

La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto processuale penale

Giulio Garuti

SOMMARIO: 1. La pratica applicazione della normativa. – 2. L'ineffettività del sistema sotto il profilo della prevenzione attuata dall'ente. – 3. Le proposte di modifica del sistema.

1. La pratica applicazione della normativa

Il dato da cui muovere è che il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 rappresenta un sottosistema del diritto penale, dotato di una propria profondità teorica e pratica, dettato per contrastare la c.d. "criminalità d'impresa" e destinato a operare sia sul versante repressivo sia sul versante della prevenzione della responsabilità da parte dell'ente.

Purtroppo il sistema, nella pratica applicazione, ha mostrato una importante dose di ineffettività che si manifesta in entrambe le direzioni delineate.

Sotto il profilo repressivo, esiste infatti una enorme cifra grigia di procedimenti che non vengono neppure trattati dall'autorità giudiziaria, non venendo addirittura annotati, ai sensi dell'art. 55 d.lgs n. 231/01, nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.

Sotto il profilo della prevenzione – prevenzione che sarebbe destinata a trovare attuazione mediante l'adozione dei modelli di organizzazione e gestione -, va osservato: *a)* come sia una prassi assai poco diffusa l'adozione, da parte delle aziende, dei modelli di organizzazione e gestione c.d. *ex ante*: da uno studio di Confindustria condotto a livello nazionale, i 2/3 delle aziende interpellate non hanno adottato il modello di organizzazione e gestione; *b)* come tale scarsa diffusione dell'adozione del modello, da parte delle aziende, sia riconducibile alla poca fiducia che gli imprenditori nutrono nei confronti del sistema di prevenzione

così come viene interpretato dalla magistratura vuoi requirente vuoi giudicante: se la prima continua a ritenere che sia sufficiente il verificarsi di un illecito amministrativo per bollare il modello di inidoneità e inefficacia, la seconda – come è stato dimostrato nella sentenza “Impregilo” della Corte di cassazione – non riconosce alcuna valenza alle linee guida dettate per la redazione dei modelli e si dimostra assai scettica nei confronti del sistema di prevenzione così come è stato elaborato dal legislatore del 2001.

Tutto ciò, ovviamente, provoca ricadute a livello pratico, anche laddove le aziende – per necessità o per convinzione – decidano di dotarsi del modello di organizzazione e gestione: se per un verso, di regola, si assiste a un mancato coordinamento tra il sistema delineato dal d.lgs. n. 231/01 e il sistema di *corporate governance* delle aziende che si determinano all'implementazione del sistema, per l'altro verso si assiste a una tendenza dell'impresa a interpretare in modo cosmetico la prevenzione di cui al d.lgs. n. 231/01.

2. L'ineffettività del sistema sotto il profilo della prevenzione attuata dall'ente

E allora, al di là dei rimedi adottabili nei confronti dell'ineffettività destinata a manifestarsi sotto il profilo repressivo – che non è tema, al momento, di interesse –, ciò che preme ora esaminare è il contesto di ineffettività del sistema sotto il profilo della prevenzione attuata dall'ente.

Contesto che, dal punto di vista delle ricadute, risulta fatalmente destinato all'applicazione di una sanzione nei confronti dell'ente incolpato, posto che, se per un verso il modello di organizzazione e gestione attuato *ex ante* è destinato, di regola, a una valutazione di inidoneità o comunque di inefficacia da parte dell'autorità giudiziaria, per l'altro verso, le condotte riparatorie poste in essere ai sensi dell'art. 17 d.lgs. n. 231/01 alle quali può accedere l'ente in un'ottica *ex post* rispetto alla verifica dell'illecito, determinano soltanto, in una prospettiva sanzionatoria, una attenuazione della stessa e non, invece, il salvataggio dell'ente.

Tuttavia, se la logica del sistema di cui al d.lgs. n. 231/01 è una logica di prevenzione che si estrinseca attraverso un meccanismo premiale che si ripete più volte nel corso del procedimento a cui è sottoposto l'ente, ai nostri fini occorre però tentare di individuare dei meccanismi che portino comunque l'ente a rimanere indenne da sanzioni, qualora si impegni in un determinato percorso riabilitativo.

Diversamente – ovvero, in presenza di sanzioni ancorché attenuate -, stante il concreto fallimento del meccanismo riconducibile all'efficacia del modello di organizzazione e gestione attuato *ex ante*, l'ente si determinerà sempre – salvo i casi in cui non sia generalmente e di fatto obbligato (es. società che lavorano solo nell'ambito degli appalti pubblici) -, a dotarsi di un modello di organizzazione e gestione *ex post*, nella sola eventualità in cui si venisse a trovare coinvolto in un procedimento.

Modello attuato *ex post* che ha dato prova, nella pratica, di essere lo strumento maggiormente apprezzato, da parte dell'autorità giudiziaria chiamata a valutarlo, se non altro perché detto giudizio non implica una valutazione in punto di esclusione di responsabilità ma unicamente una attenuazione della sanzione.

Tuttavia, riconoscere l'idoneità e l'efficacia di un di un modello di organizzazione e gestione in presenza di un reato ipotizzato e/o addirittura accertato – e, di conseguenza, prosciogliere l'ente per questo solo fatto -, implica una formazione culturale e un bagaglio di conoscenze tecniche e pratiche che non appartiene alla magistratura italiana, che potrebbe essere in ciò aiutata soltanto nei casi in cui si affidasse, a tal fine, a periti con formazione economica/giuridica, la qual cosa significherebbe, però, mettere in discussione il ruolo del magistrato nella sua veste vuoi requirente vuoi giudicante.

3. Le proposte di modifica del sistema

Su questo sfondo, vediamo che diverse sono state le proposte avanzate – *de jure condendo* – per addivenire a un sistema che possa lasciare indenne da sanzioni l'ente, perché è in questa direzione che il sistema, caratterizzato da premialità, dovrebbe andare.

a) Sulla base di alcune sollecitazioni provenienti dall'ordinamento statunitense, è stato di recente suggerito di valorizzare "l'eventuale collaborazione" che potrebbe favorire l'ente, quale causa di esclusione della responsabilità.

La proposta è quella di prevedere che la società abbia tre mesi di tempo, dalla conoscenza dei fatti illeciti commessi da apicali e/o dipendenti, per riportare all'autorità giudiziaria quanto sappia «fornendo elementi utili all'avvio e alla prosecuzione delle indagini e mettendo a disposizione l'eventuale profitto conseguito» (c.d. attività di self reporting) (Centonze-Mantovani, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n.*

231/2001, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di Centonze-Mantovani, p. 287 ss.).

In concreto, però, le difficoltà a cui va incontro una proposta di questo tipo sono diverse.

Se per un verso, nel nostro sistema, la collaborazione processuale può determinare una eventuale attenuazione della sanzione e non una esclusione della stessa – dando luogo, allora, la proposta in parola, a una evidente diseguaglianza tra i soggetti persone fisiche che collaborano e gli enti collaboratori -, per altro verso, la suddetta proposta si porrebbe in rotta di collisione con il nostro sistema processuale, laddove pervenisse a “barattare” un mancato esercizio dell’azione penale con uno scambio di informazioni.

Senza poi considerare il rischio collegato al fatto che l’autodenuncia, da parte dell’ente, di un determinato soggetto quale autore del reato, possa trasformarsi nella spasmodica ricerca di un “capro espiatorio”, con la penalizzazione, ovviamente, di chi in azienda ricopre ruoli non di vertice.

b) In una diversa prospettiva, posto che, nella pratica, si assiste molto spesso alla separazione dei procedimenti penali a carico dell’ente e a carico della persona fisica, addivenendo spesso l’ente a una soluzione attraverso il “patteggiamento”, e posto che il “patteggiamento” risulta precluso – tra le altre cose – qualora il giudice ritenga che debba essere applicata una sanzione interdittiva in via definitiva (art. 16 d.lgs. n. 231/01), sarebbe forse opportuno valorizzare, in concreto, la valenza delle condotte riparatorie ex art. 17 d.lgs. n. 231/01, per evitare all’ente l’applicazione di sanzioni interdittive che, se reiterate più volte nell’arco di un periodo temporale, precludono la possibilità di patteggiare, in quanto impongono la sanzione interdittiva in via definitiva.

c) La terza proposta concerne la possibilità di attivare l’istituto della “sospensione del procedimento con la messa alla prova”, di cui all’art. 168 *bis* c.p. e all’art. 464 *bis* ss. c.p.p., anche alla disciplina degli enti.

Ben presente abbiamo la posizione a riguardo della magistratura di merito che, facendo rientrare la “sospensione del procedimento con messa alla prova” nella categoria delle sanzioni generali, ritiene inapplicabile, in ossequio al principio della riserva di legge e in assenza di una normativa di raccordo, l’istituto in esame alla disciplina degli enti (Trib. Milano, XI sez., ord. 27/3/2017, XY s.r.l.).

Tuttavia, al di là di ciò, in una prospettiva *de jure condendo* o, volendo, in una prospettiva che intenda valorizzare la dimensione processuale dell'istituto in esame (C. cost. sent. n. 240/2015; Cass., S.U. 31/3/2016 Sorcinelli) e utilizzare il *pass partout* di cui agli artt. 34 e 35 d.lgs. 231/01, si potrebbe pensare che anche la "correzione" di un modello di organizzazione e gestione già esistente, unita al risarcimento del danno e alla messa a disposizione del profitto, potrebbe rappresentare un percorso virtuoso da attuare in una prospettiva di "programma di trattamento" ex art. 464 bis, comma 4 c.p.p. (Fidelbo-Ruggiero, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2016, n. 4, p. 9 ss.).

Ovviamente, questo meccanismo si differenzerebbe dalle semplici condotte riparatorie di cui l'art. 17 d.lgs. n. 231/01, perché esisterebbe già un modello di organizzazione e gestione implementato prima del compimento dell'illecito, ovvero un sistema di *compliance* dotato comunque di una propria serietà.

E sarebbe questo insieme di elementi, ovvero l'esistenza di una organizzazione aziendale unita al programma di trattamento – consistente, appunto, nell'attività di miglioramento del modello di organizzazione e gestione, unita al risarcimento del danno e alla messa a disposizione del profitto – ad essere oggetto di una valutazione di serietà, da parte del giudice, per consentire o meno la sospensione del processo con la messa alla prova.

I limiti edittali di cui all'art. 168 bis c.p. (delitti puniti fino a 4 anni o indicati nell'art. 550 comma 2 c.p.p.) potrebbero essere superati prendendo in prestito il "medesimo istituto" disciplinato nell'ambito del rito minorile (art. 28 e 29 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 488) che non prevede limiti né oggettivi né soggettivi, dando ciò prova del fatto che nel nostro ordinamento è già tollerata una diversa disciplina del procedimento a seconda di chi sia il destinatario.

La proposta in parola avrebbe inoltre il pregio di non stravolgere l'impianto di cui al d.lgs. n. 231/2001, esistendo già un meccanismo di sospensione del procedimento destinato alla messa in atto delle condotte riparatorie, in un'ottica di sospensione delle misure cautelari interdittive (art. 49 d.lgs. n. 231/01) e, pertanto, vi sarebbe unicamente l'esigenza di adattare questo meccanismo al profilo sanzionatorio.

Cercando poi di ampliare l'ambito operativo di questa proposta – nel tentativo di dare attuazione al meccanismo in parola anche nel caso in cui l'ente non abbia implementato, prima della commissione dell'illecito,

un modello di organizzazione e gestione -, si potrebbe pensare di inserire, all'interno del programma di trattamento, non solo l'attuazione delle condotte riparatorie di cui all'art. 17 d.lgs. n. 231/01, ma anche l'imposizione di un ulteriore comportamento in una prospettiva di ravvedimento che manterrebbe la *ratio* del trattamento rieducativo.

Sotto il profilo operativo, preme osservare che sull'eventuale richiesta avanzata dall'ente nel corso delle indagini occorrerebbe il consenso del pubblico ministero e laddove questo venisse negato, vi sarebbe la possibilità di presentare la richiesta fino alla conclusione dell'udienza preliminare o fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, in caso di citazione diretta a giudizio.