

Rivista trimestrale | Luglio/Settembre 2025

DIREZIONE

Ennio AMODIO - Massimo DONINI - Leonardo FILIPPI - Sergio MOCCIA
- Fermin MORALES PRATS - Tullio PADOVANI - Bartolomeo ROMANO -
Giorgio SPANGHER - Luigi STORTONI - Eugenio Raul ZAFFARONI

IN EVIDENZA

EDITORIALI

Vincenzo Maiello, **Dissensi e *concordia discors* sul tema della prevenzione**

ARTICOLI

Andrea Chelo, **Giudizio di esecuzione e diritto alla conoscenza del procedimento: riflessioni *de iure condito* e *de iure condendo***

Valentina Masarone, **Violenza contro le donne: la deriva emergenziale e simbolica dell'intervento penale fino alla proposta del 'femminicidio' come autonoma fattispecie di reato**

OPINIONI

Maria Novella Masullo, **Il dolo specifico: uno sguardo d'insieme sui profili costitutivi del tipo**

Leonardo Filippi, **Confiscation without Conviction for Membership of Mafia, Lisbona, 23.5.2025**

DALLE CORTI

Angelo Zampaglione, **L'incidente probatorio della vittima a vulnerabilità presunta**

Direzione

Ennio Amodio – Massimo Donini – Leonardo Filippi – Sergio Moccia – Fermin Morales Prats – Tullio Padovani – Bartolomeo Romano – Giorgio Spangher – Luigi Stortoni – Eugenio Raul Zaffaroni

Comitato scientifico editoriale

Enrico Mario Ambrosetti – Giuliano Balbi – Roberto Bartoli – Carlo Bonzano – Stefano Canestrari – Donato Castronuovo – Elena Maria Catalano – Mauro Catenacci – Antonio Cavaliere – Giovanni Cocco – Carlotta Conti – Cristiano Cupelli – Donatella Curtotti – Giovannangelo De Francesco – Pierpaolo Dell'Anno – Stefano Fiore – Giovanni Flora – Gabriele Fornasari – Marco Gambardella – Alberto Gargani – Dario Grosso – Luigi Kalb – Carlo Longobardo – Adelmo Manna – Antonella Marandola – Maria Riccarda Marchetti – Anna Maria Maugeri – Nicola Mazzacuva – Carlo Enrico Paliero – Marco Pelissero Lucia Riscato – Francesco Schiaffo – Sergio Seminara – Silvia Tordini Cagli – Francesco Vergine – Costantino Visconti

Comitato scientifico (revisori)

Tutti i contributi sono sottoposti in forma anonima a peer review. La peer review, c.d. revisione paritaria, è finalizzata a garantire il livello qualitativo della Rivista.

I contributi pervenuti per la pubblicazione nella Rivista vengono trasmessi, in forma anonima, a un revisore scelto tra i membri del Comitato dei Revisori tenendo conto delle loro competenze specifiche.

Il Revisore trasmette alla Direzione Scientifica, nel rispetto dei tempi indicati, una succinta valutazione, adeguatamente motivata, del lavoro indicando la meritevolezza di pubblicazione. Qualora il giudizio sia di meritevolezza della pubblicazione, il Revisore può indicare, in prospettiva migliorativa, ulteriori interventi.

Sono oggetto di revisione i contributi destinati alle rubriche, agli approfondimenti, agli articoli e alle note a sentenza, nonché sotto le voci "Commenti" e "Dalle Corti" contenute nella Rivista web, inoltre sono soggetti a revisione tutti i contributi inseriti nella Rivista a stampa.

La documentazione relativa alla procedura di revisione svolta per ciascun contributo è conservata dal coordinamento di redazione.

Il comitato dei revisori della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Ali Abukar Hayo – Giuseppe Amarelli – Alessandro Bondi – Sergio Bonini – Pasquale Bronzo – Mario Caterini – Andrea Chelo – Luigi Cornacchia – Francesca Curi – Agostino De Caro – Giuseppe Della Monica – Giulio De Simone – Alessandro Diddi – Andrea Di Landro – Alberto Di Martino – Paolo Ferrua – Roberto Flor – Luigi Foffani – Rossella Fonti – Francesco Forzati – Emanuela Fronza – Gianluca Gentile – Filippo Giunchedi – Clelia Iasevoli – Luigi Ludovici – Beatrice Magro – Gabriele Marra – Valentina Masarone – Luca Mario Masera – Antonella Massaro – Maria Novella Masullo – Alessandro Melchionda – Vincenzo Mongillo – Davide Petrini – Gianrico Ranaldi – Ivan Salvadori – Silvio Sau – Nicola Selvaggi – Antonino Sessa – Fabrizio Siracusano – Carlo Sotis – Kolis Summerer – Vico Valentini – Antonio Vallini – Francesco Viganò

Comitato di redazione

Il **comitato editoriale** della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Ersi Bozheku – Guido Colaiaicovo – Fabrizio Galluzzo – Luana Granozio – Ottavia Murro – Angelo Zampaglione

Il **comitato di redazione** della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Bruno Andò – Fabio Ballarini – Iacopo Benevieri – Andrea Borgheresi – Gian Marco Caletti – Diamante Ceci – Annamaria Ciamarra – Donatello Cimadomo – Francesco Compagna – Irma Conti – Sylva D'amato – Francesco Marco De Martino – Laura Dipaola – Luca Forte – Rebecca Girani – Carlo Landolfi – Nicola Madia – Gaetano Galluccio Mezio – Matteo Mattheudakis – Giuseppe Murone – Antonio Nappi – Giuseppe Palmieri – Francesco Porcu – Francesca Rocchi – Mattia Romano – Dalila Mara Schirò – Leonardo Suraci – Monica Tortorelli – Francesca Tribisonna

Segreteria di redazione: Gloria Giacomelli

ggiacomelli@pacinieditore.it

Phone +39 050 31 30 243 - Fax +39 050 31 30 300

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Pisa

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

www.pacinieditore.it • abbonamenti_giuridica@pacinieditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

In corso di registrazione presso il Tribunale di Pisa

Direttore responsabile: Patrizia Alma Pacini

Editoriali

- VINCENZO MAIELLO, *Dissensi e concordia discors sul tema della prevenzione* » 439

Articoli

- ANDREA CHELO, *Giudizio di esecuzione e diritto alla conoscenza del procedimento: riflessioni de iure condito e de iure condendo* » 445

- YLENIA PARZIALE, *La “nuova” rilevanza penale dell’istigazione a delinquere nell’era digitale* » 461

- SARAH GRIECO, *Le nuove frontiere del concetto di “corrispondenza” nel processo penale* » 491

- PASQUALE RAUCCI, *L’ordine europeo di indagine e prove digitali: tra presunzione di legittimità degli atti compiuti all’estero e diritti fondamentali* » 517

- ALÌ ABUKAR HAYO, *La confisca di “prevenzione” che ha smarrito la sua funzione preventiva* » 547

- VALENTINA MASARONE, *Violenza contro le donne: la deriva emergenziale e simbolica dell’intervento penale fino alla proposta del ‘femminicidio’ come autonoma fattispecie di reato* » 561

- ANTONIO PAGLIANO, *Il contrasto allo sfruttamento dei lavoratori tra nodi applicativi e nuove prassi negoziali* » 605

Opinioni

- MARIA NOVELLA MASULLO, *Il dolo specifico: uno sguardo d’insieme sui profili costitutivi del tipo* » 637

- LEONARDO FILIPPI, *Confiscation without Conviction for Membership of Mafia, Lisbona, 23.5.2025* » 647

- MARIO ANTINUCCI, FRANCESCA DAL PONTE, *Il principio di proporzionalità nel giudizio patrimoniale di confisca: in attesa della pronuncia della Corte E.D.U. sul “Caso Cavallotti”* » 651

- LUIGI LUDOVICI, *L’interrogatorio anticipato ex art. 291 c. 1-quater c.p.p.: un anno dopo* » 661

Dalle corti

- OTTAVIA MURRO, *Osservatorio Corte Costituzionale* » 671

GUIDO COLAIACOVO, LUIGI LUDOVICI, <i>Osservatorio Sezioni Unite</i>	» 679
MARCO CECCHI, GAIA ORLANDINI, <i>La prova assunta in incidente probatorio si rinnova in appello ex art. 603, co. 3-bis c.p.p.</i>	» 689
ANGELO ZAMPAGLIONE, <i>L'incidente probatorio della vittima a vulnerabilità presunta</i>	» 701
MARIA CRISTINA DINACCI, <i>Sentenza d'incompetenza e potere d'impugnazione della parte civile: la nomofilachia fa sentire la sua voce nel caso Ilva</i>	» 717
MARCO PITTIRUTI, <i>Il provvedimento di archiviazione come cripto-condanna: quali rimedi a seguito dell'introduzione dell'art. 115-bis c.p.p.?</i>	» 731
GIUSEPPE MURONE, <i>Gangemi c. Italia: un nuovo paradigma interpretativo per l'applicazione delle confische di prevenzione ai pericolosi generici?</i>	» 741

Pagine senza tempo

DAMIANO FRANCESCO PUJIA, <i>Sorvegliare, punire, contenere: perché interrogarsi ancora sul senso della reclusione</i>	» 765
---	-------

IL CONTRASTO ALLO SFRUTTAMENTO DEI LAVORATORI TRA NODI APPLICATIVI E NUOVE PRASSI NEGOZIALI

Antonio Pagliano*

Sommario: **1.** Brevi cenni sulla genesi della “repressione collaborativa”: luci e ombre. – **2.** Una (sommaria) ricognizione delle prassi applicative ambrosiane. – **3.** Prove di un nuovo modello di giustizia negoziale: l’esperienza d’oltreoceano. – **4.** Prime sommarie conclusioni sulla “repressione collaborativa”. – **5.** Le ragioni per una sistematizzazione.

ABSTRACT

L’intensa azione di contrasto al fenomeno del caporalato portata avanti dagli uffici giudiziari milanesi ha di fatto dato vita a una nuova metodologia – che si potrebbe definire di “repressione collaborativa” – che ha sollevato nella comunità scientifica un intenso dibattito sulla sua legittimità. L’analisi della casistica fa emergere indubbie distorsioni del sistema processuale poiché la metodologia in parola si è sviluppata attorno allo “scambio” fra la desistenza all’azione penale in cambio della rapida bonifica delle contestate condotte. Appare pertanto necessario provare a sviluppare una riflessione volta a “normare” la metodologia in parola a cui va riconosciuto il merito di favorire una forte collaborazione fra azienda e autorità giudiziaria con l’obiettivo di sviluppare virtuosi percorsi aziendali di self cleaning.

The vigorous action undertaken by the Milan Public Prosecutor’s Office to counter the phenomenon of caporalato (illegal gangmastering) has, in fact, given rise to a new approach – which might be described as “collaborative repression” – that has sparked an intense debate within the scholarly community concerning its legitimacy. An examination of relevant case law reveals clear distortions based on this methodology has developed around an implicit “exchange”: the suspension or withdrawal of criminal prosecution in return for the prompt remediation of the alleged unlawful conduct. It therefore seems necessary to reflect on the need to develop an appropriate legal framework capable of formally regulating this methodology, which should be acknowledged for its merit in fostering strong cooperation between enterprises and judicial authorities, with the aim of promoting virtuous corporate processes of self-cleaning and compliance.

* Professore Aggregato in diritto processuale penale presso l’Università Vanvitelli.

1. Brevi cenni sulla genesi della “repressione collaborativa”: luci e ombre.

Uno dei filoni di maggiore interesse scientifico sviluppatosi negli ultimi anni nell'ambito del contrasto alla criminalità economica è senz'altro quello legato alla repressione del caporalato, rispetto al quale è stato sviluppato da parte degli uffici giudiziari milanesi un modello d'azione¹ incentrato su un massiccio ricorso alle misure di prevenzione².

Tale “modello” ha sollevato un acceso confronto fra chi ne apprezza la concreta capacità di contrastare il fenomeno dello sfruttamento del lavoro³ e chi invece ne ha messo in risalto l'effetto corrosivo per la tenuta del sistema e il rispetto del principio di legalità⁴. Al di là dell'adesione all'uno o all'altro schieramento, occorre riconoscere il merito alla procura meneghina di aver compreso come il caporalato costituisca la manifestazione di consolidate e diffuse politiche di impresa che non possono essere adeguatamente contrastate ricorrendo esclusivamente al tradizionale armamentario repressivo, arrivando così a valorizzare appieno l'inserimento dell'art. 603-*bis* c.p. fra i reati-catalogo a cui può riconnettersi l'attivazione degli strumenti della prevenzione patrimoniale, a prescindere da qualsiasi collegamento con possibili

¹ Emersa invero ben prima della presa di posizione delle Sezioni unite c.d. “Ricchiuto”. Cfr. Cass., sez. un., 26 settembre 2019, n. 46898, in *Foro it.*, 2020, II, 330 ss. In precedenza, la giurisprudenza aveva assunto un atteggiamento di chiusura incentrato più sulla considerazione delle precedenti contaminazioni criminali che sulla prognosi di bonifica (cfr. Cass., sez. II, 15 marzo 2019, n. 16105, *ivi*, 2020, 134 ss.).

² I primi casi fanno riferimento a Trib. di Milano, sezione mis. prev., decreto n. 34/2016, *Nolo-stand spa*, inedita; Trib. di Milano, sezione mis. prev., decreto n. 58/16, *Fieramilano S.p.A.*, inedita; Trib. di Milano, sezione mis. prev., decreto n. 35/2017, *LIDL s.r.l.*, inedita; Trib. Milano, sez. mis. prev., decreto del 7 maggio 2019, n. 59, Pres. Roia, *Ceva Logistics Italia s.r.l.*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 6, 171 ss., con nota di A. MERLO, *Il contrasto al “caporalato grigio” tra prevenzione e repressione*; Trib. Milano, sez. mis. prev., decreto del 28 maggio 2020, n. 9, Pres. Roia, *Uber Italy s.r.l.*, in *Sist. pen.*, 2 giugno 2020, con nota di A. MERLO, *Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il “caporalato digitale”*. Hanno poi fatto seguito: Trib. Milano, sez. mis. prev., decreto del 6 ottobre 2021, n. 17, *Spreafico*, commentata da A. MERLO, *Contrastare lo sfruttamento del lavoro attraverso gli strumenti della prevenzione patrimoniale: “Adelante con juicio”*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2022, 173 ss.; Trib. Milano, sez. mis. prev., decreto del 23 marzo 2023, n. 5, Pres. Rispoli, *Geodis*, inedita; Trib. Milano, sez. mis. prev., decreto del 23 marzo 2023, n. 6, Pres. Rispoli, *BRT*, inedita. Per una ricostruzione di insieme, si rinvia a A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2019; V. MONGILLO, *Forced labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2019, 630 ss.; D. PIVA, *Limiti dell'intervento penale sul caporalato come sistema (e non condotta) di produzione: brevi note a margine della L. 199/2016*, in *Arch. pen.*, 1/2017, 184 ss.; E. ZUFFADA, *Homo oeconomicus periculosus. Le misure di prevenzione come strumento di contrasto della criminalità economica. Uno studio della prassi milanese*, Milano, 2023.

³ Da ultimo, C. VISCONTI, *Lo struzzo s'è desto, Notarelle polemiche sulle misure di prevenzione “terapeutiche”*, in *Diritto di difesa*, agosto 2025.

⁴ In particolare, L. LUPARIA, *L'ardire dello struzzo e les amoureux della giustizia terapeutica. In risposta a Costantino Visconti*, in *Sistema penale*, settembre 2025.

infiltrazioni della criminalità organizzata di stampo mafioso. L'intuizione insomma è consistita nell'aver compreso come la rilevanza degli interessi economici in gioco renda assai poco incisivo il mero esercizio dell'azione penale nei confronti del legale rappresentante dell'azienda ovvero la contestazione della responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. 231/01. L'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 del Codice antimafia e il controllo giudiziario di cui all'art. 3 della legge 199 del 2016 hanno al contrario in breve tempo dimostrato come essi riescano a realizzare una rapida e concreta rimozione del fenomeno illecito, agendo nella direzione di spingere l'azienda a collaborare con l'autorità giudiziaria, a fronte del pericolo di essere altrimenti sottoposti a un lungo periodo di "commissariamento gestorio", potenzialmente in grado di colpirne gli interessi economici in maniera assai più dannosa⁵.

La strategia in parola⁶, ispirata al perseguimento di una forte collaborazione fra azienda e autorità giudiziaria con l'obiettivo di sviluppare percorsi di autoregolamentazione per l'instaurazione di buone pratiche aziendali⁷, si caratterizza per una sostanziale fusione fra repressione e prevenzione e risulta in grado di garantire una certa rapidità nella rimozione delle condotte penalmente rilevanti, conservando al contempo la piena continuità amministrativa, diversamente da quanto accade nei sequestri e nelle confische antimafia, improntati, come noto, allo spossessamento della società quale anticamera alla quasi inesorabile cessazione dell'attività.

Ciò premesso, sebbene, l'intento di sviluppare ciò che potremmo definire "la metodologia della repressione collaborativa"⁸, meriterebbe in linea di

⁵ Sin troppo evidente, infatti, la constatazione che nessun imprenditore approccia con leggerezza la presenza in azienda di un soggetto inviato dall'autorità giudiziaria a fungere da controllore, con il preciso compito di monitorare l'attività dell'organo di gestione. Va poi ricordato che l'indirizzo adottato dalla procura della Repubblica di Milano è stato reso possibile dalla nuova formulazione del terzo comma dell'art. 34 del Codice antimafia, come modificato dalla l. 17 ottobre 2017, n. 1619, che consente un intervento nella gestione societaria che sebbene non assorbente, sul piano dell'impossessamento totale dell'attività di impresa, risulta comunque commisurato agli obiettivi di (ri)legalizzazione societaria tipici della misura di prevenzione da adottare: l'impiego del verbo "potere" per coordinare la proposizione oggettiva in cui si descrivono le attribuzioni dell'organo tecnico del tribunale determina in sostanza tale opzione ricostruttiva. Giova altresì ricordare che il già citato comma 3 dell'art. 34 prevede infatti che: «l'amministratore giudiziario può esercitare i poteri spettanti agli organi di amministrazione e agli altri organi sociali secondo le modalità stabilite dal tribunale, tenuto conto delle esigenze di prosecuzione dell'attività d'impresa».

⁶ Da taluni definita «cooperativo prospettico», si veda C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario volontario: una moderna messa alla prova aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, a cura di G. Amarelli, S. Sticchi Damiani, Torino, 2019, 237 ss., da tal altri "prevenzione terapeutica", C. VISCONTI, *Lo struzzo s'è desto, Notarelle polemiche sulle misure di prevenzione "terapeutiche"*, in *Diritto di difesa*, cit.

⁷ Ne ha tessuto le lodi di recente in dottrina M. VULCANO, *Sfruttamento lavorativo e colpa di organizzazione nella filiera l'amministrazione giudiziaria fra risanamento, riforma della governance e modelli d'impresa evoluti*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2025.

⁸ Echeggiando l'espressione "controllo collaborativo mediante organizzazione" utilizzata tem-

principio di essere apprezzata, essa ha nell'applicazione pratica favorito non poche distorsioni e forzature meritevoli di essere attentamente analizzate. Indubbiamente, in un certo numero di occasioni, essa ha fornito ottima prova della sua efficacia, come attesta ad esempio il caso “Uber”, in cui la multinazionale del *delivery*, colpita da un provvedimento di amministrazione giudiziaria ai sensi dell'art. 34 del Codice antimafia, ha in breve tempo avviato un percorso di auto-bonifica, arrivando a regolare – anche, per alcuni aspetti, in anticipo sul legislatore – situazioni ancora incerte, come la disciplina giuslavoristica dei *riders*⁹.

Tuttavia, a fronte delle prime virtuose applicazioni, il crescente ricorso tanto all'amministrazione quanto soprattutto al controllo giudiziario di cui all'art. 3, l. n. 199/2016 ha fatto emergere, per un verso, possibili torsioni applicative e, per altro verso, una sostanziale disorganicità fra questa forma di controllo giudiziario e l'istituto gemello dell'art. 34-*bis* del Codice antimafia, con cui condivide le finalità, sebbene sia stato costruito come alternativo al sequestro e inserito fra le misure cautelari reali. Sotto il primo profilo, ovvero quello del rischio di possibili torsioni applicative, il massiccio ricorso alla metodologia della “repressione collaborativa” sta facendo emergere una significativa spinta verso un nuovo modello marcatamente più negoziale, percorrendo sentieri ancora poco esplorati e probabilmente non del tutto compatibili con l'attuale assetto normativo.

Per quanto attiene all'altro aspetto, la convivenza delle due forme di controllo giudiziario con analoghe caratteristiche ma inserite in due ambiti diversi e, soprattutto, sottoposte a regole procedurali completamente differenti, sta generando una certa confusione applicativa, favorendo altresì una riflessione circa l'opportunità di collocare le misure di prevenzione patrimoniale all'esterno del *corpus* della legislazione antimafia¹⁰; ciò in quanto il ricorso a strumenti strutturalmente concepiti per la prevenzione della criminalità organizzata di stampo mafioso rischia alla lunga di risultare incongruo¹¹.

po addietro da C. PIERGALLINI, *Il volto e la formalizzazione delle regole cautelari nei modelli di prevenzione del rischio-reato*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa: un dialogo con la giurisprudenza*, a cura di R. Bartoli, Firenze, 2010, 525 ss.

⁹ Va segnalato, senza anticipare quanto sarà più diffusamente trattato in seguito, che nel caso di specie l'opzione sanzionatoria nei confronti delle singole persone fisiche non è venuta meno. Si veda, Trib. Milano, 15 ottobre 2021, n. 2805, in *Sist. pen.*, 2022, 3, 149 ss., con nota di P. BRAMBILLA, *Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo al banco di prova della prassi: spunti di riflessione sui confini applicativi della fattispecie alla luce della prima condanna per caporalato digitale nel caso Uber*; decisione che ha sancito la condanna dei *manager* della società in considerazione dell'accertato sfruttamento della manodopera.

¹⁰ Così, A. MERLO, *Contrastare lo sfruttamento del lavoro attraverso gli strumenti della prevenzione patrimoniale*, cit., 173 ss.

¹¹ Sostanzialmente di questa medesima opinione ancora A. MERLO, *Contrastare lo sfruttamento del lavoro attraverso gli strumenti della prevenzione patrimoniale*, cit., 173 ss., il quale afferma che quanto descritto rischia di incrementare la tendenza entropica che oggi caratterizza il sistema della responsabilità delle imprese se venisse impiegata in maniera continuativa per il contrasto a tutte le forme di criminalità economica.

L'obiettivo della presente riflessione vuole essere quello di provare a comprendere, attraverso una ricognizione di tre fra le più recenti applicazioni, non soli quali concreti effetti stia producendo l'azione posta in essere dagli uffici giudiziari milanesi, ma soprattutto quali eventuali rimedi possono essere adottati affinché, senza lederne gli aspetti virtuosi, essa non assuma le sembianze di un nuovo modello di giustizia negoziale ispirata al controllo mediante organizzazione che allo stato potrebbe essere ritenuto di dubbia compatibilità con l'ordinamento vigente.

2. Sommatoria ricognizione delle prassi applicative ambrosiane.

L'analisi muove dalla ricognizione di tre *leading cases* promossi dagli uffici giudiziari milanesi nell'ambito del filone del contrasto alle grandi forme di caporalato, condotti con strumenti processuali diversi l'uno dall'altro ma avvinti dal medesimo obiettivo del perseguimento della bonifica aziendale attraverso la piena collaborazione della *governance* societaria.

A) *Il differimento dell'emissione della misura di prevenzione per condotte riparatorie*. Il primo caso attiene al recente e quanto mai inedito provvedimento interlocutorio adottato dal Tribunale della prevenzione di Milano, nell'ambito del procedimento a carico di un colosso della grande distribuzione, con il quale – inaugurando di fatto una nuova modalità di intervento in materia di misure di prevenzione applicate ai crimini economici – è stato attivato un contraddittorio anticipato prima dell'emissione del provvedimento¹².

¹² Trib. Milano, sez. misure di prevenzione, 25 luglio 2023, Pres. Roia, n. 54/23 RGMP, *Esselunga*. In termini sintetici, va ricordato che nel caso di specie la Procura della Repubblica di Milano ha proceduto a contestare alla società Esselunga, colosso della grande distribuzione operante in tutto il nord Italia, il reato di caporalato in considerazione del fatto che essa aveva per anni condotto una politica di riduzione dei costi sul personale fondata sullo sfruttamento sistematico dei lavoratori, organizzato attraverso la creazione e l'utilizzo di cooperative di comodo utilizzate come mero «serbatoio di manodopera». In sostanza, quanto ipotizzato a carico di una delle più grandi realtà nazionali della grande distribuzione corrisponde alla medesima ipotesi investigativa già contestata in vari settori produttivi negli ultimi anni, fra cui quello dei riders in relazione al già citato caso “Uber”. In particolare, si rinvia a Trib. Milano, sez. mis. prev., decreto 7 maggio 2019, n. 59, Pres. Roia, Ceva Logistics Italia s.r.l. in *Dir. pen. cont.*, 2019, 6, 171 ss., con nota di A. MERLO, *Il contrasto al “caporalato grigio” tra prevenzione e repressione*; Trib. Milano, sez. mis. prev., decreto 28 maggio 2020, n. 9, Pres. Roia, *Uber Italy s.r.l.*, in *Sist. pen.*, 2 giugno 2020, con nota di A. MERLO, *Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il “caporalato digitale”*; Trib. Milano, Sez. mis. prev., decreto 6 ottobre 2021, n. 17, *Spreafico*, commentata da A. MERLO, *Contrastare lo sfruttamento del lavoro attraverso gli strumenti della prevenzione patrimoniale*, cit., 173 ss.; Trib. Milano, Sez. mis. prev., decreto 23 marzo 2023, n. 5, Pres. Rispoli, *Geodis*, inedita; Trib. Milano, Sez. mis. prev., decreto 23 marzo 2023, n. 6, Pres. Rispoli, *BRT*, inedita. Come accaduti nei casi precedenti, anche nel caso di specie il meccanismo di interposizione delle cooperative non era solo funzionale a schermare le responsabilità dell'impresa committente nei confronti dei lavoratori, ma serviva anche a frodare il fisco attraverso l'emissione fatture per operazioni giuridicamente inesistenti e la stipula di fittizi contratti di appalto per la somministrazione di manodopera, in modo da alleggerire il peso dell'imposizione fiscale con danni ingentissimi per

Il tribunale, a seguito della mera formulazione di proposta di applicazione dell'amministrazione giudiziaria – a cui ha fatto seguito la concreta disponibilità dell'impresa ad attivarsi per riorganizzare la propria attività in modo da scongiurare ulteriori episodi di sfruttamento – ha ritenuto, «in via eccezionale», di poter sospendere la decisione *sine die*, «stante anche l'assenza di ogni tipo di termine per provvedere», riconoscendo la possibilità di dar luogo a un «contraddittorio partecipato con la società al fine di monitorare i progressi di legalizzazione».

Non certo sfugge la portata dell'innovazione interpretativa a cui il giudice della prevenzione del tribunale di Milano è giunto, per sua esplicita ammissione, «in assenza di un fondamento normativo specifico applicabile alle misure di prevenzione giurisdizionali», ma mutuando disposizioni contenute in altre previsioni del Codice antimafia.

Puntando su una «interpretazione sistematica e teleologica», il tribunale procedente ha ritenuto di applicare il contraddittorio anticipato nel procedimento per l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria¹³, invero previsto unicamente nell'ambito del procedimento di emissione dell'informazione antimafia, di cui all'art. 92 del Codice antimafia¹⁴.

A sostegno di questa innovativa opzione ermeneutica, il presidente della sezione per le misure di prevenzione – con l'avallo esplicito dell'organo dell'accusa – evidenzia che, in presenza della precisa scelta aziendale di avviare un programma di risanamento, l'applicazione della misura dell'amministrazione giudiziaria non farebbe altro che produrre un rallentamento delle iniziative già assunte sicché «svolgerebbe nei confronti della società oggetto di richiesta soltanto un'efficacia afflittiva-sanzionatoria e non già, almeno fino all'esito delle verifiche delle azioni di (ri)legalizzazione poste in essere, quella funzione preventiva», propria invece degli istituti dell'amministrazione giudiziaria e del controllo giudiziario, che «partono da una valutazione di censura nell'organizzazione societaria e che trovano nell'intervento del Tribunale della prevenzione un necessario momento di riqualificazione orientata alla prevenzione di eventi criminosi accertati al momento dell'adozione della misura medesima»¹⁵.

Ciò che va sottolineato è lo spirito che contraddistingue tale ordinanza che risulta palesemente indirizzata a valorizzare la collaborazione fra l'autorità giudiziaria e l'impresa affinché essa intraprenda, all'esito evidentemente

l'erario. Nel caso di specie le cooperative «serbatoio» avevano, secondo l'organo dell'accusa, un rapporto con la criminalità organizzata.

¹³ A. MERLO, *Il contrasto al "caporalato grigio" tra prevenzione e repressione*, cit., 171 ss.

¹⁴ Introdotto dall'art. 49, d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito con modificazioni dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233. In argomento, cfr. G. D'ANGELO - G. VARRASO, *Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa*, in *Sist. pen.*, 01 agosto 2022.

¹⁵ Trib. Milano, sez. misure di prevenzione, 25 luglio 2023, Esselunga, cit.

di una sorta di “trattativa preliminare”, un percorso di *self cleaning* che le restituisca piena cittadinanza nel contesto dell'economia lecita.

In sostanza, il mero timore di subire l'applicazione della misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria, con i connessi effetti sul piano della gestione economica oltre che su quello reputazionale, ha spinto l'azienda ad avviare un “dialogo collaborativo” con l'autorità giudiziaria, offrendo la massima disponibilità a rimuovere le condotte attenzionate dai pubblici ministeri, riportando nei canoni della piena legalità la propria gestione¹⁶.

L'apprezzabile risultato di garantire piena tutela a un numero significativo di lavoratori vittime di gravi violazioni di natura salariale è stato tuttavia conseguito attraverso atipiche modalità che hanno connotato il procedimento giurisdizionale di una spiccata negozialità¹⁷.

La creazione di uno spazio dedicato al confronto fra le parti, grazie al quale l'azienda ha potuto notiziare l'autorità giudiziaria della propria volontà di autoregolamentarsi al fine di perseguire il suo risanamento, merita di essere attentamente valutato sia per il meritorio risultato conseguito, sia per gli effetti che esso è tuttavia in grado di produrre rispetto alla tenuta del sistema. Pur trattandosi, infatti, dell'applicazione di una misura di prevenzione – quindi ben fuori dal perimetro dell'obbligatorietà – l'aspetto della negozialità per di più sviluppato fuori da ogni previsione normativa, apre di fatto una strada del tutto nuova, i cui riflessi sono tutti da verificare.

B) L'archiviazione per condotte riparatorie. Il fronte sperimentale di ciò che abbiamo chiamato collaborazione preventiva ovvero repressione collaborativa, riveste una sorta di carattere multiforme.

La seconda vicenda che appare meritevole di approfondimento vede come protagonista un colosso del trasporto merci, nei cui confronti la procura della Repubblica, ipotizzando un massiccio sfruttamento del lavoro e la conseguente frode fiscale, ha ritenuto di procedere esclusivamente attraverso la leva della responsabilità penale dell'ente ex d.lgs. 231/2001. Anche in questo caso, l'azione dell'organo di accusa si è arrestata di fronte alla disponibilità dell'azienda di rimediare alla situazione di illegalità riscontrata¹⁸. Colpita dalla contestazione, l'azienda, per un verso, ha provveduto a versare all'Agenzia

¹⁶ In concreto, l'azienda ha internalizzato centinaia di addetti che invece precedentemente lavoravano presso cooperative che erano state create e che venivano gestite indirettamente dalla stessa azienda; tali cooperative a loro volta eludevano sistematicamente i versamenti dell'IVA, così da ottenere un indubbio vantaggio competitivo.

¹⁷ Come opportunamente esplicitato da A. MERLO, *Alla ricerca della via italiana ai non prosecution agreement. Il caso Esselunga*, in *Sist. pen.*, 31 luglio 2023.

¹⁸ Procura Trib. Milano, decr. 9 novembre 2022, *Dhl*, in *Sist. pen.*, 28 novembre 2022, con nota di M. SCOLETTA, *Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari*; nonché in *Cass. pen.*, 2023, 976 ss., con nota di A.F. TRIPODI, *Archiviazione 231 per ne bis in idem. Quando la disciplina della responsabilità da reato degli enti “incrocia” la garanzia europea*. Si vedano inoltre le osservazioni di M. DI LELLO FINUOLI, *La compliance riparativa: un “giunto cardanico” tra responsabilità da reato degli enti e misure di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2023, 2, 1 ss.

delle Entrate, mediante ravvedimento operoso, l'imposta complessivamente evasa (comprensiva di interessi e sanzioni previsti per l'illecito tributario) e, per altro verso, ha stabilizzato i lavoratori precedentemente inquadrati come prestatori d'opera alle dipendenze di cooperative riferibili alla stessa società. Tali iniziative aziendali hanno spinto il pubblico ministero procedente a disporre, sfruttando la peculiarità che riserva la disciplina sulla responsabilità degli enti, ad agire ai sensi dell'art. 58 d.lgs. n. 231/2001, l'archiviazione della formulata contestazione sulla base della considerazione che l'applicazione di ulteriori misure avrebbe comportato una ingiustificabile duplicazione sanzionatoria nei confronti dell'ente.

Pur apprezzando, anche in questo caso, il conseguito obiettivo della stabilizzazione di molte centinaia di operatori della logistica sino a quel momento del tutto privi di adeguate tutele salariali, non si può non sollevare dubbi sull'originalità del percorso argomentativo seguito dal pubblico ministero. Esso, infatti, risulta incentrato sulla valorizzazione del canone del *ne bis in idem* allo scopo di superare il vincolo del dato testuale di cui all'art. 17, d.lgs. n. 231/2001 secondo il quale le condotte volte alla eliminazione delle conseguenze del reato, al risarcimento del danno e alla riorganizzazione interna consentono una mitigazione della risposta sanzionatoria, senza che esse favoriscano la possibilità per l'accusa di rinunciare all'esercizio dell'azione. Risulta evidente che anche questa strategia sia stata caratterizzata da un marcato tratto di negozialità.

La responsabilità degli enti, come noto, pur rientrando nella giurisdizione penale, sfugge alla regola dell'obbligatorietà dell'azione e per questo prevede la possibilità di archiviazione diretta da parte del pubblico ministero senza la necessità del controllo da parte del giudice terzo.

Tuttavia, il pubblico ministero, per fornire una plausibile giustificazione a fronte della non azione che rappresentava evidentemente il contraltare per l'azienda a fronte della sostanziale piena rimozione delle violazioni contestate, ha dovuto far ricorso ad una motivazione che si presta a più di qualche riserva e ciò assai verosimilmente poiché non poteva limitarsi a richiamare come unica giustificazione la pur apprezzabile iniziativa aziendale appena descritta.

La strategia dell'organo di accusa risulta, quindi, straordinariamente efficace per la rimozione dell'illegalità riscontrata e il conseguente raggiungimento di una piena tutela dei lavoratori ma al contempo essa si manifesta alquanto *border line* rispetto all'applicazione delle regole processuali.

L'obiettivo del conseguimento della miglior tutela ai lavoratori precedentemente sfruttati che hanno invece ottenuto, grazie all'intervento della magistratura, la piena stabilizzazione del rapporto di lavoro con annesso miglioramento del trattamento economico, viene evidentemente coltivato in luogo dell'accertamento della responsabilità dell'ente, ritenuta in qualche modo sacrificabile.

Una suggestione sembra leggersi in controluce: la consapevolezza da parte dell'organo dell'accusa che l'eventuale accertamento positivo della

responsabilità penale sia della persona fisica ma soprattutto di quella giuridica non avrebbe in alcun modo garantito il perseguimento dello scopo del miglioramento delle condizioni di lavoro dei dipendenti e pertanto si è operata una scelta a favore di questi ultimi facendo in modo di ottenere dall'azienda, in cambio del provvedimento di archiviazione, la piena regolarizzazione dei lavoratori sfruttati.

Se il fine non può che essere condiviso, il mezzo, in assenza di una previsione normativa che lo consenta, desta invece qualche perplessità.

C) I commissariamenti delle aziende di vigilanza. L'ultimo *leading case* abbraccia in realtà un intero filone di indagine aperto dagli uffici giudiziari meneghini nei riguardi dei principali operatori nazionali del settore della vigilanza privata non armata ovvero dei servizi fiduciari, avente sempre ad oggetto la contestazione di caporalato.

Per tali procedimenti la procura della Repubblica ha inizialmente fatto massiccio ricorso all'emissione di provvedimenti d'urgenza di controllo giudiziario, ai sensi dell'art. 3, l. n. 199/2016¹⁹, per poi procedere prima alla revoca in considerazione dell'innalzamento da parte delle aziende dei trattamenti salariali e poco dopo all'emanazione di un unico provvedimento di archiviazione, per carenza di dolo, per tutte le società indagate²⁰.

Per quanto attiene al merito della contestazione, secondo l'ipotesi accusatoria le aziende e i vari rappresentanti legali – pur corrispondendo ai propri lavoratori il trattamento remunerativo previsto dal contratto collettivo nazionale – si sarebbero macchiate della condotta di caporalato poiché le retribuzioni risultavano comunque sotto la soglia di povertà²¹.

¹⁹ Fra i vari, si rinvia al decreto della procura della Repubblica Milano, 13 luglio, 2023, R.G.N.R. 17284/2021, emesso nei confronti di *Vedetta 2 Mondialpol*, inedito, poi successivamente convalidato da Trib. Milano, Uff. GIP, ordinanza del 26 luglio 2023, inedita; decreto della procura della Repubblica di Milano, 25 ottobre 2023, R.G.N.R. 17284/2021, emesso nei confronti di *Battistoli Servizi Fiduciari*, inedito, poi successivamente convalidato da Trib. Milano, Uff. GIP, ordinanza del 7 novembre 2023, inedito.

²⁰ Decreto di archiviazione emesso dalla Procura della Repubblica di Milano, ai sensi dell'art. 58 d. lgs. 231/01, 11 aprile 2024, inedito.

²¹ Si legge nei vari decreti appena citati: «(...)», art. 603 commi 1, 2, 3 n. 1 e 4, n. 1, c.p. perché, quale legale rappresentante impiegava i lavoratori presso i clienti in condizioni di sfruttamento e approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori. Venivano, infatti, corrisposte ai lavoratori, dipendenti della summenzionata persona giuridica, retribuzioni sotto la soglia di povertà. In particolare, la società contrattualmente registra i propri lavoratori dipendenti al livello D del CCNL prevedendo una paga oraria pari ad € 5,37572 che, moltiplicata per il numero di ore lavorative contrattualmente previste, porta alla retribuzione mensile lorda ad € 930,00. Una somma che sicuramente non è proporzionata né alla qualità né alla quantità del lavoro prestato al fine di garantire «una esistenza libera e dignitosa», ancor più considerando che la cifra che è stata appena indicata è da considerarsi al lordo delle ritenute fiscali e previdenziali, applicando le quali si arriva ad una cifra netta di circa € 650,00, somma da ritenersi assolutamente sproporzionata rispetto alla quantità e alla qualità del lavoro svolto (art. 36 Cost.).».

La questione appare particolarmente scivolosa e pertanto meritevole di un approfondimento che in questa sede non appare opportuno operare per evidenti ragioni di economia dello scritto; tuttavia si può affermare che, sebbene il contratto nazionale si attestasse su retribuzioni esigue, la contestazione penale avrebbe dovuto presupporre un dolo non facilmente configurabile in presenza, appunto, dell'applicazione e del rispetto di un contratto nazionale. D'altronde, proprio per l'assenza dell'elemento psicologico, la procura della Repubblica ha proceduto a chiedere l'archiviazione per le persone fisiche e a disporla per le persone giuridiche, preso atto dell'innalzamento dei salari che aveva già prodotto la revoca del provvedimento di controllo giudiziario.

Orbene, a prescindere dalla fondatezza *ab origine* dell'ipotesi accusatoria, ciò che più interessa rilevare in questa sede è come risulti incontrovertibile che i decreti di controllo giudiziario siano stati revocati all'esito di ciò che può essere definita a tutti gli effetti una "trattativa" per la fissazione di un salario adeguato, intercorsa fra le singole aziende e l'amministratore giudiziario, evidentemente sotto l'egida del pubblico ministero²². Come emerge infatti dalla lettura dei provvedimenti di revoca, sono state considerate superate le esigenze cautelari che legittimavano il provvedimento di controllo giudiziario esclusivamente a fronte dell'impegno dell'azienda a riconoscere progressivi aumenti salariali fino al 30%, operando pertanto in deroga al contratto nazionale appena rinnovato²³.

Non di meno, gli adeguamenti salariali accordati dalle aziende, in deroga al contratto nazionale, sono poi stati espressamente indicati come elemento caratterizzante la buona fede dell'azienda nel successivo provvedimento di archiviazione sia per le persone fisiche che per quelle giuridiche.

Il terzo caso trattato mostra pertanto con una certa evidenza quali pericolosi effetti possono essere prodotti dalla metodologia negoziale della repressione collaborativa.

In primo luogo, desta più di qualche perplessità la circostanza che l'organo dell'accusa, nella vigenza di un contratto collettivo nazionale, abbia potuto individuare autonomamente la giusta soglia retributiva di un intero settore lavorativo che impiega centinaia di migliaia di addetti nel Paese. Fermo restando la valutazione circa l'inadeguatezza della retribuzione fissata dal contratto collettivo nazionale, ciò che va messo in risalto è come non dovrebbe risultare un compito della procura della Repubblica quello di sostituirsi al sindacato nel ruolo di gestione della contrattazione collettiva, operando così un travalicamento di ruoli che pone qualche interrogativo sulla legittimità dell'iniziativa posta in essere.

²² Si rinvia per tutti al provvedimento emesso dalla procura della Repubblica di Milano, 14 agosto 2023, *Mondialpol Vedetta* 2, cit.

²³ Giova segnalare come rispetto al contratto nazionale, il pubblico ministero si sia espresso in termini di una assoluta incostituzionalità dei minimi tabellari previsti ai sensi del già evocato art. 36 Cost.

In secondo luogo, la negozialità a cui si è fatto cenno come tratto caratteristico di una diversa strategia giudiziaria qui si riscontra con ancora maggior forza. L'ottenimento della piena disponibilità dalle aziende alla rimozione di presunte condotte illecite attraverso l'innalzamento dei salari con annessa salvaguardia dei dipendenti, ha comportato prima la revoca del disposto controllo giudiziario e poi l'archiviazione della contestazione alle persone giuridiche coinvolte, determinando una rilevante torsione del sistema processuale.

La minaccia della presenza estranea di un controllore giudiziario è stata palesemente utilizzata per il perseguimento di pur meritori fini sindacali e di giustizia sociale. Esplicativo risulta quanto si legge nel provvedimento di archiviazione in cui il pubblico ministero, nella invero scarna motivazione, esordisce proprio ricordando come tutte le società coinvolte hanno in tempi celeri adeguate alle richieste di aumento salariale, sostenendo una serie di impegni economici di particolare rilievo sia in merito all'adeguamento contributivo (di circa il 38%) e per l'internalizzazione del personale, sia per la ristrutturazione aziendale e l'implementazione dei modelli 231/01.

Tali condotte, nella prospettiva della pubblica accusa, si sono poste in un'ottica non solo ripristinatoria delle conseguenze negative sui lavoratori, ma anche di pressione nei confronti dell'intero comparto produttivo che risulta essere stato del tutto risanato per effetto della stipulazione di un nuovo contratto collettivo nazionale di cui hanno beneficiato oltre 70 mila addetti.

Da tali premesse si desume, con un salto logico di non poco momento, un ragionevole dubbio sulla carenza di dolo in capo alle persone fisiche. Si legge infatti nel decreto di archiviazione: «il quasi immediato adeguamento alle prescrizioni indicate dall'amministratore giudiziario testimonia una volontà non tanto diretta allo sfruttamento dei lavoratori quanto piuttosto un atteggiamento di supino adeguamento alle retribuzioni indicate nel precedente CCN (...). Peraltro (ma l'argomento non ha carattere fondante), parrebbe incongruo sanzionare le società con misure stigmatizzanti dopo che queste si sono attivate ben oltre i limiti dell'art. 17 del d.lgs. 231/01, con ciò consentendo anche di fornire prova della carenza di dolo».

Insomma, l'assenza di dolo per gli amministratori delle aziende indagate si sarebbe evinta dall'atteggiamento collaborativo assunto *post delictum*. L'effetto espansivo di tale assenza di dolo si è poi propagato alle aziende che hanno così potuto conseguire la formulazione della richiesta di archiviazione, senza che di fatto alcun argomento specifico sulla tenuta dei modelli organizzativi sia stata spesa; senza che alcuna valutazione sulla loro idoneità sia stata espressa.

Completamente obliterata è risultata essere la pur minima valutazione sull'efficacia preventiva degli assetti organizzativi rispetto al contestato reato di caporalato. L'unico aspetto rilevante che ha favorito la formulazione della richiesta di archiviazione è stato individuato nell'atteggiamento collaborativo assunto dagli enti che si sono prodigati per la pronta rimozione

degli effetti derivanti dalla contestazione, aumentando i livelli salariali a una soglia concordata non fra le parti sociali ma con i diversi controllori giudiziari.

Il modello processuale che trasuda dal riferito provvedimento di archiviazione appare chiaro: una giustizia negoziale tesa a stimolare le condotte attive riparatorie.

Tuttavia, non si può ignorare la circostanza di come l'azione della procura della Repubblica di Milano ha prodotto effetti dirompenti sull'intero settore della sicurezza privata; aspetto che non si ritiene possa essere annoverato fra quelli virtuosi e che fanno invece emergere una ulteriore terza criticità di rilievo. Gli interventi inevitabilmente portati avanti a macchia di leopardo in un settore che conta ben 1.500 società di dimensioni assai diverse, ha inevitabilmente prodotto effetti distorsivi sulla concorrenza: nei primi mesi, l'aumento dei costi a carico delle sole aziende indagate ha determinato una enorme diseguaglianza in tutte quelle realtà in cui il giudice non è entrato, distorcendo il mercato con riflessi rilevanti anche sulle gare e sugli appalti, sia di quelli in essere che di quelli futuri. Senza trascurare la difficoltà di rinegoziare i contratti in essere con la clientela privata. Insomma, una congerie di effetti quanto mai dirompenti, che solo la successiva nuova contrattazione collettiva ha in buona parte contenuto, a seguito della cristallizzazione proprio di quella soglia salariale concordata fra le aziende indagate e i diversi controllori giudiziari.

3. Prove di un nuovo modello di giustizia negoziale: l'esperienza d'oltreoceano.

Sviscerati i tre *leading cases*, occorre procedere a tirare le fila del discorso, avviando una riflessione che non potrà certo rivestire i caratteri della esautività per l'indubbia complessità che la caratterizza. La più rilevante delle problematicità che emerge dall'esame dei tre casi passati in rassegna attiene agli effetti che l'uso tanto del controllo quanto dell'amministrazione giudiziaria stanno producendo all'interno del sistema processuale, rafforzandone oltremodo il tratto negoziale.

Invero, tutti e tre gli esempi citati forniscono – sebbene con sfumature diverse – una chiara dimostrazione di come l'autorità giudiziaria di Milano abbia intrapreso la sperimentazione di soluzioni che si possono definire di giustizia negoziale, le quali, se per un verso, consentono di attivare virtuosi meccanismi in grado di conseguire, senza ricorrere all'ablazione garantendo così la continuità gestoria, una immediata interruzione delle condotte illecite attraverso una rapida bonifica aziendale, per altro verso espongono il sistema processuale a rilevanti rischi di tenuta, in considerazione delle evidenti torsioni cui sono sottoposti gli istituti interessati.

Non di meno, affiora inoltre la percezione che l'uso di questi schemi procedurali, caratterizzati dallo sbilanciamento della forza contrattuale della parte pubblica rispetto alle aziende indagate, perseguano il fine di colpire un fenomeno più che una singola condotta, mirando alla sua risoluzione in luo-

go dell'accertamento delle eventuali responsabilità penali, esponendo anche il sistema economico a rischi di manipolazione indebita.

Ribadito che gli esiti delle prime due vicende passate in rassegna, pur al netto delle evidenti forzature ermeneutiche, non possono che essere apprezzati, il terzo caso desta più di qualche perplessità, rendendo palesi i rischi che la “repressione collaborativa” può generare attraverso un uso disinvolto della minaccia di una prolungata presenza dell'autorità giudiziaria all'interno dell'azienda come stimolo per una sua piena collaborazione.

In realtà, dallo studio di tutti i casi esaminati, si evince come l'organo dell'accusa non coltivi affatto l'obiettivo della celebrazione del processo a carico delle società ma persegua il diverso interesse di innescare un intervento di autoregolamentazione da parte dell'azienda volto alla rimozione delle condotte che si presume siano penalmente rilevanti; obiettivo che viene raggiunto in tutte e tre le vicende attraverso la definizione di un accordo che presenta l'indubbio vantaggio per l'impresa di sottrarsi dall'ingombrante presenza giudiziaria, tutelando l'aspetto reputazionale a fronte di un rilevante esborso economico.

La ricognizione delle iniziative intraprese dagli organi giudiziari milanesi in merito al contrasto alla criminalità economica ci restituisce uno scenario da cui emerge un lento scivolamento verso un diverso modello processuale ispirato, di fatto, al *non prosecution agreement* di matrice statunitense²⁴, allo stato non conosciuto dal nostro ordinamento.

Per comprendere allora a quali effetti si espone l'applicazione di tali strumenti, si ritiene opportuno prendere come riferimento quanto emerge dall'esperienza che nel tempo si è sedimentata dove essi vantano una tradizione risalente²⁵, ovvero negli Stati Uniti.

²⁴ Cfr., A. MERLO, *Alla ricerca della via italiana ai non prosecution agreement. Il caso Esselunga*, cit., il quale, a sua volta, cita opportunamente la recente letteratura che si sta formando sul punto, ovvero, M. COLACURCI, *L'illecito “riparato” dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistica nel d.lgs. n. 231/2001*, Torino, 2022; M. MASUCCI, *Sanzioni per l'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 403 ss.; D. FRANZIN, *Meccanismi premiali e responsabilità dell'ente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1, 430 ss.; N. SELVAGGI, *Le sanzioni per l'ente collettivo: un'introduzione alle ipotesi di riforma*, ivi, 401 ss.; F. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino, 2020, 294 ss.

²⁵ Sia consentita una breve notazione storica, volta a ricordare ai meno esperti della disciplina, come la strada alla penale responsabilità delle società in America risale al caso “*New York Central & Hudson River Railroad*”, in cui la Corte suprema degli Stati Uniti riconobbe la responsabilità della società per il reato commesso da un suo dipendente che aveva agito nell'esercizio delle proprie funzioni, per beneficiare l'impresa medesima: *New York Central & Hudson River R.R. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909). Nonostante questa rimanga la prima, più articolata decisione al riguardo, vi è da considerare che il percorso di riconoscimento della responsabilità da reato delle società era già cominciato qualche anno prima, agli inizi del novecento: cfr. B.L. GARRETT, *Too Big To Jail. How Prosecutors Compromise With Corporations*, Harvard University Press, 2014, 35 s. Per un approfondimento si rinvia a J.C. COFFEE jr., *No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, in *Mich. L. Rev.*, 1981, 79, 386. Sulle differenze in tema di *corporate criminal liability* che intercorrono tra i sistemi di *common law* e di *civil law*,

Ebbene, lo studio della letteratura d'oltreoceano ci restituisce un primo riscontro, per certi versi paradossale: mentre l'ordinamento italiano inizia a sperimentare le prime applicazioni degli strumenti negoziali appena citati, non certamente legati alla sua tradizione giuridica di matrice inquisitoria²⁶, negli Stati Uniti si registra una crescente perplessità circa la loro efficacia nel contrasto alla criminalità d'impresa²⁷, principalmente in considerazione della palese disparità del rapporto di forze che sussiste fra le due parti interessate²⁸.

Prima di approfondire tale aspetto, può risultare utile ricordare quale sia il ruolo, nei sistemi processuali che li adottano, degli strumenti negoziali quali i *non prosecution agreements* e i *deferred prosecution agreements*, ovvero gli accordi che le società stipulano per evitare di affrontare il processo²⁹.

si rinvia a S. SUN BEALE – A. SAFWAT, *What Developments in Western Europe Tell Us about American Critiques of Corporate Criminal Liability*, in 8 *Buff. Crim. L. Rev.*, 2005, 89; M.D. DUBBER, *The Comparative History and Theory of Corporate Criminal Liability*, in 16 *New Crim. L. Rev.*, 2013, 203. Per un'interessante indagine sulle differenze tra gli illeciti societari negli Stati Uniti e in Europa, riconducibili alla diversa impostazione delle organizzazioni finanziarie, J.C. COFFEE jr., *A Theory of Corporate Scandals: Why the U.S. and Europe Differ*, in *Oxf. Rev. of Econ. Policy* (Summer), 2005, 21-2, 198.

²⁶ Per un primo approccio alla oramai vasta letteratura sul tema, si rinvia a V. C.E. PALIERO, *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Le società. Gli speciali*, 2011, 5 ss.; R.A. RUGGIERO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia*, in *Anuario Mexicano De Derecho Penal Económico*, a cura di M.A. Ontiveros, Ubijus, 2015, 508 ss.

²⁷ Come riportato con puntualità da R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2015, una parte della dottrina d'oltreoceano inizia a ritenere che la responsabilità penale delle società sia un errore. Si veda ad esempio A.W. ALSCHULER, *Two Ways to Think About the Punishment of Corporations*, in 46 *Am. Crim. L. Rev.*, 2009, 1359; numerosi studiosi ritengono sarebbe preferibile fare ricorso al riconoscimento di un altro tipo di responsabilità, fra i quali si segnala, J. ARLEN & R. KRAAKMAN, *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes*, in 72 *N.Y.U. L. Rev.*, 1997, 687. In senso contrario, S. SUN BEALE, *A response To The Critics Of Corporate Criminal Liability*, in 46 *Am. Crim. L. Rev.*, 2009, 1481.

²⁸ Non a caso, anche chi ritiene che la responsabilità per la criminalità d'impresa debba rimanere penale, osserva come le enormi contraddizioni che la *corporate criminal liability* sta facendo emergere a proposito della giustizia negoziale, potrebbero essere l'occasione per sollecitare un ripensamento dell'intero sistema penale statunitense; si veda in particolare S. SUN BEALE, *Is Corporate Criminal Liability Unique?*, in 44 *Am. Crim. L. Rev.*, 2008, 1529.

²⁹ Posizione condivisa da E. DAVI, *Compliance, riparazione e diversione. Prime sperimentazioni italiane dei pre-trial agreements nel campo della responsabilità da reato delle imprese*, in *Arch. pen.*, 2024, 1, il quale, fra l'altro, ribadisce come dalle prassi giudiziarie milanesi stiano sempre più emergendo moduli di diversione del processo a carico dell'ente che mostrano evidenti analogie con lo schema dei *pre-trial agreements* di matrice statunitense, quale spontanea gemmazione del paradigma della *criminal compliance*. Così, mentre la dottrina s'interroga sull'opportunità di importare in Italia simili strumenti di diversione a favore delle imprese, accordi formali o informali che utilizzano la non punibilità come merce di scambio sono ormai una realtà innegabile del sistema di responsabilità da reato dell'ente, una realtà che stimola riflessioni sul destino della strategia politico-criminale di contrasto alla criminalità d'impresa.

Tali istituti trovano la loro origine negli anni trenta nel processo penale a carico dei minori negli Stati Uniti. Il loro scopo era legato al perseguendo del pieno recupero del minore in virtù del quale si riconosceva la possibilità all'accusa di non procedere alla formulazione della contestazione condizionalmente alla buona riuscita di un periodo in cui venisse data prova del cambio di rotta³⁰. Una sorta di messa alla prova che anche il nostro sistema processuale ha, molti anni dopo, introdotto nel processo a carico del minore per poi estenderlo anche ai maggiorenni per determinati reati di minor allarme sociale. Tornando all'esperienza americana, la buona prova da essi fornita ha facilitato nel tempo la loro piena adozione come principali strumenti di contrasto ai reati economici.

Premesso che evidentemente la sua adozione presuppone una piena discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, il *non prosecution agreement* può essere definito come l'accordo con il quale l'accusa decide di non perseguire la società presunta autrice del reato, dietro la garanzia dell'impegno al rispetto della legalità per il futuro.

Il *deferred prosecution agreement* è invece un accordo attraverso il quale, formalizzata la contestazione a carico dell'impresa, l'accusa decide di rinviare il formale esercizio dell'azione penale, dandole un determinato tempo per adempiere ad una serie di prescrizioni riabilitative, che una volta realizzate, potranno definitivamente metterla al riparo dal processo; in tali casi, tuttavia, non si è in presenza di un mero rapporto bilaterale, essendo previsto l'intervento anche del giudice chiamato ad autorizzare il differimento dell'avvio dell'azione penale, con annessa sospensione del decorso dei termini di prescrizione del reato³¹. Pertanto, nei *deferred prosecution agreements* gli addebiti risultano essere stati già formalizzati e ciò rende in qualche modo necessario l'intervento del giudice³².

³⁰ Come riporta la dottrina d'oltreoceano, gli esordi di questa procedura, meglio nota come *diversion*, si devono, più in particolare, al così detto *Brooklyn Plan*, con cui nel 1936 si rispose a New York alla crescente violenza minorile in maniera più mirata e personalizzata. Il pubblico ministero, difatti, valutata la minore o maggiore gravità degli illeciti commessi dai minori, era in grado di diversificare la risposta punitiva. Tale programma prevedeva che l'organo dell'accusa realizzasse un'indagine preliminare sulla storia personale del giovane: nell'ipotesi di mancanza di precedenti, qualora fosse risultata una stabile dimora e il tipo di reato lo avesse consentito, era auspicabile il rinvio dell'esercizio dell'azione penale di un anno o più. Nel caso di superamento positivo del periodo di prova, le accuse erano destinate a cadere; in caso contrario il Pubblico ministero avrebbe potuto procedere con gli originari addebiti. Così, V. S.J. RACKMILL, *Printzlien's Legacy, the "Brooklyn Plan", A.K.A. Deferred Prosecution*, in *Federal Probation*, 1996, 60, 8.

³¹ Invero, nell'esperienza maturata negli ultimi anni, anche il *non prosecution agreement* è infatti sottoscritto qualora sia stata fornita una "straordinaria" collaborazione da parte della società. In ogni caso, per entrambe le opzioni, si deve aggiungere il pagamento di adeguate somme di denaro a ristoro dei danni provocati e quale sanzione per l'illecito commesso.

³² R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, cit., la quale evidenzia come sia prevista l'assegnazione di un periodo temporale di monitoraggio all'ovvio scopo di controllare che gli impegni assunti dall'impresa siano stati concretamente e soprattutto adeguatamente rispettati, mediante una concreta azione di rimedio

Il fine che perseguono i due strumenti, ovvero quello di far rientrare nella piena legalità una società indiziata di aver commesso, attraverso i propri rappresentanti, condotte penalmente rilevanti grazie all'adozione di un percorso che rimuova gli effetti di quelle condotte e crei i presupposti affinché esse non si ripetano³³, non può che essere apprezzato³⁴.

D'altronde, la stessa normativa italiana ha negli ultimi anni seguito questo esempio, tipizzando istituti come quello della prevenzione collaborativa, particolarmente legato alle vicende criminali di natura corruttiva³⁵.

Tornando alla realtà d'oltreoceano, va segnalato come i riferiti strumenti processuali abbiano trovato una forma di regolamentazione grazie all'intervento del Dipartimento di Giustizia che si è sforzato di fornire i criteri da seguire da parte dei diversi pubblici ministeri, prevedendosi, ad esempio, che la società che intenda farvi ricorso debba fornire una dichiarazione di responsabilità, garantendo altresì piena collaborazione alle indagini, così da far emergere le precise responsabilità individuali per l'illecito; aggiungendo a ciò il pagamento di una adeguata sanzione pecuniaria, il risarcimento dei danni provocati alle vittime e soprattutto il formale impegno a una piena riorganizzazione aziendale da compiere seguendo le indicazioni offerte dal prosecutor e da realizzare attraverso efficaci *compliance programs*³⁶, adeguatamente sorvegliati da un soggetto esterno³⁷, alla stregua di quanto la nostra normativa prevede attraverso la nomina di un controllore giudiziario.

alle condotte poste in essere. Ne consegue che in presenza di una accertata violazione degli impegni assunti, il pubblico ministero potrebbe decidere di procedere comunque contro la società, formalizzando a quel punto un'accusa e utilizzando nel processo le dichiarazioni e le informazioni ricevute.

³³ Così B.L. GARRETT, *Too Big To Jail*, cit., 55. V. anche L. ORLAND, *The Transformation of Corporate Criminal Law*, in *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.*, 2006, 45.

³⁴ Merita di essere citata l'introduzione nel 1991 delle U.S. *Sentencing Guidelines*, redatte, tra gli altri motivi, anche per differenziare la risposta sanzionatoria da offrire alle imprese rispetto a quella pensata per gli individui. Per quel che riguarda le società, esse prevedevano un trattamento più mite come conseguenza della scelta societaria di collaborare con la giustizia, anche attraverso una riorganizzazione aziendale orientata al rispetto della legalità. E difatti, tra i principali fattori che avrebbero potuto positivamente influenzare il computo della pena, vi sono i *compliance programs*, e cioè i protocolli di cui le società si fossero dotate per programmare le svariate articolazioni delle loro attività, in modo da evitare la commissione dei reati; sul punto si rinvia, nella letteratura italiana, a C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 64 ss. Più in generale sulla riforma del sistema sanzionatorio negli Stati Uniti, V. FANCHIOTTI, *U.S.A.: recenti riforme in tema di determinazione della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 387 ss.

³⁵ Per un approfondimento sul punto, si rinvia al recente contributo di F. DE TULLIO, *La prevenzione collaborativa. Potenzialità applicative del nuovo strumento di bonifica aziendale ex art. 94 bis Codice Antimafia*, Napoli, 2023.

³⁶ Strumenti che solo di recente stanno entrando nel lessico nazionale ma che da decenni sono applicati e studiati negli Stati Uniti. Per un approfondimento si rinvia al saggio di M.C. REGAN jr., *Risky Business*, in *Geo. L.J.*, 2006, 94, 1957, nel quale si sottolinea, fra l'altro, come la sfida principale sia rappresentata dal trovare un adeguato equilibrio tra risk management e comportamenti eticamente corretti.

³⁷ Si vedano V. J. MARTIN, R.D. MCCONNELL, C. SIMON, *Plan now or pay later: the role of compliance in criminal cases*, in *Hous. J. Int'l L.*, 2011, 33 509.

Ciò posto, l'applicazione di tali strumenti nell'esperienza americana ci restituisce due principali criticità che risultano, evidentemente non a caso, del tutto analoghe a quelle che iniziano a palesarsi nel nostro sistema. L'analisi delle stesse offrirà pertanto una straordinaria conferma della necessità di dover adoperare tali strumenti con particolare attenzione, consci dei rischi cui essi si espongono.

La prima problematica attiene alla considerazione di come questo genere di accordi limiti fortemente la funzione punitiva e deterrente del diritto penale, minando altresì la valenza della condanna sociale che dovrebbe non di meno accompagnare ogni *criminal prosecution*³⁸. A tale aspetto si aggiunge la crescente consapevolezza che i *compliance programs* spesso si risolvono in nulla più che pura apparenza in conseguenza del fatto che le diverse procedure aziendali e i punti di controllo che vengono predisposti nella fase emergenziale dell'esplosione dell'indagine risultano poi destinati a rimanere sulla carta³⁹.

La seconda criticità, oggetto di attento studio da parte della dottrina che si è occupata di tali fenomeni⁴⁰, ha ad oggetto la presa d'atto della pericolosa disparità di forze che accompagna la posizione dell'azienda nell'interlocuzione con l'autorità giudiziaria. L'esperienza americana ci fornisce infatti il dato della sostanziale mancanza dell'esistenza di un seppur minimo margine nella conduzione delle trattative da parte delle società nei confronti dell'accusa: pur di evitare una possibile incriminazione, con effetti reputazionali e di *business* oltre che una eventuale revoca delle licenze per poter operare all'interno di un determinato mercato, le società americane sono ineluttabilmente costrette ad accettare ogni genere di richiesta imposta dalla pubblica accusa, fino al punto di determinarsi a concludere accordi pre-processuali in presenza di elementi probatori inconsistenti o a condizioni di gran lunga deteriori rispetto a quelle che potrebbero derivare da una sentenza di condanna⁴¹.

Nell'esperienza statunitense, numerosi sono risultati i casi in cui l'autorità giudiziaria ha imposto tanto un radicale cambio di management,⁴² quanto piuttosto una radicale revisione di alcune prassi aziendali, che tuttavia calate dall'alto senza un adeguato studio della relativa organizzazione, si sono tradotte nell'introduzione di meccanismi del tutto differenti rispetto a quelli

³⁸ D.M. UHLMANN, *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, in *Md. L. Rev.*, 2013, 72 1331.

³⁹ Si rinvia, per l'esperienza americana a V. KIMBERLY - D. KRAWIEC, *Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, in *Wash. U. L.Q.*, 2003, 81, 487. V. altresì W.S. LAUFER, *Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance*, in *Vand. L. Rev.*, 1999, 52, 1343.

⁴⁰ R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, cit.

⁴¹ L. KERN GRIFFIN, *Compelled Cooperation And The New Corporate Criminal Procedure*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 2007, 82, 320-321.

⁴² È quanto si è verificato, per esempio, per la conclusione del *deferred prosecution agreement* tra l'*U.S. Attorney's Office for the District of New Jersey* e la *Bristol Myers Squibb*.

sperimentati in precedenza con conseguente rallentamento della produzione⁴³.

4. Prime sommarie conclusioni sul nuovo modello della “repressione collaborativa”.

Le risultanze dell'esperienza americana in materia di strumenti negoziali per il contrasto ai crimini economici, sommariamente passate in rassegna, offrono un prezioso riferimento per formulare talune sommarie considerazioni sulle prassi che si stanno sviluppando nel nostro ordinamento a seguito dell'azione avviata dagli uffici giudiziari milanesi.

Ebbene, l'intuizione – invero assai felice – attorno alla quale essa è nata risiede nell'aver rinunciato alla radicale sostituzione dell'imprenditore nelle funzioni di gestione dell'impresa, perseguendo il più proficuo obiettivo di favorire la massima collaborazione del *management* della società per il pieno ripristino della legalità.⁴⁴ L'essenza della strategia in parola, che può essere definita repressione collaborativa, consiste pertanto nella rimozione in tempi brevi delle condotte illecite contestate, munendo al contempo l'impresa di presidi utili a impedire nuovamente il verificarsi delle stesse⁴⁵: il tutto, senza mettere a rischio la continuità aziendale, al contrario di quanto accade con l'emissione di un provvedimento di sequestro.

⁴³ Talvolta, l'esperienza americana ha davvero fornito bizzarri esempi di stravaganti pretese come quella di costringere l'impresa a finanziare nuovi corsi universitari: nel *deferred prosecution agreement* stipulato con la *Bristol Myers Squibb*, è stato previsto che la società dovesse farsi economicamente carico dell'insegnamento di *Business Ethics and Corporate Governance* presso la *Seton Hall University School of Law*, nella quale – guarda caso – si era laureato il pubblico ministero procedente, come si è verificato, per esempio, per la conclusione del *deferred prosecution agreement* tra l'*U.S. Attorney's Office for the District of New Jersey* e la *Bristol Myers Squibb*, come riportato da R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, cit.

⁴⁴ Come ben messo in evidenza da dottrina M. VULCANO, *Sfruttamento lavorativo e colpa di organizzazione nella filiera l'amministrazione giudiziaria fra risanamento, riforma della governance e modelli d'impresa evoluti*, cit.

⁴⁵ Si veda MERLO, *Alla ricerca della via italiana ai non prosecution agreement. Il caso Esselunga*, cit., oltre a C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario “volontario”: una moderna “messa alla prova” aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, cit. Non si può prescindere dal sottolineare quanto la sostanziale mancanza di preparazione manageriale ha di fatto sancito il fallimento dell'opposto modello di radicale sostituzione degli organi di gestione coinvolti nelle condotte penalmente rilevanti. Da questo punto di vista molteplici sono i riscontri esperienziali di cui disponiamo, basti pensare alla negativa esperienza della gestione dei beni confiscati, caratterizzata, come noto, da una percentuale altissima di società velocemente fallite dopo l'emissione del provvedimento ablatorio da parte della magistratura. Di contro, la strategia posta in essere dagli uffici giudiziari milanesi ha confermato come l'azienda sia una entità delicata da gestire, poggiando quasi sempre su fragili equilibri che rispondono a logiche che l'intervento dell'autorità giudiziaria quasi mai riesce a cogliere e ben che meno a sostituire.

Di converso, il punto critico risiede nella circostanza che tale strategia presuppone la non punibilità come «merce di scambio»⁴⁶: la bonifica aziendale avviene a seguito di “un’operazione negoziale” che assume i contorni di un accordo transattivo con cui le parti compongono una controversia, facendosi reciproche concessioni.

Da un lato, l’ordinamento rinuncia alla punizione mentre dall’altro lato, l’impresa si impegna a implementare o correggere il modello organizzativo e a riparare per quanto possibile il danno cagionato dalla condotta illecita che tuttavia non viene accertata⁴⁷.

Posto ciò e volendo usare come parametro le tre vicende passate in rassegna, emerge un quadro in chiaro scuro che merita di essere valutato con attenzione. I primi due casi dimostrano come la “repressione collaborativa” riesca a garantire il raggiungimento dei riferiti obiettivi, sebbene attraverso qualche forzatura del sistema. Sia la sospensione del procedimento di prevenzione autodeterminata dal tribunale, così come l’archiviazione del procedimento 231/01 attraverso una particolare interpretazione del principio del *ne bis in idem*, hanno certamente avuto il merito di realizzare l’obiettivo della “bonifica” delle aziende coinvolte nelle condotte di caporalato, garantendo tanto le tutele salariali a diverse migliaia di lavoratori quanto la piena continuità aziendale.

La terza e ultima delle tre vicende trattate fa emergere, invece, enormi perplessità sia nel merito delle valutazioni effettuate dai magistrati e sia soprattutto sugli effetti che ne sono conseguiti, dando corpo a ciò che potremmo definire *il lato oscuro* della metodologia in discussione.

Appare di tutta evidenza che nelle vicende che hanno riguardato i principali operatori nazionali del settore della vigilanza privata si sia consumato quanto l’esperienza americana palesa come la criticità più significativa, ovvero lo squilibrio di potere contrattuale fra i due soggetti coinvolti nella trattativa per la definizione *extra* processuale della vicenda giudiziaria.

Le aziende coinvolte nell’azione della procura meneghina, infatti, sono state di fatto “costrette” ad accettare le condizioni salariali imposte dalla stessa procura seppur a costo di mettere a rischio il proprio equilibrio finanziario, dando inoltre la stura ad una vistosa alterazione della concorrenza, essendo state inequivocabilmente favorite tutte le altre società del settore non colpite da analoghe vicende giudiziarie. Sul punto occorre che la riflessione sia approfondita. Posto che tutte le aziende indagate applicavano il contratto collettivo nazionale del settore e a prescindere dal condividere o meno il presupposto che quel livello retributivo fosse inadeguato e non conforme al parametro costituzionale di cui all’art. 36 Cost., appare forzato sostenere che

⁴⁶ Espressione efficace adottata da MAZZACUVA, *L’ente premiato, Il diritto punitivo nell’era delle negoziazioni: l’esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, cit.

⁴⁷ Così, E. DAVI, *Compliance, riparazione e diversione. Prime sperimentazioni italiane dei pre-trial agreements nel campo della responsabilità da reato delle imprese*, cit.

esse operassero in frode alla legge. Le imprese coinvolte nelle indagini non conseguivano alcun vantaggio competitivo, come invece accadeva nelle prime due vicende trattate, semplicemente perché applicavano il salario fissato dal contratto nazionale e pertanto, nei loro confronti, poteva al più muoversi un giudizio di disvalore etico poiché esse agivano nella piena correttezza formale.

Al contrario, l'azione giudiziaria ha generato palesi effetti distorsivi all'interno di un settore già di per sé complesso, andando a generare un vantaggio competitivo a favore di tutte quelle aziende non interessate dall'azione della magistratura e pertanto non costrette ad alzare i livelli salariali. Effetto durato vari mesi e mitigato esclusivamente dalla nuova rinegoziazione del contratto collettivo nazionale che di fatto ha assorbito i valori retributivi imposti dalla procura di Milano, la quale, a sua volta, ha così finito con lo svolgere un ruolo, francamente non consono, di supplenza dei sindacati di categorie.

L'accettazione da parte delle aziende indagate di aumenti salariali ben oltre quanto previsto dal contratto collettivo è stata evidentemente una scelta obbligata in considerazione della necessità di evitare il più possibile il protrarsi del controllo giudiziario che rischiava, non fosse altro per ragioni reputazionali, di compromettere la prosecuzione dei rapporti commerciali in essere.

Strettamente connesso a tela aspetto, va altresì evidenziato come l'uso disinvolto dei riferiti modelli di giustizia negoziale, come pure ci conferma l'esperienza americana, può minare le normali dinamiche di mercato dei settori coinvolti dall'intervento dell'autorità giudiziaria.

L'imprevisto aumento dei costi è stato solo in pochi casi accompagnato da una revisione dei contratti già attivi, non potendo né le aziende né tanto meno l'autorità giudiziaria imporre ai clienti tale rivalutazione. Se, nell'ambito dei contratti con i privati, in alcuni casi è stato possibile aprire un confronto per la loro rinegoziazione, paradossalmente, nel settore pubblico, anche in considerazione dei vincoli dei patti di stabilità, ciò non è stato assolutamente possibile.

L'impossibilità di ottenere adeguamenti automatici delle tariffe degli appalti pubblici e privati in grado di assorbire gli aumenti salariali, unitamente alla circostanza che l'azione giudiziaria ha riguardato solo i grandi operatori del settore, per di più nell'ambito della competenza territoriale dell'autorità giudiziaria milanese, ha prodotto un rilevante divario concorrenziale.

Ne consegue che gli accordi che sono intervenuti fra le singole aziende e l'autorità giudiziaria hanno di fatto rappresentato un mezzo per eterodisciplinare il mercato⁴⁸, rendendo così concreto il paventato pericolo che

⁴⁸ Ritengono che sia pertanto arrivato il momento di rivedere questa tipologia negoziale di risoluzione delle controversie, R.J. RIDGE – M.A. BAIRD, *The Pendulum Swings Back: Revisiting Corporate Criminality And The Rise Of Deferred Prosecution Agreements*, 33 U. Dayton L. Rev. (2008), p. 187.

attraverso questi schemi di giustizia negoziale, l'autorità giudiziaria vada ben oltre le sue prerogative, assumendo l'assai diverso ruolo di chi sia chiamato a dettare le regole dell'economia; pericolo da scongiurare con forza⁴⁹.

La terza vicenda qui trattata offre la conferma empirica delle insidie che caratterizzano il modello di giustizia negoziale ovvero il rischio di essere adoperato come strumento per l'attuazione di scelte che si connotano per un significativo tasso di politicità, così da alimentare l'idea di una magistratura che pone in essere comportamenti non in linea con uno Stato liberale⁵⁰.

Se è vero che la metodologia sviluppata dagli uffici giudiziari milanesi persegue il fine di preservare le aziende, favorendone la continuità di gestione, occorre pertanto scongiurare il rischio che essa favorisca la fine del liberismo tradizionalmente inteso⁵¹.

⁴⁹ Condivide la valutazione del rischio, nella dottrina americana, J. ARLEN, *Removing Prosecutors from the Boardroom: Limiting Prosecutorial Discretion to Impose Structural Reforms*, in *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, edited by A.S. BARKOW - R.E. BARKOW, New York, 2011, 66 ss.; la stessa osserva come dopo l'avvento dei *deferred prosecution agreements*, lo strumento penale abbia perso la sua naturale vocazione, quella di punire, per regolare.

⁵⁰ In cui essa abbia il compito di «proteggere l'ordine adoperandosi per la risoluzione dei conflitti che non possono essere appianati dai cittadini stessi», come adombrato da M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, 2005.

⁵¹ Di interesse appare lo studio della disciplina inglese. Il Regno Unito ha infatti importato dagli Stati Uniti anche l'esperienza dei *pre-trial agreements*, adottando tuttavia qualche interessante accorgimento. Nel 2013 il *Crime and Courts Act* ha infatti predisposto una disciplina apposita per i DPA, integrata dal *Code of Practice* del 2014, le linee guida pubblicate del *Serious Fraud Office* e dal *Crown Prosecution Service*, come riferisce con puntualità F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 2, 80 ss. Sulla falsariga dell'omologo statunitense, il DPA inglese si traduce in un accordo tra impresa e ufficio dell'accusa, in forza del quale l'esercizio dell'azione penale rimane sospeso per un certo lasso di tempo, nel corso del quale l'ente deve adempiere una serie di obblighi. L'accordo, tuttavia, può essere stipulato in relazione non ad ogni reato contestato all'ente collettivo, ma solo a quelli espressamente previsti dalla legge, per lo più reati in materia economica e finanziaria. Il modello inglese dei *pre-trial agreements* si segnala all'attenzione anche perché il legislatore d'Oltremarina ha mostrato di voler fare tesoro dell'esperienza negoziale statunitense e di correggerne le storture e i profili di criticità. Più precisamente, la discrezionalità del prosecutor è stata confinata entro steccati meglio definiti. In questa direzione, le linee guida hanno predeterminato i possibili contenuti dell'accordo, onde evitare abusi da parte del pubblico ministero nelle trattative. Inoltre, è stato accentuato il ruolo del giudice. Anzitutto non è stato recepito il modulo negoziale del NPA, nel quale manca qualsivoglia forma di delibazione giudiziale. Quanto ai DPA, il giudice non assolve ad una funzione meramente validatoria: prima della sua stipulazione, infatti, il giudice, pur non potendo modificarne i contenuti, può sindacare la sua rispondenza ai canoni di equità, ragionevolezza e proporzione rispetto ai fatti contestati all'ente ed eventualmente approvare l'accordo. Infine, ove l'impresa violi gli obblighi del DPA, il prosecutor non può di sua iniziativa procedere all'esercizio dell'azione penale, ma deve necessariamente coinvolgere il giudice, che invita le parti a rinegoziare l'accordo oppure lo mette nel nulla, decretando l'inizio del processo. Laddove il modello statunitense degli accordi di diversione non sempre consente un adeguato bilanciamento tra efficacia dello strumento preventivo repressivo e garanzie, la versione anglosassone risulta più ponderata, tanto da diventare il modello per trapiantare i *deferred prosecution agreements* in alcuni Paesi dell'Europa continentale e anche altrove (ad es. Australia, Canada,

L'intervento della magistratura all'interno della dinamica aziendale coltivata allo scopo di stimolare una collaborazione attiva in grado di consentire una definizione veloce della vicenda giudiziaria⁵², in antitesi alla mera strada della repressione che vive di procedimenti lunghi e dagli esiti incerti, deve passare attraverso la fissazione di prescrizioni "ragionevoli" per le società⁵³, come nel caso che ha riguardato la *Uber*.

Per quanto gli uffici giudiziari milanesi abbiano mostrato nella maggior parte delle occasioni di essere capaci di realizzare un giusto temperamento tra l'interesse alla repressione degli illeciti e quello alla continuità aziendale, stimolando una virtuosa correzione delle disfunzionalità organizzative, resta il fatto che l'uso della metodologia in oggetto comporta valutazioni, non solo di politica criminale ma anche di politica economica, che non devono essere lasciate alla discrezionalità del solo organo inquirente.

L'aspetto che pertanto non può essere taciuto è che lo sviluppo del modello della "*repressione collaborativa*" risulta sostanzialmente privo di una meditata e consapevole scelta legislativa, non essendo supportato da alcuna previsione normativa specifica, costituendo il frutto di una giurisprudenza creativa non priva di qualche opacità.

Ecco che allora non risulta peregrino ritenere come, al di là delle migliori intenzioni dei suoi ideatori, il riferito modello, in assenza di una specifica regolamentazione, finisce inevitabilmente con l'imprimere una forte torsione agli strumenti della giustizia penale⁵⁴, trasformandoli in meccanismi di

Giappone, Singapore e Brasile, come correttamente sottolinea E. DAVI, *Compliance, riparazione e diversione. Prime sperimentazioni italiane dei pre-trial agreements nel campo della responsabilità da reato delle imprese*, cit., 30. Da segnalare che pochi anni dopo, sull'onda dell'internalizzazione del diritto, anche la Francia ha seguito l'insegnamento degli ordinamenti anglofoni, nella sua versione più matura e consapevole, tant'è che la penetrazione della compliance è stato accompagnato fin dall'origine dalla previsione di accordi di diversione processuale. La *Loi Sapin II* del 2016, infatti, oltre a porre in capo alle grandi imprese l'obbligo di dotarsi di un *compliance program*, ha introdotto la *Convention judiciaire d'interet public* (CJIP), una sorta di accordo transattivo che, similmente al DPA, consente alle imprese di evitare il processo e la sanzione penale a fronte del compimento di condotte riparatorie. Anche qui, inoltre, il controllo del giudice non si ferma alla regolarità formale della procedura, ma ne investe i profili di legittimità, nella misura in cui deve assicurarsi che la rinuncia alla punibilità sia controbilanciata dall'esigenza di evitare i danni sproporzionati che possono scaturire dall'esercizio dell'azione penale.

⁵² Per un approfondimento sulla realtà d'oltreoceano a proposito delle scelte dei pubblici ministeri nella selezione dei casi da investigare, si rinvia all'interessante studio di N. GAROUPA, *The economics of prosecutors*, in *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, a cura di A. Harel - K.N. Hylton, 2012, 231 ss., segnalato opportunamente da R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, cit., 17.

⁵³ In dottrina si è già avuto modo di apprezzare questi meccanismi extraprocessuali di giustizia negoziata 10 anni orsono, ritenendoli istituti maggiormente flessibili «volti a contemperare gli interessi dell'economia e della giustizia», così F. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements. Riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area angloamericana*, in *Ind. pen.*, 2013, 738.

⁵⁴ Che come ricorda illustre dottrina, servono ad accertare fatti previsti dalla legge come reato che siano tipici, anti giuridici, offensivi, colpevoli e punibili; o ad accertare fattispecie di perico-

contrasto a situazioni sociali ed economiche che devono essere affrontate esclusivamente dallo Stato attraverso specifiche scelte politiche⁵⁵.

Se pertanto, per un verso, il ricorso all'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende (art. 34 d. lg. n. 159 del 2011) sia da incoraggiare perché in grado di incidere con minore sacrificio e maggiore efficacia sull'esercizio dell'attività di impresa, nell'ottica della negoziabilità⁵⁶, per altro verso, non si può barattare il rispetto del principio di legalità sull'altare di iniziative giudiziarie che apparentemente producono risultati positivi per la collettività⁵⁷.

Quando, come nel caso di specie, l'intervento penale risulta ispirato dalla necessità, di per sé pure apprezzabile, di contrastare un fenomeno allarmante, piuttosto che dallo scopo di accertare un fatto rientrante fra quelli previsti dal codice penale o dalle sue leggi speciali, si incorre nel serio pericolo di trascinare dal solco fissato dall'art. 27, comma 3° Cost.⁵⁸.

Lo sforzo da compiere deve allora andare nella direzione di riuscire a coniugare l'esigenza di arricchire il diritto penale d'impresa di nuovi strumenti che rafforzino il contrasto alla criminalità economica senza mortificarne la capacità produttiva e i livelli occupazionali e soprattutto senza favorire l'erosione del principio di stretta legalità⁵⁹.

losità che dovrebbero essere predeterminate e sufficientemente precise, così in particolare G.M. FLICK – D.F. PUJIA, *Contrasto al “fenomeno” dello sfruttamento del lavoro e principio di legalità: binomio impossibile?*, in *Sistema Penale*, 26 marzo 2025.

⁵⁵ G.M. FLICK, *Il diritto penale dell'economia tra vizi e vantaggi del passato, problemi del presente e incertezze del futuro*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2023, 3, 13.

⁵⁶ DAVI, *Compliance, riparazione e diversione. Prime sperimentazioni italiane dei pre-trial agreements nel campo della responsabilità da reato delle imprese*, cit., 64.

⁵⁷ Ancora G.M. FLICK – D.F. PUJIA, *Contrasto al “fenomeno” dello sfruttamento del lavoro e principio di legalità: binomio impossibile?*, cit., 10, i quali a loro volta riportano di In un articolo apparso sull'edizione del Sole24Ore del 09 febbraio 2025, p. 11, in cui ci si riferisce a tali forme di contrasto all'evasione fiscale e allo sfruttamento dei lavoratori come strumenti capaci di sopperire all'inefficacia delle «lotte sindacali o del governo».

⁵⁸ Cfr. C. cost., 2 luglio 1990, n. 313, ove si ricordava che l'art. 27, comma 3° Cost. vale per il legislatore, per il giudice della cognizione e per il giudice dell'esecuzione. Nella stessa sentenza si sottolineava – come in altre successive (cfr. ad esempio C. cost., 13 luglio 2017, n. 179) – che la finalità rieducazione deve essere collegata con il principio di proporzione. La giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale considera ormai centrale il profilo dell'individualizzazione della pena come «naturale attuazione e sviluppo dei principi costituzionali», soprattutto «nella prospettiva segnata dall'art. 27, primo comma» (Cfr. sul punto tra le più recenti C. cost., 13 maggio 2024, n. 86; C. cost., 2 dicembre 2022, n. 244; C. cost., 18 gennaio 2022, n. 7).

Cfr. C. cost., 2 luglio 1990, n. 313, ove si ricordava che l'art. 27, comma 3° Cost. vale per il legislatore, per il giudice della cognizione e per il giudice dell'esecuzione. Nella stessa sentenza si sottolineava – come in altre successive (cfr. ad esempio C. cost., 13 luglio 2017, n. 179) – che la finalità rieducazione deve essere collegata con il principio di proporzione. La giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale considera ormai centrale il profilo dell'individualizzazione della pena come «naturale attuazione e sviluppo dei principi costituzionali», soprattutto «nella prospettiva segnata dall'art. 27, primo comma» (Cfr. sul punto tra le più recenti C. cost., 13 maggio 2024, n. 86; C. cost., 2 dicembre 2022, n. 244; C. cost., 18 gennaio 2022, n. 7).

⁵⁹ Così ancora G.M. FLICK – D.F. PUJIA, *Contrasto al “fenomeno” dello sfruttamento del lavoro e*

5. Le ragioni per una sistematizzazione della “repressione collaborativa”.

La metodologia della “repressione collaborativa” messa a punto dagli uffici giudiziari milanesi⁶⁰, che di recente ha continuato ad essere applicata per fronteggiare il fenomeno del caporalato in ulteriori settori produttivi come quello della moda sebbene esclusivamente attraverso l'applicazione della misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria⁶¹, necessità pertanto di essere normata. L'opera di sistematizzazione deve muovere dalla necessità di scongiurare il pericolo, come ci insegna tanto la ricognizione appena effettuata quanto l'esperienza americana, che gli accordi tra *prosecutor* e *corporations* favoriscano un lento scivolamento all'utilizzo da parte del pubblico ministero della minaccia del processo come mezzo per imporre all'azienda scelte di carattere politico ed economico che non gli devono competere⁶².

principio di legalità: binomio impossibile?, cit., 14.

⁶⁰ Per comprendere appieno la portata del fenomeno giudiziario, giova ricordare che esso abbia riguardato, attraverso l'utilizzo dello strumento della amministrazione giudiziaria, del controllo giudiziario o della misura interdittiva o altre volte ancora attraverso sequestri preventivi o infine con la contestazione della responsabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/01, il fenomeno dei pasti recapitati dai ciclofattorini di *Uber*, le consegne fatte da *Dhl*, *Brt-Bertolini*, *Schenker*, *Gls*, *Geodis* e *Ups*, il settore della logistica, come per la *Ceva* e la *Number One*, gli allestimenti della Fiera Milano, la grande distribuzione come *Esselunga* e *Movimoda*, le pulizie delle stanze di hotel affidate a *Cegalin-Hotelvolver*, l'ortofrutta di *Spreafico&Fratelli*, i salumi di *Fratelli Beretta*, le bibite di *Spumador*, il settore della vigilanza che ha riguardato la *Mondialpol*, *Sicuritalia*, *Cosmopol*, *Battistolli* e *All System*. In tutti i riferiti interventi, o come assunzioni o come assetti contrattuali, oltre 10.000 lavoratori hanno visto migliorare le proprie condizioni di lavoro.

⁶¹ Da ultimo, Trib. Milano, Sez. Mis. Prev., decreto del 8 luglio 2025, Loro Piana, in *Giurisprudenza penale Web*, 15 luglio 2025. Precedentemente, la Sezione Misure di Prevenzione del Tribunale di Milano ha emesso numerosi provvedimenti di applicazione dell'amministrazione giudiziaria ai sensi dell'art. 34 del D. Lvo. 159 del 2011 nei confronti di società della moda relativamente ai rapporti con la filiera dei fornitori. Alle società viene rimproverato di aver colposamente agevolato con la propria interessata inerzia il caporalato praticato su manodopera straniera irregolare da opifici cinesi (si rinvia a Trib. Milano, Sez. Mis. Prev., decreto n. 10 del 3 aprile 2024, in *Giurisprudenza penale Web*, 11 aprile 2024; Trib. Milano, Sez. Mis. Prev., 6 giugno 2024, n. 12, in *Giurisprudenza Penale Web*, 14 giugno 2024).

⁶² Molto illuminante sul punto è lo scritto di B.A. BOHRER – B.L. TRENCHER, *Prosecution Deferred: Exploring the Unintended Consequences And Future Of Corporate Cooperation*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 2007, 44, 1481, in cui si osserva come la stagione di corporate cooperation abbia prodotto una serie di effetti collaterali – quali quelli sin qui descritti – a cui bisogna porre fine ripensando il sistema. Detta in altri termini, sottolinea la necessità che pubblici ministeri, invece di fare il loro lavoro, smettano di sedere nei consigli di amministrazione, ritenendo così di poter dirigere organizzazioni finanziarie assai complesse, J. ARLEN, *Removing Prosecutors from the Boardroom: Limiting Prosecutorial Discretion to Impose Structural Reforms*, in *Prosecutors in the Boardroom*, cit., 66 ss. Al riguardo, della stessa Autrice, con M. KAHAN, si veda anche *Corporate Governance Regulation Through Non-Prosecution – Preliminary Draft*. Questo processo di trasfigurazione del ruolo della magistratura è in buona misura figlio della crisi finanziaria che in ambo le latitudini ha generato una profonda rielaborazione della fideistica adesione ad alcuni modelli economici alla luce di evidenti distorsioni determinate da un mercato interamente autoregolato, in cui la ricerca del profitto ad ogni costo non di rado si è tradotta in comportamenti penalmente rilevanti.

Prima di ipotizzare soluzione del tutto innovative, marcatamente ispirate all'esperienza anglosassone, può essere utile verificare se la "repressione collaborativa" possa essere ricondotta a modelli già esistenti all'interno del nostro ordinamento.

Ebbene, non si può certo ignorare come la giurisprudenza abbia di fatto escluso la possibilità di applicare l'istituto della messa alla prova – caratterizzato proprio da una marcata conformazione negoziale e dall'aspirazione deflattiva e *post-riparatoria* – alla disciplina della responsabilità degli enti e ciò in considerazione del principio di legalità e dei suoi corollari.

L'istituto in questione, hanno infatti affermato dalle Sezioni Unite, si risolve in un vero e proprio trattamento sanzionatorio e pertanto esso non può essere applicato «ad una categoria di soggetti – gli enti – non espressamente contemplati dalla legge quali destinatari, in relazione a categorie di illeciti non espressamente previsti dalla legge penale»⁶³.

Per la conformazione negoziale e la logica riparatoria e deflattiva che lo caratterizza, la messa alla prova, oltre a sposarsi bene con la filosofia recuperatoria che anima il sistema della responsabilità degli enti, poteva invero costituire un valido istituto-ponte capace di massimizzare i benefici della giustizia negoziata e, al contempo, di superare le maggiori criticità degli accordi predibattimentali di marca statunitense, legate soprattutto all'eccessiva discrezionalità lasciata all'autorità inquirente. In considerazione di ciò, un intervento del legislatore potrebbe tuttavia superare la formulata obiezione giurisprudenziale. La sua disciplina, d'altronde, esalta la funzione di controllo del giudice, che viene infatti chiamato a compiere una prognosi sulla capacità dell'imputato di svolgere concretamente il programma proposto. Allo stesso modo egli ben potrebbe valutare la concreta possibilità dell'ente collettivo di riorganizzarsi e tornare sui binari della legalità, svolgendo un ruolo attivo

⁶³ Cass. pen., Sez. un., 27 ottobre 2022, n. 14840, *La Sportiva s.p.a.*, in *Foro it.*, 2023, II, 324, con nota di E. DAVI, *Quel no delle sezioni unite alla «messa alla prova» per l'ente che spiana la strada ai non prosecution agreements*. La sentenza ha impiegato quale elemento fondante del suo edificio motivazionale la presunta incompatibilità sostanziale tra il sistema punitivo degli individui e quello degli enti collettivi: il primo, in cui si colloca il *probation*, riconducibile alla materia penale in senso stretto; il secondo ad un *tertium genus*, che coniuga i tratti essenziali del sistema penale con quello amministrativo. Merita di essere sottolineato lo scetticismo che la Suprema Corte lascia trasparire sulla credibilità logica della rieducazione dell'ente, nonostante la previsione di circostanze attenuanti legate all'adozione di un modello organizzativo *ex post* tradisce anche la funzione *lato sensu* rieducativa delle sanzioni 231, per quanto, come è ovvio, il concetto di rieducazione richieda qualche adattamento quando viene riferito ad un soggetto – per dirla come la Suprema Corte – «privo di sostrato psicofisico». Sul punto si rinvia per un approfondimento a M. MOSSA VERRE, *La "messa alla prova" degli enti collettivi è esclusa anche dalla Cassazione a Sezioni Unite*, in *Sist. pen.*, 10 maggio 2023, 195 ss. Certo, deve osservarsi che nonostante la riferita decisione del massimo consesso di legittimità, il filone giurisprudenziale favorevole alla *diversion* si va arricchendo di nuove pronunce, fra cui merita di essere segnalata quella recentemente emessa dal Tribunale di Perugia, con un'ordinanza del 7 febbraio 2024 (in www.giurisprudenzapenale.com, 8 febbraio 2024) con cui si è ritenuto di discostarsi dalla soluzione adottata dalle Sezioni Unite, riaffermandosi la possibilità di estendere per via analogica la messa alla prova agli enti.

nella definizione dei contenuti dell'accordo di sospensione del processo, sia in fase di preparazione del programma trattamentale che successivamente, per integrarlo e modificarlo⁶⁴.

D'altronde, non a caso, tale ipotesi risulta attualmente al vaglio della Commissione ministeriale di riforma del d.lgs. 231/01 con lo scopo di sviluppare una prospettiva premiale e riparativa incentrata su una concreta valorizzazione del modello organizzativo⁶⁵, invero assai poco preso in concreta considerazione dalla casistica qui passata in rassegna.

Una seconda strada da percorrere potrebbe invece essere quella di ispirarsi all'esperienza della giustizia riparativa. Invero, nella *restorative justice* l'architettura è rappresentato, non dissimilmente da quanto accade nella "repressione collaborativa", dal programma dialogico sul quale deve poggiare l'accordo che suggella il raggiungimento dell'obiettivo riparatorio. Per entrambi gli schemi, la cifra riparativa dell'accordo si rinviene nel metodo di costruzione che incarna, come definito da parte della dottrina, lo switch dal paradigma sanzionatorio a quello riparativo⁶⁶.

In fondo, la previsione secondo cui l'accertamento del fatto e l'attribuzione della responsabilità alla persona fisica è del tutto autonoma rispetto all'accertamento della responsabilità dell'ente, facilita la collazione del percorso in discussione in una posizione di chiara "alterità" rispetto al tradizionale intervento penale, così come avvenuto per la giustizia riparativa che il nostro legislatore non ha inteso inserire all'interno delle vicende processuali⁶⁷.

⁶⁴ Cfr. E. DAVI, *Compliance, riparazione e diversione. Prime sperimentazioni italiane dei pre-trial agreements nel campo della responsabilità da reato delle imprese*, cit., 73, il quale si rifà alla proposta, avanzata per la prima dalla dottrina (cfr. G. FIDELBO - R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 4, 3 ss.) che ha riscosso largo consenso nella comunità scientifica, nella prospettiva di rinvigorire la filosofia special-preventiva del "Decreto 231" e ampliare il ventaglio delle risposte ordinamentali al crimine d'impresa con l'inserimento di un modulo di intervento di tipo terapeutico-riabilitativo. Sarebbe pertanto auspicabile, si afferma, modellare l'istituto sulle fattezze del soggetto meta-individuale, senza correre il rischio di snaturare quello previsto per la persona fisica ed evitare l'attività creativa del giudice nella declinazione dei presupposti sostanziali e processuali per l'ammissione alla prova. Per una completa disamina degli aspetti di tale proposta si rinvia a rinviare a E. DAVI, *Il lavoro di pubblica utilità come sanzione sostitutiva delle pene detentive brevi*, in *Riv. pen.*, 2023, 2, 124 ss.

⁶⁵ Il progetto di revisione dell'impianto del D.lgs. 231/2001, redatto da un Tavolo Tecnico istituito ad hoc presso il Ministero di Giustizia, è ora all'attenzione del Ministro Nordio e parte dal presupposto che l'attuale normativa in tema di Responsabilità Amministrativa degli Enti rappresenta oggi uno strumento fortemente repressivo e dai confini incerti. Non risulta ancora pubblicata la bozza di proposta di riforma, conoscendosi solo piccoli stralci. Per un approfondimento si rinvia comunque a: *Decreto 231, pronta la riforma*, *Il Sole 24 ORE* del 14 aprile 2025, www.ilsole24ore.com.

⁶⁶ V. BONINI, *Il modello di giustizia riparativa concepito nel d.lgs. n. 150/22*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, 5, 4 ss.

⁶⁷ Come osservato da V. BONINI, *Il modello di giustizia riparativa concepito nel d.lgs. n. 150/22*, cit., 4 ss., sono stati previsti ora degli "istituti-vettore" della giustizia riparativa nel codice di rito, ora degli "istituti-ospite" dei risultati riparativi (per lo più) nel codice sostanziale. Infatti, La disciplina a tema riparativo inserita nel codice di procedura penale vede assegnato il ruolo di

Anche la repressione collaborativa potrebbe pertanto godere di uno statuto autonomo, che ne disegni precise dinamiche, regolando soprattutto l'esercizio dei poteri del pubblico ministero, collocando tale percorso al di fuori di quello relativo all'accertamento della responsabilità. Così facendo, si eliderebbe l'attuale uso strumentale della minaccia del processo. Ben si potrebbe, pertanto, dare rilievo alla convergenza verso la scelta di una costruzione olistica⁶⁸: anche la repressione collaborativa, così come è avvenuto per la *restorative justice*, potrebbe assegnare un ruolo centrale al processo riparativo, il quale interloquirebbe con il sistema di giustizia penale per riversarvi i risultati riparativi potenzialmente rilevanti in *bonam partem*, pur restandone di fatto avulso.

In sostanza, sia la giustizia riparativa che la repressione collaborativa si distinguono dal processo vero e proprio per marcate specificità, nonostante la loro caratura procedimentale proietti principi tipici del diritto processuale penale. In ogni caso, l'azienda che collaborerebbe con l'autorità giudiziaria, adeguando o adottando per la prima volta il proprio modello organizzativo non potrebbe contare sul fatto che ciò comporterebbe l'esclusione della punibilità. Potrebbe tutt'al più ipotizzarsi o una forma di attenuazione della pena o piuttosto l'esclusione di sanzioni accessorie che potrebbe essere rafforzata in una ottica di riforma generale.

Suggestiva risulterebbe comunque l'ipotesi della creazione di una nuova "stanza della repressione collaborativa", in cui le parti siano poste in condizioni di relazionarsi secondo dinamiche orizzontali, prive di qualsiasi gerarchizzazione degli interessi o velatura autoritativa delle modalità di intervento.

Peccando di utopia, si potrebbe persino pensare di collocare il giudice in una diversa posizione di equi-prossimità: egli non ordinerebbe, non prescriverebbe, non disporrebbe, ma potrebbe aiutare le parti ad individuare il percorso di bonifica aziendale migliore, assicurando un concreto contemporaneo delle rispettive esigenze, in considerazione delle contingenze del mercato di riferimento.

pivot all'art. 129 *bis*, al quale si aggiunge una corposa serie di previsioni che adempiono agli oneri informativi che l'autorità devono ossequiare in favore dell'indagato/imputato/condannato e della vittima di reato mentre non sono stati conati nuovi istituti per accogliere risultati riparativi, ma a questi è stato assegnato rilievo, ora in sede di commisurazione della pena, ora in prospettiva liberatoria all'interno di schemi già noti: così, l'accordo riparativo dovrà essere valorizzato dal giudice nell'operazione di cui all'art. 133 c.p. (cfr. art. 58, d.lgs. n. 150/2022), come attenuante ai sensi dell'art. 62 n. 6 c.p., ai fini della concessione della sospensione condizionale c.d. breve di cui all'art. 163, ult. comma c.p., ma produrrà anche effetti liberatori in forza dell'equiparazione alla remissione di querela ai sensi dell'art. 152 c.p., in combinazione con gli adempimenti interni al programma di messa alla prova di cui all'art. 464-*bis* c.p.p., ovvero, laddove sia apprezzato come post-fatto significativo della particolare tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.

⁶⁸ V. P. MCCOILD, *Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice: a Reply to the Maximalist Model*, in *Contemporary Justice Review*, 2000, 357 ss.; S.M. MURPHY - M.P. SENG, *Restorative Justice in Practice. A Holistic Approach*, Lake Mary, 2015.

Sussiste tuttavia una ulteriore, la terza, opzione di sistematizzazione, in realtà solo in parte alternativa a quelle appena formulate, che avrebbe ad oggetto lo scorporo degli istituti dell'amministrazione e del controllo giudiziario dal d.lgs. n. 159/2011 con una loro ricollocazione nell'ambito della disciplina che regola la responsabilità degli enti.

Alla base di questa proposta si colloca la necessità, opportunamente segnalata da una parte della dottrina⁶⁹, di guardare al fenomeno del contrasto ai crimini di impresa in modo più organico e meno frammentario, resistendo alla tentazione di pensare che l'uso di una certa risolutezza nella gestione diretta o indiretta delle aziende coinvolte in attività illecite sia legittimata dal fatto di trovarsi di fronte a realtà che necessitano di una ristrutturazione radicale poiché profondamente contaminate dall'illegalità.

L'attuale assetto normativo determina, invero, un naturale appiattimento nel modo di approcciare la criminalità economica alla stregua di quella mafiosa, la quale presenta, invece, caratteristiche del tutto peculiari e tali da rendere l'azione di risanamento e bonifica percorribile attraverso modalità e tempi ben diversi⁷⁰. La continuità gestoria volta a favorire, come dimostra proprio l'esperienza ambrosiana, il risanamento aziendale e la piena collaborazione con l'autorità giudiziaria deve, al contrario, essere scongiurata nelle aziende profondamente contaminate dall'infiltrazione della criminalità organizzata, in cui non è praticabile alcuna opera di bonifica attraverso la precedente *governance*. L'ipotizzata ricollocazione consentirebbe inoltre di irrobustire la vocazione preventiva della disciplina di cui al d.lgs. n. 231/01⁷¹ che allo stato è circoscritta ai soli casi di adozione postuma del modello, come previsto dagli artt. 12 e 17, e al commissariamento giudiziale, di cui all'art. 15 del citato decreto. Nell'ambito della responsabilità degli enti vigono meccanismi e presupposti diversi rispetto a quelli che attengono alla responsabilità della persona fisica, con un ruolo primario assegnato nel sistema della 231 alla funzione special preventiva in chiave "rieducativa", mentre rimane in disparte il momento retributivo e afflittivo della sanzione⁷², come d'altronde si evince

⁶⁹ A. MERLO, *Contrastare lo sfruttamento del lavoro attraverso gli strumenti della prevenzione patrimoniale*, cit., 173 ss.

⁷⁰ Sul punto si rinvia per tutti a M. GALLI, *La giustizia dell'incapacitazione economica alla prova dei suoi effetti: verso una prevenzione sostenibile?*, in *Sicurezza, legalità ed economia*, a cura di A. Sterpa - A. Coiante, Napoli, 2020, 81 ss., secondo il quale, l'evoluzione dell'azione pubblica di contrasto alla criminalità economica è stata caratterizzata da due movimenti: il primo procede nel senso di una lotta senza frontiere alla criminalità del profitto ed è caratterizzato da una progressiva espansione della "giustizia dell'incapacitazione economica"; il secondo e più recente muove invece nella direzione di portare l'attività di contrasto al crimine d'impresa a un livello di maggiore sostenibilità economica, sociale e giuridica.

⁷¹ Sostanzialmente di questa opinione anche N. SELVAGGI, *Criminalità organizzata e responsabilità dell'ente*, in *Riv. trim. dir. penale dell'economia*, 2020, 719 ss., il quale afferma che l'approccio che guarda al recupero dell'impresa, lungi dall'essere circoscritto alle sole misure patrimoniali antimafia, intercetta una linea di tendenza destinata da avere una «presa generale» sul sistema.

⁷² Sul punto si registra una certa convergenza della dottrina fra cui si segnala, fra i più di recente,

proprio dalla casistica qui presa in considerazione. Per le caratteristiche precedentemente passate in rassegna, sia l'amministrazione ma soprattutto il controllo giudiziario, ricondotti all'interno della disciplina della responsabilità degli enti, potrebbe pertanto costituire quel canale interno entro cui convogliare l'esperienza statunitense degli "accordi di diversione" che gli uffici giudiziari milanesi stanno di fatto sperimentando in assenza di uno specifico adeguamento normativo. Invero, l'istituto del controllo giudiziario, se utilizzato senza manie di protagonismo, può senz'altro fungere da potentissimo strumento per la bonifica delle diverse forme di illegalità aziendale legate ai reati economici, avendo dimostrato di sapersi ben adattare al di fuori del perimetro della legislazione antimafia.

Non risulta superfluo sottolineare come il controllo giudiziario non sarebbe un *commodus discessus* per l'azienda, trattandosi pur sempre di un intervento particolarmente invasivo in grado di metterla a nudo dinanzi agli occhi dell'autorità giudiziaria, che potrebbe facilmente giungere a scoprire altre pratiche aziendali illecite⁷³. Pertanto, sebbene l'accesso al controllo dia all'ente una *chance* concreta di conseguire la non punibilità, ciò non significherebbe disincentivare la preventiva adozione dei modelli organizzativi poiché tale scelta comporterebbe per l'azienda il rischio di assai più facile esposizione per un periodo di tempo piuttosto lungo alla sorveglianza giudiziaria in caso di contestazioni di condotte penalmente rilevanti; prospettiva non certo allettante per l'impresa.

La creazione di un modello organizzativo mai adottato richiederebbe tempi assai più lunghi rispetto allo scenario di una sua "mera" implementazione. Va pertanto esclusa, a giudizio dello scrivente, la convenienza della società a non investire in *compliance* preventiva.

Ove il legislatore si convincesse della bontà di questa strada, si dovrebbe necessariamente procedere alla ricalibrazione dell'istituto, cosa che fra l'altro consentirebbe anche una più attenta fissazione dei poteri dell'amministratore e del controllore giudiziario, allo stato troppo schiacciati sulla sola ipotesi dell'azienda oggetto di infiltrazione mafiosa.

Non di meno, a prescindere da quale delle diverse opzioni si voglia coltivare, per un efficace rafforzamento degli strumenti di contrasto alla criminalità economica, non meno indispensabile risulterebbe un'opera di forma-

A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. n. 231*, Torino, 2022; J.M. SILVA SÁNCHEZ, *¿"Quia peccatum est" o "ne peccetur"? Una modesta llamada de atención al Tribunal Supremo sobre la "pena" corporativa*, in *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, 2021, 1, VI-I; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2022, 291; L. RICCI - A. SAVARINO, *Limiti e potenzialità della restorative justice nel sistema "231". Spunti per una riflessione sulla scia della riforma Cartabia*, in *Legislaz. pen.*, 2022; A. ESPOSITO, *Assetti societari e rischio penale. Frammenti per la ricostruzione di un modello integrato di organizzazione e gestione*, Torino, 2022, 159 ss.

⁷³ Cfr. M. MAZZAMUTO, *Il salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa*, in *Sist. pen.*, 3 marzo 2020, 11 ss.

zione molto più specifica della magistratura che possa portarla ad acquisire un grado di conoscenza della realtà aziendale e delle sue dinamiche che ad oggi francamente non possiede, non riuscendo, ad esempio, salve rarissime illuminate eccezioni, a valorizzare appieno il ricorso all'adozione di sistemi di *compliance* integrata come concreto strumento in grado di accompagnare al meglio l'azione di bonifica dell'azienda⁷⁴.

In conclusione, giova ribadire che se la metodologia perseguita dagli uffici giudiziari di Milano ispirata alla definizione delle vicende di criminalità economica al di fuori del processo vero e proprio, grazie ad azioni di *self cleaning*, offre degli spunti di sicuro interesse, occorre imprescindibilmente fare in modo che essa non favorisca, come già sperimentato dall'esperienza americana, tracimazioni da parte della magistratura verso compiti che non deve ricoprire per non entrare in collisione col principio di libertà di iniziativa economica fissato dall'art. 41 Cost.⁷⁵.

⁷⁴ Si rinvia per tutti a A. ESPOSITO, *Assetti societari e rischio penale. Frammenti per la ricostruzione di un modello integrato di organizzazione e gestione*, cit., 159 ss.

⁷⁵ Ribadisce la necessità di scongiurare tale pericolo, E. DAVI, *Compliance, riparazione e diversione. Prime sperimentazioni italiane dei pre-trial agreements nel campo della responsabilità da reato delle imprese*, cit., 107 ss., il quale assume, in senso adesivo a quanto qui sostenuto, come bisogna fare tesoro dell'esperienza dei *pre-trial agreements* statunitensi, dove s'è visto come lo strumento negoziale si è spesso rivelato un cavallo di Troia che ha consentito al prosecutor di penetrare indisturbato all'interno della struttura aziendale e sedere nei consigli di amministrazione per il tramite dei suoi monitor. Sembra quasi paradossale che strumenti nati nel contesto neoliberale di delega al privato di compiti normalmente propri dell'autorità pubblica – compiti normativi, investigativi e sanzionatori – si sia tradotti in una forma di neo-interventismo statale in economia. L'Autore ricorda altresì come i *pre-trial agreements* siano un fenomeno complesso e contraddittorio, che può essere letto, al contempo, come forma di neointerventismo statale in economia e come vittoria del mercato sulla giustizia. E ciò a seconda di come viene interpretato dal prosecutor che, in questo contesto evolutivo, si sveste degli abiti dell'investigatore e assume quello dell'attore del mercato. Talora interpretando un ruolo particolarmente interventista e incisivo, talaltra rimanendo dietro le quinte e lasciando la scena al mercato, preoccupandosi solo di evitare il fallimento dell'impresa attinta da una notizia di reato. L'Autore ritiene tuttavia, in disaccordo con quanto qui sostenuto, che in Italia il timore che si ripetano simili distorsioni va tuttavia ridimensionato. Anzitutto perché il ruolo principale della vicenda non è assegnato al pubblico ministero, ma al giudice, quale soggetto terzo e imparziale. Circostanza questa smentita dall'analisi della casistica presa in rassegna. Inoltre, sempre a giudizio dell'Autore, si sarebbe visto come la giurisprudenza italiana abbia interpretato le ipotesi di commissariamento e monitoraggio delle imprese già esistenti in modo conforme ai principi di proporzionalità e del minimo mezzo, molto spesso perimetrando il loro campo operativo a quella singola articolazione, funzione o attività interessata dalla manifestazione criminale, in modo da preservare per quanto possibile la libera iniziativa economica. Anche tale circostanza risulta del tutto smentita dalla vicenda che ha interessato il terzo caso qui preso in rassegna. Tuttavia, in sede di conclusioni, lo stesso autore afferma che l'introduzione per via legislativa di uno strumento negoziale per governare le conseguenze di un illecito commesso nel contesto aziendale contribuirebbe ad arginare le distorsioni eversive del sistema che già si stanno evidenziando nella prassi della giurisprudenza di merito, a cui si aggiunge l'ulteriore rischio che, nel confronto fra l'azienda e il pubblico ministero finalizzato al superamento della misura dell'amministrazione o del controllo oltre che dell'inazione, quest'ultimo non è gravato da alcuna forma di vincolatività rispetto alle richieste che formula all'azienda rispetto al percorso di bonifica e pertanto, in assenza di conseguenze giuridiche, egli resta libero

Le soluzioni appena prospettate rappresentano evidentemente un mero spunto di riflessione, formulare con l'auspicio che il legislatore riesca a valorizzare appieno un *corretto* uso degli strumenti della repressione collaborativa, coerentemente alla loro natura sostanzialmente negoziale, riuscendo, da un lato, a limitare il ricorso alla minaccia del processo come strumento di pressione indebita senza, dall'altro lato, rinunciare a perseguire l'auto-regolamentazione delle società coinvolte in vicende di rilevanza penale, scongiurando nefasti provvedimenti di spossessamento⁷⁶. Ciò che davvero conta è che qualunque soluzione di sistematizzazione sarà assunta, essa dovrà rappresentare il giusto punto di equilibrio tra «sorveglianza e libertà»⁷⁷, mettendo opportunamente a frutto quanto ci restituisce l'esperienza d'oltreoceano dei *deferred* e dei *non prosecution agreements*.

di decidere se adempiere o meno all'accordo assunto, sicché l'azienda rischia di restare del tutto priva di tutela.

⁷⁶ Come riportato da R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, cit., 15, da un'indagine statistica assai interessante, è emerso che i *deferred* e i *non prosecution agreements* sinora più convenienti per le imprese, sono quelli siglati con i colossi finanziari statunitensi. Il Dipartimento di Giustizia, infatti, si è mostrato maggiormente severo quando ha avuto a che fare con società straniere: il ricorso a questo genere di accordo è meno frequente e, anche quando lo si impieghi, l'importo delle sanzioni pecuniarie, a parità delle altre condizioni, è sensibilmente più alto. Così, B.L. GARRETT, *Too Big To Jail*, cit., 55. Dello stesso autore, B.L. GARRETT, *Globalized Corporate Prosecutions*, in *Va. L. Rev.*, 2011, 97, 1775. Va da sé che quanto sin qui affermato sul piano dell'analisi critica, cede di fronte a situazioni limite, in cui non ci si trovi di fronte a una società di medie o anche grandi dimensioni, ma magari di fronte a veri e propri colossi del settore economico, rispetto alle quali la scelta di pagare sanzioni pecuniarie apparentemente assai elevate produrrebbe effetti ben più modeste di quelle che verrebbero applicate dai giudici e certamente inferiori al profitto conseguito dalle condotte illecite.

⁷⁷ Tematica invero già perlustrata da SERENI, *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del controllo penale*, Torino, 2016, in particolare a p. 67 e poi ripresa dal più volte citato A. MERLO, *Contrastare lo sfruttamento del lavoro attraverso gli strumenti della prevenzione patrimoniale*, cit.

