



Unione delle Camere Penali Italiane

Osservatorio sul d.lgs. 231/01

Programma di lavoro 2019-2021

1.- Premessa

In un momento storico in cui l'attenzione dell'Unione delle Camere Penali Italiane è concentrata a contrastare la politica criminale del primo governo dichiaratamente *populista* della storia della Repubblica, concentrare l'attenzione di un così vasto numero di Avvocati penalisti sulle vicende del d.lgs. 231/01 può forse apparire eccentrico.

Del resto, nonostante siano ormai trascorsi diciotto anni dall'entrata in vigore della disciplina che regola la responsabilità amministrativa da reato degli enti collettivi, permangono ancora molte resistenze da parte sia della magistratura, sia dell'avvocatura a considerare il "sistema 231" parte integrante dell'ordinamento penale.

Invero, è nostra opinione che il diritto penale dell'economia e dell'impresa rappresenti da sempre un laboratorio avanzato di politica-criminale e ciò in ragione non solo della rilevanza degli interessi di rilievo costituzionale che in tale ambito vengono in gioco, che comprendono tra gli altri, oltre al nucleo *tradizionale* di beni e interessi che vengono abitualmente in rilievo quando si discute di diritto penale – la vita, la libertà personale, l'onore, il patrimonio, ecc. – anche elementi specializzanti, quali la libertà di impresa, il diritto al lavoro, la tutela dell'ambiente, ecc.

In questa prospettiva, un ruolo centrale è svolto dalle norme che disciplinano le conseguenze afflittive che possono riverberarsi direttamente su di un ente collettivo in caso di verifica, nel suo interesse o a suo vantaggio, di un fatto-reato commesso da un soggetto ad esso riconducibile.

Decidere se e come punire un soggetto economico, infatti, non è mai una scelta politicamente *neutra*.

Al di là del fatto che dietro e dentro alle persone giuridiche vi sono esseri umani in carne ed ossa: imprenditori, amministratori, dipendenti, creditori, consumatori, Stakeholders in generale, tutti interessati dalle vicende sanzionatorie che coinvolgono un ente, si deve tenere presente che, essendo l'applicazione di una sanzione criminale inscindibilmente connessa alla nozione di territorialità della

legge penale, la scelta di perseguire un soggetto collettivo si traduce, in ambito economico, in un privilegio per il capitale a discapito del sistema industriale.

Nell'economia globalizzata, infatti, il dominio della finanza è costruito sulla capacità di sottrarsi alle imposizioni – *in primis* di natura tributaria – introdotte dai singoli paesi, che risultano invece vincolanti per coloro che si dedicano alla produzione di beni e servizi.

L'attuale conformazione del sistema si presenta oggi come foriera di elementi di asimmetria, che finiscono per penalizzare *in primis* le imprese più piccole, ma anche quelle di grandi dimensioni, impegnate in settori industriali strategici, entrambe caratterizzate per un profondo e inscindibile legame con il *territorio*, favorendo invece quei soggetti dediti esclusivamente ad attività di tipo *finanziario*, le cui condotte possono potenzialmente ledere interessi diffusi – come il risparmio – attraverso la preordinazione di strutture organizzative che prescindano dal legame con uno o più singoli Stati.

Non vi è dubbio che la strada maestra per evitare tali patologie consista nell'implementazione del sistema di cooperazione internazionale, ma finché non si realizzerà la definitiva omologazione delle diverse strategie di intervento sul piano globale – e alla luce della significativa rinuncia ad ulteriori porzioni di sovranità che questo comporterebbe per ciascuno Stato, è lecito dubitare che possa avvenire a breve – ogni singolo ordinamento continuerà ad avere su di sé la responsabilità di bilanciare esigenze preventive e repressive dei fenomeni criminali con la necessità di mantenere il proprio sistema imprenditoriale competitivo sul piano globale.

Forte di questa consapevolezza, l'Osservatorio sul d.lgs. 231/01 dell'UCPI intende fornire un contributo alla riaffermazione e alla ridefinizione del diritto di punire come scienza del limite, che costituisce il lascito più vivido della stagione dell'Illuminismo e del cd. *diritto penale liberale*.

2.- *Le garanzie*

Il primo requisito affinché una disciplina sanzionatoria possa essere conforme a Costituzione consiste nella sua applicazione in conformità al principio di eguaglianza, solennemente sancito dall'art. 3 Cost.

Viceversa, quando si ragiona di responsabilità da reato degli enti collettivi, è opinione diffusa che a distanza di quasi due decadi dalla sua *rivoluzionaria* approvazione il decreto 231 sia in larga parte disapplicato, creando una inaccettabile – in quanto arbitraria – asimmetria territoriale, con il paradosso di realizzare, sul piano applicativo interno, quell'effetto distorsivo della concorrenza che la l. 300 del 2000 mirava ad evitare sul piano comunitario.

Tuttavia, prima di proporre alcuni correttivi alla disciplina attualmente vigente, riteniamo necessario acquisire dati certi, volti a confermare o a confutare tale tesi.

Per questo, l'Osservatorio propone alla Giunta dell'UCPI di coinvolgere le Camere Penali territoriali nella somministrazione – in via sperimentale – ad alcune Procure Generali di un questionario volto ad accertare:

1. Il numero di procedimenti iscritti nei confronti di persone fisiche per reati che costituiscano il presupposto della responsabilità amministrativa degli enti collettivi;
2. Il numero di procedimenti iscritti nei confronti di enti collettivi *ex d.lgs. 231/01*;
3. Il numero di provvedimenti di archiviazione emessi dal Pubblico Ministero ai sensi dell'art. 58, d.lgs. 231/01;
4. Il numero di richieste di rinvio a giudizio e/o di citazione diretta a giudizio nei confronti di enti collettivi.

Sempre nella prospettiva di una applicazione conforme a Costituzione della disciplina 231, occorre ripensare il piano dell'estensione soggettiva del decreto, rivedendo la scelta di sottoporre alla disciplina in esame qualsiasi *ente* dotato di personalità giuridica, ad eccezione dello Stato, degli enti pubblici territoriali, degli altri enti pubblici non economici nonché degli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

In particolare, andrebbe ripensata la posizione degli enti di piccole dimensioni, le cui specificità mal si conciliano con l'architettura complessiva della disciplina, evidentemente ispirata – non solo per quanto concerne le norme che delineano la *colpa di organizzazione* – alla necessità di reprimere fenomeni criminali che si sviluppano in strutture organizzative complesse.

Accanto a questioni che attengono il profilo sostanziale, permangono nel sistema alcune incertezze di natura processuale – o ibrida – tali tuttavia da riverberarsi negativamente sulla morfologia dell'intero sistema.

Il primo elemento è costituito dal diverso trattamento del fatto di lieve entità: causa di non punibilità per la persona fisica, elemento privo di rilievo per quella giuridica, esposta al rischio di vedersi rimproverato un fatto-reato talmente marginale da non richiedere l'esercizio dell'azione penale nei confronti del suo autore.

Ancora, nonostante il susseguirsi di provvedimenti di diverso segno – avallati anche da giurisprudenza di legittimità – taluni Tribunali continuano ad accogliere domande di costituzione di parte civile rivolte agli enti coinvolti nel processo ai sensi del d.lgs. 231/01.

Infine – come si chiarirà meglio nel paragrafo che segue – alla centralità che assume sul piano teorico il Modello di Organizzazione e Gestione non corrisponde sul piano pratico una reale efficacia esimente della responsabilità amministrativa da reato, che potrebbe senz'altro essere meglio garantita

dall'inversione dell'onere della prova, che nel pieno rispetto dei principi fondamentali che regolano il processo penale dovrebbe più correttamente gravare sulla Pubblica Accusa, essendo la colpa di organizzazione un elemento essenziale dell'illecito e non una condizione di esenzione da responsabilità.

Per ovviare a questi problemi, rimasti evidentemente irrisolti dall'intervento ermeneutico della giurisprudenza, è del tutto evidente che occorrono dei correttivi sul piano legislativo, che l'Osservatorio intende elaborare e promuovere.

3.- Il Modello di Organizzazione e Gestione

Salvo quanto elencato ai punti precedenti, rimane tuttavia evidente agli studiosi e agli operatori, che il cuore del sistema 231 – dunque, anche il centro dei problemi applicativi del decreto – sia costituito dal Modello di Organizzazione e Gestione.

Il MOG è stato, per eterogenee cause, prevalentemente interpretato o burocraticamente praticato, senza peraltro determinanti obiezioni in dottrina e giurisprudenza, come un autonomo compendio procedurale delle attività esposte al rischio reato, funzionale ad attestare le attitudini legalitarie dell'impresa. L'esperienza, soprattutto internazionale, ha tuttavia dimostrato che, sul piano della gestione dei rischi, la disciplina preventiva dei processi aziendali non può risolvere da sola le comunque sempre possibili derive illecite e che, sul piano della funzione esimente, la propensione dell'ente viene sempre più spesso pragmaticamente ricondotta alla capacità di reagire alle condotte criminogene piuttosto che all'apparato precauzionale. Sicché il concetto di MOG sembra avviato ad una importante metamorfosi che ne trasferisce il baricentro dalla componente regolativa precauzionale a quella auto repressiva e/o collaborativa con le autorità inquirenti: il MOG esprime quindi la sua efficienza non solo prima dell'illecito, bensì pure durante o, addirittura, dopo il fatto. Il comparto procedurale delle attività sensibili ha dunque progressivamente assunto anche un compito diagnostico di eventuali comportamenti illeciti, eventualmente emersi i quali debbono innescarsi specifici protocolli di rimedio, intra ed extra aziendali (indagini interne, self cleaning, condotte riparatorie etc), ed è l'efficienza nella cooperazione tra queste due componenti a designare l'idoneità del sistema complessivo e ad attrarre effetti premiali.

Questa vocazione del MOG era invero già suggerita dall'art. 26 n. 2 del d.lgs 231 ed è stata rafforzata dal whistleblowing, il cui innesto tra i canoni di idoneità del MOG certifica i riconosciuti limiti oggettivi dell'investimento sul piano esclusivamente preventivo e l'esigenza di sollecitare e attrezzare le competenze reattive, ancorché necessariamente in termini di esercizio di un diritto garantito a segnalare fondati sospetti e non di obbligo. Ne consegue un aumento della complessità

del sistema e dei teorici pregi di conformità normativa dell'ente, all'evidenza sempre più multifattoriale e difficilmente predeterminabili in assetti rigidi valutabili ex post. La tradizionale equazione secondo la quale il reato non dimostra di per sé l'inidoneità del MOG deve essere dunque estesa, sul piano logico, al congegno del whistleblowing e, per l'effetto, nemmeno la violazione del MOG e la mancata segnalazione potranno decretare automaticamente l'insufficienza organizzativa.

In termini coerenti si pongono anche le novità normative della legge Spazzacorrotti, che, seppur con perimetro circoscritto a specifiche ipotesi delittuose, premiano la collaborazione con l'accusa, istituzionalizzando un parametro che, collaudato internazionalmente, ben si presta a prevedibili interventi estensivi.

Se queste sono dunque le coordinate di sviluppo e di misurazione dei sistemi, il paradigma di effettività si sposta dall'investimento sui soli presidi di trattamento dei rischi alle misure di reazione in caso di violazione e i criteri di giudizio per la concessione dei benefeci premiali dovranno evolversi conseguentemente, siccome solo il tendenziale allineamento tra le logiche organizzative dell'impresa e il loro apprezzamento giudiziale può assegnare un contributo positivo all'impianto normativo.

Tanto premesso, l'Osservatorio potrebbe approfondire criticamente queste linee di tendenza e ridefinire la struttura del MOG come investimento aziendale sulla capacità sostanziale di gestire e portare in emersione i rischi e le violazioni, nonché di governarne il rimedio, interrompendo la rincorsa all'esimente sull'esclusivo versante della bulimia autoregolamentare, che inoltre spesso induce i giudicanti a pretendere miracolose integrazioni. In questa ultima prospettiva il MOG dovrebbe emanciparsi, soprattutto quanto al comparto procedurale preventivo, dal concetto scolastico di manuale aggiuntivo e autosufficiente, che assai spesso ne pregiudica l'attuazione, per costituirsi in prototipo sostanziale di valorizzazione dei diversi sistemi organizzativi aziendali (qualità, ambiente, sicurezza etc) e di loro integrazione rispetto a finalità di trattamento di specifici reati.

Si osserva che l'analisi che precede trascura, allo stato, ogni considerazione, pur invece doverosa, sull'opportunità e comunque i limiti di un simile sviluppo, che di fatto coinvolge e costringe l'impresa in delicate dinamiche di deterrenza e finanche repressive verso le persone fisiche indagate-imputate, che sarebbe superficiale ritenere affatto indifferenti ai principi fondanti del nostro ordinamento, sul versante giuridico ma anche su quelli politico e socioeconomico.

Avv. Prof. Giulio Garuti
Avv. Vittore d'Acquarone