

Webinar “Decreto 231 e Modelli organizzativi: le nuove Linee Guida di Confindustria tra prassi applicativa e prospettive di riforma”

Panel: Modelli organizzativi e prospettive di riforma

Titolo dell'intervento: La disciplina 231 nel processo penale

Prof.ssa Paola Severino

Buongiorno,

desidero anzitutto ringraziare, per avermi invitata oggi a intervenire, gli organizzatori di questo importante incontro di presentazione delle nuove Linee Guida di Confindustria per la costruzione dei modelli organizzativi.

Sono sempre particolarmente felice di partecipare alle riflessioni che riguardano il presente e il futuro del d.lgs. n. 231 del 2001, ma devo dire che l'occasione odierna è davvero di assoluta importanza, perché ci consente di mettere a fuoco un tema fondamentale, quale è quello del contributo delle associazioni di categoria e degli strumenti di *soft law* (come, appunto, le Linee Guida) alla più precisa definizione dei confini, operativi e altresì teorici, dei modelli di organizzazione, gestione e controllo.

Si tratta di un tema che – come già il titolo del Webinar evidenzia bene – si pone al crocevia tra prassi applicativa e prospettive di riforma.

Nonostante siano trascorsi vent'anni dalla emanazione del d.lgs. n. 231 del 2001, infatti, come sappiamo intorno ai *compliance programs* non si è consolidata una casistica giurisprudenziale sufficientemente ampia e in grado di fornire un sicuro orientamento ai destinatari della disciplina. Anzi, i modelli organizzativi continuano a essere uno dei temi più scivolosi con i quali fare i conti e rappresentano certamente uno degli snodi essenziali che dovranno essere presi in esame anche in ottica di riforma del decreto (eventualità di cui, peraltro, si discute già da molti anni).

Questo iato tra le intenzioni del legislatore del 2001 e l'attuale stato delle cose credo che rappresenti uno dei più grandi paradossi che caratterizzano il nostro sistema di responsabilità degli enti. Il modello organizzativo è l'*architrave* dell'intero 'meccanismo 231'; e tuttavia a

questo disegno *in the books* non è seguita – almeno sul tema dei modelli – una vera e propria *law in action*.

Vorrei allora svolgere alcune considerazioni organizzando il discorso lungo due direttrici. Dapprima mi soffermerò sulla valenza del modello organizzativo nella sistematica della responsabilità dell'ente, per meglio arrivare a contestualizzare la situazione attuale e la 'deviazione' dal percorso in origine tracciato; nella seconda parte, poi – muovendo dal titolo di questo *panel* e dal tema che mi è stato affidato – passerò a delineare alcune questioni di fondo relative alla disciplina 231 e alla funzione del modello organizzativo all'interno del processo penale.

Difatti, la riflessione non può a mio avviso non muovere dalla funzione che il modello organizzativo riveste nel sistema del decreto: una funzione *fondativa*, che geneticamente mette in connessione il rimprovero penale con il difetto di organizzazione, prevedendo che la sanzione possa essere irrogata all'ente solo in presenza di un coefficiente di tipo soggettivo – pur con tutte le peculiarità del caso, parlandosi qui di enti e non di individui in carne ed ossa.

Ma questo legame essenziale è, e deve essere, il punto di partenza del ragionamento, perché la struttura stessa del decreto sta e cade, per così dire, insieme al modello organizzativo, il quale, se posto in essere *ante delictum* e reputato *idoneo*, dovrebbe avere valenza esimente; se adottato dopo la commissione del reato presupposto, come noto, potrà invece avere valenza riparatoria.

Il primo punto fermo è dunque la centralità della *colpa di organizzazione* nel sistema italiano di responsabilità dell'ente; l'aver previsto che il modello organizzativo rilevi nelle dinamiche di *imputazione della responsabilità* all'ente, e non già – come accade in altri sistemi, sopra tutti gli Stati Uniti – solo al momento di commisurazione della sanzione.

È questa la vera novità che ha fatto del paradigma italiano un modello di esportazione, come è testimoniato dal proliferare, anche in ordinamenti tradizionalmente refrattari ad assegnare un ruolo di questo tipo ai modelli organizzativi, di discipline che iniziano a mettere al centro dell'attenzione la *compliance* penale. Potrei qui citare il meccanismo del '*failure to prevent*' accolto nel Regno Unito dal *Bribery Act* e, successivamente, anche in materia di *tax evasion*; o la previsione di 'programmi di conformità' nella disciplina anticorruzione francese introdotta dalla *Loi Sapin II*; senza dover ricordare quanto sia debitrice, al nostro raffinato sistema di responsabilità da reato, la disciplina spagnola.

Va insomma riconosciuto al legislatore italiano il merito di aver anticipato, con le scelte di ‘struttura’ fatte con il decreto 231, un *trend* che si è andato poi affermando a livello globale.

Se passiamo però dal piano della dogmatica della responsabilità collettiva alla prassi riguardante i modelli organizzativi, il panorama non è confortante.

L’aspetto più critico, lo sappiamo, riguarda la validazione giudiziale del modello. Un terreno su cui la giurisprudenza non ha saputo offrire molte risposte – emblematica la riguardo la vicenda *Impregilo*, iniziata nel 2010. La Corte d’Appello di Milano, nel processo *bis* (del 2014), di cui solo recentemente sono state depositate le motivazioni, ha assolto la società; ponendosi nel solco, quindi, di quanto si era già stabilito in primo grado e nel primo processo di appello; mentre la Cassazione aveva annullato con rinvio le pronunce di merito, ritenendo necessario un percorso argomentativo più rigoroso per poter ammettere l’idoneità del modello in chiave esimente.

E dunque, vent’anni dopo l’entrata in vigore di questa disciplina, quella che doveva essere la principale innovazione della ‘231’ – la possibilità per l’ente virtuoso di andare esente da sanzione in presenza di un adeguato assetto organizzativo interno – è rimasta per lo più sulla carta.

Le ragioni di questa *impasse* sono note: poche e generiche sono le indicazioni normative contenute dall’art. 6, comma 2 del decreto, in punto di contenuti del modello; a ciò si aggiunge il fatto che la valutazione di idoneità è rimessa integralmente alla discrezionalità del giudice e alla sua conoscenza dei meccanismi aziendali ed economici, senza che le Linee Guida delle associazioni di categoria – al pari dell’eventuale vaglio del Ministero della giustizia – possano costituire un vincolo.

Stando così le cose, davvero credo che l’incontro odierno debba essere l’occasione per rimarcare, ancora una volta, quanto le Linee Guida di categoria, e quelle di Confindustria nello specifico, abbiano svolto e continuino oggi a svolgere in maniera sempre puntuale un importante ruolo di ‘normazione di secondo livello’, andando a integrare e concretizzare ciò che il legislatore nella maggior parte dei casi non precisa, ossia quali dovrebbero essere gli elementi costitutivi di un modello realmente efficace ed effettivo.

Le Linee guida, sin dalla loro emanazione e poi con i loro aggiornamenti, hanno avuto un ruolo propulsivo, hanno consentito l’emersione di *best practice* e hanno evidenziato in modo inequivoco come non possa valere un approccio *one-size-fits all*.

Le nuove Linee Guida di Confindustria nell'aggiornamento del 2021 si fanno carico fino in fondo di assolvere a questo ruolo chiarificatore, ad esempio continuando a dedicare spazio al tema delle soglie dimensionali e dei modelli nelle piccole imprese, così come all'approccio integrato alla *compliance*, e proponendo una chiave di lettura che rappresenta una bussola (indubbiamente) per le imprese, ma anche per gli studiosi di questa disciplina.

Le Linee Guida in definitiva sono la migliore espressione di quella auspicata *partnership* pubblico-privato che il legislatore del 2001 aveva in mente. Questi documenti hanno aiutato le imprese a raffinare e rafforzare i propri strumenti interni di prevenzione e a puntare con sempre maggior consapevolezza sulla efficace organizzazione interna, in uno scenario complesso in cui il rischio penale si interseca sempre più con rischi *altri* (si veda – posso qui solo accennarlo – il profilo del rischio reputazionale e la connessa questione della *corporate social responsibility*).

Una grande sfida del futuro del decreto 231 sarà, allora, anzitutto quella di riuscire a colmare l'attuale *gap* in punto di certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni sul tema del modello idoneo; e questa considerazione mi porta alla seconda direttrice di riflessione su cui vorrei soffermarmi, ossia il rapporto tra la disciplina della responsabilità degli enti, di cui al d.lgs. n. 231/2001, e il processo penale, mantenendo il focus sul tema dei *compliance programs*.

Come dicevo, molti sono i nodi ancora irrisolti, e ciò è forse ancor più vero – anche in ragione di alcune scelte compiute dal legislatore – sul piano processuale, dove ampio spazio è stato lasciato al ruolo degli interpreti e dell'elaborazione giurisprudenziale.

Basti pensare alle ambiguità che caratterizzano la disciplina dell'esercizio dell'azione nel procedimento a carico dell'ente collettivo: nessuna presa di posizione, a livello normativo, è rinvenibile con riguardo all'eventuale obbligatorietà dell'azione stessa, che il riconoscimento della natura sostanzialmente penale della responsabilità dell'ente collettivo consentirebbe comunque di ricondurre all'art. 112 Cost.

Particolarmente significative sono le conseguenze che tali incertezze possono determinare, anche e in primo luogo rispetto all'osservanza di principi cardine che ispirano la disciplina del processo penale, quali la legalità e l'uguaglianza, canoni imprescindibili di un accertamento che si svolga nel rispetto dei valori della Costituzione.

Se, invero, all'art. 55 del d.lg. n. 231/2001 si impone l'immediata annotazione dell'illecito, l'art. 58 prevede una procedura di archiviazione distante dal modello delineato dal codice di

procedura penale, incentrato sul controllo del giudice, tradizionalmente considerato, dalla Corte costituzionale, presidio essenziale del principio di obbligatorietà dell'azione¹.

Le maggiori criticità si sono riscontrate proprio con riguardo al presupposto fondamentale del principio di obbligatorietà dell'azione, ossia l'effettiva annotazione dell'illecito dell'ente, spesso omessa o comunque non uniformemente posta in essere ad opera delle Procure della Repubblica.

Alcuni uffici giudiziari, inoltre, rivelano una maggiore propensione all'accertamento della responsabilità degli enti rispetto agli altri, per ragioni legate alla disponibilità di risorse, alla preparazione specialistica e alla sensibilità dei singoli magistrati, ma anche agli oneri riferibili a un accertamento processuale che, specialmente in virtù della regola generale della riunione al processo a carico della persona fisica, rischia di essere affetto da eccessiva complessità e lentezza.

Ne derivano disparità di trattamento tra le imprese destinatarie delle disposizioni del decreto, le quali soltanto in determinate aree territoriali sono spinte, per effetto della minaccia dell'instaurazione di eventuali procedimenti, a dotarsi di presidi organizzativi idonei a minimizzare il rischio-reato. Un risultato, questo, che certamente non agevola la realizzazione di quella proficua sinergia tra pubblico e privato di cui dicevo, né una piena valorizzazione degli strumenti di *compliance* aziendale.

Il tema è, oggi, particolarmente rilevante in considerazione delle direttrici delineate dalla "riforma Cartabia" della giustizia penale, appena approvata: penso, specialmente, all'attribuzione al Parlamento del potere di determinare, con legge, i criteri generali di priorità nell'esercizio dell'azione penale e nella trattazione dei processi, oggetto di successiva specificazione ad opera dei singoli uffici giudiziari, in considerazione delle peculiari realtà locali². Espressione, questa, dell'intento di garantire uniformità nell'esercizio dell'azione, anche attraverso il conferimento di scelte di politica criminale all'organo parlamentare, democraticamente legittimato, e di evitare che l'odierna, imprescindibile esigenza di non concepire in termini eccessivamente rigidi il principio di cui all'art. 112 Cost. determini inaccettabili disparità di trattamento nell'applicazione della legge penale.

¹ Corte Cost. n. 88 del 1991.

² Art. 1, comma 9, lett. i), A.S., 2353, recante *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, approvato in via definitiva dal Senato lo scorso 23 settembre.

La frammentaria e non uniforme applicazione del decreto nelle diverse aree territoriali non ha dunque, indubbiamente, contribuito a incentivato l'adozione *ex ante* di modelli di organizzazione e gestione con funzione di prevenzione del rischio-reato: ha finito quindi per diffondersi la percezione, tra i soggetti destinatari delle 'prescrizioni 231', che sia tutto sommato più conveniente dotarsi del modello solo a procedimento già avviato, in considerazione degli effetti anche mitigatori che il decreto ricollega alla tardiva adozione dello stesso. La funzione riparatoria del modello, insomma, ha finito per avere maggior 'fortuna' rispetto a quella esimente.

D'altronde la cooperazione della persona giuridica, nella prospettiva di un suo "recupero alla legalità" e della riparazione delle conseguenze dell'illecito, riveste – come è noto – un ruolo significativo, tanto ai fini dell'attenuazione delle conseguenze sanzionatorie (artt. 12, 17 e 78 del decreto), quanto allo scopo di orientare le determinazioni del giudicante, nell'ambito di snodi fondamentali del procedimento, e in primo luogo nella sede cautelare.

In particolare, l'ente, impegnandosi a porre in essere o attuando le cd. condotte riparatorie contemplate dall'art. 17 del decreto, può conseguire la sospensione (art. 49) o la revoca (art. 50) delle temute misure cautelari interdittive, altamente afflittive e idonee a condizionare in misura significativa l'operatività e la "vita" dell'impresa. Tale logica premiale, vantaggiosa tanto per quest'ultima, quanto per la collettività sociale, non è comunque esente da criticità.

E difatti, al fine di scongiurare l'applicazione di provvedimenti dagli effetti potenzialmente devastanti – sui piani della prosecuzione dell'attività d'impresa, nonché reputazionale e patrimoniale – l'ente collettivo è portato a porre in essere adempimenti indubbiamente onerosi, anche prima che sia accertata in via definitiva la sua responsabilità.

Di tale problema si è mostrata ben consapevole la recente giurisprudenza di legittimità³, la quale ha negato che possa ritenersi inammissibile, per difetto di interesse, l'appello proposto avverso il provvedimento applicativo della misura cautelare interdittiva, revocata nelle more per effetto dell'espletamento delle condotte riparatorie *ex artt.* 17 e 49 del decreto. La sentenza, nel porre in risalto il carattere oneroso delle condotte stesse, ha ritenuto che dall'impugnazione, in tale ipotesi, possa derivare un effetto concretamente vantaggioso per l'ente, il quale potrebbe conseguire la restituzione di quanto ha versato, spinto dalla «primaria

³ Cass., Sez. un., 27 settembre 2018, n. 51515, R.G. s.p.a.

esigenza (...) di scongiurare l'applicazione di misure interdittive, implicanti la stasi del ciclo produttivo e la paralisi dell'attività economica».

Si tratta di un profilo problematico che è stato riscontrato anche rispetto ad alcuni meccanismi di *diversion* processuale previsti, in particolare, negli ordinamenti di *common law*: ne sono un esempio i *non-prosecution agreements* statunitensi, dei quali è stata talvolta posta in luce la sostanziale predeterminazione ad opera dell'organo dell'accusa, mentre la successiva adesione dell'ente collettivo si reputa coartata dalle gravi conseguenze che l'apertura di un procedimento potrebbe produrre.

Nondimeno (come ho già avuto modo di dire in altre occasioni) il sistema italiano di disciplina della responsabilità degli enti potrebbe compiere alcuni passi in avanti nella compensazione della significatività onerosità delle condotte di natura organizzativa e riparatoria, richieste al fine di evitare la produzione di determinate conseguenze sanzionatorie o processuali, con un *premio* che sia realmente appagante.

Proprio il paradigma rappresentato, specialmente, dai *deferred prosecution agreements* – e in primo luogo da quelli affermatasi nell'ordinamento inglese – può costituire, sotto tale profilo, un utile punto di riferimento: una rapida e anticipata definizione della vicenda processuale nei confronti dell'impresa può, difatti, realmente incentivare la proficua cooperazione di quest'ultima nell'emersione dell'illecito e nel suo accertamento.

Mi sembra, dunque, ancora opportuno ribadire l'esigenza di un adeguato bilanciamento tra le componenti sanzionatoria e premiale della disciplina, perché possa adeguatamente realizzarsi il – più volte richiamato – progetto di co-regolazione tra soggetti pubblici e privati.

Si è discusso, invero, della possibile attuazione di forme di *probation* a beneficio degli enti collettivi, così da consentire una definizione alternativa della vicenda processuale, legata all'esecuzione di condotte di natura riparatoria e alla sottoposizione a un determinato programma di trattamento, nella prospettiva ultima di conseguire, eventualmente, l'estinzione dell'illecito amministrativo; il tutto, coerentemente con finalità deflattive e specialpreventive.

Invero, l'applicabilità anche nei confronti dell'ente collettivo della sospensione del procedimento con messa alla prova potrebbe essere sostenuta alla luce del generale rinvio, operato dall'art. 34 del decreto, alla normativa del codice di rito penale; nondimeno, su tale questione si può riscontrare un recente contrasto della giurisprudenza di merito, non univoca nell'ammettere l'esperibilità del rito speciale in considerazione.

Se, infatti, risposta negativa al quesito era stata data, ancora nel 2017, dal Tribunale di Milano⁴ (in ragione dell'assenza di previsioni tali da estendere espressamente all'ente collettivo l'operatività dell'istituto – considerato insuscettibile di applicazione analogica in ragione della riconducibilità del lavoro di pubblica utilità alle sanzioni penali e alla ritenuta preminenza della componente sostanziale della disciplina), una recente pronuncia del g.i.p. di Modena⁵ si è orientata diversamente.

Per effetto di quest'ultima decisione, la società è stata ammessa a un programma avente ad oggetto condotte riparatorie e risarcitorie, la revisione del modello di organizzazione, gestione e controllo e lo svolgimento di attività di volontariato, conseguendo successivamente l'estinzione dell'illecito.

Vale la pena sottolineare come un ruolo significativo sia stato assegnato, nell'ambito del programma di trattamento, proprio all'adozione o alla modifica e all'aggiornamento del modello organizzativo; e la prospettiva di pervenire all'estinzione dell'illecito, sostituendo all'inflizione della sanzione la spontanea sottoposizione a un novero di condotte riparatorie, organizzative, di pubblica utilità, è idonea a costituire un incentivo particolarmente rilevante rispetto all'attivazione di forme virtuose di cooperazione dell'impresa.

Nondimeno, l'orientamento che si è appena menzionato è stato disatteso da provvedimenti successivi (v. g.i.p. Bologna, ord. 10 dicembre 2020 giud. Gamberini), con cui si è attribuita una valenza significativa al silenzio del legislatore in ordine alla disciplina dell'istituto della messa alla prova nei confronti degli enti, oltre a ritenersi frustrata, con riguardo al soggetto collettivo, la funzione di risocializzazione propria del programma di trattamento.

Si tratta, dunque, di un percorso che è tuttora in fase di definizione, aperto a diverse letture interpretative, difettando indicazioni normative inequivoche.

L'auspicabilità di soluzioni applicative che vadano nel senso della valorizzazione di forme di definizione alternativa del procedimento incentrate sulla cooperazione dell'ente può oggi legarsi, peraltro, ancora alle novità riconducibili alla riforma Cartabia del processo penale, la quale – seppure in misura meno incisiva rispetto alla proposta della Commissione Lattanzi – ha previsto che il legislatore delegato estenda l'ambito di applicazione dell'istituto della messa alla prova a reati per cui sia prevista la pena edittale non superiore nel massimo a 6 anni, «che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, compatibili

⁴ Trib. Milano, Sez. XI, ord. 27 marzo 2017.

⁵ G.i.p. Modena, 19 ottobre 2020, giud. Romito.

con l'istituto» (art. 1, comma 22, del citato atto normativo appena approvato). E, tanto, coerentemente con esigenze di deflazione processuale e di espansione di un istituto che risponde, tra l'altro, a logiche di giustizia riparativa, perseguite più ampiamente dalla riforma.

Molte sono dunque le questioni ancora aperte, e molte se ne apriranno proprio per effetto del recentissimo intervento legislativo: particolarmente rilevante è, infatti, il tema dell'applicabilità della nuova disciplina – o di quella che sarà adottata dal legislatore delegato – al procedimento a carico dell'ente collettivo.

A titolo esemplificativo, è possibile interrogarsi sull'eventuale operatività, anche in tale contesto, del nuovo regime dell'improcedibilità (delineato dal nuovo art. 344-*bis* c.p.p., introdotto dall'art. 2, comma 2, lett. a) della legge appena approvata), ricollegata – quest'ultima – al decorso dei termini massimi di durata dei giudizi di impugnazione, nell'intento di garantire la ragionevole durata del processo, a fronte degli interventi sulla prescrizione, intesa come istituto sostanziale, realizzati già con la legge n. 3/2019.

Come è noto, le disposizioni che regolano la prescrizione nel d.lgs. n. 231/2001 sono del tutto peculiari e coniugano caratteristiche riferibili, più che alla disciplina del reato, a quella dell'illecito civile e dell'illecito amministrativo, stabilendo, tra l'altro, che l'unitario termine quinquennale di prescrizione non decorra dalla contestazione dell'illecito al passaggio in giudicato della sentenza (art. 22).

Se quest'ultima norma, unitamente all'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto all'intervento di cause estintive quali, in particolare, la prescrizione del reato presupposto (art. 8 del decreto), rischiano di comprimere le garanzie difensive dell'ente collettivo e di assoggettarlo a un processo dagli imprevedibili confini temporali, l'operare della nuova ipotesi di improcedibilità andrebbe nella direzione di perseguire, anche in favore della persona giuridica, l'obiettivo della ragionevole durata del processo stesso. E, tanto, a fronte dell'esigenza che l'accertamento si svolga nel rispetto dei canoni costituzionali e sovranazionali che non possono non applicarsi, altresì, alla vicenda processuale coinvolgente il soggetto collettivo, in assenza di eccessive e ingiustificate differenziazioni del regime applicabile all'illecito di cui al d.lgs. n. 231/2001 e al reato presupposto.

Si tratta di problemi ancora aperti e su cui sarà opportuna una più approfondita riflessione, prima di giungere a conclusioni più articolate.

Nondimeno, si può intanto accennare al fatto che, inoltre, la previsione della nuova causa di improcedibilità di cui all'art. 344-*bis* c.p.p. sembra poter avere ripercussioni sul

procedimento regolato dal d.lgs. n. 231/2001, in forza della previsione generale di cui all'art. 37 di tale atto normativo, che esclude la possibilità di procedere nei confronti dell'ente nei casi di mancanza, anche sopravvenuta, di una condizione di procedibilità nei confronti dell'autore del reato presupposto.

In conclusione, ho qui soltanto voluto tratteggiare alcune delle tante, e significative, questioni che l'accertamento dell'illecito dell'ente nel contesto del processo penale pone, con speciale attenzione al rapporto tra determinate soluzioni normative e applicative e le relative ricadute sugli sforzi organizzativi delle imprese, compendiate nei "modelli 231" ed essenziali nell'ottica di un'efficace prevenzione della criminalità d'impresa.

Molti altri spunti di analisi, sono certa, emergeranno dagli stimolanti interventi che seguiranno.

Vi ringrazio.