

LA CONVENZIONE GIUDIZIARIA DI INTERESSE PUBBLICO (CJIP): ASPETTANDO LA TRANSAZIONE PENALE^(*)

di César Ghénassia ed Emilio Sacchi

Abstract. *Con la Convenzione giudiziaria di interesse pubblico, il Legislatore francese ha introdotto, con ritardo e riserva, un meccanismo di transazione nell'ambito del diritto penale e, più precisamente, in materia di corruzione, traffico d'influenza e riciclaggio di proventi derivanti dalla frode fiscale. Prendendo atto del fallimento della lotta contro la corruzione in Francia, ancor di più se paragonato all'efficacia delle legislazioni straniere nella medesima materia, si rendeva necessario procedere ad una imponente riforma del sistema, volgendo soprattutto lo sguardo ad un particolare destinatario, ovvero le società francesi. In tale ambito, la transazione di nuova introduzione, che da una parte tende a stimolare le imprese ad adottare, preventivamente, dei programmi di conformità, e dall'altra consente, quale ulteriore incentivo, il pagamento di una sanzione per interrompere l'eventuale azione penale, il tutto senza alcun riconoscimento di colpevolezza, contribuisce ad intervenire sulle società medesime. Non si tratta invero, all'esito del noto iter giudiziario orientato verso l'accertamento della verità, di punire e riparare oppure, nel dubbio, di dismettere l'azione penale medesima, ma diversamente di imporre, al termine di una valutazione economica e razionale del rischio, una normalizzazione del comportamento delle imprese. Questo nuovo orientamento, associato ai nuovi modelli di giustizia predittiva, richiede un adattamento sia dei ruoli dell'avvocato sia di quelli dei magistrati. Orbene, è necessario tuttavia rilevare come, a causa della sua struttura, della sua storia, e delle sue abitudini, il sistema giudiziario francese sia refrattario ad accettare e recepire concretamente tale cambiamento, al punto che tale la riforma, che è già stata votata, rischia di scontrarsi con la realtà.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dalla mancata conformità alla CJIP. – 2.1. Opportunità della CJIP. – 2.2. Validità della CJIP. – 3. Dalla CJIP alla conformità. – 3.1 Vantaggi concorrenziali della CJIP. – 3.2 Inconvenienti concorrenziali della CJIP. – 4. Breve confronto con la normativa italiana.

* Il presente contributo costituisce la traduzione in lingua italiana, con lievi modifiche, del lavoro di C. GHÉNASSIA – K. EL GOHARI, *La convention judiciaire d'intérêt public: en attendant la transaction pénale*, già edito – prima della pubblicazione del decreto di applicazione della riforma – nella rivista francese *LAMY Droit pénal des affaires*, n°125, aprile 2017, pp. 40-47; ringraziamo l'editore e i direttori dell'opera per averne consentito la ripubblicazione sulla *nostra Rivista*. Trattandosi di lavoro già edito in quella sede, il contributo non è stato sottoposto alla procedura di *peer review* prevista dalla *nostra Rivista*.

1. Introduzione.

Ai sensi dell'art. 5 del codice dei delitti e delle pene del 3 Brumaio dell'anno IV, "l'azione pubblica ha per oggetto di punire le violazioni compiute all'ordine pubblico. Essa appartiene essenzialmente al popolo. Essa è esercitata in suo nome da funzionari specialmente destinati a questo scopo¹. "Dalla lettura della norma in parola si evince chiaramente come lo scopo principe del diritto penale sia, innanzitutto, il diritto di punire e, per l'effetto e senza dubbio alcuno, l'estrinsecazione di una delle forme più forti ed a tratti quasi violente della sovranità. Non solo, la norma indica chiaramente come la sovranità medesima non appartenga a coloro che hanno per missione di perseguire e reprimere i delitti e i crimini, e come questi possano agire soltanto nello stretto quadro di tale mandato, fornendo il generale messaggio che l'azione penale è indisponibile e incedibile².

In questa prospettiva, l'idea che una persona possa evitare l'azione penale o liberarsi dall'azione giudiziale, accordandosi con i soggetti che, in nome della società, hanno l'incarico di "punire", non può che sorprendere, o addirittura lasciare perplessi. Ad ogni buon conto, nonostante l'evoluzione del diritto penale abbia portato lo stesso a non avere quale unico scopo quello di reprimere le condotte delittuose, ma anche volgere lo sguardo alle libertà individuali, alla presunzione di innocenza e al reinserimento dei condannati nella società, la soluzione in parole può far nascere dubbi e perplessità secondo un doppio punto di vista: quello di una pena senza colpevolezza e quello di una colpevolezza senza ammissione³.

Non solo, vale la pena sottolineare come la realtà giudiziaria sia più sfumata di quanto sembri ad un primo sguardo, considerato che, da una parte, il diritto francese gode di numerose eccezioni e temperamenti al predetto principio, e dall'altra, le imprese francesi che hanno un'attività internazionale, sono potenzialmente sottoposte ad altre giurisdizioni.

A riprova di quanto appena *supra* affermato, si ricorda come ai sensi dell'art. 31 c.p.p. francese (di seguito "c.p.p.f.") è stabilito che se "il pubblico ministero esercita l'azione penale e richiede l'applicazione della legge", egli conserva, conformemente al principio di opportunità dell'azione penale (art. 40-1 c.p.p.f.), la facoltà di non perseguire gli autori delle violazioni⁴. Sul punto giova altresì ricordare che il principio dell'opportunità dell'azione penale, giudicato compatibile con le esigenze di un equo

¹ Cfr. Codice dei delitti e delle pene del 3 Brumaio, anno 4, (25 ottobre 1795) contenente le leggi relative all'istruzione degli affari criminali.

² Sul punto: Cédric RIBEYRE, *Azione pubblica e azione civile*, in *Juris classeur*, fascicolo 20, paragrafo 13; J. LEBLOIS-HAPPE, *Dalla transazione penale alla composizione penale: JCP G2000*, dottrina 198 "l'azione per l'applicazione delle pene appartiene, secondo l'opinione comune, alla società, non al pubblico ministero, che ha semplicemente per missione di esercitarla. Solo quest'ultima ha, di conseguenza, il diritto di disporre".

³ Per quanto concerne il passaggio da una società di sovranità a una società disciplinare vedasi Michel FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, 1975, ed. Gallimard.

⁴ Vedasi Frédéric DESPORTES – Laurence LAZERGUES-COUSQUER, *Trattato di procedura penale*, Edizioni Economica, paragrafi 1138 e seguenti.

processo⁵, ha trovato il suo sostegno, in Francia, sia nella pratica del pubblico ministero sia nella giurisprudenza, ben prima di essere consacrato dalla legge. Ed invero, dal 1826, la sezione penale della Corte di Cassazione ha stabilito che “il legislatore non ha voluto costringere i rappresentanti del pubblico ministero ad avviare delle azioni penali di ufficio e senza l’intervento delle parti civili su tutte le denunce, anche le meno gravi e insignificanti; su denunce che non interessano affatto l’ordine pubblico e che spesso hanno soltanto lo scopo di soddisfare le passioni o l’odio dei singoli, gli interessi di vanità o d’amor proprio o di procurare, a spese dello Stato e senza alcun tipo di utilità per l’ordine sociale, la riparazione di qualche torto, lieve, patito dai singoli”⁶.

Peraltro, quale eccezione rispetto al principio dell’assenza di disposizione dell’azione penale, l’articolo 6 c.p.p.f. prevede, dal 1958, che l’azione penale possa estinguersi con transazione quando la legge lo dispone espressamente⁷.

Non solo, si ricorda altresì come a talune amministrazioni, che possono in taluni casi eccezionali promuovere l’azione penale, venga riconosciuto il potere di effettuare una transazione invece che dar seguito al procedimento promosso; tra queste si annoverano le condotte di competenza dell’Amministrazione delle Foreste (art. L.153-2 del codice forestale), quelle in materia di pesca (art. L.437-14 del codice dell’ambiente), quelle che violano norme concernenti la salute pubblica, i reati in ambito veterinario e relativi alla protezione dei vegetali (art. L.205-10 del codice rurale e della pesca marittima), in materia di viabilità, (art. L.116-8 codice della viabilità stradale), nonché le azioni discriminatorie (leggi n° 2004-1486 del 30 dicembre 2004 e n.2011-333 del 29 marzo 2011 concernenti i difensori dei diritti) ed infine quelle in materia di concorrenza e consumo (L.470-4-1 del codice del commercio).

Parimenti, a seguito delle modifiche introdotte nell’anno 2006, il Sindaco ha la facoltà, in materia di contravvenzioni di polizia municipale commesse in pregiudizio dei beni del Comune, di proporre all’autore della condotta una transazione attraverso la riparazione del pregiudizio arrecato, ovvero l’esecuzione di un lavoro non remunerato a favore del Comune⁸.

Ed ancora, gli ufficiali di polizia giudiziaria, in ossequio del nuovo articolo 41-1-1 c.p.p.f., hanno la facoltà di transigere con persone fisiche e giuridiche nell’ambito di procedimenti penali inerenti le contravvenzioni previste dal codice penale – ad eccezione delle contravvenzioni previste dal codice penale per le quali l’azione pubblica si esaurisce con il pagamento di un’ammenda forfettaria – nonché i delitti previsti dal codice penale e puniti con una pena dell’ammenda o dell’arresto di almeno

⁵ Cass. Crim. 21 settembre 1993, n° 92-85854, 92-85855, 92-85856

⁶ Crim., 8 dicembre 1826, B, n° 250

⁷ Sul punto vedasi E. DEZEUZE – G. PELLEGRIN, *Estensione dell’ambito della transazione penale: la convenzione giudiziaria d’interesse pubblico. A proposito della legge n° 2016-1691 del 9 dicembre 2016*, in *La semaine juridique*, edizione generale n° 3, 16 gennaio 2017, dottrina 64.

⁸ Vedasi Legge n° 2006-396 del 31 marzo 2006, art. L. 51; *Giornale Ufficiale* del 2 aprile 2006, JCP 2006, atto 154, sintesi G. AUZERO; art. L44-1 c.p.p.

un anno, fatte salve le fattispecie delittuose in materia di oltraggio, di uso di stupefacenti e di occupazione di gruppo di ingressi e tetti di immobili ad uso abitativo⁹.

Da ultimo, e non certo per scarsa rilevanza, anzi, l'ordinamento giuridico prevede che l'autorità giudiziaria non possa perseguire determinate violazioni senza una preventiva denuncia dell'Amministrazione competente. Ed invero, in caso di frode alla legislazione e alla normativa delle relazioni finanziarie con l'estero (di cui all'art. 458 del Codice delle dogane), è necessaria, ai fini della procedibilità, una denuncia del Ministero dell'Economia e delle Finanze, o di uno dei suoi rappresentanti autorizzati; in materia, invece, di violazioni penali concernenti imposte¹⁰, è necessaria non solo la denuncia dell'amministrazione fiscale, ma altresì il preventivo parere in tal senso della commissione per le infrazioni fiscali¹¹.

In secondo luogo, volgendo lo sguardo all'ordinamento internazionale, è importante ricordare che gli Stati, coscienti del fatto che nuove minacce transfrontaliere – ad opera della criminalità organizzata e del terrorismo – incombono sulla sicurezza dei loro popoli, o addirittura, per alcuni fra loro, sulla loro stessa sovranità, hanno stipulato un rilevante numero di convenzioni internazionali volte ad assicurare una cooperazione internazionale rafforzata. Tra queste si annoverano quelle in materia di lotta al terrorismo, al riciclaggio o, ancora, alla corruzione.

Uno degli effetti innovativi conseguenti alla stipula di tali convenzioni è la diffusa introduzione a carico degli operatori economici degli obblighi di vigilanza o di denuncia¹².

⁹ La norma in parole è la Legge n° 2014-896 del 15 agosto 2014, art. 35; per quanto concerne alcuni approfondimenti in materia, vedasi: *Giornale Ufficiale* del 10 agosto 2014, JCP 2014, dottrina 952, J. PRADEL, art. 41-1-1, art. da R.15-33-37-1 a R.15-33-37-6. *“Questo elenco comprendeva inizialmente il furto semplice di un oggetto il cui valore era inferiore a quello fissato per decreto, disposizioni dichiarate incostituzionali dal Consiglio Costituzionale, con il motivo che rinviando al potere regolamentare, senza limite, il campo di applicazione della procedura che ha per oggetto l'estinzione dell'azione pubblica, il Legislatore ha disconosciuto la sua competenza sulle condizioni che riguardano l'uguaglianza rispetto alla procedura penale (Consiglio Costituzionale, 23 settembre 2016, n° 2016-596 QPC)”*; E. DEZEUZE – G. PELLEGRIN, *op. cit.*: *“La transazione da parte dell'ufficiale di polizia giudiziaria è stato accolto con una certa circospezione dalla dottrina e dagli specialisti della materia, molti dei quali attendevano, per pronunciarsi, la pubblicazione del decreto di applicazione, che, giunto un anno più tardi, non sembrava rispondere agli interrogativi, questi ultimi relativi ai ruoli rispettivi dell'ufficiale di polizia giudiziaria, del Procuratore, o ancora ai diritti della difesa e della vittima nell'udienza dell'omologazione. In assenza di circolare di applicazione, da una parte, di un primo riscontro della pratica dei pubblici ministeri delle giurisdizioni, dall'altra, l'attesa rimane intatta”*. Relativamente a tale ultima affermazione si rimanda, a titolo esemplificativo, a JB. PERRIER, *La transazione penale dell'articolo 41-1-1 del Codice di procedura penale, buona idea o strumento pericoloso?*, *Dalloz*, 2014, p. 2182; C. MIANSONI, *La transazione da parte dell'ufficiale di polizia giudiziaria (o OPJ)*, *AJP* 2015, p. 469; H. ROUIDI, *Del potere dell'OPJ di transigere sull'azione penale*, in *Diritto penale* 2016, studio 2.

¹⁰ Cédric RIBEYRE, CGI, art. 1741, e LPF, art. L. 226 et s., spec. LPF, art. L. 228, in *Juris classeur Azione pubblica e azione civile*, fascicolo 20.

¹¹ In merito al carattere obbligatorio di tale parere, vedasi Cass. Crim., 26 febbraio 1990: *Boll. crim.* 1990, n°95.

¹² In particolare si richiama la Legge Sarbanes-Oxley, che si applica a qualsiasi società quotata in Borsa negli Stati Uniti e che prevede la responsabilità penale di tutte le persone implicate nella dichiarazione di bilanci fraudolenti, ivi compresi i giuristi e revisori esterni alle società interessate; vedasi altresì N. NORBERG, *Imprese multinazionali e leggi extraterritoriali: l'interazione tra il diritto americano e il diritto*

È doveroso sottolineare come, in materia di corruzione, le società francesi si trovino soggette all'autorità di numerose legislazioni straniere, tra le quali spiccano quella americana¹³, quella britannica¹⁴, ed infine quella olandese¹⁵.

Proprio sulla scorta di quanto appena *supra* affermato e della normativa richiamata, si rappresenta come – a mero titolo esemplificativo – ALSTOM France ha transato con le autorità americane, nel dicembre 2014, per fatti che hanno avuto luogo in Indonesia, Arabia Saudita, Egitto e Bahamas, un'ammenda di 772 milioni di dollari americani; TOTAL SA France, nel maggio 2013, per fatti che hanno avuto luogo in Iran, per circa 398 milioni di dollari americani; ed ancora TECHNIP e soci di joints ventures, nel giugno 2010, per fatti che hanno avuto luogo in Iran, per circa 338 milioni di dollari americani per TECHNIP e 917 milioni di dollari americani per i soci¹⁶.

Nello stesso tempo e sin dall'anno 2000, nessuna condanna definitiva per il capo di corruzione di funzionario pubblico straniero è stata pronunciata da una giurisdizione francese contro una persona giuridica¹⁷.

Emerge quindi *ictu oculi* come, da una parte, la Francia avesse dato prova, da più di quindici anni, di essere impotente a reprimere internamente le condotte corruttive poste in essere nell'ambito delle proprie imprese¹⁸ – che venivano invece perseguite all'estero –, e, dall'altra, tali imprese, mettendo in conto tale rischio e anticipandolo, avessero adottato, di propria iniziativa, delle carte aziendali, dei codici di condotta, dei programmi di “*compliance*”, destinati non soltanto a ridurre il rischio di

internazionale, in *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 739; da ultimo, in materia di riciclaggio, C. GHRÉNASSIA, *Riciclaggio e avvocati: dalla fiducia al sospetto*, in *RLDA* 4652, numero 83, giugno 2013.

¹³ Vedasi K. BERGER – P. LELLOUCHE, *Rapporto di informazione sull'extraterritorialità di alcune leggi degli Stati Uniti: Rapp. AN*, 5 ottobre 2016.

¹⁴ Si rimanda alla normativa UKBA, entrata in vigore il 1° luglio 2011 che recita “ogni persona giuridica francese che abbia un'attività, anche parziale, nel Regno Unito, può vedere impegnata la propria responsabilità, se una delle “persone associate” è responsabile di atti o di tentativi di corruzione compiuti con lo scopo di ottenere un appalto o un vantaggio commerciale per la persona giuridica”. I primi commentatori di questo testo considerano che “importa poco che le persone incriminate non abbiano alcun legame caratterizzato con il Regno Unito” e rilevano che “la nozione di “persona associata” designa una persona “che effettua dei servizi per conto o a nome “dell'entità, per esempio, un dipendente, un agente o una filiale”; Dardy D. e Das O., 3 domande: La nuova legge britannica anti-corruzione (UKBA), *JCP E* 2011, 481: “Le sanzioni previste dalla UKBA comprendono delle ammende, in certi casi senza un limite stabilito, e delle pene detentive fino a dieci anni”.

¹⁵ Vedasi Commissione delle leggi costituzionali, della legislazione e dell'amministrazione generale della Repubblica, 24 maggio 2016, resoconto n°83. Esistono dei meccanismi comparabili di giustizia negoziata in Israele, Brasile, Canada, o ancora in Danimarca, in S. BONIFASSI – G. MASSOULIER, *La nuova procedura di Convenzione giudiziaria d'interesse pubblico*.

¹⁶ I dati sono stati rinvenuti nel Rapporto del Servizio centrale di prevenzione della corruzione 2014.

¹⁷ Legge di ratifica della convenzione sulla lotta alla corruzione dei funzionari pubblici stranieri nella transazione commerciale internazionale, adottata dall'Organizzazione di Cooperazione e Sviluppo Economico (OCDE), il 21 novembre 1997 e ratificata dalla Francia nel 1999.

¹⁸ Vedasi O. DUFOUR, *Quale avvenire per la convenzione giudiziaria di interesse pubblico?*, in *Les Petites affiches: La Francia*, 23^a nella classifica Transparency International.

procedimenti da parte delle leggi straniere sopracitate, ma anche a permettere loro di concorrere ad appalti pubblici stranieri¹⁹.

E proprio in questo contesto ed a causa della situazione di fatto creatasi nel tempo, che l'11 dicembre 2016, si è proceduto ad integrare il nuovo articolo 41-1-2 c.p.p.f., nella parte che regola le attribuzioni del Procuratore della Repubblica, nei seguenti termini: « I. – *Finché l'azione penale non è avviata, il Procuratore della Repubblica può proporre a una persona fisica o giuridica accusata di uno o più reati [di corruzione, traffico d'influenza], per il riciclaggio derivante da infrazioni [di frode fiscale], e per le infrazioni connesse, ad esclusione della [frode fiscale], di concludere una convenzione giudiziaria di interesse pubblico che impone uno o più dei seguenti obblighi: 1° Versare un'ammenda d'interesse pubblico al Tesoro pubblico. L'importo di tale ammenda è fissato in misura proporzionale ai vantaggi ottenuti dalle violazioni constatate, nel limite del 30% del fatturato medio annuale calcolato sui tre ultimi fatturati annuali conosciuti alla data di constatazione di tali violazioni. [...]; 2° Sottoporsi, per una durata massima di tre anni e sotto il controllo dell'Agenzia francese anticorruzione, ad un programma di ripristino della conformità destinato ad assicurarsi dell'esistenza e dell'adozione delle misure e procedure elencate al paragrafo II dell'articolo 131-39-2 del Codice penale.*»

La c.d. “convenzione giudiziaria d'interesse pubblico”, in prima lettura e quando ancora recava il nome di “convenzione di compensazione d'interesse pubblico”, era stata oggetto di un parere sfavorevole del Consiglio di Stato, in data 24 marzo 2016, che si era espresso in tal senso negativo ritenendo “che il dispositivo previsto non permetterebbe alla giustizia penale di assicurare pienamente la sua missione, che è di concorrere alla restaurazione della pace pubblica e alla prevenzione della recidiva. [...] In assenza di contraddittorio e di dibattito pubblico, l'intervento della Giustizia perde il suo valore di esemplarità e la ricerca della verità si trova diminuita”²⁰.

La riforma, tuttavia, è stata “salvata” su iniziativa parlamentare, nonostante il dibattito, promanato e quale conseguenza immediata sia del parere del Consiglio di Stato che – più generalmente – della concezione tradizionale del diritto penale e dello statuto e della missione delle autorità incaricate in Francia dell'azione penale, sia giunto ad un compromesso che, tuttavia, tradisce la reale sostanza di quelle denominazioni successive proposte o individuate dal Legislatore per non chiamare “transazione” ciò che non soltanto gli assomiglia molto, ma che addirittura ha ancor più vocazione ad assomigliargli. Il tutto avviene come se il Legislatore francese non potesse più chiudere gli occhi sulla modernità, sull'influenza e sull'efficacia dei meccanismi stranieri di transazione. Come se le parti in giudizio si fossero già adattate, senza che nel mentre i giuristi avessero smesso di parlarne. Come se, infine, nonostante ciascuno vedesse la totale mancanza di risultati in Francia nella lotta alla corruzione, fosse tuttavia ancora necessario aspettare prima di votare una vera transazione penale.

¹⁹ Sul punto, S. BEAL – M. MARGUERITE – J.-Y. TORCHON. – F. VERDUN, *I rischi giuridici legati all'adozione di un comportamento etico nell'impresa*, in *Cah. dr. entr.*, 2012, Fasc. 4, p. 9.

²⁰ Cfr. Parere del Consiglio di Stato del 24 marzo 2016, n°391.262, §13.

Ad ogni buon conto, nonostante tutte le criticità in questa sede appena accennate, la Convenzione giudiziaria d'interesse pubblico (di seguito, "CJIP"), offrendo alle autorità titolari del potere di promuovere ed esercitare l'azione penale la facoltà – da una parte – di sanzionare senza condannare e – dall'altra – di costringere a un programma di ripristino della conformità, si inserisce, in realtà, nel solco di un moto globale di trasformazione politica, giuridica ed economica del sistema, che, partito da una società di disciplina, sfocia inevitabilmente in una società di controllo²¹.

Questo cammino viene compiuto, tuttavia, senza rinnegare quella che è l'origine, se non l'obiettivo latente, delle giurisdizioni repressive ovvero di ottenere dall'accusato non più soltanto l'ammissione della sua colpa e la penitenza per questa, ma anche una condotta regolata, normata, abituale, per non dire ascetica²².

Orbene, per apprezzare compiutamente ciò che è suscettibile di durare e ciò che, diversamente, rischia di venir meno, bisogna compiere una distinzione tra due momenti, quello che va dalla prevenzione alla sanzione e quello che va dalla sanzione alla prevenzione, ossia la fase che va dalla rilevazione della mancata conformità alla CJIP (cfr. paragrafo n. 1) e quella che va dalla CJIP alla conformità (cfr. paragrafo n. 2).

2. Dalla mancata conformità alla CJIP.

Contrariamente al *modus operandi* adottato dagli ordinamenti stranieri in materia di transazione o "*deferred prosecution agreement*" (di seguito "DPA"), in Francia la scelta di ricorrere alla CJIP, le condizioni di tale ricorso ed il quadro di un'eventuale negoziazione prima della sua approvazione, non sono, ad oggi, definiti da criteri affidabili, in quanto si è rimasti in attesa sia del decreto di applicazione annunciato e non ancora intervenuto, che eventualmente, di una circolare a specificazione dello stesso (1.1). Parimenti, non vi sono validi e chiari riferimenti normativi circa la natura dell'udienza di approvazione della "proposta transattiva" e, più largamente, circa i termini dell'intervento alla CJIP dei rappresentanti delle parti, dei ricorrenti ai sensi della legge, delle "vittime" o, infine, del giudice competente a valutare la proposta (1.2).

2.1. Opportunità della CJIP.

Secondo quanto disposto dall'articolo 41-1-2 c.p.p.f., il Procuratore della Repubblica può proporre a una persona giuridica autrice di talune determinate violazioni, di procedere ad una CJIP, fintanto che l'azione pubblica non sia stata avviata, in altre parole per tutto il periodo che corrisponde, in pratica e salvo casi

²¹ Vedasi sul punto: G. DELEUZE, *Pourparlers. 1972-1990*, ediz. Minuit, p. 236 e seguenti; M. FOUCAULT, *Nascita della Biopolitica. Lezioni al Collège de France 1978-1979*; citando POLANYI: "la principale funzione di un sistema di giurisdizione è governare l'ordine spontaneo della vita economica. La legge deve sviluppare e rafforzare le regole secondo le quali opera il meccanismo competitivo della produzione e della distribuzione", p. 179.

²² M. FOUCAULT, *Del Governo dei viventi. Lezioni al Collège de France 1979-1980*.

eccezionali, all'indagine preliminare. Sul punto vale la pena ricordare che, in origine, durante l'indagine preliminare o "ufficiosa", l'autorità si limitava a delle verifiche sommarie sulla fondatezza ed attendibilità della denuncia. Le ragioni di questa scelta vengono chiaramente identificate dal seguente passo: *"La necessità di trattare nel termine più breve possibile, ovvero in "tempo reale" una massa di indagini sempre più importante, la creazione, a questo scopo, di procedure rapide ed alternative alle incriminazioni, hanno condotto gli specialisti della materia a privilegiare la via dell'inchiesta, la sola adatta all'adozione di nuovi modi di trattamento della delinquenza di massa"*²³.

Nel quadro così delineato si inserisce altresì la previsione normativa secondo cui, in Francia, non solo un'indagine preliminare possa essere avviata sulla base di una semplice informazione anonima²⁴, ma altresì possano essere disposte nell'ambito di tale indagine delle intercettazioni telefoniche a condizione che le stesse vengano soggette a controllo da parte del Giudice delle Libertà e della Detenzione²⁵.

A livello sistematico, va altresì rilevato che, nonostante delle giurisdizioni di merito abbiano "annullato" delle inchieste preliminari in ragione della violazione dell'uguaglianza delle parti, ai sensi degli articoli preliminari del c.p.p.f. e dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo (di seguito CEDU)²⁶, la Corte di Cassazione si sia invece rifiutata di trasmettere al Consiglio Costituzionale la questione prioritaria di costituzionalità dell'art. 75 c.p.p.f.²⁷. Ed ancora, si sottolinea come, sia in contraddizione con lo spirito della giurisprudenza della CEDU, che – in minor misura – con le direttive concernenti il diritto di accesso alle informazioni nell'ambito dei procedimenti penali, nell'ordinamento giuridico francese l'inchiesta preliminare rimanga segreta e senza contraddittorio, sino al punto che – ad esclusione delle eccezioni introdotte dalla riforma del 3 giugno 2016²⁸, segnatamente l'articolo 77-2 nuovo c.p.p.f. –, all'indagato non è concesso, durante la fase delle inchieste preliminari, di accedere al fascicolo del procedimento. E inoltre, considerato che la nozione di persona sospettata può contemplare sia le ipotesi che sia sentita come soggetto libero che quale soggetto sottoposto a custodia cautelare, la predetta dizione non appare esattamente univoca.

Ed ancora, mentre nelle legislazioni straniere ed in particolare nell'ambito della procedura DPA britannica, vengono fissati dei criteri volti a fondare l'avvio delle negoziazioni – tra i quali spiccano in particolar modo la gravità dei fatti, il comportamento dell'impresa una volta che essa ha saputo dell'esistenza di fatti delittuosi (ovverosia la presenza di una dichiarazione volontaria e la spontanea cooperazione con le autorità incaricate dell'inchiesta), la struttura e l'organizzazione della persona giuridica o, ancora, l'eventuale presenza di precedenti giudiziari –

²³ Cfr. F. DESPORTES – L. LAZERGES COUSQUER, *Trattato di procedura penale*, ed. Economica, p. 27.

²⁴ Cass. Crim. 9 nov. 2010, n°10-82.918.

²⁵ Cass. Crim., 23 mai 2006 n° 06-83241.

²⁶ Vedasi, Tribunal correctionnel di Nanterre, 15 novembre 2012, n° parquet 07141045445; B. QUENTIN, *Inchiesta preliminare non rima sempre con processo equo*, in JCP G, 11 marzo 2013, dottr. 323.

²⁷ Cass. Crim., 5 marzo 2014 n° di impugnazione: 13-90042.

²⁸ Legge n° 2016-731 del 3 giugno 2016.

nessun quadro normativo e quindi nessun limite è posto all'operato del Procuratore della Repubblica in Francia.

Stato di fatto, questo, che può apparire come una nuova, seppure paradossale, esplicitazione del principio dell'opportunità dell'azione penale.

Proseguendo nella disamina dell'istituto, è importante sottolineare come ai sensi dell'art. 180-2 c.p.p.f., una CJIP possa anche intervenire nell'ambito di un'informazione giudiziaria quando *"la persona giuridica indagata riconosce i fatti e accetta la qualificazione penale adottata"*.

Tale aspetto della riforma è idoneo a suscitare tre ordini di osservazioni.

In primis, la legge sembra reintrodurre, al momento dell'informazione giudiziaria che è – tenuto conto della complessità delle indagini da condurre in materia di corruzione, traffico di influenza e di riciclaggio derivante da frode fiscale – un'eventualità frequente nel corso delle indagini preliminari, l'esigenza di un riconoscimento preventivo di colpevolezza. In merito a ciò, è stato rilevato come la formula adottata sia da affiancare al regime della comparizione con riconoscimento preventivo di colpevolezza (patteggiamento). Del resto, tale riconoscimento (di colpevolezza) non è in alcun modo formalizzato e deve essere riconosciuto dal magistrato istruttore.

In *secundis*, e quale diretta conseguenza, è dunque necessario interrogarsi sulla coerenza di questo sistema, rispetto al dovere che grava sul magistrato istruttore – il quale agisce cercando sì prove a carico, ma anche a discarico – di non pronunciarsi, nel corso dell'informazione, circa l'eventuale colpevolezza dell'indagato, in ossequio all'esigenza di imparzialità che viene imposta sia dalla legge²⁹ che dagli obblighi internazionali contratti dalla Francia³⁰.

È tuttavia con questo spirito che alcuni parlamentari hanno ideato questo sistema, sostenendo che *"il giudice d'istruzione gode di una forza di cui la Procura non può avvalersi, al momento dell'indagine preventiva"*³¹.

Ed infine, vale la pena osservare come la lettera dell'articolo 180-2 c.p.p.f. limiti lo scopo della misura alla persona giuridica già indagata, con conseguente esclusione sia dei testimoni assistiti che dei semplici sospetti – non appena un'informazione giudiziaria è aperta – dal beneficiare dell'istituto oggetto di riforma.

2.2. Validità della CJIP.

Attraverso un parere espresso in data 24 marzo 2016, il Consiglio di Stato aveva censurato il primo progetto di legge con il seguente motivo: *"[...] il Consiglio di Stato ha considerato che il dispositivo previsto non permetterebbe alla giustizia penale di assicurare pienamente la sua missione, che è di concludere alla restaurazione della pace pubblica e alla*

²⁹ Chambre criminelle, 23 marzo 2004, n° 03-87.854.

³⁰ CEDU, 15 ottobre 2009, n° 17056/06, Miguel HELFT contro Malta, § da 93 a 99.

³¹ Commissione legislativa, 25 maggio 2016, resoconto n° 86, S. MAZETIER.

prevenzione della recidiva. Un'udienza pubblica è certo prevista, ma essa interviene soltanto per omologare la convenzione definitiva. In assenza di contraddittorio e di dibattito pubblico, l'intervento della Giustizia perde il suo valore di esemplarità e la ricerca della verità si trova diminuita. Inoltre, la vittima si trova privata di una partecipazione personale al processo penale e il suo intervento è relegato a una domanda di indennizzo davanti alla giurisdizione civile”³².

Il tenore di questo parere può, ad ogni buon conto, sorprendere se si considera come l'esigenza di esemplarità – che proviene, secondo quanto sostenuto dal Consiglio di Stato, segnatamente dalla garanzia fornita dalla pubblicità dei dibattiti – non sia, a titolo meramente esemplificativo, valutata alla stessa stregua incompatibile con la necessità, qualora ci si trovi in presenza di una frode fiscale, di una denuncia preventiva per avviare il procedimento penale. Ed invero, facendo memoria, si ricorda come, nella decisione del 22 luglio 2016³³, il Consiglio Costituzionale abbia giudicato che il “*verrou de Bercy*” (il “*chiavistello di Bercy*”, sede del Ministero dell'Economia francese) non fosse contrario né al principio di uguaglianza davanti alla legge, né ai principi di indipendenza dell'autorità giudiziaria e di separazione dei poteri, né al principio di necessità delle pene. Nell'argomentare tale assunto viene sostenuto, nello specifico, che le disposizioni del testo normativo, così come interpretate dalla giurisprudenza costante, non procurano una sproporzionata lesione del principio secondo il quale il Procuratore della Repubblica esercita liberamente l'azione pubblica davanti alle giurisdizioni penali, ricercando la protezione degli interessi della società³⁴.

In ogni caso, ai sensi dell'articolo 41-1-2-II c.p.p.f. è espressamente prevista la “*audizione, in udienza pubblica, della persona giuridica coinvolta e della vittima, assistite, ove del caso, dal proprio avvocato. A conclusione di questa audizione, il presidente del tribunale prende la decisione di confermare o meno la proposta di convenzione, verificando il fondamento del ricorso a tale procedura, la regolarità del suo svolgimento, la conformità dell'importo dell'ammenda ai limiti del 1° comma del paragrafo I del presente articolo e la proporzionalità delle misure previste rispetto ai vantaggi tratti dalle violazioni. La decisione del presidente del tribunale, che è notificata alla persona giuridica coinvolta e, ove del caso, alla vittima, non è suscettibile di ricorso*”.

Tutto ciò premesso, vale la pena riprendere talune situazioni di incertezza che promanano dal testo della riforma in parola.

In primo luogo, è doveroso ricordare che le persone fisiche e, in particolare, i dirigenti delle persone giuridiche coinvolte, sono escluse dall'ambito di applicazione della CJIP. Pertanto risulta evidente come tale circostanza, in assenza di criteri di negoziazione, non può far altro che disincentivarli a ricorrere alla nuova disciplina della CJIP. In termini di diritto, inoltre, si pone la questione della conformità di detta soluzione con il parere stesso del Consiglio di Stato, nel quale era anche riportato: “*se questa procedura fosse applicabile alle sole persone giuridiche, non sembrerebbe nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia e di quello delle vittime, di istituire, per il complesso*

³² Parere del Consiglio di Stato del 24 marzo 2016, n° 391.262, §13, b.

³³ Cons. cost., 22 luglio 2016, n° 2016-555 QPC: Giornale Ufficiale del 24 luglio 2016.

³⁴ Vedasi Cédric RIBEYRE, in *Juris classeur Azione pubblica e azione civile*, fascicolo 20.

*dei fatti di corruzione e di traffico di influenze, una via procedurale che implica un trattamento giudiziario differente, da una parte, per le persone fisiche (dirigenti o dipendenti dell'impresa) e dall'altra, per le persone giuridiche autori degli stessi fatti, per il corruttore e il corrotto, quando le violazioni in causa sono, per loro natura, bilaterali*³⁵. Poiché l'articolo 22 della legge SAPIN II non è stato sottoposto al Consiglio Costituzionale, una questione prioritaria di costituzionalità (QPC) appare proponibile. Diversamente – per evitare questa possibile criticità e le relative ripercussioni sull'ordinamento giuridico- sarebbe stato senza dubbio sufficiente per il Legislatore, già che il Consiglio di Stato lo invitava a farlo, circoscrivere il campo della CJIP ai fatti di corruzione transnazionale.

In secondo luogo, il testo non prevede espressamente, in ossequio al diritto di non contribuire alla propria incriminazione, l'avviso alla persona giuridica ed al suo rappresentante del diritto di non rispondere, di fare semplici dichiarazioni o di rispondere alle domande. Tale lacuna, inoltre, non è stata colmata da qualsivoglia altro provvedimento quale una guida, circolare o consiglio sull'audizione.

In terzo luogo, si rileva come, ad oggi, non sia stato neppure approvato lo statuto del ricorrente, ovverosia, ai sensi della predetta legge, della "vittima" e non della parte civile. Ed invero, da un punto di vista terminologico, nonché a stretto rigore, c'è una vittima di una violazione solo in caso di condanna. Allo stadio dell'inchiesta, dell'istruzione, e conformemente ai principi di presunzione di innocenza, ci sono soltanto parti civili. Da un punto di vista giuridico, quindi, il regime di ammissibilità delle parti civili dovrebbe essere quello degli articoli 2 e seguenti del codice di procedura penale. Da tale processo logico – giuridico ne risulterebbe che uno Stato, vittima della corruzione dei suoi funzionari da parte di un'impresa francese, sarebbe, senza dubbio, ammesso ad intervenire all'udienza. Tale eventualità, tuttavia, porrebbe dei problemi non soltanto diplomatici, ma anche pratici di valutazione del pregiudizio e, ove del caso, delle modalità di recupero del risarcimento danni, nel momento stesso in cui lo Stato vittima di atti di corruzione ne è, spesso, complice. Ed ancora, sulla scorta di quanto riferito, da un punto di vista procedurale, l'ammissibilità della costituzione – come parti civili – delle associazioni per la lotta alla corruzione potrebbe modificare l'equilibrio della legge, dal momento che queste ultime, da una parte, non sono sottoposte all'esigenza del segreto delle negoziazioni, dall'altra, esse hanno – se l'udienza è in contraddittorio – vocazione ad avere accesso al fascicolo ed, infine, le stesse godrebbero, nell'ambito di un'udienza giudiziaria, dell'immunità prevista dall'articolo 41 della legge del 29 luglio 1881, posta a tutela della libertà della stampa.

In ultimo, vale in questa sede la pena rammentare che l'esigenza dell'approvazione della CJIP da parte di un giudice, perdipiù a seguito di pubblica udienza, richiama ancora una volta la condizione "ibrida" del Pubblico Ministero in Francia. Ed invero, se si trattasse di un magistrato indipendente ed imparziale, circostanza questa che – come è noto – nella tradizione francese concorre a fornire allo stesso quella peculiare autorità idonea di per sé a garantire all'"indagato" in

³⁵ Parere del Consiglio di Stato del 24 marzo 2016, N° 391.262, §13.

un'inchiesta preliminare o a seguito di flagranza di reato, il godimento certo ed onnicomprensivo di tutti i propri diritti, il "sospetto" del Legislatore, e prima di lui, del Consiglio di Stato, non sembrerebbe legittimo. Se, al contrario e come l'ha giudicato sia la CEDU³⁶ che a sua volta la Corte di Cassazione³⁷, il Procuratore della Repubblica non potesse essere considerato un magistrato indipendente ed imparziale, allora si esporrebbe senza dubbio alcuno a forti critiche il principio di opportunità dell'azione penale, ovvero sia l'orientamento discrezionale degli affari penali³⁸.

In questo contesto normativo, la reticenza del Legislatore francese ad integrare la normativa esistente in materia di transazione – per prevenire eventuali criticità – appare evidente altresì, a seguito dell'introduzione della CJIP, rispetto al diritto alla ritrattazione riconosciuto alla persona giuridica. In effetti, delle due strade possibili, l'una esclude, inevitabilmente l'altra. Più precisamente, se il presidente del Tribunale avesse, in qualche modo, competenza per approvare la CJIP – in ossequio ai criteri di cui all'articolo 41-1-2 c.p.p.f. ed alla *ratio* sottesa ad un accordo conforme ai diritti della difesa della persona giuridica indagata, la ritrattazione sembrerebbe, allora, inutile, per non dire assurda. Se, invece, il presidente potesse modificare, alterare o adattare i termini della CJIP, rispetto – eventualmente – alle osservazioni della "vittima" o a quanto emerso durante l'udienza pubblica, allora, sarebbe l'equilibrio stesso della CJIP che potrebbe essere minacciato.

3. Dalla CJIP alla conformità.

Per ammissione stessa del Legislatore, l'introduzione della CJIP nell'ordinamento francese, strumento posto al servizio del Pubblico Ministero e dell'Agenzia francese anticorruzione, è destinato a fare concorrenza alla prevalenza dei fori stranieri. In queste condizioni, è naturale interrogarsi sui vantaggi (Cfr. § 2.1) e gli inconvenienti (Cfr. § 2.2) concorrenziali del modello francese.

3.1. Vantaggi concorrenziali della CJIP.

Ai sensi dell'articolo 41-1-2 c.p.p.f.: *"L'ordinanza di approvazione non comporta dichiarazione di colpevolezza e non ha né la natura né gli effetti di un giudizio di condanna. La convenzione giudiziaria di interesse pubblico non è iscritta nella scheda n° 1 del casellario giudiziale. Essa è stata oggetto di un comunicato stampa del Procuratore della Repubblica"*. È questo il maggiore vantaggio, per non dire la più essenziale ragion d'essere dell'istituto in parola, quello di permettere ad un'impresa che sottoscrive la CJIP, di sfuggire ad un'eventuale condanna che le impedirebbe di partecipare alle gare d'appalto.

³⁶ CEDU, 29 marzo 2010, rich. n° 3394/03, Medvedyev contro Francia § 124.

³⁷ Cass. Crim., 15 dic. 2010 n° di impugnazione: 10-83674.

³⁸ CEDU, 15 ottobre 2009, n° 17056/06, Miguel HELFT contro Malta, § da 93 a 99.

Tale condanna senza colpevolezza, per non dire tale pena senza violazione, ha senso soltanto se associata alla disposizione “di un programma di ripristino della conformità destinato ad assicurare l’esistenza e l’operatività delle misure e delle procedure elencate al paragrafo II dell’articolo 131-39-2 del Codice penale” – ovverosia soltanto se in uno con l’adozione di un codice di condotta, di un dispositivo di allerta, della cartografia dei rischi, di procedure di valutazione dei *partner* dell’impresa, o ancora di un regime disciplinare cui vengono assoggettati i dipendenti della persona giuridica, in caso di violazione del codice di condotta *supra* citato.

Sul punto, è imprescindibile ricordare come l’azione penale non si estingua con la mera conclusione della CJIP, ma, più precisamente, con “l’esecuzione degli obblighi previsti” dalla CJIP. Non solo, la norma prevede espressamente che “a pena di nullità, il Procuratore della Repubblica notifica alla persona giuridica indagata l’interruzione dell’esecuzione della convenzione quando tale persona non giustifica l’esecuzione integrale degli obblighi previsti”. “Sulla scorta del tenore letterale della norma, nonché in attesa dei decreti a venire, l’eventuale questione del contenzioso dell’esecuzione della CJIP non appare essere regolato dalla legge SAPIN II. Alla luce di ciò, mentre – per quanto concerne la fase di monitoraggio della pena del programma di ripristino della conformità – in ossequio a quanto disposto dall’art. 764-44 c.p.p.f., apparterrà al giudice dell’esecuzione di risolvere le eventuali questioni, per quanto concerne la CJIP, è il Procuratore della Repubblica che valuta, senza maggiore guida che per l’avviamento o la negoziazione della CJIP, il carattere integrale dell’esecuzione. Nuovamente, quindi, si corre il rischio di fallire qualora si decidesse di fare della soluzione francese un modello di riferimento.

3.2. Inconvenienti concorrenziali della CJIP.

A completamento del quadro in questa sede tratteggiato, e volgendo lo sguardo al ripristino della conformità in un ambiente economico concorrenziale, la CJIP presenta due serie di ulteriori inconvenienti.

In primo luogo, si evidenzia come la questione dell’ammenda e dell’indennizzo offra diverse incertezze. Ed invero, per quanto concerne l’ammenda, è stato rilevato che, da una parte, il Legislatore aveva creato uno “strumento ibrido”, adottando l’ammenda transattiva, che non è riconosciuta come sanzione³⁹ e che, dall’altra, il vantaggio tratto dalla violazione, è una sanzione parametrata ad una quota-parte del fatturato – strumento questo utilizzato, per esempio, in materia di pratiche limitative della concorrenza, e che dovrebbe permettere di imporre alle imprese, sull’esempio dei *deals* di giustizia americani⁴⁰, il pagamento di importi considerevoli⁴¹.

³⁹ Cons. Cost., 26 settembre 2014, n°2014-416 QPC, JurisData n°20014-021968.

⁴⁰ Per approfondimento A. GARAPON – P. SERVAN SCHREIBER (ss dir.), *Deals di giustizia*: PUF 2013.

⁴¹ Vedasi sul punto E. DEZEUZE – G. PELLEGRIN, *Estensione dell’ambito della transazione penale: la convenzione giudiziaria d’interesse pubblico. A proposito della legge n° 2016-1691 del 9 dicembre 2016*, in *La Semaine Juridique*, edizione generale n° 3, 16 gennaio 2017, dottrina 64.

In tema di indennizzo, invece, l'utilizzo della CJIP espungerà, forse, l'incertezza rilevata in precedenza sullo statuto delle "vittime", ai sensi dell'articolo 22 della legge SAPIN II. Ed invero, il Consiglio di Stato si è pronunciato per la sua personale partecipazione all'opera di giustizia, i parlamentari hanno insistito sul fatto che si trattasse di un aspetto essenziale della procedura francese, e la legge, quindi, prevede, in caso di identificazione delle vittime, una clausola di indennizzo che vale come ingiunzione a pagare e, in mancanza dell'identificazione, il diritto in capo alle stesse di ricorrere avanti alle giurisdizioni civili, nonostante la presenza della CJIP. Orbene, in questa ultima ipotesi, tenuto conto delle misure di pubblicazione sul sito dell'Agenzia francese anticorruzione, si porrà la questione del diritto della vittima all'accesso al fascicolo penale utilizzato quale base per sviluppare la CJIP. Questa problematica, certamente di non poco momento, si aggiunge alla questione di maggior interesse, e determinante per il futuro della CJIP, concernente la reputazione delle imprese, la riservatezza e la comunicazione circa i fatti penalmente rilevanti, la qualificazione e la procedura che hanno condotto alla CJIP. E bisogna altresì ricordare che, nonostante la normativa in parola prescriva che, in caso di fallimento della CJIP, " *il Procuratore della Repubblica non può presentare davanti alla giurisdizione di istruzione o di giudizio le dichiarazioni rese o i documenti rimessi dalla persona giuridica, nel corso della procedura prevista dal presente articolo*", a questa garanzia non è soggetta la vittima, non essendo prevista, a pena di nullità, e non potendo essere opposta, in conformità al principio di libertà della prova in materia penale⁴², nonché alla divulgazione a mezzo stampa o alla produzione anonima di documenti presuntamente protetti. L'esperienza in materia di segreto dell'inchiesta e dell'istruzione, invita, dunque, alla prudenza.

In secondo luogo, il futuro della CJIP dipenderà parimenti dalla capacità degli Stati ad accordarsi per regolare la questione del foro competente ad esercitare l'azione penale, o ad accettare le negoziazioni ai fini della transazione. In questo contesto, invero, le imprese che si sottoporranno agli obblighi di programmi di ripristino della conformità, o al rischio della CJIP, dovrebbero poter beneficiare, con maggior certezza, del principio del *ne bis in idem*, tratto segnatamente dall'art. 14.7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966. Certo, non vi è dubbio alcuno che la "CJIP si avvicina ai DPA americano o britannico". Ed è anche esatto sostenere che " *gli sviluppi recenti vanno nel senso di una maggiore cooperazione*" tra Stati " *ovvero di un'armonizzazione di azioni multi-giurisdizionali*", per esempio nei casi *Siemens*, *Odebrecht Braskem* o ancora, *Rolls Royce* nel gennaio 2017⁴³. Ad ogni buon conto, resta evidente come il procedimento introdotto dalla legge SAPIN II, ancora in attesa dei decreti di applicazione, presenti ancora troppe incertezze per essere attrattivo a livello internazionale. Questa difficoltà è aggravata dalla debolezza strutturale, in Francia, per mezzi, risorse e personale, dei servizi di inchiesta e delle autorità stessa titolare dell'esercizio dell'azione penale.

⁴² Cass. Crim., 31 gen. 2012 n° di impugnazione: 11.85-464.

⁴³ Sul punto A. MIGNON COLOMBET – S. HANNEDOUCHE-LERIC, *Il nuovo dispositivo anti-corruzione della legge Sapin 2: quali avanzamenti e quali zone d'ombra?*, in *La Semaine Juridique*, edizione generale n°5, 30 gennaio 2017, p.128.

In ogni caso, l'introduzione di un meccanismo di transazione penale nel diritto francese, – nonostante non dichiararsi ancora il proprio nome – associato all'emergenza sempre maggiore del principio del contraddittorio allo stadio dell'inchiesta⁴⁴ e della riforma della figura Pubblico Ministero, preannuncia, senza dubbio, uno sconvolgimento della nostra concezione della giustizia. Uno degli aspetti fondamentali di questo movimento – capace di far spostare il centro di gravità della legge verso la giurisprudenza – è, per esempio, l'introduzione di una banca dati delle decisioni delle giurisdizioni francesi accessibile a tutti gli indagati⁴⁵. Grazie a questi strumenti, si sviluppano già dei software di giustizia predittiva⁴⁶. L'avvocato appare – in questo quadro – come attore insostituibile di questo cambiamento perché ha, da una parte, l'esperienza della negoziazione, della valutazione dei rischi e della consulenza e, dall'altra, secondo chi scrive, un ruolo fondamentale da assumere presso le imprese, nell'ideazione e nell'adozione dei programmi di ripristino della conformità e – in particolare – dell'ideazione di un sistema di allerta rispettoso dei diritti di colui che denuncia e di colui che è denunciato, e in ultimo, egli è un baluardo contro l'arbitrio. In questo contesto, il rafforzamento della protezione del segreto professionale dell'avvocato appare inevitabile ed indispensabile. Nel quadro della concorrenza tra fori stranieri, il Legislatore francese potrebbe, così, ritrovare un interesse preponderante per questa riforma salutare e vantaggiosa.

4. Breve confronto con la normativa italiana.

Orbene, considerato che il problema emerso nel diritto francese è stato affrontato anche da numerose altre legislazioni, non può ora non volgersi – rapidamente- lo sguardo all'Ordinamento Giuridico italiano, per una breve – e senza aspirazione di esaustività – comparazione del ruolo svolto dai modelli organizzativi, nell'ambito della prevenzione e punizione delle condotte penalmente rilevanti addebitabili alle persona giuridiche – tra cui sono ricomprese anche le fattispecie corruttive ma che non ne esauriscono come è noto il novero⁴⁷.

Si noti, quindi, immediatamente come l'approccio nei confronti delle persone giuridiche destinatarie di addebiti in materia penale, sia profondamente diverso da quello francese.

Quest'ultimo, infatti, oltre a prevedere i modelli organizzativi nell'ambito della CJIP, li introduce, sempre con la predetta legge Sapin II, quale obbligo anche per tutte

⁴⁴ Vedasi E. DAOUD – A. JACQUIN, *L'effettività del principio del contraddittorio*, in *AJ Pénal*, 2016, p.112.

⁴⁵ Cfr. Legge n° 2016-1321 del 7 ottobre 2016, art. 21, *Giornale Ufficiale* n°0235 dell'8 ottobre 2016.

⁴⁶ Per approfondimento A. GARAPON, *Le sfide della giustizia predittiva*, in *La Semaine Juridique*, edizione generale n°1-2, 9 gennaio 2017, dottrina 31.

⁴⁷ Per un elenco preciso di tutti i c.d. reati presupposto per l'applicazione della normativa in tema di responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato, vedasi Sezione III, Capo I, d.lgs. 231/01, rubricato "*Responsabilità amministrativa per reati previsti dal codice penale*".

le persone giuridiche che rispettino determinati requisiti in termini di dipendenti e fatturato, indipendentemente dalla commissione di reati⁴⁸.

Diversamente, sin dal 2001 – anno d'introduzione del noto decreto legislativo n. 231, che normativizza la responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato – è parso chiaro che il legislatore italiano abbia voluto descrivere i modelli organizzativi, di cui si è fatto più che cenno nel presente contributo, come delle procedure di *compliance* – in parte diversificate in base al tipo di attività svolta dall'ente medesimo – la cui adozione ed il cui rispetto consentono sia – preventivamente – di evitare che soggetti subordinati e/o apicali inseriti nell'organico della persona giuridica possano commettere reati, che – in caso di condotta penalmente rilevante – di mandare esente l'ente da qualsivoglia censura e quindi conseguenza negativa, in presenza della soddisfazione di tutte le condizioni previste espressamente dalla normativa.

Nello specifico, riprendendo con estrema celerità la normativa in parola, l'art. 5 d.lgs. 231/01 prevede, da una parte, che l'ente possa essere destinatario di censura qualora il reato presupposto sia stato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio, e, dall'altra, che la condotta possa essere stata perpetrata sia da un soggetto in posizione "*apicale*" che da uno in posizione "*subordinata*".

Sul punto, l'art. 6 d.lgs. 231/01 regola la responsabilità della persona giuridica qualora l'autore sia in posizione apicale e prevede che l'ente non possa essere chiamato a rispondere a seguito delle azioni della persona fisica qualora, lo stesso, abbia preventivamente adottato modelli di organizzazione e gestione⁴⁹ volti a prevenire le fattispecie penalmente rilevanti verificatesi, ne abbia curata la concreta applicazione, vigilanza⁵⁰ ed aggiornamento, nonché che l'autore del reato abbia agito eludendo le misure previste dai modelli medesimi.

L'art. 7 d.lgs. 231/01 prevede, invece, che qualora l'autore delle condotte sia sottoposto all'altrui direzione, l'ente sia esente da censura meramente qualora lo stesso abbia, preventivamente, adottato modelli di organizzazione e gestione volti a prevenire le fattispecie penalmente rilevanti verificatesi e ne abbia curata la concreta applicazione, vigilanza ed aggiornamento.

Da questa rapidissima disamina, emerge chiaramente che, se il legislatore francese ha previsto l'applicazione di modelli organizzativi alle aziende che soddisfino determinati requisiti in termini di dipendenti e fatturato⁵¹, nonché solo in una fase patologica della "*vita aziendale*" – ovvero sia allorché l'ente fosse destinatario di un procedimento penale –, quello italiano ha ritenuto preferibile procedere ad una

⁴⁸ Cfr. art. 17 legge n. 2016-1691 del 9 dicembre 2016 (detta Sapin II) che individua nelle società con più di 500 dipendenti o un fatturato maggiore di 10 milioni di euro, ovvero facenti parte di un gruppo che soddisfi tali requisiti, i soggetti destinatari dell'obbligo in parola.

⁴⁹ Vedasi il comma secondo dell'articolo in trattazione nonché l'art. 7 commi 3 e 4 d.lgs. 231/01 per le caratteristiche che devono avere i modelli organizzativi in oggetto.

⁵⁰ Per quanto concerne quest'obbligo, si specifica che lo stesso sia demandato ad un organo *ad hoc* di cui all'art. 6 comma 1 lett. b) d.lgs. 231/01.

⁵¹ Sul punto vale la pena precisare che il legislatore francese, con l'art. 17 della legge Sapin II, ha ritenuto altresì di prevedere sanzioni agli enti che, obbligati, non hanno adottato i modelli, in assenza di commissione di qualsivoglia reato presupposto.

applicazione ad ampio spettro dei modelli⁵², premiando gli enti che puntualmente seguono le prescrizioni – che non si esauriscono con l’adozione dei modelli medesimi come poc’anzi accennato – e mandandoli esenti dal pagamento di qualsivoglia conseguenze derivante dalle condotte costituenti reato poste in essere dalla persona fisica, sia essa – con i dovuti distinguo di cui sopra – in posizione apicale o subordinata.

⁵² Vedasi l’art. 1 d.lgs. 231/01, che individua i destinatari della normativa nei seguenti termini: *“Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica. 3. Non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale”*.