrebbe accogliere l'istanza, disponendo la sospensione del procedimento, solo se è stata avanzata da un ente che ha adottato un modello organizzativo *ante delictum* ritenuto idoneo (e sempre che questi non abbia già usufruito dell'istituto in precedenza e non ricorra un'ipotesi di recidiva).

La messa alla prova potrebbe coesistere senza problemi con la causa di non punibilità che ruota intorno alla *disclosure* dell'ente. Potrebbe capitare, infatti, che la persona giuridica si sia attivata già in fase di indagini per usufruire dell'esenzione di responsabilità e che, tuttavia, si sia vista preclusa tale possibilità perché l'Autorità giudiziaria ha ritenuto idoneo il modello adottato *post factum* (o abbia ritenuto tali i correttivi apportati in seguito alla verifica del reato). In tal caso, l'ente potrebbe comunque accedere alla *probation* e, qualora il periodo di prova abbia avuto esito positivo, veder dichiarato estinto l'illecito. Allo stesso modo, l'impresa potrebbe comunque aspirare ad ottenere un'esenzione di responsabilità anche nel caso in cui non sia riuscita ad effettuare una *disclosure* tempestiva, a condizione che sia ancora disposta a porre in essere le condotte necessarie a riparare le conseguenze del reato e rimuovere le carenze organizzative che lo hanno agevolato.

Ampliando ulteriormente il novero dei benefici attivabili dall'ente, la *ratio* di prevenzione sottesa al decreto ne uscirebbe rafforzata. Quest'ultimo potrebbe infatti confidare nella messa alla prova come "scudo" contro il pericolo di letture giurisprudenziali rigide (in linea col filone ermeneutico formatosi in punto di idoneità preventiva dei modelli organizzativi) capaci di disinnescare i vantaggi, in termini di prevenzione, legati all'operatività della suddetta causa di non punibilità.

La messa alla prova, dalla sua, ha il vantaggio di subordinare la dichiarazione di estinzione dell'illecito alla corretta attuazione, da parte dell'ente, di una serie di prescrizioni che il giudice stesso ha concorso a definire (e che possono concernere anche i presidi organizzativi idonei a prevenire la commissione di futuri illeciti). Ovviamente, la partecipazione del giudice nella definizione del programma incide in modo considerevole sulla possibilità per l'impresa, una volta completato il periodo di prova, di ottenere una declaratoria di estinzione dell'illecito.

Come abbiamo avuto modo già di chiarire nella parte introduttiva del presente lavoro, la *ratio* di special prevenzione sottesa al D.lgs. n. 231/2001 è legata a doppio filo alla tipologia di incentivi previsti dal legislatore in favore dell'ente *compliant* e alla possibilità, per quest'ultimo, di accedervi in modo effettivo. Qualora l'impresa venga



Avv. Damiano Giunti

sanzionata nonostante abbia sostenuto notevoli sforzi economici per dotarsi di un modello organizzativo, potrebbe essere disincentivata in futuro ad effettuare nuovi investimenti in *compliance*; negli anni, tale situazione finirebbe per favorire la proliferazione di illeciti all'interno dell'organizzazione, in antitesi con la *ratio* di specialprevenzione che anima il "sistema 231". D'altra parte, le *corporation* sono spinte ad allinearsi alla disciplina contenuta nel decreto esclusivamente ove abbiano la sicurezza che, qualora venga avviato un procedimento penale nei loro confronti, possano trovarsi in una situazione favorevole di fronte all'Autorità giudiziaria.

De lege ferenda, solo un intervento di riforma teso ad imbrigliare il giudizio di idoneità del modello organizzativo entro parametri predeterminati e, allo stesso tempo, in grado di rivitalizzare il sistema degli incentivi, sia sul piano sostanziale che su quello processuale, potrà dare nuova linfa vitale ad una disciplina, quella della responsabilità degli enti, che ha rappresentato, per il diritto penale, una vera e propria «rivoluzione copernicana»²³⁷, avendo avuto il merito di archiviare definitivamente un approccio regolatorio ancorato al brocardo *societas delinquere non potest* e costituendo²³⁸, per tale ragione, una tra le innovazioni più «significative» e «coraggiose del diritto penale moderno»²³⁹.

²³⁷ Parla di «rivoluzione copernicana» R. BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta ... o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul "sistema 231"*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 marzo 2016, 19. Anche ad avviso di CARMONA si può parlare di una vera e propria «rivoluzione», poiché il D.lgs. n. 231/2001 ha disegnato «uno scenario di intervento totalmente nuovo attraverso la rottura radicale col passato e con gli schemi ortodossi ed accettati dell'ordinamento giuridico penale». Così V. CARMONA, *La responsabilità amministrativa degli enti: reati presupposto e modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 1, 201. Sottolinea come il D.lgs. n. 231/2001 abbia determinato «l'abbandono, forse definitivo, di una lettura eccessivamente "antropocentrica"» A. ROSSI, *Le sanzioni dell'ente*, in S. VINCIGUERRA – M. CERESA GASTALDO – A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente*, cit., 40.

²³⁸ Parla dell'archiviazione legislativa dell'altrettanto mitologico detto "*societas delinquere non potest*" C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 4, 528.

²³⁹ P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità*, cit., 73.

