

The logo consists of three overlapping circles: a yellow one on the left containing the letter 'C', a green one in the middle containing 'J', and a blue one on the right containing 'N'.

CJN

# Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

A black and white photograph of two people harvesting cotton in a field. One person is wearing a patterned skirt and a light-colored top, while the other is wearing a checkered shirt and a head covering. They are both bent over, picking cotton bolls from the plants. The ground is cracked and dry.

3/2023

## EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

## EDITORIAL BOARD

*Italy:* Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

*Spain:* Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

*Chile:* Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

## MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

## EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas,

Stefano Finocchiaro, Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia,

Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

## EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardon, Manfredi Bontempelli, Nuno Brandão, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caverro, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Lucia Riscato, Mario Romano, Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri, Dulce Maria Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús Maria Silva Sánchez, Carlo Sotis, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Daniela Vigoni, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,  
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157  
ANNO 2023 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.  
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

<p>OBBLIGHI SOVRANAZIONALI DI INCRIMINAZIONE E POLITICA CRIMINALE</p> <p><i>OBLIGACIONES SUPRANACIONALES SOBRE NORMAS DE INCRIMINACIÓN Y POLÍTICA CRIMINAL</i></p> <p><i>SUPRANATIONAL OBLIGATIONS OF INCRIMINATION AND CRIMINAL POLICY</i></p>	<p><b>L'incriminazione che non c'è: il lavoro forzato</b> 1</p> <p><i>La criminalización que no existe: el trabajo forzado</i></p> <p><i>The Missing Offence: Forced Labour</i></p> <p>Sergio Seminara</p>
<p>QUESTIONI DI PARTE SPECIALE</p> <p><i>TEMAS DE PARTE ESPECIAL</i></p> <p><i>SPECIAL PART TOPICS</i></p>	<p><b>"Soglie giurisprudenziali" e fatto di lieve entità in materia di stupefacenti, tra interpretazione tassativizzante e derive nomopoietiche</b> 25</p> <p><i>"Límites cuantitativos jurisprudenciales" y hechos de menor gravedad en materia de drogas, entre la interpretación y las tendencias creativas</i></p> <p><i>"Case Law Thresholds" and Slightly Harmful Fact in Drugs Matters, Between Law Interpretation and Creative Tendencies</i></p> <p>Emmanuele Penco</p>
<p>ENTI E PROCESSO PENALE</p> <p><i>PERSONAS JURÍDICAS Y PROCESO PENAL</i></p> <p><i>CORPORATIONS AND CRIMINAL PROCEEDINGS</i></p>	<p><b>Il traffico organizzato di rifiuti: una inedita fattispecie di organizzazione</b> 51</p> <p><i>Tráfico organizado de residuos: una nueva forma de organización</i></p> <p><i>Organized Waste Trafficking: An Unprecedented Organized Crime Offence</i></p> <p>Carlo Ruga Riva</p>
<p>ENTI E PROCESSO PENALE</p> <p><i>PERSONAS JURÍDICAS Y PROCESO PENAL</i></p> <p><i>CORPORATIONS AND CRIMINAL PROCEEDINGS</i></p>	<p><b>Processo agli enti e discrezionalità nell'azione</b> 63</p> <p><i>Proceso en contra de las personas jurídicas y discrecionalidad de la acción penal</i></p> <p><i>Proceedings Against Corporations and Discretionary Prosecution</i></p> <p>Luca Marafioti</p>

<p>IL FOCUS SU...</p> <p><i>EL ENFOQUE EN...</i></p> <p><i>FOCUS ON...</i></p>	<hr/> <p><b>L'insostenibile leggerezza del principio di prevedibilità di fronte al "diritto penale europeo"</b></p> <p><i>La insoportable ligereza del principio de previsibilidad frente al "derecho penal europeo"</i></p> <p><i>The Unbearable Lightness of the Principle of Predictability in the Face of "European Criminal Law"</i></p> <p>Jacopo Della Valentina</p>	<p>76</p>
<p>NOTE A SENTENZA</p> <p><i>COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA</i></p> <p><i>NOTES ON JUDGMENTS</i></p>	<hr/> <p><b>Antisemitismo "nascosto" nei simboli? Nota a Trib. Forlì, Sent. 12.01.2023, n. 40, giud. de Leva</b></p> <p><i>¿Antisemitismo "oculto" en los símbolos? Nota al Trib. Forlì, Sent. 12.01.2023, n° 40, Jud. de Leva</i></p> <p><i>"Hidden" Antisemitism in Symbols? Note to Trib. Forlì, Sent. 12.01.2023, no. 40, Jud. de Leva</i></p> <p>Carla Cucco</p>	<p>106</p>
	<hr/> <p><b>Quali spazi per il giudizio di proporzionalità nella fase esecutiva della pena?</b></p> <p><i>¿Qué espacios hay para el juicio de proporcionalidad en la fase de ejecución de la pena?</i></p> <p><i>Spaces for the Proportionality Judgment in the Execution Phase of the Penalty?</i></p> <p>Serena Furone</p>	<p>119</p>
	<hr/> <p><b>Ancora dubbi di legittimità costituzionale sull'art. 34, co. 2, c.p.p.</b></p> <p><i>Todavía existen dudas sobre la legitimidad constitucional del art. 34, párrafo 2, del Código de Procedimiento Penal</i></p> <p><i>Ongoing Doubts about the Constitutional Legitimacy of Article 34, par. 2, Code of Criminal Procedure</i></p> <p>Domenico Mastro</p>	<p>131</p>

ENTI E PROCESSO PENALE

*PERSONAS JURÍDICAS Y PROCESO PENAL*

*CORPORATIONS AND CRIMINAL PROCEEDINGS*

63 **Processo agli enti e discrezionalità nell'azione**

*Proceso en contra de las personas jurídicas y discrecionalidad de la acción penal*

*Proceedings Against Corporations and Discretionary Prosecution*

Luca Marafioti



# Processo agli enti e discrezionalità nell'azione\*

## *Proceso en contra de las personas jurídicas y discrecionalidad de la acción penal*

### *Proceedings Against Corporations and Discretionary Prosecution*

LUCA MARAFIOTI

*Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi Roma Tre  
 luca.marafioti@uniroma3.it*

PROCESSO PENALE NEI CONFRONTI  
 DELLA PERSONA GIURIDICA,  
 OBBLIGATORIETÀ DELL'AZIONE PENALE

PROCESO PENAL CONTRA PERSONA  
 JURÍDICAS, OBLIGATORIEDAD DE LA  
 ACCIÓN PENAL

CRIMINAL TRIAL AGAINST  
 LEGAL ENTITIES, COMPULSORY  
 PROSECUTION

#### ABSTRACTS

L'eccentrica regolamentazione legislativa del processo penale regolato dal d.lgs. n. 231/2001 – che non prevede, a differenza di quanto avviene nel processo penale ordinario, un controllo giurisdizionale in ordine all'esercizio dell'azione penale –, nonché gli incerti criteri definitori dell'imputazione della responsabilità all'ente hanno favorito una vera e propria autarchia nella gestione dell'accusa. Ciò ha finito per alimentare l'idea, particolarmente invalsa nella prassi, di un'azione penale connotata da una profonda discrezionalità applicativa lungo tutti gli snodi fondamentali del procedimento *de societate*, dall'annotazione dell'addebito all'imputazione dell'illecito. Il presente contributo tenta di riannodare i fili di una così articolata trama, rifuggendo, però, dall'idea che la panacea di tutti i mali vada rintracciata nella tralattizia riaffermazione del canone dell'obbligatorietà dell'azione penale. Anzi, proprio il settore della responsabilità penale degli enti sembra poter offrire un proficuo terreno di coltura per un approccio "laico" al tema, che riesca a contemperare il necessario rispetto del principio di legalità dell'azione con forme di *diversion* processuale capaci, in una prospettiva *de iure condendo*, di riaffermare la funzione special-preventiva del sistema "231".

La excéntrica regulación legislativa del proceso penal regido por el "d.lgs. n. 231/2001" (el cual, a diferencia del proceso penal ordinario, no contempla un control jurisdiccional sobre el ejercicio de la acción penal), así como los criterios definitorios inciertos para atribuir responsabilidad a la entidad, han favorecido una verdadera autarquía en la gestión de la acusación. Esto ha alimentado la idea, particularmente arraigada en la práctica, de una acción penal caracterizada por una profunda aplicación discrecional a lo largo de todas las etapas del procedimiento de la *societate*. El presente trabajo pretende desentrañar los hilos de esta trama, rechazando, sin embargo, la idea de que la "panacea" para todos los males debe encontrarse en la reafirmación del canon de la obligatoriedad de la acción penal. Por el contrario, el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas parece ofrecer un terreno fértil para un enfoque "laico" sobre el tema, que logre conciliar el necesario respeto al principio de legalidad de la acción con formas de desviación procesal capaces, en una perspectiva *de iure condendo*, de reafirmar la función especial-preventiva del sistema "231".

\* Il presente articolo costituisce il testo di una relazione svolta dall'Autore al Convegno "Per una riforma del decreto legislativo n. 231/01", organizzato dall'Unione Camere Penali Italiane e tenutosi a Roma il 22 settembre 2023.

The eccentric legislative regulation of criminal proceedings under “d.lgs. n. 231/2001” - that, differently from ordinary criminal proceedings, does not provide for judicial control over the exercise of prosecution - as well as the uncertain defining criteria for attributing responsibility to the entity, have fostered a true autarchy in the management of the accusation. This has ended up fueling the idea, particularly prevalent in practice, of a criminal prosecution characterized by profound discretionary application throughout all the fundamental stages of the *societate* procedure, from the charge annotation to the attribution of wrongdoing. This contribution attempts to retrace the threads of such an articulated plot, discarding, however, the idea that the “panacea” for all ills should be found in the uncritical reaffirmation of the canon of the mandatory nature of criminal prosecution. On the contrary, the field of criminal liability of entities seems to offer a fertile ground for a “secular” approach to the theme, which can reconcile the necessary respect for the legality principle of action with forms of procedural diversion capable, in a perspective *de iure condendo*, of reaffirming the special-preventive function of the “231” system.

## SOMMARIO

1. Discrezionalità dell'azione nel procedimento a carico degli enti: numeri ed eziologia – 2. Archiviazione diretta dell'illecito amministrativo e ricadute sistematiche dell'assenza di un controllo giurisdizionale – 3. Prassi devianti in materia di esercizio dell'azione. – 4. Possibili prospettive di regolamentazione.

## 1.

## Discrezionalità dell'azione nel procedimento a carico degli enti: numeri ed eziologia.

Qualsiasi discussione in ordine alle possibili direttrici di riforma delle regole in materia di azione nel processo agli enti<sup>1</sup> è costretta a muovere da un dato emerso con costanza nella prassi giudiziaria maturata negli oltre vent'anni di vigenza del d.lgs. 231/2001: vale a dire l'estrema discrezionalità cui apertamente si ispirano le Procure nella gestione dei procedimenti *de societate*.

Ne costituiscono un tangibile riscontro le rilevazioni statistiche disponibili, che da tempo registrano un sensibile scarto tra il numero di annotazioni dell'illecito amministrativo e quello relativo a notizie di reato iscritte per i c.d. reati "presupposto"; nonché una diffusione "a macchia di leopardo" del d.lgs. 231/2001, la cui attuazione risulta assicurata dal dinamismo di pochissimi Uffici giudiziari sull'intero territorio nazionale<sup>2</sup>.

Disomogeneità tanto marcate da apparire difficilmente giustificabili sulla base del fisiologico discernimento delle notizie di reato meritevoli di annotazione<sup>3</sup>. Così, gli interpreti impegnati a commentare tali evidenze hanno variamente imputato siffatta anomala applicazione del decreto alla carenza di risorse di cui soffre la nostra macchina giudiziaria, ad una scarsa propensione dei magistrati all'approfondimento della materia, alla volontà di non complicare l'accertamento processuale coinvolgendo l'ente collettivo nel procedimento – legata, altresì, alla possibilità di ricorrere con minore sforzo al sistema delle misure di prevenzione patrimoniale nei confronti dell'ente – e, infine, allo scrupolo di sottrarre società e imprese all'esperienza del processo penale, potenzialmente produttiva di effetti distruttivi su realtà economiche complesse<sup>4</sup>.

Al di là del grado di persuasività assegnabile a ciascuna delle predette spiegazioni, simile ricognizione restituisce efficacemente l'immagine di una realtà ritenuta «desolante»<sup>5</sup>, in cui le scelte in materia risultano guidate da valutazioni di opportunità, anziché da parametri legislativi. Con la conseguenza che l'accertamento della responsabilità dell'ente vive in una dimensione applicativa di generale "indulgenza" ed i pochi, isolati, casi in cui invece «lo Stato usa la forza finiscono [inevitabilmente] per lasciare in bocca il sapore amaro della persecuzione»<sup>6</sup>.

D'altronde, la mancata annotazione dell'illecito amministrativo rappresenta solo uno dei riflessi di una più generale idea, invalsa nella prassi, secondo cui il pubblico ministero sarebbe titolare, in tema di repressione degli illeciti *de societate*, di una discrezionalità piena, destinata ad investire l'intera indagine a carico dell'ente, dall'atto genetico fino alla conclusione della fase investigativa.

Ad ammetterlo, «senza falsi pudori»<sup>7</sup>, è stata la Procura di Milano, che, pur distinguendosi per l'elevata sensibilità verso il fenomeno della criminalità economica, partecipa al *trend* sopra evidenziato ed iscrive solo il 10% - 15% di annotazioni a carico degli enti. Quest'ultima ha riconosciuto *expressis verbis* che tali numeri traggono origine dalla inveterata convinzione circa la natura discrezionale della valutazione affidata al pubblico ministero in ordine all'avvio del procedimento nei confronti della persona giuridica<sup>8</sup>.

Eppure, la disciplina positiva dell'annotazione dell'illecito non sembrava autorizzare in maniera automatica una simile lettura. Il riferimento è all'art. 55 del d.lgs. 231/2001, a tenore

<sup>1</sup> Per una efficace ricognizione del tema, BERNASCONI (2021), pp. 89 ss.

<sup>2</sup> Per un commentato articolato dei dati cui si fa riferimento nel testo, v. D'ACQUARONE e ROSCINI-VITALI (2018), p. 123.

<sup>3</sup> Si vedano al proposito gli interessanti studi pubblicati di recente in CENTONZE e MANACORDA (2023).

<sup>4</sup> In tema, v. CERESA-GASTALDO (2021), pp. 178 ss.; RUGGIERO (2018), pp. 14 ss.

<sup>5</sup> O. MAZZA (2020), p. 226.

<sup>6</sup> Così, CERESA-GASTALDO (2019), p. 1.

<sup>7</sup> In questi termini, CERESA-GASTALDO (2019), p. 1.

<sup>8</sup> Il riferimento è a quanto affermato nel proprio *Bilancio di responsabilità sociale 2013-2014* dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, p. 41.

del quale «il pubblico ministero che acquisisce la notizia dell'illecito amministrativo dipendente da reato commesso dall'ente annota immediatamente, nel registro di cui all'art. 335 del codice di procedura penale [...] il reato da cui dipende l'illecito»<sup>9</sup>.

L'impiego del modo indicativo (annota) ed il ricorso all'avverbio «immediatamente» lasciano trasparire, infatti, la chiara *intentio* del legislatore di escludere forme di discrezionalità del pubblico ministero e di imporre un obbligo di annotazione scaturente dalla mera ricezione di una notizia di illecito amministrativo astrattamente plausibile<sup>10</sup>, senza presupporre valutazioni sulla fondatezza dell'addebito, possibili solo all'esito dell'attività di indagine<sup>11</sup>.

Agevole cogliere, dunque, nella descritta prassi giudiziaria una espressione paradigmatica di atteggiamenti culturali radicati, contrassegnati da una sostanziale disaffezione verso condotte rispettose della legalità processuale, e perlopiù insuscettibili di correzione attraverso interventi di modifica delle disposizioni legislative.

Andrebbe incontro a cocente delusione, però, chi ritenesse di poter ricavare da simile *cabier de doléance* l'occasione per ribadire in maniera stereotipa gli *slogan* legati ad una visione tote-mica del principio di obbligatorietà dell'azione, che da sempre fa da sponda agli ideologi della conservazione in materia di ruolo e di collocazione del P.M.

Potrebbe, in altri termini, essere ribaltata la diagnosi: anziché strapparci le vesti, lamentando nostalgicamente le ricadute di una obbligatorietà ormai per sempre perduta, il nodo gordiano della obbligatorietà può essere, forse, affrontato senza infingimenti né steccati ideologici. In fondo, nell'ambito della responsabilità degli enti, alcune scelte di fondo compiute dal legislatore del 2001 hanno, senza dubbio, facilitato l'adozione di simili atteggiamenti. Ed è su tali scelte che occorre concentrare l'attenzione, nell'ottica di proporre soluzioni dirette ad arginare non solo e non tanto le derive antiformalistiche fin ora evidenziate dalla prassi, ma l'esercizio di un potere potenzialmente assoluto, senza regole, né contrappesi, dietro la foglia di fico del principio di legalità.

## 2. Archiviazione diretta dell'illecito amministrativo e ricadute sistematiche dell'assenza di un controllo giurisdizionale.

In questa prospettiva, il discorso può prendere le mosse dall'analisi della disciplina assai peculiare riservata dal d.lgs. 231/2001 all'archiviazione dell'illecito societario. Come noto, l'art. 58 contempla, al riguardo, un meccanismo eccentrico rispetto alla nostra tradizione culturale tendente a identificare nel controllo giurisdizionale il miglior vaglio possibile sulla determinazione dell'accusa di non agire<sup>12</sup>.

Più precisamente, la disposizione ora citata stabilisce che il pubblico ministero, quando ritiene insussistenti gli elementi per la contestazione dell'illecito amministrativo, emetta direttamente, *inaudito iudice*, un decreto motivato di archiviazione; istituisce, inoltre, un inedito filtro di natura gerarchica sull'azione, eventuale e successivo rispetto alla definizione del procedimento. Il provvedimento deve, infatti, essere comunicato al procuratore generale presso la Corte d'appello, il quale, entro sei mesi, può ribaltare la determinazione del primo ufficio requirente, dopo aver svolto gli accertamenti ritenuti indispensabili.

Diffusamente criticata dalla dottrina, la scelta legislativa di optare per un'archiviazione non giurisdizionalizzata<sup>13</sup> è stata dai più giudicata contraria al principio di obbligatorietà dell'azio-

<sup>9</sup> A commento dell'art. 55 del d.lgs. 231/2001 v, *ex multis*, BARESI (2008), pp. 483 ss.; DE FALCO (2013), pp. 145 ss.

<sup>10</sup> In questo senso anche MAZZA (2020), p. 226.

<sup>11</sup> Più precisamente, BARESI (2008), p. 489, sottolinea che l'art. 55 del d.lgs. 231/2001 «richiede, quale unico elemento per far sorgere in capo al p.m. l'obbligo di annotazione, l'acquisizione di una notizia per uno dei reati presupposto della responsabilità degli enti contemplati dal decreto legislativo agli artt. 24-25-[sexiesdecies], ritenendo applicabile, anche con riguardo alla annotazione, i canoni elaborati in relazione alla corrispondente disciplina codicistica, secondo la quale, ai fini dell'iscrizione ex art. 335 c.p.p., basta un minimo di concretezza e di specificità, sufficiente a consentire di individuare nel fatto oggetto dell'informazione gli elementi essenziali di un reato, anche meramente ipotetico. 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 ricorrerebbe 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-[sexiesdecies], senza che risulti l'esclusiva destinazione a proprio favore dei vantaggi conseguiti attraverso l'ipotizzata condotta criminosa».

<sup>12</sup> In termini analoghi, DI BRONTO (2012), p. 53. Si veda, inoltre, LORUSSO (2010), pp. 654 ss.

<sup>13</sup> La scelta operata dal legislatore, come emerge dal testo della Relazione al decreto legislativo, si ispira al sistema predisposto in materia di violazioni amministrative, disciplinato dall'art. 18, comma 2 della l. n. 689 del 1981, e al previgente codice di rito. A commento della disposizione, per tutti, PAOLOZZI (2006), pp. 176 ss.; E. AMODIO (2005), pp. 333 ss.; PADULA (2005), p. 2805.

ne penale<sup>14</sup>, inserendosi a pieno titolo tra gli aspetti del processo agli enti collettivi maggiormente discussi in sede scientifica.

Non è questa la sede per ripercorrere l'ampio dibattito sviluppatosi intorno all'interrogativo circa la compatibilità costituzionale del meccanismo semplificato di archiviazione del procedimento *de societate*, la cui risposta risulta in larga misura condizionata dalle premesse che si intendono accogliere in ordine alla controversa natura giuridica della responsabilità dei soggetti collettivi, nonché dal significato che si assegna al canone contenuto nell'art. 112 Cost.

Due rilievi appaiono, però, degni di nota.

Per un verso, occorre rimarcare che la condotta del pubblico ministero dovrebbe in ogni caso ritenersi costituzionalmente vincolata al rispetto del principio di legalità, a prescindere dalla qualificazione penale, amministrativa o di *tertium genus* assegnata all'azione punitiva esercitabile nei confronti dell'ente collettivo. Si tratta di sottolineatura ovvia ma non superflua, a fronte del rischio, che costantemente incontra chi si accosta allo studio del micro-sistema normativo contenuto nel d.lgs. n. 231/2001 o ne osserva la dimensione applicativa, di assistere a continue torsioni delle categorie e dei principi generali in funzione della natura ibrida dell'illecito<sup>15</sup>. Costatazione che, tra l'altro, priva il canone dell'obbligatorietà della azione della sua tradizionale mistica forza evocativa.

Per altro verso, va evidenziata la fallacia dell'assunto secondo cui la previsione di un sindacato giurisdizionale sulla decisione del pubblico ministero costituirebbe l'unico presidio normativo idoneo a salvaguardare la legalità-obbligatorietà dell'azione punitiva. A ben vedere, il vaglio del giudice sull'inazione riveste una funzione per lo più simbolica, diretto quasi esclusivamente a salvare il sistema da una patente incostituzionalità. Per un verso, l'art. 112 Cost. contiene una previsione a fattispecie particolarmente "aperta", il cui diametro può abbracciare soluzioni operative assai diversificate, compresa quella di una verifica non giurisdizionalizzata sulla determinazione dell'inquirente di non agire<sup>16</sup>. Per altro verso, dietro lo schermo offerto da tale principio, nel sistema prolifera una discrezionalità "di fatto", se non altro perché nella stragrande maggioranza dei casi, tale controllo compiuto a grande distanza di tempo dalle scelte operate dal P.M. appare assai di rado in condizione di invertire l'inesorabile deriva di tali opzioni investigative.

E, d'altra parte, l'esperienza giudiziaria ha testimoniato la estrema debolezza dello stesso controllo giudiziale a garantire accettabili *standard* di effettività della regola costituzionale<sup>17</sup>, in ragione della difficoltà di fronteggiare una conduzione della potestà d'accusa «quotidianamente intrisa di scelte di politica giudiziaria, gestite, in chiave di opportunità, dagli uffici, dai dirigenti, dai singoli magistrati»<sup>18</sup>. Arduo, dunque, sostenere che la previsione di un vaglio giurisdizionale sull'inazione nel processo *de societate* avrebbe potuto produrre (o potrebbe produrre) di per sé effetti salvifici rispetto alle prassi devianti emerse nei vent'anni di vigenza della disciplina in esame.

In diversificata prospettiva, proprio la scelta di svincolare l'archiviazione dell'illecito amministrativo da una verifica di natura giurisdizionale ha finito per condizionare fortemente l'interpretazione e la concreta applicazione del d.lgs. n. 231/2001, finendo per legittimare una sorta di autarchia.

In sostanza, la sottrazione dell'archiviazione al vaglio giudiziale è stata intesa alla stregua di un lasciapassare per esercitare una discrezionalità libera in corrispondenza di tutti i principali snodi del procedimento, dall'annotazione fino alle scelte sull'azione penale. Nella prassi si registra, invero, una completa deformalizzazione del procedimento a partire dal decreto di archiviazione quasi mai motivato, passando dalla mancata comunicazione del decreto stesso al procuratore generale, per finire con la generalizzata omissione dell'avocazione da parte di quest'ultimo.

Non solo. Tale scelta rischia di rappresentare un'opzione di fondo talmente eccentrica da essere destinata a riverberarsi, restringendoli, anche sugli spazi entro i quali l'interprete può muoversi, in ottica *de iure condendo*, nel pensare ad interventi correttivi del sistema.

<sup>14</sup> Particolarmente critica, tra i molti, la posizione di FERRUA (2002), p. 225, il quale si domanda se la fattispecie non costituisca una sorta di progetto-pilota, in un'ottica di attenuazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

<sup>15</sup> Per un'ampia trattazione del tema, in un'ottica monografica, si rinvia a BELLUTA (2018). Cfr., inoltre, LUPÁRIA (2018), pp. XIII ss., e PAOLOZZI (2018), pp. 3 ss.

<sup>16</sup> In tal senso, BELLUTA (2022), pp. 1269 ss.; DI BITONTO (2010), p. 556.

<sup>17</sup> In tema cfr. MARAFIOTI (1992), pp. 206 ss.; ID. (2017), pp. 17 ss.

<sup>18</sup> Così, NOBILI (1983), p. 377. Al proposito, cfr. anche, *ex multis*, G. CONSO (1979), pp. XI ss.; V. ZAGREBELSKY (1979), pp. 9 ss.

Sotto quest'ultimo profilo, un interessante spunto di riflessione è offerto da una questione di strettissima attualità, legata al problematico innesto, nella disciplina del processo alle società delle novità introdotte dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150. Tra queste riveste particolare rilievo, rispetto al discorso che qui ci occupa, la previsione dell'inedito meccanismo di controllo da parte del giudice della correttezza e tempestività dell'iscrizione della notizia di reato delineato dai nuovi artt. 335-*bis* ss. c.p.p.

Occorre prescindere, in questa sede, da ogni giudizio circa la farraginosità e assai probabile sterilità di simile meccanismo. Va, però, segnalato che esso sembrerebbe, ad un primo sguardo, utilmente "importabile" nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti, per il tramite del congegno di raccordo tra normativa processuale comune e sistema *de societate*, contemplato dall'art. 34 d.lgs. 231/2001<sup>19</sup>.

Sennonché, l'etero-integrazione normativa di cui alla disposizione *de qua* può operare, come noto, solo entro il limite della compatibilità tra le disposizioni codicistiche rinviate ed il peculiare contesto normativo in cui le stesse debbano essere recepite. Compatibilità che deve essere non solo strutturale ma anche funzionale. Ciò significa che le previsioni del rito ordinario esportabili nel processo all'ente devono esibire l'attitudine a porsi in sintonia con le finalità perseguite dal legislatore mediante il procedimento nei confronti dei soggetti collettivi e con le relative connotazioni sistematiche.

Ebbene, alla luce di tali considerazioni, viene da chiedersi se possa considerarsi armonico l'innesto di un momento di verifica giurisdizionale della tempestività e correttezza dell'annotazione dell'illecito in un sistema che non lascia spazi di intervento giurisdizionale in sede di archiviazione della correlativa notizia di illecito amministrativo. Benché si condividano le perplessità sollevate in sede scientifica circa l'effettiva utilità delle misure introdotte dalla riforma Cartabia, queste ultime potrebbero, del resto, costituire un primo argine alla sistematica omissione da parte delle Procure delle annotazioni degli illeciti amministrativi.

Ma ragioni di coerenza sistematica inducono a rispondere negativamente al quesito precedentemente sollevato. A sostegno della conclusione, possono richiamarsi le medesime argomentazioni sviluppate dalla dottrina per escludere la compatibilità tra la disciplina dell'archiviazione dell'illecito amministrativo e l'istituto della riapertura delle indagini preliminari regolato dall'art. 414 c.p.p. Al proposito, la ricostruzione patrocinata in sede speculativa tende a privilegiare, «a malincuore»<sup>20</sup>, una lettura incline a riconoscere, in capo all'inquirente, il potere di decidere autonomamente sulla ripresa dell'attività investigativa successiva alla chiusura del procedimento. È questa, infatti, l'unica soluzione giudicata plausibile nell'attuale assetto normativo, nonostante presti il fianco ad impieghi elusivi dell'archiviazione, funzionali a «proseguire *sine die* l'attività di ricerca»<sup>21</sup>.

### 3. Prassi devianti in materia di esercizio dell'azione.

Ulteriori riflessi sistematici della scelta legislativa di sottrarre l'archiviazione al controllo giurisdizionale possono essere colti volgendo l'attenzione al momento dell'esercizio dell'azione.

Il riferimento è, in particolare, alla tendenza emersa nella prassi, di optare per un approccio selettivo nella contestazione dell'illecito amministrativo all'ente, sfruttando il margine di manovra assai accentuato lasciato agli inquirenti rispetto alla selezione dei soggetti da coinvolgere nel procedimento<sup>22</sup>.

Complice la mancata predeterminazione all'interno del d.lgs. 231/2001 dei presupposti dell'archiviazione e, specularmente, dell'azione punitiva nei confronti degli enti, i pubblici ministeri hanno, infatti, buon gioco nel disporre dell'addebito a carico della persona giuridica, pure in funzione dell'accertamento della responsabilità delle persone fisiche autrici del reato presupposto.

In quest'ambito contribuiscono a favorire prassi devianti le rilevanti difficoltà esegetiche sollevate dalla laconicità del dato normativo circa la esatta definizione dei criteri di imputazione della responsabilità all'ente. L'opacità degli elementi strutturali del "fatto" addebitabi-

<sup>19</sup> In tema, di recente, CENTORAME e LUPÁRIA (2023), pp. 96 ss.

<sup>20</sup> Così, RUGGIERO (2018), p. 73, cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici sul tema.

<sup>21</sup> Così, CERESA-GASTALDO (2021), p. 186.

<sup>22</sup> LUPÁRIA (2010), pp. 801 ss.

le all'ente e dei confini tracciabili tra reato ed illecito amministrativo finiscono, infatti, per agevolare varie fenomenologie di artificiosa strumentalizzazione del carattere di fluidità che caratterizza, soprattutto nella fase preliminare, l'ipotesi accusatoria. Con evidente nocumento dei diritti di difesa dell'ente<sup>23</sup>.

Significativa è, poi, la possibilità di impiegare l'art. 8 del d.lgs. n. 231/2001, il quale consente di pervenire ad una pena concordata per l'ente a prescindere dall'identificazione della persona fisica- autore del reato presupposto, al fine di ottenere una condanna anticipata della persona giuridica, di fatto "sostitutiva" dell'imputazione individuale non ancora formulata. A tal proposito, la dottrina ha osservato come, sebbene formalmente non sia possibile definire, attraverso un unico accordo con il soggetto collettivo, il procedimento a suo carico e le future azioni penali riguardanti le persone fisiche, l'art. 8 del d.lgs. n. 231/2001 offra alle Procure una possibilità tecnica che rischia di risolversi in una selezione arbitraria «nel rapporto fra responsabilità degli enti "che pagano" e irresponsabilità degli individui "che non pagano"»<sup>24</sup>.

Appare evidente come le prefigurate distorsioni sul crinale dell'imputazione vadano contrastate passando per un pregiudiziale ripensamento della costruzione normativa della fattispecie fonte della corresponsabilità della persona giuridica e della persona fisica. Altrimenti, nel quadro di perdurante incertezza che connota la materia, il concreto esercizio del potere da parte delle Procure si presta ad un sostanziale strapotere e a continui abusi.

Un simile intervento, ispirato ad esigenze di razionalizzazione del sistema, non sarebbe, però, sufficiente. A ben guardare, infatti, anche il contesto fortemente deformalizzato in cui si colloca la contestazione dell'addebito all'ente agevola un impiego disinvolto degli strumenti a disposizione dell'accusa.

Il che rende auspicabile un intervento legislativo in grado di riportare su un terreno di "legalità" — seppur temperata — l'azione punitiva nei confronti degli enti collettivi, nella prospettiva di rilanciare altresì lo spirito special-preventivo che permea la disciplina della responsabilità degli enti.

Il punto merita qualche notazione di carattere generale.

Come noto, la normativa *de qua* obbedisce ad un programma di contrasto della criminalità economica orientato non tanto alla pena, quanto alla *compliance*, con l'intento di diffondere una cultura di prevenzione dei reati dentro alle imprese, mediante il coinvolgimento delle stesse nell'organizzazione di strumenti impeditivi del rischio e della commissione di illeciti penali tipicamente connessi all'esercizio di attività imprenditoriali.

Tanto che il concorso attivo dell'ente alla realizzazione delle finalità perseguite dalla disciplina è destinato a rappresentare il momento centrale e fondante dell'intero sistema di responsabilità amministrativa introdotto nel 2001. L'adozione, *ante delictum*, di modelli idonei ad inibire il sorgere di condizioni favorevoli al compimento di condotte criminose incide, infatti, sul versante imputativo della responsabilità, escludendo, in via preventiva, l'illecito corporativo. Qualora, invece, sopraggiunga la commissione del reato e l'ente risulti privo del modello o questo venga giudicato inidoneo, il d.lgs. n. 231/2001 offre alla persona giuridica numerose occasioni per "collaborare" con l'autorità giudiziaria ed accedere a meccanismi premiali, ove l'*an* ed il *quantum* della risposta punitiva possono essere condizionati da interventi organizzativi *post delictum* e da condotte riparatorie del soggetto collettivo<sup>25</sup>.

Nel disegno del legislatore, la ricerca della "adesione" della persona giuridica agli obiettivi perseguiti dalla normativa non si esaurisce, dunque, nella fase anteriore all'accertamento dell'illecito. Le possibilità di coinvolgimento dell'ente divengono, anzi, ancor più ampie nel momento dell'accertamento giudiziale, che si caratterizza per una forte tensione verso il recupero della legalità della *corporation*. Tale obiettivo è perseguito dalle disposizioni sul processo *de societate* attraverso il riconoscimento di penetranti strumenti di "persuasione" della persona giuridica, cui il giudice ed il pubblico ministero possono ricorrere per propiziarne il ravvedimento<sup>26</sup>. Si tratta, in particolare, di un ampio ventaglio di corrispettivi che, dispiegandosi dalla fase preliminare d'indagine fino all'esecuzione, promuovono, sia in sede cautelare sia sul ver-

<sup>23</sup> In tema, si vedano le riflessioni di FIORELLI (2018), pp. 1258 ss.

<sup>24</sup> Così, DONINI (2018), p. 604, il quale riporta un caso in cui la Procura di Milano ha concordato, in un procedimento per frode fiscale, riciclaggio e ostacolo all'autorità di vigilanza, per la *Credit suisse* una consistente sanzione pecuniaria che ha, di fatto, consentito di "chiudere" una vicenda penale che avrebbe potuto coinvolgere i suoi amministratori, rimasti, invece, indenni dall'imputazione.

<sup>25</sup> In termini analoghi, FIDELBO (2010), p. 440. Sulla funzione dei modelli organizzativi in relazione al sistema di responsabilità degli enti, cfr., *ex multis*, AMODIO (2001), pp. 102 ss.; PAOLOZZI (2006), pp. 9 ss.; PERONI (2002), pp. 243 ss.

<sup>26</sup> Sul punto, v. BERNASCONI (2006), pp. 101 ss.

sante delle sanzioni, l'adesione dell'ente all'esigenza di ripristino della legalità<sup>27</sup>, attraverso una strategia premiale polarizzata intorno al modello organizzativo imposto all'impresa mediante lo *stick & carrot approach*.

Il che configura nelle mani del P.M. poteri dotati di una poderosa vocazione special-preventiva<sup>28</sup>, tali da dover indurre a ripensare non soltanto il suo ruolo, ma addirittura l'intero sistema processuale in materia di enti.

Ebbene, il quadro che emerge dall'applicazione degli istituti ora richiamati conduce ad osservare come sinora gli strumenti *ante factum* non abbiano svolto, almeno nella misura auspicata dal legislatore, i compiti loro affidati. A frenarne l'effettiva implementazione ha contribuito in larga parte quello che è stato efficacemente definito un apparente granello di sabbia nascosto «sotto le vesti dismesse di una semplice aggettivazione»<sup>29</sup>: l'apprezzamento della idoneità del modello organizzativo adottato dall'impresa quale presupposto imprescindibile affinché alla adozione ed efficace attuazione del modello venga riconosciuta funzione esimente della responsabilità corporativa.

Ad oggi, infatti, la giurisprudenza ha costantemente giudicato inidonei i modelli adottati dagli enti sottoposti a processo, mettendo a repentaglio la stessa funzionalità del sistema di *corporate criminal liability*. Ed invero, la prognosi, pressoché scontata, di un esito infausto di tale accertamento induce le società ad evitare gli ingenti costi, economici e organizzativi, legati alla messa a punto del modello prevenzionistico.

Non solo. A dissuadere le imprese dall'impegnarsi nell'attività di profilassi concorre altresì la consapevolezza della scarsa applicazione pratica della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 231/2001, cagionata dal costume delle Procure di annotare l'illecito amministrativo «in un caso su dieci, facendo sparire ogni traccia degli altri nove»<sup>30</sup>.

## 4.

### Possibili prospettive di regolamentazione.

Le riflessioni suscitate dall'osservazione del bruciante insuccesso in cui è incorsa la sfida special-preventiva durante gli anni di vigenza del d.lgs. n. 231/2001 finiscono così per intrecciarsi con la tematica della possibile disciplina della discrezionalità esercitata dall'accusa nel perseguire gli illeciti societari.

A tale proposito, sembra assai difficile sottrarsi ad uno stato d'animo di disincantato scetticismo. È lecito, anzi, esternare un esplicito pessimismo circa la possibile panacea dei mali della discrezionalità in materia che ne potrebbe derivare dalla collocazione dell'azione in materia di enti sotto l'ombrello del canone di obbligatorietà.

L'erosione che tale canone ha progressivamente subito, rende ormai indifferibile l'avvento di una disciplina che ne regolamenti modi e casi, così da rendere trasparenti i criteri di scelta e di priorità<sup>31</sup>.

Cosicché, la situazione in cui versa l'azione nel processo agli Enti può rappresentare una formidabile occasione per un approccio laico e senza steccati alla materia, giacché un semplice paragone con quella in cui versa l'azione penale in senso stretto rende manifesta l'anomalia derivante dall'esistenza di sottosistemi paralleli che assommano tutti gli svantaggi possibili. Ad una obbligatorietà di facciata e senza alcuna trasparenza nel processo alle persone fisiche si contrappone una discrezionalità priva di vincoli ed insindacabile in materia di enti.

Al di là di qualunque prospettiva di riforma, va pur sempre tenuto in debito conto della stretta interconnessione che si instaura tra fatto dell'ente e realtà dell'azione: struttura ed estensione della contestazione all'ente, criteri di imputazione ed itinerari della possibile esenzione

<sup>27</sup> Di particolare rilievo, sotto questo profilo, sono gli artt. 12 e 17 del d.lgs. 231/2001 che prevedono, rispettivamente, la riduzione della sanzione pecuniaria e la non applicazione delle sanzioni interdittive nel caso in cui l'ente abbia provveduto, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, a risarcire integralmente il danno e ad eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si sia comunque efficacemente adoperato in tal senso e abbia eliminato le carenze organizzative da cui è derivata la commissione del reato, mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Nella medesima logica premiale si muovono gli istituti della sospensione del processo e delle misure cautelari previsti dagli artt. 65 e 49, che operano in conseguenza della richiesta dell'ente di poter realizzare gli adempimenti di cui all'art. 17. Ad analogo obiettivo mira, infine, l'art. 78, che consente la conversione, in sede esecutiva, delle sanzioni interdittive in sanzioni pecuniarie, qualora l'ente provveda tardivamente agli adempimenti riparatori.

<sup>28</sup> Cfr. L. MARAFIOTI (2018), pp. 296 ss.

<sup>29</sup> Così, V. MANES (2021), p. 634.

<sup>30</sup> In questi termini, M. CERESA-GASTALDO (2019), p. 1.

<sup>31</sup> Cfr. UCPI, *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, punto 21.



da colpa rappresentano aree della concreta dinamica della responsabilità in materia. I poteri nella gestione dell'azione sono, infatti, inevitabilmente condizionati dalla confezione dell'addebito, a seconda che presenti una articolazione propria o sia meramente ricavato "a specchio" dall'addebito in ordine ai reati-presupposto della responsabilità dell'ente. Cosicché, azione e difesa ne risentono in maniera decisiva; in maniera, addirittura, paradossale nel caso di fatti riguardanti soggetti apicali, laddove tutto rischia di risolversi, per un verso, in una petizione di principio e, per altro verso, nella *probatio* per lo più diabolica della elusione fraudolenta.

Restano, comunque, tuttora inesplorati gli itinerari di un intervento legislativo che detti regole in materia, se si considera che ogni aspettativa non possa essere riposta confidando in un mito della legge sempre più in crisi. Va da sé che ogni *guideline* e ogni criterio di priorità debbano essere il frutto di un'operazione condivisa con i destinatari delle direttive stesse prima di essere trasfusa in testi normativi aventi rango di legge, risultando destinato al naufragio ogni tentativo di automatica imposizione dall'alto.

Oltre a ciò, l'individuazione di tale punto di crisi del sistema suggerisce, come si è anticipato, di orientare la ricerca verso soluzioni capaci di soddisfare contemporaneamente sia le esigenze di recupero della funzionalità preventiva dell'impianto 231, sia il bisogno di ricondurre, entro la sfera della legalità, l'esercizio da parte del pubblico ministero dell'azione punitiva a carico degli enti.

Va considerata, in questa ottica, la suggestione proveniente da una parte della dottrina, incline a propugnare la valorizzazione del modello del ravvedimento *post factum*, che ha finora ben funzionato in ambito cautelare, ove una adeguata riorganizzazione, accompagnata dalla realizzazione delle condotte riparatorie previste dall'art. 17, è in grado di determinare la revoca della misura<sup>32</sup>.

Proprio muovendo dal congegno della premialità cautelare, si possono, in prospettiva *de iure condendo*, delineare alcune soluzioni, che, mutate dal modello nordamericano della *pre-trial diversion*, favoriscano, già nel corso delle indagini preliminari, una riorganizzazione virtuosa, da attuare "in cambio" della rinuncia da parte del pubblico ministero a promuovere l'azione *contra societatem*. Una sorta di archiviazione meritata o condizionata del procedimento penale, quale terza via tra l'archiviazione secca e il promovimento dell'azione penale<sup>33</sup>.

La chiusura anticipata della vicenda procedimentale potrebbe, del resto, discendere dall'avverarsi di una serie disomogenea di condotte di ravvedimento operoso, non solo di *compliance*, ma anche riparatorie, restitutorie e di collaborazione con l'organo inquirente nell'accertamento delle responsabilità imputabili alle persone fisiche che operano all'interno dell'ente. Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, si potrebbe elaborare un'espressa disciplina archiviativa a favore dell'ente che, entro quattro mesi dalla scoperta del fatto illecito e, comunque, prima di avere notizia che nei suoi confronti siano svolte indagini in relazione a tale fatto, abbia collaborato su base volontaria con l'autorità giudiziaria, svolgendo attività di *self-reporting* o fornendo elementi utili all'individuazione dell'autore materiale del reato.

Ovviamente, tali forme di diversione processuale (o di «moralizzazione» del momento archiviativo)<sup>34</sup> passano per un irrobustimento del ruolo del pubblico ministero. Di qui, l'esigenza di costruirle su una previsione puntualissima delle condizioni necessarie per accedervi e delle prescrizioni di *compliance*, risarcitorie e restitutorie imponibili all'ente.

Solo così, infatti, la messa a punto, a livello normativo, del prospettato, articolato, sistema di *diversion* consentirebbe di ricondurre in una dimensione di legalità soluzioni fino ad oggi lasciate in balia della libera sperimentazione delle Procure.

Certo, appare difficile incastonare simili pratiche in un modello liberale di processo. Ma la sfida risiede proprio là. Essa va accettata, anziché rifugiarsi in una sterile e stentorea ripetizione di principi vuoti.

<sup>32</sup> Al proposito, si veda l'ampio studio condotto da RUGGIERO (2018), pp. 159 ss.

<sup>33</sup> Cfr. al proposito D'ACQUARONE e ROSCINI-VITALI (2018), pp. 233 ss.

<sup>34</sup> L'espressione è di LUPÁRIA (2002), p. 1031.

## Bibliografia

- AMODIO, Ennio (2005): “Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti”, *Cass. pen.*, 2, pp. 320-334
- BARESI, Monica (2008): “Commento all’art. 55”, in BERNASCONI, Alessandro, PRESUTTI, Adonella e FIORIO, Carlo (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, (Padova, Cedam), pp. 483-492
- BELLUTA, Hervé (2018): *Lente incolpato. Diritti fondamentali e “processo 231”*, (Torino, Giappichelli)
- BELLUTA, Hervé (2022): “Le indagini e l’udienza preliminare”, in CANZIO, Giovanni e LUPÁRIA, Luca (a cura di), *Diritto e procedura penale delle società*, (Milano, Giuffrè), pp. 1247-1284
- BERNASCONI, Alessandro (2006): “Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori”, in ID. (a cura di), *Il processo de societate*, (Milano, Giuffrè), pp. 55-104
- BERNASCONI, Alessandro (2021): “L’azione a carico degli enti per la responsabilità ex d. lgs. n. 231 del 2001”, in AA. Vv., *L’obbligatorietà dell’azione penale (Atti del Convegno)*, (Milano, Giuffrè), pp. 89-98
- CENTONZE, Francesco e MANACORDA, Stefano (a cura di) (2023): *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, (Bologna, Il Mulino)
- CENTORAME, Federica e LUPÁRIA, Luca (2023): “Legge e giurisprudenza nel processo agli enti: fisiologia o patologia di una inversione dei ruoli?”, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, pp. 96-123
- CERESA-GASTALDO, Massimo (2019): “Legalità d’impresa e processo penale. I paradossi di una giustizia implacabile in un caso su dieci”, *Dir. pen. contemp.*, pp. 1-2
- CERESA-GASTALDO, Massimo (2021): *Procedura penale delle società*, 3<sup>a</sup> ed. (Torino, Giappichelli)
- CONSO, Giovanni (1979): “Introduzione alla riforma”, in ID. (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, (Bologna, Zanichelli), pp. XI-XX
- D’ACQUARONE, Vittore e ROSCINI-VITALI, Riccardo (2018): “Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi”, *Rivista 231*, n. 2, pp. 123-146
- DE FALCO, Giuseppe (2013): “La notizia dell’illecito amministrativo dell’ente: questioni teoriche e soluzioni pratiche”, *Rivista 231*, n. 4, pp. 141-156
- DE MAGLIE, Cristina (2001), *Letica e il mercato*, (Milano, Giuffrè)
- DI BITONTO, Maria Lucia (2010): “Le indagini e l’udienza preliminare”, in LATTANZI, Giorgio (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, (Milano, Giuffrè), p. 533-564
- DI BITONTO, Maria Lucia (2012): *Studio sui fondamenti della procedura penale d’impresa*, (Napoli, Esi)
- DONINI, Massimo (2018): “Compliance, negozialità e riparazione dell’offesa nei reati economici”, in PALIERO, Carlo Enrico, VIGANÒ, Francesco, BASILE, Fabio, GATTA, Gian Luigi (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, (Milano, Giuffrè), 2, pp. 579-606
- FERRUA, Paolo (2002): “Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento”, in GARUTI, Giulio (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, (Padova, Cedam), pp. 223-242

FIDELBO, Giorgio (2010): *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in LATTANZI, Giorgio (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, (Milano, Giuffrè), pp. 389-439

FIGLIOLI, Giulia (2018): “La *vocatio in iudicium* dell'ente, tra istanze di semplificazione probatoria e forme di responsabilità ‘senza fatto’”, *Riv.it. dir. e proc. pen.*, pp. 1258-1284

LORUSSO, Sergio (2010): “Commento all'art. 58 d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (Archiviazione)”, in CADOPPI, Alberto, GARUTI, Giulio e VENEZIANI, Paolo (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, (Torino, Utet), pp. 654-660

LUPÁRIA, Luca (2002): “Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo”, *Giur. it.*, 8-9, pp. 1026-1045

LUPÁRIA, Luca (2010): “Processo penale e reati societari: fisionomia di un modello ‘invisibile’”, *Riv. dottori comm.*, pp. 801-808

LUPÁRIA, Luca (2018): “Garanzie primarie della giurisdizione e processo penale all'ente: un dibattito senza frontiere (e dagli incerti approdi)”, in LUPÁRIA, Luca, MARAFIOTI, Luca e PAOLOZZI, Giovanni (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, (Torino, Giappichelli), pp. XIII-XVIII

MANES, Vittorio (2021): “Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo”, *Giur. comm.*, 4, pp. 633-661

MARAFIOTI, Luca (1992): “L'archiviazione tra crisi del dogma di obbligatorietà dell'azione penale ed opportunità «di fatto». Prospettive di una razionalizzazione della prassi”, *Cass. pen.*, pp. 206-214

MARAFIOTI, Luca (2017): “Inazione e forme di abusive di addebito penale: concetti vintage e nuovi approdi nelle scelte del pubblico ministero”, in FIORIO, Carlo, FONTI, Rossella e MONTAGNA, Mariangela (a cura di), *Inazione, controlli, esecuzione. Atti del Convegno in ricordo di Giovanni Dean*, (Pisa, Pacini Giuridica), p. 17-34

MARAFIOTI, Luca (2018): “Ambiguità concettuali e divenire applicativo nel processo agli Enti”, in LUPÁRIA, Luca, MARAFIOTI, Luca e PAOLOZZI, Giovanni (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, (Torino, Giappichelli), pp. 285-304

MAZZA, Oliviero (2020): “Conclusione delle indagini e udienza preliminare”, in LATTANZI, Giorgio e SEVERINO Paola (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Vol. II, Diritto processuale*, (Torino, Giappichelli), pp. 223-236.

NOBILI, Massimo (1983): “La recente polemica sul pubblico ministero: un pericoloso «aut-aut»”, *Pol. dir.*, p. 367-392

PADULA, Luciano (2005): “L'archiviazione nel procedimento per gli «illeciti amministrativi dipendenti da reato» ascrivibili agli enti”, *Cass. pen.*, pp. 2799-2806

PAOLOZZI, Giovanni (2006): *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti amministrativi da reato (Dal d.lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, (Torino, Giappichelli)

PAOLOZZI, Giovanni (2018): “Relazione introduttiva”, in LUPÁRIA, Luca, MARAFIOTI, Luca e PAOLOZZI, Giovanni (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, (Torino, Giappichelli), pp. 3-18

PERONI, Francesco (2002): “Il sistema delle cautele”, in GARUTI, Giulio (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, (Padova, Cedam), pp. 243-274-268

RUGGIERO, Rosa Anna (2018): *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, (Torino, Giappichelli)

ZAGREBELSKY, Vladimiro (1979): "Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale", in CONSO, Giovanni (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, (Bologna, Zanichelli), pp. 3-29



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A   T R I M E S T R A L E

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>