

CAPITOLO IV. SCENARI E PROSPETTIVE

SOMMARIO: 1. POSSIBILITÀ DI RIPENSAMENTO DA PARTE DELLA CORTE DI CASSAZIONE; 1.1. *Reinvestire della questione le S.S.U.U.: il ruolo decisivo di una sezione semplice "dissenziente" secondo il modello dell'art. 618, comma I-bis c.p.p.*; – 2. POSSIBILITÀ DI INTERVENTO DA PARTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE; 2.1. *Il giudice di Perugia come giudice a quo*; 2.2. *Le possibili censure di incostituzionalità: art. 3, art. 24, art. 27 Cost.*; – 3. AUSPICABILE MODIFICA LEGISLATIVA, IN PARTICOLARE SULL'ART. 17 DEL D.LGS. N. 231/2001; 3.1. *Il problematico rapporto tra le cause di non punibilità di diritto penale sostanziale e il principio di autonomia della responsabilità dell'ente (art. 8)*; 3.2. *L'interferenza dei meccanismi premiali previsti dal Decreto (artt. 12, 17, 49 e 50, 65 e 78) con la messa alla prova dell'ente*; 3.3. *Il modello del delitto riparato: restorative justice prestazionale*; 3.4. *Quale programma per l'ente?*; 3.5. *Ipotesi di un nuovo art. 17: graduazione degli esiti in funzione dell'entità della riparazione.*

1 Possibilità di ripensamento da parte della Corte di Cassazione

1.1 Reinvestire della questione le S.S.U.U.: il ruolo decisivo di una sezione semplice "dissenziente" secondo il modello dell'art. 618, comma I-*bis* c.p.p.

L'approdo della giurisprudenza, persino di legittimità, che ha affermato, per altro nel suo massimo consesso, l'inapplicabilità della messa alla prova all'ente nel rito *de societate* non può considerarsi un epilogo, bensì un punto di partenza.

L'indagine fin qui condotta, a questo punto, va posta a fondamento di una descrizione ipotetica, ma realistica, delle prospettive future inerenti il tema *de quo*.

L'evoluzione del dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, e della disciplina in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova e D.lgs. n. 231/2001, infatti, si apre almeno a tre possibili scenari: (i) un ripensamento da parte della Corte di Cassazione; (ii) una questione di legittimità costituzionale, di cui si dirà nel successivo paragrafo (cfr. capitolo IV, paragrafo 2); (iii) una riforma del Decreto, auspicabile e prospettabile nei termini di cui all'ultimo paragrafo di questo lavoro (cfr. capitolo IV, paragrafo 3).

Per quanto concerne la prima ipotesi, viene in rilievo il meccanismo di cui all'art. 618, comma I-*bis* c.p.p. già analizzato *supra* (cfr. capitolo III, paragrafo 2.2). Un ripensamento da parte dell'organo giurisdizionale di vertice, difatti, nel caso in cui sia già stato affermato un principio di diritto da parte delle Sezioni Unite, ad oggi – dopo l'intervento della c.d. riforma Orlando nel 2017 – non può prescindere da un dissenso manifestato da una sezione semplice "ribelle" che, non condividendo il principio di diritto enunciato, rimetta alle Sezioni Unite, con ordinanza (motivata), la decisione del ricorso. Tanto è vero che, se le Sezioni Unite si sono già pronunciate affermando un principio – come nel caso della messa alla prova dell'ente – non è più immaginabile, a differenza di quanto accadeva precedentemente la novella dell'art. 618 c.p.p., lo sviluppo di un contrasto interpretativo tra sezioni semplici per la cui risoluzione si reputi necessario investire le Sezioni Unite; tale meccanismo è oramai tramontato, nonostante in passato dalle decisioni contrastanti delle sezioni semplici, caratterizzate da diverse elaborazioni teorico-ermeneutiche, si sviluppasse un proficuo dialogo capace di far emergere nuove problematiche e affinarne le soluzioni.

Nel comma I-*bis* è stata, in verità, introdotta "una norma speciale, che non solo riduce il campo di applicazione della norma generale contemplata nel comma 1, ma soprattutto sottopone a una regola diversa i casi esclusi dalla disciplina generale. E in effetti, da una parte il primo comma non riguarda più le ipotesi in cui su una certa questione le sezioni unite si sono pronunciate; dall'altra, e di conseguenza, se invece una decisione di tale organo esiste già, scatta l'obbligatorietà della rimessione prevista dal comma 1-*bis*, e non più la facoltatività regolata dal comma 1"¹.

Più nel dettaglio, lo scenario che si può delineare in concreto è il seguente: un soggetto giuridico incolpato di un illecito amministrativo dipendente da reato dovrebbe chiedere al giudice di prime cure di essere ammesso alla prova e il Tribunale, previe le necessarie valutazioni, aderendo all'orientamento estensivo in tema di messa alla prova degli enti, dovrebbe emettere un'ordinanza ammissiva ex art. 464 *quater* c.p.p.; il caso, poi, potrebbe giungere all'attenzione della Corte di

1 R. APRATI, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017). Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L.103/2017)*, in A. MARANDOLA, T. BENE (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, p. 276

Cassazione nell'ipotesi in cui la pubblica accusa proponesse ricorso *per saltum* contro la suddetta pronuncia (o contro la sentenza di proscioglimento per esito positivo della prova). In questo modo, l'organo di vertice del nostro sistema giurisdizionale si troverebbe ad affrontare nuovamente il tema della messa alla prova dell'ente e, in tal caso, la sezione semplice affidataria del ricorso avrebbe l'occasione di sollecitare un ripensamento da parte delle Sezioni Unite (le sole detentrici del potere di *overruling*, perciò aventi una sorta di "quasi monopolio" sull'andamento del diritto).

Si badi che, da un lato, di certo il giudice di merito può legittimamente discostarsi dal principio enunciato, dal momento che quest'ultimo orienta e guida i Tribunali ma non li vincola (se non nella peculiare circostanza del giudizio di rinvio).

D'altra parte, in sede di legittimità, deve essere correttamente apprezzato e messo in luce il ruolo della sezione semplice "dissenziente": la modifica normativa, infatti, pur volta al rafforzamento della funzione nomofilattica della Cassazione a Sezioni Unite – al fine di garantire i principi di uguaglianza e certezza del diritto nonché di prevedibilità-conoscibilità² e prevedibilità-calcolabilità³ della legge – non ha introdotto un vero e proprio vincolo al precedente sul modello dello *stare decisis*. In conformità al principio di cui all'art. 101, II comma Cost., le sezioni semplici mantengono libertà esegetica e autonomia interpretativo-decisionale e assumono una funzione decisiva nell'ottica di un mutamento giurisprudenziale: l'ordinanza di rimessione obbligatoria alle Sezioni Unite, tramite la motivazione, si fa dunque strumento di convincimento dell'opportunità di un *revirement*.

Persino il sistema dello *stare decisis* anglosassone, va ricordato, ha coniato due raffinate vie di fuga dal precedente formalmente vincolante: *distinguishing* e *overruling*.

Con il termine *distinguishing* – che viene considerato parte integrante del sistema dello *stare decisis* – si fa riferimento a un discostamento dal precedente, ovvero alla applicazione di una nuova regola di diritto, tramite valorizzazione delle peculiarità e divergenze (tipicamente fattuali) del caso da decidere rispetto a quello già deciso. Per *overruling*, invece, si intende l'abbandono di un precedente indirizzo

2 Secondo l'orientamento della Corte di Strasburgo, che valorizza l'esigenza di determinatezza della base legale.

3 Secondo l'approccio della Corte Costituzionale italiana, che valorizza il principio di colpevolezza.

ritenuto errato o ingiusto; esso opera, solitamente, nell'impossibilità di *distinguishing* e tra corti dello stesso livello; il ripudio del precedente, che sarà sostituito da un nuovo principio di diritto applicabile alla stessa fattispecie, si giustifica sulla base dell'erroneità o vetustà del primo rispetto a un mutamento socio-culturale intervenuto. È possibile individuare, altresì, due forme particolari di *overruling*: l'*anticipatory overruling* (ove una corte inferiore si rifiuti di seguire un precedente della corte superiore, perché vi è pressoché certezza che quest'ultima abbandonerà il proprio indirizzo) e la *perspective overruling* (quando l'abrogazione del precedente e l'applicazione del nuovo principio non è retroattiva, ma vale solo *pro futuro*)⁴.

In Italia la giurisprudenza ha iniziato a parlare di *overruling* – per lo più nella forma *perspective*, per tutelare il legittimo affidamento e i diritti connessi al giusto processo – a partire dal 2010⁵. Si legge, infatti, nella relazione n. 31/2011 del Massimario della Corte di Cassazione che "l'*overruling* si impone soltanto in casi di mutamenti delle condizioni economico-sociali, ovvero ancor prima nel caso di erronea interpretazione di un testo legislativo o per la scoperta di leggi contraddittorie o abrogate. Soltanto in siffatte ipotesi il mutamento potrebbe comportare «il sacrificio degli affidamenti fatti sulla precedente giurisprudenza»"⁶. Di rilievo, poi, quanto affermato dai giudici di legittimità in tema di precedente vincolante: "occorre dunque, per derogarvi, che vi siano buone ragioni. E, quando si tratta di interpretazione delle norme processuali, occorre che vi siano ottime ragioni ... posto che, soprattutto in tale ambito, la «conoscenza» delle regole (quindi, a monte, l'affidabilità, prevedibilità ed uniformità della relativa interpretazione) costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di «giustizia» del processo medesimo. Certo alla giurisprudenza va riconosciuta una importante funzione di aggiornamento,

4 S. GALLEANO, *Overruling e legittimo affidamento, l'armonizzazione dell'ordinamento italiano con quello europeo*, p. 4-5

5 A. ORLANDO, *Overruling e legittimo affidamento*, p. 1 ss.; di rilievo la pronuncia di Cass. civ., S.S.U.U., sent. 11.07.2011, n. 15144 che, pur aspirando alla stabilità interpretativa delle norme, afferma che "l'interesse dalla norma protetto – per la sua insopprimibile connotazione dinamica legata al suo esprimere una tensione della collettività verso un bene della vita – non può evidentemente restare imprigionato nella gabbia del testo della regola *iuris*, ma di questa invece costituisce l'elemento mobile, quasi linfa vitale, che ne orienta il processo di crescita e ne determina i percorsi evolutivi".

6 Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del Massimario e del Ruolo, Rel. n. 31/2011, *L'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, p. 36 (reperibile al seguente indirizzo web: https://www.cortedicassazione.it/it/rlc_dettaglio.page?contentId=RLC1559).

adattamento e adeguamento delle norme, che può presentare profili innovativi, quindi ... in certa misura «creativi» ... essendo proprio la differenza tra interpretazione e «mera dichiarazione» (secondo l'utopia illuministica del giudice «*bouche de la loi*») ciò che spiega – e giustifica – l'innovazione giurisprudenziale quale connotato proprio – naturale e non eversivo – della giurisdizione, senza determinare, al contempo, confusioni tra quest'ultima e la legislazione. ... Quando l'interpretazione abbia ad oggetto norme processuali ed il *revirement* riguardi un precedente, peraltro recente, della Corte di cassazione, e, più precisamente, della più elevata espressione dell'attività nomofilattica considerata dall'ordinamento, cioè le sezioni unite della Corte medesima ... la «creatività» dell'interpretazione giurisprudenziale deve interpellare il senso di misura e soprattutto il senso di responsabilità dell'interprete, dovendo, al di là delle convinzioni tecnico-giuridiche soggettive dei singoli giudici o dei singoli collegi, essere sempre considerati i parametri della «giustizia» del processo – prima ancora che delle singole regole che lo informano – intesa come valore tendenzialmente condiviso⁷⁷. È perciò evidente che nel contesto processuale e ordinamentale italiano, ove, come si è già avuto modo di evidenziare, il vincolo al precedente è *soft*⁸ e le decisioni della Cassazione sono autorevoli (ossia persuasive) ma non autoritative, un'inversione di rotta giurisprudenziale è un'ipotesi plausibile e spesso opportuna.

Infatti, nonostante l'art. 65 ord. giud., definendo le attribuzioni dell'organo di nomofilachia, prescriva una "tensione verso la solidità e l'invarianza esegetica", la Cassazione stessa può (*rectius*, talvolta deve) "mutare la sua giurisprudenza ... per congrue e (dettagliatamente) motivate ragioni"⁹. Queste ultime devono pervenire, innanzitutto, dalla sezione semplice rimettente che, nel nuovo disegno dei rapporti

7 Cfr. Cass. civ., S.S.U.U., ord. 06.11.2014, n. 23675

8 Espressione tratta da G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11*, p. 136; *contra*, F. PETRELLI, *L'interpretazione della legge è uguale per tutti?*, p. 118: l'Autore sostiene che con l'art. 618 comma I-*bis* c.p.p. sia stata introdotta una "gerarchia" tra Sezioni Unite e sezioni semplici, per la quale queste ultime soffrono la presenza di un vincolo di "obbedienza ideologica" e "di natura ascendente" che limita coattivamente e canalizza la loro libertà di giudizio.

9 P.P. PAULESU, *Conflitti interpretativi in Cassazione, principio di diritto e valore del "precedente" nel processo penale*, p. 1050

tra collegi di legittimità, viene responsabilizzata non meno delle Sezioni Unite. La motivazione del dissenso esposta dalla sezione semplice diviene cruciale, poiché "è naturale che [essa] abbia interesse ad esporre le ragioni ... nell'auspicio di un mutamento di indirizzo ad opera del più autorevole consesso. Inoltre, specularmente, potrebbe rivelarsi arduo per le Sezioni unite non confermare il proprio precedente orientamento in assenza di un'adeguata e convincente motivazione ad opera della sezione rimettente"¹⁰. Deve trattarsi di ragioni serie, solide, pregnanti, ispirate ai principi costituzionali o ai principi generali fondanti l'ordinamento e il sistema socio-valoriale della nostra collettività; e, ancora, devono essere motivazioni espressive di un'autentica tensione verso l'indefettibile giustizia sostanziale, dotate di *gravitas* (in quanto elaborate previa un'analitica operazione di *pars destruens* della completa *ratio decidendi* della pronuncia delle Sezioni Unite), nonché frutto di ponderata riflessione e oggetto di adeguata esplicitazione, al fine di giustificare e "assicurare la creazione di una «nuova uniformità»"¹¹. In sintesi, la sezione semplice ha il potere-dovere di sottoporre alle Sezioni Unite la propria esegesi della questione, sviscerandone ampiamente i punti di distonia, con precisione e cura, e offrendo un "tessuto argomentativo" esaustivo tale da dimostrare la "consapevolezza dell'intenzione del mutamento della giurisprudenza"¹²: "l'ordinanza di rimessione ... si atteggia non come mera sollecitazione di intervento del *plenum* ma come vera e propria proposta di rinnovamento e ricambio giurisprudenziale"¹³.

Per quanto "il precedente giudiziale, rafforzando la nomofilachia, potrebbe essere inteso (anche) come strumento attuativo del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.)"¹⁴ e nonostante "i nessi tra uguaglianza e precedente [siano] palesi. Più si hanno contrasti giurisprudenziali – specie se sincronici – più si ha disuguaglianza, e

10 A. CALIGARIS, *Le modifiche dell'art. 618 c.p.p.: verso un effettivo ed auspicato potenziamento della funzione nomofilattica*, p. 10

11 M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*, p. 165

12 Espressioni in tema di *overruling* tratte da Cass. pen., S.S.U.U., sent. 17.02.2017, n. 7697 (caso Amato)

13 L. LUDOVICI, *Il giudizio in Cassazione dopo la c.d. riforma Orlando*, in G.M. BACCARI, C. BONZANO, K. LA REGINA, E.M. MANCUSO (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, p. 445

14 P.P. PAULESU, *Conflitti interpretativi in Cassazione, principio di diritto e valore del "precedente" nel processo penale*, p. 1056

viceversa”¹⁵, il valore della uniformità e stabilità del sistema non va enfatizzato in modo esasperato al punto di cercare ad ogni costo l’immutabilità di quest’ultimo.

La necessità evolutiva del sistema giuridico, che è un prodotto sociale-umano, è insita nella sua stessa esistenza; dare una risposta più attuale e coerente con i tempi correnti risponde alla mutevolezza dei bisogni di una società dinamica. Di più: in presenza di istanze in questo senso è doveroso garantire al sistema un modo di correggere se stesso, fornendo una soluzione nuova che sia sostitutiva della precedente riposta ritenuta ormai, nella percezione successiva, ingiusta. La stessa Cassazione afferma che “il problema della nomofilachia è in realtà proprio questo: garantire al sistema giuridico-normativo la possibilità di evolversi, adattarsi, correggersi e al tempo stesso conservare, entro ragionevoli limiti, l’uniformità e la prevedibilità dell’interpretazione. ... Un *overruling* delle sezioni unite in materia processuale può pertanto essere giustificato solo quando l’interpretazione fornita dal precedente in materia risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa e/o comunque dia luogo (eventualmente anche a seguito di mutamenti intervenuti nella legislazione o nella società) a risultati disfunzionali, irrazionali o «ingiusti»”¹⁶.

Assumendo, peraltro, il punto di vista della parte debole del giudizio penale – l’imputato – risulterebbe del tutto paradossale che la nomofilachia, rafforzata dalla riforma per ragioni di giustizia (ossia per garantire l’uguaglianza tra i cittadini e la prevedibilità delle decisioni), si traduca in un potenziale irrigidimento progressivo del sistema su posizioni sfavorevoli per il medesimo imputato, come nel caso di cui ci si occupa in questa sede; infatti, la valorizzazione e cristallizzazione indiscriminata dell’orientamento delle Sezioni Unite circa l’inapplicabilità della messa alla prova agli enti andrebbe sempre a sfavore di questi ultimi, col rischio di un’eterna ingiustizia a causa dell’impossibilità di un mutamento di orientamento.

Va ricordato, in modo disincantato, che nell’esperienza del diritto, anche penale, “la norma effettivamente operante non è quella scritta nel codice o in un’altra legge, ma quella (spesso diversa) emergente dall’interpretazione della predetta

15 A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*, p. 273

16 Cfr. nuovamente Cass. civ., S.S.U.U., ord. 06.11.2014, n. 23675

norma scritta da parte dei giudici¹⁷; di conseguenza, nell'evoluzione del diritto vivente, il ruolo dei giudici è centrale. A tale centralità corrisponde, però, altrettanta responsabilità nel garantire un diritto giusto.

Si può immaginare, non irrealisticamente, che nella vigenza del nuovo comma I-*bis* dell'art. 618 c.p.p. "il rinvio alle sezioni unite sarà sempre più fisiologico e dunque sempre più frequente, con il susseguirsi di numerosi «*environment*», produttivi di altrettanti «*overruling*»¹⁸. Se ogni decisione delle sezioni semplici potenzialmente confliggente con un principio espresso dalle Sezioni Unite dovesse essere rimessa a queste ultime, il numero di interventi delle Sezioni Unite risulterebbe moltiplicato (con grave pregiudizio per l'efficienza e funzionalità, ma anche per la funzione e l'autorevolezza del massimo consesso, che diverrebbe giudice di terza istanza), a meno a che le sezioni semplici non si attengano sempre più spesso pedissequamente "ai precedenti delle Sezioni unite pronunciati per qualsivoglia motivo, senza alcuna precisazione né limitazione"¹⁹. Tuttavia, non è assodato che le sezioni semplici siano rispettose del nuovo ordine sistematico di rapporti intercorrenti tra esse e le Sezioni Unite, potendo anche non avere interesse ad adempiere al disposto normativo e continuando, invece, a produrre liberamente decisioni confliggenti, che ingenerano nuovi contrasti e altrettanta complessità. Tutto dipenderà, quindi, dall'applicazione in concreto del nuovo comma I-*bis*: ci si augura che le sezioni semplici assumano il proprio nuovo ruolo con competenza e serietà, rifuggendo dalla tentazione dell'indolenza e pigrizia di seguire i precedenti delle

17 A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*, p. 117

18 F. PETRELLI, *L'interpretazione della legge è uguale per tutti?*, p. 122-123; nello stesso senso A. CALIGARIS, *Le modifiche dell'art. 618 c.p.p.: verso un effettivo ed auspicato potenziamento della funzione nomofilattica*, p. 23: "non può non notarsi come, per effetto delle novelle di cui si tratta, il numero delle decisioni delle Sezioni unite sia destinato ad aumentare".

19 A. CALIGARIS, *Le modifiche dell'art. 618 c.p.p.: verso un effettivo ed auspicato potenziamento della funzione nomofilattica*, p. 8 e p. 23: l'Autrice sostiene che questo sia l'auspicio insito nella nuova norma, "occorre una piena disponibilità a seguire i principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite"; richiamandosi alla versione originariamente contemplata nel progetto al codice di procedura penale (art. 610 *bis*, non entrato poi in vigore per parere contrario della Commissione parlamentare consultiva), si evidenzia che in precedenza il vincolo in capo alle sezioni semplici riguardava soltanto i principi enunciati dalle Sezioni Unite per "dirimere un contrasto" (espressione non riprodotta nella nuova norma). Nello stesso senso, A. PROTO PISANI, *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di Cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione*, p. 28 afferma che contrasti tra sezioni semplici e Sezioni Unite sono "assolutamente inammissibili".

Sezioni Unite senza valutarne la correttezza e l'impatto, poiché altrimenti essi finirebbero per consolidarsi per abitudine più che per convinzione²⁰.

Per concludere, tornando al carattere obbligatorio della rimessione, va per giunta ribadita l'assenza di qualsivoglia sanzione espressamente prevista dal legislatore: non è configurabile la nullità o abnormità o inesistenza della pronuncia emessa dalla sezione semplice in contrasto con il principio enunciato dalle Sezioni Unite; non è ammissibile l'impiego del ricorso straordinario per errore di fatto, difettandone il presupposto dell'errore percettivo; infine, non si può verosimilmente immaginare nemmeno una sanzione disciplinare, dal momento che mai si ravvisa un illecito di questo tipo per scelte che coinvolgono l'attività interpretativa dei magistrati. Ciò, ad opinione di taluno, consentirebbe di "accostare l'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p. alle norme tabellari che regolano la distribuzione dei singoli processi alle sezioni" e tale meccanismo non sarebbe altro che un "protocollo procedurale ... una sorta di griglia procedimentale che regola il modo in cui si formano e poi si compongono i contrasti interpretativi e il modo in cui si generano o si evitano i mutamenti giurisprudenziali"²¹.

Di conseguenza, quand'anche meno probabile e forse non auspicabile, poiché inopportuno, non si esclude che una sezione semplice decida in senso autonomo e divergente rispetto al principio enunciato dalle Sezioni Unite (ancorché, in ipotesi, essa sia a conoscenza dello stesso), senza attivare il meccanismo di cui al comma I-*bis* dell'art. 618 c.p.p., nonostante la questione sia già stata affrontata dalle Sezioni Unite e il caso concreto non consenta un *distinguishing*.

20 Scriveva F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, p. 42-43: "Consolidate [le massime] da cosa? Dall'esperienza, si dovrebbe intendere. Meglio, però: dall'abitudine. Il giudice non ha più da scegliere, tra le massime, quella che gli par migliore ma quella abituale. *Error communis facit ius*. Lo *standard* s'impone anche nelle aule della giustizia. O la routine, secondo che piace".

21 R. APRATI, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017). Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L.103/2017)*, in A. MARANDOLA, T. BENE (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, p. 278 e p. 291

2 Possibilità di intervento da parte della Corte Costituzionale

2.1 Il giudice di Perugia come giudice *a quo*

Un secondo scenario, che merita di essere approfondito, attiene alla possibilità di intervento da parte della Corte Costituzionale sulla questione della messa alla prova degli enti, a fronte della proposizione di una questione di legittimità costituzionale.

Nell'ordinamento italiano, il sindacato di costituzionalità delle leggi²², pur essendo prevalentemente²³ a controllo diffuso (vale a dire un giudizio indiretto-incidentale), assume i caratteri di sindacato accentrato e successivo: trattasi di un sistema c.d. misto.

Si parla di controllo diffuso poiché a tutte le parti, tramite gli organi giurisdizionali (e a questi ultimi in via anche officiosa), è riconosciuto il potere di avanzare una questione di legittimità costituzionale. Il sindacato è, tuttavia, accentrato poiché la decisione è rimessa a un unico organismo istituito *ad hoc*: la Corte Costituzionale.

Ai sensi dell'art. 134 Cost., infatti, "la Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni" (si badi che questa è soltanto una delle attribuzioni della Consulta, quella che interessa in questa sede).

Il carattere successivo del sindacato si evince, invece, dal disposto dell'art. 136 Cost.: "quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione".

22 Per approfondire si rinvia a R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, p. 355 ss.; per un approccio più pratico si rinvia al saggio di P. GAETA, *La questione di legittimità costituzionale: un decalogo breve per giovani magistrati*, p. 71 ss.

23 "Prevalentemente" poiché esistono eccezioni: il sindacato in via diretta o principale (anziché incidentale, quando viene sollevato dallo Stato nei confronti di leggi regionali o dalle Regioni nei confronti di leggi statali o di altre Regioni); diffuso (ove la decisione sulla compatibilità costituzionale spetta al singolo giudice anziché alla Corte, ormai in Italia inconsueto poiché circoscritto a ipotesi di impedimento dell'attività della Consulta); preventivo (operante prima dell'entrata in vigore di una norma).

Per quanto concerne la disciplina del promovimento, poi, l'art. 137 Cost. rinvia a una legge costituzionale, dalla quale si ricava il carattere incidentale del giudizio di costituzionalità. La legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 dispone all'art. 1 che "la questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione". Per la proponibilità della questione, infatti, è richiesto che il giudice *a quo* emani un'ordinanza di rimessione, che soggiace al controllo della Corte in punto di pregiudizialità, rilevanza e adeguatezza.

In primo luogo, però, è necessario chiarire chi sia il giudice *a quo*. Dal combinato disposto degli art. 1, L. cost. n. 1/1948 e art. 23, L. n. 87/1953 si ricava che la questione di legittimità costituzionale deve essere sollevata "nel corso di un giudizio" e "dinanzi ad una autorità giurisdizionale". Vi è, dunque, un requisito sia oggettivo (l'essere investito di funzioni giudicanti, vale a dire del potere-dovere di applicazione obiettiva della legge) sia soggettivo (la posizione di terzietà, indipendenza, imparzialità del giudicante e l'esistenza del contraddittorio nel procedimento). Può, quindi, essere giudice *a quo* chi, in un dato momento processuale, è nell'esercizio dei propri poteri giurisdizionali (munito altresì di giurisdizione e competenza) e deve fare applicazione della norma denunciata, ossia chi ha il potere di risolvere l'aspetto critico, sia esso anche solo procedimentale o preliminare, necessario per la prosecuzione e definizione del giudizio.

Nel caso di cui ci si occupa, quale giudice potrebbe legittimamente e correttamente sollevare la questione di legittimità costituzionale?

Un primo organo giurisdizionale che può essere individuato come giudice *a quo* nel caso di specie è, senza dubbio, il Giudice di Perugia (in diversa persona rispetto al Giudice S. Grassi) cui sono stati trasmessi gli atti per la prosecuzione del giudizio dopo la decisione della Sezione Quarta di Cassazione nel caso Overmek (cfr. capitolo III, paragrafo 2.1). Indubbia, in tal caso, la sussistenza del profilo sia soggettivo sia oggettivo di cui sopra. Tale ipotesi sarebbe, inoltre, la più immediata e naturale, essendosi il Tribunale di Perugia già posto sul solco dell'orientamento estensivo in tema di messa alla prova degli enti (nonostante la sentenza delle Sezioni

Unite nel caso La Sportiva) e trovandosi, purtroppo, ostacolato dal vincolo della decisione di rinvio operato dalla Sezione Quarta.

Un secondo giudice *a quo* potrebbe essere poi rappresentato da qualsiasi organo giurisdizionale di merito nel territorio della Repubblica, cui dovesse presentarsi un caso di incolpazione di soggetto giuridico ex D.lgs. n. 231/2001 richiedente di essere ammesso alla prova. Anche in tale caso, nessun dubbio in merito alla legittimazione. La prospettiva è, però, più incerta in quanto a verifica: non prefigurabile con certezza è l'occasione di un'incolpazione nei confronti di un ente (fattispecie già di per sé non molto frequente nell'ordinamento italiano) che, per giunta, chieda di essere ammesso alla prova. Inoltre, il giudice di merito destinatario della richiesta dovrebbe accogliere l'orientamento estensivo ma non solo: l'emissione di una semplice ordinanza ammissiva rischierebbe di essere seguita dall'impugnazione da parte della pubblica accusa e, infine, di essere travolta in Cassazione con la sentenza di una sezione semplice che scegliesse banalmente di accedere al diritto vivente delle Sezioni Unite La Sportiva. Affinché della questione sia investita la Consulta, perciò, il giudice di merito dovrebbe convincersi della incostituzionalità del diritto vivente.

Da ultimo, merita di essere sottolineata una suggestione emersa in dottrina²⁴ circa la possibilità di proposizione formale di una *quaestio de legitimitate* da parte di una sezione semplice "dissenziante" (cfr. paragrafo 1 di questo capitolo), la quale si rivolga alla Consulta in luogo di operare la rimessione obbligatoria della decisione alle Sezioni Unite ex art. 618, comma I-*bis* c.p.p. Qualora un vicenda di messa alla prova dell'ente approdi in Cassazione, infatti, la sezione semplice potrebbe – al contrario di quanto ipotizzato sopra, ove si evidenziava il rischio di una decisione assunta in puro ossequio ai principi delle Sezioni Unite – manifestare il proprio dissenso. Tale dissenso, secondo la nuova disciplina, dovrebbe incanalarsi in una ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite per stimolarne l'*overruling*. Purtroppo, questa novella non può aver tolto il potere-dovere di sollevare una *quaestio de legitimitate* in capo alla sezione semplice, poiché altrimenti "il nuovo art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p.

24 G. DI CHIARA, *Laboratori giurisprudenziali di legittimità, flussi nomofilattici e "isole nella corrente"*: il coagulo di una nuova sintassi nei rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni unite, in A. PULVIRENTI (a cura di), *Le impugnazioni penali dopo la riforma*, p. 283

provocherebbe una *deminutio* del potere di proposizione della questione di costituzionalità, recando come effetto dirompente la creazione di un monopolio delle Sezioni Unite nella sollevazione del dubbio in tutti i casi in cui il collegio allargato abbia interloquito sul punto oggetto della *quaestio*. Si inciderebbe, dunque, per questa via, sulla platea dei *gatekeepers* ... Si tratta di una soluzione talmente drastica, sul piano della portata dirompente degli effetti, da far insorgere perplessità di straordinaria portata”.

Individuato un potenziale giudice *a quo*, in merito alla funzione di questi, invece, è possibile sostenere che egli sia guardiano della porta che consente ai diritti fondamentali dei cittadini di essere riconosciuti e affermati e che abbia, pertanto, il compito (faticoso ma nobile) di vigilare sulle leggi in modo intelligente (né troppo lasco né troppo rigoroso) e prospettico (né troppo formalistico né superficiale).

Il giudice *a quo* è, quindi, introduttore necessario della questione di legittimità costituzionale (che può essere, però, anche sollecitata dalle parti e/o dai loro difensori) e ha il compito di vagliare la sussistenza delle condizioni di proponibilità della questione ex art. 23 L. n. 87/1953, ai sensi del quale “l'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso”. I requisiti da verificare, pertanto, sono i seguenti: rilevanza e non manifesta infondatezza.

Per quanto concerne la rilevanza, trattasi di un legame di strumentalità di natura pregiudiziale per cui la definizione del giudizio *a quo* è inscindibilmente legata alla incidentalità e concretezza dell'esito del giudizio costituzionale (senza il quale il primo non può andare avanti). È necessario ma non sufficiente che il giudice sia tenuto ad applicare nel giudizio *a quo* la norma di cui si sospetta l'incostituzionalità (requisito di applicabilità); è altresì fondamentale che la soluzione della questione da parte della Corte sia in grado di incidere sul processo *a quo*, rappresentando l'“antecedente logico di altra questione che il giudice rimettente deve decidere”²⁵

25 C. Cost., sent. n. 180/2018

(requisito di influenza). La rilevanza della questione è il cardine del sistema di giustizia costituzionale italiano e deve essere adeguatamente motivata, poiché – stante il principio di autosufficienza – ciò che non sta nell’ordinanza di rimessione “*non est in mundo*”²⁶. I motivi di rilevanza devono essere messi in luce partendo dai fatti del caso concreto di causa; non deve, infatti, trarre in inganno l’appellativo di “giudice delle leggi” che è stato affidato alla Consulta, la quale non può pronunciarsi su questioni astratte, ipotetiche, accademiche e non può fungere da giudice di impugnazione né censurare inefficienze fattuali del sistema. Non va trascurato, poi, il tempo dell’applicazione della norma su cui sorge il dubbio: il giudice non deve già averne fatto applicazione (*i.e.* questione tardiva e irrilevante) ma nemmeno soltanto progettarne, allo stato, l’applicazione (*i.e.* questione ipotetica).

Passando al requisito della non manifesta infondatezza, il giudice deve nutrire un ragionevole dubbio circa l’incompatibilità costituzionale della norma da applicare al punto tale da essere impedito nella prosecuzione del processo. Va ricordato, al proposito, che il contrasto con la Costituzione non sussiste, salvo il limite dell’intrinseca irragionevolezza e palese arbitrarietà, nei casi in cui il legislatore abbia esercitato la propria discrezionalità politica: non possono chiedersi alla Corte una serie di cose, pur indubbiamente giuste, che non discendono “a rime obbligate” dal testo costituzionale; solo l’irragionevolezza – non la semplice irrazionalità, intesa come contraddizione logica – della scelta (adottata nella discrezionalità di cui sopra), rende quest’ultima incompatibile con la Costituzione, poiché si traduce nella mancata attuazione di un valore costituzionale. Le ragioni di censura, perciò, devono essere serie e sostenibili. Nell’ordinanza, oltre ai motivi di rilevanza e non manifesta infondatezza, devono essere comunque indicati l’oggetto (le norme denunciate) e il parametro (le disposizioni costituzionali che si assumono violate); qualora venga in rilievo il principio di uguaglianza, non può prescindersi dall’individuazione del *tertium comparationis* e da una descrizione dettagliata in fatto delle situazioni comparate; anche nella giustizia costituzionale vige il principio del chiesto-pronunciato, pertanto è cruciale esporre con chiarezza *petitum* e *thema decidendum*.

26 M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, p. 108

Nel caso della messa alla prova dell'ente, un giudice *a quo* tra quelli individuati avrebbe margine per sostenere sia la rilevanza che la non manifesta infondatezza della questione. In merito alla rilevanza, stante il difetto di coordinamento normativo tra il D.lgs. n. 231/2001 e gli artt. 168 *bis* c.p. e 464 *bis* c.p.p. ss., stabilire se la disposizione che prevede la messa alla prova degli adulti sia applicabile anche agli enti nel procedimento *de societate* è questione interpretativa influente, poiché logicamente pregiudiziale, rispetto alla decisione di ammissione o meno alla prova; l'influenza sul giudizio *a quo* sta nel fatto che se si accedesse alla soluzione ad oggi preclusa, ovvero nell'ipotesi in cui l'ente sia ammesso alla prova, l'esito positivo di quest'ultima comporterebbe l'estinzione dell'illecito. In merito alla non manifesta infondatezza, il dubbio di compatibilità costituzionale sorge sia con riguardo all'art. 3 Cost. sia relativamente agli articoli 24 e 27, III comma Cost. (come si vedrà *infra*).

Accanto a rilevanza e non manifesta infondatezza, vi è un ulteriore principio da rispettare: l'incostituzionalità come *extrema ratio*. La questione di legittimità costituzionale, infatti, si presenta come rimedio a carattere residuale. Il giudice rimettente deve tentare un'interpretazione costituzionalmente adeguatrice prima di rivolgersi alla Consulta, dal momento che "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne delle interpretazioni costituzionali"²⁷. Il giudice dovrà verificare, in sostanza, se vi sia una concreta possibilità di attribuire alla norma un significato che sia diverso da quello censurato nonché conforme a Costituzione; nell'ordinanza dev'essere dimostrato lo sforzo vano, ossia il fallimento interpretativo, fatto dal giudice in tal senso o, quanto meno, la difficoltà e improbabilità, raggiunta come consapevole conclusione di un serio tentativo, di dare alla norma un significato *secundum Constitutionem*. In un certo senso, tutti i giudici sono anche giudici di costituzionalità.

Il tentativo di interpretazione adeguatrice, tuttavia, non è necessario in tutti i casi ove esiste già un diritto vivente della cui costituzionalità si dubita. Per diritto vivente si intende un orientamento consolidato o dominante, non contraddetto dalla Cassazione anche se non necessariamente scaturente da essa; si badi che una sola

²⁷ C. Cost., sent. n. 356/1996

pronuncia di Cassazione non costituisce diritto vivente, però è diritto vivente quello risultante dalle Sezioni Unite. Tale ultima precisazione è cruciale nel caso specifico della *quaestio de legitimitate* in tema di messa alla prova dell'ente, poiché, costituendo le Sezioni Unite La Sportiva diritto vivente sul punto controverso, il giudice *a quo* non sarà tenuto all'interpretazione costituzionalmente orientata della norma (in mancanza della quale, altrimenti, la questione verrebbe dichiarata inammissibile dalla Consulta). A fronte di un orientamento qualificabile come diritto vivente, peraltro, sarebbe sterile e inopportuno da parte di un giudice "ribellarsi", con una sentenza di ammissione alla prova dell'ente, senza sollevare questione di legittimità; infatti, procedendo in questo modo, soltanto il caso specifico sarebbe risolto *secundum Constitutionem*, ma con riguardo ai successivi casi si andrebbe a perpetrare il rischio che la decisione sia difforme e, così facendo, che il presunto profilo di incompatibilità con la Carta Costituzionale non veda mai la luce.

L'ordinanza di rimessione deve essere chiara, compiuta, risoluta, precisa e determinata; non sarà ammissibile una questione di legittimità costituzionale introdotta tramite ordinanza oscura²⁸, perplessa²⁹, ancipite³⁰ o generica³¹. Il dubbio di costituzionalità va posto in modo assertivo, ossia in termini di certezza. Formulata l'ordinanza, essa dev'essere notificata, a cura della cancelleria del giudice *a quo*, alle parti in causa, al Presidente del Consiglio dei ministri (o della Giunta regionale per le leggi regionali anziché statali) e comunicata ai Presidenti dei due rami del Parlamento (o al Presidente del Consiglio regionale). Un ulteriore adempimento, indefettibile, è la sospensione del processo *a quo*.

28 C. Cost., ord. n. 158/1999: "non avendo il rimettente chiarito quale sia, nella fattispecie, l'ipotesi applicativa di tale disposizione, tra quelle reputate *contra Constitutionem* alla quale egli è necessariamente tenuto a far ricorso".

29 C. Cost., ord. n. 372/1999: "l'ordinanza di rimessione non effettua la necessaria scelta interpretativa sulla portata della norma denunciata e prospetta il dubbio di costituzionalità in modo perplessa, facendo riferimento ad una ipotesi di interpretazione, senza motivare in ordine ad essa per farla propria".

30 C. Cost., ord. n. 458/1998: "lo stesso giudice *a quo* mostra una evidente incertezza in ordine alla individuazione ... delle norme applicabili alla fattispecie" fondando la questione su due diverse interpretazioni senza, però, indicare quale intende accogliere.

31 C. Cost., ord. n. 97/2000 (prospettata con riguardo a un intero *corpus* normativo): "competete al giudice *a quo* individuare, all'interno di un determinato *corpus* normativo, la norma o la parte di essa la cui presenza nell'ordinamento determinerebbe la lamentata lesione della Costituzione".

2.2 Le possibili censure di incostituzionalità: art. 3, art. 24, art. 27 Cost.

Essendo la Corte Costituzionale quel geniale e raffinato strumento capace di superare il formalismo e il relativismo del positivismo giuridico senza sconfinare nei pericoli di un astratto giusnaturalismo³², l'opportunità di ricorrere ad essa – in presenza dei presupposti di legge di cui *supra* – appare evidente. Inoltre, si consideri che anche il difensore della società La Sportiva aveva suggerito l'incostituzionalità dell'art. 168 *bis* c.p., per non essere l'applicazione della messa alla prova prevista anche per gli enti; la Cassazione a Sezioni Unite, però, non ritenne di dar seguito alla richiesta.

Le possibili censure di incostituzionalità attengono agli artt. 168 *bis* c.p. e 464 *bis* c.p.p. e seguenti, anche in relazione alla disciplina della responsabilità degli enti di cui al D.lgs. n. 231/2001, nella parte in cui non prevedono l'applicabilità dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova agli enti imputati ai sensi del medesimo Decreto, e vengono mosse per la supposta violazione dei principi costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza ex art. 3 Cost., del diritto di difesa ex art. 24, II comma Cost. e della funzione rieducativa di cui all'art. 27, III comma della Costituzione.

A titolo di accenno, la violazione del principio di uguaglianza e del canone generale di ragionevolezza risiede nell'ingiustificata disparità di trattamento tra due categorie omogenee³³: nel caso di specie, quella delle persone fisiche imputate di reati e quella degli enti incolpati di illeciti amministrativi dipendenti da reato. Va chiarito che, superata ormai la concezione personalistica dei diritti, ad oggi il principio di uguaglianza ha valenza generale e si applica a categorie di situazioni giuridiche, indipendentemente dalla natura e dalla qualificazione dei soggetti ai quali vengono imputate, operando anche "quando in via immediata vengano in considerazione soggetti diversi dall'uomo"³⁴ (vale a dire nei confronti di persone e soggetti giuridici).

32 Secondo la concezione di M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, p. 120 ss.

33 C. Cost., sent. n. 111/1981: "È stato più volte affermato da questa Corte che vi è violazione del principio di uguaglianza quando di fronte a situazioni obiettivamente omogenee si ha una disciplina giuridica differenziata, determinando discriminazioni arbitrarie e ingiustificate".

34 Cfr. C. Cost., sent. n. 25/1966; nello stesso senso F. SORRENTINO, *Eguaglianza formale*, p. 31

Il principio di ragionevolezza, che attualmente è il canone della valutazione effettuata nel giudizio di costituzionalità poiché “costante e onnipresente”³⁵, agli albori della storia della Corte Costituzionale apparve nell’ambito del giudizio di uguaglianza ma, poco dopo, se ne affrancò: emancipata dall’uguaglianza, oggi la ragionevolezza impone un uso della ragione che si avvicina al senso comune, una “razionalità pratica”³⁶ (comunque non logico-formale di tipo meccanico, deduttivo o matematico). Tradizionalmente, anche il giudizio di ragionevolezza abbisognava di un termine di raffronto; è poi venuto meno, nella giurisprudenza della Corte, l’impiego del *tertium comparationis*³⁷ nei giudizi di ragionevolezza (essendo questa spesso utilizzata anche in appoggio ad altri principi costituzionali) al fine di valutare l’adeguatezza delle scelte legislative, in specie nel bilanciamento di interessi.

Poiché una scelta legislativa difetta di ragionevolezza laddove “la legge manca il suo obiettivo e tradisce la sua *ratio*”³⁸ e “il canone della ragionevolezza deve trovare applicazione non solo all'interno dei singoli comparti normativi, ma anche con riguardo all'intero sistema”³⁹, si può concludere che è ingiustificato il diverso trattamento intercorrente tra persona fisica, cui è riconosciuta la possibilità di accedere all’istituto della messa alla prova, ed ente, cui la medesima è negata⁴⁰; quanto detto tenuto conto, da un lato, del fatto che la responsabilità dell’ente è

35 M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, p. 2; l’Autrice mette in evidenza la fungibilità nell’esperienza delle Corte Costituzionale italiana dei termini “ragionevolezza” e “proporzionalità”.

36 C. Cost., sent. n. 172/1996: “... la violazione dell’art. 3 della Costituzione sotto il profilo del principio di razionalità, sia nel senso di razionalità formale, cioè del principio logico di non contraddizione, sia nel senso di razionalità pratica, ovvero di ragionevolezza”.

37 Per *tertium comparationis* si intende la norma (ma rileva, secondo R. Bin, la *ratio* di quest’ultima) posta a confronto con quella della cui costituzionalità si dubita; la rappresentazione del giudizio di ragionevolezza, come sviluppatosi nella storia della Corte Costituzionale italiana, in uno schema trilatere si deve all’intuizione di L. Paladin; di rilievo anche la suggestione di R. Bin in tema di sovrapposibilità del giudizio di ragionevolezza con il ragionamento per analogia (poiché entrambi servono allo stesso obiettivo: laddove “la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe”, cfr. C. Cost., sent. n. 1009/1988) e la tesi di L. Gianformaggio per cui “il fondamento dell’analogia nel diritto è il nucleo razionale dell’idea della giustizia retributiva, cioè l’uguaglianza”.

38 Cfr. C. Cost., sent. n. 43/1997

39 Cfr. C. Cost., sent. n. 84/1997

40 In dottrina, sostengono l’irragionevolezza dell’asimmetria tra persone fisiche ed enti in tema di *diversion*, suggestionando profili di incostituzionalità dovuta a una irrazionalità sistematica, S. VISCONTI, *L’ente tra sanzione e rieducazione. Una prospettiva comparata*, p. 14 e F. CENTORAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto al probation dell’imputato-persona giuridica*, in L. LUPARIA, L. MARAFIOTI, G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all’ente. L’accertamento della responsabilità d’impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, p. 207

sostanzialmente penale (quindi omogenea a quella della persona fisica) e, dall'altro, che la messa alla prova ha una funzione riparativo-rieducativa che il Decreto già persegue con altre forme di premialità (seppur a effetti più limitati, soltanto attenuanti e non estintivi).

Va precisato che non può, peraltro, invocarsi la natura derogatoria delle messa alla prova, come causa di non punibilità, a impedimento del giudizio di costituzionalità, poiché la Corte stessa ha affermato che "la funzione del giudizio di legittimità costituzionale, che normalmente consiste nel ripristino della disciplina generale, ove ingiustificatamente derogata da quella particolare ... può, in taluni casi, realizzarsi tramite l'estensione di quest'ultima ad altre fattispecie purché ispirate alla medesima *ratio derogandi*"⁴¹. Si noti la corrispondenza e piena simmetria con quanto sostenuto in tema di estensione analogica (cfr. capitolo III, paragrafo 3.2).

Di più, per quanto concerne invece il principio rieducativo della pena ex art. 27, III comma Cost., ancorché esso sia riferito formalmente alla persona fisica, ben può essere inteso come principio generale cui deve essere informato l'intero sistema sanzionatorio (penale e para-penale). Non può tralasciarsi il fatto che il Decreto "risponde fundamentalmente a una logica di prevenzione del crimine attraverso la rieducazione", nel senso che è ispirato non alla "retribuzione fine a se stessa o [alla] mera prevenzione generale", ma a una "prevenzione speciale in chiave rieducativa" tramite "l'educazione dell'ente alla lotta contro il crimine sia nella fase della prevenzione, *ante delictum*, sia nella fase della reazione, *post delictum*"⁴². Tale finalità rieducativa del Decreto emerge, con chiarezza, dal complesso di strumenti premiali che valorizzano i modelli organizzativi e le condotte riparatorie (artt. 12, 17, 49 e 50, 65, 78), nonché dal criterio di commisurazione della sanzione pecuniaria (art. 11), ancora dai presupposti della sanzione interdittiva come *extrema ratio* (artt. 13 e 14) e dalla disciplina del commissariamento volto alla prosecuzione dell'attività d'impresa (art. 15), financo dall'obbligo di confisca indefettibile: il modello è correzionalista, o premiale, poiché "ha come precipuo scopo la rieducazione dell'ente alla legalità attraverso la sua *responsabilizzazione*", ed esso manifesta una "funzione

41 Cfr. C. Cost., sent. n. 98/2023

42 A.M. MAUGERI, *La funzione del sistema sanzionatorio del D.Lgs. n. 231/2001: la rieducazione dell'ente*, p. 1681 ss.

«coinvolgente» o «co-responsabilizzante», che è prevalente rispetto a quella disincentivante.

Proprio in virtù di tale vocazione rieducativa del sistema "231", irrazionale è la mancata previsione per gli enti di accesso all'istituto di messa alla prova, con cui nondimeno il Decreto condivide finalità e obiettivi. Per quanto la sanzione prevista per l'ente sia sorretta da una concezione polifunzionale⁴³, innegabile è la tensione rieducativa sottesa al sistema: anche nei confronti dell'ente – e forse soprattutto nei confronti dell'ente, stante il fatto che agisce sulla base di logiche preminentemente razionali ed economiche – si può immaginare un processo di (ri)orientamento culturale verso le irrinunciabili regole della convivenza civile, secondo una cultura d'impresa laicamente etica. Escludere l'ente da un istituto rieducativo come quello in questione è incoerente con l'impianto del Decreto e si pone, pertanto, in violazione dell'art. 27, III comma Cost. (letto in controluce con i postulati dell'art. 41 Cost.) e del principio di ragionevolezza.

Infine, con riguardo alla lesione del diritto di difesa, inviolabile in ogni stato e grado ex art. 24, II comma Cost., l'impossibilità di accesso a un rito alternativo qual è la sospensione del procedimento con messa alla prova costituisce una palese violazione di un diritto fondamentale⁴⁴, per giunta già parecchio compromesso nel rito *de societate* (si veda, sul punto, la singolarità della modalità di partecipazione

43 M. CATENACCI, *Sanzioni per l'ente e fini della prova*, in V. PLANTAMURA, G. SALCUNI (a cura di), *Liber amicorum Adelmo Manna*, p. 99 ss.: *in primis*, nel contrasto alla criminalità economica, vi è senza dubbio la prevenzione generale negativa (intesa come deterrenza, efficace per il "delinquente calcolatore"); *in secundis*, nelle sanzioni pecuniarie si rinviene la finalità retributiva temperata dalla prevenzione generale; *in tertiis*, una prevenzione speciale intesa come neutralizzazione è espressa nelle sanzioni interdittive; l'Autore conclude che "ci si sarebbe potuti qui aspettare una più coraggiosa impostazione in termini *lato sensu* «rieducativi» da parte del legislatore", il quale sembra sottendere questa finalità all'intero sistema della responsabilità dell'ente senza, però, riconoscerlo in termini espressi.

44 Cfr. C. Cost., sent. n. 174/2022: "la possibilità di accedere a uno dei riti alternativi previsti dal legislatore – possibilità che costituisce «una modalità, tra le più qualificanti, di esercizio del diritto di difesa» dell'imputato di cui all'art. 24 Cost. (*ex multis*, sentenza n. 192 del 2020, nonché sentenze n. 19 e n. 14 del 2020, n. 131 del 2019)". Sottolinea il fatto che la mancata previsione desti "perplexità ancor maggiori" in merito all'art. 24 Cost., piuttosto che all'art. 3 Cost., "rappresentando una vera e propria amputazione dello *ius variandi* dell'imputato ... in termini di perdita di *chances* ... assume[ndo] una ineguagliabile valenza penalizzante" F. CENTORAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto al probation dell'imputato-persona giuridica*, in L. LUPÁRIA, L. MARAFIOTI, G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, p. 207-208

processuale dell'ente – che, pur essendo imputato, si costituisce in giudizio come le parti private – e l'inadeguatezza del disposto dell'art. 39 in tema di assistenza tecnica).

Dal momento che il giudizio di costituzionalità “consiste nel verificare se una data disciplina normativa, assunta nel suo significato più profondo, possa considerarsi attuativa dei valori costituzionali”⁴⁵, sembra evidente che la lacuna normativa e l'orientamento negativo in tema di messa alla prova dell'ente non colgano nel segno, tradendo, al contrario, tale obiettivo. La Consulta, in conclusione, sarebbe chiamata a una pronuncia additiva (almeno nell'attesa di un intervento del legislatore).

3 Auspicabile modifica legislativa, in particolare sull'art. 17 del D.lgs. n. 231/2001

3.1 Il problematico rapporto tra le cause di non punibilità di diritto penale sostanziale e il principio di autonomia della responsabilità dell'ente (art. 8)

L'ultima via – auspicabile e preferenziale – è rappresentata, come accennato già più volte, da un intervento del legislatore. L'estensione della messa alla prova agli enti in via giurisprudenziale, infatti, soffre comunque limiti interpretativi ulteriori rispetto a quelli fin qui indagati: essi derivano, da un lato, dall'espressa inapplicabilità di un'intera categoria di istituti esterni al Decreto (quali le cause di non punibilità di diritto penale sostanziale) per via del principio di autonomia ex art. 8; dall'altro, non può ignorarsi il rischio di sovrapposizione con istituti interni al Decreto (quali i meccanismi premiali interferenti, di cui si farà cenno nel prossimo paragrafo).

L'art. 8 del Decreto stabilisce che “la responsabilità dell'ente sussiste anche quando ... b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia”: trattasi del principio di autonomia della responsabilità dell'ente, comportante una impermeabilità del sistema “231” rispetto alle cause di non punibilità diverse dall'amnistia.

⁴⁵ M. FIERRO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, p. 10

La norma, in verità, fa riferimento espresso solo alle cause di estinzione del reato, le quali sono disciplinate nel codice penale (art. 150 c.p. e seguenti⁴⁶) e rappresentano una sotto-categoria delle cause di non punibilità; secondo il disposto di legge esse, al di fuori dell'amnistia, sono prive di rilevanza e non incidono sulle sorti della responsabilità della persona giuridica. Va però richiamato anche quanto affermato nella Relazione ministeriale di accompagnamento al Decreto: "è appena il caso di accennare al fatto che le cause di estinzione della pena (emblematici i casi di grazia o di indulto), al pari delle eventuali cause di non punibilità e, in generale, alle vicende che ineriscono a quest'ultima, non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente, non escludendo la sussistenza di un reato".

L'accento di cui sopra (vale a dire la parificazione tra cause estintive del reato e cause di non punibilità in generale, nonché l'asserita ininfluenza di queste sulla fattispecie del reato e, di conseguenza, dell'illecito dell'ente), pur presentandosi alla stregua di una banale e incontestata enunciazione teorica, è tutt'altro che condivisibile. Il testo dell'art. 8, infatti, fa riferimento solo alle cause estintive del reato, inoltre la categoria giuridica della punibilità è particolarmente complessa e, di più, la compatibilità delle cause di non punibilità con il Decreto risulta problematica in ragione della sfasatura temporale della loro entrata in vigore rispetto al *corpus* sanzionatorio degli enti.

"La punibilità è certamente la categoria penalistica più ambigua" – scrive un Autore – "... il *proprium* della nozione si apprezza «in negativo», quando ci si imbatte nei variegati fenomeni che impediscono o condizionano l'infrazione della pena. Più correttamente, deve parlarsi di *non-punibilità*, intesa come insieme che racchiude

46 Nel libro I, titolo VI, capo I del codice penale figurano esplicitamente nell'ambito "della estinzione del reato" le seguenti ipotesi: morte del reo prima della condanna (art. 150); amnistia (art. 151); remissione della querela (artt. 152 – 156); prescrizione (artt. 157 – 161 *bis*); oblazione nelle contravvenzioni (artt. 162 – 162 *bis*); estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 162 *ter*); sospensione condizionale della pena (artt. 163 – 168); sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (artt. 168 *bis* – 168 *quater*); perdono giudiziale per i minori di anni diciotto (art. 169). A tali cause di estinzione del reato c.d. generali, poiché applicabili a tutte (o quasi) le fattispecie di reato, si devono aggiungere quelle c.d. speciali per fattispecie di reato specifiche. In merito alla remissione della querela, tuttavia, si precisa che la maggior parte della dottrina la configura, a discapito della collocazione normativa, come causa sopravvenuta di improcedibilità (rientrando nell'art. 37 del Decreto).

una pluralità di norme, molte delle quali (forse la più parte) di recente emersione, accomunate solo dalla capacità di interrompere la sequenza reato-pena⁴⁷.

Nell'ambito delle cause di non punibilità è possibile distinguere tra le cause di estinzione del reato (non punibilità in astratto), da un lato, e le cause di estinzione della pena (non punibilità in concreto o in senso stretto) dall'altro⁴⁸. In dottrina, poi, si contrappongono sostenitori della teoria tripartita del reato (ove gli elementi costitutivi sono i seguenti: fatto tipico, antigiuridicità e colpevolezza) e fautori della ricostruzione quadripartita (fatto tipico, antigiuridicità, colpevolezza e punibilità): per i secondi, non potendo esistere un precetto senza sanzione, il reato non è tale se non è punibile e, di conseguenza, non essendo tale non può nemmeno assurgere a presupposto dell'illecito di cui risponde l'ente; invece l'art. 8 (prevedendo la sussistenza dell'illecito anche a fronte di un reato estinto) e la Relazione al Decreto (a fronte persino di un reato non punibile in concreto) sembrano propendere per la prima tesi.

Orbene, prima di passare brevemente in rassegna le varie cause di non punibilità, per saggiare se e in che modo possano lambire la responsabilità dell'ente, è opportuno differenziare due piani di rilevanza: da un lato vi è la prospettiva della non punibilità c.d. immediata (per ragioni attinenti esclusivamente al soggetto collettivo), dall'altro lato quella della non punibilità c.d. derivata (tramite estensione delle cause previste per l'imputato-persona fisica).

Con riguardo alla prima, l'ente pur colpevole può evitare la sanzione in caso di prescrizione (specificamente disciplinata all'art. 22 del Decreto, modulata sulla disciplina civilistica e in deroga rispetto a quanto previsto in diritto penale generale, quasi a voler confermare la natura amministrativa della responsabilità dell'ente) oppure lo stesso può andare esente da responsabilità in caso di cessazione dell'esistenza giuridica (dalla giurisprudenza equiparata, purché effettiva, alla morte

47 F. CONSULICH, *Punibilità di organizzazione. Possibilità e limiti dell'astensione dalla punizione per l'ente colpevole*, p. 249 ss.

48 Evidenziano tale distinzione G. DE SIMONE, E.M. MANCUSO, sub *Art. 8*, in D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, D. NEGRI, G. VARRASO (a cura di), *Compliance responsabilità da reato degli enti collettivi*, p. 354 e 361; e anche C. LONGARI, «Esiguità dell'offesa» vs «colpa di organizzazione» nella responsabilità da reato degli enti, p. 166 ove si precisa che "al verificarsi delle cause estintive, non si determina solamente l'impossibilità di applicazione della sanzione, ma lo Stato rinuncia allo stesso accertamento del fatto".

del reo); al di fuori di queste due ipotesi, il D.lgs. n. 231/2001 pare tendenzialmente inflessibile, poiché giunge sempre alla punizione dell'ente che, al massimo, può aspirare a un'attenuazione di pena, ma mai all'eliminazione della sanzione. Tale immagine è, tuttavia, distorta e confutata nei fatti dal momento che, in moltissimi casi, l'ente beneficia della mancata contestazione dell'illecito e del conseguente non ingresso nel circuito giudiziario⁴⁹. Rispetto all'ente, in sintesi, la punibilità è (sebbene solo in astratto) il dover essere della pena dopo la commissione del fatto, e lo è molto di più che rispetto all'individuo.

In merito al secondo profilo, invece, vi sono molte forme di non punibilità dell'agente che potrebbero ipoteticamente rilevare per l'ente: in verità, così non è a causa dell'insormontabilità della lettera dell'art. 8 del Decreto⁵⁰.

Ex art. 8, infatti, esplicitamente inoperanti sono tutte le figure giuridiche riconducibili alla categoria delle cause di estinzione del reato (l'oblazione nelle contravvenzioni, ispirata dalla logica *solve et absolvo*; l'estinzione del reato per condotte riparatorie ex art. 162 *ter* c.p., applicabile ai soli reati perseguibili a querela e oggetto di disciplina speciale ex artt. 12 e 17 nel Decreto; la sospensione condizionale della pena; e anche, per quanto qui di specifico interesse, la sospensione del procedimento con messa alla prova); è possibile affermare, dunque, che per volontà del legislatore i due piani di responsabilità – quello dell'individuo e quello dell'ente – siano irrelati. In questo la norma è coerente con il disposto di cui all'art. 182 c.p. (secondo il quale l'estinzione del reato o della pena ha effetto soltanto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce: nel caso di specie si tratta della persona fisica cui è riferita la causa di non punibilità); ciò non toglie, però, che "un ritocco legislativo al riguardo sarebbe largamente auspicabile"⁵¹.

49 C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, p. 530 ss.: sulle cause della non punibilità di fatto dell'ente, l'Autore afferma che il sistema "231" è inquinato da fenomeni, di matrice prasseologica, quali la mancata o difforme applicazione territoriale (stante anche un rifiuto della magistratura di approcciarsi a un sapere nuovo, aziendalistico) e la prevalente ideologia 'ammennicolare' (per via della percezione del Decreto come elemento accessorio, da liquidare quanto prima), espressive di un approccio 'negazionista' o 'minimalista'.

50 Ancora F. CONSULICH, *Punibilità di organizzazione. Possibilità e limiti dell'astensione dalla punizione per l'ente colpevole*, p. 254 ss.

51 A. SCALFATI, *Punire o reintegrare? Prospettive minime sul regime sanzionatorio contro gli enti*, p. 9

Diversamente, secondo la dottrina – a prescindere da quanto si legge nella Relazione – tale sorte non dovrebbe colpire le cause di non punibilità in senso stretto (collegate a mere ragioni di opportunità o di politica criminale, o previste in base a norme e consuetudini internazionali, o altri motivi ancora), ben potendo tali ragioni valere anche per l'ente collettivo⁵²; estendere l'inapplicabilità di cui all'art. 8 anche alle cause di non punibilità diverse da quelle di estinzione del reato configurerebbe, per giunta, una inammissibile interpretazione analogica in *malam partem*.

Peculiare è poi il caso dell'art. 131 *bis* c.p. (esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto): non essendo una causa di estinzione del reato, essa dovrebbe restare – come detto *supra* per le altre cause di non punibilità in concreto – al di fuori del raggio d'azione dell'art. 8; ciononostante, la giurisprudenza di legittimità ne esclude la rilevanza per l'ente (*idem* della messa alla prova)⁵³.

Ad ogni modo, va tenuto in debita considerazione il fatto che un conto è interrogarsi su quali possano essere le ricadute per l'ente derivanti dal riconoscimento di una causa *lato sensu* di non punibilità riferibile al reato della persona fisica (poiché da quest'ultima posta in essere), un altro è, invece, riconoscere – in via giurisprudenziale o, meglio, legislativa – effetti estintivi per l'illecito dell'ente derivanti da cause di non punibilità previste *ad hoc* per il soggetto giuridico, ascrivibili e realizzate da quest'ultimo, indipendentemente dalla persona fisica, con le proprie risorse e strutture. Il principio di autonomia ex art. 8 regola il primo scenario; di contro, si proseguirà da qui l'indagine prospettica focalizzandosi

52 C. LONGARI, «Esiguità dell'offesa» vs «colpa di organizzazione» nella responsabilità da reato degli enti, p. 171

53 Cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 28.02.2018, n. 9072 (caso Ficule Lucas & C. s.a.s.). Così anche parte della dottrina: vi è chi ritiene che la valutazione di particolare tenuità del fatto comporti la non punibilità del soggetto agente, ma che per l'ente possa configurarsi soltanto, in via residuale, come mera circostanza attenuante ex art. 12, I comma, lett. a) e b); più radicalmente F. CONSULICH, *cit.*, sostiene che il reato presupposto, realizzato in presenza dei requisiti imputativi di colpa organizzativa, non può mai dirsi tenue; A. BERNASCONI, *L'autonomia della responsabilità dell'ente*, in A. PRESUTTI, A. BERNASCONI (a cura di), *Manuale della responsabilità degli enti*, p. 94 sostiene che riconoscere la non punibilità ex art. 131 *bis* c.p. vanificherebbe l'afflato prevenzionistico del sistema "231". *Contra*, A. SCALFATI, *cit.*, auspica un'esportazione della clausola di cui all'art. 131 *bis* c.p. (che reputa più facilmente estendibile all'ente rispetto al 168 *bis* c.p., poiché più oggettiva e meno antropomorfa) e C. PIERGALLINI, *cit.*, condivide la necessità di trasposizione in via legislativa, poiché non vede perché scomodare la giustizia penale nei confronti dell'ente quando il fatto di reato presupposto, di natura bagatellare, non merita sanzione.

sul secondo aspetto: l'idea, infatti, è di un coinvolgimento diretto e autonomo del soggetto giuridico, in quanto tale, nel programma di messa alla prova.

3.2 L'interferenza dei meccanismi premiali previsti dal Decreto (artt. 12, 17, 49 e 50, 65 e 78) con la messa alla prova dell'ente

La punibilità dell'ente, come si è visto, è una categoria resiliente verso l'esterno, anche in virtù del fatto che già sussistono all'interno del Decreto meccanismi premiali *ad hoc*. Non può trascurarsi però l'asimmetria dovuta al fatto che le condotte riparatorie, ai sensi dell'art. 162 *ter* c.p., determinano l'estinzione del reato della persona fisica, mentre i benefici che il Decreto ricollega alle medesime condotte poste in essere dall'ente, ai sensi dell'art. 17 e altri, consistono solo in un'attenuazione della sanzione. In aggiunta, un paradosso, che ha sollevato alcune perplessità in dottrina⁵⁴, è che le condotte di cui all'art. 162 *ter* c.p. sono di regola poste in essere dall'ente stesso, ma vanno a beneficio del solo individuo: sarebbe auspicabile un coinvolgimento nella non punibilità anche del soggetto giuridico.

L'esistenza di istituti premiali specificamente pensati per l'ente, però, comporta delle difficoltà anche nella costruzione e delimitazione della figura di una messa alla prova su misura per il soggetto giuridico: tali istituti infatti, stavolta interni al Decreto,

54 C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, p. 17: "le correlative azioni riparatorie non possono che vedere l'ente come protagonista, dipendendo la loro esecuzione, specie quando comportano un impegno di spesa, una deliberazione degli organi societari o di una funzione dirigenziale. ... In definitiva, l'illecito viene partorito dall'ente e l'ente stesso provvede alla rimozione delle sue cause. L'impossibilità, sancita dalla legge, di coinvolgere l'ente in tali vicende estintive appare, pertanto, ingiustificata"; anche R. BARTOLI, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco*, p. 12: "Quando però l'effetto estintivo della responsabilità è connesso a determinati comportamenti, la totale irrilevanza degli stessi nei confronti dell'ente non ha senso, anche perché si possono verificare vere e proprie disparità di trattamento. Non solo, ma rispetto ad esempio alle condotte riparatorie, è ben possibile che ad adempiere sia l'ente, più che la persona fisica, come può accadere per i reati ambientali oppure per i reati tributari".
In R. BARTOLI, *Un'introduzione alla responsabilità punitiva degli enti*, p. 16 però l'Autore precisa che la messa alla prova – a differenza di un istituto estintivo fortemente oggettivo e compensativo come quello ex art. 162 *ter* c.p., la cui operatività può riversarsi sull'ente – rientra, invece, in una categoria di "istituti in cui il coinvolgimento della persona fisica è così significativo, che non avrebbe senso ribaltare la loro operatività sull'ente, mentre sarebbe possibile e auspicabile prevedere una disciplina che possa riconfigurare l'istituto calibrandolo sulle specifiche esigenze dell'ente".

interferiscono non solo con il tentativo di estendere in via giurisprudenziale la disciplina ex art. 168 *bis* c.p. e seguenti all'ente, ma rendono problematica persino l'introduzione in via legislativa di una nuova figura (stante il rischio di sovrapposizione di quest'ultima con gli strumenti riparativo-rieducativi già previsti).

Prima di tentare di definire il perimetro di una messa alla prova dell'ente, dunque, si rende necessario richiamare, per tenere a mente, quali sono le forme di premialità già esistenti nel Decreto.

Nel sistema "231" la premialità rimanda alla struttura e alla funzione dell'impianto sanzionatorio: il premio, che fa da contraltare a un approccio legislativo che ostenta muscolarità, è collegato a condotte riparatorie – risarcimento del danno, eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, eliminazione delle carenze organizzative, messa a disposizione del profitto per la confisca – comportanti una sensibile attenuazione della sanzione pecuniaria e l'inapplicabilità della sanzione interdittiva. "Il post-fatto si staglia come un *controvalore* idoneo a compensare il disvalore oggettivo e soggettivo del fatto. La riduzione delle sanzioni appare dunque *cofunzionale* agli scopi delle stesse, poiché orientata sul bene giuridico protetto e vicina a quest'ultimo"⁵⁵.

Nel Decreto la valorizzazione dei modelli compensativi dell'offesa è trasversale: può esplicare effetti già nella fase procedimentale-cautelare (artt. 49 e 50), ha il suo cuore nella disciplina degli articoli 12 e 17, relativi alla fase pre-dibattimentale (art. 65), ma si estende anche al momento esecutivo (art. 78).

L'art. 12, ai commi II e III, infatti, prevede una significativa riduzione della sanzione pecuniaria nell'ipotesi in cui l'ente si attivi, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, per l'integrale risarcimento del danno e per l'eliminazione delle conseguenze oppure per la predisposizione e implementazione di un modello *post factum* (la riduzione è da un terzo alla metà al ricorrere di una delle due condizioni alternative; in caso concorrano entrambe, la sanzione è ridotta dalla metà a due terzi).

L'art. 17, comma I, poi, pur mantenendo ferma l'applicazione della sanzione pecuniaria, consente di evitare l'applicazione di quella interdittiva al ricorrere delle

55 C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, p. 530 ss.

seguenti condizioni cumulative: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) l'ente 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; c) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

L'interesse alla riparazione di cui all'art. 17 emerge in più punti del Decreto e testimonia l'impostazione specialpreventiva e rieducativa del medesimo. Infatti, ai sensi dell'art. 65, l'ente può ottenere, prima dell'apertura del dibattimento, la sospensione del processo al fine di provvedere alle attività di cui sopra (previa dimostrazione di essere stato nell'impossibilità di effettuarle in precedenza e previo versamento di una cauzione). Per la realizzazione delle condotte riparatorie ex art. 17, inoltre, l'ente può ottenere, già in sede cautelare, innanzitutto la sospensione delle misure interdittive applicate provvisoriamente, ex art. 49 (ove è richiesta una cauzione ed è prevista la fissazione di un termine massimo per l'adempimento), e poi la revoca delle stesse, ex art. 50 (una volta realizzate le condotte riparatorie). Infine, la realizzazione delle condotte riparatorie può assumere rilevanza persino se tardiva, potendo per tale ragione l'ente chiedere (ai sensi dell'art. 78), entro venti giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza, la conversione della sanzione amministrativa interdittiva in sanzione pecuniaria.

Richiamati i punti di emersione della premialità nel Decreto, non sembrano insormontabili i presunti rischi di sovrapposizione tra questi meccanismi e la previsione di una forma di *diversion* per l'ente. Infatti, in prospettiva *de lege ferenda*, delimitandone bene i confini, l'introduzione di una messa alla prova dell'ente si giustifica, senza dubbio, per autonomia concettuale e applicativa.

In primo luogo, se è vero che il meccanismo di cui all'art. 49 è stato preso come spunto per l'ideazione della nuova figura, quest'ultima avrebbe un'autonoma funzione oltre che un diverso contesto procedimentale di riferimento: l'art. 49 opera, difatti, in sede cautelare al ricorrere dei presupposti tipici (i gravi indizi di colpevolezza e l'esigenza cautelare di evitare la reiterazione dell'illecito); la messa alla prova, invece, riposa su una delibazione preliminare di insussistenza dei presupposti

per il proscioglimento immediato ex art. 129 c.p.p. e, al contrario delle misure cautelari, sulla prognosi negativa in merito al rischio di recidiva.

In secondo luogo, se è vero che sotto il profilo contenutistico vi è un evidente aggancio alle condotte riparatorie ex art. 17 o 12, la sovrapposizione è solo parziale. Nella costruzione di una forma di *probation* giudiziale per l'ente è possibile, e necessario, individuare esattamente gli elementi costitutivi del programma di prova; in esso le condotte riparatorie già previste nel Decreto sono destinate a confluire, come parte di un più ampio disegno riparativo-rieducativo, atto a giustificare un maggior beneficio (l'estinzione dell'illecito, assorbente la mera attenuazione sanzionatoria ad oggi prevista) proprio in virtù del maggior impegno richiesto. In aggiunta, l'art. 65 già contempla un'ipotesi di interruzione dell'*iter* processuale, una "*diversion* processuale in piena regola che, precorrendone addirittura i tempi, conferma, ulteriormente, la atavica compatibilità dell'istituto"⁵⁶ con il rito *de societate*. Da ultimo, l'art. 17 accorda la riduzione di pena a fronte dell'adozione del modello *post factum*, mentre la messa alla prova dell'ente dovrebbe – secondo la dottrina maggioritaria – essere riservata alle sole imprese già dotate *ante factum* di un modello, effettivo ma inidoneo e quindi risultato fallimentare, il quale deve essere ripensato dall'impresa in chiave correttiva e migliorativa.

3.3 Il modello del delitto riparato: *restorative justice* prestazionale

Nonostante i profili problematici appena esaminati, si insiste sull'opportunità di una riforma legislativa del Decreto che incida anche sul profilo della premialità, introducendo una forma di messa alla prova su misura per l'ente. Questo si giustifica anche sotto il profilo teorico, in virtù del c.d. modello del "delitto riparato" che si deve, per lo più, all'elaborazione dottrinale di M. Donini⁵⁷.

56 F. CENTORAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto al probation dell'imputato-persona giuridica*, in L. LUPÁRIA, L. MARAFIOTI, G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, p. 206

57 Si vedano M. DONINI, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*; M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*; M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati*

Il diritto penale conosce due tipologie di riparazione: da un lato, la tradizionalissima riparazione dell'offesa in senso tecnico, di rilevanza squisitamente processuale o comunque realizzata in vista di conseguenze da accertare nel processo e, perciò, richiedente la presenza del difensore; dall'altro, la più moderna *restorative justice*, definita interpersonale o relazionale, che è costituita da comportamenti di mediazione penale e riconciliazione con la vittima (la cui presenza è necessaria), ove è centrale la figura del mediatore poiché essa si colloca al di fuori del processo.

Queste due anime testimoniano, anche se in modo differente, l'esistenza di un modello alternativo alla pena-castigo: il "delitto riparato".

Il profilo di riparazione interpersonale è stato recentemente implementato e ravvivato nel nostro ordinamento con la riforma Cartabia (cfr. capitolo III, paragrafo 4.2) ma rimane, cionondimeno, un momento eventuale e volontario, complementare e parallelo alla logica punitiva classica di stampo retributivo (e paradossalmente rischia di consolidarla, poiché il fatto di voler andare incontro alla vittima per soddisfarne le esigenze, essendo questa spesso animata da spirito di vendetta, può voler dire sanzionare in modo persino esemplare). In merito, invece, alla riparazione dell'offesa in senso tecnico – vale a dire: azioni che eliminano gli effetti del reato mediante restituzioni, condotte attive di neutralizzazione di situazioni pericolose o offensive, prestazioni a favore delle vittime o della collettività, forme speciali di recesso attivo, collaborazione processuale, risarcimenti, attività regolate da condoni, sanatorie, indulti, amnistie e grazie condizionate, oblazioni, benefici sospensivi o penitenziari, *etc.* – il panorama normativo è molto vasto ma frastagliato. Entrambe le prospettive forniscono però un appiglio per una più ambiziosa costruzione di una figura di parte generale di "delitto riparato", accanto al delitto tentato⁵⁸, come titolo autonomo o altrimenti come attenuante comune.

economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora fra attualità e trazione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, p. 579 ss.; L'Autore dichiara di aver fatto del modello di delitto riparato la sua "ragione di vita accademica" per un "dovere di testimonianza civile".

58 M. Donini, affermando che "la neutralizzazione dell'offesa *post factum* non è più meritevole di una pena di un tentativo di delitto, ma è a questo al massimo equiparabile, se non anche di disvalore inferiore", propone una disequazione: delitto riparato $\leq$ delitto tentato.

Si tratta di un ripensamento teorico della concezione millenaria e dominante della pena subita, intesa come castigo, secondo il paradigma retributivo⁵⁹. Il modello del delitto riparato va oltre la *restorative justice* interpersonale, poiché essa è da intendersi solo come una parte della nuova figura. Infatti, nella sua dimensione relazionale (ancorata alla vittima), la giustizia riparativa può trovare applicazione in alcuni ambiti soltanto del diritto penale; il delitto riparato invece – meno idealista-buonista e meno umanistico, ma più utilitaristico-economico e molto laico – si apre alla generalità delle fattispecie sanzionatorie (ad esempio anche ai reati senza vittima, nonché ai reati di pericolo, anche astratto). Il modello del delitto riparato introduce l'idea di una pena agita⁶⁰: *in primis* deve darsi all'autore del reato la possibilità di realizzare attivamente un programma riparativo; solo *in secundis*, in via residuale o successiva, gli si può applicare la pena-castigo che viene subita passivamente a titolo di raddoppio del male. La sanzione afflittiva assume il carattere di *extrema ratio*: è necessaria quando non è possibile la soddisfazione o la riparazione. Invece, è proprio la riparazione a dover essere posta all'origine concettuale ed epistemologica della pena⁶¹; quest'ultima andrebbe, infatti, intesa geneticamente in modo diverso a seconda che vi sia stato o meno un percorso riparatorio.

Tradizionalmente la riparazione è concepita come vicenda privatistica e come mero onere, sia poiché non è coercibile sia perché la società, in fondo, non crede che essa possa rappresentare la vera e ordinaria risposta al delitto, dal momento che,

59 Il modello tradizionale retributivo presenta, ad ogni modo, debolezze costitutive insuperabili: esso è ancorato ai principi di proporzionalità e colpevolezza che, di fatto, sono vacui poiché non si sa come debba essere fatta la commisurazione della colpevolezza e quale sia l'unità di misura della proporzionalità (che finisce per dettare un "listino prezzi", richiamando un'espressione di Hegel).

60 M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, p. 589 la definisce "una sanzione che rimane sì negativa, privativa o limitativa di diritti, ma al contempo implica un comportamento attivo del soggetto per la specificità della sua esecuzione".

61 M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, p. 20: " [esiste ancora la]... possibilità di continuare a studiare la teoria del reato prescindendo dalla sanzione? [No,] perché è una separatezza che non fa i conti con la assoluta ascientificità della gestione della questione sanzionatoria, che è il momento più politico e meno scientifico di tutto quanto il sistema. Un *vulnus* che però fa cadere tutto l'impianto, e che quindi ci impone di ricominciare a ricostruirlo dalla fine: ricostruire il sistema penale partendo dalla pena significa ribaltare il modello epistemico della teoria del reato pensata a prescindere dalla sanzione".

quand'anche possibile, essa non può mai bastare: da un delitto non si torna indietro⁶². Eppure, se c'è il fatto tipico e anche la riparazione, non può non cambiare il giudizio complessivo sulla situazione da giudicare: nel processo di cognizione, in prospettiva di determinazione della sanzione, non c'è più solo il fatto tipico, realizzato e accertato, ma c'è anche la condotta successiva di significato antagonista posta in essere dall'autore, che si è messo in gioco nel percorso riparatore-rieducativo (il cui contenuto deve essere tipizzato *ex lege*) addirittura prima della fase esecutiva della pena⁶³. La riparazione dovrebbe essere incentivata, se non addirittura coattivamente indotta, dallo Stato come prima scelta; ciò senza che risulti vanificata la funzione generalpreventiva del precetto penale, dal momento che la pena tradizionale subita resta tale ed è semplicemente declassata a seconda scelta. Un percorso riparativo sarebbe, altresì, più coerente con la previsione di cui all'art. 27, III comma Cost., poiché una pena agita è pur sempre più rieducativa e risocializzante di una pena subita⁶⁴.

Il modello del delitto riparato, come accennato, non manca peraltro di un fondamento normativo giuspositivo; anzi, è un sistema che si sta già allargando⁶⁵. E,

62 Nel senso che la regola codicistica per i delitti è che la riparazione può comportare al massimo un'attenuazione della pena (art. 62 n. 6 c.p.); ciò non vale per le contravvenzioni ove, invece, si ammette che si possa tornare indietro, pagando l'oblazione obbligatoria o discrezionale (vista dalla prospettiva del giudice) ex artt. 162 e 162 *bis* c.p. Non mancano, però, nelle leggi complementari ipotesi di riparazione dell'offesa anche per i delitti.

63 M. Donini ritiene che il processo penale attualmente vigente sia caratterizzato da un singolare carattere bifasico: nel processo di cognizione c'è solo il fatto; nel processo di esecuzione c'è solo l'autore. L'idea di una figura di parte generale di delitto riparato comporterebbe l'introduzione di una "nuova tipicità: fatto + postfatto" da giudicare come titolo autonomo di reato.

64 M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, p. 16: "Il fondamento costituzionale della tutela dei beni risiede negli artt. 2 e 27, comma 3, Cost.: solo una pena che tuteli i diritti fondamentali delle parti del conflitto restaura la frattura del reato, e dunque la pena agita assicura il modello rieducativo-risocializzativo del programma costituzionale. La tutela dei beni deve essere al centro di questo programma ... E in definitiva l'obiettivo è quello della riduzione del male complessivo, per l'autore, per i cittadini che potrebbero comunque essere indagati, e per la vittima: complessivamente, c'è un bilanciamento tripolare in questo senso. ... lo Stato è guardiano delle garanzie, non contraddittore dell'imputato". M. DONINI, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, p. 2042 in nota: "la rieducazione la si è sempre voluta conciliare col castigo. Invece la rieducazione non si attua col castigo come pena subita, ma con la pena agita. L'idea riparativa ne rappresenta una felice espressione".

65 M. DONINI, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, p. 2031: "anche il più ottuso tecnico giuridico, il giurista spesso meno dotato di immaginazione teorica, perché sempre religiosamente aderente al *ius positum*, è ora costretto a registrare questa innovazione che dall'arcipelago delle leggi complementari [in specie il diritto penale economico] è ritornata nel continente del sistema

per quanto in questa sede interessa maggiormente, gli istituti in cui si intravede una forma di pena agita sono proprio, da un lato, quello dell'art. 168 *bis* c.p. (messa alla prova) e, dall'altro, quello del D.lgs. n. 231/2001 (responsabilità degli enti).

Una prima forma di pena agita e riparativa, in verità, può essere rinvenuta nelle logiche processuali negoziali (di derivazione economica, ossia provenienti dalle teorie di *law and economics*) comportanti una soluzione sanzionatoria penale co-definita in via dialogica tra parte pubblica e parte privata, anziché imposta e calata in senso verticistico, qual è ad esempio l'accordo di patteggiamento condizionato al risarcimento. Ritornando, però, ai due istituti di cui *supra*, il modello del delitto riparato emerge con maggior evidenza nella messa alla prova, cui va riconosciuta anche valenza sanzionatoria, ove in fondo la pena agita tiene luogo di quella subita. E il diritto penale economico, dal canto suo, prevede già ampi spazi per la giustizia *lato sensu* riparativa: oggi è forse più facile riparare nell'ambito del sistema della responsabilità degli enti che in altri settori del diritto penale; probabilmente, però, perché ci sono i mezzi economici per farlo. In verità, va sottolineato che la riparazione non è (e non deve essere) il risarcimento; quest'ultimo è, sì, condizionato da differenze di classe (*ergo*, di disponibilità economica) e rischia di generare iniquità, ma la riparazione è un concetto più esteso e capace di concretarsi in varie forme differenti.

Concentrando l'attenzione sul D.lgs. n. 231/2001 (che può essere inteso quale settore pilota nella sperimentazione di logiche alternative a quelle retributivo-statuali), infatti, non può non evidenziarsi che esso obbedisce a una logica generalpreventiva e non è orientato alla pena ma alla *compliance*: ovverosia a osservanza, ottemperanza, collaborazione, conformismo normativo, sicurezza di settore, legalità. In questa prospettiva, il vero obiettivo è evitare il reato e la sanzione: la pena rappresenterebbe il segno tangibile del fallimento del sistema preventivo dei modelli organizzativi e cautelari (*rectius*, cautelativi⁶⁶). Pertanto, in tale

sanzionario codicistico [inondandolo]".

66 Tale precisazione si deve a R. BARTOLI, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco*, p. 12 e 3. L'Autore esprime un'idea sostanzialmente coincidente con quella di M. Donini, anche se in termini differenti (anziché parlare di una pena subita, secondaria, ed una agita, primaria, R. Bartoli parla di un paradigma punitivo reattivo, che è sussidiario, e uno reattivo-premiale, che è primario): "l'attivazione della reazione è soltanto eventuale, perché, in termini proceduralmente anticipati, viene riconosciuta al

sede la logica riparativa sopravanza quella punitiva del diritto penale classico degli adulti⁶⁷: trattasi di una cultura del tutto alternativa – forse proprio per il tipo di autore, privo di un corpo da colpire o animo da dannare – ove dall'illecito si torna indietro in maniera molto concreta, riparando il danno e l'offesa.

Le condotte riparatorie, quindi, come si evince specificamente dal programma di messa alla prova e dall'impianto del sistema "231", assumono un significato a tutti gli effetti sanzionatorio, pur essendo strumento per ottenere l'estinzione del reato o trattamenti più favorevoli⁶⁸ di quelli ordinari: in sintesi, la riparazione è una modalità sanzionatoria, agita, diversa da quella tradizionale, subita. La riparazione dell'offesa, di più, in quanto capace di ridurre o eliminare il danno, consuma una parte del castigo tradizionale e riduce quest'ultimo (la pena-castigo, sussidiaria, viene a consistere quindi nel residuo del delitto non riparato).

soggetto, vale a dire all'indagato, la possibilità di adottare determinati comportamenti al compimento dei quali è collegata l'estinzione del reato. Ecco allora che la reattività è – per così dire – a chiusura di questo particolare meccanismo, mentre la premialità deriva dalla possibilità di un trattamento non penale in quanto consistente in comportamenti/adempimenti/attività con contenuti diversi dalle sanzioni afflittive e che permettono di evitare la conseguenza punitiva". Secondo l'Autore, però, nel sistema della responsabilità degli enti si va oltre; i soggetti giuridici rispondono per un difetto organizzativo cautelativo, non cautelare: cioè una colpa intesa non nel senso penalistico di violazione di regole cautelari e mancato impedimento dell'evento-reato, ma nel senso di mero *deficit* organizzativo nella minimizzazione del rischio-reato; perciò, qui il modello "reattivo-premiale" cede il passo a quello "premiale-preventivo", poiché non c'è nessuna reazione al reato commesso – di cui risponde solo la persona fisica, il cui comportamento criminoso è imprevedibile – essendo quest'ultimo soltanto occasione per verificare la disorganizzazione dell'ente: per l'ente il vero illecito, sanzionato in via interdittiva, consiste nella "eventuale mancata riorganizzazione" indotta; anche in R. BARTOLI, *Un'introduzione alla responsabilità punitiva degli enti*, p. 12 ss.: nella prospettiva premiale "la colpa organizzativa cautelativa ... guarda al futuro ... una eventuale punizione a chiusura del sistema potrà scattare soltanto se l'ente non si riorganizza".

67 C. SCIALLA, *Modelli innovativi di esercizio del potere sanzionatorio, flessibilità della funzione*, p. 5: "la funzione punitiva, che pure fa parte del decreto, è una parte servente, funzionale al raggiungimento di più importanti risultati. La fase di applicazione della sanzione è la soluzione estrema, evitabile, a cui giungono (o dovrebbero giungere) solamente le organizzazioni oramai irrecuperabili".

68 Anche in R. BARTOLI, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco*, p. 5 ss., si evidenzia che "non si può parlare di vera e propria non punibilità, o meglio, nel momento in cui si attiva il meccanismo l'esito è di non punire nel senso che non si applicano le pene minacciate, ma il soggetto compie comunque determinate attività e quindi sottostà a certe conseguenze sanzionatorie. A ben vedere, la logica sottesa finisce per essere quella di una vera e propria depenalizzazione in concreto, proprio perché l'esito non è la non punibilità *tout court*, ma piuttosto una risposta sanzionatoria diversa da quella penale". In particolare, proprio le condotte riparatorie previste negli istituti di messa alla prova e nel Decreto manifestano una afflittività significativa e soggettiva (incidendo su diritti e libertà del soggetto), ancorché in assenza di un accertamento del fatto e della colpevolezza.

In fondo, il modello del delitto riparato è una lettura di una realtà teorico-normativa già esistente: "entrambe le due anime dell'idea riparativa appartengono all'universo composito della riparazione intesa come complesso delle risposte al reato commesso e delle condotte finalizzate alla ricomposizione del rapporto tra autore e vittima, nonché alla ricostituzione degli interessi offesi dal reato, attraverso azioni successive al fatto consumato, ma dirette a rinsaldare il riconoscimento dei valori, nonché al risanamento della sfera degli interessi materiali e di quella dei rapporti tra soggetti attivi e titolari dei beni giuridici offesi o messi in pericolo. ... [Così intesa la riparazione] non è solo la reale prestazione per neutralizzare danno e offesa, ma è anche la visione di un diritto molto più umano e solidale che «ripara» e così si orienta al risultato sociale di una diminuzione complessiva del danno e della sofferenza negativa"⁶⁹.

L'intervento legislativo per cui si propende in questa sede è del tutto auspicabile e coerente con lo *status* evolutivo del sistema, ove la mancata previsione di una messa alla prova per l'ente altro non è che un irragionevole punto di frizione con il modello anche teorico.

3.4 Quale programma per l'ente?

Si è finora dato conto dell'esistenza di non trascurabili limiti interpretativi emersi nel tentativo di estendere la *probation* giudiziale al rito *de societate*, purtuttavia superabili in via legislativa; si è poi rinvenuto un fondamento teorico su cui costruire il nuovo istituto riparativo. In definitiva, stante l'opportunità di introduzione di una messa alla prova degli enti, non resta che individuare un possibile itinerario di configurazione strutturale della fattispecie⁷⁰.

La costruzione di una messa alla prova per l'ente potrebbe muovere dalla disciplina di cui all'art. 49 del Decreto, come detto in precedenza, spostandosi però dal piano cautelare a quello di merito: l'accoglimento dell'istanza avanzata dall'ente

⁶⁹ M. DONINI, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, p. 2041-2042

⁷⁰ Il primo e autorevole contributo dottrinale in tal senso è rappresentato da G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, p. 12 ss.

per la sospensione del procedimento con messa alla prova comporterebbe la sospensione processuale e l'esecuzione di un programma trattamentale, il cui esito positivo estinguerebbe l'illecito facendo fuoriuscire anticipatamente l'ente dal circuito giudiziario (viceversa, l'esito negativo o la revoca della prova determinerebbero la ripresa del giudizio).

Con riguardo ai tempi processuali, già nella fase delle indagini si dovrebbe consentire la formulazione dell'istanza da parte dell'ente (anche su proposta del pubblico ministero) con l'obiettivo di evitare, qualora la pubblica accusa prestasse consenso per la *diversion*, il rinvio a giudizio. Verosimilmente, l'ente indagato sarà indotto a chiedere l'ammissione alla prova se colpito da una misura cautelare, sia al fine di neutralizzare, nell'immediato, la cautela, sia auspicando, in prospettiva, la composizione della vicenda processuale; al contrario, se non fosse disposta la cautela, l'ente che abbia adottato il modello potrebbe ritenere più conveniente attendere la fine delle indagini nella speranza dell'archiviazione e, solo se notificatogli l'avviso di conclusione delle indagini (atto che presuppone che il pubblico ministero abbia giudicato inidoneo il modello), invece valutare di formulare l'istanza di ammissione alla prova. Il termine ultimo, comunque, rimarrebbe – anche per riformulare domande respinte – quello dell'apertura del dibattimento di primo grado.

Per quanto concerne, poi, le condizioni soggettive e oggettive di accesso, il rito dovrebbe essere riservato agli enti che non ne abbiano già usufruito precedentemente, che non siano recidivi e comunque soltanto se già dotati di un modello organizzativo preesistente autentico ed effettivo (anche se valutato inidoneo). Si discute sull'ampiezza dell'ambito oggettivo di applicazione della messa alla prova degli enti: in continuità con l'art. 168 *bis* c.p., essa dovrebbe ammettersi solo per gli illeciti dipendenti da reati meno allarmanti, tuttavia il criterio tradisce un automatismo meccanico poco efficace; al contrario, è innegabile il beneficio che si avrebbe – anche in termini di prevenzione – riconoscendo la possibilità di *diversion*

per tutte le fattispecie di illecito⁷¹ (come, peraltro, avviene nell'ambito della giustizia minorile).

Al ricorrere dei presupposti, la richiesta dovrebbe essere accolta dal giudice solo se, da un lato, non dev'essere pronunciata sentenza di proscioglimento immediato ex art. 129 c.p.p. e, dall'altro, se si è in grado di formulare una prognosi positiva sull'intento e la capacità di riorganizzazione virtuosa dell'ente (da desumersi dalla serietà dell'istanza, corredata da un programma, e dallo storico dell'impresa).

Una volta ammesso alla prova, l'ente sarebbe chiamato all'esecuzione del programma trattamentale definito di concerto con l'UEPE e approvato dal giudice. Per quanto riguarda il contenuto del programma, alla ristrutturazione del modello e alle condotte riparatorie (già previste dall'art. 17 del Decreto) dovrebbero essere aggiunti obblighi ulteriori – corrispettivi del lavoro di pubblica utilità degli adulti – che, come si è avuto modo di apprezzare nella prassi (cfr. capitolo II, orientamento estensivo), possono consistere in varie iniziative organizzate dall'ente, con le proprie risorse, destinate ad andare a beneficio della collettività: attivazione di corsi di sicurezza interni (per lavoratori) e/o esterni (per studenti, in collaborazione con gli istituti scolastici e universitari); istituzione di corsi di formazione gratuita, non solo di base e di natura pratica-applicata, ma anche teorica e generale ad esempio in materia finanziaria-tributaria e/o regolatoria-giuridica; sostegno all'operato di enti religiosi o benefici, organizzazioni sociali, sanitarie e di volontariato; fornitura di prodotti realizzati nell'ambito dell'impresa, di qualunque genere (ad esempio generi alimentari, oggetti manifatturieri, servizi e programmi digitali, *etc.*), a beneficio di strutture pubbliche quali scuole, ospedali, organi giudiziari, uffici, biblioteche, musei, aree verdi; attività in collaborazione con enti pubblici locali, per restituire alla collettività i costi che la medesima ha dovuto sopportare per effetto della commissione di reati, quali i costi umani e sociali derivanti da un infortunio su luoghi di lavoro non a norma oppure le ricadute negative prodotte da una violazione ambientale o fiscale.

⁷¹ In questo senso, tra i tanti, M. COLACURCI, *L'illecito riparato dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistica nel d.lgs. n. 231/2001*, p. 386 (l'Autore precisa, poi, che "l'unica eccezione dovrebbe essere rappresentata dall'impresa intrinsecamente criminale per come definita all'art. 16, co. 3 del Decreto").

Degno di nota un caso di diversione processuale occorso negli Stati Uniti, concretatosi in un *deferred prosecution agreement* fra il Governo americano (l'*Attorney Office* del Dipartimento del New Jersey in particolare) e la società Bristol-Myers Squibb, in cui è stato previsto, tra le varie prescrizioni del programma, anche l'obbligo di versare una consistente somma di denaro a un'università per l'attivazione di una cattedra in *Business Ethics and corporate governance*. Nello specifico, a pagina 6, § 20, dell'accordo, si legge che la "*BMS shall endow a chair at Seton Hall University School of Law dedicated to the teaching of business ethics and corporate governance, the position shall include conducting one or more seminars per year on business ethics and corporate governance [...] that members of Bristol Myers's executive and management staff, along with representatives of the executive and management staffs of other companies in the New Jersey area, may attend*". Prescindendo da alcuni profili di biasimo inerenti la vicenda specifica⁷², per quel che interessa in questa sede non possono che evidenziarsi la pertinenza e l'importanza di una scelta trattamentale comportante l'istituzione di un corso universitario dedicato all'etica d'impresa: rivolgersi ai giovani nell'ambito della formazione scolastica significa, infatti, coltivare il terreno ideale per diffondere e radicare una cultura (d'impresa, ma più in generale anche sociale e civica) ispirata a legalità, onestà, correttezza; trattasi, invero, del modo più proficuo possibile in cui fare prevenzione. L'educazione è, innegabilmente, il miglior strumento per un cambiamento: educare alla legalità significa porre le fondamenta per progredire verso una società più giusta e libera.

Non coglie nel segno la critica avanzata da chi individua nel programma sviluppato per l'ente una forma di monetizzazione della sanzione, dal momento che l'alternativa sarebbe l'indefettibile sanzione pecuniaria (verso cui converge spesso, in fondo, anche la sanzione interdittiva, proprio tramite i meccanismi di premialità già previsti dal Decreto). È vero che per l'ente, in fin dei conti, in concreto è indifferente

⁷² Il caso viene spesso citato, infatti, come esempio negativo, per evidenziare il rischio di ingerenza nelle scelte aziendali e l'eccesso di discrezionalità dei *prosecutors* nella definizione dei contenuti dei programmi di accordo (cfr. *Deferred prosecution agreement*, tra Bristol-Myers Squibb Co. – indagata per reati di falso societario – e *U.S. Attorney Office* del New Jersey, del 15 giugno 2005, <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/14272/000119312505125970/dex992.htm>), essendoci stato un conflitto di interesse poiché l'università individuata nell'accordo si è poi rivelata essere l'*alma mater* del *prosecutor* che l'ha formalizzato.

a che titolo viene effettuato l'esborso – che, essendo un costo d'impresa, a essere onesti può essere peraltro anche traslato all'esterno tramite l'aumento del prezzo dei propri prodotti – ma che si tratti di una sanzione pecuniaria o di un programma di messa alla prova non è indifferente per il sistema e per la collettività. Soltanto dal punto di vista sì pragmatico-economico, ma individualistico, dell'impresa chiamata all'esecuzione del programma, quest'ultimo si riduce all'impiego di somme di denaro non dissimilmente da quel che accade con il pagamento della sanzione pecuniaria. Allargando invece lo sguardo alle altre imprese e al sistema economico nel suo complesso, nonché agli individui e alla comunità, la differenza è lampante: la sanzione pecuniaria è un'imposizione che aggiunge male al male, in negativo, che chiude in se stessi e ingenera rancore; al contrario, il programma di messa alla prova si apre all'esterno e ad altri soggetti, in positivo, realizzando del bene. La messa alla prova tende al futuro, interessandosi, dapprima, alla rieducazione dell'impresa colpevole e, al contempo, alla costruzione di un'intera realtà economico-sociale incardinata verso la legalità.

Perplessità sono state manifestate anche a proposito dell'affidamento dell'ente al servizio sociale, dubitando della sostenibilità di un tale disegno e dell'adeguatezza delle strutture dell'UEPE (calibrate per seguire la definizione e l'esecuzione del programma dell'individuo e, perciò, prive della necessaria professionalità richiesta per portare avanti un'efficace riorganizzazione d'impresa e revisione del modello) e arrivando persino a ipotizzare a quali altri soggetti terzi demandare le funzioni che tale ufficio svolge per le persone fisiche⁷³. Tuttavia, previa garanzia di un aumento di risorse economiche e umane destinate agli uffici competenti, è pienamente ipotizzabile che anche il soggetto giuridico sia preso in carico dall'UEPE e si interfacci con questo ufficio, mantenendo contatti continuativi per mezzo del proprio

73 P. DI GERONIMO, *L'estensione all'ente della disciplina in tema di tenuità del fatto, messa alla prova ed estinzione del reato per condotte riparatorie*, p. 64: "una possibile soluzione potrebbe essere quella di consentire al giudice di provvedere, mediante perizia, ad individuare le carenze organizzative ed indicare all'ente l'oggetto dell'intervento richiesto per superare positivamente la messa alla prova. In alternativa, potrebbe valorizzarsi l'istituto – già previsto dal d.lgs. 231/2001 – del commissario giudiziale". Secondo G. FIORELLA, *Dall'individuo all'ente: sui limiti dell'osmosi nella "materia penale". A proposito della messa alla prova*, p. 54 sarebbe preferibile "indirizzare l'ente verso organismi privati specializzati che siano già esistenti o la cui costituzione venga promossa per lo scopo specifico (sia nell'uno che nell'altro caso, potrebbe trattarsi di associazione di categoria accreditate presso il Ministero della giustizia)".

rappresentante legale ex art. 39 del Decreto. In aggiunta, risulta comunque degna di seguito l'idea di consentire la nomina da parte dell'organo giudicante di un commissario giudiziale (non dissimile dal *monitor* degli accordi anglo-americani⁷⁴) che, al di fuori dei casi già previsti dagli artt. 15 e 45⁷⁵, sia parimenti investito della gestione – *rectius*, della supervisione della gestione autonoma – dell'ente e al quale sia affidato l'essenziale compito di individuare le carenze organizzative per l'adeguamento della struttura societaria, in ottica di prevenzione del rischio di recidiva, e infine di vigilare l'attuazione delle prescrizioni (pur sempre nei limiti dei poteri e compiti analiticamente indicati nell'ordinanza che ammette l'ente alla prova, emessa da parte del giudice cui è necessario riferire periodicamente).

Decorso il periodo di sospensione del procedimento con messa alla prova, il giudice sarebbe chiamato a dichiarare con sentenza estinto l'illecito se, tenuto conto del comportamento dell'ente e del rispetto delle prescrizioni stabilite nel programma (sulla base della relazione finale dell'UEPE e delle ulteriori informazioni acquisite dal commissario), si ritiene che la prova abbia avuto esito positivo.

3.5 Ipotesi di un nuovo art. 17: graduazione degli esiti in funzione dell'entità della riparazione

L'esigenza di una riforma correttiva e migliorativa del D.lgs. n. 231/2001 è, ad oggi, da più parti percepita nella sua non procrastinabilità.

Nonostante la formale vigenza del Decreto da oltre due decenni, è innegabile che qualcosa non abbia funzionato – o quanto meno, non come avrebbe dovuto –

74 S. VISCONTI, *L'ente tra sanzione e rieducazione. Una prospettiva comparata*, p. 10; anche T.E. EPIDENDIO, *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, p. 154 e M. COLACURCI, *L'illecito riparato dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistica nel d.lgs. n. 231/2001*, p. 389

75 L'art. 15 del Decreto prevede che il giudice possa disporre la prosecuzione dell'attività di un ente tramite commissariamento, nonostante la sussistenza dei presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva, per l'intera durata di quest'ultima, se "l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività" oppure "l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione" o, da ultimo (ipotesi rilevante anche in sede cautelare ex art. 45), se "l'attività è svolta in stabilimenti industriali o parti di essi dichiarati di interesse strategico nazionale".

nella materia della responsabilità da reato degli enti: la principale contraddizione emerge constatando che, malgrado l'attenzione del legislatore per la normativa *de qua*, la sua applicazione nella prassi è di molto inferiore alle aspettative. Il sistema di *compliance*, che costituisce il cardine della scommessa legislativa di contrasto alla criminalità economica, rischia di implodere a causa della discontinuità nell'apertura dei procedimenti a carico degli enti, dell'incertezza negli orientamenti interpretativi e applicativi (ad esempio in tema di elementi costitutivi della fattispecie, quali l'interesse o vantaggio dell'ente e, soprattutto, l'elusione fraudolenta del modello ex art. 6) e, quindi, in ragione della difficoltà per gli enti di prevedere le conseguenze della condotta illecita.

L'impianto generalpreventivo della disciplina rischia di essere frustrato dal fatto che le imprese ignorino l'entità del rischio sanzionatorio per il reato commesso o, peggio, consciamente decidano di commettere il fatto in violazione della legge penale dal momento che "l'utilità derivante dalla condotta criminale eccede la disutilità connessa alla «sanzione attesa»"⁷⁶. Essendo l'ente un decisore economico razionale, esso evita la condotta criminosa soltanto se non profittevole, ovvero se collegata a un'alta probabilità di irrogazione di sanzioni del cui elevato ammontare è possibile fare un'attendibile previsione. A fronte di una prassi applicativa pressoché inesistente e, comunque, incerta, è messo completamente in crisi il circolo virtuoso di prevenzione e legalità che il Decreto vorrebbe innescare: la criminalità diventa la scelta più vantaggiosa per l'impresa, sulla base di una fredda valutazione di convenienza economica. Da qui l'ineludibile necessità di una riforma, oltre che di un'imprescindibile iniezione di nuova vitalità applicativa al D.lgs. n. 231/2001.

La mancata adozione dei modelli di *compliance* da parte delle imprese, che incrina e svisciva la *ratio* del Decreto, si deve alla prassi di mancata o aleatoria apertura di procedimenti a carico delle stesse – preferendo i pubblici ministeri continuare a occuparsi soltanto delle persone fisiche, per non complicare e allungare i tempi delle indagini o perché abituati a vedere l'impresa nel processo penale solo nel tradizionale ruolo di responsabile civile – e si spiega in virtù della conseguente impossibilità per l'ente di prevedere la sanzione attesa. Non solo, un punto critico del

76 T.E. EPIDENDIO, *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, p. 146

sistema vigente è rappresentato dalla valutazione di idoneità dei modelli adottati *ante delictum* quali parametri per misurare la colpa organizzativa dell'ente.

L'adozione del modello *ante factum*, pur essendo in via teorica la miglior espressione della logica del sistema "231", ha dato prova di non premiare in concreto: tendenzialmente le imprese, che pur abbiano investito – anche economicamente – nell'adozione del modello, una volta sottoposte a procedimento penale, vengono sanzionate poiché il modello è giudicato inidoneo a prevenire il rischio di commissione del reato (spesso per il solo fatto che quest'ultimo si è verificato). "Tra gli operatori del diritto e presso le realtà aziendali si percepisce un diffuso scetticismo circa l'effettiva capacità del *compliance program* di esercitare una funzione *lato sensu* esimente della corresponsabilizzazione dell'ente"⁷⁷. Allo stato, dunque, per le imprese non vi sono grandi incentivi di convenienza né economica né, soprattutto, processuale ad adottarlo. L'aspetto più critico è rappresentato, come accennato, dal procedimento valutativo circa l'idoneità del modello a fungere da esimente – sotto il profilo della mancanza di colpevolezza – per la responsabilità da reato dell'ente. *In primis*, a incidere fortemente sulla sfiducia delle imprese è l'assenza normativa di parametri prefissati e oggettivi in ordine ai contenuti e alle modalità di costruzione del modello, affinché esso possa ritenersi, con sufficiente grado di probabilità, idoneo e sia, perciò, capace di fungere da scudo al coinvolgimento delle stesse società nel procedimento penale. Opportuno sarebbe introdurre uno standard nazionale autorevole di riferimento per i contenuti minimi (quindi dei protocolli-tipo per categorie di imprese); ancora, si potrebbe immaginare una sorta di certificazione, per il tramite di professionisti terzi e imparziali, preventiva all'adozione. *In secundis*, incertezza e delusione derivano dalla prassi giurisprudenziale sviluppatasi in tema di valutazione di idoneità del modello

⁷⁷ M. TAMMARO, *Il punto di vista delle società sulle prospettive di riforma del d.lgs. 231/2001: l'indagine empirica condotta da Tim s.p.a. con l'Università degli Studi della Tuscia*, p. 234; dall'indagine è emerso che, paradossalmente, è possibile parlare di una convenienza riscontrata dalle imprese che hanno adottato un modello *ante factum* con riguardo ai numerosi "vantaggi anche di più ampio respiro rispetto alla sola logica disegnata dal sistema 231": dalla riduzione del rischio di sanzioni per non conformità alla legge, al beneficio reputazionale e d'immagine (per buona *governance*, credibilità, affidabilità, responsabilità sociale); dalla razionalizzazione dei processi interni di controllo, al contenimento dei costi complessivi tramite una *compliance* integrata (detta anche *multi-compliance*) a tutti i vari aspetti dell'attività d'impresa per cui è richiesta l'adozione di un sistema aziendale a garanzia della conformità normativa.

organizzativo a prevenire il rischio specifico (in quanto ragionevolmente prevedibile, per il tipo e modo in cui l'attività d'impresa viene svolta) di commissione del reato; tale operazione valutativa, che dovrebbe farsi in un'ottica prognostica *ex ante*, "comporta sicuramente profili di assoluta novità rispetto ai consueti ambiti del giudizio penale"⁷⁸ ma nella prassi finora è stata semplificata, al limite di una banalizzazione affatto gradita alle imprese, in un automatismo *ex post* per cui la stessa commissione del reato è indice di inidoneità del modello.

Al contrario, "il modello che finora ha sortito qualche effetto positivo è quello *post factum*"⁷⁹. Avanzando sulla scia degli istituti del Decreto che hanno funzionato, quindi, l'introduzione in via legislativa di una messa alla prova dell'ente è tutt'altro che peregrina: l'apprezzata premialità del modello *post factum* risulterebbe essere, nella nuova fattispecie, ancorata ai procedimenti speciali su base consensuale, che parimenti hanno funzionato bene fino ad oggi nel rito *de societate*; vi è di più: anche il modello *ante factum* acquisirebbe nuova linfa, in quanto elevato a nuovo presupposto imprescindibile per l'accesso alla messa alla prova dell'ente, rinvigorendo in tal modo la funzione di *compliance* del Decreto.

Ad oggi, non si può che concordare sul fatto che "ogni prospettiva di riforma del d.lgs. 231/2001 – al di là di questo o quello specifico intervento di *maquillage* normativo, su vari aspetti della disciplina, che a più riprese è stato proposto – non può dunque prescindere da una più radicale esigenza innovativa, connessa alla introduzione di strumenti di «diversione», che consentano di ridurre il numero dei casi in cui gli enti subiscono il processo, senza pregiudicare la finalità, soggiacente alla disciplina del decreto, di orientare le determinazioni imprenditoriali lontano da condotte criminali in base alla stessa logica economica che presiede l'attività d'impresa"⁸⁰.

Con riguardo alla tecnica legislativa, per l'introduzione della nuova fattispecie si prospettano almeno tre diverse modalità: una vera e propria "sospensione del procedimento con messa alla prova", mantenendo lo stesso nome di quella delle

78 P. DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi post factum ed il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari*, p. 260

79 R.A. RUGGIERO, *Il futuro della responsabilità degli enti e la valorizzazione del modello post factum mediante un nuovo rito speciale*, p. 3386 ss.

80 T.E. EPIDENDIO, *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, p. 149-150

persone fisiche (adulti e minori) e disciplinandola *per relationem*, da inserire tra i riti speciali nella sezione VI del capo III del Decreto; un nuovo art. 8 *bis* rubricato “estinzione dell’illecito amministrativo”, come suggerito dal Tavolo tecnico per la riforma del D.lgs. n. 231/2001 di cui *infra*; oppure una modifica dell’art. 17 nel senso di una graduazione degli esiti premiali in funzione dell’entità della riparazione.

Più nel dettaglio, pur essendo una mera questione di tecnica legislativa (quasi un formalismo) e non di sostanza, la prima soluzione pare poco opportuna in un contesto quale è quello attuale, ove la giurisprudenza nel suo massimo consesso si è espressa nel senso dell’incompatibilità della messa alla prova delle persone fisiche con la natura giuridica degli enti e del Decreto. Nonostante si tratti di introdurre, del tutto legittimamente e conformemente a Costituzione, una nuova fattispecie di diversione processuale, disegnata *ad hoc* sulle specificità della responsabilità amministrativa da reato e del soggetto giuridico, è da evitare il rischio che la novella venga percepita come difficilmente digeribile e venga osteggiata in concreto per il solo *nomen iuris*, il quale porta con sé una ingiustificata ma comprensibile diffidenza.

Passando alla seconda ipotesi, va ricordato che con decreto ministeriale del 7 febbraio 2024 è stato istituito, presso l’Ufficio di Gabinetto del Ministero della Giustizia, il “Tavolo tecnico per la revisione della disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche”⁸¹, con il compito di individuare una “concreta prospettiva” di riforma del D.lgs. n. 231/2001, finalizzata a superarne le criticità. Stante il pieno riconoscimento del valore e della modernità del Decreto che, sebbene minacci sanzioni temibili, in realtà non è ispirato da una assorbente volontà punitiva, ma è permeato da una forte vocazione preventiva, si è voluto confermarne la filosofia

81 Il Tavolo tecnico, coordinato dal dott. Giorgio Fidelbo (presidente di sezione della Corte di Cassazione) e composto da esperti della materia, provenienti dall’accademia, dall’avvocatura e dalla magistratura, ha iniziato i suoi lavori il 12 giugno 2024 e li ha completati il 30 ottobre 2025. Nel corso dei lavori sono state disposte anche audizioni di associazioni da sempre particolarmente sensibili alle istanze di riforma della disciplina della responsabilità da reato degli enti (Confindustria, Confcommercio, Assonime, Associazione Organismi di Vigilanza e Osservatorio Nazionale 231, Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili) che hanno offerto interessanti contributi, anche scritti, alla discussione. Costanti e proficui sono stati anche i rapporti con le istituzioni, in particolare in persona del dott. Vittorio Corasaniti (vice capo di Gabinetto), che ha assicurato la migliore organizzazione dei lavori. Nel dicembre 2025, il Ministro della Giustizia Carlo Nordio ha ricevuto il Coordinatore G. Fidelbo, che ha consegnato il risultato del lavoro svolto, consistente in una proposta di modifica della disciplina sulla responsabilità amministrativa dei soggetti giuridici.

e implementarne la vocazione alla *compliance*, anche valorizzando le forme di premialità dell'ente.

Nella relazione conclusiva dei lavori, si dà atto che "all'interno della stessa disciplina del decreto 231 sono già presenti meccanismi premiali che si muovono nell'ottica della «messa alla prova» e che vanno incentivati e modellati con riferimento alle caratteristiche del soggetto collettivo"⁸². Tuttavia, da un lato si dice che "è da escludere ... l'estensione dell'effetto estintivo derivante dal buon esito della «messa alla prova» (art. 168-*ter* c.p.)"⁸³ svolta dalla persona fisica; dall'altro, stante l'imperativo negativo delle Sezioni Unite La Sportiva, si conclude che non è nemmeno ipotizzabile una trasposizione della disciplina pensata per la persona fisica a quella giuridica. L'idea, dunque, è di un "nuovo art. 8-*bis*, intitolato «*Estinzione dell'illecito amministrativo*»"⁸⁴ con cui "si propone una sorta di rivitalizzazione del modello *post factum* attribuendogli, a determinate condizioni, l'effetto di escludere la responsabilità

82 Relazione conclusiva e proposta di articolato, formulata dal Tavolo tecnico, p. 23

83 *Ibi*, p. 19 (sull'autonomia della responsabilità dell'ente ex art. 8 del Decreto)

84 Articolo 8-*bis* - Estinzione dell'illecito amministrativo dell'ente

1. *L'ente che, prima della commissione del reato, ha adottato ed attuato il modello di organizzazione e di gestione può chiedere al giudice, entro novanta giorni dalla notifica dell'avviso di conclusione dell'indagine preliminare, un termine per eliminare le carenze del modello riscontrate dal pubblico ministero che hanno determinato o agevolato la commissione del reato. La richiesta, che va comunicata al pubblico ministero, deve contenere una proposta riorganizzativa del modello, nonché l'offerta dell'eventuale risarcimento del danno, l'indicazione delle attività che l'ente si impegna a svolgere per eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato e la messa a disposizione del profitto eventualmente conseguito dalla commissione del reato.*

2. *Il giudice fissa un'apposita udienza per valutare l'idoneità della proposta riorganizzativa e per indicare eventuali ulteriori interventi volti ad eliminare le carenze del modello. Si osservano le forme dell'articolo 127 del codice di procedura penale e il giudice, ove lo ritenga necessario, può nominare un perito.*

3. *All'esito dell'udienza il giudice, se accoglie la richiesta, dispone, con ordinanza, la sospensione del procedimento nonché delle misure cautelari eventualmente disposte e fissa il termine entro il quale deve essere realizzata l'integrazione del modello e adempiute le condotte riparatorie, determinando una somma di denaro a titolo di cauzione come previsto dall'art. 49 comma 2.*

4. *Se nel termine indicato o prorogato risultano realizzate le attività previste nel comma 3, il giudice, sentiti in un'apposita udienza il pubblico ministero e le altre parti, dichiara con sentenza l'estinzione dell'illecito amministrativo contestato all'ente, disponendo la confisca del profitto messo a disposizione.*

5. *La sospensione del procedimento è immediatamente revocata in caso di mancata o incompleta esecuzione delle attività di cui al comma 3 nel termine indicato o prorogato dal giudice.*

6. *Se il giudice rigetta la richiesta, l'ente la può riproporre non oltre la dichiarazione di apertura del dibattimento. In tale evenienza, se il giudice la accoglie, si osservano le disposizioni previste nei commi 2, 3, 4 e 5.*

7. *In caso di illecito amministrativo dipendente da delitto l'estinzione non può essere dichiarata più di due volte.*

dell'ente"⁸⁵. La nuova causa estintiva dell'illecito si fonda, infatti, sulla convinzione che "il modello *post factum* segue e completa il modello organizzativo di cui l'ente si è già tempestivamente dotato e che è stato ritenuto «parzialmente inidoneo»": la richiesta di sospensione del procedimento – sia di merito che cautelare – deve essere corredata da una proposta (sulla cui serietà il giudice sarà chiamato a pronunciarsi, tramite una prognosi futura di capacità di rientro nella legalità) volta alla riorganizzazione o alla integrazione del modello preesistente, imprescindibile per l'accesso al beneficio, oltre che comprensiva del risarcimento del danno e della messa a disposizione del profitto.

Per come è configurato, il nuovo art. 8 *bis* "è, in sostanza, una messa alla prova disegnata per l'ente, in cui vocazione preventiva ed esigenza premiale trovano una sintesi"⁸⁶. Ad ogni modo, non può non rilevarsi che il beneficio estintivo è immediatamente riconosciuto a fronte di un impegno abbastanza blando, dal momento che il programma è incentrato solamente sul *restyling* del modello. Che un tanto possa bastare? Forse no. Non vi è alcuna previsione di attività riparative a beneficio della collettività. Proprio queste ultime, invece, dovrebbero giustificare il maggior beneficio (estintivo, anziché attenuante) in un'ottica non soltanto preventiva, rivolta all'interno dell'impresa incolpata, ma anche riparativo-rieducativa, tendente all'esterno e coinvolgente gli *stakeholders* e la comunità⁸⁷.

Per questa ragione, nonostante il merito di aver portato avanti il tema della premialità estintiva dell'illecito, il nuovo art. 8 *bis* non convince del tutto. D'altra parte, la proposta di riforma suggerita in questa sede è di un arricchimento dell'art. 17, oggetto di possibile interpolazione in quanto norma simbolo della premialità

85 Relazione conclusiva e proposta di articolato, formulata dal Tavolo tecnico, p. 24 ss.

86 *Ibi*, p. 25

87 M. COLACURCI, *L'illecito riparato dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistica nel d.lgs. n. 231/2001*, p. 392: "l'ausilio di vittime *lato sensu* intese e *stakeholder* nella determinazione delle condotte riparatorie risulta apprezzabile anche nell'ottica di rinforzare un legame tra la fase preventiva e quella riparatoria". Anche G. FIORELLA, *Dall'individuo all'ente: sui limiti dell'osmosi nella "materia penale". A proposito della messa alla prova*, p. 54: "tali iniziative, eventualmente definite d'intesa con le associazioni maggiormente rappresentative degli interessi lesi dal reato, si inserirebbero nel quadro di una più ampia opera di 'risocializzazione' dell'ente, adempiendo alla medesima funzione che, con riferimento alla persona fisica, l'ordinamento assegna al lavoro di pubblica utilità e all'attività di volontariato (art. 168 *bis*, co. 2 e 3 c.p.p.)".

all'interno del Decreto, introducendovi una graduazione⁸⁸ degli esiti in funzione dell'entità della riparazione.

Al fine di comprendere la direzione e l'impatto della modifica normativa proposta, va ricordato che a disposizioni vigenti l'ente conosce un'alternativa secca tra l'adottare e attuare efficacemente un modello *ante delictum*, da una parte, e, dall'altra, non adottarlo o attuarlo efficacemente (dal momento che un modello di mera facciata equivale, secondo la giurisprudenza, alla totale assenza del modello). La scelta è decisiva in ordine alle possibili conseguenze che porta con sé: in presenza di un modello *ante factum* autentico ed effettivo, nonché reputato idoneo, l'ente può sperare di andare esente da qualsivoglia sanzione – perché in capo a esso difetterebbe la colpa di organizzazione – purtuttavia al contestuale ricorrere delle ulteriori condizioni di cui agli artt. 6 e 7; al contrario, in totale assenza di un modello, o in presenza di un modello soltanto formale o, ancora, in presenza di un modello ritenuto inidoneo, l'ente sarà ritenuto colpevole e, in quanto responsabile, subirà l'indifettibile sanzione pecuniaria e rischierà altresì l'applicazione della sanzione interdittiva. Nel secondo scenario tratteggiato, ad oggi non può mai venir meno la responsabilità dell'ente e, di seguito, nemmeno la sanzione; il Decreto consente all'ente soltanto di alleviare la pressione sanzionatoria (evitando l'interdizione dell'attività) tramite l'adozione del modello *post factum* e le altre condotte riparatorie di cui all'art. 17.

L'idea di una nuova modulazione dell'art. 17 consiste nell'introduzione di una terza via tra gli estremi ad oggi esistenti: quello del modello *ante factum* valutato idoneo, da un lato, che può escludere la responsabilità dell'ente e, dall'altro, quello del modello *post factum* che può soltanto attenuare la sanzione di un ente colpevole. In presenza di un modello *ante factum* ritenuto inidoneo, l'ente, pur colpevole, potrebbe ambire all'estinzione della responsabilità tramite la riparazione dell'illecito nell'ambito dell'esecuzione di un programma trattamentale (comprensivo delle condotte già previste dall'art. 17, ma arricchito di ulteriori oneri destinati ad andare a beneficio della collettività). "L'ipotesi così delineata consentirebbe ... di premiare con

⁸⁸ In dottrina un'idea embrionale in questo senso è ricavabile dagli scritti di M. CATENACCI, M. COLACURCI, P. DI GERONIMO, M. RICCARDI, M. CHILOSI, E. LA ROSA, C. SANTORIELLO, S. SODANO, G. FIORELLA *et al.*

l'estinzione dell'illecito amministrativo anche una correzione successiva di un modello preesistente giudicato inidoneo⁸⁹.

La nuova fattispecie si deve immaginare come frapposta tra le due ipotesi già esistenti. Si andrebbe così a creare una graduazione di benefici che vanno giustamente a scalare di intensità in ragione dell'entità sia della colpevolezza sia del ravvedimento operoso. Ciò non senza effetti positivi sul sistema "231", dal momento che la nuova modulazione dell'art. 17 – scongiurando qualsiasi presunta sovrapposizione della messa alla prova degli enti con le condotte riparatorie già previste dalla norma del Decreto – rivitalizzerebbe altresì il modello *ante factum* e la funzione di prevenzione su cui il sistema della responsabilità degli enti è imperniato.

L'imprescindibilità di un modello organizzativo *ex ante* al fine di accedere alla *probation* giudiziale risponde a un'esigenza di tenuta del sistema ed è in grado di rinvigorirne la *ratio* ispiratrice di *compliance*. Infatti, "parte integrante del programma individualizzato di trattamento da allegare all'istanza di cui all'art. 464-*bis* c.p.p. dovrebbe essere un progetto concreto di rimozione delle carenze organizzative della società e di *restyling* del preesistente modello di *compliance*, risultato, nei fatti, inidoneo a prevenire il rischio-reato. In tale ottica, l'ente imputato eventualmente richiedente il *probation* verrebbe a sottoscrivere una proposta di percorso «riabilitativo», caratterizzato dalla fattiva adozione *post factum* di protocolli di comportamento e organizzativi, intesi a reinserirlo nel mercato in una rinnovata veste di legalità. E ciò, attraverso la predisposizione di nuove e più efficaci regole cautelari di condotta, rafforzati meccanismi di controllo e vigilanza del proprio operato, nonché di repressione in via disciplinare dei comportamenti antidoverosi⁹⁰.

In buona sostanza, si tratterebbe di un "modello di benefici premiali scalari: rinuncia all'applicazione delle sanzioni interdittive in un caso [quello di mera adozione del modello *ex post*], estinzione dell'illecito nell'altro [quello di *restyling* del modello

89 G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, p. 17

90 F. CENTORAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto al probation dell'imputato-persona giuridica*, in L. LUPÀRIA, L. MARAFIOTI, G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, p. 211

già adottato *ex ante*, accompagnato dalla realizzazione di altre attività riparativo-rieducative nel programma di trattamento]”⁹¹.

Si ribadisce che la preesistenza del modello organizzativo assume carattere dirimente, poiché soltanto “a seguito di parziale mancata adozione o attuazione del modello, l’ente dovrebbe essere messo alla prova per la riorganizzazione, con la conseguenza che se si riorganizza, la responsabilità si estingue in una logica premiale, mentre se non si riorganizza deve essere punito”⁹². L’ente che, al contrario, non abbia adottato – neanche parzialmente – il modello *ante delictum* non potrà che essere punito (almeno con la sanzione pecuniaria, potendo neutralizzare soltanto la sanzione interdittiva per il tramite delle condotte riparatorie, come già previsto dall’art. 17 vigente). Quanto affermato è essenziale per rinsaldare il legame tra il modello *ante factum* e quello *post factum*, tra prevenzione e riparazione; riconoscere il maggior beneficio di potersi sottrarre a qualsivoglia sanzione rende più appetibile per l’ente l’adozione del *compliance program*, e ciò è essenziale in termini di non deresponsabilizzazione delle imprese. Allo stesso modo, si sottolinea nuovamente il fatto che è imprescindibile, nell’ottica del delitto riparato e della *restorative justice*, che il beneficio estintivo sia riconosciuto soltanto a fronte dello svolgimento anche di attività riparativo-rieducative, non bastando il mero *restyling* del modello, le quali siano destinate ad andare a beneficio della collettività.

In conclusione, la proposta in esame avrebbe il pregio di incentivare, in chiave generalpreventiva, l’adozione di *compliance programs* efficaci e anche, al contempo, in ottica specialpreventiva e rieducativa, di premiare la serietà dell’impegno in un programma autenticamente riparativo, senza comunque far venire meno l’ipotesi retributiva tradizionale della sanzione, che assumerebbe però carattere sussidiario. Tale correttivo al D.lgs. n. 231/2001 si pone, quindi, nell’ottica di promuovere ancor di più e meglio quella cultura della legalità d’impresa per la diffusione della quale la normativa fu introdotta. Tutto ciò, peraltro, in un modo che, oltre a essere costituzionalmente orientato, è oggi pienamente coerente con la progressiva evoluzione sistematica della giustizia penale in chiave *lato sensu* riparativa.

91 C. SANTORIELLO, S. SODANO, *Quando la prassi non si arrende alle Sezioni Unite: per i giudici di merito le società vanno «messe alla prova»*, p. 222

92 R. BARTOLI, *Un’introduzione alla responsabilità punitiva degli enti*, p. 19