

ESIGENZE E PROSPETTIVE DI MODULAZIONE DELL'OBBLIGATORietà DELL'AZIONE PENALE NEL PROCEDIMENTO *DE SOCIETATE*¹

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

RICCARDO ROSCINI-VITALI, Bd'A - AVVOCATI Associati e Cultore della Materia in Diritto processuale penale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona

Alcuni Autori confutano l'obbligatorietà dell'azione penale nel procedimento *de societate* in quanto negata dalla natura amministrativa (o solo in una certa misura penale) della responsabilità oggetto di accertamento, con investimento, forse eccessivo, sul *nomen* e collazionando altri ambigui indizi all'interno del d.lgs. 231/2001. Altri, invece, più ragionevolmente, affermano la natura sostanzialmente penale della responsabilità, ma ne ricavano solo dogmaticamente l'operatività del principio di obbligatorietà, pur convalidata da altrettanti indici disordinatamente offerti dallo stesso testo normativo. Il dato incontrovertibile è che il legislatore serba silenzio e la pratica inventa. L'obbligatorietà è, però, epicentro di una feconda convergenza di principi costituzionali e la scelta condiziona il complessivo sistema della responsabilità dell'ente. Ci si domanda, dunque, se il pensiero che ne ha presieduto lo sviluppo rispetto alla persona fisica sia ripetibile tal quale anche per la persona giuridica, o se non sia, piuttosto, necessario riflettere criticamente, alla luce degli elementi distintivi che caratterizzano l'ente. Ci si convince, infine, che sia opportuno intendere diversamente il principio di obbligatorietà, rendendolo più duttile, e che proprio tale operazione ermeneutica assista i valori costituzionali dallo stesso incardinati e li restituisca fortificati rispetto alle finzioni dell'attuale struttura normativa.

1. L'azione penale nel procedimento *de societate* è obbligatoria o discrezionale?

1.1. Prima premessa di metodo

Il settore del procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente è, per certi versi, ancora da indagare². In tale campo è, tuttavia, difficile imbattersi in

¹ Si ringrazia la Commissione d.lgs. 231/2001 – istituita dall'Unione Delle Camere Penali Italiane, con delegato di giunta l'avv. Rinaldo Romanelli, di cui sono responsabile il prof. avv. Giulio Garuti e coordinatori gli avv.ti Andrea Copello e Vittore d'Acquarone – perché in seno alla stessa si ha avuto modo di svolgere i temi trattati nel presente articolo, che chi scrive ha qui sviluppato sempre sostenuto dal confronto e dalla riflessione con ciascuno dei suoi componenti.

² IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, in questa *Rivista*, 2/2012, 87 mette in evidenza che, «Con significative eccezioni, prevalentemente relative al settore delle misure cautelari, alla possibilità della costituzione di parte civile nel processo agli enti [Cass. pen., Sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 2251, in *CED*

argomenti rimasti intatti tra le pagine del d.lgs. 231/2001 in attesa di essere raggiunti da approfondimenti critici, specialmente quando essi concernono principi generali, oggetto privilegiato dell'attività ermeneutica. È, quindi, doveroso che, nel trattare la tematica dell'obbligatorietà, o meno, dell'esercizio dell'azione penale³ nel procedimento alla società la pretesa di originalità del contenuto debba essere introdotta dalla ricognizione delle principali riflessioni già svolte e, in parte, dalla «pura epitome del 'già detto'»⁴. Del resto, ogni ricerca, quale interpretazione critica di dati esistenti, ha come componente imprescindibile l'esercizio ricognitivo delle fonti, cui si tenterà di aggiungere, nel capitolo terzo del presente contributo, la deduzione di altro che non sia semplice variazione di forma.

1.2. Principi giuridici dell'obbligatorietà dell'azione penale nel procedimento alla persona fisica

L'obbligatorietà dell'azione penale si innesta nel punto di convergenza sistemica di principi costituzionali primari. Essa discende dall'art. 112 Cost., precettivo che il pubblico ministero inneschi l'azione penale allorché riceva una *notitia criminis* e non possa indulgere in valutazioni estranee al parametro normativo della corrispondenza tra fattispecie e fatto, quali potrebbero essere ragioni di opportunità politica o irrilevanza sociale, che non consentono l'omissione del suo esercizio⁵. Così si esprime, in termini generali, la dottrina: «Obbligo dell'azione penale significa che il PM non può scegliere discrezionalmente se avviare o meno l'azione in relazione al tipo di reato, ma è tenuto a intraprendere la sua azione sempre e comunque in presenza di una *notitia criminis* dotata di un certo fondamento. In questo modo la Costituzione vuole evitare che l'attivazione della giurisprudenza penale sia condizionata da scelte in favore di qualcuno o contro qualcun altro», ossia vuole che «sia caratterizzata dall'imparzialità»⁶.

Nel disegno del costituente, quello dell'obbligatorietà viene, anzitutto, messo in relazione al principio di legalità⁷. Per farla breve, se il giudice è sottoposto soltanto alla legge, l'organo d'accusa lo è all'obbligo di procedere⁸. È, altresì, espressione del principio di eguaglianza. È, infatti, opportuno che quest'ultima garanzia operi non

248791), a profili di criticità concernenti riti speciali, gli approfondimenti di dottrina e, soprattutto, di giurisprudenza hanno avuto ad oggetto problematiche di diritto sostanziale, riguardanti i soggetti destinatari della disciplina [Cass. pen., Sez. III, 29 aprile 2011, n. 15657, in *RV 349220*; *contra*, Cass. pen., Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 18941, in *RV 228833*, con riguardo alla persona giuridica individuale], l'esatta individuazione dei reati presupposto [Cass. pen., Sez. VI, 1° dicembre 2010, n. 42701, in *RV 248594*, con riguardo all'estensibilità della disciplina al reato di corruzione internazionale], l'atteggiarsi del criterio d'imputazione della responsabilità dell'interesse o vantaggio dell'ente [Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 2011, n. 24583, in *RV 249820*, con riguardo al problema delle *holding*], la valutazione dell'idoneità dei Modelli organizzativi, l'esatta definizione dei limiti del profitto oggetto della confisca [Cass. pen., S.U., 2 luglio 2008, n. 26654, in *RV239925*].

³ FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2, 2002, 548, secondo il quale, «A conferma della difficoltà di assegnare univocità di significato ai termini e ai principi normativi, anche a quelli apparentemente più solidi, si consideri che la definizione di azione penale è stata oggetto di dispute interpretative almeno sin dagli inizi del secolo scorso».

⁴ FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 538.

⁵ CHIAVARIO, *Riflessioni sul principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Scritti in onore di Mortati*, IV ed., 1977, 97 ss.

⁶ BIN e PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, VII ed., 2006, 266.

⁷ NAPPI MODONA, *Commento all'art. 112 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione Branca - Pizzorusso*, IV ed., 2004.

⁸ VASSALLI, *La potestà punitiva*, 1942. Il pubblico ministero non è, cioè, destinato a operare secondo i criteri dell'opportunità amministrativa, ma, «nella sua funzione preminente di accusa nel processo penale, [è] tenuto ad osservare il principio di legalità» (così l'On. Calamandrei, Commissione per la Costituzione - II Sottocommissione, sed. ant. 10

solo in giudizio, ma anche al momento dell'accertamento della perseguibilità dell'indiziato. È, inoltre, estrinsecazione del principio di legalità della norma incriminatrice. In sintesi, se a ogni reato corrisponde una pena, dal primo deve discendere un processo (*nulla poena sine crimen, neque crimen sine iudicio*). È, infine, nell'obbligatorietà, che non accorda discrezionalità alcuna all'organo d'accusa, che è identificato l'elemento a garanzia dell'indipendenza funzionale del pubblico ministero e dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge⁹. A ciò contribuiscono, infatti, i suddetti principi. Quello di legalità, nel prescrivere la repressione delle violazioni della legge penale, esige l'irrinunciabile legalità procedimentale, la quale è basata, a sua volta, sul principio di eguaglianza. Ne consegue che legalità ed eguaglianza sono vivificati grazie all'indipendenza dell'organo cui è demandata l'azione penale, il quale, appartenendo all'ordinamento giudiziario, soggiace, al pari del giudice, solo alla legge.

1.3. Crisi dell'azione penale nel procedimento all'azienda e suoi fattori

Sullo sfondo delle linee di tendenza politico-istituzionali pensate dal costituente per la persona fisica occorre riordinare i reali contenuti che l'obbligatorietà dell'azione penale assume riguardo ai meccanismi procedurali immaginati dal legislatore per l'impresa. Il che è fondamentale affinché le spinte ideologizzanti cui il principio si presta non pregiudichino l'esatto inquadramento normativo del potere d'azione. In altri termini, si tratta, attraverso un'indagine ermeneutica sul sistema normativo formato dal d.lgs. 231/2001, di passare dal 'principio' alla 'regola'.

La ricostruzione è urgente atteso l'approccio della magistratura requirente nei confronti della materia. Esso non è uniforme e muta in ragione di «criteri assolutamente

gennaio 1947, in Camera dei Deputati - Segretariato Generale (a cura di), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblée Costituente*, VIII ed., 1993 e, già in precedenza, 1991).

⁹ DOLCINI, *Esercizio dell'azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati. Lo spiacevole retrogusto del progetto di riforma costituzionale della giustizia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1369 evidenzia che «la Costituzione, all'art. 104 comma 1, afferma che «La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere»: una previsione che riguarda tutta la magistratura, giudicante e requirente» (sulle controverse nozioni di 'autonomia' e 'indipendenza' della magistratura e sui rapporti, altrettanto problematici, tra le due nozioni, ZANON e BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, 2002, 9 ss.); Corte Cost., 15 febbraio 1991, n. 88, in *Giur. cost.*, 1991, 590, ove si citano anche Corte Cost., 16 dicembre 1970, n. 190, Corte Cost., 29 aprile 1975, n. 96 e Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 84, insegna che «L'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del pubblico ministero [...] è stata costituzionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del pubblico ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale». Sicché l'azione è riferita a tale organo «senza consentirgli alcun margine di discrezionalità nell'adempimento di tale doveroso ufficio. [...] Più compiutamente: il principio di legalità (art. 25, comma 2), che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale. Realizzare la legalità nell'eguaglianza non è, però, concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri: sicché di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del pubblico ministero. Questi è infatti, al pari del giudice, soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) e si qualifica come «un magistrato appartenente all'ordine giudiziario collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere», che «non fa valere interessi particolari ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge». [...] Il principio di obbligatorietà è, dunque, punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale, talché il suo venir meno ne altererebbe l'assetto complessivo». Precedentemente, Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 84, in *Giust. civ.*, vol. 3, 1979, 132, secondo la quale «L'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del pubblico ministero, già reintrodotta nell'ordinamento con il d.lgs. 288/1944, art. 6, è stata costituzionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del pubblico ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale».

indeterminati e indeterminabili, provocando ciò, di conseguenza, disparità ingiustificate di trattamento sanzionatorio in relazione a situazioni delittuose analoghe¹⁰. Poche e differenziate sono, infatti, le procure della repubblica che, in presenza dei presupposti, perseguono l'ente¹¹.

Al riguardo, esemplificativo si presenta il confronto, su scala nazionale, tra il movimento dei procedimenti con autore noto rilevati presso gli uffici giudicanti e requirenti (dato nazionale degli anni giudiziari 2014/2015¹²) 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 della persona giuridica per illeciti amministrativi dipendenti da reato¹³. Lo scenario che emerge, 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 società; in fase dibattimentale, a fronte di 369.068 procedimenti iscritti e 341.925 procedimenti definiti a carico di autore noto¹⁴, risultano 772 procedimenti annotati e 522 procedimenti definiti nei confronti di aziende¹⁵.

Non fa eccezione, a livello locale, nemmeno la procura della repubblica presso il tribunale di Milano, particolarmente attiva da questo punto di vista e ben equipaggiata sotto il profilo organizzativo e strumentale. Anch'essa, infatti, si muove o sta inerte a seconda della sensibilità che il procuratore o i suoi sostituti hanno rispetto ai profili giuridici riconducibili al d.lgs. 231/2001, come denunciano i bilanci di responsabilità sociale dal 2011/2012 al 2016 pubblicati dalla procura della repubblica di Milano stessa¹⁶.

¹⁰ GARUTI, *Il processo 'penale' agli enti a dieci anni dalla nascita*, in *Dir. pen. e proc.*, fasc. 7, 2011, 789.

¹¹ GARUTI, *Il processo 'penale' agli enti a dieci anni dalla nascita*, cit., 796-797 così conclude: «va immediatamente evidenziata la sproporzione esistente tra le tante questioni processuali sorte, a livello teorico, nel contesto degli approfondimenti della dottrina e le relative poche questioni di rito che, invece, hanno avuto una gestazione nonché una soluzione a livello giurisprudenziale, vuoi di merito vuoi di legittimità. [...] Inosservati non devono neppure passare [...] i diversi approcci, alla materia in oggetto, tenuti dalla magistratura inquirente. [...] Rispetto al primo profilo – i diversi approcci tenuti dalle singole procure –, al di là del rimedio riconducibile alla formazione, un controllo esterno risulterebbe necessario per garantire, appunto, la matrice democratica delle opzioni poste in essere dai singoli rappresentanti dell'accusa. Controllo che deve necessariamente prescindere dalla figura del giudice per le indagini preliminari – siamo al di fuori dell'ambito dell'art. 112 Cost. e comunque, anche in una prospettiva di riforma, il controllo del giudice per le indagini preliminari avverrebbe a notizia di reato iscritta –, nonché eventualmente coinvolgere il Parlamento al quale spettano poteri di controllo su tutte le attività di rilievo pubblico. Alla stregua di quanto già prospettato in sede di processo penale ordinario in relazione ai criteri di priorità previsti dall'art. 131 *bis* disp. att. c.p.p., il Parlamento dovrebbe, ogni anno, tradurre in legge, mediante l'indicazione di una serie di criteri di priorità da seguire nel corso dell'anno successivo, gli esiti di una serie di valutazioni che, nel tenere in considerazione i beni tutelati dal d.lgs. 231/2001, ne stabiliscano una gerarchia in relazione alla loro rilevanza sociale e all'offesa ad essi arrecata, destinata a concretizzarsi – perlomeno rispetto a quelle figure di illecito collocate nelle prime posizioni – in una sorta di obbligo, in capo ai singoli pubblici ministeri, di esercizio dell'azione punitiva».

¹² 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 2017. In *www.giustizia.it*, cap. 6, par. 6.6.

¹³ Resi disponibili dalla direzione generale di statistica e analisi organizzativa (DG-Stat) presso il ministero della giustizia. I dati sono stati richiesti e ottenuti dalla Commissione d.lgs. 231/2001 istituita dall'Unione delle Camere Penali Italiane.

¹⁴ 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).

¹⁵ Rispetto ai reati-presupposto previsti negli artt. 21, 23, 24, 24 *bis*, 24 *ter*, 25, 25 *bis*, 25 *ter*, 25 *quater*, 25 *quinqies*, 25 *sexies*, 25 *septies*, 25 *octies*, 25 *nonies*, 25 *decies*, 25 *undecies* e 25 *duodecies* d.lgs. 231/2001.

¹⁶ In *www.procura.milano.giustizia.it*. Il risultato è il seguente. 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, considerando l'incomparabile numero di società iscritte, è stata l'attività della Procura e del Tribunale ad avviare e costruire in Italia l'applicazione della 231-

Non mancano esperienze positive: la procura della repubblica presso il tribunale di Pinerolo, «ogniquale volta sussistono i presupposti oggettivi e soggettivi per l'annotazione dell'illecito amministrativo [...], in tal senso provvede, anche e soprattutto al fine di tutelare, fin dall'inizio, la persona giuridica»¹⁷.

Bisogna, tuttavia, dare atto che non mancano, oggi, fattori di intensa crisi dell'azione penale nell'ambito del procedimento all'impresa. La singolarità della crisi risiede nel fatto che il suo principale fattore non è espresso, come nel procedimento alla persona fisica, dall'intramontabile impossibilità per i magistrati dell'organo d'accusa di smaltire l'inarrestabile fiume di notizie di reato riversate ogni giorno negli uffici di procura, vincibile mediante l'indicazione di criteri di priorità¹⁸. La causa del progressivo aumento dello *spread* tra reati-presupposto e iscrizioni, che ha raggiunto livelli anomali e, come tali, patologici¹⁹, è, infatti, differente e più profonda. Come lucidamente, e ripetutamente, scrive la procura della repubblica di Milano stessa, «questa situazione deriva, in primo luogo, dalla scelta operata da molti PM di ritenere discrezionale l'iscrizione della persona giuridica»²⁰; «Questa situazione deriva, in primo

(*Bilancio di Responsabilità Sociale 2011/12*, 12 dicembre 2012, *ibidem*, 40; 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) –, 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'» (*Bilancio di Responsabilità Sociale 2012/13*, 17 dicembre 2013, *ibidem*, 31). «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'» (*Bilancio di Responsabilità Sociale 2013-14*, *ibidem*, 41). Nel 2014/2015 «in tutta la Procura risultano [...] 33 nuove iscrizioni, mentre nel 1° 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 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» (*Bilancio di Responsabilità Sociale 2014/15*, *ibidem*, 57). Da ultimo, «Nel 2015 sono state iscritte 38 persone giuridiche ai sensi del d.lgs. 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%» (*Bilancio di Responsabilità Sociale 2016*, *ibidem*, 37).

¹⁷ GARUTI, *Il processo 'penale' agli enti a dieci anni dalla nascita*, cit., 789.

¹⁸ DOLCINI, *Esercizio dell'azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati. Lo spiacevole retrogusto del progetto di riforma costituzionale della giustizia*, cit., 1376, secondo il quale la considerazione riguarda «l'impossibilità per i magistrati di accertare tutti i reati dei quali abbiano notizia. Si tratta di uno specifico profilo del fenomeno della cifra nera (o cifra oscura), che riguarda, in una delle svariate accezioni della formula, lo scarto tra i reati accertati e puniti (con sentenza definitiva) e i reati effettivamente commessi: un fenomeno non certo esclusivo della realtà italiana odierna, con il quale da sempre un legislatore consapevole deve misurarsi, prestandovi particolare attenzione». Così anche FORTI, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su cifre nere e funzione generalprevenitiva della pena*, in MARINUCCI e DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 1985, 53 ss.; FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 551, secondo il quale «non v'è autore che, nell'affrontare la tematica dell'esercizio dell'azione penale, non abbia avuto ad oggetto della propria analisi il problema dei criteri di selezione o di priorità nella trattazione delle notizie di reato, a volte indicati quale unico mezzo salvifico, idoneo a razionalizzare il lavoro delle procure nel rispetto dell'art. 112 Cost.».

¹⁹ DOLCINI, *Esercizio dell'azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati. Lo spiacevole retrogusto del progetto di riforma costituzionale della giustizia*, cit., 1376 chiarisce «Che vi sia una quota di reati che sfugge all'accertamento del giudice, invece, è di per sé normale e fisiologico».

²⁰ 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

luogo, dall'interpretazione, nel senso della discrezionalità dell'iscrizione della persona giuridica»²¹; «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*»²².

Il sospetto è che quello della discrezionalità dell'azione penale nel procedimento all'ente sia niente di più che un espediente speculativo impiegato dalla magistratura requirente, dietro al quale si agitano, in realtà, ben altre ragioni metagiuridiche. Non si vuole supporre che dietro l'inazione si celi un difetto di zelo delle procure della repubblica, generato dal fatto che a una duplicazione degli imputati consegue necessariamente un incremento dei compiti investigativi, «dovut[ol] all'esigenza di esplorare i singoli settori della struttura [societaria] per accertare quale tra essi [...] sia stato quanto meno coinvolto nella attività che ha dato luogo alla ipotesi di reato»²³, nonché alla «necessità di verificare l'esistenza di eventuali situazioni di colpevole carenza organizzativa»²⁴. Si presume, piuttosto, che i pubblici ministeri siano restii a esercitare l'azione penale nei confronti della persona giuridica essendo coscienti delle importanti ripercussioni che un'applicazione rigorosa dell'istituto, sotto il profilo sia cautelare sia sanzionatorio, può provocare sulla vita della società tratta a processo. Sul piano interdittivo effettivo è, infatti, il rischio di assistere a una paralisi, ancorché parziale, dell'attività economica dell'azienda, «con perdite cospicue in termini di reddito per gli affari avviati il cui perfezionamento rimane bloccato»²⁵. Su quello reale il risultato del sequestro del profitto del reato finalizzato a confisca, obbligatoriamente applicato in caso di condanna dell'impresa, è, per altro verso, una ricaduta di certo non meno violenta sulla continuità dell'ente. Ripercussioni tanto più devastanti, e spesso irreversibili, ove si estenda l'ambito applicativo della disciplina alla persona giuridica individuale, «sull'assunto che ess[a] debba ritenersi inclus[a] nella nozione di ente fornito di personalità giuridica utilizzata dall'art. 1, comma 2, d.lgs. 231/2001, in quanto l'attività riconducibile all'impresa – al pari di quella riconducibile alla ditta individuale propriamente detta – è attività che fa capo a una persona fisica e non a una persona giuridica intesa quale società di persone o di capitali»²⁶. Non trascurando, peraltro, che «le pesanti sanzioni, previste per l'ente, si ripercuotono in realtà sulle persone umane che stanno alle spalle; e coinvolgono inevitabilmente anche gli

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).

²¹ 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).

²² 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).

²³ AMODIO, *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1499; LUPARIA, *Processo penale e reati societari: fisionomia di un modello 'invisibile'*, in CERQUA (a cura di), *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e processuali*, vol. 2, 2009, 1127-1128.

²⁴ GARUTI, *Il processo 'penale' agli enti a dieci anni dalla nascita*, cit., 790.

²⁵ AMODIO, *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale*, cit., 1505.

²⁶ GARUTI, *Il processo 'penale' agli enti a dieci anni dalla nascita*, cit., 791, il quale, ricordando Cass. pen., Sez. III, 15 dicembre 2010, Impr. ind. Sferrazza, in *Guida al dir.*, fasc. 20, 2011, 76, rileva che «D'altronde, non può negarsi che l'impresa individuale – sostanzialmente divergente, anche da un punto di vista semantico, dalla cd. 'ditta individuale' – ben possa assimilarsi a una persona giuridica nella quale viene a confondersi la persona dell'imprenditore quale soggetto fisico che esercita una determinata attività».

interessi di soggetti estranei alla gestione dell'ente, come creditori, lavoratori subordinati, ecc.»²⁷.

Al di là delle ragioni che inducono gli organi d'accusa all'inerzia, l'attuale stato delle cose determina, all'evidenza, un'arbitraria eterogeneità di trattamenti sanzionatori tra situazioni delittuose analoghe, nonché contraccolpi di varia natura all'interno e all'esterno del procedimento che veda coinvolta la sola persona fisica, o la persona fisica e la società²⁸.

Né all'arbitrarietà può sperarsi ponga rimedio il procuratore generale presso la corte d'appello in occasione della verifica del decreto di archiviazione *ex art. 58*²⁹. Egli non gode, infatti, di effettivi poteri censori sull'operato del pubblico ministero in ipotesi di omessa annotazione dell'illecito amministrativo. Può, tutt'al più, segnalare all'organo d'accusa l'esigenza di procedere all'annotazione di illeciti non valutati. Non può, per converso, procedere ad autonome annotazioni di illeciti non considerati dal pubblico ministero, né, invero, quest'ultimo è proceduralmente vincolato alle sue sollecitazioni. La comunicazione al procuratore generale costituisce «l'unico strumento di verifica – [...] del tutto discrezionale e, dunque, eventuale – dell'operato del p.m. [...] La norma attribuisce al proc. gen. la facoltà (e non l'obbligo) di svolgere direttamente gli accertamenti indispensabili ed (eventualmente) procedere alla contestazione entro il termine di sei mesi dalla comunicazione». Sicché l'espedito richiama sì il congegno dell'avocazione *ex art. 412* comma 1 c.p.p., ma, «a differenza di questa disposizione, il proc. gen. interviene non quando rileva l'inerzia del p.m., ma quando questi ha già rinunciato alla contestazione»³⁰.

1.4. Prime conclusioni

È in materia processuale e, segnatamente, nella disciplina delle indagini preliminari che si annida la causa principale dell'incompiuta effettività del sistema della responsabilità d'azienda, peraltro in netta controtendenza rispetto ai processi espansivi con i quali il legislatore ha inteso conferire allo stesso un ruolo sempre più centrale nel diritto penale dell'economia³¹. L'incertezza sull'obbligatorietà o facoltatività nell'esercizio dell'azione di accertamento della responsabilità d'impresa è, infatti, l'area di criticità «cui ricondurre alcune delle cause della incompleta attuazione del sistema della responsabilità degli enti nell'ordinamento italiano»³². Sicché su tale

²⁷ FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Dir. pen. e proc.*, fasc. 6, 2016, 705.

²⁸ RUTA, *Commento sub art. 58*, in LEVIS e PERINI (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2014, 1186-1187, secondo il quale non è «ammissibile, proprio per evitare gli abusi paventati in dottrina, alcuna valutazione da parte del pubblico ministero di tipo discrezionale o, peggio, di 'opportunità'. Dietro la pretesa punitiva nei confronti dell'ente non può esservi una scelta di tipo opzionale (correlata, ad esempio, alla gravità del reato presupposto), né tantomeno una comparazione costi-benefici (magari, ed in perfetta buona fede, sollecitata da terzi estranei al reato: sindacati preoccupati di ricadute occupazionali, enti territoriali interessati alla salvaguardia della realtà aziendale, organismi di categoria impegnati a tutelare attività di impresa in un determinato comparto economico). La delibazione deve misurarsi esclusivamente su un piano legale che, muovendo da rigidi presupposti normativi, sappia trarre conclusioni coerenti».

²⁹ Gli articoli non seguiti dalla fonte normativa devono, d'ora in poi, intendersi riferiti al d.lgs. 231/2001.

³⁰ BARESI, *Commento sub art. 58*, in PRESUTTI - BERNASCONI - FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 231/2001*, 2008, 505. Così anche MANCUSO, *Commento sub art. 58*, in AA.VV., *Responsabilità penale delle persone giuridiche d.lgs. 231/2001*, 2007, 444.

³¹ MANACORDA, *Responsabilità amministrativa e responsabilità sociale delle imprese: divergenze e convergenze*, in questa *Rivista*, 4/2007, 63 ss.

³² FELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 87.

aspetto è opportuno soffermare l'attenzione, «per evitare di rendere sostanzialmente inoperativo un sistema che merita, invece, di essere applicato ad ampio respiro, senza inutili accanimenti, ma anche senza ingiustificate sottovalutazioni»³³.

1.5. Annotazione e contestazione dell'illecito amministrativo sono davvero discrezionali?

Il primo argomento all'esame è quindi connesso all'annotazione e contestazione dell'illecito dipendente da reato. La tematica non possiede valenza unicamente formale. Al contrario, il tema racchiude questioni contraddistinte da profondità di struttura e contenuti, che investono il complesso stesso del sistema normativo in tema di responsabilità dell'ente, come quella, di assoluto rilievo, inerente l'obbligatorietà, o meno, del relativo accertamento, nonché l'eventuale copertura costituzionale di tale principio. Quindi: l'organo d'accusa, una volta acquisita la notizia dell'illecito dipendente da reato, ha l'obbligo di procedere all'annotazione, prima, e, ricorrendone i presupposti, alla contestazione, poi, o è gravato da un mero onere, essendo allo stesso riservata una valutazione ispirata a concreti profili di discrezionalità?

1.5.1. Argomenti a sostegno dell'obbligatorietà dell'annotazione

L'annotazione³⁴, «atto genetico del procedimento nei confronti dell'ente, connotato da un'autonomia formale e sostanziale rispetto all'iscrizione relativa al reato presupposto»³⁵, trova regolamentazione nell'art. 55. Specificamente, la norma prescrive al pubblico ministero, che abbia acquisito notizia dell'illecito amministrativo dipendente da reato, di annotare «immediatamente» nel registro *ex art. 335 c.p.p.* gli elementi identificativi della persona giuridica, unitamente, ove possibile, alle generalità del suo legale rappresentante, nonché il reato da cui l'illecito dipende.

La concisa disciplina dell'istituto pone l'interprete dinanzi al problema dell'*an* dell'adempimento, attesa anche la necessaria integrazione della stessa, *ex art. 34*, con le analoghe disposizioni dettate, per la persona fisica, nel codice di procedura penale.

Sul punto, vi è chi sostiene si tratterebbe di adempimento facoltativo³⁶. A difesa dell'asserzione quattro argomentazioni:

³³ AMATO, *Le indagini nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti*, in questa *Rivista*, 1/2010, 136, secondo il quale «non potrebbe neppure invocarsi il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Costituzione), chiaramente inconfidente giacché la responsabilità amministrativa degli enti è – secondo convincente indicazione derivante dai lavori preparatori – un *tertium genus* di responsabilità, non assimilabile (né a quella amministrativa, né) a quella penale».

³⁴ DE FALCO, *L'annotazione della notizia dell'illecito amministrativo dell'ente: questioni teoriche e soluzioni pratiche*, in questa *Rivista*, 4/2013, 142 puntualizza che «L'utilizzo del termine 'annotazione' in luogo di quello, 'iscrizione', menzionato nel corrispondente articolo del codice di procedura penale a proposito della notizia di reato non sembra riflettere una diversità di carattere, per così dire, ontologico e non sembra dunque fondato far discendere dalla diversità dei due termini una diversità di carattere sostanziale, sotto il profilo, ad esempio, dell'obbligatorietà della 'iscrizione' della notizia di reato a fronte della semplice discrezionalità (o semmai qualificabilità come onere) della 'annotazione' della notizia dell'illecito dell'ente».

³⁵ IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 92. Così anche BASSI e EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reati. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, 2006, 570; DI BRONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in AA.Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 2005, 537; TAGLIANI, *Morfologia della fase investigativa*, in AA.Vv., *Il processo penale de societate*, 2006, 201.

³⁶ *Inter alios*, AMATO, *Le indagini nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti*, in questa *Rivista*, 1/2010, 135-136; AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass.*

1. l'obbligatorietà dell'azione di accertamento dell'illecito amministrativo non avrebbe copertura costituzionale in ragione della diversa natura della responsabilità della società, tradizionalmente concepita come *tertium genus* rispetto alla responsabilità penale e a quella amministrativa;
2. il provvedimento di archiviazione del pubblico ministero non sarebbe sottoposto a vaglio giurisdizionale;
3. l'art. 55 presupporrebbe l'acquisizione della notizia dell'illecito amministrativo;
4. stando alla giurisprudenza sviluppata in materia, i presupposti per l'emissione del provvedimento cautelare nei confronti della persona fisica discorderebbero nettamente con quelli nei confronti dell'azienda.

La tesi non è convincente per le ragioni che seguono.

1. Non è esatto dichiarare l'assenza di copertura costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione di accertamento amministrativo. Il principio «deve ritenersi immanente alla disciplina del processo di accertamento della responsabilità degli enti, per effetto del combinarsi di norme di diritto generale e di norme speciali»³⁷. Anche a voler prescindere dall'art. 112 Cost., l'obbligatorietà dell'annotazione può, infatti, desumersi dalla legge ordinaria – precisamente, dall'art. 34, il quale, rinviando *tout court* alla disciplina del codice di procedura penale, rinvia anche all'iscrizione obbligatoria della persona fisica ex art. 335 comma 1 c.p.p. – e dall'art. 97 Cost.³⁸, quale doveroso esercizio dei pubblici poteri attraverso atti volti sempre ad assicurare il rispetto delle norme giuridiche, nonché il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione³⁹.

pen., 2005, 334; Di BINTONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 550. Secondo altro orientamento, l'annotazione sarebbe un onere per l'organo d'accusa: COSÌ BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi da reato*, 2002, 302; CORATELLA, *Davvero societas delinquere non potest? Soggetti, oggetto e ambito di sanzioni agli enti*, in *Dir. e giust.*, fasc. 30, 2004, 20.

³⁷ FERRUÀ, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni (II) – Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 1479. Così anche IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 92. Peraltro, non mancano, anche tra chi crede mista, penale e amministrativa, la responsabilità ex d.lgs. 231/2001, opinioni che ritengono estensibile il principio di cui all'art. 112 Cost. all'illecito dipendente da reato. *Inter alios*, ARENA, *Processo alla persona giuridica ed esercizio dell'azione penale*, in *www.realtsocietari.it*; BASSI, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in BASSI e EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reati. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, cit., 582 ss.; FERRUÀ, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi da reato*, cit., 224; LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del d.lgs. 231/2001*, in *Cass. pen.*, 2002, 2531; MARINI, *L'accertamento della responsabilità da reato degli enti giuridici e l'attività investigativa del pubblico ministero*, relazione tenuta nel corso di un incontro di studi organizzato dal C.S.M. a Roma nell'ottobre 2002; PADULA, *L'annotazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato*, in questa *Rivista*, 4/2010, 20.

³⁸ GARUTI, *Il processo penale agli enti a dieci anni dalla nascita*, cit., 789, secondo il quale «nei confronti degli enti, si afferm[ar] una sorta di obbligatorietà dell'azione punitiva, destinata a trovare ragione nell'art. 97 Cost. e non nell'art. 112 Cost. – un doveroso esercizio dei pubblici poteri attraverso atti volti ad assicurare il rispetto delle norme giuridiche nonché il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione».

³⁹ ARENA e GRAZIANO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: profili teorico applicativi del d.lgs. 231/2001*, 2003, 79; IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 89, secondo il quale «Escludere la copertura costituzionale al principio di obbligatorietà dell'azione di accertamento della responsabilità dell'ente, argomentando dalla sua natura non riconducibile all'alveo penalistico, tuttavia, non necessariamente conduce a ritenerla facoltativa. Un obbligo di tal natura può radicarsi anche a livello di normazione primaria, senza che venga meno la natura doverosa delle condotte, sicché, anche ove si escluda la natura penalistica della responsabilità dell'ente, occorrerà verificare se, nel sistema del processo di accertamento della responsabilità dell'ente, non sia immanente un principio di obbligatorietà dell'azione di accertamento e, nel caso positivo, delineare la sua morfologia»; RUTA, *Commento sub art. 58*, cit., 1186, secondo il quale «Il problema, a ben vedere, non si risolve con la verifica della natura giuridica della responsabilità degli enti. Non è un gioco di classificazioni formali o di categorie astratte. Non basta dire che la responsabilità è 'amministrativa' o di *tertium genus* per desumere che l'art. 112 Cost. non trovi margini di applicazione e quindi la disciplina sia immune da rilievi di costituzionalità. Rilievi di costituzionalità che potrebbero configurarsi anche, più in generale, alla stregua dell'art. 3 Cost., ove la disciplina sulla archiviazione non sia sottoposta ad una lettura coerente con il (sotto)sistema normativo nel quale è inserita».

2. Del pari, poco prova sottolineare il difetto di controllo giurisdizionale. I motivi i seguenti.

a) «Una fase di controllo esiste, sia pure conformata con caratteristiche dissimili, e assai meno pregnanti, di quella relativa al controllo sull'esercizio dell'azione penale»⁴⁰. L'art. 58 diverge dal modello codicistico quanto a procedimento archiviatorio. Il sistema concernente le *notitiae criminis* attribuite alla persona fisica tradizionalmente si ispira al principio del controllo giurisdizionale sull'inazione dell'organo d'accusa⁴¹. Nella materia *de qua*, il pubblico ministero dispone, invece, direttamente l'archiviazione, dandone comunicazione al procuratore generale presso la corte d'appello, il quale «può svolgere gli accertamenti indispensabili e, qualora ritenga ne ricorrano le condizioni, contesta all'ente le violazioni amministrative conseguenti al reato entro sei mesi dalla comunicazione»⁴². Nondimeno, come anticipato nei lavori preparatori⁴³, il legislatore delegato ha qui inteso non già concedere agli uffici requirenti una potestà discrezionale nel dare, o meno, avvio al procedimento, bensì definire un meccanismo semplificato rispetto a quello previsto per la persona fisica⁴⁴. Peraltro, sotto un profilo

⁴⁰ IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 92-93, il quale, però, ragiona assumendo la «natura para-penalistica della responsabilità degli enti metaindividuali». Così anche DE FALCO, *L'annotazione della notizia dell'illecito amministrativo dell'ente: questioni teoriche e soluzioni pratiche*, cit., 144, il quale ribadisce che «l'assenza di un controllo giurisdizionale non può far dimenticare che le determinazioni del pubblico ministero sono comunque soggette a verifica, sia pure da parte del procuratore generale presso la corte di appello, per cui l'esistenza di un controllo che può esitare nella contestazione dell'illecito riflette anch'essa una situazione di doverosità dell'accertamento»; FUSCO, *Le indagini preliminari nei confronti degli enti: questioni controverse*, in questa *Rivista*, 1/2017, 178, secondo il quale «un argomento in senso diverso non può essere ricavato dall'assenza di un controllo giurisdizionale sull'archiviazione nei confronti dell'ente: il controllo gerarchico del procuratore generale sulla decisione del pubblico ministero (art. 58 del decreto) depone anzi per l'assenza di ogni discrezionalità in capo all'organo dell'accusa».

⁴¹ Sull'evoluzione storica dell'istituto, CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., 2012, 425.

⁴² LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del d.lgs. 231/2001*, cit., 2531; MOSCARINI, *Contrasto alla corruzione e procedimento penale* de societate, in *Proc. pen. e giust.*, fasc. 4, 2013, 5 dà conto che «Tale soluzione normativa è stata fortemente contrastata da una parte degli autori, sulla premessa per cui quello del «controllo giurisdizionale sarebbe il solo ed infettibile sistema capace di dare effettività al canone sancito dall'art. 112 Cost.». Tra gli Autori citati da MOSCARINI, BASSI e EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reati. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, cit., 582; BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, cit., 306, secondo il quale il meccanismo individuato dall'art. 58 risulta «difficilmente difendibile quanto a congruità, sul quale si allungano ombre di illegittimità costituzionale per contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale»; CERESA-GASTALDO, *Il processo alle società nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 2002, 63; FERRUÀ, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, cit., 225; LORUSSO, *Commento sub art. 58*, in CADOPPI - GARUTI - VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, 2010, 2531; LOZZA, *Lezioni di procedura penale*, VIII ed., 2012, 651.

⁴³ *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, 2002, 492.

⁴⁴ RITA, *Commento sub art. 58*, cit., 1187, secondo il quale «Nonostante abbia sottratto al giudice il controllo sull'(in) azione del pubblico ministero, il legislatore ha non di meno definito i limiti del suo potere. Espressioni quali 'potere di destinazione' o 'autocertificazione controllata', ricorrenti nelle pubblicazioni di chi, negli ultimi anni, ha studiato questo tema, devono essere misurate nella loro esatta portata: tale potere, giova ribadirlo, non può essere interpretato sino al punto di rimettere ad una scelta rinunciataria del pubblico ministero quella che è una iniziativa doverosa. Resta il fatto che tale procedura è sottoposta ad un controllo di tipo gerarchico: al procuratore generale il compito quindi di verificare il rispetto dei presupposti di legge per la richiesta di archiviazione e l'adozione di iniziative di contrasto ove la determinazione del pubblico ministero non appaia corretta». DE FALCO, *Le modalità di intervento dell'ente nella fase delle indagini preliminari*, in questa *Rivista*, 4/2006, 99-100, acutamente osserva che «non può mancarsi di rilevare come nell'art. 56, con riferimento alla disciplina dei termini per le indagini preliminari, il legislatore abbia, non a caso, utilizzato con riguardo alle indagini in questione, l'espressione 'accertamento dell'illecito amministrativo', alludendo ad un concetto ben diverso rispetto a quello che, ai sensi dell'art. 326 c.p.p., connota la finalità delle indagini preliminari nel procedimento a carico dell'indagato e cioè quella di consentire al pubblico ministero di scegliere le proprie determinazioni circa l'esercizio o meno dell'azione penale. Il termine 'accertamento', dunque, richiama una funzione che dovrebbe essere propria solo del momento del giudizio, ma che evidentemente consente di affermare che, a proposito dell'ente, la fase delle indagini preliminari debba o, quando meno, possa estendersi a valutazioni tendenzialmente definitive, almeno dall'angolo visuale del pubblico ministero. E proprio sotto questo profilo sembra possa trovare un senso la disposizione (di per sé poco coerente con il sistema ed in effetti largamente criticata dai commentatori) dell'art. 58, che, diversamente da quanto avviene per l'indagine, attribuisce allo stesso pubblico ministero e non al giudice per le indagini preliminari il potere di disporre l'archiviazione, prevedendo solo l'onere di comunicazione al procuratore generale presso la corte d'appello, il quale, ove sia di diverso avviso, può

teoretico, «un controllo gerarchico sul p.m. 'di grado inferiore' in ordine al non esercizio dell'azione penale [non] disson[a] necessariamente dal principio costituzionale della sua obbligatorietà»⁴⁵.

b) L'obbligo di motivazione del decreto di archiviazione, ingiunto dall'art. 58 all'organo d'accusa, è antinomico rispetto alla pretesa discrezionalità dell'accertamento dell'illecito d'impresa. La circostanza che il pubblico ministero debba dare adeguato conto delle ragioni del proprio convincimento è, infatti, manifestamente sintomatica del dovere di agire dell'organo d'accusa⁴⁶.

c) Non può predicarsi la sicura discrezionalità dell'annotazione nemmeno a ritenere preferibile un controllo del giudice per le indagini preliminari sull'archiviazione. L'art. 112 Cost. è, infatti, previsione a fattispecie aperta, tale da rendere costituzionalmente compatibili soluzioni anche radicalmente divergenti tra loro⁴⁷. È, dunque, indimostrata l'inesistenza di un rapporto di relazione indissociabile tra la regola costituzionale e lo strumento di controllo sulle scelte abdicative del pubblico ministero progettato nel d.lgs. 231/2001. Vero è che taluni sostengano che l'art. 112 Cost. ha, di fatto, «costituzionalizzato» l'archiviazione *ministerio iudicis* e negano, di conseguenza, che l'ordinamento possa accogliere sostitutivi al meccanismo del controllo giurisdizionale⁴⁸. È, tuttavia, più corretto intendere la norma in senso meno vincolante, «riconoscendole

procedere alla contestazione dell'illecito. Il maggior peso, dunque, dell'analisi di cui, nella fase delle indagini preliminari, è gravato il pubblico ministero nel procedimento a carico dell'ente, rispetto a quello che riguarda l'indagato, e cioè il peso che inerte alla necessità di procedere al vero e proprio 'accertamento' dell'illecito, sembra poter giustificare l'attribuzione allo stesso pubblico ministero di un potere decisivo, fermo restando che sarebbe comunque preferibile mantenere in capo ad un organo terzo, quale il giudice delle indagini preliminari, il potere di verifica circa le determinazioni del pubblico ministero». Così anche SANTORIELLO, *La procedura di archiviazione nel processo nei confronti degli enti collettivi*, in questa *Rivista*, 3/2010, 146, secondo il quale «[il] legislatore, [...] nell'adottare la soluzione contenuta nel citato art. 58 non ha certo voluto svincolare l'operato del pubblico ministero da qualsiasi controllo, ma semplicemente ha inteso rimettere la valutazione dell'operato dell'ufficio di Procura ad un ufficio diverso dal quello del giudice delle indagini preliminari, individuando l'organo competente nel Procuratore generale; ciò significa, dunque, che anche nel procedimento verso gli enti dovranno trovare applicazione gli obblighi di cui all'art. 335 c.p.p. ed il pubblico ministero sarà tenuto all'immediata iscrizione della *notitia criminis* a lui pervenuta e relativa alla persona giuridica».

⁴⁵ MOSCARINI, *Contrasto alla corruzione e procedimento penale* de societate, cit., 5, il quale aggiunge «una volta che, per tutto il resto, l'ordinamento processuale si adegui rigorosamente ai canoni di eguaglianza, stretta legalità penale, autonomia ed indipendenza della magistratura, così da escludere l'eventualità di opzioni arbitrarie o discriminatorie da parte di qualsiasi funzionario della pubblica accusa». Così anche DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, 2012, 103; *eadem*, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 618, secondo la quale non può dirsi che l'assenza di controllo giurisdizionale sulle determinazioni della pubblica accusa sia di per sé lesiva del principio dell'art. 112 Cost., atteso che l'azione penale può restare obbligatoria anche se sia quest'ultima a detenere il potere di archiviazione; IELO, *Le indagini preliminari nei procedimenti di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 98, secondo il quale «Ove [...] si escluda la natura penale della responsabilità degli enti, accreditando l'ipotesi del *tertium genus*, è evidente che i dubbi d'incostituzionalità non hanno ragion d'essere, quantomeno in relazione all'art. 112 della Costituzione. Come osservato, esistono solidi argomenti per ritenere obbligatorio l'esercizio dell'azione dell'accertamento della responsabilità degli enti, sì che, esclusa la copertura costituzionale di tale principio, in ragione della natura non penalistica di tale responsabilità, il legislatore è libero di conformare il controllo sull'inazione del pm, con soluzioni censurabili sul piano dell'efficacia in concreto, ma non discutibili sul piano della legittimità costituzionale»; PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti 'amministrativi' da reato (d.lgs. 231/2001)*, 2005, 152.

⁴⁶ IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 89-90, secondo il quale «il decreto che dispone l'archiviazione del pm, ai sensi dell'art. 58, deve essere motivato, adempimento inutile se l'azione fosse facoltativa, in assenza di parametri normativi che orientino la discrezionalità dell'organo d'accusa, e comprensibile solo alla luce dell'opposto principio di obbligatorietà. La stessa previsione del potere-dovere di controllo del Procuratore Generale sul decreto di archiviazione del pm ha senso solo alla luce del principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione di accertamento amministrativo della responsabilità, ché, in assenza di parametri normativi che orientino siffatto controllo, si tratterebbe di mero atto di volontà, se non di arbitrio, ispirato a una inammissibile logica del *sic volo, sic iubeo*».

⁴⁷ BELLUTA, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società: accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*, 2016, 1032.

⁴⁸ NAPPI MODONA, *Commento all'art. 112 Cost.*, cit., 55, secondo il quale, rispetto al principio di obbligatorietà dell'iniziativa incriminatrice, il «controllo giurisdizionale sull'archiviazione funziona da salvaguardia minima ed irrinunciabile». Così anche ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in CONSO (a

maggiore duttilità ermeneutica in ordine al *quomodo* – beninteso, non all'*an* – della verifica sull'osservanza dell'obbligo di agire⁴⁹. Una volta soddisfatta l'inalienabile esigenza di presidiare l'esito archiviativo tramite un meccanismo dialettico dei suoi contenuti, «la prospettiva si sposta [infatti] dalla sfera del costituzionalmente necessario a quella del costituzionalmente preferibile». Detto altrimenti, «i diversi sistemi di controllo che possono essere predisposti dal legislatore ordinario – imperniati o meno sull'intervento dell'organo giurisdizionale – si lasciano apprezzare in termini di maggiore o minore efficacia, ma non in termini di conformità o difformità rispetto all'art. 112 Cost.»⁵⁰.

3. Anche l'idea che l'organo d'accusa, titolare del potere di direzione delle indagini preliminari, sia vincolato, quanto all'avvio del procedimento, a una comunicazione della polizia giudiziaria è in contraddizione con gli assetti istituzionali vigenti, descritti nell'espressa disciplina contenuta nel codice di procedura penale, espressamente richiamata dall'art. 34 e senz'altro compatibile «con la natura metaindividuale del soggetto nei cui confronti si svolgono le indagini»⁵¹. L'art. 55, presupponendo l'acquisizione della notizia di reato, non preclude, infatti, che il pubblico ministero acquisisca autonomamente la notizia dell'illecito amministrativo. Del resto, «la semplice lettura dell'art. 330 del codice di rito, norma non incompatibile ed applicabile ex art. 34 del decreto, a rubrica acquisizione della notizia di reato, dimostra come essa possa realizzarsi in via autonoma anche dal pm»⁵².

4. Da ultimo, non si vede come la distinzione tra la struttura del reato e quella dell'illecito amministrativo, messa a punto dalla giurisprudenza in sede cautelare, possa spiegare efficacia dimostrativa circa la facoltatività dell'annotazione.

Si aggiungano:

- l'assenza di criteri normativi atti a orientare e circoscrivere la presunta discrezionalità dell'organo d'accusa, sì che l'asserita facoltatività si tradurrebbe nel riconoscimento di un potere arbitrario e incontrollabile⁵³;

cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, 1979, 4, secondo il quale «il controllo del giudice è [...] essenziale al concetto stesso di obbligo dell'azione penale».

⁴⁹ DEAN e FONTI, *Archiviazione*, in *Dig. disc. pen. - Agg.*, 2005, 38. TAORMINA, *Vecchio e nuovo nella teoria dell'azione penale alle soglie del nuovo codice di procedura*, in *Giust. pen.*, fasc. 3, 1988, 149 ritiene «assolutamente inaccettabile il corrente assunto secondo cui l'intervento della giurisdizione [...] sia imprescindibile per la realizzazione del carattere di obbligatorietà dell'azione penale. Sulla stessa scia si collocano DIEDI, *Il dissenso del g.i.p. dalla richiesta di archiviazione tra configurabilità del conflitto e problemi di costituzionalità*, *ivi*, fasc. 3, 1991, 240; DINACCI, *Il controllo giurisdizionale sulla decisione del p.m. di non esercitare l'azione penale*, in *Cass. pen.*, fasc. 2, 1991, 582; MURONE, *Obbligatorietà dell'azione penale e formulazione dell'imputazione di cui all'art. 409 c.p.p.*, in *Giust. pen.*, fasc. 3, 1991, 220. In prospettiva sostanzialmente analoga, CAPRIOLI, *L'archiviazione*, 1994, 518; CHIAVARI, *Archiviazione, obbligatorietà dell'azione penale e riforma del c.p.p.*, in *Quad. G.*, 1986, 60, 46; TRANCHINA, *Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale*, in *Ind. pen.*, 1989, 621.

⁵⁰ CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., 519.

⁵¹ IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 92.

⁵² IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 92.

⁵³ DE FALCO, *L'annotazione della notizia dell'illecito amministrativo dell'ente: questioni teoriche e soluzioni pratiche*, cit., 144, il quale anche è dell'avviso che «a prescindere dall'applicabilità del principio costituzionale in questione al sistema normativo in tema di responsabilità dell'ente, è proprio l'analisi complessiva di tale sistema che consente di evidenziare, all'interno e in coerenza con lo stesso, un obbligo di accertamento dell'illecito. Invero non si rinviene, nel corpus normativo del d.lgs. 231/2001, alcuna norma che lasci margini di discrezionalità all'apprezzamento del pubblico ministero, né, tanto meno, alcuna norma che fissi i parametri alla stregua dei quali tale discrezionalità andrebbe, in ipotesi, esercitata». Così anche DI BRONTO, *L'avvocazione facoltativa*, 2006, 200 ss.; FUSCO, *Le indagini preliminari nei confronti degli enti: questioni controverse*, cit., 177-178, secondo il quale «l'opzione per la discrezionalità dell'azione nei confronti dell'ente – in quanto radicalmente divergente dall'impostazione dell'ordinamento, anche in materia di illeciti amministrativi – avrebbe dovuto essere assunta espressamente dal legislatore; cosa che invece non è avvenuta, dal momento che non

- l'immediatezza con cui, sul piano temporale, l'annotazione deve essere eseguita, secondo il tenore testuale dell'art. 55⁵⁴. Immediatezza che fa, peraltro, il paio con le modalità semplificate con le quali deve essere effettuata l'annotazione. Gli artt. 3 e 4 d.m. 201/2003, che contengono le disposizioni regolamentari relative al procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo, prevedono, infatti, che l'annotazione sia iscritta nel medesimo registro predisposto per l'iscrizione del reato-presupposto (mod. 21, se si procede nei confronti di autore noto, o mod. 44, se si procede nei confronti di autore ignoto), «apponendo, negli spazi dei registri obbligatori destinati alla qualificazione giuridica del fatto e all'imputazione, una sigla identificativa, che consenta di evidenziare la natura di procedimento per l'accertamento dell'illecito amministrativo dipendente da reato, ai sensi del decreto legislativo n. 231 del 2001»⁵⁵;
- l'annotazione non presuppone un *fumus* di responsabilità dell'ente, ossia la ricorrenza degli specifici elementi indiziati ex artt. 5, 6 e 7, i quali attengono, piuttosto, alla dimensione del giudizio circa l'effettiva responsabilità della persona giuridica⁵⁶. Non si può, infatti, «pretendere, in sede di annotazione, quello che

risultano parametri in virtù dei quali il pubblico ministero dovrebbe esercitare la sua discrezionalità»; IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 89-90, secondo il quale «l'analisi della disciplina di diritto speciale che regola il procedimento di accertamento della responsabilità degli enti induce a ritenere che a livello di legge ordinaria è incardinato il principio di obbligatorietà della relativa azione. In tal senso rileva l'assenza, nel tessuto normativo del d.lgs. 231/2001, di criteri che possano orientare la discrezionalità dell'organo d'accusa».

⁵⁴ PADULA, *L'annotazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato*, cit., 27 rileva che «l'annotazione (al pari dell'iscrizione) [deve] aversi contestualmente all'investitura dell'ufficio e, comunque, nel modo più tempestivo possibile». Anche per DE FALCO, *L'annotazione della notizia dell'illecito amministrativo dell'ente: questioni teoriche e soluzioni pratiche*, cit., 145 «vale [...] segnalare che la disposizione di cui all'art. 55 non lascia alcun margine di opinabilità al riguardo e, anzi, sembra rafforzare la portata dell'obbligo connotando in termini di 'immediatezza' la cadenza temporale entro la quale l'annotazione deve avvenire». Nel senso dell'esistenza di un vero e proprio dovere di annotare immediatamente, BARESI, *Commento sub art. 55*, in PRESUTTI - BERNASCONI - FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 231/2001*, cit., 484; BASSI, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, cit., 567; DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 536; PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici dipendenti da reato*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, d.lgs. 231/2001, 2002, 299; TAGLIANI, *Morfologia della fase investigativa*, cit., 199.

⁵⁵ DE FALCO, *L'annotazione della notizia dell'illecito amministrativo dell'ente: questioni teoriche e soluzioni pratiche*, cit., 155 conclude che «La scelta normativa è stata dunque nel senso di non introdurre la previsione di nuovi registri per l'annotazione in esame, ma di fare ricorso all'impiego degli ordinari registri obbligatori in materia penale, previsti dall'art. 2 delle disposizioni regolamentari al codice di procedura penale ed approvati con decreto ministeriale 30 settembre 1989 e successive modifiche (art. 3, d.m. 201/2003)». Così anche PADULA, *L'annotazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato*, cit., 29, secondo il quale «È [...] evidente la scelta del legislatore di rinunciare all'introduzione di un nuovo, autonomo e distinto modello, essendosi preferito il ricorso allo stesso registro delle pendenze giudiziarie ove vengono iscritte le (connesse) informative di reato». *Contra*, AMATO, *Le indagini nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 137, secondo il quale «l'annotazione va fatta [...] in un fascicolo autonomo rispetto a quello penale relativo al reato presupposto. In tal senso depongono precise indicazioni normative e ovvie ragioni pratiche. Sotto il primo profilo, rileva l'art. 38 d.lgs. 231/2001, laddove si prevede la riunione del procedimento per l'illecito amministrativo al procedimento instaurato nei confronti dell'autore del reato presupposto. La previsione – altrimenti inspiegabile – fonda la regola che, nella fase delle indagini, i procedimenti sono iscritti autonomamente e proseguono autonomamente. Mentre vanno uniti dopo la formalizzazione della contestazione se e in quanto pendono davanti allo stesso giudice. Analogamente, un'indicazione normativa a conforto dell'iscrizione autonoma nella fase delle indagini, è ricavabile dalla complessiva disciplina regolamentare contenuta nel già citato decreto ministeriale n. 201 del 2003, laddove le regole formali di tenuta dei fascicoli non sono immediatamente riprodotte di quelle stabilite per i fascicoli penali. Vale, per tutte, l'indicazione che vuole inserito nel fascicolo, anziché il certificato del casellario giudiziale, quello dell'Anagrafe delle sanzioni amministrative. Sotto il profilo squisitamente pratico, consigliano la trattazione separata la sorte diversa che i due procedimenti possono avere (a seguito delle diverse opzioni definitorie coltivabili, rispettivamente, dall'indagato, in sede penale, e dall'ente, in sede di procedimento amministrativo), nonché la [...] peculiare disciplina dell'archiviazione, che può portare, in sede di procedimento amministrativo, ad un ruolo attivo del procuratore generale, con modalità definitorie del tutto originali (incompatibili con la sorte eventuale del fascicolo principale)».

⁵⁶ *Contra*, DE FALCO, *L'annotazione della notizia dell'illecito amministrativo dell'ente: questioni teoriche e soluzioni pratiche*, cit., 141, 150 e 152, secondo il quale non si deve «ritenere sufficiente la mera acquisizione della notizia di un reato al quale sia astrattamente collegabile un illecito dell'ente, ma [si deve], al contrario, richiedere un *fumus* dell'esistenza del requisito dell'interesse o vantaggio dell'ente. [...] Appare dunque maggiormente accorta [...] un'interpretazione intermedia

serve al diverso fine di imputare l'illecito o di 'fondare' la responsabilità amministrativa⁵⁷. L'attività d'indagine del pubblico ministero o della polizia giudiziaria intesa ad acquisire gli elementi che autorizzino ad assumere un *fumus* di responsabilità della società, se antecedente all'avvio del procedimento, verrebbe a collocarsi in un limbo procedimentale. È, piuttosto, sufficiente «un'ipotesi astratta, purché ragionevole, di responsabilità dell'ente, idonea a legittimare l'avvio di indagini mirate a verificarne la concretezza»⁵⁸, secondo i canoni elaborati in

che sia attenta all'apprezzamento dell'esistenza di elementi che, seppure anche in modo ancora embrionale, diano peraltro sufficientemente e ragionevolmente conto della ascrivibilità del reato a soggetto/i rientrante/i in una delle due categorie tratteggiate dall'art. 5 (soggetti in posizione apicale o sottoposta) e della configurabilità almeno in astratto dello specifico e prioritario requisito che l'art. 5 delinea a proposito della responsabilità dell'ente, e cioè che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente [...] sembra [...] preferibile non ancorare l'insorgenza dell'obbligo di annotazione a parametri predefiniti e predefinibili, ma individuarla, in aderenza a quanto avviene per l'iscrizione della notizia di reato, in relazione alla rappresentazione di dati che, con ragionevole concretezza, evidenzino i contorni di un reato contemplato dal d.lgs. 231/2001, la verosimile commissione dello stesso ad opera di un soggetto in posizione qualificata ai sensi dell'art. 5 d.lgs. 231/2001, la riconducibilità del reato alla sfera di un ente ricompreso tra quelli di cui all'art. 1 d.lgs. 231/2001, la verosimile configurabilità di un interesse o vantaggio dell'ente in relazione al reato»; FUSCO, *Le indagini preliminari nei confronti degli enti: questioni controverse*, cit., 178, secondo il quale «Pare [...] preferibile ritenere che l'iscrizione debba essere effettuata solo quando emergano elementi indiziari degli ulteriori elementi costitutivi dell'illecito amministrativo. Dovrà ricorrere, innanzitutto, il *fumus* della commissione di un reato presupposto ed, in successione, l'interesse o vantaggio per l'ente previsto dall'art. 5 del decreto; quindi, occorrerà distinguere se a commettere il reato sia stato un apicale o un sottoposto, poiché, nel primo caso, essendo qualificabili come impeditivi i fatti indicati dall'art. 6, non saranno necessari, per l'iscrizione dell'illecito, elementi ulteriori, diversamente, nel secondo caso, l'annotazione a Registro sarà ulteriormente subordinata all'acquisizione di elementi da cui desumere l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza ex art. 7, comma 1»; PADULA, *L'annotazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato*, cit., 24; PATAMIA, *Responsabilità penale della società*, 2007, 89; SANTORIELLO, *La procedura di archiviazione nel processo nei confronti degli enti collettivi*, cit., secondo il quale «è da ritenersi che laddove il pubblico ministero provveda all'iscrizione di una persona fisica per uno dei reati ricompresi negli artt. 24 ss. d.lgs. 231/2001 e riconosca tale illecito commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente collettivo, allora deve anche procedere alla iscrizione della persona giuridica nell'apposito registro». Ancor più rigoroso AMATO, *Le indagini nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 136-137, il quale afferma la necessità, «quantomeno, [di un] *fumus* dell'illecito amministrativo, che presuppone l'apprezzamento di una serie di presupposti che escludono qualsivoglia automatismo: la sussistenza del reato presupposto (artt. 24 ss. d.lgs. 231/2001); la commissione del fatto da parte di soggetto qualificato (art. 5, comma 1, lett. a) e b), del decreto cit.); l'interesse/vantaggio per l'ente (art. 5, comma 1, cit.). [...] Perché si debba procedere all'iscrizione' occorre, quindi, che il pubblico ministero abbia apprezzato quantomeno il *fumus* della responsabilità dell'ente, attraverso una positiva verifica della sussistenza dei concorrenti presupposti della commissione di uno dei 'reati presupposti', del possesso da parte dell'agente della qualità soggettiva rilevante per 'impegnare' l'ente e della proiezione della condotta in termini di interesse/vantaggio per l'ente». Così anche BARESI, *Commento sub art. 55*, cit., 484; BASSI, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, cit., 567; CORATELLA, *Commento sub art. 55*, in CROCE e CORATELLA, *Guida alla responsabilità da reato degli enti. La prassi applicativa alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul d.lgs. 231/2001, aggiornato al nuovo testo unico sulla sicurezza sul lavoro*, 2008, 166; MANCUSO, *Commento sub art. 55*, in AA.VV., *Responsabilità penale delle persone giuridiche. D.lgs. 231/2001*, cit., 426; PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici dipendenti da reato*, cit., 299; TAGLIANI, *Morfologia della fase investigativa*, cit., 199.

⁵⁷ PADULA, *L'annotazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato*, cit., 24, secondo il quale «Lo stesso tenore letterale delle norme [...] lascia intendere che, se l'ente è responsabile solo ove siano integrati certi elementi costitutivi e/o assenti determinati fatti impeditivi, ciò non significa che, alle medesime condizioni, possa dirsi il pubblico ministero legittimato a procedere all'annotazione a registro. Anzi, è proprio vero il contrario, giacché, qualora siano necessarie più approfondite verifiche sulla sussistenza della responsabilità dell'ente, si impone l'apertura del procedimento, salvo sempre il possibile epilogo dell'archiviazione per infondatezza della notizia».

⁵⁸ IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 94. Così anche DI BRONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 536; PADULA, *L'annotazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato*, cit., 22-23, secondo il quale «ai fini dell'adempimento di cui all'art. 55 non occorre che sia stata accertata l'effettiva e concreta sussistenza del reato (consumato o tentato), essendo sufficiente un fatto astrattamente riconducibile ad uno dei reati [...] citati e, perciò, idoneo a fondare la responsabilità amministrativa dell'ente»; VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in UBERTIS e VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XLVII ed., 2012, 271 ss. Correttamente osserva DE FALCO, *L'annotazione della notizia dell'illecito amministrativo dell'ente: questioni teoriche e soluzioni pratiche*, cit., 152 che «in altro settore, tutto il quadro normativo in tema di sicurezza del lavoro rende spesso difficoltoso stabilire se il reato di omicidio o lesioni personali colpose (art. 25 *septies*, d.lgs. 231/2001) sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Non si vuole, in questa sede, ripercorrere le problematiche inerenti la configurabilità stessa di un requisito siffatto a proposito dei reati colposi, ma solo argomentare che, pur volendo riferire il requisito alla sola condotta e non all'eventuale del reato, non v'è dubbio che può spesso apparire difficile se non impossibile, all'atto

relazione alla corrispondente disciplina codicistica. In base a quest'ultima, ai fini dell'iscrizione *ex art. 335 c.p.p.*, basta, infatti, un minimo di concretezza e specificità, sufficiente a consentire di individuare nel fatto oggetto dell'informazione gli elementi essenziali di un reato, anche meramente ipotetico⁵⁹. *A fortiori* se, in ossequio alla regola del *simultaneus processus ex art. 38 comma 1*, le indagini nei confronti dell'azienda devono pendere contestualmente rispetto a quelle svolte nei confronti dell'autore del reato-presupposto. Atteso lo stretto vincolo sussistente tra i due accertamenti, le relative procedure devono, infatti, svolgersi in simbiosi⁶⁰, sì da conseguire non solo armonia funzionale⁶¹, ma anche unità di atti d'indagine⁶². Ha, quindi, ragione la procura della repubblica di Milano nel contestare ai propri organi d'accusa che «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»⁶³. Non è, infatti, un *lapsus* quello del legislatore, il quale, all'art. 56 («Termine per l'accertamento dell'illecito amministrativo nelle indagini preliminari»), individua nell'accertamento l'oggetto delle indagini preliminari. Rivela, anzi, il ruolo centrale che assume la fase investigativa nel procedimento di accertamento della responsabilità d'impresa. Essa «ambisce a diventare il momento più significativo dell'accertamento della responsabilità dipendente da reato, a causa del ruolo assolutamente centrale rivestito dall'applicazione anticipata delle sanzioni interdittive, destinate ad operare prevalentemente prima dell'instaurazione del processo vero e proprio»⁶⁴;

- il rimando di carattere generale alle norme del codice di procedura penale, operato dall'art. 34 per i profili regolamentativi non specificatamente disciplinati dal d.lgs. 231/2001, invita a mutuare, nel procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo, i principi che amministrano il procedimento di accertamento del reato, ivi compreso quello relativo alla doverosità dell'accertamento. Del resto, sarebbe «assai poco congruo ipotizzare che, mentre l'accertamento del reato è obbligatorio, l'accertamento dell'illecito dell'ente che dipende dall'accertamento del reato sia rimesso alla discrezionalità dell'organo inquirente, senza che sia

dell'acquisizione della notizia, stabilire la ricorrenza del requisito; si pensi ai casi in cui non sia per nulla chiara la dinamica dell'infortunio o la causa generatrice della malattia, ai casi in cui la causa del reato appaia ascrivibile ad un difetto, colposo, di vigilanza da parte dei collaboratori del datore di lavoro, ovvero a cause (la negligenza nell'impiego di un macchinario da parte dello stesso datore di lavoro, la malaccorta definizione delle misure di prevenzione di natura procedurale o organizzativa, ecc.) rispetto alle quali sia davvero difficile ipotizzare la maturazione di quel risparmio di spese al quale viene, per solito, commisurata la valutazione circa la sussistenza di un interesse o vantaggio dell'ente.

⁵⁹ BARESI, *Commento sub art. 55*, cit., 489 conclude che «Conseguentemente, ed analogicamente, l'annotazione dell'illecito amministrativo presupporrebbe soltanto l'ipotetica configurabilità a carico dell'ente di una responsabilità dipendente da reato, situazione che ricorrebbe ogni qual volta una persona fisica, qualificata dalla posizione ricoperta in seno all'ente, ponga in essere uno dei reati di cui agli artt. 24-25 *octies*, senza che risulti l'esclusiva destinazione a proprio favore dei vantaggi conseguiti attraverso l'ipotizzata condotta criminosa».

⁶⁰ DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 536; LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del d.lgs. 231/2001*, cit., 2522; PATAMIA, *Responsabilità penale della società*, cit., 89; TAGLIANI, *Morfologia della fase investigativa*, cit., 199.

⁶¹ CERESA-GASTALDO, *Il processo alle società nel d.lgs. 231/2001*, cit., 59.

⁶² BASSI, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, cit., 567.

⁶³ In *Bilancio di Responsabilità Sociale 2016*, cit., 37.

⁶⁴ DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 535.

neppure indicato alcun specifico parametro alla stregua del quale la discrezionalità stessa dovrebbe essere esercitata e quindi, in ipotesi, sottoposta a verifica⁶⁵.

Per tali ragioni, è, dunque, corretto concludere per la presenza di un obbligo in senso stretto, e non di un semplice onere, di annotazione dell'illecito amministrativo in capo al pubblico ministero, privo di discrezionalità al riguardo⁶⁶. L'argomentazione opposta «non è [, infatti,] collegabile a disposizioni normative specifiche ed urta [...] con la struttura stessa del procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente»⁶⁷.

1.5.2. Tematica a sostegno dell'obbligatorietà della contestazione

In tema di contestazione della violazione amministrativa, la stessa lettura coordinata delle disposizioni dell'art. 58, in punto di archiviazione, e dell'art. 59, in punto di contestazione, «dà contro dell'inesistenza di alcuna discrezionalità»⁶⁸. I precetti tracciati dalle due norme sono, infatti, enunciati in senso totalmente alternativo. L'organo d'accusa o procede alla contestazione dell'illecito o deve giustificare la determinazione di archiviare⁶⁹. Egli «non è perciò libero di soprassedere *tout court* all'accertamento dell'illecito dell'ente»⁷⁰. Del resto, «La contestazione svolge la stessa funzione dell'imputazione rispetto alla persona fisica: addebitare ad un soggetto collettivo un illecito amministrativo a struttura complessa, con lo scopo di

⁶⁵ DE FALCO, *L'annotazione della notizia dell'illecito amministrativo dell'ente: questioni teoriche e soluzioni pratiche*, cit., 145.

⁶⁶ BARESI, *Commento sub art. 55*, cit., 486, secondo la quale «L'apprensione della notizia dell'illecito impone alla p.g. di riferirla, secondo le modalità e la tempistica indicate nell'art. 347 c.p.p., al p.m., il quale a sua volta è obbligato ex art. 55 ad annotarla immediatamente nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.»; BASSI e EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reati. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, cit., 567; DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 536; PADULA, *L'annotazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato*, cit., 26, secondo cui «Senza altro preferibile è [...] il contrapposto orientamento, fermo nell'attribuire al titolare dell'azione penale un vero e proprio 'dovere' di annotare, non appena acquisita, la notizia dell'illecito amministrativo. Ove mai, al più potrebbe accertarsi l'idea di un 'diritto-dovere', per chi volesse porre l'accento sui poteri del pubblico ministero – di selezione e valutazione degli atti soggetti ad annotazione – in ogni caso doverosamente da esercitarsi»; PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici dipendenti da reato*, cit., 599.

⁶⁷ DE FALCO, *L'annotazione della notizia dell'illecito amministrativo dell'ente: questioni teoriche e soluzioni pratiche*, cit., 145. Così anche BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, cit., 302; FINITI, *Relazione tenuta nel corso di un incontro di studi organizzato dal C.S.M. in Roma*, cit.; MANCUSO, *Commento sub art. 55*, cit., 426; PAOLOZZI, *Modelli atipici a confronto. Nuovi schemi per l'accertamento della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, fasc. 1, 2006, 108.

⁶⁸ DE FALCO, *L'annotazione della notizia dell'illecito amministrativo dell'ente: questioni teoriche e soluzioni pratiche*, cit., 144.

⁶⁹ BARESI, *Commento sub art. 58*, in PRESUTTI - BERNASCONI - FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 231/2001*, cit., 500, secondo la quale «L'esito dell'attività di accertamento dell'illecito amministrativo può condurre, alternativamente, alla archiviazione del procedimento ovvero alla contestazione dell'illecito all'ente ex art. 59».

⁷⁰ DE FALCO, *L'annotazione della notizia dell'illecito amministrativo dell'ente: questioni teoriche e soluzioni pratiche*, cit., 144. Così anche AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., secondo il quale, poiché «i criteri di imputazione della responsabilità sono modellati su schemi civilistici», non vi è «ragione alcuna di invocare una tutela ispirata al rigore che si impone quando è in gioco il principio di uguaglianza nella applicazione della legge». L'Autore ritiene residuale il «rischio di gestione arbitraria» del potere attribuito dall'art. 58 al pubblico ministero, in ragione del fatto che «il controllo giurisdizionale, almeno nei casi di cumulo, non viene meno in ordine alla effettiva infondatezza della notizia di reato che continua ad essere vagliata, sia pure nella veste diversa di garante della legalità di non esercitare l'azione penale». Da ultimo, valgono per la contestazione dell'illecito amministrativo le medesime considerazioni avanzate in punto di modalità dell'annotazione. L'art. 4 d.m. 201/2003 dispone, infatti, che le annotazioni relative alla contestazione ex art. 59 «sono inserite negli spazi previsti per le annotazioni dalla data di esercizio dell'azione penale e della imputazione» e che «negli spazi dei registri obbligatori destinati alle generalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, in luogo di queste, sono inseriti gli elementi identificativi dell'ente cui è attribuito l'illecito amministrativo, unitamente, ove possibile, alle generalità del suo legale rappresentante».

definire l'oggetto del processo, delimitando i confini dell'accertamento del giudice, e di mettere in grado l'ente di esercitare il diritto di difesa»⁷¹.

1.5.3. *Seconde conclusioni*

Offrendo risposta all'interrogativo iniziale, allo stato l'organo d'accusa, una volta acquisita la notizia dell'illecito dipendente da reato, ha l'obbligo di procedere all'annotazione, prima, e, ricorrendone i presupposti, alla contestazione, poi, non essendo allo stesso riservata alcuna valutazione ispirata a profili di discrezionalità. La corrispondenza tra esercizio dell'azione penale e annotazione/contestazione dell'illecito amministrativo è, infatti, il momento in cui è maggiore l'interdipendenza tra i due procedimenti e più significativo il tratto unitario che li contraddistingue rispetto sia alle forme in cui la pretesa punitiva viene dedotta sia al contenuto che l'atto imputativo deve possedere⁷².

2. È opportuno che l'azione penale nel procedimento *de societate* sia obbligatoria?

2.1. *Seconda premessa di metodo (e di contenuto)*

A fronte della *notitia criminis*, il d.lgs. 231/2001 impone al pubblico ministero un percorso obbligato e privo di opzioni selettive sull'azione penale. Nondimeno, la rete normativa predisposta dal legislatore, al quale sembra purtroppo essere mancata la consapevolezza della complessità delle questioni che trattava, ha, in questo senso, dato prova, finora, di scarsa funzionalità ed efficacia. Malgrado la sua inflessibilità, la disciplina, viene, infatti, diffusamente elusa dagli organi d'accusa, o, in ogni caso, affidata a taciti criteri di priorità elaborati dal singolo sostituto procuratore o a criteri esplicitati in circolari diramate da questo o da quel procuratore generale⁷³. La ragione dell'immobilismo risiede nella percezione del dover agire indistintamente come

⁷¹ RUTA, *Commento sub art. 59*, in LEVIS e PERINI (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., 1198.

⁷² BARESI, *Commento sub art. 58*, cit., 507 esattamente compendia: «Il tutto, alla stregua di un'interpretazione dottrinale univocamente orientata a riconoscere, analogamente a quanto previsto per l'atto instaurativo del procedimento penale, la sussistenza di un vero e proprio obbligo di agire a carico del pubblico ministero, variamente fondando il medesimo su diversi precetti costituzionali, oscillando tra il richiamo all'art. 97 della Carta fondamentale (in questo senso, sostanzialmente rilevando che il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione possono essere assicurati solo attraverso un 'doveroso' esercizio dei pubblici poteri) [...] e quello all'art. 112 Cost., osservandosi in particolare al riguardo come se è vero che di esercizio dell'azione penale in senso proprio può parlarsi solo con riguardo al reato presupposto, è altrettanto vero che anche la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da quel reato si esteriorizza attraverso gli atti contemplati dall'art. 405, comma 1, c.p.p. in tema di azione penale».

⁷³ [...] è in corso di studio una circolare che regolerà oggettivamente ed in maniera uniforme le iscrizioni: ammonisce la procura della repubblica di Milano in *Bilancio di Responsabilità Sociale 2016*, cit., 37. In proposito, PERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de jure condendo: un quadro ricognitivo*, in www.forumcostituzionale.it. FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 585 mette, peraltro (e correttamente), in guardia sulla «pericolosità di un principio alternativo – quello dei criteri di priorità – carico di simbolismo gravidico, idoneo ad esplodere col tempo nella istituzionalizzazione della discrezionalità dell'azione penale». Così già BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (VENTURI, a cura di), 1965, 30, secondo il quale «se questo magistrato operasse con leggi arbitrarie e non istabilite da un codice che giri fra le mani di tutti i cittadini, si apre una porta alla tirannia».

potenzialmente idoneo al precipitato paralizzante dell'ente attinto. Sicché i pubblici ministeri optano per la pressoché totale indolenza in occasione dell'applicazione dell'istituto. Un precetto – quello dettato dagli artt. 55, 58 e 59 – diretto ad assicurare l'eguaglianza anche della persona giuridica davanti alla legge rischia, così, di produrre l'effetto opposto, ossia la diseguaglianza nei rapporti tra le diverse circoscrizioni giudiziarie. Il dato conclusivo è, quindi, che l'obbligatorietà dell'azione penale, «al suo contatto con la realtà [...] della prassi, subisc[e] una chiara trasmutazione di significato rispetto all'apparente chiarezza dell'aforistica [...] lettera» degli artt. 55, 58 e 59⁷⁴. La prassi connota, infatti, di «ulteriore valenza l'impressione che vuole l'obbligatorietà emarginata ad espressione fumosa ed astratta, ancora utile per il suo significato non più che simbolico e tranquillizzante»⁷⁵.

La situazione suggerisce una riflessione su possibili temperamenti dell'obbligatorietà dell'azione penale nel procedimento *de societate*. In sostanza, può proporsi la realizzazione di un'avveduta limitazione dell'obbligatorietà indistinta? Per meglio dire, può quest'ultima essere mitigata con l'ideazione di criteri rigorosi che autorizzino la prosecuzione dell'*iter* procedurale solo a determinate condizioni? Sì che l'azione penale non si traduca in un automatismo del rapporto tra illecito amministrativo e processo, peraltro «essendo un limite implicito ed insito nel principio di obbligatorietà quello di non instaurare un processo oggettivamente superfluo»⁷⁶. *A fortiori* in un panorama internazionale che mostra, da tempo, una «tendenza al superamento del dualismo tra sistemi improntati all'obbligatorietà e sistemi improntati alla discrezionalità dell'azione penale, a favore di sistemi ibridi, connotati da svariate contaminazioni tra l'uno e l'altro modello»⁷⁷.

Si attesterà, di seguito, che ipotesi di astensione dell'organo d'accusa dall'esercizio dell'azione penale non costituiscono una contraddizione legislativa ove combinate con sistemi tesi a garantire che il procedimento alla società assolva, senza eludere il principio di obbligatorietà, la sua più esatta missione: restituire, rapidamente, *compliant* alla collettività l'azienda autrice di illecito amministrativo, anziché raderla al suolo per mezzo di sanzione. Opzione, quest'ultima, congruente al solo caso in cui «l'ente o una sua unità organizzativa [venga] stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità» (art. 16 comma 378). «Il riconoscere una discrezionalità

⁷⁴ FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 583.

⁷⁵ FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 584.

⁷⁶ SANTANGELO, *Natura e principi giuridici dell'azione penale*, in *Riv. pen.*, fasc. 12, 2010, 1204.

⁷⁷ DOLCINI, *Esercizio dell'azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati. Lo spiacevole retrogusto del progetto di riforma costituzionale della giustizia*, cit., 1375. In questo senso, LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, 1751 ss. Secondo CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 1, 2017, 151, «Il punto da sciogliere è il seguente: l'avvento della negoziabilità indebolisce l'autorità della legge penale – e, per altro verso, la mitezza finale della punizione banalizza l'autorevolezza del precetto – ovvero è sintomo di una transizione in corso, da un vecchio diritto penale intollerabilmente repressivo e autoritario verso un modello di diritto penale più compatibile (o meno incompatibile) con lo spirito della liberaldemocrazia, nella misura in cui si aprono spazi all'autodeterminazione individuale rispetto alle stesse modalità di scontare una sanzione punitiva?».

⁷⁸ Il concetto si ispira al pensiero di ROUSSEAU, *Del contratto sociale o Principi del diritto politico*, in *Idem, Scritti politici* (GARIN, a cura di), vol. 2, cap. V, 1994, 110, secondo il quale «la frequenza dei supplizi è sempre un segno di debolezza o di pigrizia del governo. Non c'è cattivo che non si potrebbe rendere buono a qualche cosa. Non si ha diritto di far morire, neppure a titolo di esempio, se non chi non si potrebbe mantenere in vita senza pericolo». Così anche BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. 28, 62, secondo il quale la morte può ritenersi necessaria solo «quando anche privo di libertà [il cittadino] abbia ancora tali relazioni e tal potenza che interessi la sicurezza della nazione; quando la sua esistenza possa produrre una rivoluzione pericolosa nella forma di governo stabilita».

politica sull'esercizio dell'azione penale – con l'adottare il principio di opportunità invece di quello di legalità – [è, del resto,] imposto dalla necessità di armonizzare la reazione penale alla fenomenologia dell'illecito, collegando l'attività giudiziaria alla politica di pianificazione verso finalità che consentano soluzioni più semplici ed efficaci per» la concretizzazione del predetto obiettivo⁷⁹.

Da un punto di vista eminentemente pratico, la proposta avrebbe due pregi. Da un lato, eviterebbe che l'assuefazione all'idea di uno stallo procedimentale invincibile funga da pretesto per rifugiarsi nella discrezionalità pura, o, per converso, nell'esercizio indiscriminato dell'azione penale. Dall'altro lato, toglierebbe la magistratura requirente da un ormai nemmeno più nascosto impaccio, «costretta ad inseguire giustificazioni a questo punto inutili per legittimare una prassi ormai persuasa dell'infedeltà della discrezionalità dell'agire»⁸⁰.

2.2. Prima ragione a sostegno dell'obbligatorietà temperata: già esistono spazi di discrezionalità concessi al pubblico ministero

Se attributo dell'organo d'accusa è il carattere doveroso degli atti da esso promossi, deve, tuttavia, riconoscersi che numerose sono le occasioni in cui lo stesso deve scegliere, valutando secondo discrezione⁸¹. Sono, cioè, molteplici le situazioni in cui il pubblico ministero, al pari dell'interprete, si trova a dover anteporre giudizi a iniziative da assumere. Ad esempio, quando deve valutare gli elementi d'indagine in suo possesso al fine di contestare, o meno, l'illecito amministrativo ex art. 59 comma 1⁸², o quando deve scegliere se impugnare, o meno, una sentenza ex art. 71 comma 3.

Meccanismo propulsore dell'azione è, anche in questo caso, il compendio delle inclinazioni personali, delle intenzioni e degli scopi del singolo organo d'accusa. Non può, infatti, ridursi a norma l'individuazione del peso che la notizia dell'illecito amministrativo dipendente da reato commesso dall'impresa deve avere. È, dunque, lo

⁷⁹ SANTANGELO, *Natura e principi giuridici dell'azione penale*, cit., 1204, il quale mette in evidenza che «La giurisprudenza [Cass. pen., Sez. I, 23 febbraio 1998, n. 1125, in *Riv. pen.*, 1998, 476] mantiene, infatti, la partizione secondo la quale il P.M. rimane organo di giustizia nella fase investigativa, ma, instaurata l'azione penale ed iniziata la fase processuale, egli si riappropria della veste esclusiva in senso tecnico, spinta dall'unico interesse di vedere comprovata l'impostazione accusatoria».

⁸⁰ FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 554.

⁸¹ CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., 1987, 74; *Ibidem*, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, 1956, 158 ss.; DOMINIONI, voce *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, 1987, 409-410, secondo il quale, «Scandendo l'analisi per fasi, nelle attività investigative della preistruzione, condotte al fine di stabilire se la *notitia criminis* offra materia per un'imputazione, la condotta che prevale è quella dell'opportunità: imprimere alle indagini un orientamento piuttosto che un altro, farle procedere secondo determinati ritmi, stabilire, fra più atti, quale sia più utile compiere ovvero quale prima e quale dopo, assecondare certe emergenze piuttosto che altre quando siano tra loro incompatibili o di fatto non praticabili congiuntamente, determinarsi ad abbandonare una certa indagine o insistervi, adibirvi una maggiore o minore dovizia di risorse sono tutte scelte per nulla predeterminabili in modelli legali idonei a fondare situazioni di dovere sia pure del tipo discrezionale. Tanto che scelte del genere versano nella vera e propria opportunità. [...] Pertanto, incentrandosi l'obbligatorietà sul promovimento dell'azione, la regola è così enunciabile: dicendo che l'esercizio di tale potere è doveroso si intende che il pubblico ministero deve promuovere l'azione non appena ravvisi, secondo il grado logico proprio dei giudizi storici insiti nell'imputazione, che è stato commesso un fatto integrante al completo di tutti gli estremi una figura normativa di reato, restandogli pertanto inibito di introdurre valutazioni di convenienza di qualsiasi genere che rompano l'automatismo fra quella conoscenza e l'iniziativa incriminatrice». Sul fenomeno della discrezionalità come esemplare di potere doveroso e sulla distinzione da quello dell'opportunità, GHIARA, *Partecipazione popolare all'esercizio dell'azione penale*, in *Giust. pen.*, vol. I, 1982, 255 ss.

⁸² FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 544, secondo il quale «Nella fase delle acquisizioni conoscitive, il pubblico ministero è [...] 'interprete delle necessità', le quali verranno vagliate e misurate dal loro *dominus*, secondo la sua soggettiva valutazione».

stesso pubblico ministero che, discrezionalmente, decide in che direzione e con quale ampiezza svolgere le indagini, valuta gli elementi acquisiti e assume le proprie determinazioni. Sicché, essendoci alla base di ogni decisione una scelta, anche la contestazione dell'illecito amministrativo «sembrebberebbe [...] avere, quale primo presupposto, la discrezionalità dell'agente, manifestantesi ad esempio nel momento in cui si opera la valutazione delle risultanze investigative»⁸³.

Si può, quindi, affermare che la discrezionalità, avendo origine ordinamentale prima ancora che pratica, è un'esigenza ineliminabile, un *a priori* dell'attività dell'organo d'accusa, e non solo, che soggiace a ogni sua valutazione e giudizio e che è espressione del complesso di valori, abitudini e cultura allo stesso riferibile. Si può, anzi, teorizzare che l'esistenza di un principio sottinteso e immanente, quello di discrezionalità, ha originato la necessità di moderarne l'estensione, tramite la costituzionalizzazione del principio contrario. In sostanza, poiché la discrezionalità, se affrancata da vincoli, sconfinerebbe in arbitrio, l'obbligatorietà funge da argine a tale pericolo, senza, però, sopprimerla. Essendo «la trasformazione del potere da libero a vincolato [...] il solo mezzo idoneo per ovviare all'eventualità di un uso anormale del potere stesso»⁸⁴, gli artt. 55, 58 e 59 funzionano, così, da riparo contro l'arbitrio. Nondimeno, essi non hanno la forza per porsi in antinomia con la discrezionalità, per rappresentarne, cioè, la negazione. Non basta, infatti, la perentorietà delle asserzioni comprese nei predetti articoli perché da essa possano trarsi conseguenze univoche. Con gli artt. 55, 58 e 59, il legislatore non ha, dunque, estromesso la discrezionalità dal procedimento all'ente, ma ha tracciato la coesistenza di principi regolatori, posti su un piano di funzionalità reciproca: «l'obbligatorietà come principio normativo, la discrezionalità come principio naturale»⁸⁵.

Di conseguenza, nessuno allarme può destare la proposta di un temperamento dell'obbligatorietà dell'azione penale, se attuato attraverso la preventiva fissazione di parametri o vincoli normativi volti a sgranare il contenuto precettivo degli artt. 58 e 59 ed entro il cui rispetto il pubblico ministero può operare la scelta di esercitare, o meno, l'azione penale nei confronti della persona giuridica. A maggior ragione atteso che la chiusura alla discrezionalità pura o 'libera, ossia all'autonoma volontà dell'organo d'accusa nella scelta di agire, non è estesa in termini massimalistici. Essa non esclude, infatti, la discrezionalità nell'altro suo significato propriamente tecnico, vale a dire la discrezionalità 'vincolata'⁸⁶.

2.3. Seconda ragione a sostegno dell'obbligatorietà temperata: la discrezionalità vincolata permette di responsabilizzare la società indagata

Alcune parole nascono con un'identità definita. È il caso di «responsabilità». Il termine appare nell'intestazione stessa del d.lgs. 231/2001 («Disciplina della

⁸³ FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 540.

⁸⁴ CRISTIANI, *La discrezionalità dell'atto nel processo penale*, 1985, 5.

⁸⁵ FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 541, secondo il quale «affermare il «dominio» della obbligatorietà quale unico principio regolante l'azione penale è erroneo (contrario alla verità) ed ancor più illusorio (contrario alla realtà). Da un lato la verità normativa sembra condurre alla negazione di un simile assunto, ratificando invece la coesistenza dei due principi; dall'altro la stessa realtà pratica sembra avere ormai certificato un avvicendamento tra di essi».

⁸⁶ Sulla distinzione tra discrezionalità 'libera' e 'vincolata', DOLCINI, *Potere discrezionale (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. 34, 1985, 747 ss.; DOMINIONI, voce *Azione penale*, cit., 410; GREVI, *Archiviazione per 'inidoneità probatoria' ed obbligatorietà dell'archiviazione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1296.

responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della l. 300/2000») e viene sviluppato, *praesertim*, nei titoli del capo I («Responsabilità amministrativa dell'ente») e della sezione III («Responsabilità amministrativa per reati previsti dal codice penale»), nonché nella rubrica dell'art. 5 («Responsabilità dell'ente»).

«Responsabilità» ha, qui, un significato prevalente: dovere dell'azienda indagata di rendere conto e, quindi, di rispondere delle conseguenze dell'illecito amministrativo compiuto in violazione di una norma⁸⁷. Dal dovere di rendere conto dell'illecito amministrativo, significato primario del termine, si slitta, ineluttabilmente, verso i significati di punibilità e colpevolezza, sui quali la responsabilità d'impresa si assesta e struttura nel d.lgs. 231/2001⁸⁸. Nell'etica del diritto, essere responsabili significa, in effetti, essere punibili, cioè assoggettabili a pena o sanzione sì che venga restaurato l'ordine guastato dall'illecito compiuto contro le norme della comunità⁸⁹. Per dirla con Mill, «*responsibility means punishment*»⁹⁰.

Eppure, se ci si interroga su questo concetto centrale nell'universo etico-giuridico che assiste il d.lgs. 231/2001, si scopre che «responsabilità» indica altri significati, che compongono un sistema coerente, fertile e utile a porre rimedio alla crisi che caratterizza l'applicazione dell'istituto. Accanto al dovere di subire una sanzione, sopravanza, infatti, il dovere di rispondere per fatti o atti che vengono in qualche modo riferiti all'ente⁹¹.

⁸⁷ Per un'analisi dei significati di «responsabilità», FODDAI, *Sulle tracce della responsabilità. Norme e idee dell'agire responsabile*, 2005; SCARPELLI, *Riflessioni sulla responsabilità politica. Responsabilità, libertà, visione dell'uomo*, in ORECCHIA (a cura di), *La responsabilità politica. Diritto e tempo - Atti del XIII Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*, 1982.

⁸⁸ Sulla coincidenza, nel diritto penale, tra responsabilità e colpevolezza, CROCE, *Frammenti di etica*, in *Etica e politica*, 1945, 126, secondo il quale «Non si è responsabili, si è fatti responsabili»; DONINI, *Il diritto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, fasc. 2, 2015, 236 ss.

⁸⁹ FODDAI, *Responsabilità e giustizia riparativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, vol. 59, fasc. 4, 2016, 1705-1706, secondo la quale «Il processo e la mediazione possono essere [...] designati entrambi come strumenti che risolvono i conflitti, conservando l'ordine sociale. Accanto a questa funzione, che può essere definita 'strumentale', ne svolgono un'altra, che possiamo chiamare 'simbolica': quella di produrre significati e valori a vantaggio dell'intera collettività. Il processo risolve le controversie attraverso la pubblica decisione di un giudice, sulla base di norme di legge. Nell'atto della decisione possiamo cogliere due distinte funzioni: prescrivendo determinate azioni, il giudice 'inserisce il suo intervento nella logica strumentale di risoluzione dei conflitti'; motivando giuridicamente la sua decisione, il giudice esercita la funzione simbolica di 'dire il diritto, di 'precisare la comprensione pubblica di norme e valori ufficiali'. Questa decisione, che generalmente assume la forma della sentenza, oltre a risolvere il conflitto, riafferma pubblicamente significati e principi che orientano le pratiche sociali». Sul trattamento dei conflitti come una delle funzioni del diritto, FERRARI, *Funzioni del diritto*, 1997, 95 ss. e 153 ss. Sulla distinzione tra funzione strumentale e funzione simbolica, BELLEY, *Une justice de la seconde modernité: proposition des principes généraux pour le prochain code procédure civile*, 2001, 46, 325-326 e CHASE, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, 2005, 116. Così anche CANALE, *Il ragionamento giuridico*, in PINO - SCHIAVELLO - VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, 2013, 317; COMANDUCCI, *Il ragionamento giudiziale: lineamenti di un modello*, in BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale*, vol I, *Regole, metodi, modelli*, 1999, 64 ss.; DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, 1991, 158-161; DENTI, voce *Processo*, in *Enc. scienze soc.*, in *www.treccani.it*; ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur.*, vol. I, 1988, 1 ss.; TARUFFO, *Giudizio, processo, decisione*, in BESSONE - SILVESTRI - TARUFFO, *I metodi della giustizia civile*, 2000, 267 ss.; TRONCARELLI, *Il problema della responsabilità. A proposito di alcune affermazioni del neoidealismo italiano*, in *Riv. intern. filo. del dir.*, LXXII, 1995, 609 ss.

⁹⁰ MILL, *An Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, in *Collected Works of John Stuart Mill*, vol. IX, cap. 26, 1963, 453; COSÌ anche BRADLEY, *The Vulgar Notion of Responsibility in Connection with the Theories of Free Will and Necessity*, in *Idem, Ethical Studies*, 1961, 5 ss.; FEINBERG - SHAFER - LANDAU, *Reason and Responsibility*, 2005; HART, *Pena e responsabilità*, 1981, 244: «Quando delle norme giuridiche richiedono che si agisca o ci si astenga dal compiere azioni, chi viola il diritto è di solito soggetto, in base ad altre norme giuridiche, a punizione per i suoi misfatti o ad offrire un risarcimento alle persone così danneggiate, e molto spesso è soggetto sia alla punizione sia al risarcimento forzoso»; PROSCHWITZ, *Responsabilité: l'idée et le mot dans le débat politique du XVIIIe Siècle*, in STRAKA, *Actes du Xème Congrès International de Linguistique et Philologie Romanes*, vol. I, 1965, 386 ss.

⁹¹ SCARPELLI, *Riflessioni sulla responsabilità politica. Responsabilità, libertà, visione dell'uomo*, cit., distingue tra «riferimento» e «imputazione»: il primo è relativo al comportamento compiuto in violazione di un dovere; la seconda alle

Questa distinzione essenziale non è adeguatamente apprezzata nel diritto processuale penale della persona giuridica, offuscata, com'è, dal predominante modello retributivo e sanzionatorio, che identifica la responsabilità con la colpevolezza – concetto logicamente distinto e autonomo – e, dunque, con un giudizio che esige il dovere di subire una pena o sanzione⁹². L'argomento rappresenta, invece, il nodo cruciale nell'attuale panorama della responsabilità della società. Sollecita, infatti, ampie riflessioni intorno alla disciplina della responsabilità d'azienda, la quale, per essere sottratta all'oblio cui le riserve sull'obbligatorietà dell'azione penale nel d.lgs. 231/2001 sono destinate a condannare, richiede che le categorie fondamentali del diritto vengano rimesse in discussione a favore dell'emersione, accanto al consolidato modello individualistico, retrospettivo e sanzionatorio, di un modello inedito di giustizia consensuale e riparativa di tipo relazionale, prospettico e progettuale.

Il primo tipo di responsabilità, descritto come «retrospettivo» (*retrospective*), dipende da un giudizio su un'azione svolta ed esaurita nel passato. Percorre uno specifico arco temporale, che va dal presente, in cui ha luogo l'accertamento dell'illecito amministrativo in giudizio, al passato, in cui si colloca la colpa in organizzazione oggetto di valutazione da parte del giudice⁹³. Il secondo concetto di responsabilità, declinato come «prospettico» (*prospective*), coglie, invece, la capacità critica dell'impresa indagata di comprendere il significato delle norme che regolano il d.lgs. 231/2001 e di apprezzare, così, le conseguenze della colpa in organizzazione. La responsabilità «prospettica» non discende da un giudizio, ma da un progetto comune di riorganizzazione della politica dell'ente, che si costruisce, nel procedimento *de societate*, grazie al confronto e dialogo tra le parti (persona giuridica indagata, pubblico ministero e giudice), le quali si impegnano alla ricerca di una soluzione «che promuova la riparazione, la riconciliazione e il senso di sicurezza collettivo»⁹⁴. Può, quindi, dirsi che la responsabilità «prospettica» si costruisce, non si attribuisce. Coincide con un processo, non con uno «stato», dacché progredisce, fino a definirsi, attraverso una serie di passaggi procedurali che implicano, necessariamente, il confronto con la giustizia, il riconoscimento dei bisogni, diritti e doveri della società indagata, il coinvolgimento della comunità di riferimento personificata nell'organo d'accusa e il contatto istituzionale permesso grazie al giudice⁹⁵.

È, dunque, nella definizione di giustizia riparativa, non in quella di giustizia retributiva, che, di frequente, spicca il termine «responsabilizzazione», il quale sta a indicare «un processo dinamico orientato verso un fine, piuttosto che uno stato che annulla la dimensione del tempo, essenziale per una concezione etica dell'esistenza» dell'azienda indagata⁹⁶.

conseguenze negative attribuite al soggetto.

⁹² EUSEBI, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademezum per un'evoluzione necessaria*, in MANNOZZI e LODIGIANI, *Giustizia riparativa*, 2015, 101.

⁹³ MOORE, *Law and Psychiatry. Rethinking the Relationship*, 1984, 50 distingue i significati di *responsibility* in base a un criterio temporale: «*The subject is said to be responsible for some event in the past. This can be called retrospective responsibility. In contrast, the first usage looks to the future [...]. This can be called prospective responsibility*». Analoga distinzione è proposta da HELLER, *Etica generale*, 1994, 140, secondo il quale «la responsabilità retrospettiva è il modello dominante, anche se la responsabilità è spesso volte prospettica».

⁹⁴ ZEHR, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, in MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, 2003, 91.

⁹⁵ CERETTI - DI CIO - MANNOZZI, *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare*, 2001, 307-354.

⁹⁶ FODDAL, *Responsabilità e giustizia riparativa*, cit., 1709, la quale si ispira a BOUCHARD, *La mediazione dei conflitti penalmente rilevanti*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, 1571 e a MANNOZZI, *Problemi e prospettive della giustizia riparativa alla luce della Dichiarazione di Vienna*, in *Rass. penit. e crimin.*, fasc. 1, 2000, 9.

Di qui la vera differenza tra responsabilità «retrospettiva» e responsabilità «prospettica». La prima tiene conto solo del dovere di rispondere e pagare per la colpa in organizzazione⁹⁷. La seconda – che va privilegiata, in quanto più utile rispetto agli obiettivi special-preventivi che danno impulso al d.lgs. 231/2001 – considera ciò che dovrà essere fatto e si concretizza nel dovere dell'impresa indagata di garantire, per il corso futuro, una corretta organizzazione dell'ente⁹⁸. L'arco temporale si sposta, insomma, dal passato (responsabilità «retrospettiva») al futuro (responsabilità «prospettica»), verso la visione condivisa di un progetto di *compliance* che impegni la persona giuridica per l'avvenire. Per dirla con Marshall, la responsabilità «prospettica» è «un progetto nel quale le parti coinvolte in un reato decidono insieme come affrontare le conseguenze del reato e le sue implicazioni per il futuro»⁹⁹.

Non deve, peraltro, temere chi, concedendo che il modello riparativo si rivela più efficace di quello retributivo nella gestione e superamento del conflitto, lo reputa, comunque, «troppo fragile per poter garantire la stabilità dell'equilibrio sociale che l'impianto garantista del modello retributivo, pur con tutti i suoi limiti, continua ad assicurare»¹⁰⁰. Anzitutto, l'effetto di prevenzione generale della pena nel sistema della responsabilità *de societate* è già disinnescato, atteso che l'unica condizione perché la pena possa produrre tale effetto, ossia il fattore «certezza», è, oggi, abbondantemente disattesa dalla pubblica accusa, a spregio del postulato secondo il quale «la speranza dell'impunità è in grado di vanificare l'impressione prodotta dal più terribile dei castighi»¹⁰¹. E, comunque, sia la funzione retributiva, insistente nell'afflizione del reo come corrispettivo per il male fatto, sia la funzione general-preventiva, imperniata sulla deterrenza profusa nei confronti della collettività dall'inflizione di una pena, non possono che essere succedanei alla funzione special-preventiva, tendente, mediante la risocializzazione del reo, a far sì che il destinatario della sanzione sia indotto a non delinquere nuovamente in futuro. La finalità rieducativa impressa alla pena dall'art. 27 comma 3 Cost. esclude, infatti, che il destinatario di essa possa essere degradato a mero «mezzo» per finalità altre. In secondo luogo, se la crisi in cui versa la pena, inadeguata come strumento di risoluzione del conflitto tra ordinamento e società indagata, non rende, per taluno, meno irrinunciabile il ruolo della giustizia punitiva

⁹⁷ Questo tipo di diritto penale «presenta un tasso di brutalità e finanche di ingiustizia, che è connotato e, come tale, ineliminabile» (GIUNTA, *La metafora punitiva: dalle pene perdute a quelle ritrovate?*, in *Critica del dir.*, fasc. 1-3, 2004, 267).

⁹⁸ Sulla distinzione tra responsabilità «retrospettiva» e responsabilità «prospettica», DI LUCIA, *Pragmatica della responsabilità e dovere pragmatico*, in MARCHEI - MILANO - CERIOLI (a cura di), *Davanti a Dio e davanti agli uomini*, 2014, 11-30. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee (Le vocabulaire des institutions indo-uropéennes)*, vol. II, 1976, 446, osserva che «Nel significato di 'rispondere' è implicato quello di promettere, garantire per un corso futuro di azioni». Così anche FACCIOLATI - FORCELLINI - FURLANETTI, *Lexicon Totius Latinitatis*, vol. IV, voce *Respondeo*, 1887, 115.

⁹⁹ MARSHALL, *Restorative Justice: An Overview*, 1999, 5: «A process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future». MANNOZZI, *Problemi e prospettive della giustizia riparativa alla luce della Dichiarazione di Vienna*, cit., 4, secondo la quale «la teoria riparativa corrisponde a un modello di giustizia che si pone come alternativo sia a quello classico retributivo, sia a quello moderno preventivo. La sua autonoma caratterizzazione deriva dall'abbandono di una teoria etica della giustizia, fondata su un principio trascendente, e dalla sua configurazione come una teoria 'sociale' della giustizia, in grado di far convergere il consenso unanime di vari gruppi sociali, caratterizzati da valori e culture differenti, che condividono una base di ragionevolezza»; EADEM, *La giustizia senza spada*, cit., 94. Sul concetto di teoria sociale della giustizia, in relazione al tema della gestione dei conflitti, CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, 1994, 100 ss.

¹⁰⁰ PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in MANNOZZI e LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa*, cit., 74; *Idem*, Presentazione a Palazzo e Bartoli (a cura di), *La mediazione penale nel diritto penale italiano e internazionale*, 2011.

¹⁰¹ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 48, secondo il quale «La prontezza delle pene è utile, perché quanto minore è la distanza che passa tra la pena ed il misfatto, tanto è più forte e più durevole nell'animo umano l'associazione di queste due idee, delitto e pena»; DELMAS-MARTY, *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 8 osserva che «La validità implica anche effettività: affinché una norma incriminatrice possa esprimere un'etica comune capace di unire, o addirittura una coscienza comune, è necessario [...] che essa sia effettivamente applicata».

nel perseguire obiettivi di stabilizzazione sociale, «vecchio» e «nuovo» paradigma di giustizia possono, tuttavia, coesistere. Nel modello riparativo, la soggezione a pena non viene, infatti, del tutto dispersa, ma figura come eventualità, che ricorre nel caso in cui la promessa di *compliance* non venga mantenuta dall'azienda indagata, oppure, e a maggior ragione, quando il difetto di *compliance* non sia difetto organizzativo, bensì scelta. Tra il dovere di rispondere e quello di subire una sanzione si conserva, cioè, un'incontestabile correlazione. Non si tratta, però, di correlazione necessaria, tale che non possa prospettarsi un «dovere di rendere conto al di fuori di una cornice punitiva»¹⁰². Si tratta, piuttosto, di correlazione eventuale, tale che, in alcuni casi, nel dovere di rispondere può essere racchiuso anche quello di subire una pena o sanzione.

Ciò atteso, espressione massima della responsabilità «prospettica» e della giustizia riparativa, che dalla prima discende, sono le forme di *diversion*, le quali significano la scelta di evitare il ricorso al processo *de societate*, «deviando la gestione del conflitto verso altri strumenti di reazione all'illecito»¹⁰³. Attraverso la *diversion*, le imprese indagate, i pubblici ministeri e i giudici si assumono una responsabilità, condividendo un progetto comune d'azione. Nel processo cooperativo di composizione del conflitto si coglie, quindi, l'aspetto autonomo della responsabilità «prospettica», derivante dalla scelta dell'ente indagato di aderire alla *diversion*, che può definirsi «responsabilità-capacità»¹⁰⁴. Essa indica la capacità della persona giuridica di capire, attraverso la *diversion*, il significato delle norme violate e, per il futuro, di adeguare alle stesse la propria *policy*, nonché, in un'accezione più ampia, di agire tenendo conto delle conseguenze delle proprie azioni e di un quadro di doveri¹⁰⁵.

Alla *diversion* dovrebbe, dunque, rivolgere lo sguardo il legislatore. *A fortiori* atteso che la sezione III d.lgs. 231/2001 («Responsabilità amministrativa per reati previsti dal codice penale»), edificata sulla tecnica del rinvio agli articoli del codice penale¹⁰⁶, è censurabile per violazione del principio di tassatività del precetto *ex art.* 25 commi 2 e 3 Cost. Il legislatore, rinunciando a individuare con precisione il comportamento sanzionato e limitandosi a citare le norme codicistiche che delineano i reati della persona fisica – che, però, sono cosa assai diversa dall'illecito amministrativo che da essi dipende –, ha, infatti, determinato (e continua a determinare) una situazione di incertezza a causa della quale la società, di fatto, non è posta in grado di sapere quale sia il precetto né, quindi, quale sia la condotta cui

¹⁰² RESCIGNO, *La responsabilità politica*, 1967, 36.

¹⁰³ BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di «diversione» nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2014, 1-18. Sulla differenza tra paradigma alternativo e forme di *diversion*, CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, 1998, 46 ss. Per un'analisi approfondita e una riflessione critica sui rapporti tra *diversion* e d.lgs. 231/2001, ci si permette di rinviare a D'ACQUARONE - ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in questa *Rivista*, 2/2018, 123 ss.

¹⁰⁴ La «responsabilità-capacità» è l'ultimo dei significati illustrati da Hart e anche il più recente in ordine di apparizione. Così *Oxford English Dictionary*, vol. VIII, 1970, 542: «*respond, resound, responsible*, 3-b: *morally accountable for one's actions; capable of rational conduct*». Come segnala l'*Oxford English Dictionary*, è solo dall'Ottocento in poi che si registra l'uso nelle fonti di un senso morale di *responsible*, che appare il più recente, affermatosi nel solco dei significati giuridici e politici di rispondere.

¹⁰⁵ FODDAI, *Responsabilità e giustizia riparativa*, cit., 1708.

¹⁰⁶ Es.: l'art. 25 comma 1 («Concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione») prevede che «In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 318, 321 e 322, commi 1 e 3, del codice penale, si applica la sanzione pecuniaria fino a duecento quote».

attenersi per non incorrere nella sanzione¹⁰⁷. L'azienda non sviluppa, così, alcuna «responsabilità-capacità»¹⁰⁸. Tanto che – si tratta qui di provocazione – l'impresa incolpata potrebbe invocare, a esclusione della propria colpevolezza, l'errore inevitabile sul precetto *ex art. 5 c.p.*, generato dall'oscurità del testo legislativo idonea a ostacolare l'«effettiva possibilità di conoscere la legge penale», che è requisito subiettivo minimo d'imputazione. A ciò si somma, peraltro, altra ipotesi ugualmente capace di disturbare l'oggettiva riconoscibilità della legge penale e, coerentemente, di dispensare l'ente incolpato da un giudizio di colpevolezza: il caotico atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari in ordine all'idoneità dei Modelli organizzativi¹⁰⁹.

2.4. Terze conclusioni

Il modello di responsabilità da persona giuridica, fondato sulla retribuzione, è in grave affanno. Di qui, l'esigenza di modificare radicalmente le tecniche di controllo del *corporate crime*¹¹⁰. Deve farsi posto a una responsabilità della società e, dunque,

¹⁰⁷ TIEDEMANN, *Cesare Beccaria e i reati economici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, vol. 56, fasc. n. 3, 2013, 1383 osserva che già «Nello spirito dell'opera di Beccaria, questi ampi concetti dovrebbero essere definiti con precisione allorché si tratta di legiferare in materia penale. Formule dai contorni troppo estesi recano con sé l'innato pericolo di abusi e di utilizzi arbitrari, asserviti all'ideologia del governo o dei giudici, invece che posti al servizio della giustizia moderata. [...] Con sguardo ancor più ampio, Beccaria criticava l'incertezza definendola il flagello delle nazioni». BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XLI, 97 scrive, infatti, «Volete prevenire i delitti? Fate che le leggi siano chiare, semplici»; IPPOLITO, *La dimensione politica della questione penale: l'eredità di Montesquieu*, in *Idem* (a cura di), *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, 2014, 58 scrive «se il linguaggio del diritto penale non è improntato all'univocità semantica, gli individui non sono liberi, perché, non conoscendo la latitudine dei divieti, non sanno quali sono le azioni che possono compiere senza temere di essere puniti».

¹⁰⁸ VASSALLI, voce *Nullum crimen sine lege*, in *Nss. D.I.*, appendice, 301, secondo il quale «Il principio di tassatività implica [...] la formulazione delle norme penali incriminatrici in maniera sufficientemente determinata; [...] il ricorso nella materia penale a 'clausole generali', ovvero la formulazione di norme incriminatrici dal contenuto indeterminato, ha come immediata conseguenza quella di vanificare del tutto l'esigenza di tassatività» e, come messo in evidenza da BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, 1965, 277 ss., il «principio della obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), atteso che verrebbe a mancare il parametro alla cui stregua verificare la stretta osservanza dell'obbligo, e [...] sul diritto di difesa costituzionalmente garantito (art. 24 comma 2 Cost.), comprendente anche il diritto alla precisa contestazione dell'addebito»; *Idem*, *Commento all'art. 25 Cost.*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1981. Corte Cost., 8 giugno 1981, n. 96, in *Giur. cost.*, 1981, 806, con osservazione a prima lettura di GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, prima, e Corte Cost., 23 marzo 1988, n. 364, in *Cass. pen.*, fasc. 2, 1988, 1133, con nota di GRARANDA, *L'ignoranza della legge penale dopo l'intervento della Corte costituzionale: prime impressioni*, poi, ha, infatti, statuito che incombe sul legislatore l'obbligo «di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati», obbligo nel quale «deve logicamente ritenersi implicito anche l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà», dovendo sussistere, in ogni caso, dei «requisiti minimi di riconoscibilità ed intelligibilità del precetto penale», in mancanza dei quali «la libertà e la sicurezza dei cittadini sarebbero pregiudicate». FODDAI, *Responsabilità e giustizia riparativa*, cit., 1714 nota, di conseguenza, che la «nozione di responsabilità [...] prevede che il soggetto che ha compiuto l'azione della quale viene chiamato a rispondere sia stato in grado di comportarsi in modo differente. Le nozioni di capacità e causalità [...] rappresentano gli elementi di base su cui è stata edificata la nozione moderna di responsabilità giuridica. La dottrina tradizionale, coerente con l'impostazione codicistica, alla quale si deve l'elaborazione sia del modello penale che civile di responsabilità, sostiene che se vogliamo che la pena sia giustificata si deve trattare dell'atto di un agente responsabile, cioè dell'atto di chi avrebbe potuto osservare la norma che ha violato. Questo discorso è basato su un fondamentale principio morale, derivato dall'etica kantiana, che dice che nessuno può essere biasimato per ciò che ha fatto se non poteva fare a meno di farlo». Così anche FEINBERG, *Doing and deserving. Essay in the Theory of Responsibility*, 1970, 95 ss.; FULLER, *La moralità del diritto*, 1986, 95 ss.; HART, *Pena e responsabilità*, 1981, 209, che scrive: «Così una fondamentale difesa del principio di responsabilità può basarsi sulla semplice idea che a meno che una persona non abbia la capacità e una opportunità o occasione equa di adattare il proprio comportamento al diritto, la punizione non dovrebbe venirgli inflitta».

¹⁰⁹ Sulle cause idonee a escludere la colpevolezza rispetto all'errore sul precetto *ex art. 5 c.p.*, Corte Cost., 23 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, fasc. 1, 1988, 1385, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile.

¹¹⁰ GIUNTA, *La metafora punitiva: dalle pene perdute a quelle ritrovate?*, cit., 269, secondo il quale «La storia del diritto penale moderno è storia dei limiti al diritto di punire, sotto forma di garanzie, ma prima ancora sotto forma di analisi critica dei processi di criminalizzazione. Un sistema punitivo, che non riflette sulle cause generatrici dei fenomeni criminali

a una giustizia di tipo riparativo, private, cioè, dell'elemento della soggezione¹¹¹. In breve, per scongiurare il «concreto rischio di un declino dell'istituto che, invece, doveva rivoluzionare e contraddistinguere il rapporto tra giurisdizione ed economia», comprensibilmente paventato dalla procura della repubblica di Milano¹¹², bisogna riconsiderare l'assunto secondo cui la responsabilità d'azienda ha senso solo in un quadro sanzionatorio retributivo. Ci sono, infatti, «valori morali che non dipendono dalla sanzione o dalla punizione, e che giustificano la conservazione di una prospettiva di responsabilità concettualmente indipendente dalla funzione punitiva»¹¹³. Del resto, la vocazione stessa del d.lgs. 231/2001 non è – o non è principalmente – quella di punire l'impresa indagata, ripristinando, attraverso la sanzione, l'equilibrio sociale turbato¹¹⁴. È, piuttosto, quella di avviare un processo autonomo di riorganizzazione dell'ente indagato, basato sulla diretta partecipazione della persona giuridica, dell'organo d'accusa e del giudice al processo di superamento del conflitto, di riparazione globale del danno e, prima di tutto, di responsabilizzazione della società indagata rispetto alle tematiche della *compliance*¹¹⁵.

Il solo mezzo per porre in atto l'ormai improrogabile inversione di rotta è mitigare l'obbligatorietà dell'azione penale nel procedimento *de societate*, matrice del modello retributivo, a favore della discrezionalità vincolata del pubblico ministero, unico viatico per il modello riparativo. Così etica e mondo degli affari inizieranno a interagire, vincendo il disincanto e la diffidenza di chi intravede il rischio che, «contaminato dalle hegeliane 'trivialità della morale', il capitalismo finisca col perdere la sua spinta propulsiva» e di chi ritiene «radicalmente incompatibili i principi morali con i meccanismi propri dell'economia di mercato»¹¹⁶. Per dirla con Beccaria, «Volete prevenire i delitti? Fate che i lumi accompagnino le libertà»¹¹⁷, dacché «il più sicuro ma più difficile mezzo di prevenire i delitti si è di perfezionare l'educazione»¹¹⁸.

che è chiamato a reprimere e, soprattutto, che non è sorretto da una politica sociale finalizzata a rimuoverle, è destinato a incrementare lo standard di ingiustizia sociale, se mai ritenuta utile al contenimento della criminalità».

¹¹¹ HART, *Pena e responsabilità*, cit., 210, secondo il quale «ci sarà un posto per il principio di responsabilità anche quando le idee retributive e denunciatorie della pena saranno estinte». Come ricordato da IPPOLITO, *Contratto sociale e pena capitale. Beccaria vs. Rousseau*, in *Riv. intern. filo. dir.*, 2014, 607-608, già Beccaria si era emancipato dagli schemi mentali del giusnaturalismo e aveva potuto, così, «confutare le giustificazioni retributivistiche della pena e ripensare le forme del castigo legale al di là del dogma della corrispondenza tra male commesso e male subito».

¹¹² Procura della repubblica presso il tribunale di Milano, *Bilancio di Responsabilità Sociale 2014/15*, cit., 57.

¹¹³ FODDAI, *Responsabilità e giustizia riparativa*, cit., 1716.

¹¹⁴ Sul fondamento filosofico delle teorie retributive, in particolare sulla distinzione tra retribuzione giuridica e retribuzione morale, CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, 1990, 58; ZANUSO, *La concezione retributiva fra modernità e postmodernità. Dalla tutela giuridica al limiting retributivism*, in CAVALLA e TODESCAN (a cura di), *Pena e riparazione*, 2000, 121 ss.; EADEM, *Il malessere «utilitaristico» e l'antidoto kantiano*, in ZANUSO e FUSELLI (a cura di), *Ripensare la pena*, 2004, 141 ss.

¹¹⁵ MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., cap. 2 indica due diversi ordini di obiettivi, distinti in base ai destinatari: «endo-sistematici», riferiti al reo e alla vittima; «eso-sistematici», definiti in relazione alla comunità di riferimento o alla società nel suo insieme. La vocazione è, peraltro, coerente con il pensiero di BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. 12, 31, secondo il quale la finalità della pena non è quella di «tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso [ma] non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne di uguali».

¹¹⁶ PATALANO, *Etica degli affari e diritto penale*, in *Critica del dir.*, fasc. 1-3, 2006, 33: «È stato rilevato, in una prospettiva in verità oggi scarsamente condivisa, che poiché l'economia si occupa di impiego efficiente di mezzi in relazione a fini che assume come dati, essa è del tutto neutrale rispetto all'etica. Fino a prova del contrario [...] l'etica riguarda la coscienza individuale, e non si vede dunque come il mondo degli affari abbia o possa avere nei comportamenti che lo caratterizzano priorità istituzionali di valore etico».

¹¹⁷ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XLI, 98.

¹¹⁸ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XLV, 102.

3. Considerazioni finali

Sull'obbligatorietà dell'azione penale nel procedimento *de societate* è dunque auspicabile che si fronteggino opinioni diverse, nella coscienza, peraltro, che «nell'universo demotico il legislatore è onnipotente, dove non incombono vincoli metalegislativi»¹¹⁹, come proviamo qui ad affermare. Sicché ogni interpretazione e giudizio non sono né veri né falsi, ma solo «coerent[i] con le premesse ermeneutiche stabilite dallo stesso interprete»¹²⁰ e, perciò, procedendo su questa strada, le considerazioni che seguiranno non hanno ambizioni certificative, sibbene assumono che «per ogni asserzione (teoria, punto di vista) che è creduta vera con buone ragioni possono esistere argomentazioni che mostrano che l'opposto, o un'alternativa più debole sono veri»¹²¹. La preferenza per un'obbligatorietà temperata è dunque una «questione di scelte, rimessa alla valutazione di chi venga chiamato ad esprimersi in merito»¹²².

Ciò premesso, la disciplina dell'azione penale nei confronti dell'ente risulta impostata, pur con le riscontrate ambiguità, in termini di obbligatorietà, com'è per le persone fisiche.

La realtà, tuttavia, com'è per le persone fisiche, attesta la progressiva divaricazione tra l'essere e il dover essere, ma ciò avviene in modi e per ragioni non omogenei.

Se per le persone fisiche l'assetto dell'obbligatorietà, eluso da archiviazioni fantasiose e prescrizioni pilotate, risulta tuttavia il più armonico con i principi costituzionali e l'esigenza di rimedio muove dalla concreta irrealizzabilità e dai pericoli della falsa promessa, per le persone giuridiche esso è negato con anticipazione alla fase di iscrizione della notizia di reato, del che s'aggiunge il fondato sospetto che il problema si annidi nella scelta di partenza.

Il procedimento penale contro l'ente, infatti, interpreta in termini costituzionalmente carenti i principi di uguaglianza, di legalità (soprattutto nella declinazione della tassatività e della colpevolezza) e della funzione rieducativa della pena, che per diffusività si estende conservando esiti unicamente afflittivi. E tale crisi degli statuti fondamentali del diritto penale ha matrici strutturali: la fisiologica inaccessibilità definitoria (tipizzazione) della colpa organizzativa e la diluizione delle finalità costituzionali della sanzione penale compromettono in origine i teorici pregi della parificazione dei soggetti collettivi, risolvendosi perfino nel loro opposto. L'attrazione degli enti nell'orbita del diritto penale intende principalmente contrastare fenomeni criminali notevoli e perciò ascrivibili ai soggetti economicamente più rilevanti e strutturalmente più complessi e, tuttavia, intuibili esigenze di efficacia del sistema non consentono di definire soglie dimensionali di impunità dell'ente. Ne consegue che, assunto il principio di responsabilità per difetto organizzativo, sono però gli enti di piccole o medie dimensioni a candidarsi alla più frequente e severa applicazione della norma, e non solo per ragioni statistiche: nelle realtà aziendali semplici è più facile riconoscere e dimostrare la colpa in organizzazione, ovvero addirittura ricondurre l'illecito al governo dell'impresa neutralizzando l'operatività dell'esimente.

¹¹⁹ CORDERO, *Procedura penale*, 2000, 1347.

¹²⁰ MONATERI, «Correct our watches by the public clocks». *L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in DERRIDA e VATTIMO (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, 1998, 203.

¹²¹ FEYERABEND, *Addio alla ragione*, 1990, 69.

¹²² FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 539-540.

L'efficienza del sistema punitivo appare quindi inversamente proporzionale alla dimensione dell'ente ed in ciò determina un effetto distonico rispetto agli obiettivi della politica di contrasto alla criminalità economica, sicché induce le procure a selezioni soggettive ed episodiche, già in fase di iscrizione della notizia di reato, imperfettamente percepite come idoneo contrappeso ad una prospettiva doverosa ma iniqua.

Il percorso di addebito della responsabilità agli enti collettivi complessi non è peraltro immune da insidie in attrito con i diritti costituzionali, e non solo con quelli forgiati a garanzia della giurisdizione penale. La complessità organizzativa dell'ente, infatti, si risolve nella oggettiva difficoltà, anche per l'ente stesso, nell'individuazione e attribuzione del difetto organizzativo eziologicamente rilevante, sino a deteriorare la riconoscibilità dell'archetipo punitivo e a comprometterne la necessaria correlazione con il principio di colpevolezza e la funzione sanzionatoria. È, invero, compito talvolta ontologicamente misterioso per la giurisdizione penale l'obbligato scrutinio organizzativo di libere iniziative economiche, vieppiù nella cosiddetta società globale del rischio, con la teorica pretesa di filtrare e distillare esatti postulati punitivi; inoltre l'assenza di riferimenti normati induce alla creazione giudiziale del prototipo organizzativo esemplare che l'illecito amministrativo avrebbe disatteso, spesso e imperfettamente a marcata trazione eticizzante. Se lo sviluppo procedimentale può dunque essere per sua natura perfino temerario, esso, tuttavia, è altresì sempre e immancabilmente produttivo di implacabili conseguenze, reputazionali e non solo, per l'impatto delle misure cautelari e per irrisolte attitudini sociali allo stigma dell'investigazione penale. Se ne deduce ragionevolmente che anche per gli enti di considerevole struttura sussistono importanti istanze per indulgere a iscrizioni discrezionali, ovvero ometterle, nondimeno attualmente secondo logiche affatto estranee al dettato normativo.

Ancorché dunque per eterogenei motivi l'obbligatorietà dell'azione penale, sia per le persone fisiche che per quelle giuridiche, sopravvive solo come speculazione teorica, forse anche ideologica, ed esprime invece nella prassi proteiformi compromessi. La situazione concreta sperimenta quindi una diffusa discrezionalità non codificata e per ciò non controllabile, astrattamente esposta all'arbitrio e comunque in pericolosa contraddizione con i fondamenti della giurisdizione penale e del ruolo che essa deve esprimere verso la collettività.

E, a ben vedere, l'esercizio randomico dell'azione penale nel procedimento contro gli enti, già nella fase dell'iscrizione della notizia di reato, produce anche considerevoli disuguaglianze nel regime processuale nei confronti delle persone fisiche. Il paradigma del *simultaneus processus*, infatti, elegge l'ente quale soggetto in potenziale conflitto con l'imputato, rispetto al quale, salva l'ipotesi dell'insussistenza del fatto, deve sostanzialmente provare la propria tangibile disapprovazione e, pertanto, la scelta di coinvolgere o meno l'ente, laddove ne ricorrano i presupposti, assegna all'indagine, prima, e al processo, poi, contro la persona fisica diversa morfologia e significato, anche in termini di incompatibilità a testimoniare.

Se quindi il diritto penale è una, ma non certo l'unica, delle possibili risposte dell'ordinamento per orientare l'impresa verso una lettura socialmente ed economicamente sostenibile dei rischi, l'azione penale obbligatoria non è però una soluzione né giusta né efficace, tantomeno lo è proclamarla presupposto del procedimento ma contenerne con privati espedienti le prevedibili conseguenze.

Obbligatorietà irreali e discrezionalità nascoste corrodono il progetto di prevenzione e, laddove indulgono, invero discriminano, e ciò è vero soprattutto per

gli enti. La simulata obbligatorietà per le persone fisiche, infatti, quantomeno sacrifica la quantità nell'affanno di restituire ai procedimenti quella qualità, spesso gravemente deteriorata, in difetto della quale è compromessa la stessa idea di giusto processo e che però il sistema dei diritti e delle garanzie rende in astratto possibile; per gli enti, invece, la teorica virtù deflattiva è ricompensa illusoria se, come crediamo, il vizio è genetico e il risparmio quantitativo non possiede nemmeno le prerogative per convertirsi in vantaggio qualitativo.

Si ritiene, in definitiva, che si debba senza esitazioni riconoscere che la epocale decisione di rivolgere alle persone giuridiche l'attenzione del giudizio penale pretenda una revisione della dialettica procedimentale, che assegni al pubblico ministero strumenti regolamentati e funzionali al perseguimento degli obiettivi di politica criminale individuati dal legislatore. La straordinaria specificità di questa nuova categoria di soggetti e la fitta trama di interessi e diritti che essa veicola si è dimostrata inconciliabile con soluzioni meccaniche di ingresso nel procedimento penale e, invece, suggerisce il conio di varianti complementari e controllabili.

In attesa e nella convinzione che l'obbligatorietà dell'azione penale, come proposto dall'UCPI, rappresenti un tema da rimodulare in termini complessivi e coerenti con le mutate esigenze della giurisdizione penale, si prova in conclusione a delineare quelle che paiono le principali coordinate di aggiornamento della materia con riferimento agli enti.

Muovendo da un contesto normativo che non consente, o meglio allo stato non dovrebbe consentire, di omettere l'iscrizione dell'ente nell'ipotesi di un reato presupposto attribuibile ad una persona fisica che abbia agito nel perimetro dell'inerenza del rapporto qualificato che ha con l'ente stesso, si ritiene che sia nella fase delle indagini preliminari che debbano essere introdotti i dispositivi di miglioramento del sistema. In questa fase, infatti, all'ente dovrebbe essere offerta la reale opportunità di difendersi, è il caso di dirlo, dal processo, che è e deve rimanere, soprattutto per l'ente, l'epilogo estremo.

L'emarginazione della previsione dibattimentale appare percorribile attraverso alcuni passaggi essenziali: l'ampliamento del potere archiviativo, l'accesso ai sistemi di diversione processuale, l'assunzione del difetto organizzativo come elemento costitutivo dell'illecito con ripristino dell'onere probatorio a carico dell'organo d'accusa.

Premessa quindi l'iscrizione, conservata come vincolo egualitario, l'indagine dovrebbe nondimeno consentire all'ente di articolare prontamente le proprie difese e la progressione del procedimento penale dovrebbe essere scandita dal bilanciamento tra l'entità della colpa organizzativa, la prognosi di recidiva e l'interesse pubblico all'intervento punitivo.

In quest'ottica e in questa fase sembrerebbe allora appropriato attribuire all'ente indagato il compito di provare che il presunto reato attribuito alla persona fisica rappresenta un accidente in contrasto con attuate decisioni di analisi e gestione dei rischi reato; utilizzando categorie di carattere generale potremmo dire che compete all'ente dimostrare la sua concreta buona fede (intesa principalmente quale canone oggettivo di riscontro del dovere di correttezza e di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.) e il diligente affidamento su condotte dei singoli conformi all'impronta aziendale.

Se l'ente attesta questi pregi dovrebbe essergli consentito di imboccare la via dell'archiviazione, che potrebbe tuttavia prevedere a corredo impegni collaborativi e compensativi e che dovrebbe transitare, come per le persone fisiche, attraverso il

vaglio del giudice per le indagini preliminari, proprio in ragione della sensibilità dei contenuti che la sostengono.

Similmente, salvi appropriati correttivi, quando il fatto è tenue o la diagnosi e la gestione del rischio sono imperfetti per colpa lieve.

Il mancato raggiungimento del traguardo archiviativo implicherebbe così che l'organo d'accusa neghi la buona fede dell'ente oppure ritenga grave l'errore diagnostico e terapeutico nella gestione del rischio reato. Anche in un simile contesto, peraltro, sopravvivono argomenti per disciplinare soluzioni alternative al dibattimento: principalmente l'interesse pubblico alla punizione, ma anche la possibile fisiologica rarefazione della colpa organizzativa e la conseguente improbabilità del compito dibattimentale. Sicché si candidano come opzioni sostenibili accordi, certamente complessi, di sospensione o obliterazione del giudizio, che prescrivano, oltre agli impegni compensativi e collaborativi, anche verificabili rimedi organizzativi.

La determinazione dell'organo d'accusa a precludere le predette definizioni del procedimento dovrebbe presupporre che esso attribuisca all'ente la deliberata partecipazione al reato, ovvero il concorso morale o materiale nella condotta della persona fisica, oppure che stimi irrimediabile il vizio organizzativo. In un caso e nell'altro, poste le conseguenze di tale convinzione, è doveroso che esse si articolino in un'imputazione chiara e precisa, in difetto della quale il processo si presta ad assumere significati prossimi al pregiudizio e comunque contraddittori del principio di non colpevolezza.