

**LA COLLABORAZIONE PROCESSUALE DELL'ENTE
TRA SUGGERIMENTI COMPARATIVI E NECESSARIA
COERENZA CON IL SISTEMA 231***

di Amalia Orsina
(*Ricercatrice di diritto penale,
Università di Catania*)

Sommario: 1. Premessa. – 2. Un richiamo comparatistico all'istituto dei *Deferred Prosecution Agreements*. – 3. Marginale rilevanza nel sistema 231 della collaborazione processuale dell'ente nelle forme delle *internal investigations* e del *self-reporting*. – 4. Indagini interne e auto-denuncia come elementi fondativi di una causa di non punibilità: la proposta *de lege ferenda* e il relativo dibattito. – 5. La nostra riconsiderazione critica. La causa di non punibilità come soluzione solo apparente rispetto al *punctum dolens* del sistema 231. – 5.1. Il regresso dall'ente all'individuo nella lotta alla criminalità d'impresa. – 5.2. Il regresso dall'adeguatezza dei modelli organizzativi alla sincerità della collaborazione processuale. – 6. La nostra proposta alternativa: la colpa di reazione per mancata o inadeguata riorganizzazione *post factum* come nuova forma di colpevolezza corporativa. – 6.1. La logica reattiva ad integrazione della logica prevenzionistica in coerenza con la filosofia di fondo del sistema 231.

1. Nella variegata gamma di strategie di lotta alla criminalità di impresa si staglia con sempre maggiore nettezza nell'orizzonte comparatistico la progressiva diffusione di strumenti di giustizia negoziata, il cui prototipo è costituito da un istituto di diversione processuale che ha origine nell'ordinamento degli Stati Uniti ed è noto come *Deferred Prosecution Agreement (DPA)*. Si tratta di accordi stragiudiziali in virtù dei quali la pubblica accusa rinuncia a procedere penalmente nei confronti dell'ente se esso accetta di adempiere entro un termine prestabilito una serie di obbligazioni riparatorie il cui contenuto viene predeterminato nell'accordo medesimo.

Una siffatta opzione regolativa ha destato l'interesse anche di una parte della nostra dottrina che ravvisa un profilo di criticità del sistema di responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. 8.6.2001 n. 231 nella circostanza che esso in generale non associa alcun effetto premiale alle condotte di collaborazione processuale

dell'impresa¹; sicché allo stato attuale l'ente, se rivelasse spontaneamente all'autorità giudiziaria la commissione di illeciti al proprio interno, si esporrebbe al rischio di immediata applicazione di una misura cautelare o comunque di fornire alle autorità inquirenti prove dell'inadeguatezza prevenzionistica dei propri modelli organizzativi e quindi della propria colpevolezza².

Al fine di rimediare a tale criticità la suddetta dottrina propone di emulare l'esperienza comparatistica in tema di *DPAs*, prospettando *de lege ferenda* l'opportunità di premiare con l'esclusione della punibilità la collaborazione processuale dell'impresa consistente nello svolgimento di indagini interne per l'accertamento dei fatti e l'identificazione del reo-persona fisica (*internal investigations*) nonché nella denuncia all'autorità giudiziaria dell'illecito individuale scoperto (*self-reporting*).

Nel presente contributo si intende riflettere su meriti e criticità di tale indirizzo di riforma sviluppando il seguente *iter* argomentativo. In primo luogo occorre richiamare l'istituto dei *DPAs* con specifico riferimento all'ordinamento statunitense e

* Il presente contributo è stato realizzato in connessione con gli studi condotti nell'ambito del programma di ricerca di ateneo UNICT 2020-22 linea 2, progetto "EuRiPEn" nonché nell'ambito dei progetti di ricerca AIM1812923-1 (Programma Operativo Nazionale FSE-FESR "Ricerca e Innovazione 2014-2020", "AIM-Attrazione e Mobilità Internazionale", cofinanziato dall'Unione Europea FSE-Fondo Sociale Europeo, Avviso D.D. n. 407/2018) e 2017POCSICILIA1/5/5.4/9.2.3/AVV6.22/0001 (Avviso n. 6/2022, PO FSE Sicilia 2020).

¹ Per i necessari riferimenti bibliografici cfr. *infra* § 4.

² A testimonianza del fatto che attualmente la collaborazione processuale espone l'ente al rischio di autoincriminazione cfr. *Responsabilità individuale dell'ente e compliance aziendali: un'indagine statistica*, con *Introduzione* di M. Catenacci, in www.penalecontemporaneo.it, 17.11.2014, 47 ss., laddove si riportano i risultati di uno studio empirico realizzato dall'Università Roma Tre sulle politiche di gestione dei rischi-reato messe in atto da 30 imprese di grandi dimensioni con strutture organizzative complesse, riconducibili ad alcuni grandi gruppi industriali e bancari, nell'intervallo temporale tra il 2001 e il 2011; in particolare da questa indagine si evince che, alla domanda se l'impresa, dopo avere scoperto la commissione di illeciti al proprio interno, denuncia il fatto all'autorità giudiziaria, all'incirca solo 1 ente su 3 ha dichiarato di denunciare sempre o molto spesso, mentre 1/3 delle imprese intervistate non ha fornito alcuna risposta e il restante 1/3 ha dichiarato di effettuare la denuncia occasionalmente.

Cfr. inoltre Confindustria, *Indagine modelli organizzativi 231 e anticorruzione*, in www.aodv231.it, 2017, 9, da cui risulta che, su un campione di 100 imprese, delle 45 che hanno deciso di rispondere al questionario appositamente distribuito, il 64% ha dichiarato che rifiuterebbe l'eventuale richiesta indebita di denaro proveniente da parte di un pubblico ufficiale al fine di favorire lo svolgimento o il conseguimento di una propria attività di *business*; ma soltanto il 27% si è detto disponibile a denunciare l'accaduto alle autorità competenti (mentre il 2% ha risposto che farebbe una denuncia anonima e un altro 2% procederebbe anzitutto a consultare un legale).

Cfr. altresì *Bilancio di responsabilità sociale della Procura della Repubblica di Milano per l'anno 2017*, in www.procura.milano.giustizia.it, 86, laddove si afferma che in una prospettiva di riforma «Decisiva poi sarebbe la rottura del vincolo di solidarietà tra ente e *management* attraverso l'introduzione di meccanismi di diritto premiale a favore dell'ente che collabora»; da ultimo tale affermazione è stata ribadita nel *Bilancio di responsabilità sociale 2019-2020*, in www.procura.milano.giustizia.it, 76.

ripercorrere, sia pure in modo cursorio, il dibattito che si è sviluppato al riguardo in quel contesto giuridico.

Successivamente va polarizzata l'attenzione sul suddetto orientamento dottrinale, che propone di ispirarsi all'istituto in oggetto in sede di riforma del sistema 231, passando in rassegna le posizioni emerse nel dibattito sul tema.

Su queste basi si prospetterà una nostra personale posizione, che per esigenze di chiarezza è opportuno anticipare fin d'ora nei suoi contenuti essenziali. In particolare si avrà modo di argomentare che a nostro avviso la proposta di introdurre una causa di non punibilità fondata sulla collaborazione processuale nelle forme delle indagini interne e dell'auto-denuncia, anche se persegue il condivisibile obiettivo di agevolare la repressione della criminalità sommersa, comporta un duplice rischio, ossia: il regresso dall'ente all'individuo nella lotta ai *corporate crimes*, atteso che in questa ipotesi di riforma l'individuo diverrebbe il destinatario primario della risposta sanzionatoria dell'ordinamento, mentre nei confronti dell'ente la sanzione penale sarebbe solo minacciata per sollecitare un contegno collaborativo; nonché, correlativamente, l'impropria modificazione dell'oggetto del sindacato giudiziale, il quale consisterebbe non più nell'adeguatezza dei modelli organizzativi bensì nella sincerità della collaborazione processuale.

Riflettendo su questi due risvolti problematici dell'indirizzo di riforma in commento, si addiverrà alla conclusione secondo cui le indagini interne dell'ente e la conseguente auto-denuncia possono produrre solo l'effetto di riduzione del trattamento sanzionatorio, atteso che viceversa la radicale esclusione della punibilità come conseguenza di tali condotte rischierebbe di risolversi in un'eccessiva premialità con una ricaduta negativa sul versante della colpevolezza corporativa.

Al contempo si intende sostenere la tesi secondo cui il tipo di reazione sul quale è necessario puntare non è la collaborazione processuale dell'ente nelle forme di cui testé si è detto bensì la sua riorganizzazione *ex post*, ossia la predisposizione da parte dell'impresa di misure correttive finalizzate a rimediare alle disfunzioni organizzative che il reato-presupposto ha fatto emergere.

Nello specifico, per valorizzare il *post factum* in modo coerente con la filosofia di fondo del sistema 231 consistente nella prevenzione mediante organizzazione, si ritiene che insorga la necessità di coordinare la dimensione reattiva con quella prevenzionistica, riconoscendo diritto di cittadinanza ad una forma di colpevolezza, denominata colpa di reazione, la quale trova il suo fulcro nell'inadempimento

dell'obbligo di aggiornamento dei modelli organizzativi. Tale inedita categoria va chiamata in causa ad integrazione della colpa di organizzazione in tutte le ipotesi in cui *ante factum* non è esigibile, oggettivamente o soggettivamente, la prevenzione dell'illecito individuale e tuttavia la commissione del reato fa emergere un difetto organizzativo che l'ente è tenuto in ogni caso a correggere *post factum*.

Per tal via diviene possibile costruire il dialogo tra l'ordinamento giuridico e l'impresa su basi leali, atteso che, nell'ipotesi in cui non si poteva pretendere *ex ante* un contegno organizzativo diverso da quello effettivamente tenuto, l'ente rimane al riparo dal rimprovero penale rispetto alla mancata prevenzione dell'evento-reato ma, al contempo, è sottoposto legittimamente al sindacato giudiziale in ordine alla sua gestione reattiva del rischio di reiterazione di quell'illecito.

2. Entrando nel merito dell'istituto dei *DPAs* occorre anzitutto contestualizzare la loro genesi richiamando preliminarmente le coordinate generali del sistema di responsabilità penale degli enti vigente negli Stati Uniti. A tal fine occorre muovere dalla constatazione che tradizionalmente in tale ordinamento la *corporate criminal liability*, fin da quando agli inizi del Novecento è stata riconosciuta³, viene concepita come forma di responsabilità vicariale fondata sul criterio ascrittivo del *respondeat superior*, in virtù del quale si può rimproverare all'ente qualsiasi reato quando il fatto risulta commesso da un suo *agent* nell'ambito del proprio *scope of employment* nonché con *l'intent to benefit the corporation*.

Tale regime imputativo comporta di fatto un automatismo ascrittivo che viene giustificato sulla base dell'esigenza di ottenere la conformità dell'ente al diritto. Infatti il suddetto canone del *respondeat superior* si fonda sul presupposto che la consapevolezza del rischio di incorrere in una condanna anche per reati la cui commissione non si sarebbe potuta prevenire costituisce per l'impresa un impareggiabile stimolo a perseguire il più elevato *standard* di diligenza possibile, onde scongiurare del tutto la commissione di illeciti al proprio interno.

Nondimeno nel tempo un siffatto sistema di *corporate liability* ha palesato significative criticità in quanto: per un verso si è rivelato *overinclusive* atteso che

³ Il riferimento va alla celebre decisione adottata nel 1909 dalla Suprema Corte nel caso *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, in 212 U.S., 1909, 481 ss., allorquando si è affermata per la prima volta la responsabilità penale corporativa sancendo il definitivo superamento del canone *no soul to damn, no body to kick*; quest'ultima formula, sostanzialmente equivalente al nostro *societas delinquere non potest*, è stata coniata da J. Coffee, *No soul to damn and no body to kick: an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment*, in *MichLRev* 1981, 79, 3, 386 ss.

consente di affermare la responsabilità corporativa anche per fatti illeciti commessi in assenza di un nesso con le politiche d'impresa, sicché gli enti che incoraggiano o comunque tollerano un clima di illegalità al proprio interno vengono equiparati indebitamente a quelli che al contrario si sforzano di promuovere una cultura rispettosa della legge; per altro verso si è dimostrato *underinclusive* nella misura in cui, postulando la necessaria dipendenza della responsabilità corporativa da quella individuale, rende possibile condannare l'ente solo sul presupposto della condanna del reo-persona fisica, sicché l'impresa non si può chiamare a rispondere dell'illecito quando, pur in presenza della *corporate fault*, non è ravvisabile la colpevolezza individuale rispetto al fatto di reato⁴.

Pertanto la crescente insoddisfazione per il suddetto regime ascrittivo ha generato un movimento di riforma che è approdato all'adozione nel 1991 delle *Federal Sentencing Guidelines for Organisations (FSGO)* alle quali si deve lo storico merito di avere introdotto la logica dei *compliance programs*, attribuendo rilevanza, sia pure solo sul piano della commisurazione del trattamento sanzionatorio, all'adeguata organizzazione dell'ente in funzione della prevenzione dei reati⁵.

⁴ Cfr. sul tema S.S. Beale, A.G. Safwat, *What developments in western Europe tell us about American critiques of corporate criminal liability*, in *BuffLRev* 2005, 8, 1, 89 ss.; L. Brown, *Vicarious criminal liability of corporations for the acts of their employees and agents*, in *LoyLRev* 1995, 41, 2, 279 ss.; E. Colvin, *Corporate personality and criminal liability*, in *CrimLF* 1995, 6, 1 ss.; R.S. Gruner, L. M. Brown, *Organizational justice: recognizing and rewarding the good citizen corporation*, in *JCL* 1996, 21, 731 ss. In particolare in giurisprudenza si afferma il principio secondo cui alla luce del canone *respondeat superior* l'ente deve essere chiamato a rispondere del reato persino quando la condotta dell'individuo risulta in contrasto con le direttive aziendali nonché a prescindere dalla circostanza che l'impresa, prima del fatto, risultasse dotata di misure ragionevoli per prevenire la commissione di illeciti al proprio interno. In tal senso cfr. *United States v. Basic Construction Co.*, 711 F.2d 570 (4th Cir. 1983), laddove si afferma che «a corporation may be held criminally responsible for antitrust violations committed by its employees if they were acting within the scope of their authority, or apparent authority, and for the benefit of the corporation, even if such acts were against corporate policy or express instructions». Cfr. altresì, *ex multis*, *United States v. American Radiator & Standard Sanitary Corp.*, 433 F.2d 174 (3rd Cir. 1970); *United States v. Ionia Mgmt. S.A.*, in 555 F.3d, 2009, 303.

⁵ Cfr. United States Sentencing Commission, *2021 Guidelines Manual, Chapter 8 - Sentencing for organisations*, in www.ussc.gov. Cfr. altresì la *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, § 3.3*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, Padova 2008, 19, laddove il legislatore del 2001 esplicita di avere mutuato dai *compliance programs* di matrice statunitense il modello di organizzazione, gestione e controllo dei rischi-reato di cui al decreto 231, con la precisazione però che nel nostro ordinamento la logica della *compliance* viene valorizzata in modo originale, ossia non semplicemente sul piano della quantificazione del trattamento sanzionatorio bensì sul versante della criteriologia ascrittiva; sul punto cfr. da ultimo C.E. Paliero, *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in *ED I tematici. Reato colposo*, diretto da M. Donini, Milano 2021, 73.

Nello specifico, nelle suddette *Guidelines* si definisce il cd. *culpability score* mediante una serie di fattori, che concorrono a graduare la colpevolezza di impresa, ai quali vengono attribuiti punteggi differenziati sulla cui scorta il giudice deve poi procedere alla quantificazione della sanzione. Tra questi fattori si annovera, in funzione di attenuazione del grado di colpevolezza e quindi di riduzione del trattamento sanzionatorio, l'implementazione da parte dell'impresa di «*effective compliance and ethics program*»⁶; a sua volta, in rapporto a quest'ultima locuzione si puntualizza che l'ente deve adottare la «*due diligence*» per prevenire le condotte illecite nonché promuovere «*an organizational culture*» volta ad incoraggiare la *compliance*⁷.

Inoltre nelle *FSGO* si richiama quale ulteriore fattore che incide sulla determinazione del trattamento sanzionatorio il comportamento *post factum* dell'ente inteso sia come correzione dei *compliance programs*⁸ sia come collaborazione processuale sotto forma di autodenuncia, cooperazione con le autorità e ammissione delle proprie responsabilità⁹.

Tuttavia, a distanza di un decennio dall'entrata in vigore delle suddette *guidelines*, alcune vicende giudiziarie aventi ad oggetto gravi frodi societarie (*Enron, WorldCom, Tyco International, Arthur Andersen*) hanno fatto emergere il carattere spesso meramente cosmetico dei sistemi di *compliance* adottati nel mondo imprenditoriale, evidenziando al contempo le esponenziali ricadute negative che il processo penale alle *corporations* può comportare sugli *shareholders*, su tutti gli altri *stakeholders* connessi alle imprese nonché, più in generale, sul mercato (il cd. «effetto Arthur Andersen»)¹⁰.

⁶ United States Sentencing Commission, 2021 *Guidelines Manual, Chapter 8 - Sentencing for organisations*, cit., § 8C2.5(f) (1), 531, laddove si afferma in particolare che «*If the offense occurred even though the organization had in place at the time of the offense an effective compliance and ethics program, as provided in §8B2.1 (Effective Compliance and Ethics Program), subtract 3 points*».

⁷ United States Sentencing Commission, *ivi*, § 8B2.1, 517. In particolare al § 8B2.1 vengono elencati i requisiti minimi per la realizzazione di «*effective compliance and ethics program*», tra cui si ricordano i seguenti: la «*organization's governing authority*» deve esercitare una «*reasonable oversight*» sull'implementazione ed il funzionamento dei *compliance programs*; l'«*high-level personnel of the organization*» deve essere incaricato della «*overall responsibility*» in relazione ai suddetti programmi; «*specific individual(s)*» all'interno dell'ente devono essere preposti alla «*day-to-day operational responsibility*»; si rende necessario svolgere «*effective training programs and otherwise disseminating information*» sui *compliance programs* nonché sui ruoli e sulle responsabilità di ciascun individuo in sede di attuazione di detti programmi; vanno previsti meccanismi di *reporting*, con garanzia dell'anonimato, «*regarding potential or actual criminal conduct without fear of retaliation*»; occorre promuovere il rispetto dei *compliance programs* mediante «*incentives*» e «*disciplinary measures*»; vanno implementati «*reasonable steps*» per reagire all'eventuale commissione di illeciti e prevenirne la reiterazione.

⁸ United States Sentencing Commission, *ivi*, § 8B2.1(b) 7, 519.

⁹ United States Sentencing Commission, *ivi*, §8C2.5(g), 532.

¹⁰ Si ricorda che l'*Arthur Andersen LLP*, società di revisione contabile della *Enron Corporation*, venne accusata di

Si è dunque reso necessario un ulteriore ripensamento dei meccanismi d'indagine e repressione della criminalità di impresa, per effetto del quale è emerso un nuovo approccio alla *corporate criminal liability*, solitamente indicato con la locuzione *too big to fail* e, quindi, *too big to jail*¹¹, in virtù del quale la strategia d'intervento da privilegiare nei confronti delle grandi imprese va identificata non nella tradizionale celebrazione della giustizia penale bensì in forme alternative e semplificate di definizione del procedimento.

In questa mutata logica si è registrata nella prassi applicativa la progressiva diffusione dei *DPAs*, ossia, come si è anticipato in premessa, accordi stragiudiziali in virtù dei quali il *prosecutor* formula un'accusa a carico dell'impresa ma decide di rinviare l'esercizio dell'azione penale, offrendo alla *corporation* una via di fuga dal processo consistente nell'osservanza di determinate prescrizioni riabilitative, che l'ente deve adempiere entro un termine prefissato (oscillante generalmente tra i 12 e i 36 mesi) onde evitare l'*indictment*, ossia la sua formale incriminazione. Un'ulteriore variante di tale forma di giustizia negoziata è costituita dai *Non Prosecution Agreements (NPAs)*, i quali si caratterizzano per il fatto che l'accordo tra la pubblica accusa e l'ente indagato interviene ancora prima del *filing*, ossia della formulazione dell'accusa da parte dell'autorità inquirente e quindi dell'iscrizione della notizia di reato, per cui sostanzialmente viene in rilievo un negoziato privato che, diversamente dal *DPA*, rimane del tutto sottratto al vaglio giudiziale.

Le suddette pratiche di *pre-trial diversion* non sono oggetto di una disciplina normativa ma risultano regolate da linee-guida emanate dal *Department of Justice (DOJ)*, le quali sono finalizzate ad orientare la discrezionalità di cui la pubblica accusa gode in tale ordinamento giuridico nell'esercizio dell'azione penale e vengono periodicamente aggiornate mediante i cd. *Memorandum* varati dai viceprocuratori generali che si avvicendano nel tempo¹².

ostruzionismo alla giustizia per avere distrutto documenti relativi al bilancio di *Enron* e conseguentemente privata dalla SEC (*Securities and Exchange Commission*) della licenza ad operare; paradossalmente, tre anni dopo il suo fallimento, la società venne assolta dalla Corte Suprema. Su questa vicenda giudiziaria e il cd. effetto *Arthur Andersen* che da essa prende il nome cfr. J. Coffee, *Understanding Enron: "It's about the gatekeepers, stupid"*, in *TBL* 2002, 57, 4, 1403 ss.

¹¹ Si tratta di una fortunata espressione coniata da B.L. Garrett, *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*, Cambridge 2016.

¹² Da ultimo sono stati emanati due *Memorandum* da parte del viceprocuratore generale attualmente in carica (Monaco), rispettivamente il 28.10.2021 in tema di *Corporate Crime Advisory Group and Initial Revisions to Corporate Criminal Enforcement Policies* e il 15.9.2022 in tema di *Further Revisions to Corporate Criminal Enforcement Policies*; entrambi i documenti sono reperibili in www.justice.gov.

Nel merito il *prosecutor*, per scegliere se esercitare l'azione penale, optare per l'inazione o ricorrere a forme alternative di risoluzione del procedimento, valuta una serie di fattori quali: la natura e la gravità del reato; la diffusione dell'illecito all'interno dell'impresa, con il coinvolgimento anche del *management*; i precedenti giudiziari dell'ente; la disponibilità a cooperare nelle indagini; l'adeguatezza e l'efficacia dei *compliance programs* sussistenti al momento della commissione del reato così come al tempo della *charging decision*; la tempestiva e volontaria denuncia dell'illecito da parte dell'ente; le azioni riparatorie intraprese dalla *corporation*, incluse quelle di natura organizzativa, disciplinare e restitutoria; le conseguenze collaterali dell'esercizio dell'azione penale sugli azionisti, dipendenti e *stakeholders* in generale; l'adeguatezza di misure alternative di contrasto ai *corporate crimes*, di tipo civile o amministrativo; l'adeguatezza dell'incriminazione degli individui responsabili dell'illecito; gli interessi delle vittime¹³.

All'esito della suddetta valutazione, se la pubblica accusa decide di optare per la sigla di un *DPA* o un *NPA*, le condizioni dell'accordo vengono definite negoziabilmente con la *corporation* in base alle peculiarità del caso concreto. In particolare, secondo quanto emerge dalla prassi applicativa, tra le prescrizioni riabilitative generalmente imposte all'ente si annoverano le seguenti obbligazioni: accettare la ricostruzione dei fatti compiuta dal pubblico ministero¹⁴; pagare una sanzione pecuniaria; cooperare con l'autorità inquirente in sede di indagini, anche mediante lo svolgimento di investigazioni interne; riparare il danno e indennizzare le vittime; adottare un *compliance program* e le altre misure organizzative che si rendano necessarie per prevenire la reiterazione dell'illecito (come la nomina di un *chief compliance officer*, amministratori indipendenti o un nuovo *board*)¹⁵; nominare un *monitor* esterno, o

¹³ I suddetti fattori sono elencati nel Titolo 9 (in particolare § 9-28.300) del *Justice Manual (JM)*, noto in precedenza come *United States Attorneys' Manual (USAM)*, in www.justice.gov, nel quale sono contemplati i «*Principles of federal prosecution of business organizations*» che incorporano i *Memorandum* varati nel tempo dai viceprocuratori generali.

¹⁴ Si tratta del cd. *statement of facts*, il quale non costituisce una formale ammissione di colpevolezza bensì una presa in carico, da parte dell'ente, dell'addebito mosso nei suoi confronti; cfr. ad esempio il *DPA* concluso nel caso *United States v. Illinois Bell Telephone Co., LLC.*, in <https://corporate-prosecution-registry.com>, 14.10.2022, 1-2, che contempla quale prima clausola proprio l'«*acceptance of responsibility*».

¹⁵ Cfr., ad esempio, il *DPA* concluso nel caso *United States v. British American Tobacco P.L.C.*, no. 23-cr-118 (D.D.C. 25.4.2023), in *Corporate resolutions update - 2023*, www.gibsondunn.com, 11.9.2023, 12-13, laddove si impone all'ente l'implementazione di un *corporate compliance program* nonché l'obbligo di riferire periodicamente sullo stato delle *compliance measures*.

accettarne la nomina da parte del DOJ, in funzione di vigilanza sull'attuazione delle misure concordate¹⁶.

Ebbene, nel corso dell'ultimo ventennio per effetto della diffusione di queste forme di diversione processuale, per un verso, si è incrinata la rilevanza delle *Federal Sentencing Guidelines for Organisations* del 1991, in virtù delle quali, come in precedenza si è detto, le condotte riparatorie poste in essere dagli enti possono produrre solo un limitato effetto di mitigazione del trattamento sanzionatorio; per altro verso, sono stati conclusi centinaia di *pre-trial agreements*, la cui stipula incide direttamente sull'esercizio dell'azione penale, consentendo alla *corporation* di ottenere il beneficio della radicale esclusione della punibilità¹⁷. Sicché si è determinato un cambiamento di rotta nel contrasto alla criminalità di impresa, atteso che in virtù dei suddetti accordi di *pre-trial diversion* lo Stato rinuncia alla pretesa punitiva nei confronti dell'ente se esso collabora con l'autorità giudiziaria nell'accertamento dei *corporate crimes* e nella individuazione del reo-persona fisica¹⁸.

¹⁶ Cfr., ad esempio, il DPA concluso in relazione al caso *United States v. Stericycle, Inc.*, in <https://corporate-prosecution-registry.com>, 18.4.2022, 5, laddove si impone all'ente la nomina di un *independent compliance monitor*, con un incarico di durata biennale, in considerazione del fatto che, a dispetto delle misure rimediali già realizzate, al momento della sigla dell'accordo l'ente non risulta ancora avere pienamente implementato un adeguato *compliance program*. Si ricorda inoltre che nell'ambito dei *Monaco Memorandum* (cfr. *supra*, nel presente § 2, nt. n. 12) si rimarca l'importanza dello strumento della *monitorship*, cui ricorrere ogniqualvolta occorre sorvegliare la corretta implementazione del *pre-trial agreement* da parte dell'ente.

¹⁷ Cfr. al riguardo B.L. Garrett, J. Ashley, *Corporate Prosecution Registry*, Duke University and University of Virginia School of Law, in <http://lib.law.virginia.edu>; si tratta di una banca dati da cui risulta che dal 1992 ad oggi negli Stati Uniti sono stati conclusi 214 DPAs e 201 NPAs (va comunque puntualizzato che si tratta di cifre sensibilmente inferiori rispetto al numero di 2708 *plea agreements* siglati). Cfr. altresì *Corporate resolutions update - 2023*, in www.gibsondunn.com, 11.9.2023, laddove sono reperibili i dati statistici raccolti dallo studio legale Gibson Dunn relativamente al lasso temporale che va dal 2000 al mese di luglio del 2023, secondo cui, dopo i primi anni in cui il numero di *pre-trial agreements* conclusi è stato molto modesto (2 o 3 all'anno), dal 2003 si è evidenziato un progressivo aumento, anche se a fasi alterne; nella specie, a parte il picco raggiunto nel 2015 (con 102 *agreements* conclusi), il numero annuale si è gradualmente attestato nel *range* tra 20 e 40 (con un decremento però registrato negli ultimi due anni). Analogamente è aumentato, sia pure in modo altalenante, l'ammontare dei *monetary recoveries* ottenuti dallo Stato mediante questo tipo di accordi a titolo di risarcimento e sanzione pecuniaria, con un picco di 9,4 miliardi di dollari nel 2020. Cfr. anche M. Koehler, *FCPA Professor*, in <https://fcpprofessor.com>, laddove si riporta il dato per cui nello specifico settore della lotta alla corruzione internazionale i *pre-trial agreements* sono stati utilizzati in un *range* che va dal 70% al 100% dei casi di *corporate enforcement* trattati dal DOJ tra il 2010 e il 2022; sul punto cfr. altresì B.L. Garrett, *The path of FCPA settlements*, in *Negotiated settlements in bribery cases: a principled approach*, a cura di T. Søreide, A. Makinwa, Cheltenham 2020, 25 ss.

¹⁸ Inoltre va segnalato che in aggiunta ai DPAs e NPAs nell'ordinamento statunitense si fa ricorso ad ulteriori strumenti di giustizia negoziata contemplati *ad hoc* per specifici settori. Il riferimento va ad esempio alla pratica nota come *declination with disgorgement letter* o *letter agreement*, promossa dal DOJ nel campo della corruzione internazionale, in virtù della quale l'ente, se adotta una serie di condotte riparatorie, può essere destinatario di una comunicazione mediante cui si notifica che non sarà perseguito in sede penale; di recente cfr., ad esempio,

Al riguardo risultano significative le statuizioni contenute da ultimo nel *Monaco memorandum* del 15 settembre 2022, laddove, sul presupposto che la persecuzione delle persone fisiche che hanno commesso il reato e tratto profitto da esso costituisce la «*first priority*» del *DoJ*, si afferma che, ad eccezione di ipotesi particolarmente gravi (come quelle in cui l'illecito per cui si procede abbia comportato un pericolo per la sicurezza nazionale o sia espressione di un'illegalità radicata in modo pervasivo nell'impresa), la pubblica accusa deve preferibilmente optare per la sigla di un *pre-trial agreement* allorquando «*a corporation has voluntarily self-disclosed, fully cooperated, and timely and appropriately remediated the criminal conduct*»¹⁹.

Inoltre occorre fare presente che, anche laddove non si fa uso dei *DPA*s, risulta comunque molto ridotto il numero di condanne pronunciate all'esito di un processo, dato che nella maggioranza dei casi viene siglato il *plea bargaining* (detto anche *plea bargain* o *plea agreement*), ossia l'equivalente del nostro patteggiamento²⁰.

Ebbene, nel tempo la suddetta prassi dei *pre-trial agreements* si è progressivamente diffusa anche in altri ordinamenti, sebbene sia stata di volta in volta declinata con peculiarità proprie del sistema giuridico di riferimento²¹. A titolo esemplificativo si può

il caso *United States v. Corsa Coal Corporation*, in www.justice.gov, 8.3.2023.

¹⁹ *Monaco Memorandum*, 15.9.2022, cit., 2 e 7. Inoltre nell'ambito di entrambi i *Monaco Memorandum* (cfr. *supra*, nel presente § 2, nt. n. 12) si enfatizza la circostanza che l'ente, al fine di maturare il cd. *cooperation credit* necessario per accedere alla stipula di un *pre-trial agreement*, deve fornire alla pubblica accusa ogni informazione in suo possesso per individuare tutte le persone fisiche coinvolte nella *corporate misconduct* (e non solo quelle *substantially involved*).

È opportuno, poi, fare presente che proprio su impulso dei suddetti *Memorandum* il *DOJ* ha adottato nel febbraio del 2023 una *voluntary self-disclosure policy*, destinata ad essere applicata in modo uniforme a tutti gli *attorney's offices* sul territorio nazionale, in virtù della quale si definiscono gli *standards* ai quali si deve conformare la *disclosure* dell'ente nonché i benefici che ad esso vengono conseguentemente assicurati; cfr. *United States Attorneys' Offices Voluntary Self-Disclosure Policy* (USAO's VSD Policy), in www.justice.gov.

²⁰ Cfr. da ultimo il 2022 *Annual report and sourcebook of federal sentencing statistics*, in www.ussc.gov, laddove sono raccolti i dati statistici relativi all'applicazione delle *Federal Sentencing Guidelines* e, in particolare, si calcola che appena nel 7,1% dei casi si approda al *trial by jury* (p. 172, *Table O-3*). Sul punto cfr. altresì J. Coffee, *Corporate crime and punishment. The crisis of underenforcement*, Oakland 2020; B.L. Garrett, *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*, cit., 55 ss.; Id., *Declining Corporate Prosecution*, in *ACLR* 2020, 57, 109 ss.

²¹ Per una rassegna degli ordinamenti che hanno emulato l'istituto dei *DPA*s cfr. F.T. Davis, *Judicial review of deferred prosecution agreements: a comparative study*, in *ColumJTransnatL* 2022, 60, 751 ss.; T. Søreide, A. Makinwa (a cura di), *op. cit.* In questa sede si ricorda a titolo esemplificativo che forme di accordo transattivo tra ente e pubblica accusa sulla falsariga dei *DPA*s sono state introdotte in: Francia (*Loi Sapin II*, n. 2016-1691, 09.12.2016); Argentina (*Ley 27.401*, 01.03.2018); Canada (*Criminal Code, Part XXII.1; Budget Implementation Act*, 2018, No. 1; *Bill C-74*, 19.09.2018). Inoltre tra gli ordinamenti in cui si sta attualmente riflettendo sull'opportunità di introdurre i *pre-trial agreements* con riferimento agli enti si ricorda la Federazione Australiana (*Crimes Legislation Amendment. Combatting Corporate Crime, Bill 2019, Schedule 2*).

menzionare il caso del Regno Unito in cui è stata adottata una disciplina legislativa dei DPAs (mediante lo *Schedule 17* del *Crime and Courts Act* del 2013 nonché il correlato *Code of Practice* del 2014)²² la quale non risulta del tutto sovrapponibile al sistema di diversione processuale in vigore negli Stati Uniti, stante la rilevanza del ruolo riconosciuto al giudice, che è chiamato, in occasione di una *preliminary hearing*, ad autorizzare le parti alla prosecuzione delle trattative già avviate (§ 7, *Schedule 17*) nonché, in sede di *final hearing*, a convalidare in modo definitivo l'*agreement* (§ 8, *Schedule 17*)²³; inoltre proprio alla luce di questa marcata eterogeneità si spiega la mancata implementazione nel Regno Unito dei NPAs, i quali nell'ordinamento statunitense si caratterizzano, come già detto, per la totale assenza di intervento da parte dell'autorità giudiziaria²⁴.

Ad ogni modo, al netto delle particolarità di ciascuna realtà giuridica, essenzialmente le ragioni alla base della progressiva diffusione dell'istituto dei *pre-trial agreements* nello scenario comparatistico vanno individuate, rispettivamente, nell'esigenza di evitare le lungaggini processuali e il dispendio di ingenti risorse pubbliche in sede di svolgimento delle attività di indagine nonché nella necessità di contenere le ricadute negative derivanti per le imprese dalla celebrazione della giustizia penale nelle sue forme tradizionali.

Più precisamente, da un canto, mediante tali pratiche di definizione stragiudiziale della responsabilità penale corporativa si instaura un clima di cooperazione tra l'ente e la pubblica accusa nella persecuzione dei *corporate crimes*, sicché, sostituendo all'accertamento formale dei profili di responsabilità una ricostruzione concordata del fatto, si incoraggia l'impresa alla denuncia di illeciti altrimenti destinati a rimanere sommersi; dall'altro, lo strumento dei DPAs consente di scongiurare i cd. *spill-over*

²² Per i profili procedurali della suddetta disciplina – che in particolare si applica essenzialmente solo a Inghilterra e Galles a norma del §61 (13) (g) del *Crime and Courts Act* – cfr. altresì *Criminal Procedure Rules 2020* (Part 11) nonché *Criminal Practice Directions 2023* (§ 5.7.10).

²³ Da ultimo cfr. il caso nel quale, con riferimento alla fattispecie di cui alla s. 7 del *Bribery Act* di «*Failure of commercial organisations to prevent bribery*», il 24.11.2023 l'*Entain plc*, una società di scommesse sportive e giochi, ha ricevuto il *preliminary judicial approval* in ordine alle negoziazioni con il *Crown Prosecution Service* per la sigla di un DPA, rispetto al quale la richiesta del *final judicial approval* è calendarizzata per il 5.12.2023; su questo caso cfr. London Stock Exchange Regulatory News Service (RNS), *Update on Deferred Prosecution Agreement*, in NexisUni (ex LexisNexis Academic), <https://advance.lexis.com>, 24.11.2023.

²⁴ Sul punto cfr. U.K. Ministry of Justice, *Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations: Deferred prosecution agreements*, in <https://assets.publishing.service.gov.uk>, maggio 2012, § 69, 19, laddove il mancato recepimento dei NPAs viene rapportato alla circostanza che l'assenza del controllo giudiziale su questi accordi si rivela «*unsuitable for the constitutional arrangements and legal traditions in England and Wales*».

effects, ossia gli effetti collaterali che per l'impresa e per i terzi innocenti ad essa collegati possono derivare dal danno reputazionale, conseguente al processo penale, nonché dalle misure coercitive connesse alla condanna, quali il *debarment* (l'interdizione dell'attività o dei rapporti contrattuali con la p.a.) o il *delicensing* (revoca di licenze).

A questo punto però occorre evidenziare che nel dibattito sul tema sono emersi molti profili problematici che condizionano la funzionalità dei DPAs rispetto al raggiungimento dei suddetti obiettivi²⁵.

²⁵ Sul tema cfr., oltre alla letteratura che sarà citata nel prosieguo della trattazione, C. Alexander, M. Cohen, *The evolution of corporate criminal settlements: an empirical perspective on non-prosecution, deferred prosecution, and plea agreements*, in *CLR* 2015, 52, 537 ss.; J.H. Arlen, *Corporate criminal enforcement in the United States: using negotiated settlements to turn potential corporate criminals into corporate cops*, in *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, a cura di C. Beria di Argentine, Milano 2017, 91 ss.; S.S. Beale, *The development and evolution of the U.S. law of corporate criminal liability and the Yates Memo*, in *SLR* 2016, 46, 41 ss.; J. Coffee, *Deferred prosecution: has it gone too far?*, in *NLJ* 2005, 13; B.L. Garrett, *Globalized corporate prosecution*, in *VaLRev* 2011, 97, 1776 ss.; W.S. Laufer, *Corporate liability, risk shifting, and the paradox of compliance*, in *Vand. L. Rev.* 1999, 52, 1343 ss.; Id., *The missing account of progressive corporate criminal law*, in *NYUJL & Bus.* 2017, 14, 71 ss.; P. Reilly, *Justice deferred is justice denied: we must end our failed experiment in deferring corporate criminal prosecutions*, in *BYU L. Rev.* 2015, 307 ss.; D.M. Uhlmann, *Deferred prosecution and non-prosecution agreements and the erosion of corporate criminal liability*, in *MdLRev* 2013, 72, 4, 1295 ss. Cfr. altresì M.E. Diamantis, W.S. Laufer, *Prosecution and punishment of corporate criminality*, in *Ann. Rev. L. & Soc. Sci.* 2019, 15, 1, 453 ss., i quali tuttavia mettono in guardia sul fatto che il livello di attenzione della comunità accademica per l'istituto dei DPAs sembra sproporzionato rispetto all'effettiva incidenza di questo strumento nella prassi applicativa, nella misura in cui vengono siglati dai 30 ai 40 accordi di questo tipo all'anno.

Nella letteratura italiana sul tema dei DPAs cfr. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna 2010, 245 ss.; D. Bianchi, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino 2021, 154 ss.; Id., *Risultati attesi ed effetti indesiderati della "autoregolazione regolata" in materia penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 17.11.2023, 11 ss.; M. Colacurci, *L'illecito "riparato" dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistica nel d.lgs. n. 231/2001*, Torino 2022, 143 ss.; A. Fiorella, N. Selvaggi, *Dall'utile al giusto. Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, Torino 2018, 130 ss.; E. Fusco, *La '231' ed il rischio del logorio dei tempi di crisi*, in *IP* 2014, 1, 263 ss.; A.M. Maugeri, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.gs. n. 231/2001*, Torino 2022, 25 ss.; F. Mazzacuva, *L'ente premiato, Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e prospettive di riforma*, Torino 2020, 159 ss.; V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino 2018, 304 ss.; C.E. Paliero, *Il sistema sanzionatorio dell'illecito dell'ente: sistematica e rationale*, in *RIDPP* 2021, 4, 1230; R.A. Ruggiero, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in www.penalecontemporaneo.it, 12.10.2015; Ead., *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Torino 2018, 87 ss.; N. Selvaggi, "Negotiated Settlements" e responsabilità da reato dell'ente. *L'esperienza americana e le prospettive di evoluzione del sistema in Italia*, in *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi, Torino 2018, 219 ss. Cfr. altresì sulla logica negoziale in rapporto al sistema 231 F. Ruggieri, *Reati nell'attività imprenditoriale e logica negoziale. Procedimenti per reati d'impresa a carico di persone ed enti tra sinergie e conflitti*, in A.a., V.v., *Criminalità di impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, Milano 2017, 55 ss.

Anzitutto si evidenzia il rischio di frustrazione della portata punitiva e deterrente della *corporate criminal liability*, in quanto si paventa che le *corporations* possano strumentalizzare i *DPA*s per monetizzare le proprie responsabilità²⁶, chiamando in causa quali capri espiatori persone fisiche identificate con investigazioni interne poco garantistiche²⁷; nonché si teme che, realizzando operazioni riorganizzative solo apparenti, possano omettere, anche dopo l'accertamento del reato, di attivarsi concretamente in direzione della legalità aziendale²⁸.

Peraltro in concreto un siffatto trattamento privilegiato riguarda più che altro le imprese di maggiori dimensioni, alle quali si accorda la possibilità di evitare il processo al fine di scongiurarne il fallimento; viceversa le piccole imprese vanno incontro alla tradizionale celebrazione della giustizia penale, sicché, diversamente dai colossi imprenditoriali, la maggior parte delle altre *corporations* non ha modo di sottrarsi all'affermazione delle proprie responsabilità²⁹.

A sua volta vi è chi, rileggendo i *pre-trial agreements* da una diversa angolazione, denuncia che tale istituto di diversione processuale si espone al rischio di abuso da parte della pubblica accusa del proprio potere discrezionale, con un conseguente forte squilibrio fra le due parti dell'accordo, in quanto l'ente, anche quando il *prosecutor*

²⁶ In particolare sull'utilizzo opportunistico dello strumento dei *DPA*s da parte delle imprese cfr. N. Lord, C. King, S. Hawley, *Where next for deferred prosecution agreements?*, in www.lawgazette.co.uk, 16.1.2020, i quali, con specifico riferimento alla disciplina vigente nel Regno Unito, osservano criticamente che tale normativa non opera una distinzione in ordine ai benefici premiali da riconoscere all'impresa a seconda che questa effettui tempestivamente l'auto-denuncia o inizi a cooperare solo dopo che la pubblica accusa è venuta a conoscenza del fatto mediante la sua consueta attività investigativa; sicché per gli enti non è conveniente esporsi con l'auto-denuncia, in quanto si rivela preferibile rinviare la collaborazione al momento in cui la pubblica accusa avrà raccolto le prove del fatto illecito.

²⁷ Cfr. W.S. Laufer, *Corporate bodies and guilty minds*, Chicago 2006, 137 ss. il quale utilizza la formula *reverse whistleblowing* per indicare il deplorabile fenomeno di denunce dei vertici societari nei confronti dei sottoposti per scaricare le responsabilità verso i gradini più bassi dell'organigramma aziendale.

²⁸ Cfr. M.E. Diamantis, W.S. Laufer, *op. cit.*, 466, laddove si riporta il dato statistico secondo cui, anche se il più delle volte le imprese risultano sprovviste di modelli organizzativi adeguati, solo in meno del 30% dei casi si impone loro l'obbligo di rimediare dotandosi di *compliance programs* efficaci. Cfr. altresì M. Baer, *The stick that never was: parsing the Yates memo and the revised principles of federal prosecution of business organizations. Compliance and Enforcement*, in <https://wp.nyu.edu>, 2016; L. Cunningham, *Deferred prosecutions and corporate governance: an integrated approach to investigation and reform*, in *Fla. L. Rev.* 2014, 66, 1, 1 ss.; W.S. Laufer, *Where is the moral indignation over corporate crime?*, in *Regulating corporate criminal liability*, a cura di D. Brodowski, M. Espinoza de los Monteros de la Parra, K. Tiedemann, J. Vogel, Cham 2014, 19 ss.; W.S. Laufer, N. Selvaggi, *Responsabilità penale degli enti ed eccezionalismo americano*, in *RTrimDPenEc* 2019, 1-2, 47 ss.; D.M. Uhlmann, *op. cit.*, 1335 ss.

²⁹ Cfr. M.E. Diamantis, W.S. Laufer, *op. cit.*, 458; B.L. Garrett, *Structural Reform Prosecution*, in *VaLRev* 2007, 93, 923; Pontell HN., Black WK., Geis G., *Too big to fail, too powerful to jail? On the absence of criminal prosecutions after the 2008 financial meltdown*, in *Crime Law Soc. Change* 2014, 61, 1 ss.; D. Richman, *Institutional competence and organizational prosecutions*, in *VaLRev in Brief* 2007, 93, 115 ss.

difetta di prove a suo carico tali da reggere il vaglio del dibattimento, di fatto è indotto ad accettare ogni genere di obbligazione riabilitativa pur di evitare il processo³⁰; dal canto suo la pubblica accusa può interferire nella riorganizzazione dell'impresa al punto da attuare una vera e propria invasione di campo che investe la programmazione delle strategie aziendali³¹.

In particolare, tra le prescrizioni che vengono solitamente imposte destano perplessità i mutamenti della *leadership* aziendale nonché la nomina dei *monitors*, ossia i commissari esterni di cui si è detto in precedenza, i quali, godendo di un accesso incondizionato a tutta la documentazione e a tutte le informazioni inerenti alla vita dell'impresa, finiscono per costituire lo strumento di cui le procure si avvalgono per controllare indebitamente le *corporations*.

Al riguardo va rimarcato che tali prassi negoziali rimangono sostanzialmente sottratte al vaglio dell'autorità giudiziaria, con il rischio che la pubblica accusa operi senza rispettare la *rule of law*, imponendo all'impresa modifiche riorganizzative non previste dalla legge e senza un effettivo controllo da parte del giudice³².

Nello specifico tale riserva critica viene avanzata in primo luogo con riferimento all'ordinamento degli Stati Uniti, in ragione della circostanza che rispetto ai *NPA*s si registra una totale carenza di sindacato giudiziale e in relazione ai *DPA*s il coinvolgimento del giudice, anche se formalmente previsto, si rivela spesso meramente burocratico, considerato che l'autorità giudiziaria si limita a recepire la

³⁰ Sul contenuto marcatamente punitivo delle obbligazioni riabilitative nel contesto dei *DPA*s cfr. S. Hawley, C. King, N. Lord, *Justice for whom? The need for a principled approach to Deferred Prosecution Agreements in England and Wales*, in *Negotiated settlements in bribery cases: a principled approach*, a cura di T. Søreide, A. Makinwa, cit., 309 ss., da cui emerge che spesso le sanzioni irrogate in caso di *guilty plea* risultano addirittura meno gravose in concreto delle obbligazioni cui l'ente va incontro in caso di sigla di un *pre-trial agreement*.

³¹ Cfr. J. Arlen, *Removing prosecutor from the boardroom: Limiting prosecutorial discretion to impose structural reforms*, in *Prosecutors in the boardroom: using criminal law to regulate corporate conduct*, a cura di A. Barkow, R. Barkow, New York 2011, 62 ss.; Ead., *Prosecuting beyond the rule of law: corporate mandates imposed through deferred prosecution agreements*, in *J. Leg. Anal.* 2016, 8, 1, 191 ss.; J. Arlen, M. Kahan, *Corporate governance regulation through non prosecution*, in *UChiLRev* 2017, 84, 323 ss.; S.S. Beale, *What are the rules if everybody wants to play? Multiple federal and State prosecutors (acting) as regulators*, in *Prosecutors in the boardroom: using criminal law to regulate corporate conduct*, a cura di A.S. Barkow, R.E. Barkow, cit., 202 ss.

Per esemplificare queste distorsioni in letteratura si richiama spesso il caso del *DPA* concluso nel 2005 dalla *Bristol Myers Squibb Company* e l'*U.S Attorney Office* del Dipartimento del New Jersey, in virtù del quale si impose all'ente il bizzarro obbligo di istituire una cattedra in etica di impresa presso la medesima università dalla quale proveniva il *prosecutor* titolare delle indagini; sul punto cfr. F. Mazzacuva, *op. cit.*, 214.

³² Cfr. in particolare B.L. Garrett, *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*, cit., 193, il quale afferma che «*Prosecutors anointed themselves as the primary decisionmakers in organizational crime cases, almost all of which never go to trial*».

volontà delle parti senza sindacare nel merito l'esercizio della discrezionalità da parte del *prosecutor*³³.

Con riferimento ad altri ordinamenti come il Regno Unito, in cui si è cercato di salvaguardare maggiormente il ruolo del giudice³⁴, si è rilevato che quest'ultimo viene comunque chiamato ad effettuare solo un controllo di congruità dei termini dell'accordo in base a generici criteri di equità e proporzionalità, mentre si esclude il suo intervento nel merito dell'intesa nonché la possibilità di modifica dell'accordo³⁵.

Un'ulteriore criticità, poi, è costituita dal fatto che la diffusione di questi accordi stragiudiziali alimenta un eccessivo affidamento sull'autodenuncia e sulle investigazioni interne dell'ente, con la conseguenza che l'autorità di *public enforcement*, anziché tendere a potenziare le proprie risorse investigative, finisce per confidare nella collaborazione processuale dell'impresa, indebitamente trasformata in un guardiano privato.

Infine va ricordato che, anche se il ricorso a queste forme di *alternative resolution* in astratto è finalizzato ad agevolare l'identificazione del reo-persona fisica, nella prassi applicativa paradossalmente si riscontra il mancato perseguimento degli individui e, nei pochi casi in cui si riesce ad approdare alla relativa condanna, si tratta perlopiù di soggetti in posizione subordinata piuttosto che *senior manager*³⁶.

³³ Sul punto cfr. diffusamente F.T. Davis, *op. cit.*, 751 ss., il quale in particolare riporta il caso *United States v. Fokker Servs. B.V.*, 818 F. 3d 733, 738 (D.C. Cir. 2016) come l'unica occasione in cui un giudice (con una decisione che poi sarebbe stata capovolta nel successivo grado di giudizio) è entrato nel merito dell'accordo rifiutando di convalidarlo in quanto in contrasto con il *public interest* (in particolare p. 778).

³⁴ Cfr. *supra*, nel presente § 2, nt. n. 24.

³⁵ In particolare con riferimento al Regno Unito si puntualizza che, in base ai §§ 7-8 dello *Schedule 17 del Crime and Courts Act*, il giudice deve verificare che il *DPA* sia «*in the interests of justice*» nonché «*fair, reasonable and proportionate*». Rispetto a tale formulazione è stata sollevata un'obiezione di eccessiva genericità sulla quale cfr. Ministry of Justice, *Deferred Prosecution Agreements. Government Response to the consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations*, 23.10.2012, in www.gov.uk, 23, § 81 ss., laddove il Governo ha replicato che il dettato normativo richiama criteri legali di valutazione ai quali i giudici sono adusi, sicché non si ravvede la necessità di ricorrere a formule maggiormente dettagliate per circostanziare più puntualmente l'oggetto del sindacato giudiziale. Sta di fatto, però, che la vaghezza della disciplina in parola si è rivelata foriera di incertezze nella prassi applicativa, come testimoniato dal caso *SFO v. Rolls Royce PLC, Rolls Royce Energy system Inc*, Southwark Crown Court, Case No: U20170036, 17.1.2017, § 4, in www.judiciary.uk, laddove il giudice ha acconsentito alla firma di un *DPA* a dispetto della particolare gravità dei fatti illeciti contestati all'ente, suscitando riserve critiche da parte dei commentatori; cfr. sul punto C. King, N. Lord, *Negotiated justice and corporate crime. The legitimacy of civil recovery orders and deferred prosecution agreements*, Cham 2018, 96 ss.

³⁶ Cfr. B.L. Garrett, *The path of FCPA settlements*, cit., 32, laddove si rileva che soltanto il 34% dei *DPA*s e *NPA*s sottoscritti tra il 2001 e il 2014 è stato affiancato da azioni penali nei confronti degli individui, con la precisazione che «*Most of the individuals who were federally prosecuted were not high-ranking employees or officers*». Cfr. anche M. Koehler, *Misuring the impact of non-prosecution and deferred prosecution agreements on foreign*

3. Adesso, dopo avere tratteggiato luci ed ombre dell'istituto dei *DPA*s secondo quanto emerge dal dibattito in materia nell'ordinamento di provenienza, occorre passare a considerare il sistema 231 riflettendo sulla proposta di riforma avanzata da una parte della dottrina, la quale, traendo ispirazione dall'esperienza dei *pre-trial agreements*, prospetta la previsione di una causa di esclusione della punibilità a favore dell'ente che collabora con l'autorità giudiziaria mediante lo svolgimento di indagini interne per l'accertamento dei fatti e l'auto-denuncia della commissione degli illeciti.

A tal fine si rende necessario richiamare preliminarmente il dato normativo vigente, focalizzando il ruolo marginale ricoperto *de lege lata* dalla collaborazione processuale dell'ente. In particolare occorre soffermarsi sull'istituto del *whistleblowing*, introdotto nell'art. 6 del decreto 231 dalla l. n. 179/2017 e riformato dal d.lgs. n. 24/2023, nonché sulla circostanza attenuante introdotta nell'art. 25 del decreto 231 dalla l. n. 3/2019 con riferimento ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione inclusi nel catalogo dei reati-presupposto.

Con riguardo al primo profilo si ricorda che il *whistleblowing* è uno strumento di derivazione anglosassone, il quale, nato tipicamente nell'ambito della lotta alla corruzione, mira alla prevenzione di comportamenti illeciti all'interno delle società,

corrupt practices act enforcement, in *U.C.D.L. Rev.* 2015-2016, 49, 497 ss., il quale con specifico riferimento al settore della corruzione internazionale ha calcolato che, delle 84 *enforcement actions* registrate a partire dal dicembre 2004 nei confronti di società per violazioni del FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act 1977*), 54 sono state risolte con un *NPA* o un *DPA* e di queste solo 5 hanno riportato anche accuse penali nei confronti di *company employees* (mentre, con riferimento ai casi conclusi con la condanna dell'ente o il patteggiamento, la soglia degli individui perseguiti sale al 75%).

Per rimediare a questo fenomeno distorto, nel 2015 lo *Yates Memo* (denominato significativamente «*Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*») ha disposto che l'ente indagato, per ottenere il cd. *cooperation credit* e dunque ricevere un giudizio positivo circa la collaborazione processuale posta in essere, deve fornire tutti gli elementi a sua disposizione utili per individuare il reo-persona fisica. Senonché anche dopo l'emanazione di questa direttiva non sembra che il numero delle *prosecutions* nei confronti delle persone fisiche sia aumentato sensibilmente; cfr. sul punto B.L. Garrett, *The path of FCPA settlements*, cit., 33, il quale evidenzia che, da un'analisi dei *DPA*s conclusi tra il 2001 ed il 2018, emerge il dato secondo cui solo nel 27% dei casi la sigla del *pre-trial agreement* è stata accompagnata dalla *individual prosecution*. Per rimediare a questo stato di cose sono intervenuti di recente i *Monaco Memorandum*, volti a rilanciare l'importanza della collaborazione processuale dell'ente al fine dell'identificazione e della punizione del reo-persona fisica; sul punto cfr. *supra*, nel presente § 2, nt. n. 12.

Con specifico riferimento al Regno Unito cfr. N. Lord, C. King, S. Hawley, *Where next for deferred prosecution agreements?*, cit., i quali denunciano la circostanza che spesso la sigla di un *DPA* non si accompagna all'affermazione delle responsabilità individuali. Sul punto cfr., ad esempio, il caso *SFO v. Standard Bank plc* (ICBC Standard Bank plc), Southwark Crown Court, Case No.: U20150854, 30.11.2015, in www.judiciary.gov.uk; nonché più di recente il caso *SFO v. Amec Foster Wheeler Energy Limited*, Southwark Crown Court, 1.7.2021, in www.sfo.gov.uk.

pubbliche e private, e consiste nella segnalazione da parte dei lavoratori di reati o irregolarità di cui essi vengono a conoscenza nell'ambito del rapporto di lavoro.

Nel nostro ordinamento, come testé si è detto, tale istituto è stato introdotto nel comparto privato dalla l. n. 179/2017 mediante l'addizione dei co. 2 *bis*, 2 *ter* e 2 *quater* nel testo dell'art. 6 del decreto 231³⁷ nonché di recente profondamente modificato dal d.lgs. n. 24/2023; tale novella (in attuazione della dir. 2019/1937 UE) ha previsto una regolamentazione organica dei canali di segnalazione e delle tutele riconosciute ai segnalanti sia nelle amministrazioni pubbliche che nelle imprese private e, con specifico riferimento a queste ultime, è intervenuto abrogando i co. 2 *ter* e 2 *quater* dell'art. 6 del decreto 231 nonché modificando il contenuto del co. 2 *bis*³⁸.

³⁷ In particolare, il co. 2 *bis*, lett. *a* disponeva che i modelli organizzativi dovessero contemplare «uno o più canali che consentano ai soggetti indicati nell'articolo 5, comma 1, lettere *a* e *b*, di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte». A loro volta le ulteriori lettere del co. 2 *bis* nonché i co. 2 *ter* e 2 *quater* dell'art. 6 imponevano all'ente l'adozione di apposite misure volte a tutelare la riservatezza dell'identità del *whistleblower* e a proteggerlo da provvedimenti ritorsivi o discriminatori conseguenti alla segnalazione effettuata.

Va precisato però che già prima dell'introduzione di tale disciplina si riconosceva implicitamente l'opportunità della predisposizione da parte dell'ente di un sistema di rilevamento degli illeciti nell'ambito dei modelli organizzativi. A tal fine si faceva leva in particolare sull'art. 6, co. 2, lett. *d*, il quale prevede «obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli»; con riferimento a quest'ultima disposizione nel tempo si è affermata la lettura secondo cui all'interno dei *compliance programs* occorre prevedere flussi informativi facenti capo all'OdV ed aventi ad oggetto tutte le irregolarità commesse nell'ambito dell'impresa, dalle mere deviazioni rispetto alle regole di *compliance* alle notizie di veri e propri illeciti. In giurisprudenza cfr. G.i.p. T. Roma 22.11.2002 Finspa, in *FI*, II, 325; G.i.p. T. Milano ord. 20.9.2004-9.11.2004 n. 30382-03, in *GD* 2004 (47), 69 nonché in *Banca Dati* 24; G.i.p. T. Napoli ord. 26.6.2007 Impregilo s.p.a., in *Dir prat. soc.* 2008, 4, 71 ss.; G.i.p. T. Milano 17.11.2009, in *Foro pad.* 2010, 2, I, 360 e in *Giur. comm.* 2011, 3, II, 670 nonché in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>; più di recente, la centralità dei flussi informativi nei *compliance programs* è stata ribadita da T. Vicenza 19.3.2021-17.6.2021 n. 348, in www.giurisprudenzapenale.com, 1.7.2021, con nota di C. Santoriello, *Autonomia, indipendenza ed operato dell'OdV: note alla sentenza sul caso Banca Popolare di Vicenza*. In dottrina, a proposito del consolidato riconoscimento, già prima della novella del 2017, della importanza dei flussi informativi da e verso l'OdV e della necessaria predisposizione di un sistema di *whistleblowing* ai fini del confezionamento di modelli organizzativi idonei ed efficaci, cfr. C. Piergallini, *I modelli organizzativi, in Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Milano 2010, 165 ss.

³⁸ Cfr. sul tema M. Arena, *Le 10 criticità della legge in arrivo su whistleblowing e 231*, in www.reatisocietari.it, 2.3.2016; A. Barbieri, *Whistleblowing e internal investigation: una prospettiva di collaborazione dell'ente*, in *Sist. pen.* 2020, 6, 197 ss.; L. Barbieri, E. Santini, *Whistleblowing: sistema di protezione delle persone, obblighi e procedure*, in *DPL* 2023, 17, 1037 ss.; R. Borsari, F. Falavigna, *Whistleblowing, obbligo di segreto e "giusta causa" di rivelazione*, in *Resp. amm. soc. enti* 2018, 2, 41 ss.; A. Della Bella, *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in *RIDPP* 2020, 3, 1403 ss.; G. Lasco, *Art. 6. Soggetti in posizione apicale e Modelli di organizzazione dell'ente*, in *Enti e responsabilità da reato. Commento al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lasco, V. Loria, M. Morgante, Torino 2017, 107 ss.; C. Manacorda, *Whistleblowing: verso una disciplina europea unitaria*, in *Resp. amm. soc. enti* 2018, 3, 185 ss.; E.M. Mancuso, G. Varraso, *Whistleblowing e*

Pertanto attualmente il co. 2 *bis* dell'art. 6 dispone che «I modelli di cui al comma 1, lettera a), prevedono, ai sensi del decreto legislativo attuativo della direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019, i canali di segnalazione interna³⁹, il divieto di ritorsione e il sistema disciplinare, adottato ai sensi del comma 2, lettera e)».

In particolare, per cogliere il *novum* della suddetta riforma apportata con il d.lgs. n. 24/2023, va ricordato che, in base alla disciplina di cui al previgente co. 2 *bis* e agli ormai abrogati co. 2 *ter* e 2 *quater* dell'art. 6, la predisposizione di un meccanismo di *whistleblowing* risultava facoltativa per l'impresa, atteso che la normativa in commento trovava applicazione solo con riferimento agli enti che sceglievano di dotarsi dei modelli organizzativi, la cui adozione, come noto, formalmente non è obbligatoria. Ciò comportava che l'efficacia della normativa in parola risultava depotenziata in ragione della circostanza che l'ente, interpretando l'adozione dei modelli organizzativi come onere anziché come obbligo, avrebbe potuto rifiutarsi di adottare detti modelli con l'intento di eludere la disciplina in materia di *whistleblowing*.

Viceversa per effetto della novella intervenuta nel 2023 l'istituto del *whistleblowing* si è reso indipendente dai modelli 231 in quanto le imprese con una media di almeno

indagini interne: recenti sviluppi e prospettive evolutive, in *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, a cura di F. Centonze, S. Manacorda, Bologna 2023, 457 ss.; M. Mangia, G. Buonamici, *I profili processualpenalistici del whistleblowing e le questioni ancora aperte*, in *ANPP* 2018, 6, 497 ss.; A.F. Masiero, F. Nicolichia, *Il whistleblowing riformato: risvolti di diritto penale sostanziale e processuale*, in www.la legislazione penale.eu, 20.11.2023, 1 ss.; M. Pansarella, *Problematiche giuridiche ed organizzative del whistleblowing nei modelli 231*, in *Resp. amm. soc. enti* 2018, 1, 275 ss.; A. Rugani, *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, in www.la legislazione penale.eu, 3.6.2018; C. Santoriello, *Alcune note in tema di whistleblowing. Qualche precisazione (assolutamente necessaria) ed alcuni suggerimenti operativi*, in *Resp. amm. soc. enti* 2019, 1, 49 ss.; A.S. Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, *Jovene* 2019, 149 ss.

³⁹ Occorre precisare che in aggiunta al canale di segnalazione interna, la cui gestione deve essere affidata dall'ente ad una persona o ad un ufficio interni, dedicati e appositamente formati o, in alternativa, ad un soggetto esterno che fornisca analoghe garanzie di professionalità e indipendenza, il d.lgs. n. 24/2023 prevede altri tre canali funzionali alla circolazione delle informazioni su condotte illecite nel contesto lavorativo. Il riferimento va anzitutto ad un canale di segnalazione esterna, in rapporto al quale un ruolo di primo piano viene riservato all'ANAC; si contempla poi la divulgazione pubblica, che si realizza allorché il segnalante decide di rendere di pubblico dominio le informazioni sulle violazioni, facendo ricorso a mezzi di diffusione indirizzati ad un numero elevato di persone; infine il regime di tutela previsto per i suddetti canali di segnalazione si estende anche all'ipotesi in cui il *whistleblower* denuncia direttamente all'autorità giudiziaria o contabile i fatti di cui è venuto a conoscenza. Va precisato che il d.lgs. n. 24 con riferimento ai suddetti canali nonché al tipo di informazioni che si possono veicolare per loro tramite prospetta un quadro eterogeneo, secondo quanto illustrato da ANAC, *Schema di Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali – procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne*, in www.anticorruzione.it, 1.6.2023, 43.

cinquanta dipendenti sono tenute a dotarsi di un sistema di segnalazione degli illeciti a prescindere dalla circostanza che esse abbiano adottato i modelli organizzativi di prevenzione e gestione dei rischi-reato *ex decreto 231* (art. 2, co. 1, lett. *q* del d.lgs. n. 24).

Al riguardo va però puntualizzato che solo parzialmente si può convenire con l'affermazione di chi in dottrina, dopo l'adozione della dir. 2019/1937 (UE) e nelle more del suo recepimento che sarebbe poi avvenuto con il d.lgs. n. 24/2023, affermava che in sede di attuazione di tale normativa euro-unionale il sistema del *whistleblowing* nel settore privato si sarebbe «sganciato dal contesto del d. lgs. 231/2001»⁴⁰.

In effetti ciò è vero limitatamente alla suddetta circostanza per cui l'ente con una media di almeno cinquanta dipendenti è tenuto a rispettare la normativa *whistleblowing* anche se non si dota di modelli organizzativi, sicché il regime posto dal d.lgs. n. 24/2023 a tutela del segnalante deve trovare applicazione indipendentemente dal fatto che l'ente abbia adottato i modelli 231.

Tuttavia va rimarcato che l'istituto del *whistleblowing*, lungi dall'essere sganciato dal sistema 231, concorre a pieno titolo a definire l'adeguatezza dei modelli organizzativi. Infatti, posto che l'adozione dei *compliance programs* costituisce una condizione necessaria per ottenere l'esonero da responsabilità, l'ente è tenuto a conformare detti modelli alla disciplina in tema di *whistleblowing* attrezzandosi di un canale di segnalazione interna, idoneo a fare emergere le lacune prevenzionistiche e a consentire il coerente aggiornamento dell'organizzazione di prevenzione e gestione dei rischi-reato.

Questa nostra lettura dei rapporti tra il sistema 231 e la nuova disciplina di cui al d.lgs. n. 24/2023 trova conferma nel dettato normativo, atteso che anzitutto in virtù del nuovo co. 2 *bis* dell'art. 6 del decreto 231, già richiamato, i modelli organizzativi «prevedono, ai sensi del decreto legislativo attuativo della dir. 2019/1937(UE) del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019, i canali di segnalazione interna, il divieto di ritorsione e il sistema disciplinare»; tale precetto viene altresì replicato in maniera corrispondente nell'art. 4, co. 1 del d.lgs. n. 24/2023, a norma del quale «I modelli di organizzazione e di gestione, di cui all'articolo 6, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 231 del 2001, prevedono i canali di segnalazione interna di cui al presente decreto».

⁴⁰ A. Della Bella, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in www.sistemapenale.it, 6.12.2019.

Inoltre l'art. 2 del d.lgs. n. 24 include espressamente tra le violazioni che possono costituire oggetto di segnalazione da parte del *whistleblower* le «condotte illecite rilevanti ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, o violazioni dei modelli di organizzazione e gestione ivi previsti» (art. 2, co. 1, lett. a, n. 2)⁴¹. Ciò vuol dire che tra i casi in cui va applicata la disciplina contemplata dal d.lgs. n. 24 a tutela del segnalante vi è in particolare l'evenienza in cui le informazioni veicolate mediante il *whistleblowing* vertono sulla commissione di un reato-presupposto nell'ambito dell'impresa o comunque sulla realizzazione di condotte che, per quanto non integranti gli estremi di un reato-presupposto, sono state commesse in violazione delle regole predisposte nei modelli organizzativi.

Infine dall'art. 3, co. 2, lett. b) del d.lgs. n. 24 si desume che il regime di tutela del *whistleblower* previsto in tale decreto si applica alle imprese che, a prescindere dalla soglia dimensionale e dunque dal numero di dipendenti, sono dotate di modelli organizzativi ex decreto 231.

Ebbene, alla luce di queste interrelazioni tra il *whistleblowing* e il modello 231, occorre adesso focalizzare la potenziale rilevanza dell'istituto in parola in funzione di impulso della collaborazione processuale dell'ente nel caso in cui la notizia veicolata dal *whistleblower* mediante il canale di segnalazione interna abbia ad oggetto la commissione di un illecito rientrante nel catalogo dei reati-presupposto.

Più precisamente l'ente, che è deputato alla gestione delle segnalazioni interne, è tenuto a dare «diligente seguito» alla notizia ricevuta (art. 5, co. 1, lett. c del d.lgs. n. 24/2023), laddove per «seguito» si intende «l'azione intrapresa dal soggetto cui è affidata la gestione del canale di segnalazione per valutare la sussistenza dei fatti segnalati, l'esito delle indagini e le eventuali misure adottate» (art. 2, co. 1, lett. n).

⁴¹ Per esigenze di chiarezza è opportuno puntualizzare che a norma dell'art. 2, co. 1, lett. a del d.lgs. n. 24/2023 le segnalazioni possono avere ad oggetto: 1) gli illeciti penali, civili, amministrativi o contabili diversi rispetto a quelli specificamente individuati come violazioni del diritto dell'UE definite nei numeri successivi; 2) i reati-presupposto per l'applicazione del decreto 231 o le violazioni dei modelli di organizzazione e gestione previsti nel citato decreto, non riconducibili alle violazioni del diritto dell'UE come definite nei numeri successivi; 3) gli illeciti commessi in violazione della normativa dell'UE indicata nell'Allegato 1 al d.lgs. n. 24/2023 (nonché di tutte le disposizioni nazionali che ne danno attuazione), i quali riguardano in particolare le seguenti materie: appalti pubblici; servizi, prodotti e mercati finanziari e prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo; sicurezza e conformità dei prodotti; sicurezza dei trasporti; tutela dell'ambiente; radioprotezione e sicurezza nucleare; sicurezza degli alimenti e dei mangimi e salute e benessere degli animali; salute pubblica; protezione dei consumatori; tutela della vita privata e protezione dei dati personali e sicurezza delle reti e dei sistemi informativi; 4) atti od omissioni che ledono gli interessi finanziari dell'UE; 5) atti od omissioni riguardanti il mercato interno; 6) atti o comportamenti che vanificano l'oggetto o la finalità delle disposizioni dell'UE nei settori indicati ai numeri precedenti.

Pertanto, una volta che il *whistleblower* effettua la segnalazione all'OdV o al diverso soggetto designato dall'ente come collettore delle segnalazioni di illeciti, si attiva un meccanismo di gestione della notizia che potrebbe condurre in teoria non solo alla comminazione di una sanzione disciplinare nei confronti del segnalato (in caso di riscontro positivo dei fatti segnalati) e alla modifica del modello organizzativo per correggere il *deficit* prevenzionistico emerso, ma anche alla decisione dell'ente di adire l'autorità giudiziaria e auto-denunciare la commissione dell'illecito⁴².

Da ciò discende che la disciplina del *whistleblowing* costituisce un primo passo verso l'istituzionalizzazione di una forma di *internal investigations* e *self-reporting* dell'impresa, in quanto l'ordinamento, imponendo l'attivazione di un canale di segnalazione, sollecita il compimento di indagini interne e tra le misure di reazione che l'ente potrebbe mettere in campo vi è astrattamente anche la denuncia del fatto all'autorità giudiziaria; sicché in tale prospettiva la segnalazione del *whistleblower* potrebbe fungere da *input* di attivazione della collaborazione processuale dell'impresa.

Tuttavia va rimarcato che l'adozione di un adeguato ed efficace meccanismo di *whistleblowing* e l'eventuale denuncia all'autorità giudiziaria di quanto è oggetto della segnalazione non fanno conseguire all'ente alcun beneficio, atteso che non si attribuisce un effetto premiale alla collaborazione processuale dell'impresa né in termini di riduzione della sanzione né tantomeno di esonero dalla responsabilità; sicché, in assenza di un qualche vantaggio come contropartita dell'adozione dei suddetti canali informativi interni, rimane meramente potenziale la promozione dell'impegno dell'ente all'auto-denuncia.

Ciò comporta che, anche se mediante la previsione dell'istituto di *whistleblowing* è emersa la sensibilità dell'ordinamento giuridico rispetto all'esigenza di sollecitare l'accertamento da parte dell'ente degli illeciti commessi al proprio interno, la disciplina in parola non si può considerare espressione di una logica di politica criminale finalizzata ad incentivare la collaborazione processuale; e ciò appunto in ragione del fatto che, nonostante il *whistleblowing* possa attivare un meccanismo virtuoso che stimola le indagini interne dell'impresa e la sua reazione all'accaduto, l'eventuale decisione di procedere all'autodenuncia esporrebbe l'ente al rischio di essere incriminato, senza potere ottenere alcun beneficio dalla circostanza che la notizia

⁴² Una conferma della circostanza che l'inchiesta interna all'ente, attivata dalla segnalazione del *whistleblower*, potrebbe sfociare nella *disclosure* all'autorità giudiziaria proviene dai *considerando* nn. 57 e 64 della dir. 2019/1937 (UE), di cui il d.lgs. n. 24/2023 costituisce attuazione.

dell'illecito è emersa proprio grazie all'efficace funzionamento della procedura interna di segnalazione.

A sua volta un passo più marcato nella direzione della valorizzazione della collaborazione processuale si è registrato con l'entrata in vigore della cd. Legge Spazzacorrotti, n. 3/2019, mediante la quale il legislatore, come si è già accennato, ha attribuito al contegno collaborativo dell'ente la valenza di circostanza attenuante della risposta sanzionatoria con riferimento a taluni reati-presupposto.

Nel merito detta normativa ha significativamente inasprito il trattamento sanzionatorio per l'ente con riferimento ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione inclusi nel catalogo dei reati-presupposto, aumentando la durata delle sanzioni interdittive rispetto a quanto stabilito in via generale dall'art. 13, co. 2 del decreto 231; in particolare tale innalzamento della cornice edittale è stato criticato in dottrina quale espressione di una logica di punizione draconiana all'insegna di un inammissibile populismo penale⁴³.

Al contempo, però, il legislatore ha previsto con riferimento ai suddetti reati-presupposto che in caso di collaborazione processuale da parte dell'impresa le sanzioni interdittive si possono ridurre in maniera tale da rientrare entro la soglia edittale prevista dall'art. 13. Più precisamente nell'art. 25 del decreto 231, che prevede la responsabilità dell'ente per i delitti di «Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e abuso d'ufficio», è stato aggiunto il co. 5 bis, secondo cui «Se prima della sentenza di primo grado l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli

⁴³ Cfr. G. De Simone, *La non punibilità nel prisma della responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in *Studi in onore di C.E. Paliero*, vol. II – *Principi e teoria del reato. Parte speciale e diritto penale economico*, a cura di C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich, Milano 2022, 992-993; M.N. Masullo, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in *RIDPP* 2019, 3, 1276 ss.; A.M. Maugeri, *Le conseguenze penali*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano, A. Marandola, Torino 2020, 431 ss.; Ead., *La funzione del sistema sanzionatorio del D.Lgs n. 231/2001: la rieducazione dell'ente*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, vol. II, a cura di M. Catenacci, R. Rampioni, V.N. D'Ascola, Roma 2021, 1702-1703; Ead., *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex D.Lgs. n. 231/2001*, cit., 118 ss.; C. Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *DPP* 2019, 4, 537; C. Santoriello, *Anche nei confronti degli enti collettivi il decreto anticorruzione mostra inutili ed incoerenti "furori sanzionatori"*, in *DPP* 2019, 6, 756 ss.

organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, le sanzioni interdittive hanno la durata stabilita dall'articolo 13, comma 2».

Si tratta quindi della prima norma che nel nostro ordinamento attribuisce esplicitamente rilevanza alla buona condotta processuale dell'impresa, premiando il suo contributo alla ricostruzione veritiera e corretta dei fatti e all'individuazione delle persone fisiche responsabili.

Al riguardo occorre puntualizzare che in relazione a tale disposizione insorge un problema di coordinamento con la parte generale del decreto 231⁴⁴, in ragione del fatto che questa norma si sovrappone alle altre previsioni già esistenti, che offrono diverse occasioni all'ente per ottenere l'attenuazione della sanzione a fronte della realizzazione di condotte riparatorie consistenti nel risarcimento del danno, nell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato nonché nell'eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato⁴⁵. Peraltro la formulazione di tale circostanza attenuante risulta piuttosto lacunosa, atteso che il legislatore ha ommesso di regolare alcuni profili cruciali quali la definizione del soggetto legittimato ad impegnare l'ente in sede di collaborazione nonché il regime di utilizzabilità delle risultanze delle investigazioni interne⁴⁶.

Ad ogni modo, a prescindere dai suddetti rilievi, in questa sede va rimarcato che con tale disposizione il legislatore ha scelto di non attribuire rilevanza esimente alla collaborazione processuale dell'ente, riconoscendone la valenza limitatamente al piano del trattamento sanzionatorio; diversamente, peraltro, da quanto previsto per il reo-persona fisica, rispetto al quale è stata introdotta all'art. 323 *ter* c.p. una causa di non punibilità, che trova applicazione nel caso in cui l'autore individuale del reato, prima di avere notizia di indagini a suo carico e comunque entro quattro mesi dalla commissione dell'illecito, denunci il fatto volontariamente e fornisca indicazioni utili per assicurarne la prova e per individuare gli altri responsabili.

Ebbene, una siffatta scelta di politica criminale viene criticata da quanti ritengono che, al fine di promuovere il contributo fattivo dell'ente all'emersione dei fatti di reato, si dovrebbe premiare l'impresa con il massimo beneficio possibile rappresentato dalla esclusione della punibilità, atteso che la mera mitigazione della sanzione non può

⁴⁴ Cfr. M. Colacurci, *op. cit.*, 318 ss.; A. Fiorella, M. Masucci, *Logica, criticità e riforme del sistema punitivo per l'illecito dell'ente da reato*, in *RIDPP* 2019, 1, 531; A.M. Maugeri, *Le conseguenze penali*, cit., 434 ss.

⁴⁵ Il riferimento va per antonomasia agli artt. 12 e 17 del decreto 231.

⁴⁶ Cfr. F. Mazzacuva, *op. cit.*, 292-293.

costituire una contropartita sostanzialmente allettante per l'ente disposto a collaborare.

Adesso l'attenzione va polarizzata proprio su questo orientamento dottrinale, secondo cui si rende necessaria la previsione di una causa di esclusione della punibilità fondata sulla collaborazione processuale, al fine di verificare se una tale ipotesi di riforma risulta compatibile con la *ratio* e la struttura del paradigma punitivo corporativo configurato nel decreto 231.

4. I sostenitori della proposta di riforma in parola fanno leva sulla circostanza, testé descritta, per cui, omettendo di riconoscere il pieno esonero da responsabilità per la collaborazione processuale dell'ente, il nostro legislatore «si è fermato a metà strada»⁴⁷ nella lotta alla criminalità di impresa, ingenerando paradossalmente «un *disincentivo* al coinvolgimento delle pubbliche autorità e alla emersione di fatti illeciti»⁴⁸, atteso che in base alla normativa vigente «la scoperta dell'illecito ad opera della società – magari tramite specifiche indagini interne – lungi dal costituire un fattore premiante per la società può invece addirittura finire per esporre l'ente a più ampie responsabilità»⁴⁹.

Al fine di rimediare a questa incongruenza si propone di ripristinare l'«equilibrio tra punizione e premio»⁵⁰ nel sistema 231 (attualmente del tutto sbilanciato a favore del polo della punizione) traendo ispirazione dell'esperienza comparatistica in tema di *DPA*s, la cui filosofia di fondo, come si è già constatato⁵¹, risiede nel coinvolgimento dell'ente quale alleato dello Stato nella lotta alla criminalità di impresa, sul

⁴⁷ P. Severino, *Note introduttive*, in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani*. In memoria di Giuliano Vassalli, a cura di A. Fiorella, A. Gaito, A.S. Valenzano, Roma 2018, 12.

⁴⁸ E.M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento penale: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, in *Internal investigations. Best practices e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze, S. Giavazzi, Torino 2021, 261.

⁴⁹ F. Centonze, M. Mantovani, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze, M. Mantovani, Bologna 2016, 288. Sul punto cfr. altresì S. Fortunato, *La prassi di internal investigation*, in *Internal investigations. Best practices e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze, S. Giavazzi, cit., 199-200; S. Lonati, L.S. Borlini, *Corporate compliance and privatization of law enforcement. A study of the Italian legislation in the light of the U.S. experience*, in *Negotiated settlements in bribery cases*, a cura di T. Søreide, A. Makinwa, cit., 302 ss. Cfr. inoltre *supra* § 1, nt. n. 2.

⁵⁰ P. Severino, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, Milano 2018, 1122.

⁵¹ Cfr. *supra* § 2.

presupposto che esso può indagare sui reati commessi al proprio interno più efficacemente di quanto possano fare dall'esterno le autorità di *public enforcement*.

Sulla falsariga di tali *pre-trial agreements* si teorizza quindi l'introduzione di «una causa di non punibilità per la società che entro tre mesi dalla conoscenza di fatti illeciti commessi dai dipendenti o apicali della società stessa, riporti all'autorità giudiziaria quanto appreso, fornendo elementi utili all'avvio e alla prosecuzione delle indagini e mettendo a disposizione l'eventuale profitto conseguito»⁵².

Una siffatta prospettiva di riforma si ritiene che consentirebbe di innescare un circolo virtuoso, funzionale a garantire l'impegno dell'ente nel «restituire, risarcire, rimediare al disordine organizzativo»⁵³. Più precisamente, promuovendo l'impegno collaborativo dell'impresa, si potrebbe agevolmente identificare la persona fisica

⁵² F. Centonze, M. Mantovani, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. 231/2001*, cit., 288. Cfr. altresì F. Centonze, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231/2001. Il problema dell'importazione dei «compliance programs» nell'ordinamento italiano*, in *An. giur. econ.* 2009, 2, 233-234; Id., *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *RIDPP* 2017, 3, 945 ss.; Id., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: prospettive di riforma*, in *Itinerari di diritto penale dell'economia*, a cura di R. Borsari, Padova 2018, 375 ss.; F. Centonze, S. Manacorda, *Decreto 231, Oneri di prevenzione da ricalibrare*, in *Il Sole 24 ore*, 17.7.2021. In questi contributi l'Autore, che si distingue in modo particolare tra coloro i quali teorizzano in termini sistematici l'ipotesi di riforma in parola, propone l'introduzione di una «disciplina premiale *outcome based*» in funzione dell'emersione dell'illecito, per cui, onde evitare che la *partnership* tra il soggetto pubblico e quello privato nella prevenzione e gestione dei rischi-reato si risolva sul piano meramente simbolico, si prospetta la necessità di prevedere il beneficio radicale della non punibilità come contropartita del *self-reporting*. In termini analoghi, sia pure con declinazioni peculiari che variano a seconda dell'autore di riferimento, cfr. A. Barbieri, *op. cit.*, 197 ss.; V. D'Acquarone, R. Roscini-Vitali, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Resp. amm. soc. enti* 2018, 2, 123 ss.; T. Epidendio, *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, in *Resp. amm. soc. enti* 2018, 4, 145 ss.; E.M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze, M. Mantovani, cit., 240-241; E.M. Mancuso, G. Varraso, *Whistleblowing e indagini interne: recenti sviluppi e prospettive evolutive*, cit., 457 ss.; M. Mantovani, *Il d.lgs. n. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell'impresa*, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze e M. Mantovani, cit., 131; A. Parrella, *Internal investigations: note in tema di benefici interni e limiti esterni*, in *Internal investigations. Best practices e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze, S. Giavazzi, cit., 207 ss.; P. Severino, *Note introduttive*, cit., 12; Ead., *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, cit., 1122 ss.; M. Vizzardi, *Una recente indagine su modelli organizzativi 231 e anticorruzione*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 9.5.2017.

Inoltre va fatto presente che l'opportunità di qualificare la collaborazione processuale dell'ente come causa di esclusione della sua responsabilità è stata prospettata anche nell'ambito della cd. Commissione Garofoli-Melillo (istituita nel 2016 presso il Ministero della Giustizia e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, con il compito di ricognizione delle prassi applicative e di proposte di modifica del decreto 231), laddove però si è avanzata anche la proposta alternativa di fare conseguire alla condotta collaborativa un mero effetto di mitigazione del trattamento sanzionatorio; con riferimento ai lavori della Commissione anzidetta sul punto cfr. Assonime, *I meccanismi d'imputazione della responsabilità e il self reporting*, in www.assonime.it, 12 ss.

⁵³ E.M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento penale: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, cit., 260.

autrice del reato per sottoporla a procedimento penale; le persone danneggiate dall'illecito potrebbero ottenere più facilmente ristoro per le offese subite; mediante l'emersione della condotta illecita si potrebbe fare luce sulle carenze organizzative che l'ente è chiamato a sanare⁵⁴.

In particolare in questa logica vi è chi ha elaborato il testo di un nuovo art. 17 *bis*, rubricato «Causa di esclusione della responsabilità», che si articola in tre commi nei quali si dovrebbe disporre rispettivamente: «1. Quando il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, l'ente non risponde se prima della notifica dell'informazione di garanzia in relazione al predetto reato⁵⁵, abbia fornito all'autorità di polizia o all'autorità giudiziaria elementi di prova determinanti per l'esatta ricostruzione del fatto e per l'individuazione degli autori. 2. In ogni caso, l'esclusione della responsabilità è subordinata alla riparazione delle conseguenze dell'illecito ai sensi dell'art. 17. 3. È comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente»⁵⁶.

Inoltre, al fine di assicurare l'efficace operatività della suddetta causa di non punibilità, viene rimarcata la necessità di predisporre una puntuale regolamentazione delle *internal investigations*, le quali costituiscono lo strumento indispensabile di cui l'ente dovrebbe avvalersi per fare emergere le condotte illecite da denunciare ai fini della collaborazione con l'autorità giudiziaria.

Sul punto si sostiene che un ideale statuto regolativo dell'attività di indagine interna all'ente dovrebbe contemplare i seguenti contenuti essenziali: una copertura privilegiata delle informazioni raccolte mediante le *internal investigations* nonché l'estensione di questo privilegio all'attività svolta dai consulenti dell'ente per l'analisi di documenti e archivi informatici; un'apposita disciplina delle interviste dei dipendenti, da regolare diversamente rispetto ai colloqui che si svolgono tipicamente nell'ambito di un procedimento disciplinare; la definizione della procedura di accesso alla corrispondenza, ai documenti e alla posta elettronica dei dipendenti nonché la

⁵⁴ A quest'ultimo riguardo cfr. in particolare *infra* § 6.1, laddove si riflette sulla effettiva rilevanza assunta dalla riorganizzazione *post factum* nell'economia della proposta in parola.

⁵⁵ La previsione di questo termine è funzionale ad assicurare all'ente un congruo margine di tempo per effettuare la *disclosure*, garantendo al contempo che quest'ultima sia effettivamente utile perché resa in una fase in cui l'autorità giudiziaria non dispone ancora della *notizia criminis*; coerentemente, secondo la proposta in esame, la collaborazione processuale posta in essere dopo la notifica della contestazione dell'illecito amministrativo può produrre come beneficio solo la riduzione della sanzione pecuniaria e l'esclusione delle sanzioni interdittive.

⁵⁶ F. Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, cit., 986.

fissazione dei limiti di tale accesso; la regolamentazione delle interferenze reciproche tra le indagini interne e quelle condotte dall'autorità inquirente⁵⁷.

Ebbene, occorre rilevare che tale ipotesi di riforma è stata oggetto di diversi rilievi critici tra i quali in particolare si evidenziano i seguenti⁵⁸. Anzitutto in tale prospettiva si mira ad importare un modello di disciplina che si è consolidato in un ordinamento, qual'è quello degli Stati Uniti, radicalmente eterogeneo rispetto al nostro; infatti, mentre strumenti di diversione processuale quali i *DPA*s si giustificano alla luce del principio di discrezionalità dell'esercizio dell'azione penale vigente nel sistema giuridico statunitense, nel nostro ordinamento una siffatta forma di premialità processuale comporterebbe una deroga ingiustificata al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale e rischierebbe di snaturare la fisionomia accusatoria del nostro assetto processual-penalistico, introducendo elementi di carattere inquisitorio.

In secondo luogo, con riferimento all'innesto di queste forme di collaborazione processuale nel nostro sistema giuridico si denuncia il rischio di importare le pesanti criticità che il modello di disciplina in oggetto ha già manifestato nell'ordinamento di provenienza. Nello specifico il riferimento va all'uso strumentale del *self-reporting* da

⁵⁷ F. Centonze, M. Mantovani, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. 231/2001*, cit., 289-290. Sul tema cfr. anche F. Centonze, S. Giavazzi (a cura di), *Internal investigations. Best practices e istanze di regolamentazione*, cit., *passim*, laddove si passano in rassegna gli interrogativi lasciati aperti dalla carenza di una normativa specifica in tema di *internal investigations* nel nostro ordinamento; G. Varraso, *Un utile "approfondimento" della Suprema Corte in tema di misure cautelari interdittive e condotte riparatorie nel d.lg. n. 231 del 2001*, in *CP* 2016, 9, 3402-3403.

⁵⁸ Al riguardo cfr. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 219; A. Alessandri, G. Fiandaca, *Responsabilità degli enti, serve un «tagliando»*, in *Il Sole 24 Ore*, 6.6.2016, 19; G. Canzio, *Intervento in Criminalità di impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, a cura di C. Berie di Argentina, cit., 171-173; M. Colacurci, *op. cit.*, 323 ss.; G. Fidelbo, R.A. Ruggiero, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, *Resp. amm. soc. enti* 2016, 4, 9 ss.; G.M. Flick, *Giustizia penale ed economia pubblica e privata: profili problematici*, in *CP* 2010, 1, 346 ss.; G. Garuti, *La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto processuale penale*, in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni*, a cura di A. Fiorella, A. Gaito, A.S. Valenzano, cit., 432; A. Manna, *La responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo*, in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni*, a cura di A. Fiorella, A. Gaito, A.S. Valenzano, cit., 33; M. Masucci, *Il ruolo delle sanzioni interdittive nella disciplina della responsabilità dell'ente da reato*, in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni*, a cura di A. Fiorella, A. Gaito, A.S. Valenzano, cit., 154-155; A.M. Maugeri, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex D.Lgs. n. 231/2001*, cit., *passim*, in particolare 92; F. Mazzacuva, *op. cit.*, *passim*; V. Mongillo, *op. cit.*, 374 ss.; C.E. Paliero, *Il sistema sanzionatorio dell'illecito dell'ente: sistematica e rationale*, cit., 1230; C. Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, cit., 548; R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 154-159; A. Sereni, *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del contributo penale*, Torino 2016, VIII-IX nonché 108-111; Id., *Collaborazione investigativa e riflessi sulla responsabilità dell'ente da reato*, in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni*, a cura di A. Fiorella, A. Gaito, A.S. Valenzano, cit., 157 ss.

parte delle imprese, atteso che gli accordi con la pubblica accusa potrebbero essere opportunisticamente sfruttati dall'ente per monetizzare la propria responsabilità penale nonché per occultare le responsabilità individuali dei soggetti di vertice, addossando l'illecito a qualche sottoposto da additare come capro espiatorio di fronte all'autorità giudiziaria; sicché nella realtà aziendale si potrebbe ingenerare un clima di conflittualità con effetti perversi di accuse incrociate, atteggiamenti ritorsivi e conseguente paralisi dell'impresa. Né va trascurata la circostanza che detti strumenti di giustizia negoziata possono dare la stura ad una perniciosa ingerenza dell'autorità giudiziaria nella gestione dell'economia, con l'ulteriore effetto collaterale di dipendenza dell'apparato della giustizia penale dalla scoperta endo-aziendale dei reati e il conseguente rischio di atrofizzazione dei sistemi investigativi di cui l'autorità pubblica dispone.

Inoltre, proponendo di emulare un siffatto modello di disciplina, si trascura la circostanza che nell'ordinamento statunitense la collaborazione processuale degli enti, anche se astrattamente dovrebbe essere funzionale a rintracciare e colpire le persone fisiche quali veri autori degli illeciti d'impresa, finora è approdata di fatto ad un numero insignificante di condanne di rei individuali, i quali peraltro sono perlopiù dipendenti di seconda linea e quasi mai esponenti del *management*. Pertanto dalla prassi applicativa si evince che mediante una siffatta opzione di politica criminale non solo si rinuncia a punire l'ente per potere perseguire la persona fisica ma non si riesce a colpire efficacemente neppure quest'ultima.

In conclusione va preso atto della circostanza che in ragione di questi profili problematici, la proposta di introdurre la suddetta causa di non punibilità finora è rimasta minoritaria nel dibattito sul tema; viceversa risulta prevalente l'orientamento secondo cui la condotta collaborativa dell'ente può comportare solo l'effetto premiale della riduzione della sanzione, sicché in questa diversa prospettiva è sufficiente un congruo sconto di pena per incentivare gli sforzi collaborativi dell'ente.

5. A questo punto della trattazione, per argomentare la nostra presa di posizione in merito alla proposta di riforma in parola, occorre polarizzare l'attenzione sulla sua compatibilità rispetto al regime di responsabilità amministrativa da reato configurato nel sistema 231.

A tal fine va riconsiderata la circostanza che il legislatore del 2001, mutuando dall'ordinamento statunitense la logica dei *compliance programmes*, ha posto al centro

del paradigma punitivo dell'ente l'adozione dei modelli organizzativi, i quali sono chiamati in causa non sul piano della mera quantificazione del trattamento sanzionatorio bensì, più radicalmente, come criterio fondativo della responsabilità corporativa⁵⁹.

In questa logica è stato configurato un inedito statuto di responsabilità colposa, basato sulla peculiare ibridazione tra la categoria della colpa di organizzazione e il canone antropomorfo di tipo organicistico. In particolare quest'ultimo integra ex art. 5 il versante oggettivo della forma di responsabilità in parola, sicché si richiede la commissione, nell'interesse o a vantaggio dell'ente, di uno dei reati contemplati nel catalogo dei cd. reati-presupposto da parte di un soggetto che, in quanto apicale o sottoposto, ricopre una posizione qualificata all'interno dell'impresa; a sua volta la colpa di organizzazione rileva ex artt. 6 e 7 ai fini della definizione dell'elemento soggettivo di tale forma di responsabilità, mediante l'imposizione in capo all'ente di un generale dovere di auto-organizzazione in funzione della prevenzione del rischio-reato.

Tuttavia proprio la logica dei modelli organizzativi, che costituisce il cuore della riforma, stenta tuttora ad attecchire, atteso che, nonostante sia trascorso ben oltre un ventennio dall'entrata in vigore del nuovo istituto, non si è ancora raggiunto in modo soddisfacente l'obiettivo di un'adeguata diffusione della cultura della prevenzione mediante organizzazione non solo nel mondo delle imprese, laddove l'adozione dei *compliance programs* si registra pressoché esclusivamente nell'ambito degli enti di medio-grandi dimensioni, ma altresì nelle aule dei tribunali, laddove si riscontra la tendenza ad appiattare il giudizio di responsabilità corporativa sul binomio ascrittivo oggettivo dell'interesse-vantaggio, sicché in definitiva il paradigma punitivo dell'ente viene riconfigurato rompendo il delicato equilibrio tra oggettivismo e soggettivismo ideato dal legislatore del 2001⁶⁰.

⁵⁹ Sul punto cfr. *supra* § 2, nt. n. 5.

⁶⁰ Per alcuni richiami alla prassi applicativa e ad indagini empiriche in tema di attuazione del decreto 231 sia consentito il rinvio a A. Orsina, *Messa alla prova e "colpa di reazione" dell'ente. Riflessioni critiche a partire da un recente intervento della giurisprudenza*, in *DPenCont* 2021, 4, 111 ss., laddove si pone in evidenza che in concreto la colpa di organizzazione da fulcro del sistema 231 tende a degradare ad elemento recessivo rispetto al criterio organicistico. Da ultimo, questa tendenza alla svalutazione della colpa di organizzazione è stata confermata da un'approfondita ricerca i cui risultati sono pubblicati in F. Centonze, S. Manacorda (a cura di), *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, cit.; in questo volume cfr. in particolare F. Centonze, S. Manacorda, *Introduzione. Il "circolo virtuoso" della regolazione e l'evoluzione del d.lgs. n. 231/2001*, 22-24, laddove il «principale dei limiti riscontrati nella prassi giurisprudenziale» viene ravvisato nella «prevalenza di decisioni che non riconoscono l'adeguatezza del modello di organizzazione adottato dall'ente prima della commissione dell'illecito», per cui il giudizio di colpa di organizzazione «si risolve per lo più –

In sostanza la prassi applicativa si attesta perlopiù sul modello anglo-sassone connotato dal criterio dell'*identification* in virtù del quale la responsabilità della persona fisica si trasmette per mera «osmosi» alla persona giuridica, mentre in ultima analisi il riscontro del *deficit* organizzativo si risolve in «una evocazione puramente “tabuistica” del *topos* “colpa di organizzazione”», laddove si utilizza questa categoria «come formula di rito, senza riempirla di più densi contenuti di tipicità realmente *colposa*»⁶¹.

Ovviamente ciò non esclude che si possano riscontrare alcuni esempi positivi in controtendenza rispetto al *trend* ermeneutico prevalente che elude la pregnanza della categoria della colpa di organizzazione. In particolare, nella giurisprudenza di legittimità il riferimento va alla pronuncia emessa dalla VI Sezione della Corte di Cassazione a conclusione della vicenda Impregilo, laddove si prospetta un paradigma punitivo strutturalmente colposo, in virtù del quale la responsabilità dell'ente si deve fondare sull'accertamento di un *deficit* prevenzionistico causalmente correlato alla commissione dell'illecito individuale secondo i canoni della copertura del rischio tipico e della idoneità impeditiva del comportamento alternativo lecito⁶².

Nello specifico, in sede di commento a questa sentenza si è rilevato che alla luce del suddetto approccio ricostruttivo «il fatto-reato diventa, *sub specie* di evento, un elemento costitutivo dell'illecito sul quale orientare il nesso imputativo colposo», sicché «l'isotopia con il DNA del reato colposo è chiarissima»⁶³.

Senonché è sintomatica la circostanza che proprio con riferimento a tale pronuncia la dottrina, che ne riconosce il valore storico di «pietra miliare» nel processo di ricostruzione ermeneutica del paradigma punitivo dell'ente, si professa al contempo dubbiosa circa la possibilità che questo *leading case* possa assurgere ad «argine altrettanto garantista, preservatore della certezza del diritto *sub specie* di conoscibilità del precetto», come quello che nei sistemi di *common law* è rappresentato dalla «*stabilità del precedente*»⁶⁴.

laddove viene allegato – in una mera attestazione circa la sua inadeguatezza o inidoneità, senza motivarne le ragioni».

⁶¹ C.E. Paliero, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *RTrimDPenEc* 2018, 1-2, 205 e 210.

⁶² Cass. 11.11.2021-15.06.2022 n. 23401, in *DeJure*.

⁶³ C. Piergallini, *Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda “Impregilo”*, in *www.sistemapenale.it*, 27.6.2022, 4. A commento di questa pronuncia cfr. altresì F. Centonze, *Il crimine dell'«attore decisivo», i limiti della compliance e la prova «certa» della colpa di organizzazione. Riflessioni a margine della sentenza “Impregilo”*, in *CP* 2022, 12, 483 ss.

⁶⁴ E. Fusco, C.E. Paliero, *L'“happy end” di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova forse il suo tipo*, in

In sostanza, perfino questo intervento della Suprema Corte, che si è concretizzato nella definizione di solidi punti fermi nella ricostruzione del paradigma di imputazione soggettiva all'ente del fatto-reato della persona fisica (in particolare del soggetto apicale), è stato accolto sostanzialmente con un atteggiamento di disincanto in ordine alla possibilità di neutralizzare definitivamente il rischio di una lettura iperoggettivista del sistema 231.

A conferma della fondatezza di questo timore si può richiamare la successiva presa di posizione assunta da parte della Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Potenza, la quale, in aperto contrasto con il modello dell'illecito di evento patrocinato dalla Corte di Cassazione nella suddetta sentenza, ha prospettato l'interpretazione dell'illecito corporativo come illecito di rischio, per cui l'ente risulta gravato da un generale dovere organizzativo di tipo cautelativo-precauzionale e l'illecito individuale si risolve in un sintomo dell'inadempimento di tale dovere, assumendo la valenza di mera condizione obiettiva di punibilità⁶⁵.

Pertanto, anche se in teoria le indicazioni fornite dalla Corte di Cassazione a conclusione del caso Impregilo dovrebbero orientare la giurisprudenza di merito in sede di applicazione del decreto 231, di fatto in un ordinamento come il nostro, in cui il precedente giurisprudenziale non ha la forza dello *stare decisis*, tale pronuncia, a dispetto della sua portata storica, non può fornire garanzie in ordine al fatto che il corso futuro della prassi applicativa si uniformi alla concezione isotopica dell'illecito corporativo⁶⁶, atteso che tutt'oggi «la madre dei problemi in materia di responsabilità degli enti» è rappresentata dalla «estensione della discrezionalità giudiziaria nella valutazione sull'idoneità delle cautele»⁶⁷.

Sist. pen. 2022, 9, 144.

⁶⁵ Il testo del *Protocollo organizzativo e di coordinamento in tema di indagini ex d.l.vo n. 231/2001*, approvato dalla Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Potenza nell'ottobre del 2022, nonché la correlata *Relazione illustrativa* del Procuratore Generale sono reperibili in www.sistemapenale.it, 7.12.2022 (unitamente al commento di F. Zazzaro, *Criteri di ascrizione della responsabilità da reato delle persone giuridiche: il protocollo organizzativo della Procura Generale di Potenza*).

⁶⁶ Sull'approccio isotopico, in virtù del quale il paradigma punitivo dell'ente assume una configurazione sostanzialmente colposa atteso che l'inadeguatezza o il difettoso funzionamento del modello organizzativo riproduce il meccanismo strutturale della difettosa adozione di regole cautelari a fondamento della responsabilità individuale colposa d'evento, cfr. A. Fiorella, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, a cura di S. Cassese, Milano 2006, 5101 ss.; V. Mongillo, *op. cit.*, 134 ss.; C.E. Paliero, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, cit., 175 ss.; M. Pelissero, *La "nuova" responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Disposizioni sostanziali*, in *LP 2002*, 575 ss.; C. Piergallini, *Colpa (diritto penale)*, in *ED*, X, 2017, 262.

⁶⁷ O. Di Giovine, S. Dovero. C. Piergallini, *La responsabilità dell'ente nel d.lgs. n. 231/2001: paradigmi imputativi e*

Non a caso di recente autorevole dottrina, prendendo atto della mancata piena attuazione della logica dei *compliance programs*, ha constatato con riferimento al sistema 231 che «l'arnese si sta rivelando tutt'altro che irresistibile, sì da tradire le aspettative che ne avevano accompagnato la nascita»⁶⁸; in particolare si è costretti a riconoscere che nella prassi applicativa il modello organizzativo viene percepito come «un *fastidioso incumbente*, che mal si concilia con i 'tempi' e i 'saperi' del giudice», secondo quanto attestato «in modo inconfutabile dal numero ridottissimo di decisioni che scrutano da vicino la sua adeguatezza preventiva»⁶⁹.

Ebbene, ai fini del presente contributo va rimarcato che in un siffatto contesto viene favorita indirettamente una forma di complicità tra la persona fisica autrice del reato e l'impresa in cui essa opera, in quanto nessuno dei due ha interesse a fare emergere la notizia di reato e, nell'ipotesi in cui questa fosse acquisita dall'autorità giudiziaria, di fatto l'unico approccio difensivo che consente all'ente di porsi al riparo dall'affermazione della responsabilità penale consiste nel provare non tanto che il proprio modello organizzativo è adeguato – stante appunto il persistente rischio che l'inadeguatezza sia desunta dalla commissione dell'illecito individuale – quanto piuttosto che nessun reato è stato commesso nel suo interesse-vantaggio.

Per rimediare a questi perversi effetti della normativa vigente la dottrina promotrice della proposta di riforma di cui si è detto in precedenza ritiene necessario rendere appetibile per la persona giuridica, mediante la promessa di impunità, la prospettiva di dissociarsi dalla persona fisica denunciandola, sul presupposto che per tal via si possa spezzare il vincolo di interesse sussistente tra l'ente e l'individuo, rendendo il primo alleato dell'ordinamento nella persecuzione del secondo⁷⁰.

Tuttavia, a nostro avviso, una siffatta opzione di politica criminale solo in apparenza sarebbe in grado di riformare *in melius* il sistema 231. Sul punto infatti va rimarcato che la radice profonda del suddetto problematico stato di cose, per cui l'ente ha interesse ad occultare la notizia di reato piuttosto che a farla emergere, risiede proprio nella circostanza che in concreto il paradigma punitivo ideato dal legislatore del 2001 rischia di restare appiattito sul presupposto organicistico, con la conseguenza che gli

prospettive di riforma, in *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, a cura di F. Centonze, S. Manacorda, cit., 371.

⁶⁸ C. Piergallini, *Aspettative e realtà della (ancor breve) storia del D.Lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità degli enti*, in *DPP* 2022, 7, 863-864.

⁶⁹ C. Piergallini, *Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*, cit., 14.

⁷⁰ Cfr. *supra* § 4.

sforzi organizzativi profusi dall'ente non riescono di fatto a garantire il suo esonero dal rimprovero penale.

Ebbene, posto che questo nodo problematico si configura quale *punctum dolens* del sistema 231, la proposta di qualificare la *detection* ed il *self-reporting* dell'ente come causa di non punibilità non coglie la vera sostanza della questione, ossia l'esigenza di un rilancio della logica dei modelli organizzativi, e di fatto rischia di risolversi in un mero palliativo che finisce per frustrare ulteriormente la logica della prevenzione mediante organizzazione. Infatti la causa di non punibilità correlata alla collaborazione processuale dell'ente costituisce in definitiva un meccanismo finalizzato a semplificare l'accertamento dei profili di responsabilità correlati ai *corporate crimes*, rinunciando ad una verifica scrupolosa della colpevolezza dell'impresa in cambio di un suo contributo volto ad assicurare il colpevole individuale alla giustizia.

In particolare, per argomentare questa nostra presa di posizione con riferimento alla proposta di riforma in parola, va polarizzata l'attenzione su due implicazioni problematiche che essa comporta, ossia: il regresso dall'ente all'individuo nella lotta ai *corporate crimes*; nonché, correlativamente, il regresso dall'adeguatezza dei modelli organizzativi alla sincerità della collaborazione processuale quale oggetto del sindacato giudiziale.

5.1 Entrando nel merito del primo profilo, occorre riflettere sulla circostanza che l'ipotesi di riforma in commento determina un cambiamento di paradigma nella misura in cui in tale prospettiva l'individuo costituisce il destinatario primario della reazione sanzionatoria dell'ordinamento, mentre nei confronti dell'ente la sanzione penale viene solo minacciata al fine di ottenere la sua collaborazione processuale.

Paradossalmente per tal via si corre il rischio di generare un regresso rispetto alla rivoluzione copernicana attuata dal legislatore del 2001 nel nostro ordinamento, atteso che il decreto 231 sarebbe strumentalizzato al fine di concentrare la risposta penale sull'individuo mentre la responsabilità amministrativa da reato dell'ente assumerebbe un ruolo meramente ancillare rispetto all'esigenza di rintracciare e punire il reo-persona fisica; sicché si sovvertirebbe l'equilibrio instauratosi con la riforma del 2001 secondo cui la persona giuridica va elevata al rango di soggetto del ramo penale dell'ordinamento al pari della persona fisica.

Più precisamente in tale prospettiva politico-criminale si potrebbe determinare lo stravolgimento del ruolo che il sistema 231 attribuisce alla persona fisica e a quella giuridica nella lotta alla criminalità di impresa in quanto, da un canto, l'individuo sarebbe ridotto a capro espiatorio, nella misura in cui potrebbe essere chiamato a rispondere anche di illeciti che, avendo una genesi composita (non solo individuale ma anche collettiva), sono riconducibili alla politica di impresa ovvero alla complessiva colpa di organizzazione dell'ente; dall'altro, l'ente potrebbe beneficiare dell'impunità anche se colpevole rispetto al fatto di reato denunciato.

In effetti la dottrina che sostiene la proposta in questione è ben consapevole dei due suddetti rischi che essa comporta, tant'è che, commentando il sistema di *corporate criminal liability* vigente negli Stati Uniti, al quale la proposta in oggetto si ispira, riconosce che in quell'ordinamento, mediante l'imperante ricorso ai *DPA*s nella prassi applicativa, la lotta alla criminalità di impresa viene condotta mirando agli individui piuttosto che agli enti⁷¹; ciò nonostante con riferimento al nostro sistema giuridico essa ritiene di potere efficacemente superare le suddette criticità nei seguenti termini.

Con riguardo al primo profilo, ossia il rischio di strumentalizzare l'individuo addossandogli le colpe riconducibili all'organizzazione, si sostiene che «anticorpo rispetto a una tale patologia non può che essere il vaglio dell'autorità giudiziaria»; in questa logica l'addebito del fatto di reato all'individuo denunciato dall'ente è subordinato al sindacato giudiziale, atteso che «Il pubblico ministero prima e un giudice poi dovranno [...] vigilare sulla serietà e sull'ampiezza degli accertamenti svolti dall'ente e sulla corretta imputazione della responsabilità alla persona fisica»⁷².

A sua volta, con riferimento al secondo correlato profilo, ossia il rischio di esonerare l'ente dal rimprovero penale anche quando risulta effettivamente colpevole rispetto al fatto denunciato, si rimarca che «si tratterebbe di una non punibilità conseguita comunque a caro prezzo», atteso che l'ente «a seguito dell'illecito commesso nel contesto organizzativo, dovrà attraversare un travaglio reputazionale, investire risorse nelle indagini interne, rimediare alle carenze del controllo e infine mettere a disposizione il profitto eventualmente conseguito»⁷³.

⁷¹ F. Centonze, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231/2001. Il problema dell'importazione dei «compliance programs» nell'ordinamento italiano*, cit., 229.

⁷² F. Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, cit., 986.

⁷³ F. Centonze, *ivi*, 987.

Nondimeno siffatte argomentazioni, anche se ragionevolmente fondate, non sembrano tali da potere sciogliere il nodo problematico che a nostro avviso inficia l'ipotesi di riforma in commento e sul quale va richiamata adesso l'attenzione, ossia la circostanza incontrovertibile che in base a questa opzione politico-criminale il sindacato giudiziale sull'adeguatezza dei modelli organizzativi viene di fatto soppiantato da quello sulla sincerità e utilità della collaborazione processuale dell'ente, decretando così implicitamente il fallimento della logica della prevenzione mediante organizzazione su cui si regge il sistema 231.

5.2 A ben vedere, la proposta di riforma in esame sembra sottendere il retropensiero secondo cui, posto che la valutazione giudiziale sull'adeguatezza dei modelli organizzativi va incontro ad esiti del tutto incerti e può facilmente degenerare nella logica *post hoc propter hoc*, un'alternativa ragionevole per l'ente è quella di collaborare al fine di disinnescare il rischio di un aleatorio sindacato sui propri modelli organizzativi e rimettersi al giudizio sull'utilità della propria collaborazione processuale, il cui esito sarebbe più controllabile e verosimilmente vantaggioso per l'impresa.

Senonché per tal via, come testé accennato, si finirebbe per frustrare la logica della prevenzione mediante organizzazione, atteso che in definitiva l'ordinamento pretenderebbe dall'ente non tanto l'adozione *ex ante* di un'organizzazione adeguata in funzione della prevenzione del rischio-reato quanto piuttosto la collaborazione *ex post* in funzione della scoperta dell'illecito e del suo autore individuale.

In particolare una siffatta proposta di riforma sfocia in conseguenze problematiche in relazione alle due seguenti ipotesi. Anzitutto il riferimento va al caso in cui l'illecito per il quale si procede sia da ascrivere alla responsabilità dell'ente oltre che a quella dell'individuo, in quanto la persona fisica ha agito in attuazione della politica d'impresa o comunque si riscontra un *deficit* nel modello organizzativo di cui l'ente si è dotato; in questa evenienza il riconoscimento di un effetto esimente a seguito della collaborazione processuale dell'ente si risolverebbe in un'indebita copertura dal rischio penale, nella misura in cui si consentirebbe all'impresa di sottrarsi illegittimamente all'affermazione della propria responsabilità per la mancata prevenzione dell'illecito individuale.

Sicché, associando l'effetto della non punibilità alla collaborazione processuale, si darebbe spazio ad una politica criminale in ragione della quale l'ente, per difendersi

dal rimprovero penale, sarebbe indotto ad accusare strumentalmente l'individuo anziché impegnarsi seriamente in sede prevenzionistica per fare valere in giudizio il proprio impegno organizzativo.

Ma la proposta di riforma in parola suscita perplessità anche nel caso in cui la commissione del reato-presupposto sia riconducibile alla iniziativa unilaterale del reo-persona fisica. Infatti in tale evenienza è vero che, nel rispetto del principio di personalità della responsabilità penale, occorre garantire all'ente la possibilità di dissociarsi dal fatto commesso dall'individuo; senonché, in coerenza con la filosofia di fondo del decreto 231, si dovrebbe perseguire questo obiettivo rivitalizzando la logica dei *compliance programs* piuttosto che attribuendo valenza esimente al *self-reporting*.

In altri termini la soluzione al problema dell'aleatorietà che condiziona la valutazione di adeguatezza dei modelli organizzativi va ricercata non sul terreno della collaborazione processuale dell'ente bensì su quello dei criteri ascrittivi della responsabilità amministrativa da reato, promuovendo la prevenzione mediante organizzazione onde evitare l'appiattimento del paradigma punitivo corporativo sul presupposto organicistico.

Più precisamente, va riaffermato il principio secondo cui, allorquando viene commesso un *corporate crime*, la non punibilità dell'ente si giustifica solo se esso non ha causato o comunque agevolato la commissione dell'illecito con un proprio difetto organizzativo; sicché, per dare piena attuazione a questo principio, occorre riflettere su come assicurare che l'ente sia premiato per i suoi sforzi organizzativi di tipo prevenzionistico, senza correre il rischio che l'inadeguatezza dell'organizzazione di cui si è dotato sia desunta automaticamente dalla commissione del reato-presupposto.

Ebbene, ragionando in questa logica, in altra sede abbiamo già avanzato la proposta secondo cui, al fine di rilanciare la filosofia di fondo dei modelli organizzativi, occorre valorizzare la specifica reazione dell'ente consistente nella riorganizzazione *post factum*, promuovendo la correzione delle lacune prevenzionistiche che i modelli organizzativi palesano in occasione della commissione del reato-presupposto. In particolare si tratta di riconoscere una forma inedita di colpevolezza corporativa, qualificabile come colpa di reazione, la quale trova il suo fulcro nell'inadempimento dell'obbligo di aggiornamento dei modelli organizzativi a seguito della scoperta dell'illecito individuale⁷⁴.

⁷⁴ Occorre puntualizzare che il rilievo centrale della reazione, accanto a quello della prevenzione, nel sistema 231 è già da tempo oggetto di attente riflessioni in dottrina. Da ultimo cfr., *ex multis*, R. Bartoli, *Dal paradigma punitivo reattivo il paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco*, in www.sistemapenale.it,

Adesso si evidenzia quindi la necessità di richiamare in sintesi tale nostra proposta al fine di confrontarla con l'esperienza comparatistica dei *DPA*s nonché con l'ipotesi di riforma in commento fondata sulla collaborazione processuale dell'ente. Per tal via sarà possibile fare emergere la peculiare rilevanza che il *post factum* ricopre nella nostra costruzione teorica, corroborando la tesi secondo cui a nostro avviso, per rimanere coerenti con la *ratio* della prevenzione mediante organizzazione sottesa al sistema 231, la reazione dell'ente da valorizzare non è la collaborazione processuale nella forma delle *internal investigations* funzionali al *self-reporting* bensì la riorganizzazione *post factum*, la quale va posta a fondamento di una nuova forma di colpevolezza da coordinare con la colpa di organizzazione.

6. In breve, la nostra elaborazione teorica consiste in un ripensamento dello statuto della responsabilità amministrativa da reato dell'ente in coerenza con la natura intrinsecamente dinamica del dovere di diligenza gravante sull'impresa, che va concepito come dovere non solo di adeguata organizzazione *ex ante* ma altresì di adeguata riorganizzazione *ex post* mediante l'aggiornamento dei modelli organizzativi.

Sul punto si muove dalla considerazione che la commissione di un reato-presupposto, eccetto il caso in cui sia da ascrivere alla sola iniziativa del reo-persona fisica, fa emergere una lacuna prevenzionistica nei modelli organizzativi di cui l'ente si è dotato *ante factum*.

29.3.2021, 1 ss.; G. De Francesco, *Uno sguardo fugace sulla cd. autonormazione*, in www.lalegislazionepenale.eu, 17.4.2023, 11 ss.; Id., *Note brevi sulla 'questione ambientale'. Una lettura evolutiva delle esigenze e dei livelli di tutela*, in www.lalegislazionepenale.eu, 30.10.2023, 12 ss.; A.M. Maugeri, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex D.Lgs. n. 231/2001*, cit., 47 ss.

Per un nostro, limitato, contributo al dibattito, consistente nell'elaborazione della suddetta categoria della colpa di reazione, sia consentito rinviare a A. Orsina, *Reactive fault: the "new" frontier in corporate criminal liability*, in *RIDP* 2018, 89, 1, 173 ss. nonché, in termini più approfonditi, a Ead., *Messa alla prova e "colpa di reazione" dell'ente. Riflessioni critiche a partire da un recente intervento della giurisprudenza*, cit., 111 ss., laddove si fa presente che la nostra idea di valorizzare la dimensione della reazione nel paradigma punitivo corporativo trae spunto dalla concezione della *corporate blameworthiness* come *reactive corporate fault*, ideata da B. Fisse e J. Braithwaite e sistematizzata nella loro opera *Corporations, Crime and Accountability*, Sydney 1993. Al riguardo va precisato che la nostra elaborazione teorica, pur mutuando dalla suddetta dottrina australiana l'intuizione di procedere allo slittamento *post factum* dell'oggetto del giudizio di responsabilità in modo da non circoscriverlo alla dimensione della prevenzione ma estenderlo alla fase della reazione, in definitiva risulta del tutto eterogenea sia sul piano della *ratio* sia su quello della struttura dell'illecito corporativo (sul punto cfr. in particolare Ead., *Messa alla prova e "colpa di reazione" dell'ente. Riflessioni critiche a partire da un recente intervento della giurisprudenza*, cit., 130, nt. n. 66).

Ora, in base all'approccio ricostruttivo isotopico alla colpa di organizzazione interpretata alla luce della teoria della doppia misura della colpa, nell'ipotesi in cui detta lacuna risulti imputabile all'ente sia oggettivamente che soggettivamente, l'ente deve rispondere a titolo di colpa di organizzazione per la mancata prevenzione dell'evento-reato in quanto è stato adottato *ex ante* un modello organizzativo inadeguato sul piano oggettivo, nonostante al tempo del fatto fosse esigibile l'adozione di un modello più efficace da parte della specifica impresa sotto giudizio. In tal caso l'eventuale correzione *ex post* del *deficit* prevenzionistico può rilevare solo sul piano del trattamento punitivo, consentendo all'ente di conseguire una mitigazione della sanzione secondo il noto meccanismo di cui agli artt. 12 e 17 del decreto 231.

In concreto si può verificare però la diversa ipotesi in cui la lacuna organizzativa, portata alla luce dalla commissione del reato-presupposto, non è ascrivibile all'ente sul piano oggettivo o su quello soggettivo. Ad esempio, sul primo versante si pensi all'evenienza in cui detta lacuna non si può addebitare in quanto al tempo del fatto si registrava la carenza di regole di condotta certe, che potessero orientare in modo sicuro l'ente nell'individuazione dello *standard* di diligenza doverosa; a sua volta, sul piano soggettivo si può verificare l'evenienza in cui al tempo del fatto non era soggettivamente esigibile l'adozione nel contesto concreto di un modello organizzativo diverso e più efficace in ragione delle imprevedibili condizioni di difficoltà economico-finanziaria in cui l'impresa allora versava.

Ebbene, in tutti questi casi insorge un duplice ordine di esigenze. In primo luogo occorre sottrarre l'ente dal rimprovero per la mancata prevenzione dell'evento-reato, mettendolo al riparo dai rischi di eccessi punitivi cui si presta la categoria della colpa di organizzazione se assunta quale esclusiva variante della colpevolezza d'impresa.

Infatti la logica della colpa di organizzazione si espone ad indebite dilatazioni dell'area della punibilità non solo per l'eccessivo rigorismo mostrato dalla giurisprudenza (generalmente incline ad appiattare l'accertamento della responsabilità dell'ente sui criteri ascrittivi dell'interesse e del vantaggio), ma ancora più a monte per l'intrinseca ambiguità di fondo che connota tale canone ascrittivo, il quale, in quanto fondato sul postulato (di per sé ragionevole) secondo cui l'ente può prevedere ed evitare anche ciò che sfugge alla capacità di controllo dell'individuo, si presta ad avallare l'imposizione in capo all'impresa di un dovere di diligenza dal contenuto indeterminato, con il conseguente rischio di illegittime degenerazioni punitive.

Al contempo, con riferimento alla tipologia di ipotesi in commento, in cui sussiste un difetto organizzativo non addebitabile all'ente oggettivamente o soggettivamente, insorge un'ulteriore istanza parimenti rilevante, ossia l'esigenza di assicurare che l'ente provveda ad implementare un'adeguata riorganizzazione *post factum*. Infatti, anche se non è possibile affermare la colpa di organizzazione per carenza della sua misura oggettiva o soggettiva, l'illecito individuale (salvo il caso in cui sia da imputare all'iniziativa esclusiva del reo-persona fisica) porta alla luce una lacuna prevenzionistica che comunque deve essere corretta in sede reattiva al fine di evitare la reiterazione del reato.

Ebbene, proprio per soddisfare le due suddette esigenze si ritiene che la colpevolezza di impresa non possa restare circoscritta al piano prevenzionistico ma si debba proiettare anche in sede reattiva, facendo assurgere la colpa di reazione a criterio ascrittivo integrativo della colpa di organizzazione. Più precisamente, si tratta di articolare il giudizio di responsabilità corporativa in due fasi, volte ad accertare, rispettivamente, l'adeguatezza del contegno organizzativo *ex ante* nonché l'adeguatezza del contegno riorganizzativo *ex post*.

Sicché, se nella prima fase di giudizio, fondata sul canone della colpa di organizzazione, risulta che il reato-presupposto è riconducibile ad un difetto addebitabile sia oggettivamente che soggettivamente all'ente, quest'ultimo si deve considerare responsabile a titolo di colpa di organizzazione e, come già detto, l'aggiornamento *post factum* dei *compliance programs* rileva solo ai fini della riduzione della sanzione.

Viceversa, se il *deficit* organizzativo che ha causato il reato-presupposto non è addebitabile all'ente a titolo di colpa di organizzazione per carenza della misura oggettiva o soggettiva di questa forma di colpa, occorre passare ad una seconda fase, spostando il baricentro del sindacato giudiziale dalla sede prevenzionistica a quella reattiva in modo da accertare l'adeguatezza della riorganizzazione *post factum*; per cui, se all'esito di questo sindacato risulta che l'ente non ha adeguatamente corretto la lacuna organizzativa emersa, ne va affermata la responsabilità a titolo di colpa di reazione per mancato aggiornamento dei *compliance programs*.

Nello specifico, per effetto di questo slittamento *post factum* dell'oggetto del giudizio di responsabilità, l'illecito corporativo subisce una metamorfosi da illecito di evento a illecito di rischio. Infatti, mentre nella logica della colpa di organizzazione l'ente viene chiamato a rispondere della mancata prevenzione dell'evento-reato

causalmente riconducibile ad uno specifico difetto organizzativo, nella logica della colpa di reazione l'ente viene chiamato a rispondere di un'inadeguata gestione del rischio di reiterazione del reato-presupposto, atteso che, omettendo di aggiornare adeguatamente i propri modelli organizzativi, lascia inalterato lo stato di disorganizzazione che ha causato un primo episodio criminoso e che, rimanendo non sanato, potrebbe comportare la reiterazione dell'illecito.

Ora, di primo acchito questa nostra proposta sembra esporsi all'obiezione di estendere paradossalmente gli spazi di punibilità dell'ente in ragione del fatto che si affianca all'illecito di evento, fondato sulla colpa di organizzazione, un'ulteriore forma di responsabilità rappresentata appunto dall'illecito di rischio, da imputare a titolo di colpa di reazione. In realtà, però, l'adozione di una siffatta concezione "integrata" della colpevolezza di impresa consente di fare recuperare al sistema 231 sia il pieno rispetto del principio di personalità della responsabilità penale sia l'efficienza in termini di prevenzione del rischio-reato.

Nello specifico, sotto il primo profilo, si assicura che il rimprovero penale venga fondato su basi legittime, ancorando la responsabilità dell'ente, rispettivamente: nella prospettiva della colpa di organizzazione, alla sussistenza *ex ante* di una lacuna prevenzionistica addebitabile oggettivamente e soggettivamente; nella prospettiva della colpa di reazione, alla mancata correzione di un difetto organizzativo che (anche se non addebitabile a titolo di colpa di organizzazione) deve comunque essere sanato *ex post* per evitare la reiterazione del reato-presupposto.

A sua volta, sotto il secondo profilo, coniugando le due suddette forme della colpevolezza di impresa si attua il pieno dispiegamento della logica della prevenzione mediante organizzazione, atteso che mediante il monitoraggio della reazione *ex post* si accerta che l'ente adempia effettivamente al comando di riorganizzarsi per evitare la reiterazione di reati del tipo quello (incolpevolmente) non prevenuto.

Per tal via si rende possibile ripristinare la fiducia delle imprese nella promessa di impunità che il legislatore del 2001 ha associato alla logica dei modelli organizzativi e che rischia di rimanere solo nominale se si continua a concepire la colpa di organizzazione quale unica plausibile variante della colpevolezza corporativa. Infatti, coordinando la colpa di organizzazione con la colpa di reazione mediante il meccanismo ascrittivo "complesso" di cui si è detto, si assicura che, se l'illecito fa emergere un difetto organizzativo non ascrivibile sul versante oggettivo o su quello soggettivo, l'ente rimane sottratto al rimprovero per la mancata prevenzione del reato-

presupposto, ma al contempo è tenuto a rispettare il comando, che ragionevolmente proviene dall'ordinamento, di aggiornare i propri modelli organizzativi.

Concludendo sul punto, è opportuno precisare che allo stato attuale la categoria della colpa di reazione da noi teorizzata risulta sospesa tra la dimensione *de iure condito* e quella *de lege ferenda*, atteso che, per un verso, in base alla normativa vigente certamente l'ente non si può considerare responsabile per illecito di rischio in caso di mancato aggiornamento dei modelli organizzativi, sicché la pratica operatività della colpa di reazione quale criterio ascrittivo soggettivo della responsabilità da reato dell'ente rimane sostanzialmente proiettata in una prospettiva di riforma.

Per altro verso, però, occorre riconoscere che la colpa di reazione come categoria imputativa, sebbene al momento sia priva di dimensione operativa, si rivela del tutto in linea con la dimensione intrinsecamente diacronica dei modelli organizzativi, la quale trova già *de lege lata* la sua espressione nel dovere di aggiornamento *ex art. 6, co. 1, lett. b) e art. 7, co. 4, lett. a)* del decreto 231 (nonché *art. 30, co. 4 del d.lgs. n. 81/2008, cd. Tusl, con specifico riferimento al rischio-reato di cui all'art. 25 septies del decreto 231*). Da ciò discende che in prospettiva di riforma il coordinamento della colpa di organizzazione con la colpa di reazione, lungi dal distorcere la logica originaria del decreto del 2001, si rende necessario per valorizzarne compiutamente le potenzialità regolative, assicurando il costante adattamento nel tempo delle misure di prevenzione e gestione dei rischi-reato.

Adesso, rinviando ad altra sede l'approfondimento delle implicazioni sistematiche della suddetta teoria e dei relativi agganci di diritto positivo, nel presente contributo occorre limitarsi a focalizzare la rilevanza che assume la riorganizzazione *post factum* nell'economia del nostro approccio ricostruttivo, confrontando quest'ultimo con l'opzione regolativa costituita dai *DPA*s nonché con l'indirizzo di riforma patrocinato dalla dottrina di cui prima si è detto, che si ispira a tali *pre-trial agreements*.

6.1 Riconsiderando l'esperienza comparatistica dei *DPA*s va evidenziato che in rapporto ad essi la riorganizzazione *post factum*, quale forma di reazione dell'ente ulteriore rispetto alle *internal investigations* e al *self-reporting* di cui si è detto in precedenza⁷⁵, assume nello specifico una duplice valenza.

Anzitutto essa rileva come fattore di giudizio di cui il *prosecutor* tiene conto per decidere se procedere penalmente nei confronti dell'ente o differire l'esercizio

⁷⁵ Cfr. *supra* § 2.

dell'azione penale nella prospettiva di siglare un *pre-trial agreement*; sicché, nell'ipotesi in cui l'ente ha provveduto a emendare *ex post* i *compliance programs* dai difetti organizzativi emersi, questa circostanza depone a favore della scelta della conclusione del *DPA* da parte della pubblica accusa.

In secondo luogo la riorganizzazione *ex post* rileva come contenuto della obbligazione riabilitativa che insorge in capo all'ente a seguito della stipula di un *DPA*, per cui una delle condizioni dell'accordo consiste nell'impegno dell'ente *ex post* ad implementare *compliance programs*, se l'ente ne risulta sfornito, oppure a correggere quelli già esistenti, se si sono rivelati inadeguati a seguito dell'accertamento della *corporate offence*.

Al riguardo rilevano i *Principles of federal prosecution of business organizations* esplicitati nel *Justice Manual*, laddove tra i dati che il *prosecutor* può valutare per addivenire ad un accordo stragiudiziale si segnalano espressamente: «*the adequacy and effectiveness of the corporation's compliance program at the time of the offense, as well as at the time of a charging decision*»; nonché «*the corporation's remedial actions*», tra le quali vengono annoverati gli sforzi profusi dall'ente per dotarsi di un adeguato *compliance program* o migliorare quello esistente⁷⁶.

Inoltre va richiamato l'ulteriore passaggio del *Justice Manual* laddove si rimarca l'importanza della «*corporation's quick recognition of the flaws in the program*», ovvero dell'eventuale tempestiva reazione dell'ente per riconoscere i difetti organizzativi e porvi rimedio; sicché, a dispetto della sussistenza *ante factum* di un modello organizzativo inadeguato, l'ente potrebbe beneficiare della non punibilità mediante un *pre-trial agreement* se provvede a correggere la sua difettosa organizzazione prevenzionistica⁷⁷.

Ora, la suddetta rilevanza della riorganizzazione *post factum* nell'economia dei *DPA*s va letta congiuntamente con la circostanza che nell'ordinamento statunitense l'adozione *ex ante* di *compliance programs* non può assolvere alcuna funzione esimente, stante il rigore del canone del *respondeat superior*, ma può valere solo ai fini della riduzione del *culpability score* in sede di definizione del trattamento sanzionatorio secondo le *Sentencing Guidelines* del 1991⁷⁸.

⁷⁶ Cfr. *Justice Manual* (JM), Titolo 9, in particolare § 9-28.300, in www.justice.gov (sul *Justice Manual* cfr. *supra* § 2, nt. n. 13).

⁷⁷ Cfr. *Justice Manual* (JM), *ivi*, § 9-28.1000.

⁷⁸ Sul punto cfr. *supra* § 2, in particolare nt. n. 6.

Da ciò discende che in base a questo regime di *corporate criminal liability* la logica reattiva interviene in chiave “sostitutiva” della logica prevenzionistica. Infatti, per un verso, l’impegno organizzativo *ante factum* consente all’ente non di sottrarsi al rimprovero ma tutt’al più di aggiudicarsi una riduzione della sanzione, stante la vigenza di una forma di responsabilità meramente vicariale, dal contenuto schiettamente oggettivo; per altro verso, l’impegno riorganizzativo *post factum* assume una rilevanza decisamente preponderante, atteso che, unitamente alla collaborazione processuale nelle forme delle *internal investigations* e del *self-reporting*, consente all’ente di guadagnarsi l’esclusione della punibilità, a prescindere dalla circostanza che esso si sia organizzato *ex ante* per prevenire la commissione dell’illecito individuale.

Si tratta con tutta evidenza, quindi, di un regime regolativo del tutto eterogeneo rispetto a quello concepito nel nostro ordinamento dal legislatore del 2001, il quale, sia pure mediante un’ibridazione con il paradigma organicistico, ha chiamato in causa nel sistema 231 il dovere di adozione *ex ante* dei modelli organizzativi in funzione prevenzionistica quale generale canone ascrittivo soggettivo con valenza fondativa di una colpevolezza corporativa distinta ed autonoma da quella individuale.

Da ciò discende che nel nostro ordinamento, per rimanere coerenti con la filosofia di fondo sottesa al sistema 231, la logica *post factum* si deve valorizzare in chiave non sostitutiva bensì “integrativa” della logica *ante factum*, ossia in modo tale che la riorganizzazione *ex post* sia funzionale a rafforzare l’obiettivo della organizzazione *ex ante* anziché rimpiazzarlo.

Ebbene, un’impostazione sistematica utile a questo scopo consiste proprio nell’assumere l’organizzazione *ante factum* e la riorganizzazione *post factum* come fondative di due distinte forme di colpevolezza corporativa, le quali trovano nella promozione della cultura della legalità e nella prevenzione del rischio-reato il loro comune obiettivo primario.

Il riferimento va appunto alla nostra impostazione sistematica secondo cui l’ente, in presenza di una lacuna prevenzionistica oggettivamente o soggettivamente non imputabile, deve essere esonerato dal rimprovero a titolo di colpa di organizzazione ma rimane esposto al rimprovero a titolo di colpa di reazione se omette l’adozione di adeguate misure riorganizzative.

Sul punto va ribadito che per tal via diviene possibile rafforzare la capacità del sistema 231 di perseguire un duplice scopo, ossia: la piena osservanza del principio di

personalità della responsabilità penale, in quanto si àncora il rimprovero dell'ente alla sussistenza di una lacuna prevenzionistica che esso ha il dovere anzitutto di prevenire e comunque di correggere in caso di inesigibilità *ex ante* oggettiva o soggettiva; nonché la prevenzione dei rischi-reato, nella misura in cui si garantisce la *compliance* nel tempo mediante il monitoraggio dell'effettivo aggiornamento dei modelli organizzativi.

In tale prospettiva si evidenzia quindi l'eterogeneità del nostro approccio ricostruttivo rispetto alla proposta di riforma avanzata dalla dottrina che teorizza la necessità di valorizzare la collaborazione processuale sulla falsariga dei *DPA*s mediante la previsione di un'apposita causa di esclusione della punibilità.

A tale riguardo va puntualizzato che in effetti anche nella prospettiva dottrinale in commento si attribuisce rilevanza alla riorganizzazione *post factum*, atteso che nel dettato del summenzionato art. 17 *bis*⁷⁹, di cui si propone l'introduzione per disciplinare la causa di non punibilità correlata alla collaborazione processuale, si specifica al secondo comma che «In ogni caso, l'esclusione della responsabilità è subordinata alla riparazione delle conseguenze dell'illecito ai sensi dell'art. 17»⁸⁰.

A sua volta, come noto, l'art. 17 attualmente vigente annovera tra le condotte riparatorie (funzionali a fare ottenere all'ente una mitigazione del trattamento sanzionatorio) il fatto che «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». Pertanto il rinvio a quest'ultima norma nell'ambito della suddetta causa di non punibilità implica che, nella proposta *de lege ferenda* in parola, l'esclusione della punibilità dell'ente in conseguenza delle condotte di collaborazione processuale rimane comunque subordinata alla correzione delle preesistenti lacune organizzative.

In particolare, con riferimento a quest'ultimo profilo va posto l'accento sul fatto che secondo tale dottrina la previsione della suddetta causa di non punibilità consentirebbe di conseguire benefici anche sullo specifico versante della prevenzione mediante organizzazione, in quanto, sollecitando l'ente ad individuare e denunciare tempestivamente le condotte illecite commesse al proprio interno, non soltanto si agevola lo Stato nella ricerca del reo-persona fisica ma si incentiva altresì la persona giuridica ad identificare i propri difetti organizzativi nonché a correggerli.

⁷⁹ Cfr. *supra* § 4.

⁸⁰ F. Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, cit., 986.

Nel merito si sostiene che, promuovendo le *internal investigations* e il *self-reporting*, diviene possibile «sollecitare un intervento riparativo che metta in primo piano le debolezze dell'organizzazione»⁸¹; sicché, mentre allo stato attuale «la mancanza di incentivi reali alla cooperazione» funge da «ostacolo alla piena ed efficace realizzazione del sistema preventivo» volto alla minimizzazione del rischio-reato⁸², l'introduzione del suddetto meccanismo di esclusione della punibilità consentirebbe di attivare all'interno dell'impresa «un "circolo virtuoso" che nasce dalla chiara individuazione delle condotte non conformi alle norme e richiede poi la messa a fuoco delle criticità organizzative e, infine, l'adozione di nuove procedure comportamentali»⁸³.

A nostro avviso, però, una siffatta previsione in merito alle ricadute positive potenzialmente derivanti dal meccanismo premiale in parola rischia di rivelarsi eccessivamente ottimistica. Infatti, proprio in ragione della circostanza che nella prospettiva politico-criminale in commento l'ente si sottrae all'applicazione della pena anche nell'ipotesi in cui è colpevole di un *deficit* organizzativo rispetto al fatto di reato di cui viene chiamato a rispondere solo l'individuo, è verosimile che di fatto l'impresa non sia incentivata a dotarsi di un'adeguata organizzazione prevenzionistica, considerato che si rivela più conveniente impegnarsi in sforzi organizzativi solo se necessario, ossia solo allorquando, in sede di collaborazione processuale, la dimostrazione di un significativo cambio di rotta nelle prassi aziendali si rivela utile per ottenere l'impunità⁸⁴.

In definitiva, associando alle indagini interne e alla correlata auto-denuncia un effetto esimente, si rischia di dare luogo ad una forma di premialità esasperata, la quale, facendo conseguire al contegno collaborativo una contropartita esorbitante, potrebbe produrre una ripercussione negativa sul versante della colpevolezza corporativa, nella misura in cui si veicola paradossalmente il messaggio secondo il

⁸¹ E.M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento penale: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, cit., 259.

⁸² E.M. Mancuso, G. Varraso, *Whistleblowing e indagini interne: recenti sviluppi e prospettive evolutive*, cit., 470.

⁸³ F. Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, cit., 980. Sul punto cfr. altresì E.M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento penale: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, cit., 259, il quale evidenzia la funzionalità delle indagini interne rispetto allo scopo di «controllare le falle che hanno impedito la corretta gestione del processo aziendale»; A. Parrella, *op. cit.*, 208.

⁸⁴ Non a caso vi è chi tra i sostenitori della prospettiva di riforma in parola è costretto ad ammettere che l'esperienza comparatistica dei DPAs, che si propone di emulare, segna il «superamento dei "compliance programs"»; il riferimento va a T. Epidendio, *op. cit.*, 151.

quale l'ente può rinviare alla fase della collaborazione processuale l'adozione di un'efficiente organizzazione in funzione della gestione del rischio-reato.

Ebbene, al fine di evitare una siffatta distorsione e incentivare l'aggiornamento dei modelli organizzativi, si evidenzia la necessità di fare ricorso ad una modalità alternativa di valorizzazione della riorganizzazione *post factum*, che sia funzionale all'obiettivo della prevenzione dei rischi-reato.

In tale prospettiva, anzitutto, la logica reattiva va coordinata con la dimensione prevenzionistica assolvendo una funzione integrativa e non sostitutiva, sicché la riorganizzazione *post factum* non deve sostituire bensì rivitalizzare la centralità della organizzazione *ante factum*; correlativamente, per realizzare tale coordinamento, la logica reattiva deve ricoprire il ruolo fondativo di una vera e propria forma di colpevolezza corporativa, da chiamare in causa allorquando *ante factum* non è esigibile, oggettivamente o soggettivamente, la prevenzione dell'illecito individuale ma la commissione del reato fa emergere un difetto organizzativo al quale l'ente comunque è tenuto a porre rimedio.

Per tal via, quindi, diviene possibile ricostruire l'auspicato dialogo tra l'ordinamento giuridico e l'impresa su basi leali, atteso che, se nel caso concreto non si poteva pretendere *ex ante* un contegno organizzativo diverso da quello effettivamente tenuto, l'ente rimane al riparo dal rimprovero penale rispetto alla mancata prevenzione dell'evento-reato ma, al contempo, viene legittimamente sottoposto al sindacato giudiziale in ordine alla gestione in sede reattiva del rischio di reiterazione di quell'illecito.