

SISTEMI DI DIVERSIONE PROCESSUALE E D.LGS. 231/2001: SPUNTI COMPARATIVI

VITTORE D'ACQUARONE, Avvocato del Foro di Verona e *Solicitor UK*

RICCARDO ROSCINI-VITALI, Studio Legale Bignotti e d'Acquarone - Avvocati Associati

I dati censiti, su scala nazionale, dalla Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa (DG-Stat) presso il Ministero della Giustizia e, a livello locale, dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano segnalano un'applicazione limitata del d. lgs. 231/2001 da parte dell'autorità giudiziaria. La causa del decremento è individuata dalla Procura della Repubblica di Milano stessa nella «scelta operata da molti PM di ritenere discrezionale l'iscrizione della persona giuridica». Un modello cui guardare in ottica migliorativa sembra quello anglo-americano. Negli ordinamenti di *common law* si assiste, infatti, alla graduale diffusione all'ente di sistemi di diversione processuale, vale a dire accordi raggiunti tra pubblica accusa e persona giuridica volti a differire (*deferred prosecution agreement*) o arrestare (*non prosecution agreement*) l'incolpazione a fronte dell'impegno, da parte della società, a intraprendere, per un periodo di sorveglianza, una serie di attività rieducative. Tali sistemi rappresentano il punto d'arrivo dell'evoluzione della responsabilità da reato dell'azienda, sicché ci si domanda se essi possano essere concretamente trasferiti nell'ordinamento italiano. Ancorché compatibili con le logiche del d.lgs. 231/2001 [artt. 11 commi 1 e 2 12 comma 2 lett. a) e b), 15 commi 1 lett. b) e 3, 17, 49 comma 1, 50 comma 1, 58, 63 comma 1, 65 e 78], tali istituti sono faticosamente conciliabili con sistemi processuali penali, quale quello italiano, amministrati dal principio di obbligatorietà dell'azione penale, sulla cui adeguatezza ci si interroga anche rispetto all'impresa tratta a processo.

1. Applicazione limitata del d.lgs. 231/2001 e sua causa

Su scala nazionale sono stati confrontati il Movimento dei procedimenti penali con autore noto rilevati presso gli uffici giudicanti e requirenti (dato nazionale degli anni giudiziari 2014/2015), commentato nella nota di sintesi alla Relazione del Ministro della Giustizia sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2016 compilata il 18 gennaio 2017 dal Gabinetto del Ministro per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2017¹, e i dati relativi a procedimenti iscritti e definiti nei tribunali italiani (sezioni G.i.p./G.u.p. e dibattimento) negli anni 2014/2015 inerenti la responsabilità di enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato resi disponibili dalla Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa (DG-Stat) presso il Ministero della Giustizia². Lo

¹ In www.giustizia.it, cap. 6, par. 6.6.

² Richiesti e ottenuti dalla Commissione d.lgs. 231/2001 istituita dall'Unione Delle Camere Penali Italiane, di cui è Responsabile il prof. Giulio Garuti e che chi scrive ha l'onore di coordinare con l'avv. Andrea Copello.

scenario emerso, pure con inevitabili approssimazioni, è il seguente: in fase di indagini e udienza preliminare, a fronte di 887.098 procedimenti iscritti e 889.610 procedimenti definiti a carico di autore noto si rilevano 900 procedimenti annotati e 713 procedimenti definiti nei confronti di persone giuridiche; in fase dibattimentale, a fronte di 369.068 procedimenti iscritti e 341.925 procedimenti definiti a carico di autore noto³ risultano 772 procedimenti annotati e 522 procedimenti definiti nei confronti di società⁴.

A livello locale sono stati esaminati i Bilanci di responsabilità sociale dal 2011/2012 al 2016 pubblicati dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano⁵, ufficio tra i più attivi nell'applicazione del d.lgs. 231/2001, con il seguente risultato. Dopo l'entusiasmo iniziale – «Tra il 2002 ed il 2012 sono state iscritte a Milano, ai sensi del d.lgs. 231/2001, ben 404 società, in gran parte per procedimenti del I dipartimento (sia per reati presupposti derivanti dalle materie del dipartimento sia per la commissione di reati contro la P.A. individuati a seguito di indagini societarie, frodi fiscali o per riciclaggio). Si può ben dire che, considerato l'incomparabile numero di società iscritte, è stata l'attività della Procura e del Tribunale a ad avviare e costruire in Italia l'applicazione della 231»⁶ – si registra una contrazione nell'attuazione del d.lgs. 231/2001. Nel 2012/2013 «si conferma un *trend*, seppur leggermente discendente, di circa 20 iscrizioni di fascicoli l'anno per responsabilità delle imprese *ex* d.lgs. 231/2001. Il numero appare molto inferiore a quello dei cd reati 'presupposti'⁷. «Nei primi dieci mesi del 2014 si sono avute 31 iscrizioni di società rispetto alle 20 iscrizioni nello stesso periodo del 2013. Il numero è comunque molto inferiore a quello delle iscrizioni a mod. 21 (registro Noti) dei reati 'presupposti'⁸. Nel 2014/2015 «in tutta la Procura risultano [...] 33 nuove iscrizioni, mentre nel I° dipartimento sole 8 iscrizioni, a fronte di n. 78 procedimenti per reati presupposti della 231. È di tutta evidenza la gravità e la conseguente preoccupazione che deriva dall'aumento dello *spread* tra reati presupposti ed iscrizioni che in alcuni casi sfiora il 90%. Poiché la Procura di Milano è stata da sempre all'avanguardia nell'applicazione/implementazione della 231, questi dati indicano il concreto rischio di un declino dell'istituto che, invece, doveva rivoluzionare e contraddistinguere il rapporto tra giurisdizione ed economia. È quanto mai opportuno aprire un'analisi ed un confronto su questo *trend* negativo dell'applicazione della responsabilità della persona giuridica dovuto a plurimi fattori quali la difficoltà nel suo accertamento, l'aumento dei soggetti processuali in procedimenti già di per sé complessi, l'aumento dei tempi processuali che genera nei procedimenti a rischio di prescrizione ed altro. Tuttavia, si resta dell'opinione che tale istituto sia centrale e attuale nel definire l'area del contrasto alla criminalità economica che spesso si caratterizza per essere motivata unicamente dall'interesse della società»⁹. Da ultimo, «Nel 2015 sono state iscritte 38 persone giuridiche ai sensi del d.lgs.

³ Presi in considerazione uffici giudicanti del Tribunale e relative sezioni (rito collegiale sezione ordinaria, rito collegiale sezione assise, rito monocratico primo grado e rito monocratico appello giudice di pace).

⁴ Rispetto ai reati-presupposto previsti negli artt. 21, 23, 24, 24 *bis*, 24 *ter*, 25, 25 *bis*, 25 *ter*, 25 *quater*, 25 *quinquies*, 25 *sexies*, 25 *septies*, 25 *octies*, 25 *nonies*, 25 *decies*, 25 *undecies* e 25 *duodecies* d.lgs. 231/2001.

⁵ In www.procura.milano.giustizia.it.

⁶ *Bilancio di Responsabilità Sociale 2011/12*, 12 dicembre 2012, 40, in www.procura.milano.giustizia.it. Il dato complessivo, 404 annotazioni in dieci anni, si rivela comunque meno impressionante se calcolato annualmente. Si tratta, infatti, di 40 annotazioni circa all'anno nel periodo dal 2002 al 2012.

⁷ *Bilancio di Responsabilità Sociale 2012-13*, 17 dicembre 2013, 31, in www.procura.milano.giustizia.it.

⁸ *Bilancio di Responsabilità Sociale 2013-14*, 41, in www.procura.milano.giustizia.it.

⁹ *Bilancio di responsabilità sociale 2014/2015*, 57, in www.procura.milano.giustizia.it.

231/2001. Nel 2016, risultano 46 iscrizioni di persone giuridiche (+ 17% rispetto al 2015). L'aumento deriva essenzialmente da una maggiore sensibilità nell'applicazione della legge sulla responsabilità degli enti. Permane peraltro ancora elevato lo *spread* tra i reati presupposti e le iscrizioni che si è attestato nel 2016 all'85%¹⁰.

La causa del decremento è individuata dalla Procura della Repubblica di Milano stessa e così ripetutamente declinata: «Questa situazione deriva, in primo luogo, dalla scelta operata da molti PM di ritenere discrezionale l'iscrizione della persona giuridica»¹¹; «Questa situazione deriva, in primo luogo, dall'interpretazione, nel senso della discrezionalità dell'iscrizione della persona giuridica»¹²; «La ragione di fondo è che l'iscrizione della persona giuridica è ritenuta ancora una valutazione discrezionale anche se, ad esempio nel caso di responsabilità degli apicali, dovrebbe essere effettuata di *default*»¹³.

L'aumento dello *spread* tra reati presupposti ed iscrizioni» rappresenta l'occasione – ricorrendo alle parole della Procura della Repubblica di Milano – per «aprire un'analisi ed un confronto su questo *trend* negativo dell'applicazione della responsabilità della persona giuridica». Prendendo spunto da esperienze internazionali, anglo-americana in particolare, si avviano alcune riflessioni su possibili rimedi alla criticità e su una delle fonti della stessa, ossia il principio di obbligatorietà dell'azione penale, sulla cui adeguatezza ci si interroga anche rispetto all'azienda tratta a processo.

2. Sistemi di diversione processuale quali possibili rimedi?

L'origine del ricorso moderato al d.lgs. 231/2001 andrebbe indagata, primariamente, nell'approccio culturale e nell'impostazione teorica della magistratura rispetto alla materia della criminalità economica. Nondimeno, non potendo la ricerca di possibili rimedi all'applicazione randomica del d.lgs. 231/2001 da parte dell'autorità giudiziaria attardarsi in considerazioni così spinose da non poter essere risolte in tempi ragionevoli, sarà utile esaminare la questione con prospettiva meno ideologica e più realistica.

¹⁰ *Bilancio di responsabilità sociale 2016*, 37, in www.procura.milano.giustizia.it.

¹¹ Prosegue la Procura della Repubblica di Milano: «È necessario un approfondimento da parte dell'Ufficio tenendo presente che tale opzione è avallata da parte della dottrina che riconduce la discrezionalità alla natura amministrativa del relativo procedimento *ex* 231. Tuttavia, a parte i principi generali che attengono all'obbligatorietà dell'azione penale, questa scelta potrebbe portare ad inammissibili disparità di trattamento. È in corso un primo monitoraggio sui primi dieci anni di applicazione della legge effettuato dalla Procura insieme all'associazione degli OdV ed i cui risultati sono prossimi alla pubblicazione. Nonostante queste rilevanti problematiche, la Procura di Milano è comunque e sicuramente all'avanguardia nell'applicazione della legge avendo, negli ultimi 10 anni (2001-2012) iscritto 373 società». In *Bilancio di Responsabilità Sociale 2012-13*, cit., 31-32.

¹² Continua la Procura della Repubblica di Milano: «È necessario un approfondimento da parte dell'Ufficio tenendo presente che tale opzione è avallata da parte della dottrina che riconduce la discrezionalità alla natura amministrativa del relativo procedimento *ex* 231», in *Bilancio di Responsabilità Sociale 2013-14*, cit., 41.

¹³ Conclude la Procura della Repubblica di Milano: «Al riguardo, è in corso di studio una circolare che regolerà oggettivamente ed in maniera uniforme le iscrizioni perché non può essere ritenuto congruo il ragionamento che sino ad oggi si è fatto che, per effettuare l'iscrizione, il PM deve prima verificare l'interesse o l'utilità dell'ente. Infatti, tale valutazione deve seguire e non precedere l'iscrizione (anche per permettere all'ente di difendersi) e comunque riguarda il merito della responsabilità che, qualora non venisse ritenuta, può e deve dare luogo all'archiviazione», in *Bilancio di Responsabilità Sociale 2016*, cit., 37.

In quest'ottica, una soluzione ipotizzabile al problema può essere individuata nei sistemi di diversione processuale conosciuti in ordinamenti anglo-americani¹⁴, con ciò intendendo «ogni deviazione dalla normale sequenza di atti del processo penale, prima della pronuncia sull'imputazione; essa comprende: (a) le attività svolte dagli organi pubblici cui sono attribuite funzioni di controllo sociale, al di fuori del sistema penale; (b) l'esercizio, da parte della polizia e degli organi dell'accusa, di poteri volti ad evitare il promuovimento dell'azione penale; (c) le procedure alternative all'esercizio dell'azione penale», nel caso «accompagnata da misure non penali di risoluzione del conflitto (ad esempio provvedimenti di natura riabilitativa, terapeutica o educativa, ovvero misure risarcitorie o restitutorie)»¹⁵.

2.1. Premessa: perché il metodo comparativo?

Si rivolge lo sguardo a ordinamenti anglo-americani non per passione verso un'«americanization»¹⁶ del diritto, né solo perché essi si caratterizzano per offrire soluzioni più evolute e sofisticate rispetto al corredo sanzionatorio apprestato nei confronti di *corporate offenders*. Invero, l'ampliamento dell'orizzonte del diritto non pretende nemmeno di offrire rigorosi resoconti di discipline approntate da ordinamenti di *common law*, né tanto meno rassegne in chiave storica dei pilastri teorici su cui tali sistemi si reggono. La letteratura italiana e internazionale già fornisce importanti contributi in grado di illustrare in modo esaustivo i progressi giuridici cui sono pervenuti i Paesi di maggiore interesse¹⁷.

Le caratteristiche delle diverse realtà processuali e il contesto storico-giuridico a esse sotteso rappresentano, piuttosto, il punto di partenza per analizzare gli orientamenti più recenti affermati nel quadro normativo e dottrinale internazionale. L'obiettivo si focalizza, quindi, sul vivace dibattito scientifico formato negli ultimi anni oltre i confini dell'Unione Europea e su alcune soluzioni innovative con le quali i legislatori di *common law* sono intervenuti nel complesso settore del diritto penale dell'economia.

L'utilità dell'operazione consiste nello sforzo di ricondurre a sistema l'elaborazione scientifica, tentando, da un lato, di isolare i principali punti di contatto tra le esperienze proprie degli ordinamenti anglo-americani e, dall'altro, di tracciare la

¹⁴ La problematica della *diversion* risale al 1970, quando comparve il saggio di LEMERT, *Instead of Court: Diversion in Juvenile Justice*, National Institute of Mental Health, Washington D.C., 1971.

¹⁵ Risoluzione del XIII Congresso internazionale di diritto penale sul tema «*diversion* e mediazione» (Cairo, 1-7 ottobre 1984), in *Cass. pen.*, 1985, 533 ss., con commento di RUGGIERI, *Diversion: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, 538 ss. V. anche AIMONETTO, *L'archiviazione «semplice» e la «nuova» archiviazione «condizionata» nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di «deprocessualizzazione»*, in *Leg. pen.*, 2000, 99 ss.; GREVI, *Rapporto introduttivo su «diversion» e «médiation» nel sistema penale italiano*, in *Rass. penit. e crim.*, 1983, 1, 47.

¹⁶ FRANCHIOTTI, *Profili privatistici della giustizia penale statunitense*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 310.

¹⁷ Cfr. AA.VV., *Procedure penali d'Europa*, diretto da DELMAS-MARTY, ed. italiana a cura di CHIAVARO, Padova, 2001; AMODIO, *La fase anteriore al dibattimento nel processo penale. Indagine comparativa in funzione del nuovo codice di procedura penale*, in *Quad. Giust.*, 1985, 44, 58; ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcellona, 1991; DAMAŠKA, *The Reality of Prosecutorial Discretion: Comments on a German Monograph*, in 29 *Am. J. Comp. L.*, 1981, 29; FIONDA, *Public Prosecutors and Discretion: a Comparative Study*, Oxford, 1995; NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in CONSO (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Bologna, 1979, 118-122; PRADEL, *Opportunité ou légalité de la poursuite? Aperçus sur quelques législations d'Europe*, in *Rev. Pénit. et de Droit Pén.*, 1991, 9; VAN DEN WYNGAERT, *Criminal procedure systems in the European Community*, Butterworths, Londra, 1993; WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen*, Baden-Baden, 1978.

traiettoria e, dunque, la direzione verso cui sembrano indirizzati i sistemi di *corporate legality* più maturi.

Questo metodo specificamente orientato all'esplorazione degli scenari più recenti e all'anticipazione di quelli futuri spera di offrire alla discussione italiana, tramite strumenti comparativi, qualche spunto sull'opportunità, tutta da ponderare, di introdurre occasioni di discrezionalità nell'attuale struttura imputativa del d.lgs. 231/2001. La questione si presenta, infatti, come cruciale per la maturazione, negli anni a venire, della politica del procedimento penale *de societate*¹⁸. Del resto, «L'orientamento dell'attività legislativa interna costituisce [...] una delle finalità più importanti dell'indagine comparativa, la quale, oltretutto, favorendo la conoscenza delle norme, delle interpretazioni e delle prassi presenti negli ordinamenti stranieri, finisce anche con l'offrire un penetrante strumento di controllo delle qualità e dei difetti del diritto nazionale»¹⁹.

2.2. Stati Uniti d'America

Dagli anni '90 del secolo scorso si assiste, negli Stati Uniti d'America, alla graduale diffusione a imprese indagate di *deferred prosecution agreement* (DPA) e *non prosecution agreement* (NPA), cioè accordi, rispettivamente, per differire o non procedere con l'incriminazione²⁰. Negli ultimi 15 anni il ricorso a DPA e NPA si è anzi fatto così frequente che gli stessi possono oggi dirsi strumento preferito nel contrasto alla criminalità economica, anche per effetto dell'affermarsi di politiche criminali orientate alla logica del *too big to jail*²¹.

¹⁸ In questi termini, per la persona fisica, SPANGHER, *Il processo penale tra «fermo biologico» normativo e ripensamento globale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 802.

¹⁹ LUPARÍA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, 8-9, 1751. V. anche AMARI, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, Genova, 1857, il quale, al cap. VII, parla di «legislazione comparata [...] come scienza della fortuna delle leggi», e CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, ed. italiana a cura di Procida Mirabelli Di Lauro, Torino, 2000, 299 ss.

²⁰ Sui riti alternativi di natura negoziale previsti dall'ordinamento statunitense, tra i quali il *plea bargaining*, v. FRANCHIOTTI, *Profili privatistici della giustizia penale statunitense*, cit., 312; MANNOZZI, *Razionalità e «giustizia» nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Padova, 1996. Per i più recenti contributi della dottrina italiana in argomento, v. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2016; RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberalismo economico*, in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2015. Tra la letteratura continentale, v. AA.VV., *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Garapn-Servan-Schreiber (a cura di), Parigi, 2013.

²¹ GARRETT, *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise With Corporations*, Harvard, 2014. Come osserva MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione «negoziata» per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *L'indice penale*, 2013, 2, 744, «I DPA hanno riguardato anche imprese italiane operanti all'estero, come la Snam-progetti Netherlands B.V., società facente capo ad ENI la quale, nel giugno 2010, concluse un accordo con il Dipartimento di Giustizia statunitense, della durata di due anni, nell'ambito dell'inchiesta relativa a violazioni del *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) perpetrate durante la conclusione di contratti per la realizzazione di impianti di gas naturale liquefatto a Bonny Island, in Nigeria. La società, anzitutto, accettò di versare 240 milioni di dollari a titolo di *monetary penalty* e si impegnò, altresì, a cooperare nelle indagini, fornendo agli organi inquirenti tutta la documentazione societaria richiesta (o comunque rilevante) e mettendo a disposizione degli stessi i propri dipendenti informati sui fatti. Infine, l'impresa accettò di implementare il proprio modello organizzativo e a rivedere il codice etico aziendale al fine di prevenire future violazioni del FCPA e delle norme italiane in materia di corruzione. In particolare, le principali *remedial actions*, attuate nei due anni successivi alla conclusione dell'accordo, riguardarono la modifica dei meccanismi di controllo interno, soprattutto con riferimento alle attività di acquisto e vendita e alla contabilità, nonché l'introduzione di nuove *policies* e procedure tendenti a prevenire il verificarsi di fenomeni corruttivi, assicurando un adeguato sistema di flussi informativi e di *reporting* all'interno della società e del gruppo. Nell'accordo fu previsto, altresì, l'obbligo da parte dell'ente di predisporre clausole generali da inserire nei futuri contratti volte ad assicurare il rispetto delle norme anti-corruzione» (in *www.justice.gov*).

Può definirsi DPA²² l'accordo tra pubblica accusa (*prosecutor*) ed ente indagato (*defendant*), soggetto a valutazione del giudice, per cui la persona giuridica, allo scopo di sottrarsi al procedimento penale avviato nei suoi confronti, si impegna, per un periodo di sorveglianza di regola da sei mesi a due anni, a intraprendere una serie di attività rieducative. *Inter alia*:

- uno *statement of facts* non ritrattabile, ossia l'accettazione dell'addebito mosso²³;
- la collaborazione con l'autorità inquirente nell'individuare l'autore materiale del reato, anche abdicando ai *attorney-client* e *work product privileges*, cioè alla riservatezza dei colloqui tra avvocato e cliente e del carteggio difensivo. Rinunciando all'*attorney-client privilege* la società indagata autorizza l'ufficio legale interno a fornire al *prosecutor* informazioni apprese in ragione delle funzioni svolte. Spogliandosi della *work product protection* l'azienda indagata acconsente a esibire all'autorità inquirente atti e documenti predisposti in funzione dell'avvio del procedimento penale (*disclosure*²⁴);

²² Negli Stati Uniti d'America non esiste una definizione normativa di DPA e NPA. I contenuti dell'accordo sono stati progressivamente sviluppati dalla prassi, mentre i criteri orientativi per la pubblica accusa sono formulati nei *Memorandum*, linee guida elaborate dal *Department of Justice* (DOJ) e dalla *Security and Exchange Commission* (SEC). Per una definizione di DPA, v. ODED, *Deferred Prosecution Agreements: Prosecutorial Balance in Times of Economic Meltdown*, in *Law Journal for Social Justice*, 2011, 2, 69 ss.: «DPAs comprise a wide variety of agreements between the prosecution and culpable corporations, under which prosecutors agree to defer the prosecution of culpable corporations if these corporations fulfill their obligations to undertake dictated structural reforms and to comply with certain standards of behavior. Although the specific content of DPAs may substantially differ from one agreement to another, in most cases, such agreements include the following components: (a) Corporate commitment to pay a combination of a criminal fine, civil penalty, and restitution; (b) Corporate obligation to cooperate with ongoing investigations; and (c) Corporate commitment to adopt a preapproved compliance management system that is designed to ensure compliance with the agreement and disrupt misconduct. On top of that, many DPAs require corporations to appoint an independent corporate monitor that is empowered to oversee the corporate compliance management system and ensure that the corporation follows the agreement. The average period of DPAs is three years. If the corporation fulfilled its obligations, the prosecutor would dismiss all charges against the corporation for the specific misconduct associated with the agreement. However, if the corporation failed to fulfill its obligations, the prosecutor would request the court to continue with the deferred charges against the corporation. To avoid the risk of losing evidence or witnesses due to the postponement of charges, DPAs regularly require corporations to admit to substantial facts that may ground a conviction in case they breach such agreements»; WRAY - HUR, *Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World: The Thompson Memorandum in Theory and in Practice*, in *American Criminal Law Review*, 2006, 43, 1104-1105: «Deferred prosecution agreements [...] typically provide for the filing of criminal charges with an agreement that those charges will be stayed and dismissed after a period of time (usually a year or two) if the company fulfills its obligations. The agreements essentially provide for a term of corporate probation requiring complete cooperation with the government in its investigation of culpable individuals, acceptance of responsibility by acknowledging the acts of its employees, prospective internal reforms including effective compliance programs and independent monitors, retrospective review of particular financial transactions, and punitive measures, including penalties, restitution and surrender of ill-gotten financial gains. In addition to fines and penalties, deferred prosecution agreements may require companies to disgorge any gains from the misconduct that has not and will not be paid as restitution or by way of other remedial measures. Any breach of the agreement by the company would subject it to a full prosecution. In this event, the government would proceed to trial, armed with the company's admission and all the evidence obtained from its cooperation, making conviction virtually a foregone conclusion. The deferred prosecution vehicle enables prosecutors to reform corporations by purging them of wrongdoers and instituting compliance mechanisms while sparing companies' stakeholders from some of the collateral consequences of a criminal record.

²³ Il principio di presunzione d'innocenza viene comunque garantito non essendo richiesta alcuna ammissione di colpevolezza. Sulla correlazione tra presunzione d'innocenza e diversione processuale, v. BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di «diversione» nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2014, 6.

²⁴ Nel Regno Unito non si tratta, peraltro, di onere unidirezionale dacché anche la pubblica accusa ha obbligo di disclosure in fase di trattativa (*common law duty*), il che conferisce equità all'agreement (*Attorney General's Guidelines on Disclosure*, 2013, § 14, in *www.gov.uk*). V. FLOYD, *A «Delicate and Difficult Task»: Balancing the Competing Interest of Federal Rule of Evidence 612, the Work Product Doctrine, and the Attorney-Client Privilege*, in *Buffalo Law Review*, 1996; MINKOFF, *A Leak in the Dike: Expanding the Doctrine of Waiver of the Attorney-Client Privilege*, in *Ethics After Enron: Protecting Your Firm of Corporate Law Department: A Satellite Program*, PLI New York Practise Skills Course, Handbook Series PLI, 2002.

- l'adozione o implementazione del *compliance program*, meglio se sotto supervisione di un *monitor*, ossia un commissario esterno²⁵;
- corrispondere una *financial penalty*, cioè una somma di denaro a titolo di risarcimento danni, donazione a istituti di beneficenza pubblici o privati, ecc. Clamoroso l'accordo raggiunto da un'impresa indagata per mendacio societario in forza del quale la stessa dovette istituire una cattedra in etica d'impresa presso una *law school*²⁶;
- mettere a disposizione il profitto a fini di confisca.

Peraltro, lo *Speed Trial Act* (1974) prevede che eventuali dilazioni nelle more del perfezionamento dell'accordo tra *prosecutor* ed ente indagato non vengano conteggiate nel computo del limite temporale massimo delle fasi procedurali e i termini dell'accordo vengano, comunque, sottoposti a vaglio del giudice²⁷.

Rispetto al DPA, l'NPA si colloca in fase antecedente l'iscrizione (*filing*) della persona giuridica nel registro delle notizie di reato. Può, quindi, definirsi NPA l'accordo stipulato tra autorità inquirente e società indiziata privatamente, ossia in assenza di vaglio giudiziale dacché scongiura l'apertura del procedimento penale²⁸.

In conformità ai criteri orientativi determinati nei *Memorandum* diffusi dal 2000 dal *Department of Justice* (DOJ) – i principali sono *Federal Prosecution of Corporations* del 2000 (o *Holder Memorandum*, dal nome del *Deputy Attorney General* che l'ha stilato) e *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* del 2003 (o *Thompson Memorandum*) – il *prosecutor*, nel ricorrere a DPA e NPA, deve considerare i seguenti *additional public interest factors*²⁹:

²⁵ L'accordo può consentire al *defendant* di selezionare un proprio *monitor*, purché vi sia l'assenso della pubblica accusa; a volta, invece, è la pubblica accusa a scegliere il *monitor* tra ex giudici o ex funzionari di autorità pubbliche di vigilanza. Sul ruolo assegnato al *compliance program*, v., invece, BERTOLINI, *Brevi note sulla responsabilità da reato degli enti e delle persone giuridiche negli Stati Uniti: le Federal Sentencing Guidelines*, in *F. Ambr.*, 2003; CAPECCHI, *Le Sentencing guidelines for organisations e profili di responsabilità delle imprese nell'esperienza statunitense*, in *Dir. comm. int.*, 1998.

²⁶ DPA tra *Bristol Myers Squibb Company*, *company* biofarmaceutica, e *U.S. Attorney Office* del Dipartimento del New Jersey del giugno 2005, in <https://perma.cc>: *BMS shall endow a chair at Seton Hall University School of Law dedicated to the teaching of business ethics and corporate governance, which position shall include conducting one or more seminars per year on business ethics and corporate governance at Seton Hall University School of Law that members of BMS's executive and management staff, along with representatives of the executive and management staffs of other companies in the New Jersey area, may attend [...] Requiring BMS to endow a chair at Seton Hall University Law School dedicated to the teaching of business ethics and corporate governance, which position shall include conducting at least one seminar on business ethics and corporate governance annually that members of BMS' executive and management staff may attend, as well as other corporate executives*. V. COFFEE, *Deferred Prosecution: Has It Gone Too Far?*, in *The National Law Journal*, 2005; NANDA, *Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted*, in *American Journal of Comparative Law*, 2010, 58, 605 ss.; PAULSEN, *Imposing Limits On Prosecutorial Discretion in Corporate Prosecution Agreements*, in *New York University Law Review*, 2007, 1434 ss.

²⁷ 18 U.S. Code Chapter 208 - *Speed Trial Act* (1974), Section 3161 (H-2), in www.law.cornell.edu: *The following periods of delay shall be excluded in computing the time within which an information or an indictment must be filed, or in computing the time within which the trial of any such offense must commence: [...] Any period of delay during which prosecution is deferred by the attorney for the Government pursuant to written agreement with the defendant, with the approval of the court, for the purpose of allowing the defendant to demonstrate his good conduct.*

²⁸ Sulle complicazioni che l'istituto pone rispetto ai principi di imparzialità e terzietà del giudice e pubblicità del procedimento penale enunciati nel IV emendamento della Costituzione statunitense, v. ODED, *Deferred Prosecution Agreements: Prosecutorial Balance in Times of Economic Meltdown*, cit.

²⁹ Replicati, nel Regno Unito, nel *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, in www.cps.gov.uk, §§ 2.8.1 (-2.8.1 *Additional public interest factors in favor of prosecution i. A history of similar conduct (including prior criminal, civil and regulatory enforcement actions against P and/or its directors/partners and/or majority shareholders). Failing to prosecute in circumstances where there have been repeated or serious breaches of the law may not be a proportionate response and may not provide adequate deterrent effects. ii. The conduct alleged is part of the established business practices of P. iii. The offence was committed at a time when P had no or an ineffective corporate compliance program and it has not been able to demonstrate a significant improvement in its compliance program since then. iv. P has been previously subject to warning, sanctions or criminal charges and had nonetheless failed to take adequate action to prevent future unlawful conduct, or had continued to engage in the conduct. v. Failure to*

- natura e gravità del reato;
- grado di diffusione della condotta illecita nell'organizzazione aziendale;
- compartecipazione del *management* nell'agire criminoso;
- precedenti dell'azienda indagata o indiziata di natura penale, civile e/o amministrativa («*criminal, civil and regulatory enforcement actions*», ma anche «*warning [...] or criminal charges*»);
- prontezza dell'impresa nel denunciare il reato (attività di *self reporting*);
- collaborazione dell'ente nelle investigazioni, anche conducendo indagini interne e trasmettendo i relativi esiti all'autorità procedente;
- presenza di un *compliance program*;
- iniziative avviate dalla persona giuridica indagata o indiziata per riparare alle conseguenze dannose o pericolose del reato, ivi inclusi l'adozione o implementazione di un *compliance program*, l'irrogazione di sanzioni disciplinari nei confronti dei responsabili (sostituzione o licenziamento degli organi responsabili dell'area aziendale nella quale è stato commesso l'illecito) o il risarcimento del danno patito dalla persona offesa³⁰;
- esistenza di danni cagionati a terzi;
- situazione economico-finanziaria della società indagata o indiziata ed effetti che il procedimento penale potrebbe provocare sulla stessa;
- adeguatezza di azioni civili o amministrative esperibili³¹.

notify the wrongdoing within reasonable time of the offending conduct coming to light. vi. Reporting the wrongdoing but failing to verify it, or reporting it knowing or believing it to be inaccurate, misleading or incomplete. vii. Significant level of harm caused directly or indirectly to the victims of the wrongdoing or a substantial adverse impact to the integrity or confidence of markets, local or national governments») e 2.8.2 (-2.8.2 Additional public interest factors against prosecution i. Co-operation: Considerable weight may be given to a genuinely proactive approach adopted by P's management team when the offending is brought to their notice, involving within a reasonable time of the offending coming to light reporting P's offending otherwise unknown to the prosecutor and taking remedial actions including, where appropriate, compensating victims. In applying this factor, the prosecutor needs to establish whether sufficient information about the operation and conduct of P has been supplied in order to assess whether P has been co-operative. Co-operation will include identifying relevant witnesses, disclosing their accounts and the documents shown to them. Where practicable it will involve making the witnesses available for interview when requested. It will further include providing a report in respect of any internal investigation including source documents. ii. A lack of a history of similar conduct involving prior criminal, civil and regulatory enforcement actions against P and/or its directors/partners and/or majority shareholders; The prosecutor should contact relevant regulatory departments (including where applicable those overseas) to ascertain whether there are existing investigations in relation to P and/or its directors/partners and/or majority shareholders; iii. The existence of a proactive corporate compliance program both at the time of offending and at the time of reporting but which failed to be effective in this instance; iv. The offending represents isolated actions by individuals, for example by a rogue director; v. The offending is not recent and P in its current form is effectively a different entity from that which committed the offences - for example it has been taken over by another organisation, it no longer operates in the relevant industry or market, P's management team has completely changed, disciplinary action has been taken against all of the culpable individuals, including dismissal where appropriate, or corporate structures or processes have been changed to minimise the risk of a repetition of offending; vi. A conviction is likely to have disproportionate consequences for P, under domestic law, the law of another jurisdiction including but not limited to that of the European Union, always bearing in mind the seriousness of the offence and any other relevant public interest factors; vii. A conviction is likely to have collateral effects on the public, P's employees and shareholders or P's and/or institutional pension holders»).

³⁰ *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice, cit., § 2.8.2, v).*

³¹ Aggiornamenti si sono avuti con il *McCallum Memorandum* e il *Morford Memorandum*. I *Memorandum* redatti dal DOJ sono pubblicati in *www.justice.gov*. V. WRAY-HUR, *Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World: The Thompson Memorandum in Theory and in Practice*, cit., 1178 ss.

2.3. Regno Unito

Al fine di «a) migliorare la flessibilità del sistema rispetto ai reati commessi nell'ambito di enti collettivi [...]; b) assicurare sempre più imprese alla giustizia»³², il Regno Unito ha di recente ripreso l'esperienza statunitense, con due variazioni³³. Ha introdotto i soli DPA, ritenendo gli NPA inconciliabili con principi che presiedono al sistema processuale penale inglese, atteso il difetto di controllo giudiziale sull'accordo raggiunto tra autorità inquirente e *defendant*³⁴. Ha regolamentato i DPA in una disciplina positiva *ad hoc*, formulata nel *Crime and Courts Act* (2013)³⁵, e ha declinato criteri orientativi generali sulla *diversion* per la pubblica accusa nel *Code of Practice* (2014)³⁶, pubblicato, come da statuto³⁷, il 14 febbraio 2014 dal *Serious Fraud Office* e dal *Crown Prosecution Service*³⁸.

Secondo le linee guida, per attivare i DPA è sufficiente che dagli indizi raccolti risulti verosimile che l'azienda indagata abbia commesso l'illecito e, dunque, si giungerà in tempi ragionevoli a condanna in base al parametro della «*realistic prospect of conviction*»³⁹.

³² Ministry of Justice, *Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organization: Deferred prosecution agreements*, presentato al Parlamento dal *Lord Chancellor and Secretary of State for Justice*, maggio 2012, 12-13, § 43 (in *consult.justice.gov.uk*).

³³ V. MAZZACUNA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione «negoziata» per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, cit., 737 ss.; ID., *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Practice inglese: spunti per alcune riflessioni de jure condendo*, in *L'indice penale*, 2015, 1-2, 179 ss.

³⁴ Ministry of Justice, *Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organization: Deferred prosecution agreements*, cit., 19, § 69: «Despite the effectiveness of the US model, the lack of judicial oversight to make it unsuitable for the constitutional arrangements and legal traditions in England and Wales. We have concluded that non-prosecution agreements are not suitable for this jurisdiction due to their markedly lesser degree of transparency, including the absence of judicial oversight».

³⁵ U.K. *Crime and Courts Act* (2013), *Section 45 e Schedule 17*, in *www.legislation.gov.uk*. Il *Crime and Courts Act* (2013) ha ricevuto il *Royal Assent* il 25 aprile 2013.

³⁶ *Deferred Prosecution Agreement. Code of Practice*, cit.

³⁷ *Crime and Courts Act* (2013), cit., *Section 45 e Schedule 17*, § 6 (1): «6 (1) *The Director of Public Prosecutions and the Director of the Serious Fraud Office must jointly issue a Code for prosecutors giving guidance on - (a) the general principles to be applied in determining whether a DPA is likely to be appropriate in a given case, and (b) the disclosure of information by a prosecutor to P in the course of negotiations for a DPA and after a DPA has been agreed.*

³⁸ Dopo un periodo di consultazione, da giugno a settembre 2013, culminato con la pubblicazione del *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice. The Director's response to the public consultation*. La gamma di circolari governative d'indirizzo è ricca: le previsioni generali articolate nel *Code for Crown Prosecutors* (pubblicato dal *Director of Public Prosecutions* in ottemperanza alla *Section 10* del *Prosecution of Offences Act* (1985), in *www.cps.gov.uk*, nella versione del gennaio 2013) sono precisate in materia di criminalità economica nella *Guidance on Corporate Prosecutors* (pubblicata dal *Director of Public Prosecutions*, dal *Director of the Serious Fraud Office* e dal *Director of the Revenue and Customs Prosecutions Office*, in *www.sfo.gov.uk*), in materia di corruzione nella *Joint Prosecution Guidance of the Director of the Serious Fraud Office and the Director of Public Prosecutions (Bribery Act 2010)* (in *www.sfo.gov.uk*) e in materia di salute e sicurezza sul lavoro nell'*Health and Safety Executive* (pubblicato dall'*Health and Safety Executive*, in *www.hse.gov.uk*). Sui sistemi d'incriminazione nel Regno Unito, v. SANDERS, *Prosecutions Systems*, in MCCONVILLE-WILSON (a cura di), *The Handbook of the Criminal Justice Process*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 149 ss.; AA.VV., *Procedure penali d'Europa*, cit., 231 ss. Sui poteri del *Serious Fraud Office*, v. ASHWORTH, *Developments in the Public Prosecutor's Office in England and Wales*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2000, 8/2, 257 ss. Sui sistemi di salute e sicurezza sul lavoro, v. ASHWORTH, *Developments in the Public Prosecutor's Office in England and Wales*, cit., 264 ss.

³⁹ *Deferred prosecution agreement. Code of Practice*, cit., §§ 1.2, i) «(1.2 In order to enter a DPA the prosecutor is to apply the following two stage test. Prosecutors must be satisfied and record that: [...] i. Either: a) the evidential stage of the Full Code Test in the Code for Crown Prosecutors is satisfied or, if this is not met, that b) there is at least a reasonable suspicion based upon some admissible evidence that P has committed the offence, and there are reasonable grounds for believing that a continued investigation would provide further admissible evidence within a reasonable period of time, so that all the evidence together would be capable of establishing a realistic prospect of conviction in accordance with the Full Code Test» e 2.2, ii) «(2.2 Where the prosecutor is satisfied that: [...] ii. the full extent of the alleged offending has been identified».) Il parametro della «*realistic prospect of conviction*» già può rintracciarsi nel *Code for Crown Prosecutors*, cit., § 4.5, ove si precisa che lo stesso «*is based on the prosecutor's objective assessment of the evidence, including the impact of any defence and any other information that the suspect has put forward or on*

Il funzionamento della disciplina è circoscritto, soggettivamente, a imprese lato sensu, cioè con o senza personalità giuridica, che in un intervallo di tempo contenuto dalla commissione del reato abbiano reagito spontaneamente, con *proactive approach*, collaborando alle indagini, implementando la struttura aziendale in prospettiva prevenzionistica, irrogando sanzioni disciplinari, risarcendo il danno, ecc.; oggettivamente, ai soli reati espressamente inventariati, ossia truffa, frode in commercio, falso in bilancio, reati doganali, contraffazione di merci, riciclaggio, evasione fiscale e altri illeciti economico-finanziari⁴⁰.

Similmente alla prassi statunitense, i contenuti dell'accordo sono opportunamente predeterminati secondo criteri di equità, ragionevolezza, adeguatezza e proporzione rispetto alla gravità della contestazione⁴¹, sì da evitare, in sede di negoziazione, potenziali abusi da parte del *prosecutor*⁴².

which he or she might rely. It means that an objective, impartial and reasonable jury or bench of magistrates or judge hearing a case alone, properly directed and acting in accordance with the law, is more likely than not to convict the defendant of the charge alleged. This is a different test from the one that the criminal courts themselves must apply. A court may only convict if it is sure that the defendant is guilty.

⁴⁰ *Crime and Courts Act (2013), cit., Section 45 e Schedule 17, Parte 1, § 4 (1) («4 (1) P may be a body corporate, a partnership or an unincorporated association, but may not be an individual») e Parte 2, §§ 15-27 («15 Conspiracy to defraud. 16 Cheating the public revenue. 17 An offence under any of the following sections of the Theft Act 1968 - (a) section 1 (theft); (b) section 17 (false accounting); (c) section 20 (suppression etc of documents); (d) section 24A (dishonestly retaining a wrongful credit). 18 An offence under any of the following sections of the Customs and Excise Management Act 1979 - (a) section 68 (offences in relation to exportation of prohibited or restricted goods); (b) section 167 (untrue declarations etc.); (c) section 170 (fraudulent evasion of duty etc). 19 An offence under any of the following sections of the Forgery and Counterfeiting Act 1981 - (a) section 1 (forgery); (b) section 2 (copying a false instrument); (c) section 3 (using a false instrument); (d) section 4 (using a copy of a false instrument); (e) section 5 (offences relating to money orders, share certificates, passports etc). 20 An offence under section 450 of the Companies Act 1985 (destroying, mutilating etc company documents). 21 An offence under section 72 of the Value Added Tax Act 1994 (fraudulent evasion of VAT). 22 An offence under any of the following sections of the Financial Services and Markets Act 2000 - (a) section 23 (contravention of prohibition of carrying on regulated activity unless authorised or exempt); (b) section 25 (contravention of restrictions on financial promotion); (c) section 85 (prohibition of dealing etc in transferable securities without approved prospectus); (d) section 346 (provision of false or misleading statements to auditor or actuary); (e) section 397 (misleading statements and practices); (f) section 398 (misleading the FSA). 23 An offence under any of the following sections of the Proceeds of Crime Act 2002 - (a) section 327 (concealing etc criminal property); (b) section 328 (arrangements facilitating acquisition etc. of criminal property); (c) section 329 (acquisition, use and possession of criminal property); (d) section 330 (failing to disclose knowledge or suspicion of money laundering); (e) section 333A (tipping off). 24 An offence under any of the following sections of the Companies Act 2006 - (a) section 658 (general rule against limited company acquiring its own shares); (b) section 680 (prohibited financial assistance); (c) section 993 (fraudulent trading). 25 An offence under any of the following sections of the Fraud Act 2006 - (a) section 1 (fraud); (b) section 6 (possession etc of articles for use in frauds); (c) section 7 (making or supplying articles for use in frauds); (d) section 11 (obtaining services dishonestly). 26 An offence under any of the following sections of the Bribery Act 2010 - (a) section 1 (bribing another person); (b) section 2 (being bribed); (c) section 6 (bribery of foreign public officials); (d) section 7 (failure of commercial organisations to prevent bribery). 27 An offence under regulation 45 of the Money Laundering Regulations 2007 (S.I. 2007/2157).*

⁴¹ *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice, cit., §§ 7.2 («7.2 The prosecutor and P are required to agree the terms of a DPA which are fair, reasonable and proportionate. What terms are fair, reasonable and proportionate, including the length of the DPA, will be determined on a case by case basis. The terms may consist of a combination of requirements and it will normally be fair, reasonable and proportionate for there to be a financial penalty. It is particularly desirable that measures should be included that achieve redress for victims, such as payment of compensation. Paragraph 5 of Schedule 17 to the Act suggests that a possible term of a DPA is the recovery of the reasonable costs of the prosecutor in relation to the alleged offence or the DPA. The prosecutor should ordinarily seek to recover these costs, including the costs of the investigation where they have been incurred by the prosecutor») e 7.5 («7.5 The terms must be proportionate to the offence and tailored to the specific facts of the case).*

⁴² *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice, cit., Parte 7.*

Diverso dalla disciplina statunitense è il ruolo assegnato al giudice. Superati⁴³ *evidential stage*⁴⁴ (valutazione, da parte dell'autorità inquirente, degli elementi, utilizzabili e attendibili, raccolti a carico dell'ente indagato da fonti di prova credibili) e *public interest stage*⁴⁵ (valutazione, da parte del *prosecutor*, della rispondenza della conclusione del DPA a interesse pubblico⁴⁶), avviata la trattativa mediante formale *letter of invitation*⁴⁷ e perfezionato l'accordo tra autorità inquirente e società indagata, l'*application for approval*⁴⁸ è sottoposta a valutazione della *Crown Court (judicial scrutiny)* nell'ambito di un'udienza preliminare a porte chiuse (*preliminary hearing*). Ivi il giudice, che non può influire sulla formazione dell'accordo né variarne il contenuto⁴⁹ ma può rigettare la proposta delle parti⁵⁰, accerta equità, ragionevolezza,

⁴³ In caso di mancato superamento di *evidential stage* o *public interest stage*, la pubblica accusa deve optare per un *civil recovery order*, come suggerito dal *Proceeds of Crime Act* (2002) e dall'*Attorney General's Guidance (Deferred prosecution Agreements. Code of Practice, cit., § 1.7: -1.7 In cases where neither limb of the evidential stage can be met by the conclusion of any DPA negotiations and it is not considered appropriate to continue the criminal investigation, the prosecutor should consider whether a Civil Recovery Order is appropriate. Attention is drawn to the Attorney General's guidance to prosecuting bodies on their asset recovery powers under the Proceeds of Crime Act 2002, issued 5 November 2009-)*.

⁴⁴ *Deferred prosecution Agreements. Code of Practice, cit., § 1.2, i)*.

⁴⁵ *Deferred prosecution Agreements. Code of Practice, cit., §§ 1.2, ii) (-1.2. In order to enter a DPA the prosecutor is to apply the following two stage test. Prosecutors must be satisfied and record that: [...] ii. The public interest would be properly served by the prosecutor not prosecuting but instead entering into a DPA with P in accordance with the criteria set out below-) e 2.2, iii) (-2.2 Where the prosecutor is satisfied that: [...] iii. the public interest would likely be met by a DPA-)*.

⁴⁶ L'elenco, non tassativo, di fattori di valutazione è individuato in *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice, cit., §§ 2.3-2.6 (-2.3 When considering whether a DPA may be appropriate the prosecutor will have regard to existing Codes of Practice and Guidance, in particular: i. The Code for Crown Prosecutors; ii. The Joint Prosecution Guidance on Corporate Prosecutions (-the Corporate Prosecution Guidance-); iii. Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance (-the Bribery Act Guidance-); iv. The DPA Code. 2.4 Where either limb of the evidential stage is passed, the prosecutor must consider whether or not a prosecution is in the public interest. The more serious the offence, the more likely it is that prosecution will be required in the public interest. Indicators of seriousness include not just the value of any gain or loss, but also the risk of harm to the public, to unidentified victims, shareholders, employees and creditors and to the stability and integrity of financial markets and international trade. The impact of the offending in other countries, and not just the consequences in the UK, should be taken into account. 2.5 Prosecutors must balance factors for and against prosecution carefully and fairly. Public interest factors that can affect the decision to prosecute usually depend on the seriousness of the offence, which includes the culpability of P and the harm to the victim. A prosecution will usually take place unless there are public interest factors against prosecution which clearly outweigh those tending in favour of prosecution. 2.6 In applying the public interest factors when considering whether to charge, seek to enter a DPA or take no further criminal action the prosecutor undertakes a balancing exercise of the factors that tend to support prosecution and those that do not. This is an exercise of discretion. Which factors are considered relevant and what weight is given to each are matters for the individual prosecutor. It is quite possible that one public interest factor alone may outweigh a number of other factors which tend in the opposite direction. Decisions will be made on an individual case by case basis-)*.

⁴⁷ Sul consenso della persona giuridica alla *letter of invitation* il Governo britannico ha chiarito che la *Section 7 del Code of Practice* è «intesa ad assistere il *prosecutor* nell'individuare i termini appropriati da considerare nel caso concreto. Il DPA si regge sull'accordo tra le parti, in assenza del quale il DPA stesso non sussiste» (*Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice. The Director's response to the public consultation, cit., § 145*). Sulla necessità dell'accordo dell'imputato nell'ambito della *diversion*, v. AIMONETTO, *L'archiviazione «semplice» e la «nuova» archiviazione «condizionata» nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di «deprocessualizzazione», cit., 125; MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione*, Milano, 2003, 108.*

⁴⁸ Che deve contenere anche *statement of facts* e indicazione di fondamento e termini del DPA. Così *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice, cit., §§ 6.1 (-6.1. The application must include a statement of facts which must: i. give particulars relating to each alleged offence; ii. include details where possible of any financial gain or loss, with reference to key documents that must be attached-) e 7.3 (-7.3 The basis of the DPA and its terms will be explained in an agreed written application to the court-)*.

⁴⁹ Taluno ha osservato come al giudice spetti una funzione di *wait and see*. Così GREENBLUM, *What Happens to Prosecution Deferred? Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements*, in *Columbia Law Review*, ottobre 2005, 105, 6, 1901; cfr. intervista con PITOFSKY, in *Corporate Crime Reporter*, 28 novembre 2005, in www.corporatecrimereporter.com.

⁵⁰ *Crime and Courts Act* (2013), cit., *Section 45 e Schedule 17, Parte 1, § 7: -7 (1) After the commencement of negotiations between a prosecutor and P in respect of a DPA but before the terms of the DPA are agreed, the prosecutor must apply to the Crown Court for a declaration that - (a) entering into a DPA with P is likely to be in the interests of justice, and (b) the proposed terms of the DPA are fair, reasonable and proportionate. (2) The court must give reasons for its decision on whether or not to make a declaration under sub-paragraph (1). (3) The prosecutor may make a further*

adeguatezza, proporzione e rispondenza a esigenze di giustizia del DPA rispetto sia alle parti sia ad azionisti e investitori dell'azienda coinvolta⁵¹. Approvato il DPA, il giudice emette decisione motivata in pubblica udienza (*final hearing*) e il *prosecutor* cura la pubblicazione del DPA e del relativo provvedimento giudiziale⁵² in osservanza dei principi di correttezza, lealtà, equità (*consistency*) e trasparenza (*transparency*)⁵³. Per tutto questo tempo il procedimento penale rimane automaticamente sospeso⁵⁴. In caso di completa e tempestiva esecuzione degli impegni assunti, interviene archiviazione del procedimento penale. Se, invece, l'impresa indagata non osserva i termini dell'accordo, l'autorità inquirente, seguendo un approccio di *carrots and sticks*⁵⁵, informa il giudice, il quale, con decisione motivata⁵⁶, o esorta le parti a correggere l'accordo o delibera l'interruzione dello stesso e, quindi, l'avvio del processo penale, nel quale lo *statement of facts*, in quanto non ritrattabile, assume, peraltro, valore di *admission*, vale a dire di prova irrefutabile (*conclusive evidence*)⁵⁷.

application to the court for a declaration under sub-paragraph (1) if, following the previous application, the court declined to make a declaration. (4) A hearing at which an application under this paragraph is determined must be held in private, any declaration under sub-paragraph (1) must be made in private, and reasons under sub-paragraph (2) must be given in private.

⁵¹ *Crime and Courts Act* (2013), cit., Section 45 e Schedule 17, Parte 1, § 7.1, a) e b).

⁵² *Crime and Courts Act* (2013), cit., Section 45 e Schedule 17, Parte 1, §§ 5 (+5 (1) A DPA must contain a statement of facts relating to the alleged offence, which may include admissions made by P. (2) A DPA must specify an expiry date, which is the date on which the DPA ceases to have effect if it has not already been terminated under paragraph 9 (breach). (3) The requirements that a DPA may impose on P include, but are not limited to, the following requirements - (a) to pay to the prosecutor a financial penalty; (b) to compensate victims of the alleged offence; (c) to donate money to a charity or other third party; (d) to disgorge any profits made by P from the alleged offence; (e) to implement a compliance program or make changes to an existing compliance program relating to P's policies or to the training of P's employees or both; (f) to co-operate in any investigation related to the alleged offence; (g) to pay any reasonable costs of the prosecutor in relation to the alleged offence or the DPA. The DPA may impose time limits within which P must comply with the requirements imposed on P. (4) The amount of any financial penalty agreed between the prosecutor and P must be broadly comparable to the fine that a court would have imposed on P on conviction for the alleged offence following a guilty plea. (5) A DPA may include a term setting out the consequences of a failure by P to comply with any of its terms-) e 8.7 (-8 (7) Upon approval of the DPA by the court, the prosecutor must publish - (a) the DPA, (b) the declaration of the court under paragraph 7 and the reasons for its decision to make the declaration, (c) in a case where the court initially declined to make a declaration under paragraph 7, the court's reason for that decision, and (d) the court's declaration under this paragraph and the reasons for its decision to make the declaration, unless the prosecutor is prevented from doing so by an enactment or by an order of the court under paragraph 12 (postponement of publication to avoid prejudicing proceedings)-).

⁵³ Cfr. Ministry of Justice, «Deferred Prosecution Agreements: Government response to the consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations», presentato al Parlamento dal Lord Chancellor and Secretary of State for Justice, ottobre 2012 (in www.gov.uk).

⁵⁴ *Crime and Courts Act* (2013), cit., Section 45 e Schedule 17, § 2.2: -2 (2) As soon as proceedings are instituted under sub-paragraph (1) they are automatically suspended-.

⁵⁵ GREENBLUM, *What Happens to Prosecution Deferred? Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements*, cit., 1889.

⁵⁶ *Crime and Courts Act* (2013), cit., Section 45 e Schedule 17, Parte 1, § 9.4: -9 (4) The court must give reasons for its decisions under sub-paragraphs (2) and (3)-.

⁵⁷ *Crime and Courts Act* (2013), cit., Section 45 e Schedule 17, Parte 1, § 13.3-6: -13 (3) Sub-paragraph (4) applies where a prosecutor and P have entered into negotiations for a DPA but the DPA has not been approved by the Crown Court under paragraph 8. (4) Material described in sub-paragraph (6) may only be used in evidence against P - (a) on a prosecution for an offence consisting of the provision of inaccurate, misleading or incomplete information, or (b) on a prosecution for some other offence where in giving evidence P makes a statement inconsistent with the material. (5) However, material may not be used against P by virtue of sub-paragraph (4)(b) unless evidence relating to it is adduced, or a question relating to it is asked, by or on behalf of P in the proceedings arising out of the prosecution. (6) The material is - (a) material that shows that P entered into negotiations for a DPA, including in particular - (i) any draft of the DPA; (ii) any draft of a statement of facts intended to be included within the DPA; (iii) any statement indicating that P entered into such negotiations; (b) material that was created solely for the purpose of preparing the DPA or statement of facts; Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice, cit., § 6.4: -6.4. In the event that P is prosecuted for the alleged offence addressed by a court approved DPA, the statement of facts would be admissible against P in accordance with section 10 of the Criminal Justice Act 1967 in any subsequent criminal proceedings-.

2.4. Perché i sistemi di diversione processuale quali possibili rimedi?

I sistemi di diversione processuale sono stati individuati quali possibili rimedi alla sostanziale disapplicazione del d.lgs. 231/2001 attesi i benefici, di seguito catalogati, che il ricorso agli stessi può comportare sul piano non solo processuale ma anche sostanziale⁵⁸, potenziali incentivi per una più regolare attuazione della disciplina da parte dell'autorità giudiziaria. Essi possono:

- consentire all'autorità giudiziaria di scrutinare, per illeciti commessi in ambito aziendale, un numero maggiore di enti per merito dell'elasticità e velocità di tali sistemi;
- determinare un risparmio di risorse pubbliche e tempo grazie alla rapida fuoriuscita della persona giuridica dal procedimento penale. Ad esempio, un procedimento penale per frode costa al *Serious Fraud Office* circa 1,6 milioni di sterline all'anno e viene definito in circa 8 anni⁵⁹;
- generare incremento di denari nelle casse dello Stato. I dati a disposizione relativi ad accordi perfezionati dal DOJ e dalla SEC (circa 245 *agreements* dal 2000 a oggi, circa 30 ogni anno dal 2007 a oggi) evidenziano ricavi per 36 bilioni di dollari. Ad esempio, gli organi federali hanno incamerato, nel 2012, circa 9 bilioni di dollari da 35 negoziazioni concluse dal DOJ (di cui 19 DPA e 16 NPA) e, nel 2014, circa 5 bilioni di dollari da 30 negoziazioni (di cui 20 DPA e 10 NPA)⁶⁰;
- scongiurare le ripercussioni, personali e sociali, che di regola accompagnano la condanna penale di una società, destinate – ed è questo un tratto comune della criminalità economica moderna⁶¹ – a riversarsi altresì su dipendenti, azionisti, investitori, risparmiatori e, più in generale, sul mercato nel suo complesso (*pre-trial diversion*⁶² o effetto Arthur Andersen, così denominato dal dissesto della Arthur Andersen LLP, azienda di revisione della Enron Corporation, seguito alla condanna per il reato di ostruzione alla giustizia)⁶³. Non può, infatti, ritenersi che, «Non essendoci un corpo da straziare e un animo da umiliare, la sanzione diretta all'impresa [possa] permettersi quell'invasione, quella pervasività e anche quella violenza che un diritto penale moderno e rispettoso della dignità umana respinge con forza qualora il destinatario sia una persona fisica»⁶⁴. Peraltro considerato che, come dimostra la teoria del *labelling approach*, «una volta verificatosi il primo fatto-reato (devianza primaria)» già «si instaura [una] particolare interazione [...] fra l'individuo e le istituzioni» per cui il reo, che pure «non è persona intrinsecamente

⁵⁸ Segnalano la necessità di mettere a tema i nessi tra dogmatica penale sostanziale e processuale BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *La questione criminale*, 1980; CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovine editore, Napoli, 2009; PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *L'Indice penale*, 1999; PULITANO, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005.

⁵⁹ Ministry of Justice, *Deferred Prosecution Agreements: Government response to the consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations*, cit., 8, §§ 25 e 41.

⁶⁰ Statistiche elaborate da GIBSON, DUNN & CRUTCHER, in <http://www.gibsondunn.com/2015-year-end-update-on-corporate-non-prosecution-agreements-npas-and-deferred-prosecution-agreements-dpas/>.

⁶¹ ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010, 106.

⁶² O *settlement agreement* o *deals of justice*. V. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione negoziata per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, cit., 737 ss.

⁶³ V. BRICKEY, *Andersen's Fall From Grace*, in *Washington University Law Quarterly*, 2003.

⁶⁴ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, 291, secondo cui «Nei confronti di un'impresa il diritto penale può dar sfogo a tutte le pretese di rimodellamento e di riformulazione completa della struttura; può ricostruire una 'persona nuova', modificando il carattere e reimpostando la condotta di vita».

diversa dagli altri consociati, [...] diviene tale mediante quella particolare forma di 'etichettamento' che l'ordinamento predispone nei suoi confronti con l'imposizione di un processo pubblico», il quale può terminare con una punizione che, in taluni casi, rischia di «etichettare» irrimediabilmente il colpevole» (devianza secondaria, la quale, «per essere adeguatamente combattuta, necessita proprio di forme di composizione del conflitto 'informali', che permettano cioè la reintegrazione del deviante nella società senza alcuna forma di stigmatizzazione controproducente)»⁶⁵;

- «incoraggiare una cultura della trasparenza e della cooperazione tra organizzazioni collettive e autorità» che stimoli le prime ad auto-denunciare gli illeciti commessi in contesto aziendale e «incentiv[il] positivamente l'adozione di *compliance programs* atti a ridurre la probabilità di commissione di reati economici»⁶⁶, così promuovendo strategie di recupero e di contenimento della pericolosità sociale;
- ovviare al problema dell'incertezza della valutazione giudiziale di idoneità del Modello organizzativo, data dal fatto che il giudice, surrogando il doveroso vaglio *ex ante* con una valutazione *ex post*, agisce in qualità non di fruitore bensì di demiurgo dei presidi aziendali, giungendo immancabilmente a un giudizio d'inidoneità o di inefficace attuazione dei sistemi di gestione dei rischi malgrado i quali l'illecito si è, appunto, verificato⁶⁷. L'impresa indagata concorda, infatti, direttamente con la pubblica accusa, sotto controllo del giudice e con consulenza di un *monitor* esterno, la riabilitazione più adeguata, così positivizzata con maggiore chiarezza e certezza applicativa. Il Modello organizzativo progettato di concerto con l'organo inquirente può, così, pregiarsi di aver conseguito una sorta di certificazione giudiziale⁶⁸;

⁶⁵ RUGGIERI, *Diversión: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, cit., 538.

⁶⁶ *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice. The Director's response to the public consultation*, cit., §§ 4-54; cfr. anche Ministry of Justice, *Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organization: Deferred prosecution agreements*, cit., 12-13, § 43; *Guidance on Corporate Prosecutors*, cit., §§ 21-27. Il *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, cit., oltre a prevedere come possibile termine dell'accordo quello di obbligare il soggetto collettivo a «*putting in place a robust compliance and/or monitoring program*» (§ 7.10, *iii*), fornisce indicazioni sui contenuti specifici che deve avere il *compliance program* – i quali devono, peraltro, essere dettagliati nell'*application for approval* – che di seguito si catalogano: «7.21 *No two monitoring programs will be the same, given the varying facts and circumstances of each case including the nature and size of P. Terms included in the monitor's agreement may include, but are not limited to, ensuring that P has in place: i. a code of conduct; ii. an appropriate training and education program; iii. internal procedures for reporting conduct issues which enable officers and employees to report issues in a safe and confidential manner; iv. processes for identifying key strategic risk areas; v. reasonable safeguards to approve the appointment of representatives and payment of commissions; vi. a gifts and hospitality policy; vii. reasonable procedures for undertaking due diligence on potential projects, acquisitions, business partners, agents, representatives, distributors, sub-contractors and suppliers; viii. procurement procedures which minimise the opportunity of misconduct; ix. contract terms between P and its business partners, subcontractors, distributors, and suppliers include express contractual obligations and remedies in relation to misconduct; x. internal management and audit processes which include reasonable controls against misconduct where appropriate; xi. policies and processes in all of its subsidiaries and operating businesses, and joint ventures in which it has management control, and that P uses reasonable endeavours to ensure that the joint ventures in which it does not have management control, together with key subcontractors and representatives, are familiar with and are required to abide by its code of conduct to the extent possible; xii. procedures compatible with money laundering regulations; xiii. policies regarding charitable and political donations; xiv. terms related to external controls, e.g. procedures for selection of appropriate charities; xv. policies relating to internal investigative resources, employee disciplinary procedures; and compliance screening of prospective employees; xvi. policies relating to the extent to which senior management takes responsibility for implementing relevant practices and procedures; xvii. mechanisms for review of the effectiveness of relevant policies and procedures across business and jurisdictions in which P operates; xviii. compensation structures that remove incentives for unethical behavior.*»

⁶⁷ V. CARMONA, *La responsabilità amministrativa degli enti: reati presupposto e modelli organizzativi*, in questa *Rivista*, 2006, 1, 199; GIUNTA, *La responsabilità per omissione*, in DE FRANCESCO (a cura di), *Un nuovo progetto di codice penale: dagli auspicii alla realizzazione?*, Torino, 2001, 70 ss.

⁶⁸ Il disegno di legge elaborato nel 2010 dall'Agenzia di Ricerca e Legislazione (AREL) – in *www.penalcontemporaneo.it* – proponeva di introdurre meccanismi di certificazione del Modello organizzativo consistenti in un vaglio preventivo in grado di stabilire l'esclusione di responsabilità del soggetto collettivo; conseguimento e conservazione della patente di

- ridurre il rischio di recidiva connesso a enti indagati rientrati nella legalità, dacché le persone giuridiche sottoposte a sistemi di diversione in genere non vengono coinvolte in nuove inchieste. I dati a disposizione evidenziano, infatti, che, a oggi, un solo DPA (con Aibel Group Ltd., stipulato nel 2007 e revocato nel 2008⁶⁹) e un solo NPA (con la Banca UBS, stipulato nel 2012 e revocato nel 2015) hanno prodotto esiti negativi, determinando la riapertura del procedimento penale. Le statistiche relative al 2014 pubblicate dalla *Federal Commission* indicano, invece, che le società condannate a norma del Cap. VIII delle *Federal Sentencing Guidelines* nel 98,2% dei casi non avevano, negli ultimi 10 anni, precedenti penali (DPA compresi) e nel 96,5% dei casi erano prive di Modello organizzativo⁷⁰ e che solo l'8,8% delle aziende riconosciute responsabili di illecito si era auto-denunciato o aveva cooperato alle indagini⁷¹;
- dare importanza, con approccio pragmatico, alla colpa di reazione (*reactive fault*)⁷², criterio d'imputazione dell'illecito più conforme, rispetto alla colpa in organizzazione, alle peculiarità dell'impresa. Non importa, cioè, che l'ente non fosse abbastanza *compliant* al tempo del commesso reato⁷³. Interessa, piuttosto, che i *controlling officers*, i quali, per le cariche apicali che ricoprono, esprimono la *directing mind and will* della persona giuridica, sfruttino velocemente l'occasione offerta dalla verifica dell'illecito per correggere il difetto organizzativo. L'esperienza anglo-americana ha, infatti, maturato la consapevolezza che per le società è empiricamente impossibile mappare adeguatamente tutti i processi aziendali a rischio-reato e introdurre misure organizzative idonee a ridurre tale rischio prima che si verifichino illeciti⁷⁴. Perciò gli ordinamenti di

adeguatezza venivano condizionati a regolarità dell'attestazione, effettiva esecuzione del documento certificato e assenza di significative violazioni sopravvenute. V. FIORELLA-SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità -aggregata- del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in *Relazione al Congresso italo-spagnolo svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 34, 117. Critica la proposta in quanto contraria ai requisiti di attualità e dinamicità del Modello organizzativo ILO, *Compliance programs: natura e funzione nel sistema della responsabilità degli enti. Modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, in questa *Rivista*, 1/2006, 99 ss.

⁶⁹ Relativo a una contestazione per fatti di corruzione di pubblici funzionari stranieri. V. GARRETT, *Globalized Corporate Prosecution*, in *Virginia Law Review*, dicembre 2011, 97, 1847.

⁷⁰ U.S. *Sentencing Commission's 'Sourcebook of Federal Sentencing Statistics'*, 2014, in www.usc.gov: «Organization had no prior record: 98,2% [...] Organization had no compliance program: 96,5%».

⁷¹ In www.gibsondunn.com.

⁷² La categoria della *reactive fault* è stata teorizzata da FISE-BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge, 1993, 49 ss., i quali rilevano che «Questo concetto riflette tre luoghi comuni: 1) la forza di atteggiamenti di risentimento verso aziende le quali si rifiutano o comunque non riescono a reagire con diligenza, ogni qualvolta ciò sia richiesto dalla natura nociva o eccessivamente rischiosa delle attività svolte dalle aziende medesime; 2) la prassi inevitabile in organizzazioni di medio-grandi dimensioni di delegare gli aspetti di *compliance* a funzioni subordinate, salvo le questioni di maggiore importanza; 3) l'affidamento che le società ripongono negli strumenti civilistici di *enforcement* e la tipica percezione che il procedimento penale venga aperto solo qualora non siano disponibili altri rimedi in sede civile». V. anche GOBERT, *Corporate Criminality: four model of fault*, in *Legal Studies*, 1994, 407 ss. e, per la letteratura italiana, ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 218 ss. e DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 373 ss.

⁷³ Purché l'agire al di fuori della legge non rappresenti prassi aziendale consolidata. V. *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, cit., § 2.8.2, ii): «2.8.2 Additional public interest factors against prosecution [...] ii. A lack of a history of similar conduct involving prior criminal, civil and regulatory enforcement actions against P and/or its directors/partners and/or majority shareholders; The prosecutor should contact relevant regulatory departments (including where applicable those overseas) to ascertain whether there are existing investigations in relation to P and/or its directors/partners and/or majority shareholders».

⁷⁴ Così WHITE, in *Corporate Crime Report*, dicembre 2015, in www.corporatecrimereporter.com, la quale afferma che «nessuna impresa potrà mai evitare la commissione di un reato al suo interno. Ciò è impossibile, a prescindere dal grado di adeguatezza del modello organizzativo. Di conseguenza, il *prosecutor*, qualora vengano commesse attività criminose in seno ad una società, dovrà guardare a quando è stato scoperto il problema, a quali misure siano state nel frattempo adottate per risolverlo, se ci sia stata cooperazione nelle indagini, se si sia proceduto ad un intervento di *'housecleaning'*. In definitiva, si guarda a come l'impresa si comporta». Come osserva MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti*

common law hanno adeguato la *mission* assegnata al *prosecutor* ai nuovi obiettivi stabiliti, *inter alia*, dalla *Guidance on Corporate Prosecutions* inglese, ossia «deterrenza, difesa sociale e supporto all'etica degli affari» (§ 7). In altri termini, retrocesso il «principio repressivo e tendenzialmente 'distruttivo', del 'colpo e contraccolpo', a favore di una ricostruzione positiva della pace sociale»⁷⁵, si è impegnata l'autorità inquirente nell'assicurare che le aziende indagate apportino contributi all'indagine, in particolare individuando l'autore materiale del reato, e adottino opportune azioni correttive di *compliance* e di risarcimento danni, raccomandando di non procedere con l'incolpazione laddove l'impresa indagata abbia adottato un Modello organizzativo *post factum*⁷⁶. Perché «quando nulla di più si può esigere dalla società delle azioni che la stessa ha già intrapreso» – e tenendo presente che, «nel momento in cui l'impresa sceglie la via della *deferred prosecution*, il processo di trasformazione della cultura di impresa ha già avuto inizio» – «nessuna delle funzioni tradizionalmente assegnate al diritto penale può essere soddisfatta»⁷⁷ e «la condanna dell'impresa non aggiungerebbe nulla di più alla *mission* del *prosecutor*»⁷⁸;

- attribuendo rilievo al ravvedimento operoso *post factum* posto in essere dall'ente indagato e rendendo il procedimento penale sede congeniale per «incentivare [...] il dialogo tra autorità giudiziaria e l'ente-imputato al fine di ottenere il consenso, ossia l'adesione volontaria all'esigenza di ripristino della legalità»⁷⁹ e per promuovere, «sia pure *post factum*, [...] quell'attività di (ri)organizzazione interna della *governance* in vista di una corresponsabilizzazione

collettivi alla luce del Code of Practice inglese: spunti per alcune riflessioni de jure condendo, cit., 189, nota 48, «pressoché ogni DPA concluso dal *Department of Justice* o dalla *Securities and Exchange Commission* statunitensi è accompagnato da una dichiarazione ufficiale da parte degli organi inquirenti secondo la quale la meritevolezza della pena (e, quindi, l'opportunità di procedere con l'incriminazione) cessi nel momento in cui l'ente, a seguito delle contestazioni mosse, ponga in essere le misure di *compliance* nonché le attività di collaborazione pattuite».

⁷⁵ MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, in MIKLAU-SCHROLL (a cura di), *Diversion - Ein anderer Umgang mit Straftaten*, Vienna, 1999, 32, passaggio citato da BETOLINI, *Esistono autentiche forme di «diversione» nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, cit., 2.

⁷⁶ *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, cit., § 2.8.2, iii): «2.8.2 Additional public interest factors against prosecution [...] iii. The existence of a proactive corporate compliance programme both at the time of offending and at the time of reporting but which failed to be effective in this instance». Come osserva MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione «negoziata» per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, cit., 773, «Ciò [...] troverebbe riscontro nel fatto che pressoché ogni DPA concluso dal DOJ o dalla SEC statunitensi è accompagnato da una dichiarazione ufficiale da parte degli organi inquirenti secondo la quale la meritevolezza della pena e, quindi, l'opportunità di procedere con l'incriminazione cess[a] nel momento in cui l'ente, a seguito delle contestazioni mosse, pon[e] in essere le misure di *compliance* nonché le attività di collaborazione pattuite». Ad esempio, in WHITE (U.S. Attorney, Southern District of New York), *Letter a Muller e Dunne* (consulente legale di *Prudential Securities Inc.*), 27 ottobre 1994, la pubblica accusa, nell'annunciare la scelta di negoziare un DPA, dichiara che «l'accordo persegue in modo soddisfacente l'interesse pubblico. In caso di condanna, la pena per l'impresa non può essere la reclusione, ma solo il risarcimento del danno, il pagamento di pene pecuniarie e l'adozione di misure organizzative di controllo a scopo di prevenzione. Tali sanzioni sono appunto comminate anche dall'accordo in questione [...] Se *Prudential* adempierà agli obblighi assunti, non vi sarà più necessità di alcuna incriminazione». Analogamente, KHUZAMI (Direttore della *Division of Enforcement* della SEC), nell'annunciare ufficialmente la conclusione di un DPA con l'*Amish Helping Fund* (AHF), afferma che «la SEC ha riconosciuto e premiato la collaborazione di AHF perché, tra l'altro, ha agito in modo completo e tempestivo nel correggere le dichiarazioni fuorvianti fornite agli investitori, accettando di inserire una funzione di *audit* annuale sulle attività svolte dal fondo e di attuare misure significative correttive per prevenire future violazioni delle leggi in materia» (U.S. *Securities and Exchange Commission*, *SEC Announces Deferred Prosecution Agreement with Amish Fund*, Washington D.C., 18 luglio 2012, in www.sec.gov).

⁷⁷ WEISSMAN-NEWMAN, *Retinking Criminal Corporate Liability*, in *Indiana Law Review*, 4 gennaio 2007, 82, 2.

⁷⁸ Intervista con PTOFSKY, cit.

⁷⁹ VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in UBERTIS-VOENA, *Trattato di procedura penale*, XLVII, Giuffrè, Milano, 2012, 96.

della persona giuridica ai fini della prevenzione dei reati⁸⁰, «la riabilitazione», architrave del sistema sanzionatorio, «è stata ‘riabilitata’, *sub silentio*, come obiettivo nell’incriminazione degli enti collettivi», i quali «si mostra[no], dietro la minaccia dell’incriminazione, come un ‘buon cittadino’⁸¹. A ben vedere, infatti, il valore di prevenzione speciale positiva della pena nei confronti di persone giuridiche sotto processo «ben può significare la ridefinizione dell’assetto organizzativo secondo canoni di legalità che consentano, in radice, il superamento del rischio di reato»⁸². Senza con ciò rinunciare alla funzione tipicamente sanzionatoria della pena. I sistemi di diversione processuale, ancorché «non rappresentano e non vogliono rappresentare una condanna per l’impresa responsabile di un crimine», tuttavia, «a seconda delle circostanze del caso concreto, [...] possono perseguire gli obiettivi tipici della condanna» sviluppati nella *Section 142 (1) del Criminal Justice Act (2003)*: punizione, riduzione del crimine (anche attraverso misure di deterrenza), riabilitazione del responsabile del reato, tutela dell’ordine pubblico e, infine, riparazione per le vittime della condotta illecita⁸³. Semplicemente il legislatore di *common law* ha intuito che la normazione statale procede a velocità più sostenuta rispetto all’auto-normazione aziendale, rallentata dalla necessità di uniformare i processi di produzione al ginepraio di norme cogenti e volontarie che ormai la assediano. Di conseguenza, ha ricalibrato il sistema penale in modo tale che lo stesso guidi il soggetto collettivo verso la più opportuna correzione del difetto organizzativo piuttosto che limitarsi a castigarlo per l’illecito amministrativo verificato.

Attesi i vantaggi che il ricorso a sistemi di diversione processuale può generare e il quadro di riferimento ideologico in cui gli istituti si sono formati, essi possono essere concretamente trasferiti nell’ordinamento italiano?

⁸⁰ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 238. Nella stessa Relazione al decreto legislativo recante «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica», in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 231/2001*, 2008, 38, 6.2, si osserva che «le contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e riorganizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall’illecito e, pertanto, la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all’illecito e al reato avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell’offesa».

⁸¹ ORLANDO, *The Transformation of Corporate Criminal Law*, in *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, 2006, 45, 84-85.

⁸² RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e special-prevenzione*, Napoli, 2009, 351-352, il quale richiama PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 441. Nello stesso senso, v. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 231/2001*, Milano, 29, che si rifa a GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Torino, 2004, 37 ss.; DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 19; GROSSO, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 598; MANZILLO, *Le società commerciali verso un nuovo sistema sanzionatorio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 1022; RITZ, *Unificazione europea e presidi penalistici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 195; THEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 629 ss.

⁸³ V. Ministry of Justice, *Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organization: Deferred prosecution agreements*, cit., 20, § 74.

3. Sulla compatibilità dei sistemi di diversione processuale con il d.lgs. 231/2001

Rispetto all'ordinamento italiano, la disciplina anglo-americana in tema di *deferred prosecution* richiama l'attenzione su un profilo critico del regime di responsabilità delle società tracciato dal d.lgs. 231/2001, ossia il principio di obbligatorietà dell'azione penale. L'art. 112 Cost.⁸⁴ sembra, infatti, rendere faticosamente conciliabili con sistemi processuali penali ad azione obbligatoria ipotesi di diversione di tipo semplice, basate, cioè, sulla discrezionalità incondizionata dell'organo d'accusa nel decidere di dare, o meno, corso al procedimento penale⁸⁵.

Eppure il d.lgs. 231/2001 condivide uno dei tratti primari dei sistemi di diversione processuale, ossia la vocazione special-preventiva, animata dall'assegnazione di specifico valore, sotto il profilo sia sanzionatorio sia processuale, al comportamento tenuto, durante il procedimento penale, dall'azienda indagata⁸⁶.

Sotto il profilo sanzionatorio si consideri che:

- «Nella commisurazione della sanzione pecuniaria il giudice determina il numero delle quote tenendo conto [...] dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti», nonché «delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione» (art. 11 commi 1 e 2 d.lgs. 231/2001);
- «La sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: [...] l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; [...] è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi» [art. 12 comma 2 lett. *a*) e *b*)⁸⁷], il quale, peraltro, «dovr[à] necessariamente risultare maggiormente incisiv[o] in termini di efficacia dissuasiva e dovr[à] valutare in concreto le carenze dell'apparato organizzativo operativo dell'ente che hanno favorito la perpetrazione dell'illecito»⁸⁸;
- il giudice, «se sussistono i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente», può disporre, «in luogo dell'applicazione della sanzione, [...] la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario [...] quando», *inter alia*, «l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione». Il commissario, tra gli incarichi affidati, deve, infatti, «cura[re] l'adozione e l'efficace

⁸⁴ E, invero, anche i principi costituzionali di eguaglianza (art. 3 Cost.) e legalità (art. 25 Cost.).

⁸⁵ V. AIMONETTO, *L'archiviazione «semplice» e la «nuova» archiviazione «condizionata» nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di «deprocessualizzazione»*, cit., 125; RUGGERI, *Diversión: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, cit., 539.

⁸⁶ V. FLORA, *Le sanzioni punitive per le persone giuridiche: un esempio di metamorfosi della sanzione penale?*, in CERQUETTI-FIORIO (a cura di), *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, Padova, 2004, 19 ss.; PELLISERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di GROSSO, Milano, 2007, 903; VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., 92 ss.

⁸⁷ V. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 233; PELLISERO, *La responsabilità degli enti*, cit., 890; RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e special-prevenzione*, cit., 295 ss.; VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., 77 ss.

⁸⁸ Trib. Roma, Sez. G.i.p., 4 aprile 2003, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 301, con nota di NISCO.

attuazione dei Modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi» [art. 15, commi 1 lett. b) e 3 d.lgs. 231/2001]⁸⁹;

- «Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni: [...] l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; [...] l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; [...] l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca» (art. 17 d.lgs. 231/2001)⁹⁰;
- le misure cautelari posso essere sospese – e poi eventualmente revocate – «se l'ente chiede di poter realizzare gli adempimenti cui la legge condiziona l'esclusione di sanzioni interdittive a norma dell'art. 17» (artt. 49 comma 1 e 50 comma 1 d.lgs. 231/2001)⁹¹.

Sotto il profilo processuale si pensi che:

- «Prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, il giudice può disporre la sospensione del processo se l'ente chiede di provvedere alle attività di cui all'art. 17 e dimostra di essere stato nell'impossibilità di effettuarle prima» (art. 65 d.lgs. 231/2001)⁹²;
- «L'ente che ha posto in essere tardivamente le condotte di cui all'art. 17, entro venti giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza, può richiedere la conversione della sanzione amministrativa interdittiva in sanzione pecuniaria» (art. 78 d.lgs. 231/2001).

Inoltre, il d.lgs. 231/2001 già riconosce al pubblico ministero margini di discrezionalità che potrebbero essere interpretati come espressione, nel sistema processuale penale italiano, delle stesse ragioni di opportunità a fondamento della *deferred prosecution*. Si osservi che:

- quanto a esercizio dell'azione punitiva, l'art. 58 d.lgs. 231/2001 consente al pubblico ministero che non procede alla contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'art. 59 d.lgs. 231/2001 di emettere, *inaudito iudice*, decreto motivato di archiviazione degli atti⁹³;

⁸⁹ V. GIAVAZZI, *Le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza di condanna*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsos, Milano, 2002, 132.

⁹⁰ Cfr. GIAVAZZI, sub art. 17-21, in GIARDA-MANCUSO-SPANGHER-VARRASO (a cura di), *Responsabilità -penale- delle persone giuridiche*. D.lgs. 231/2001, Milano, 2007, 9557 ss.; VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., 92 ss., osserva che «la norma [...] appare, da un lato, un formidabile incentivo alla riorganizzazione interna in vista di una corresponsabilizzazione della persona giuridica ai fini della prevenzione del reato; dall'altro lato, dovrebbe essere indice sintomatico di un mutato atteggiamento dell'ente stesso in considerazione della commissione del reato presupposto, qualora le misure *ante delictum* non siano risultate in concreto efficaci». Nella Relazione al decreto legislativo recante «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica», cit., 37, 6.2, si legge che l'art. 17 «trasuda chiare finalità specialpreventive, accordando un premio all'ente che pone in essere un comportamento che integra un 'controllore' rispetto all'offesa realizzata».

⁹¹ V. DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di Modelli organizzativi post factum ed il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari*, in *Cass. pen.*, 2004, 257 ss.

⁹² V. BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, 615; CERESA GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, in VINCIGUERRA-CERESA GASTALDO-ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse* (d.lgs. 231/2001), Padova, 2004, 166; GIGLIOLI, *I procedimenti speciali e il giudizio ordinario*, in DI AMATO (diretto da), *Trattato di diritto penale d'impresa*, X, *La responsabilità da reato degli enti*, D'AVIRRO-DI AMATO (a cura di), Padova, 2010, 779.

⁹³ V. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., 278 ss. Nella Relazione al decreto legislativo recante «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica», cit., 57, 18, si osserva che «Per l'archiviazione si è previsto un procedimento

- l'art. 63 comma 1 d.lgs. 231/2001 ammette «L'applicazione all'ente della sanzione su richiesta [...] se il giudizio nei confronti dell'imputato è definito ovvero definibile a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale nonché in tutti i casi in cui per l'illecito amministrativo è prevista la sola sanzione pecuniaria»⁹⁴. Il procedimento di applicazione della pena su richiesta delle parti, meccanismo in origine lontano dalla cultura giuridica italiana ma rapidamente affermato come «punta di diamante della gestione economica della non punibilità»⁹⁵, è stato mutuato, all'evidenza, dall'esperienza anglo-americana del *plea bargaining* e avallato dalla dottrina come «diritto di difendersi negoziando»⁹⁶ desunto da lettura sistematica del principio di ragionevole durata del processo (art. 111 comma 2 Cost.) e del diritto di difesa (art. 24 comma 2 Cost.). Il patteggiamento dell'impresa indagata è stato ammesso malgrado tale rito, diversamente dai sistemi di diversione processuale, risponda a logiche di pura convenienza. Allo stesso aderiscono l'ente indagato non con la volontà di collaborare con l'autorità giudiziaria per una pronta affermazione della giustizia e il pubblico ministero al fine di smaltire la mole di procedimenti che, a seconda delle contingenze, affolla il suo ufficio. Sullo sfondo il giudice, con il solo compito di assicurare corretta qualificazione giuridica del fatto e congruità della pena oggetto di accordo.

Da ultimo, forme assimilabili alla diversione processuale si rinvencono, nel settore del diritto penale dell'economia, oltre che a livello sovranazionale⁹⁷, anche in altri

semplificato senza controllo del giudice, sull'esempio di quanto prevede l'art. 18, comma 2, l. 689/1981- in quanto si tratta di «illecito amministrativo, per il quale non sussiste l'esigenza di controllare il corretto esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero».

⁹⁴ V. BONETTI, *I procedimenti speciali*, in BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate*, Milano, 2006, 313 ss.; CERQUA, *Profili sistematici dell'applicazione all'ente della sanzione su richiesta*, in questa *Rivista*, 3/2007, 43 ss.; GARUTI, *Il processo «penale» agli enti*, in SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, VII, *Modelli differenziati di accertamento*, GARUTI (a cura di), 2, Torino, 2011, 1095 ss.; VARANELLI, *I riti speciali: casi e questioni con particolare riguardo al patteggiamento e al rito immediato*, in questa *Rivista*, 2010, 1, 200 ss.; VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., 336 ss.

⁹⁵ DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, 277.

⁹⁶ PISANI, *Italian style: figure e forme del nuovo processo penale*, Padova, 1998, 91.

⁹⁷ LUPARÍA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1754 ss., scrive, quanto all'ordinamento tedesco: «l'ordinamento tedesco, benché fondato sul principio di obbligatorietà, consacrato dal § 152 del codice di procedura penale del 1877, conosce numerose deroghe al dovere d'azione che si traducono nella possibilità per il pubblico ministero di procedere all'archiviazione, generalmente previo consenso del giudice, pur in presenza di elementi sufficienti per il rinvio a giudizio. [...] Può essere [...] utile rilevare come in quel sistema il progressivo allargamento degli spazi di discrezionalità non sembri arrestarsi. Dall'introduzione del canone di obbligatorietà, infatti, si è assistito ad un interessante fenomeno di erosione che, passando per le riforme del 1924 e del 1975, è giunto sino ad alcuni recenti interventi legislativi con i quali sono stati allargati, rispettivamente, i presupposti per l'operatività del § 153a StPO ed il numero degli adempimenti che possono essere richiesti all'indagato nel procedimento di archiviazione condizionata (*Einstellung gegen Auflagen und Weisungen*) regolato da questa norma. Particolarmente importante è la *Entlastungsgesetz* del 1993, novella giustificata essenzialmente dalle problematiche socio-economiche conseguenti alla riunificazione. La riforma, legando il limite di applicabilità del par. 153a non più alla presenza di una 'colpevolezza esigua', bensì alla condizione che la 'gravità della colpevolezza' non sia di ostacolo alla pronuncia archiviativa, ha di fatto aumentato i poteri discrezionali del pubblico ministero ed esteso l'applicazione della disposizione anche a condotte criminose di media gravità. [...] Circa il cinquanta per cento dei procedimenti penali vengono oggi chiusi utilizzando gli strumenti processuali a base discrezionale, circostanza che contribuisce in maniera determinante alla celerità e all'efficienza di tutto l'apparato giudiziario»; quanto all'ordinamento spagnolo: «può essere interessante soffermarsi sull'ordinamento spagnolo, considerato un vero e proprio baluardo del principio di *legalidad*, così come sancito dal combinato disposto degli artt. 100 e 105 della *Ley de Enjuiciamiento Criminal* e 14 della Costituzione. [...] A fronte infatti di una effettiva resistenza conservatrice da parte della giurisprudenza di legittimità, si è fatto largo negli anni un compatto indirizzo dottrinale volto ad individuare nelle pieghe del sistema possibili appigli normativi in grado di legittimare forme controllate di *oportunidad*. I frutti di questo lavoro sono ora percepibili tanto nella pratica giudiziaria, quanto nell'attività legislativa. Sotto il primo profilo, va dato conto dell'esperienza della provincia di Catalogna, dove le *Audiencias* locali hanno iniziato ad applicare nella prassi un meccanismo tipico dell'approccio discrezionale: la mediazione. Per quel che concerne invece i primi spiragli normativi, occorre ricordare l'istituto della *conformidad* che, valorizzando l'accordo tra imputato e *Ministerio Fiscal*, apre la strada ad una visione più elastica dell'azione penale. La prospettiva di un radicale cambiamento si profila poi all'orizzonte. Il 28

«istituti frammentariamente disseminati fra le pieghe della legislazione, senza alcun filo conduttore sul piano sistematico»⁹⁸. Ad esempio:

- nella disciplina in materia di salute e sicurezza sul lavoro, gli artt. 20, 21 e 23 d.lgs. 758/1994 – le cui logiche sono state conservate negli artt. 301 e 301 *bis* d.lgs. 81/2008 – includono meccanismi di sospensione del procedimento penale e successiva estinzione del reato quale effetto dell'adempimento di prescrizioni impartite da organi di vigilanza con funzioni di polizia giudiziaria e del pagamento di una somma di denaro in misura ridotta rispetto alla pena pecuniaria irrogabile;
- a norma dell'art. 37 l. 689/1981, le omissioni e le falsità di registrazione nelle denunce obbligatorie in materia di previdenza e assistenza obbligatoria possono essere estinte grazie alla regolarizzazione dell'inadempimento;
- ai sensi dell'art. 35 d.lgs. 274/2000, per i reati di competenza del giudice di pace l'estinzione dell'illecito penale consegue a condotte riparatorie⁹⁹;
- la parte VI *bis* d.lgs. 152/2006, ripropone, nell'ambito del diritto penale ambientale, procedimenti di estinzione di contravvenzioni ispirati a medesime logiche¹⁰⁰.

In presenza di un compendio normativo così articolato, perché non contemplare condizioni, coerenti con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, all'avverarsi delle quali la riabilitazione della persona giuridica indagata che intraprenda condotte di ravvedimento operoso (riparatorie, restitutorie, di *compliance* e di collaborazione con l'organo inquirente) produca l'archiviazione del procedimento penale sul modello della *pre-trial diversion*?

Una soluzione rispettosa del principio di obbligatorietà dell'azione punitiva – qui solo accennata e che senz'altro ha bisogno di essere adeguatamente ponderata –

maggio 2001, infatti, è stato firmato dalla maggioranza e dall'opposizione parlamentare il cosiddetto 'Pacto de Estado', un testo contenente le linee guida per strutturare un futuro codice di procedura penale. Questo documento programmatico trae origine dal *Plan de trabajo para la reforma de la Administración de Justicia*, presentato dal *Consejo General del Poder Judicial* il 10 luglio 2010. Ebbene, al punto *b*) viene dichiarata come urgente 'la modificación de la regulación del ejercicio de la acción popular y la acusación particular'. Se si considera che tutto il progetto di riforma è retto dal principio di razionalizzazione delle risorse giudiziarie è facile immaginare nel prossimo futuro una esplicita previsione di forme discrezionali garantite per i reati di minore allarme sociale; quanto, infine, all'ordinamento portoghese: «È del resto questa la strada seguita da più di un decennio dal vicino Portogallo, ordinamento la cui esperienza processuale è meritevole di grande attenzione. Il nuovo codice di procedura penale del 1987 ha infatti ottenuto un interessante connubio tra il principio di obbligatorietà, contenuto nell'art. 262 c.p.p., e quello di discrezionalità, propugnato nella sua forma mitigata da dottrina e giurisprudenza, tanto che qualcuno ha autorevolmente proposto di considerare il Portogallo come un *'pays mi-légaliste et mi-opportuniste'*. Secondo questa interpretazione, si sarebbe in presenza di un sistema a doppio regime: dovere di azione al di sopra di un determinato limite editale (oggi pari a cinque anni [...]) e discrezionalità in relazione ai reati punibili con una pena al di sotto del predetto limite. La chiave di volta di questa architettura processuale è costituita dalla sospensione provvisoria del processo (art. 281 c.p.p.), istituto di nuovo conio che, tuttavia, affonda le radici nella risalente esperienza portoghese – soprattutto nella *caução de bem viver* del progetto di codice penale del 1861 – e prende ispirazione dalla normativa tedesca. La suspensão provisória, consentita per i delitti sanzionati con pena non superiore ai cinque anni di reclusione o con la multa, permette al pubblico ministero di sospendere fino a due anni il procedimento a carico di un indagato incensurato anche qualora siano presenti elementi a carico sufficienti per la prosecuzione del processo. La sospensione è finalizzata ad imporre all'indagato ingiunzioni o regole di condotta che, se ottemperate, porteranno ad una archiviazione definitiva del procedimento. Per pronunciare il provvedimento sospensivo è necessario il consenso del giudice istruttore, dell'indagato e della persona offesa. Le similitudini con il par. 153a del codice tedesco sono evidenti; tuttavia l'istituto in esame presenta dei tratti originali. Anzitutto prevede la partecipazione di un numero di soggetti processuali che, come è stato detto, non trova equivalenti nel diritto comparato, soprattutto per quel che concerne l'intervento della persona offesa. La norma portoghese, inoltre, contiene una gamma di ingiunzioni assai più variegata di quella tedesca, essendo contemplata persino una formula aperta che consente di imporre *'qualquer outro comportamento especialmente exigido pelo caso'* [art. 281, comma 2, lett. *i*), c.p.p.]».

⁹⁸ V. GREVI, *Rapporto introduttivo su «diversion» e «mediation» nel sistema penale italiano*, cit., 49.

⁹⁹ V. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 317 ss.

¹⁰⁰ V. AMOROSO, *La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d.lgs. 152/2006. Quali direttive per gli organi accertatori?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2015; MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2015; SIRACUSA, *La l. 68/2015, sugli «ecodelitti»: una svolta «quasi» epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2015.

potrebbe essere di congegnare forme di diversione processuale costruite sulla puntuale previsione di condizioni necessarie per l'accesso alla procedura speciale, da un lato, e di prescrizioni di *compliance*, risarcitorie e restitutorie, dall'altro, idonee a escludere eventuali contrasti con l'art. 112 Cost. Tali prescrizioni potrebbero essere formalizzate in specifici programmi di trattamento concordati con il pubblico ministero e sottoposti ad approvazione del giudice. La società indagata che dovesse soddisfare il programma di trattamento potrebbe guadagnare un'archiviazione meritata o condizionata del procedimento penale, terza via tra l'archiviazione secca e il promovimento dell'azione penale¹⁰¹.

In questa prospettiva, l'inserimento nella struttura del d.lgs. 231/2001 di sistemi di diversione di formazione anglo-americana potrebbe rivelarsi un innesto a basso rischio di rigetto per due ragioni.

Si tratterebbe di sistemi conformi alle logiche sottese alla Relazione governativa al d.lgs. 231/2001, ove si legge che «le contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e riorganizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e, pertanto, la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa»¹⁰². Sicché tali sistemi consentirebbero di superare la concezione retributiva della pena e di rivitalizzare la ricerca di forme di rieducazione che reinseriscano l'azienda indagata nella società invece di emarginarla. Del resto, la sanzione inflitta che fosse indirizzata a obiettivi non rieducativi bensì di politica criminale appagherebbe sì interessi collettivi di stabilità e sicurezza, ma strumentalizzando indebitamente la singola impresa indagata. Al contrario, «la necessità costituzionale che la pena debba 'tendere' a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»¹⁰³.

Inoltre, tali sistemi arginerebbero la prassi, diffusa nelle Procure della Repubblica italiane, di equilibrare obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nei confronti di soggetti collettivi mediante la formulazione e adozione, all'interno degli uffici requirenti, di *guide-lines* – «è in corso di studio una circolare che regolerà oggettivamente ed in maniera uniforme le iscrizioni», scrive la Procura della Repubblica di Milano¹⁰⁴ – o l'introduzione di criteri di priorità nella trattazione degli illeciti amministrativi dipendenti da reato che rischiano di risolversi, di fatto, in una depenalizzazione.

¹⁰¹ V. AIMONETTO, *L'archiviazione «semplice» e la «nuova» archiviazione «condizionata» nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di «deprocessualizzazione»*, cit.; LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1754, parla di «moralizzazione» del momento archiviaativo che passa attraverso l'irrobustimento del ruolo del pubblico ministero al quale è offerta la possibilità di diversificare le risposte processuali alla commissione dell'illecito.

¹⁰² Relazione al decreto legislativo recante «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica», cit., 38, 6.2.

¹⁰³ Corte Cost., 26 giugno 1990, n. 313, in *www.giurcost.org*. In senso conforme, v. Corte Cost., 10 giugno 2011, n. 183, in *www.giurcost.org*: «la finalità rieducativa della pena non è limitata alla sola fase dell'esecuzione, ma costituisce «una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue».

¹⁰⁴ In *Bilancio di Responsabilità Sociale 2016*, cit., 37.

4. Note a margine sul principio di obbligatorietà dell'azione penale nel d.lgs. 231/2001

I risultati dell'indagine comparativa permettono di riflettere sulla responsabilità da reato degli enti con profondità maggiore di quella che avrebbe consentito il ricorso ai soli strumenti analitici offerti dal diritto interno¹⁰⁵. In effetti, l'osservazione degli indirizzi più recenti emersi nel panorama internazionale porta con sé, a livello generale, almeno due insegnamenti.

Anzitutto, dà prova di quanto incauta potrebbe dimostrarsi la scelta di «salire in tutta fretta sul carro della discrezionalità»¹⁰⁶, magari con una modifica della Costituzione e/o del d.lgs. 231/2001 frettolosa o sommaria¹⁰⁷. A fronte di un contesto internazionale che vede Paesi ad azione discrezionale come il Regno Unito cercare con fermezza nuove garanzie atte a controbilanciare *deficit* di legalità nel procedimento penale alle persone giuridiche, sarebbe forse assennato procedere con prudenza.

Per converso, questa cautela «non deve però tradursi in una strenua difesa delle letture più rigide del dettato dell'art. 112 della nostra Carta costituzionale»¹⁰⁸. La seconda indicazione emersa dallo studio comparativo è, infatti, rappresentata dall'ineludibile affermarsi, anche in sistemi ad azione obbligatoria, di momenti di discrezionalità controllata in grado di offrire risposte specifiche alla criminalità economica, da un lato, e di riattivare il principio, oggi atrofico, di ragionevole durata del processo penale, dall'altro. Direzione verso la quale muove, peraltro, la Proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare promossa dall'Unione Delle Camere Penali Italiane e assegnata all'esame della I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati, in cui si prospetta la modifica dell'art. 112 Cost., «regolante l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, [...] con la previsione che essa è esercitata nei casi e secondo i modi previsti dalla legge»¹⁰⁹.

In questo scenario, conservare un atteggiamento di retroguardia sarebbe, nel suo anacronismo, causa di sproporzioni nocive in un sistema giuridico, come quello relativo alla responsabilità da reato delle società, a forte tendenza globalizzatrice. Sicché, forti delle recenti esperienze collaudate in ordinamenti che comunque condividono problematiche analoghe a quelle italiane, sembra auspicabile l'approdo a una visione più flessibile dell'azione penale che sia in grado, pure nell'osservanza delle garanzie fondamentali, di regolare la risposta penale sulle peculiarità dell'azienda

¹⁰⁵ Sull'importanza della comparazione in ambito processuale, v. AMODIO, *La procedura penale comparata tra istanze di riforma e chiusure ideologiche* (1870-1989), in *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, 2003, 1358; V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in SACCO (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, 202.

¹⁰⁶ LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1757.

¹⁰⁷ Per una panoramica delle proposte di riforma dell'art. 112 Cost., v. CHIAVARIO, *Noterelle a prima lettura sul progetto della Commissione bicamerale in tema di azione penale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999, 317; NOBILI, *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 173; ZAGREBELSKY, *La riforma dell'ordinamento giudiziario in Commissione bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, V, 245.

¹⁰⁸ LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., 1757.

¹⁰⁹ Proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare «Separazione delle carriere» (Relazione illustrativa), in *www.separazione delle carriere.it*, 7. V. anche Proposta di legge costituzionale, in *www.separazione delle carriere.it*, 6 («Art. 10 - Al comma 1 dell'art. 112 della Costituzione dopo le parole 'Il Pubblico Ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale' sono aggiunte le parole 'nei casi e nei modi previsti dalla legge'») e 8 («ART. 112. Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale 'nei casi e nei modi previsti dalla legge'»).

destinataria, secondo una concezione del processo *de societate* «modulato sulla natura del conflitto»¹¹⁰ e dell'«azione penale concreta»¹¹¹.

Del resto, «il limite implicito alla stessa obbligatorietà, razionalmente intesa, è che il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo»¹¹². È proprio muovendo da una lettura estensiva del concetto di superfluità del processo penale che sembra potersi tracciare il perimetro di un'azione penale capace di arrestarsi di fronte a condotte dell'impresa che meritano di essere affrontate sviluppando strumenti alternativi capaci di fornire risposte differenziate all'illecito in un'ottica di estensione della logica del risarcimento e delle condotte riparatorie¹¹³.

In questa prospettiva, nelle prossime scelte legislative potrà forse essere utile, rispetto al d.lgs. 231/2001, valorizzare gli spunti offerti da elementi già presenti nel sistema processuale italiano che conducono verso forme di discrezionalità controllata e, attingendo dal quadro comparativo, importare alcune soluzioni che hanno già dato buona prova in altre realtà. Senza dimenticare «i pericoli insiti in simili operazioni di trapianto», dacché «È un'illusione credere che alla *'boutique'* del diritto straniero sia possibile acquistare uno soltanto degli oggetti disponibili in un determinato sistema: una importazione parziale e avulsa dall'impianto originario molte volte può non sortire gli effetti sperati»¹¹⁴.

¹¹⁰ RICCIO, *Itinerari culturali e premesse di metodo per la «riscoperta» del modello processuale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 1329.

¹¹¹ AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in AMODIO-DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, XLII.

¹¹² Corte Cost., 15 febbraio 1991, n. 88, in *Cass. pen.*, 1992, 249.

¹¹³ Cfr. ALESSI PALAZZOLO, *Il processo penale. Profilo storico*, Bari, 2001, V-XV.

¹¹⁴ DAMASKA, *The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments*, in 45 *Am. J. Comp. L.*, 1997, 839.