

COMMISSIONE D. LGS. 231/2001

Messa alla prova dell'ente

INDICE

1.	Premesse	5
2.	Questioni controverse e loro soluzione	7
	1) Sulle condizioni soggettive per l'accesso al rito	7
	2) Sulle condizioni oggettive per l'accesso al rito	7
	3) Sui contenuti della prova	9
	4) Sulla presunzione d'innocenza	9

1. Premessa

Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 si qualifica per una forte inclinazione *preventiva*, nel senso che l'intento che anima le norme in esso racchiuse è conseguire il recupero alla legalità dell'ente. Obiettivo che il legislatore ha ritenuto di assicurare congegnando forme di esenzione o di riduzione della sanzione azionabili a fronte non solo di condotte riparatorie ma anche – e principalmente – dell'esistenza – *ante delictum* per garantire l'esenzione, *post delictum* lo sconto di pena – di un Modello organizzativo in grado di ridurre il rischio di commissione dei reati, del quale la società per tale via avrebbe dovuto essere stimolata a dotarsi.

Nondimeno a poco più di sedici anni dall'entrata in vigore della normativa si registra che tale incentivo non ha prodotto i frutti auspicati dal legislatore. Nella quasi totalità dei processi per illeciti amministrativi dipendenti da reato i Modelli adottati dalla persona giuridica in via preventiva sono stati, infatti, dai giudici per lo più valutati inidonei¹. Di conseguenza si riscontra l'attitudine delle aziende di «attendere di essere coinvolte nel processo penale per poi tentare di ottenere i benefici sanzionatori dotandosi dei modelli *post factum*» laddove «altre hanno semplicemente scelto di non adottare modelli»². Attitudine neppure troppo censurabile dacché, come autorevole dottrina non ha mancato di far notare, «in tanto la finalità preventiva può funzionare in quanto [...] il deterrente costituisca una reale minaccia e, contemporaneamente, l'impegno richiesto all'impresa e che

¹ Il Modello di organizzazione di una società italiana passato indenne al controllo giudiziale, di primo e di secondo grado (Trib. Milano, Ufficio G.i.p., 17 novembre 2009, in *Soc.*, 2010, 473 e App. Milano, Sez. II, 21 marzo 2012, n. 1824, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2012) è stato diversamente valutato dalla Cassazione che, nell'annullare la sentenza che aveva escluso la responsabilità dell'impresa, ha osservato come il modello era stato costruito – per quel che concerneva la specifica area in cui il reato era stato commesso – in modo da consentire facilmente l'elusione dei protocolli da parte degli amministratori (Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2014). G. FIDELBO - R. A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4, 2016, 6 acutamente scrivono «[r]ilievo che non avrebbe dovuto stupire nei primi anni di applicazione del decreto, quando probabilmente vi era una diffusa incapacità a predisporre un modello efficace. Ma dopo più di un decennio questo risultato si presenta piuttosto sconcertante perché se ne deduce, o che non è possibile realizzare un modello di organizzazione in grado di prevenire il rischio reato; o che sinora non è stato profuso un reale impegno in questa attività, indiscutibilmente assai complicata, richiedendo fra l'altro la sinergia di professionalità differenti e non sempre abituate alla collaborazione; o che è nell'*iter* di valutazione del modello che si annida il tarlo del suo fallimento. Quale che sia la risposta, o quand'anche ci fosse un po' di verità in tutte e tre le affermazioni, siamo di fronte ad una *impasse* che va superata se non si vuole perdere la scommessa fatta con l'introduzione del "sistema 231". Se, in altre parole, è fondamentale la collaborazione delle imprese nell'attività di controllo dei *corporate crimes*, è necessario potersi ragionevolmente attendere che un serio modello organizzativo sia idoneo a funzionare come causa di esclusione della responsabilità dell'impresa. Se così non fosse, e se fosse anzi scontato che il modello organizzativo non potrebbe porre al riparo dal procedimento penale, le società non avrebbero più alcuna spinta ad una riorganizzazione spesso costosa non solo e non tanto in chiave economica. È infatti noto che i protocolli che compongono il modello imbrigliano l'ente in una serie di passaggi e di controlli che ne possono irrigidire o rallentare l'attività: se questo appesantimento non si traducesse in un vantaggio quanto meno possibile, l'ente sarebbe disincentivato alla riorganizzazione».

² G. FIDELBO - R. A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, cit., 3.

dovrebbe escluderne un coinvolgimento abbia il potenziale per raggiungere l'effetto sperato»³.

Risultato del fenomeno così sintetizzato è stato il progressivo indebolimento del fine preventivo della disciplina introdotta con il d. lgs. 231/2001, la quale, «nei casi in cui è stata utilizzata, ha mostrato soprattutto il suo profilo punitivo»⁴.

Prendendo le mosse da tali osservazioni e considerata la necessità di restituire forza propulsiva alle finalità preventive che della normativa sono tratto caratterizzante, si propone di rinvigorire tali finalità introducendo tra i meccanismi che già oggi consentono il “ravvedimento” dell'impresa nel corso del procedimento⁵ – si pensi agli artt. 17 e 49⁶ – l'istituto della *sospensione del procedimento con messa alla prova*, mutuato per il procedimento ordinario degli adulti da quello minorile⁷, nei confronti dell'ente sottoposto a processo.

Vieppiù se si osserva che la giurisprudenza sinora chiamata a pronunciarsi in ordine alla richiesta della difesa di sospensione del procedimento con messa alla prova della società imputata di illecito amministrativo dipendente da reato l'ha dichiarata inammissibile, respinta e, quindi, disposto di procedersi oltre per il solo fatto che «[...] in assenza, *de jure condito*, di una normativa di raccordo che renda applicabile la disciplina di cui agli artt. 168-*bis* c.p. alla categoria degli enti, [...] l'istituto in esame, in ossequio al principio di riserva di legge, non risulta applicabile ai casi non espressamente previsti, e quindi alle società imputate ai sensi del d. lgs. 231 del 2001»⁸, così valorizzando la tassatività delle previsioni espresse nel decreto alla luce del principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

³ G. FIDELBO - R. A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, cit., 5.

⁴ G. FIDELBO - R. A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, cit., 3.

⁵ Per i profili premiali del d. lgs. 231/2001 si rinvia a R. A. RUGGIERO, *Le condotte di collaborazione previste nel d. lgs. n. 231 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2014, 397 s.

⁶ Gli articoli non seguiti da fonte normativa sono da intendersi riferiti al d. lgs. 231/2001.

⁷ La l. 28 aprile 2014, n. 67, recante «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili» ha introdotto il Titolo VI-*bis* nel Libro VI del codice di rito, prevedendo, per le ipotesi di reato di gravità medio-bassa – l'art. 168-*bis* c.p. ammette il ricorso alla messa alla prova nei procedimenti per reati puniti con pena pecuniaria ovvero con pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni (sola, congiunta o alternativa a quella pecuniaria) e per i delitti previsti dall'art. 550 comma 2 c.p.p. per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio – la possibilità di una soluzione alternativa del procedimento, che verrebbe sospeso proprio per consentire all'indagato o all'imputato di impegnarsi in un programma di reinserimento sociale, da eseguire insieme a condotte riparatorie e restitutorie (compresi risarcimento del danno e, ove possibile, mediazione con la persona offesa). Questa opzione processuale è esclusa per coloro che hanno manifestato un'attitudine al crimine (e, dunque, per i delinquenti abituali, professionali o per tendenza) e può essere concessa una sola volta. Se la *probation* si conclude positivamente il reato è estinto; diversamente, il procedimento riprende.

⁸ Trib. Milano, Sez. XI, ord. 27 marzo 2017, Giud. Stefano Corbetta (13844/16 r.g.Trib.).

2. Questioni controverse e loro soluzione

1) Sulle condizioni soggettive per l'accesso al rito

Posto che, coerentemente con quanto previsto nel codice di rito, si deve circoscrivere l'accesso alla messa alla prova alle persone giuridiche che non ne abbiano già beneficiato in precedenza ed escludere lo stesso per le aziende recidive, sembra anzitutto essenziale, a tutela delle spinte propulsive di cui si diceva, che l'impresa sia comunque dotata di un Modello organizzativo precedente l'illecito amministrativo, che sia stato però valutato non adeguato. Detto altrimenti, l'ente potrà avanzare richiesta di messa alla prova solo laddove il Modello sia stato adottato prima della commissione del fatto e sia stato ritenuto idoneo.

2) Sulle condizioni oggettive per l'accesso al rito

Volendo mantenere equilibrio con il codice di rito, l'ambito di applicazione della messa alla prova dovrebbe essere contenuto ai soli illeciti della società dipendenti dai reati meno allarmanti del catalogo "231", selezionati in base a criteri di gravità della risposta sanzionatoria o della condotta o del danno o del pericolo.

Senonché «prevedere che il nuovo procedimento non possa trovare applicazione per gli illeciti più gravi, puniti con una sanzione interdittiva, rischia di rendere poco appetibile l'alternativa e dunque di consegnare all'insuccesso la proposta»⁹. Lasciare scoperte le manifestazioni più gravi di criminalità d'impresa significherebbe, in effetti, escludere i casi sulla cui prevenzione varrebbe la pena investire di più. In definitiva, «[c]ollegare [...] i limiti oggettivi di accesso al rito alla gravità dell'illecito e al tipo di sanzione che potrebbe conseguirne pare criterio troppo meccanico»¹⁰.

Sicché la messa alla prova della persona giuridica deve, sotto questo profilo, essere declinata al contrario rispetto alla persona fisica in ragione delle caratteristiche differenziali dell'azienda, riconoscendo che lo sforzo riorganizzativo dell'impresa deve essere promosso proprio rispetto ai reati più gravi sì da prevenirli in futuro. In questa prospettiva il procedimento di messa alla prova dovrebbe dunque riguardare *tutti* i reati inclusi nel d. lgs. 231/2001.

Né così operando si tradirebbe lo spirito della messa alla prova, che sembrerebbe riferirsi a fenomeni criminali di modesto allarme sociale. Già l'istituto disciplinato dal codice, se ben analizzato, si rivela, infatti, applicabile anche a reati che esondano dal criterio della "medio-bassa gravità"¹¹.

⁹ G. FIDELBO - R. A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, cit., 13.

¹⁰ G. FIDELBO - R. A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, cit., 13.

¹¹ Cass. pen., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 36272 ha chiarito che per l'individuazione dei reati ai quali è applicabile, astrattamente, la messa alla prova non assumono rilievo le circostanze aggravanti di

Ulteriore obiezione potrebbe essere che accordando all'ente un accesso incondizionato a tale procedimento si offrirebbe allo stesso una facoltà di cui non sono in condizione di valersi le persone fisiche coinvolte nei reati a origine dell'illecito amministrativo, eccedendo molti di essi i limiti edittali che consentono la messa alla prova della persona fisica. Così la società potrebbe servirsi di una messa alla prova invece preclusa alla persona fisica autrice del reato.

Il rilievo è facilmente superabile: l'ordinamento già accoglie una disciplina del procedimento diversa in base al destinatario. La giustizia minorile, culla della messa alla prova, non contempla, infatti, limite alcuno, né oggettivo né soggettivo (artt. 28 e 29 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 488)¹².

Anzi, «il fatto che la messa alla prova dell'ente possa avere, *in parte qua*, delle maggiori similitudini con l'omologa del procedimento minorile non dovrebbe stupire più di tanto: come attenta dottrina americana ha evidenziato a proposito del recupero, nei modelli negoziali di *corporate liability*, di alcuni meccanismi nati per il contrasto della *juvenile delinquency*, le società, un po' come i giovani, necessitano di guida, riabilitazione e supervisione»¹³.

Si potrebbe anche obiettare che la proposta segnerebbe la fine del *simultaneus processus* preferito dal d. lgs. 231/2001 (art. 38 comma 1). Solo in caso di sospensione del procedimento a carico della persona fisica o di definizione della sua situazione processuale con rito speciale (giudizio abbreviato, patteggiamento o decreto penale di condanna) ovvero di riunione resa impraticabile dall'osservanza di disposizioni processuali è, infatti, permesso procedere separatamente (art. 38 comma 2)¹⁴.

Tuttavia nella prassi la persona giuridica solitamente manifesta sin da subito la volontà di adottare le misure riparatorie e ripristinatorie che, inibendo l'applicazione di sanzioni interdittive, consentono di definire prontamente la vicenda, ad esempio con un procedimento speciale. E quindi normalmente l'azienda già definisce, in concreto, la propria posizione prima rispetto a quella della persona fisica imputata.

alcun tipo, comprese quelle ad effetto speciale, sicché oggi risulta fortemente ampliato l'ambito applicativo del nuovo istituto, in quanto, a seguito di questa decisione, vi rientrano reati di gravità anche medio-alta.

¹² Per un maggiore approfondimento, N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in AA. VV., *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di Id., Torino, 2014, 18 s.

¹³ B. L. GARRET, *Too Big To Jail. How Prosecutors Compromise With Corporations*, in *The Belknap Press of Harvard University Press*, 2014, 55. V. anche L. ORLAND, *The Transformation of Corporate Criminal Law*, in *1 Book. J. Corp. Fin. & Com. L.*, 2006, 45.

¹⁴ G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo* in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 231/2001*, 2ª edizione, Milano, 2010, 457.

3) Sui contenuti della prova

L'impresa messa alla prova dovrebbe attuare le condotte riparatorie e risarcitorie enumerate nell'art. 17 ed emendare il Modello organizzativo giudicato non idoneo secondo il progetto unito all'istanza di ammissione al rito.

Così intervenendo la struttura della normativa conserverebbe armonia dacché un meccanismo analogo a quello concepito già si rintraccia nell'art. 49, che regola la sospensione delle misure cautelari¹⁵. L'art. 49 dispone, infatti, che alla richiesta dell'ente di poter realizzare gli adempimenti dell'art. 17 (condotte riparatorie, restitutorie, risarcitorie e adozione di un Modello adeguato) segua la sospensione della cautela. Una volta adempiuto ai doveri assunti al momento della domanda di sospensione, le misure vengono definitivamente revocate. Viceversa, in caso di mancata, incompleta o inefficace esecuzione delle condotte risarcitorie e di riorganizzazione, le cautele tornano a essere esecutive¹⁶.

Nihil sub sole novum quindi; solo la rielaborazione di uno strumento già presente e positivamente collaudato.

4) Sulla presunzione d'innocenza

Da ultimo, potrebbero disincentivare la riforma alcune perplessità manifestate dalla dottrina in ordine alla sospensione del procedimento con messa alla prova per gli adulti¹⁷. Il pensiero corre al dibattito sorto intorno alla compatibilità dell'istituto con il principio di presunzione d'innocenza dell'imputato¹⁸, «dal momento che il programma di recupero, nonostante consegua ad una scelta volontaria dell'interessato, sarebbe una sorta di "cripto-condanna", adottata in assenza di un accertamento di responsabilità»¹⁹.

¹⁵ Sul procedimento cautelare disciplinato nel d. lgs. 231/2001 v. G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 231/2001, op. cit.*, 503 s.

¹⁶ Un meccanismo simile è peraltro contenuto anche nell'art. 65, che prevede che l'ente, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, possa domandare la sospensione del processo per provvedere alle attività descritte nell'art. 17, dimostrando di non essere stato in grado di realizzarle prima. In questo caso, però, il giudice, scaduto il termine di sospensione, qualora constatati l'esatto adempimento delle prescrizioni, può solo applicare all'ente un trattamento sanzionatorio più favorevole.

¹⁷ V., per tutti, F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 7 s.; F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2013, 1300 s.

¹⁸ Cfr. R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in G. CONSO et al. (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 8ª edizione, Padova, 2016, 644 s. V. però C. CESARI, sub art. 464-ter, in G. CONSO - G. ILLUMINATI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª edizione, Padova, 2015, 2124 s. V. anche G. ILLUMINATI, *Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2015, 9.

¹⁹ Così esplicitamente F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, cit., 9.

Critiche, queste, tuttavia destinate a trovare temperamento nel sistema di responsabilità della società alla luce dell'evidenza che il progetto di riabilitazione della persona giuridica si risolverebbe nell'insieme di prescrizioni cui l'azienda è invero già impegnata ai sensi del d. lgs. 231/2001, ad esempio per disattivare le misure cautelari, per accedere a un rito speciale o per poter godere, in caso di condanna, di un più moderato trattamento sanzionatorio. In definitiva, dal momento che l'ammissione a percorsi alternativi è per l'impresa già vincolata alla realizzazione delle condotte proattive, non vi è ragione per cui le medesime condotte non dovrebbero diventare «componenti di un programma di messa alla prova che offrirebbe all'ente la *chance* dell'estinzione dell'illecito amministrativo»²⁰.

²⁰ Così G. FIDELBO - R. A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, cit., 19, il quale nota come «l'introduzione di questo procedimento potrà ridurre i rischi derivanti dal semplice coinvolgimento nel processo penale soprattutto per quelle imprese che, lavorando con le pubbliche amministrazioni, devono dichiarare se nei loro confronti siano state applicate le sanzioni interdittive previste dal d. lgs. 231/2001. La messa alla prova rappresenterebbe un vantaggio anche in questa prospettiva: fin tanto che il procedimento fosse sospeso per consentire la riorganizzazione, il provvedimento giudiziale andrebbe sì iscritto nel casellario giudiziale, ma senza che questo determini di per sé effetti negativi [art. 3, comma 1, lett. i *bis*), d.p.r. 313/2002]».