

# La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana

Alcuni spunti *de jure condendo*

## *The Practice of Pre-trial Diversion for Corporate Offenders in the U.S.A. and U.K.*

*Some Ideas de jure condendo*

FEDERICO MAZZACUVA

*Dottore di ricerca in Diritto penale presso l'Università di Milano Bicocca*

RESPONSABILITÀ DA REATO DELLE PERSONE GIURIDICHE,  
PRE-TRIAL DIVERSION

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS,  
PRE-TRIAL DIVERSION

### ABSTRACT

Nell'ordinamento statunitense, si assiste alla progressiva estensione, agli enti collettivi, di procedimenti di diversione i quali sono diventati, oggi, lo strumento privilegiato per fronteggiare la criminalità d'impresa; tanto che anche il Regno Unito ha, di recente, introdotto una disciplina *ad hoc*. Tale è la pervasività della giustizia dilatoria che la stessa ha finito per stravolgere i regimi di corporate liability vigenti nei sistemi di area anglo-americana, fornendo al contempo spunti comparativi anche in prospettiva di riforma del d. lgs. n. 231 del 2001.

The article discusses the recent evolution in Anglo-American systems of criminal justice of pre-trial diversion, which has become the main prosecution tool to deal with corporate criminality. The article also reflects on problems related to the general framework of corporate liability in a comparative perspective.

SOMMARIO

1. La *deferred prosecution* per gli enti collettivi negli Stati Uniti d'America: l'evoluzione di una prassi. – 2. Il modello anglosassone: un primo tentativo di positivizzazione della *deferred prosecution*. – 3. Conclusioni: l'esperienza anglo-americana come possibile modello per una riforma del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231?

# 1.

## La *deferred prosecution* per gli enti collettivi negli Stati Uniti d'America: l'evoluzione di una prassi.

Nell'ordinamento statunitense, gli accordi per differire ovvero per non procedere con l'incriminazione (rispettivamente, *deferred prosecution agreement* e *non prosecution agreement*, di seguito DPA e NPA) hanno un'origine risalente: essi furono originariamente impiegati, già agli inizi del '900, per i crimini commessi dai minorenni al fine di evitare le ripercussioni, a livello personale e sociale, derivanti dalla condanna in sede penale (c.d. *pre-trial diversion*)<sup>1</sup>. A partire dagli anni '90, si assiste alla progressiva estensione agli enti collettivi dei DPA e NPA, con due obiettivi principali: chiamare a rispondere, degli illeciti commessi in ambito aziendale, un numero sempre maggiore di imprese, seppur mediante meccanismi di *diversion* più flessibili e più rapidi; scongiurare le ricadute negative che i procedimenti penali normalmente riversano sul mercato (il c.d. effetto Arthur Andersen)<sup>2</sup>. Negli ultimi 15 anni, si registra un impiego sempre più massiccio di DPA e NPA i quali rappresentano, oggi, lo strumento privilegiato per fronteggiare la criminalità dei colletti bianchi, nell'ambito di una politica criminale ispirata alla logica "*too big to jail*"<sup>3</sup>.

Non vi è una definizione normativa di DPA o di NPA: i contenuti che, in genere, caratterizzano un accordo possono ricavarsi dalla prassi, mentre i criteri orientativi della discrezionalità dei procuratori federali sono elaborati da linee guida (i cc.dd. memorandum) diffuse per lo più dal *Department of Justice* (DOJ) e dalla *Security and Exchange Commission* (SEC).

Ciò detto, si può definire DPA quell'accordo tra *prosecutor* ed ente indagato, da sottoporre al vaglio del giudice, in virtù del quale l'ente, al fine di evitare il proseguimento del processo penale a suo carico (da qui l'evidente differenza rispetto al *bargaining*)<sup>4</sup>, si impegna, per un periodo di "osservazione" (in genere, da sei mesi a due anni), ad adempiere una serie di obblighi, tra i quali: la presa in carico da parte della società dell'addebito mosso nei suoi confronti, mediante uno *statement of facts* irrefragabile (ma una formale ammissione di colpevolezza – a differenza del *bargaining* – non è richiesta: la presunzione di innocenza rimane intatta, essendo questo uno degli scopi della *diversion*)<sup>5</sup>, utilizzabile tra l'altro nel procedimento penale in caso di esito negativo della *diversion*; cooperare con le autorità inquirenti nell'individuazione della persona fisica responsabile, anche attraverso la rinuncia – questa volta, come nel *bargaining* – ad una serie di prerogative costituzionali relative alla segretezza dei colloqui confidenziali tra avvocato e cliente nonché della documentazione difensiva (cc.dd. *attorney-client* e *work product privileges*)<sup>6</sup>; adottare o modificare il proprio *compliance program* a scopi prevenzionisti-

<sup>1</sup> La prassi conosce anche altre denominazioni: *settlement agreement*, *deals of justice*, ecc. Per una più approfondita disamina dei *deferred prosecution agreement* e dei *non prosecution agreement* nell'ordinamento statunitense, sia consentito il rinvio a FED. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *L'indice penale*, 2013, n. 2, 737 ss. Per i più recenti contributi della dottrina italiana in argomento, v. R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2015. Tra la letteratura continentale, v.: AA. Vv., *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, a cura di A. Garapon, P. Servan-Schreiber, Parigi, 2013.

<sup>2</sup> Effetto così denominato dal tracollo della società di revisione della Enron, la Arthur Andersen LLP, a seguito della condanna per il reato di ostruzione alla giustizia. In argomento, v. K. F. BRICKEY, *Andersen's Fall From Grace*, in *Washington University Law Quarterly*, 2003.

<sup>3</sup> Secondo la felice formulazione coniata da B.L. GARRETT, *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise With Corporations*, Harvard, 2014.

<sup>4</sup> Sul *plea bargaining* e, in generale, sui riti alternativi di tipo negoziale previsti dall'ordinamento processuale statunitense, v., per la letteratura italiana, V. FRANCHIOTTI, *Profili privatistici della giustizia penale statunitense*, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, fasc. IV, 312; G. MANNOZZI, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Padova, 1996.

<sup>5</sup> A proposito del rapporto tra *diversion* processuale e presunzione di innocenza, v. tra i più recenti contributi della letteratura italiana, B. BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2014, 6.

<sup>6</sup> Con la rinuncia all'*attorney-client privilege*, la società autorizza i propri legali interni a fornire, alle autorità inquirenti, tutte le informazioni delle quali siano venuti a conoscenza in ragione del loro ufficio; viceversa, sacrificando la *work product protection*, l'ente si impegna a consegnare, alle medesime autorità, tutta la documentazione interna predisposta in vista dell'apertura del procedimento.

ci, spesso sotto il controllo di commissari esterni (c.d. *monitor*)<sup>7</sup>; versare una somma di denaro a titolo, a seconda dei casi, di *financial penalty*, risarcimento del danno, donazioni a istituzioni pubbliche o private di beneficenza, e così via; infine, mettere a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca<sup>8</sup>.

Non vi è nemmeno nessuna norma che specifichi in che misura il giudice sia chiamato a vagliare i termini dell'accordo. Invero, l'unica disposizione in materia è contenuta nello *Speed Trial Act* (1974) il quale si limita a stabilire che, ai fini del calcolo dei limiti temporali massimi per la conclusione delle diverse fasi procedurali, non si tiene conto di eventuali dilazioni dovute al raggiungimento di un accordo tra *prosecutor* e soggetto indagato, «da sottoporre al vaglio del giudice», che consenta a quest'ultimo di dimostrare la propria «buona condotta»<sup>9</sup>.

I NPA si distinguono dai DPA per il fatto che essi intervengono prima della formale iscrizione della notizia di carico dell'ente (*filing*) e, quindi, assumono le forme di un accordo concluso privatamente tra organo inquirente ed ente indagato, che non comporta l'apertura di alcun procedimento e, di conseguenza, non è sottoposto a deliberazione giudiziale; con tutti i problemi che una simile prassi pone rispetto ai principi sanciti dal IV emendamento alla Costituzione nordamericana, ossia l'imparzialità e la terzietà del giudice e la pubblicità del procedimento<sup>10</sup>.

Quanto ai fattori orientativi della discrezionalità del *prosecutor*, i memorandum diffusi dal DOJ a partire dal 2000 (i più importanti sono "*Federal Prosecution of Corporations*" del 2000 e "*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*" del 2003, noti come *Holder Memorandum* e *Thompson Memorandum*, dal nome dei rispettivi *Deputy Attorney General* che li hanno redatti) individuano una serie di fattori volti a rendere il più possibile omogeneo l'esercizio dell'azione penale. In particolare, il Pubblico Ministero è tenuto a valutare: la natura e la gravità del reato per il quale si procede; la pervasività della condotta illecita nell'ambito dell'organizzazione e l'eventuale coinvolgimento del *management*; la storia giudiziaria dell'ente (precedenti azioni esperite in sede penale, civile ed amministrativa); la tempestività di un'eventuale denuncia da parte della società e la cooperazione di quest'ultima nelle indagini; l'esistenza di un effettivo *compliance program*; le azioni intraprese dall'ente per rimediare al reato commesso, compresa l'eventuale adozione/implementazione di un modello organizzativo; infine, la sussistenza di eventuali danni cagionati a terzi<sup>11</sup>.

Quanto all'operatività dell'istituto nella prassi, dai dati a disposizione, relativi agli accordi conclusi dal DOJ e dalla SEC nell'ambito dei casi di maggior rilievo (di competenza, appunto, di organi federali), emerge che dal 2007 ad oggi la media è di circa 30 *agreement* ogni anno. Parallelamente alla crescita del numero di procedimenti conclusi con un DPA o NPA, si assiste – come è ovvio – ad un incremento delle somme incamerate a vario titolo nelle casse federali: se si guarda solo al 2014, si registrano 20 DPA e 10 NPA i quali hanno consentito di incamerare somme pari a circa 5 miliardi di dollari<sup>12</sup>.

Per ciò che concerne, invece, gli esiti della *deferred prosecution* e il "rischio di recidiva" collegato alle imprese "rientrate nella legalità" attraverso la diversione processuale, può anzitutto rilevarsi che, ad oggi, un solo DPA e un solo NPA hanno sortito esito negativo, dando luogo

<sup>7</sup> Si noti come la *diversion* dia un rilievo del tutto nuovo all'istituto del *compliance program*, originariamente previsto dall'*U.S. Federal Sentencing Guidelines, Chapter 8*, come circostanza attenuante. Più diffusamente sul punto, v. tra molti: G. CAPECCHI, *Le sentencing guidelines for organisations e i profili di responsabilità delle imprese nell'esperienza statunitense*, in *Dir. comm. int.*, 1998; N. BERTOLINI, *Brevi note sulla responsabilità da reato degli enti e delle persone giuridiche negli Stati Uniti: le Federal Sentencing Guidelines*, in *F. Ambr.*, 2003.

<sup>8</sup> Per una definizione dei DPA, cfr. tra gli altri S. ODED, *Deferred Prosecution Agreements: Prosecutorial Balance in Times of Economic Meltdown*, in *Law Journal for Social Justice*, 2011, vol. 2, 6 ss.; C.A. WRAY, R.K. HUR, *Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World: The Thompson Memorandum in Theory and in Practice*, in *American Criminal Law Review*, 2006, vol. 43, 1104-1105.

<sup>9</sup> <sup>18</sup> *U.S. Code Chapter 208 - Speed Trial Act* (1974), *Section 3161* (a) e (b). Trattasi della disciplina statunitense del "processo rapido", attuativa del principio costituzionale della giustizia rapida di cui VI Emendamento alla Costituzione americana (il testo della legge è consultabile all'URL <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-II/chapter-208>). Sul silenzio della legge in materia di *deferred prosecution* e sul conseguente ruolo "wait-and-see" attribuito al giudice, v. B. M. GREENBLUM, *What Happens to a Prosecution Deferred? Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements*, in *Columbia Law Review*, 2005, vol. 105, n. 6, 1901.

<sup>10</sup> Cfr. S. ODED, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>11</sup> Ulteriori aggiornamenti si sono avuti, tra l'altro, con il *McCallum Memorandum* e il *Morford Memorandum* (tutti i *memorandum* redatti dal DOJ sono disponibili all'URL <http://www.justice.gov/usam/united-states-attorneys-manual>). In argomento, v. tra i tanti C.A. WRAY, R.K. HUR, *Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World*, cit., 1178 e ss.

<sup>12</sup> Statistiche elaborate da Gibson, Dunn & Crutcher, studio legale internazionale le cui banche dati sono spesso citate dalla letteratura nordamericana (<http://www.gibsondunn.com/publications/pages/2015-Mid-Year-Update-Corporate-Non-Prosecution-Agreements-and-Deferred-Prosecution-Agreements.aspx>). Un'altra importante risorsa è il database relativo ai DPA e NPA curato dai professori Garret e Ashley dell'Università della Virginia ([http://lib.law.virginia.edu/Garrett/prosecution\\_agreements/](http://lib.law.virginia.edu/Garrett/prosecution_agreements/)).

alla riapertura del procedimento penale<sup>13</sup>; tuttavia, in un numero non stimato di casi i termini degli accordi vengono rivisti *in itinere* per consentire all'ente di adempiere i propri obblighi. Peraltro, dalle statistiche pubblicate dalla *Federal Commission* relative al 2014 emerge che la quasi totalità delle imprese condannate ai sensi del Cap. VIII delle *Federal Sentencing Guidelines* non avesse precedenti penali (DPA inclusi) negli ultimi 10 anni (il 98%) e non possedesse un modello organizzativo (il 96,5%)<sup>14</sup>: dato dal quale può desumersi che in genere le imprese, che si siano già sottoposte ad un programma di diversione, non vengono coinvolte in nuove inchieste.

Infine, va segnalato che solo l'8,8% delle società riconosciute responsabili di un illecito penale si è auto-denunciato, ha cooperato alle indagini o ha ammesso la propria responsabilità<sup>15</sup>, il che spiega come la strada della *deferred prosecution* costituisca la via prediletta per il contrasto alla *corporate criminality*<sup>16</sup>.

Tale scenario non è, certo, esente da critiche. Sotto il profilo di politica criminale, si è segnalato, da un lato, che l'effetto Arthur Andersen sarebbe privo di riscontri nella realtà, nel senso che, in un numero significativo di casi, le aziende sono "sopravvissute" al procedimento penale<sup>17</sup>; dall'altro, che l'estensione della *diversion* agli enti rappresenterebbe una sorta di "vittoria del mercato sulla giustizia"<sup>18</sup>. A ciò si aggiunga che, sotto il profilo delle garanzie, alcuni autori hanno evidenziato gli esiti distorti di alcuni *agreements*: eclatante è stato l'accordo concluso da una società, indagata per fatti di mendacio societario, che obbligò quest'ultima – tra l'altro – ad istituire una cattedra in etica di impresa in una *law school*<sup>19</sup>. Per quanto attiene alle persone fisiche indagate, spesso le indagini vengono delegate a soggetti privati, interni o esterni alle aziende, che non necessariamente assicurano il rispetto delle garanzie fondamentali previste per la persona sottoposta a procedimento penale<sup>20</sup>; analogamente, stentano ancora ad affermarsi regole che consentano di tutelare i "suonatori di fischi" (i cc.dd. *whistleblowers*), ossia coloro i quali denunciano presunte attività illecite delle quali siano venuti a conoscenza in ragione dell'attività lavorativa svolta in azienda.

## 2.

### Il modello anglosassone: un primo tentativo di positivizzazione della *deferred prosecution*.

Il Regno Unito ha mutuato l'esperienza nordamericana dei DPA predisponendo, però, una disciplina positiva *ad hoc*, contenuta nel *Crime and Courts Act* (2013)<sup>21</sup>, corredato di un apposito *Code of Practice* (2014)<sup>22</sup> pubblicato congiuntamente dal *Serious Fraud Office* e dal

<sup>13</sup> DPA con Aibel Group Ltd., stipulato nel 2007 e revocato nel 2008; NPA con la Banca UBS, stipulato nel 2012 e revocato nel 2015 (cfr. nota n. 12).

<sup>14</sup> U.S. Sentencing Commission's, "Sourcebook of Federal Sentencing Statistics", 2014 (<http://www.ussc.gov/research-and-publications/annual-reports-sourcebooks/2014/sourcebook-2014>). In realtà, le statistiche pubblicate dalla *Sentencing Commission* forniscono una visione solo parziale della situazione: la Commissione, infatti, si basa su un sistema di *self-report* da parte dell'autorità giudiziaria e non considera, per esempio, i casi nei quali il *prosecutor* decide di non perseguire l'ente oppure di esperire azioni nei confronti di quest'ultimo in sedi diverse da quella penale.

<sup>15</sup> Vedi nota n. 12.

<sup>16</sup> Vedi nota n. 14.

<sup>17</sup> Sul punto, v. G. B. MARKOFF, *Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century*, in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2013, 797 ss.

<sup>18</sup> Si è espresso in questi termini, R. MOKHIBER, *Crime Without Conviction: The Rise of Deferred and Non Prosecution Agreements. A Report Released by Corporate Crime Reporter*, in *Corporate Crime Reporter*, 2005, 3 ss. (<http://www.corporatecrimereporter.com/news/200/crime-without-conviction-the-rise-of-deferred-and-non-prosecution-agreements-2/>).

<sup>19</sup> Trattasi del DPA concluso tra Bristol Myers Squibb Company e l'U.S. Attorney Office del Dipartimento del New Jersey, datato giugno 2005 (consultabile su [http://lib.law.virginia.edu/Garrett/prosecution\\_agreements/](http://lib.law.virginia.edu/Garrett/prosecution_agreements/)). In argomento, v. J. C. JR. COFFEE, *Deferred Prosecution: Has It Gone Too Far?*, in *The National Law Journal*, 2005, *passim*. Sui casi di "prosecutorial abuse", v. anche P. NANDA, *Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted*, in *American Journal of Comparative Law*, 2010, 58, 605 ss.; E. PAULSEN, *Imposing Limits On Prosecutorial Discretion in Corporate Prosecution Agreements*, in *New York University Law Review*, 2007, 1434 ss.

<sup>20</sup> Sul problema delle indagini interne alle aziende e la necessità di rispettare le garanzie processuali fondamentali a tutela dell'indagato e dell'imputato, v. tra i più recenti contributi della letteratura italiana, F. NICOLICCHIA, *Corporate internal investigations e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità "penale" degli enti: alcuni rilievi sulla base della "lezione americana"*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2014, nn. 3-4, 781 ss.

<sup>21</sup> U.K. *Crime and Courts Act* (2013), *Section 45* e *Schedule 17* (il testo della legge è consultabile all'URL <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/contents/enacted>).

<sup>22</sup> *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, pubblicato dal *Serious Fraud Office* e dal *Crown Prosecution Service* (2014), testo disponibile all'URL <http://www.sfo.gov.uk/about-us/our-policies-and-publications/deferred-prosecution-agreements-code-of-practice-and-consultation-response.aspx>.

*Crown Prosecution Service*<sup>23</sup>. Alla pubblicazione delle linee guida è seguita l'entrata in vigore della riforma, limitata per un primo momento all'Inghilterra e al Galles<sup>24</sup>.

Non si è inteso, invece, introdurre gli NPA, ritenuti incompatibili con i principi fondamentali del sistema di giustizia penale inglese proprio per l'assenza di qualsivoglia delibazione giudiziale sull'accordo tra *prosecutor* e *defendant*<sup>25</sup>.

Merita segnalare che, tra le preoccupazioni del Governo inglese, vi è anche quella di attenuare l'onere probatorio richiesto nei procedimenti relativi alle cc.dd. *mens rea offences*, ossia – come è ben noto – per quei reati rispetto ai quali il Pubblico Ministero è tenuto a dimostrare non solo la configurabilità dell'elemento psicologico richiesto dal reato in capo ai *controlling officers* (cioè gli apicali), ma anche che l'illecito sia stato da costoro commesso nell'esercizio delle loro funzioni, secondo il *principle of identification*<sup>26</sup>. In questo senso, secondo le linee guida è sufficiente, ai fini della legittima conclusione di un DPA, un compendio indiziario tale da potersi verosimilmente ritenere che l'ente abbia commesso l'illecito e che la prosecuzione delle indagini potrà condurre, in tempi ragionevoli, ad una "realistica prospettiva di condanna", criterio "cardine" nell'esperienza della *prosecution* di matrice anglosassone<sup>27</sup>.

Venendo al contenuto della disciplina, l'operatività della stessa è limitata sia *ratione subjecti* che *ratione materiae*: solo le organizzazioni collettive in senso lato (con o senza personalità giuridica) possono usufruire della *deferred prosecution* e sempreché l'ente risulti indagato per uno dei reati espressamente previsti (trattasi di illeciti in materia economica e finanziaria: truffa, frode in commercio, falso in bilancio, reati doganali; contraffazione di merci; riciclaggio, evasione fiscale, ecc.)<sup>28</sup>.

Tra gli aspetti di maggior pregio del modello inglese, va annoverata l'opportuna predeterminazione – ad opera, per vero, delle linee guida – dei contenuti dell'accordo, volta a scongiu-

<sup>23</sup> Anche per la disamina del modello anglosassone, si rinvia a FED. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, cit.; per un commento al *Code of Practice*, v. ID., *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Practice inglese: spunti per alcune riflessioni de jure condendo*, in *L'indice penale*, 2015, nn. 1-2, 179 ss.

<sup>24</sup> Come è noto, nel Regno Unito coesistono diversi ordinamenti penali; lo Statuto in commento, in particolare, è entrato in vigore in Inghilterra e in Galles e, in un secondo momento, dovrebbe essere esteso anche alla Scozia e all'Irlanda del Nord (cfr. *Ministry of Justice*, "Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisation: *Deferred prosecution agreements*", presentato al Parlamento dal *Lord Chancellor and Secretary of State for Justice*, maggio 2012, 8, § 11, [https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/deferred-prosecution-agreements/supporting\\_documents/deferredprosecutionagreementsconsultation.pdf](https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/deferred-prosecution-agreements/supporting_documents/deferredprosecutionagreementsconsultation.pdf)).

<sup>25</sup> Cfr. *Ministry of Justice*, "Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisation", cit., 19, § 69.

<sup>26</sup> Principio elaborato dalla *House of Lords* nel caso *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass* (1972); criteri ascrittivi e standard probatori diversi valgono, invece, per le ipotesi di responsabilità vicariale della società (cfr. *Guidance on Corporate Prosecutions*, pubblicata dal *Director of Public Prosecutions*, dal *Director of the Serious Fraud Office* e dal *Director of the Revenue and Customs Prosecutions Office*, [http://www.sfo.gov.uk/media/65217/joint\\_guidance\\_on\\_corporate\\_prosecutions.pdf](http://www.sfo.gov.uk/media/65217/joint_guidance_on_corporate_prosecutions.pdf)). Più diffusamente, sul sistema inglese di *corporate criminality*, v. tra gli altri: G. GOBERT, *Corporate Criminality: four models of fault*, in *Legal Studies*, 1994, 393 ss.; A. PINTO, M. EVANS, *Corporate Criminal Liability*, Londra, 2001. Per studi comparati, nell'ambito della letteratura italiana, v.: C. DE MAGLIE, *Letica e il mercato*, Milano, 2002; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. Grosso, T. Padovani, S. Pagliaro, Milano, 2010; R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005. Sul funzionamento del Pubblico Ministero nel Regno Unito, v. tra gli altri: AA. VV., *Procedure penali d'Europa*, diretto da M. Delmas-Marty, ed. italiana a cura di M. Chiavario, Padova, 2001, 231 ss.

<sup>27</sup> *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, cit., §§ 1.2, i) e 2.2, ii). Il parametro della "realistica prospettiva di condanna", del resto, è previsto in generale anche dal § 4.4 del *Code for Crown Prosecutors* il quale, al successivo § 4.5, chiarisce che esso «è basato sull'oggettiva valutazione, da parte del *prosecutor*, delle prove, ivi compresa ogni istanza difensiva o informazione che l'indagato abbia presentato o sulla quale faccia comunque affidamento» e ricorre ogni qualvolta «dall'organo giudicante (*giuria, bench of magistrates* o giudice monocratico), che sia obiettivo, imparziale, ragionevole, correttamente edotto del caso e che agisca nel rispetto della legge, ci si possa aspettare con maggiore probabilità una sentenza di condanna» (cfr. *The Code for Crown Prosecutors*, pubblicato dal *Director of Public Prosecutions* in ottemperanza alla *section 10* dell'*U.K. Prosecution of Offences Act 1985*, l'ultima versione del gennaio 2013 è disponibile all'URL [http://www.cps.gov.uk/publications/code\\_for\\_crown\\_prosecutors](http://www.cps.gov.uk/publications/code_for_crown_prosecutors)). È interessante notare come un accertamento condotto secondo criteri analoghi a quelli anzidetti sia richiesto anche agli organi di polizia nel caso in cui, nel corso di un'indagine a carico di un maggiorenne, si opti per la *simple caution* anziché per la *prosecution* (cfr. *Ministry of Justice*, "Simple Caution for Adults Offenders", 14 novembre 2014, §§ 41-45, [www.justice.gov.uk](http://www.justice.gov.uk)). Sui rapporti tra organi di polizia e *Crown Prosecution Service* quanto all'esercizio dell'azione penale, v. tra gli altri, A. ASHWORTH, *Developments in the Public Prosecutor's Office in England and Wales*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2000, vol. 8/2, 257 ss.

<sup>28</sup> *Crime and Courts Act* (2013), s. 45 e *Sched. 17*, Parte 1, § 4 (1) e Parte 2, §§ 15-27. In particolare, il catalogo legislativo elenca sia reati di *common law* che *statutory offences*. I reati di *common law* sono i seguenti: cospirazione finalizzata alla truffa; truffa ai danni dell'Erario. Le *statutory offences*, invece, sono: i reati di cui alle *Sections 1, 17, 20 e 24 A* del *Theft Act* del 1968 (furto, falso in bilancio, soppressione di documenti, indebita ritenzione di crediti); i reati di cui alle *Sections 68, 167, 170* del *Customs and Excise Management Act* del 1979 (reati in materia di esportazione di merci vietate o limitate, false dichiarazioni, evasione fraudolenta); i reati di cui alle *Sections 1, 2, 3, 4 e 5* del *Forgery and Counterfeiting Act* del 1981 (reati in materia di contraffazione di merci e falsificazione di documenti); il reato di cui alla *Section 72* del *Value Added Tax Act* del 1994 (evasione dell'IVA); i reati di cui alle *Sections 23, 25, 85, 346, 397 e 398* del *Financial Services and Markets Act* del 2000 (reati finanziari); i reati di cui alle *Sections 327, 328, 329, 330 e 333 A* del *Proceeds of Crime Act* del 2002 (ricettazione, riciclaggio e impiego di beni, denaro o utilità di provenienza illecita); i reati di cui alle *Sections 658, 680 e 993* del *Companies Act* del 2006 (reati societari, frode in commercio); i reati di cui alle *Sections 1, 6, 7 e 11* del *Fraud Act* del 2006 (truffe e frodi); i reati di cui alle *Sections 1, 2, 6 e 7* del *Bribery Act* 2010 (reati in materia di corruzione); infine, il reato di cui alla *Regulation 45* delle *Money Laundering Regulations* del 2007 (riciclaggio di denaro).

rare eventuali abusi da parte del *prosecutor* in sede di trattative<sup>29</sup>. Anzi, si prevede espressamente che detti contenuti debbano rispondere ai criteri di equità, ragionevolezza e proporzione rispetto ai fatti oggetto di contestazione<sup>30</sup>.

La disciplina d'Oltremarica si caratterizza anche per una maggiore chiarezza circa il ruolo riservato al giudice. Dopo l'avvio delle trattative tra *prosecutor* ed ente indagato, ma prima del perfezionamento dell'accordo, il DPA deve essere sottoposto allo scrutinio della *Court* (*Crown Court*) in un'udienza preliminare e privata (*preliminary hearing*); al giudice non è affidato alcun potere nella formazione o nella modifica dei contenuti dell'accordo, pur potendo sempre rifiutare la proposta delle parti<sup>31</sup>. In particolare, la delibazione giudiziale ha ad oggetto – come si è detto – l'equità, l'adeguatezza e la proporzionalità dei contenuti del DPA nonché la rispondenza degli stessi alle esigenze di giustizia<sup>32</sup>. L'approvazione giudiziale del DPA avviene con decisione motivata in un'udienza pubblica e, in caso di esito positivo, il Pubblico Ministero è tenuto a pubblicare sia il DPA che la relativa decisione giudiziale<sup>33</sup>, in ossequio ai principi della *consistency* (correttezza, lealtà, equità) e della *transparency* (trasparenza) che ispirano l'intera procedura<sup>34</sup>. In caso di inadempimento da parte dell'ente indagato ai termini dell'*agreement*, il *prosecutor* dovrà adire il giudice il quale, con provvedimento motivato, potrà invitare le parti a rinegoziare l'accordo oppure decretare la cessazione dello stesso e, quindi, l'inizio del processo, nell'ambito del quale – tra l'altro – lo *statement of facts* avrà valore di piena prova e non potrà essere ritrattato<sup>35</sup>.

Non mancano, tuttavia, alcune criticità della disciplina in commento, come ad esempio la scarsa attenzione riservata ai diritti della vittima del reato la quale, invero, non è titolare di alcun potere nell'ambito della *deferred prosecution*<sup>36</sup>, anche se il ristoro del danno cagionato dal reato costituisce – secondo le linee guida – contenuto “particolarmente consigliato” del DPA<sup>37</sup>.

Dato il limitato arco temporale di riferimento (i DPA sono in vigore, nel Regno Unito, da poco meno di 2 anni), non sono disponibili dati ufficiali circa l'applicazione della procedura speciale<sup>38</sup>.

Quanto al *Code of Practice*, l'aspetto più interessante ed innovativo riguarda (ancora una volta) i criteri orientativi della discrezionalità del *prosecutor*. In particolare, le linee guida sviluppano le acquisizioni della prassi nordamericana, dando un'inedita attuazione alla categoria della “colpa di reazione” (*reactive fault*)<sup>39</sup>. In altri termini, la strada privilegiata della *deferred prosecution* è riservata alla società che, in un ragionevole lasso di tempo dalla commissione del fatto, si dimostri in grado di “reagire” virtuosamente, attivandosi non solo per cooperare alle indagini ma anche per implementare la propria struttura aziendale in ottica prevenzionistica.

Ciò emerge, anzitutto, dal fatto che si suggerisce espressamente al Pubblico Ministero di non procedere qualora l'ente abbia adottato un modello organizzativo *post factum*<sup>40</sup>. Non im-

<sup>29</sup> *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, cit., Parte 7, nella quale si indicano contenuti che grossomodo corrispondono a quelli cristallizzati nella prassi nordamericana.

<sup>30</sup> *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, cit., Parte 7, §§ 7.2 e 7.5.

<sup>31</sup> *Crime and Courts Act* (2013), S. 45 e Sched. 17, Parte 1, § 7.

<sup>32</sup> *Crime and Courts Act* (2013), S. 45 e Sched. 17, Parte 1, § 7.1, (a) – (b).

<sup>33</sup> *Crime and Courts Act* (2013), S. 45 e Sched. 17, Parte 1, §§ 5 e 8.7.

<sup>34</sup> Cfr. *Ministry of Justice, “Deferred Prosecution Agreements: Government response to the consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations”*, presentato al Parlamento dal Lord Chancellor and Secretary of State for Justice, ottobre 2012 (<https://www.gov.uk/government/publications/deferred-prosecution-agreements-government-response>).

<sup>35</sup> *Crime and Courts Act* (2013), s. 45 e Sched. 17, Parte 1, § 9.4 e 13.3-6.

<sup>36</sup> Poteri di intervento in favore della vittima del reato sono previsti, invece, in altre forme di diversione, come, ad esempio, nel caso della *simple caution* disposta dagli organi di polizia i quali, ai fini dell'archiviazione della *notitia criminis*, devono appunto garantire un contraddittorio con la persona offesa o danneggiata dal reato (cfr. *Ministry of Justice, Simple Cautions for Adults Offenders*, 14 novembre 2014, § 53, [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/416068/cautions-guidance-2015.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/416068/cautions-guidance-2015.pdf)).

<sup>37</sup> *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, cit., § 7.8.

<sup>38</sup> Cfr. nota n. 12.

<sup>39</sup> Più diffusamente sul punto, v. FED. MAZZACUVA, „La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Practice inglese”, cit., 185 ss. La categoria della “reactive fault” è stata teorizzata da B. FISSE, J. BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge, 1993, 49 ss., i quali osservano: «[q]uesto concetto [di colpa di reazione degli enti collettivi, ndr] riflette tre luoghi comuni: 1) la forza di atteggiamenti di risentimento verso aziende le quali si rifiutino o comunque non riescano a reagire con diligenza, ogni qualvolta ciò sia richiesto dalla natura nociva o eccessivamente rischiosa delle attività svolte dalle aziende medesime; 2) la prassi inevitabile in organizzazioni di medio-grandi dimensioni di delegare gli aspetti di *compliance* a funzioni subordinate, salvo le questioni di maggiore importanza; e 3) l'affidamento che le società ripongono negli strumenti civilistici di *enforcement* e la tipica percezione che il procedimento penale venga aperto solo qualora non siano disponibili altri rimedi in sede civile». Sul punto v. anche G. GOBERT, *Corporate Criminality: four models of fault*, cit., 407 ss. In argomento, per la letteratura italiana, v.: C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 373 ss.; A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010, 218 ss.

<sup>40</sup> *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, cit., § 2.8.2, II.

porta, quindi, che la *company* non fosse sufficientemente *compliant* all'epoca della commissione del fatto, purché la stessa, una volta commesso l'illecito, colga l'occasione di reagire per colmare le lacune organizzative. A questo proposito, la *deferred prosecution* estende di gran lunga l'ambito di operatività dei *compliance programme*, sinora previsti solo dal *Bribery Act*<sup>41</sup>; del resto, il *Code of Practice* non manca di occuparsi dei contenuti specifici del modello organizzativo, al di là dei principi generali già contenuti nella *Guidance* in materia di corruzione<sup>42</sup>.

In secondo luogo, peso considerevole è attribuito alla circostanza che gli organi amministrativi abbiano assunto "genuinamente", entro un ragionevole lasso di tempo dal fatto, un "*proactive approach*" che può estrinsecarsi in diversi modi: cooperazione alle indagini; irrogazione di sanzioni disciplinari; risarcimento del danno; ecc. Addirittura, si suggerisce al Pubblico Ministero l'opportunità di valutare se l'ente, che abbia nel frattempo posto in essere i rimedi suindicati, non debba essere considerato soggetto "diverso" rispetto a quello al quale è riferibile l'illecito e, in quanto tale, non meritevole di rimprovero<sup>43</sup>.

Benché la "colpa di reazione" rappresenti una categoria ancora non sufficientemente indagata dalla dottrina in tutte le sue implicazioni, essa ha il pregio di rappresentare un criterio d'imputazione dell'illecito all'ente innovativo in quanto interamente "ritagliato" sulle peculiarità del soggetto collettivo.

Da questo punto di vista, l'esperienza anglo-americana rappresenta senz'altro un terreno di sperimentazione di straordinario interesse viepiù che – come segnalato da più parti – in sistemi di giustizia basati sul principio di discrezionalità dell'azione penale (come quello statunitense e anglosassone), le linee guida, volte ad orientare l'operato degli organi inquirenti, acquisiscono un'importanza tale da poter addirittura stravolgere i regimi di responsabilità vigenti nel diritto sostanziale<sup>44</sup>.

### 3. Conclusioni: l'esperienza anglo-americana come possibile modello per una riforma del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231?

Gli istituti di diversione processuale possono essere considerati come l'ultimo approdo del processo di cambiamento del paradigma di regolamentazione del mercato e, in definitiva, dell'evoluzione (o sarebbe meglio dire "involuzione", non priva di insidie) dello Stato di diritto verso quello che è stato autorevolmente definito uno "Stato minore"<sup>45</sup>. La giustizia, lungi dall'essere amministrata "dall'alto", viene attuata mediante tecniche di "privatizzazione" del giudizio nell'ambito delle quali la centralità del giudice cede rispetto alle iniziative assunte dalle parti in causa.

Per quanto attiene, più specificamente, gli ordinamenti di area europea, costituisce osservazione del tutto ricorrente quella che segnala una "dinamica di convergenza" della politica del processo, nel senso che mentre negli ordinamenti improntati alla doverosità dell'azione penale

<sup>41</sup> Sino alla riforma in commento, l'istituto del *compliance programme* era relegato, nel Regno Unito, all'ambito di applicazione della *Section 7* del *Bribery Act* (2010), con riferimento alla fattispecie di *failure of relevant commercial organisations to prevent bribery*, illecito previsto – appunto – solo per le organizzazioni commerciali "rilevanti". In argomento, v. tra gli altri: V. MONGILLO, *The Bribery Act 2010. Corporate criminal liability for bribery offences*, in A. FIORELLA, *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Liability "ex crimine" of Legal Entities in Member States*, Napoli, 2012, 315 ss.

<sup>42</sup> Ci si riferisce alla *Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing*, pubblicata dal *Ministry of Justice* nel marzo 2011 (<https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>). Più in dettaglio, la *Guidance* fornisce una lista di sei principi generali, corredati da commenti ed esempi: la proporzionalità (*proportionality*), ossia la necessità di predisporre un'organizzazione aziendale adeguata al grado di "rischio corruzione" stimato all'interno dell'ente, alle dimensioni di quest'ultimo e al settore di mercato in cui opera la società; il coinvolgimento degli organi di vertice nell'attività di "sensibilizzazione" ad ogni livello aziendale in ordine alla non tolleranza di attività illecite (*top level commitment*); la valutazione del "rischio corruzione" con riferimento alle aree aziendali "sensibili" (*risk assessment*); la predisposizione di procedure, di flussi informativi e di meccanismi di controllo (*due diligence*); la diffusione del *compliance programme* all'interno dell'impresa, anche attraverso appositi corsi indirizzati a dipendenti e collaboratori (*communication*) ed, infine, l'aggiornamento ed il controllo del modello organizzativo (*monitoring and review*). In argomento, v. tra molti: V. MONGILLO, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>43</sup> *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, cit., § 2.8.2.

<sup>44</sup> In questi termini, v. tra gli altri L. ORLAND, *The Transformation of Corporate Criminal Law*, in *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, 2006, n. 45, 84 ss. Sull'influenza del formante processuale sulla formulazione stessa della norma penale sostanziale, cfr. per la dottrina italiana: F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, 216 ss.; tra i contributi più recenti, M. LAVACCHINI, *La lotta alla corruzione nel sistema penale inglese. Il Bribery Act del 2010 tra scelte di diritto sostanziale e discrezionalità applicativa*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2014. Gli intrecci tra diritto penale sostanziale e processuale nel settore della *diversion* sono evidenziati anche da F. RUGGERI, *Diversion: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, cit., 538.

<sup>45</sup> Secondo la nota ricostruzione, di ispirazione foucaultiana, proposta da A. GARAPON, *La raison du moindre État*, Parigi, 2010, *passim*.

si registra un'apertura sempre maggiore verso ambiti di discrezionalità mediante procedure di c.d. giustizia negoziata, in quelli tradizionalmente più distanzi al principio di opportunità si tende a vincolare l'agire del Pubblico Ministero mediante direttive gerarchiche di provenienza governativa<sup>46</sup>. Rispetto all'esperienza italiana, il riferimento è, ovviamente, all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova per gli imputati maggiorenni, introdotto con l. n. 67 del 2014, di modifica del codice penale e di quello di rito<sup>47</sup>. In questa prospettiva, l'estensione agli enti della messa alla prova potrebbe rappresentare un "trapianto" a limitato rischio "di rigetto", e ciò per diverse ragioni.

Anzitutto, il settore del diritto penale d'impresa è – come noto – tradizionalmente pervaso dalla logica della contrattazione<sup>48</sup>: basti pensare a quell'insieme eterogeneo di istituti disseminati nelle pieghe della legislazione, come ad esempio nell'ambito della sicurezza sul lavoro e (più di recente) nel settore dei reati ambientali, che consentono in modi diversi la "fuga" dal procedimento penale a seguito di una sorta di ravvedimento operoso *post factum*<sup>49</sup>.

Con specifico riguardo al d. lgs. n. 231 del 2001, può osservarsi come una sorta di "riabilitazione" (ancorché endoprocessuale) non sia certo estranea all'originaria logica del decreto: il riferimento è, evidentemente, all'art. 12 d. cit., che prevede un'attenuazione della sanzione qualora l'ente, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, abbia risarcito il danno o eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero ancora adottato ed attuato un modello organizzativo idoneo; nonché all'art. 17 del decreto medesimo il quale stabilisce che, nel caso in cui l'ente realizzi tutte le condotte riparatorie menzionate ed, inoltre, metta a disposizione il profitto ai fini di confisca, allo stesso non potranno essere comminate – in caso di condanna – sanzioni interdittive<sup>50</sup>.

Per altro verso, margini di discrezionalità del Pubblico Ministero sono già previsti dalla normativa vigente nella disciplina dell'archiviazione del procedimento nei confronti della persona giuridica, di cui all'art. 58 del decreto.

Tuttavia, le ragioni di opportunità di una simile proposta di riforma risiedono soprattutto nel fatto che la diversione processuale potrebbe contribuire a superare l'*impasse* rappresentato dal giudizio di idoneità ed efficace attuazione del modello organizzativo *ex art. 6 d. lgs. n. 231 del 2001*<sup>51</sup>, nel senso che l'adozione (ovvero implementazione) del *compliance program* costituirebbe il fulcro del "programma di riabilitazione" concordato tra le parti e sottoposto all'avallo

<sup>46</sup> In questi termini, v., tra gli altri., AA. VV., *Procedure penali d'Europa*, cit., 619; per i contributi più recenti nell'ambito della letteratura italiana, v. L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, 8-9, 1752.

<sup>47</sup> Istituto, come noto, mutuato da quello già previsto, per i minorenni, dagli artt. 28 e 29 del d.P.R. n. 488 del 1988. Sulla messa alla prova per adulti, v. tra gli altri: F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. Pen.*, 2012; M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in *Processo penale e Giustizia*, 2012; B. BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2014; M. MIEDICO, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, in *Dir. pen. cont.*, 14 aprile 2014.

<sup>48</sup> Sul punto, v. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 317 ss.

<sup>49</sup> Artt. 20, 21 e 23 d. lgs. n. 758 del 1994, che prevedono un meccanismo di sospensione del procedimento e successiva estinzione del reato a seguito dell'adempimento delle prescrizioni impartite dall'organo di vigilanza (nell'esercizio delle sue funzioni di polizia giudiziaria) e del pagamento di una somma calcolata in misura ridotta rispetto alla pena pecuniaria irrogabile in astratto: disciplina elevata a procedura generale per tutta la materia antinfortunistica dagli artt. 301 e 301-bis d. lgs. n. 82 del 2008. Modello, quest'ultimo, riproposto anche a seguito della riforma del diritto penale ambientale con l'entrata in vigore della l. n. 68 del 2015 la quale ha, tra l'altro, inserito una nuova parte VI *bis* al d. lgs. n. 152 del 2006 (Testo Unico Ambiente) che, appunto, si ispira al procedimento di estinzione delle contravvenzioni suindicato. In argomento, v. tra gli altri: M.C. AMOROSO, *La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d.lgs. 152/2006. Quali direttive per gli organi accertatori?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2015; L. MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2015; L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2015.

<sup>50</sup> Nella stessa Relazione governativa al d. lgs. n. 231 del 2001, si afferma: «[...] le contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e riorganizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e, pertanto, la rielaborazione del conflitto sociale [...] avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa» (*Relazione al decreto legislativo recante "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica"*, testo reperibile su [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it)). Sulla "vocazione" special-preventiva delle sanzioni prevista dal d. lgs. n. 231 del 2001, v. tra gli altri: G. FLORA, *Le sanzioni punitive per le persone giuridiche: un esempio di metamorfosi della sanzione penale?*, in G. Cerquetti e C. Fiorio, *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, a cura di Padova, 2004, 19 ss.; M. PELLISSERO, *La responsabilità degli enti*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di C.F. Grosso, Milano, 2007, 903; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in G. Ubertis, G.P. Voena, *Trattato di procedura penale*, Milano, 2012, 92 e ss.

<sup>51</sup> Invero, l'intero sistema di imputazione della responsabilità *ex crimine* si espone al pericolo – già ampiamente segnalato dalla dottrina – che il giudice, sostituendo la (doverosa) valutazione *ex ante* con una (indebita) valutazione *ex post* e atteggiandosi così non da "fruitore" delle regole organizzative, bensì da vero e proprio "demiurgo" delle medesime, giunge ad un giudizio che è gioco forza di inidoneità o di inefficace attuazione dei protocolli aziendali nonostante i quali l'evento si è, appunto, verificato. Sul punto, v. tra molti: G. CARMONA, *La responsabilità amministrativa degli enti: reati presupposto e modelli organizzativi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 1, 199; F. GIUNTA, *La responsabilità per omissione*, in G. A. De Francesco, *Un nuovo progetto di codice penale: dagli auspici alla realizzazione?*, a cura di, Torino, 2001, 70 ss.



del giudice. Il che, tra l'altro, significherebbe positivizzare, con maggior chiarezza e certezza applicativa, ciò che già avviene di fatto nell'ambito del procedimento cautelare o in quello principale a carico dell'ente nei quali, invero, prevale la logica negoziale<sup>52</sup>.

Ciò detto, anche alla luce dell'evidente differenza istituzionale che la Pubblica Accusa ricopre nei sistemi di *common law* ed in quelli di *civil law*, l'introduzione nel nostro ordinamento della diversione processuale per gli enti collettivi dovrebbe comportare una puntuale individuazione dei presupposti necessari per l'accesso alla procedura speciale nonché dell'oggetto della successiva deliberazione giudiziale<sup>53</sup>, al fine di rispettare il principio di obbligatorietà dell'azione "punitiva".

Inoltre, il "patto di riabilitazione", in ossequio all'autentica natura della *diversion*, dovrebbe contenere solo misure riabilitative (riferite, evidentemente, all'adozione ed implementazione del modello organizzativo) oltreché restitutorie e risarcitorie, mentre non potrebbe consentire di irrogare misure aventi natura sostanzialmente sanzionatoria<sup>54</sup>. In questo senso, guardando all'esperienza anglo-americana, mentre risulterebbe inammissibile una *financial penalty* disposta dall'accordo tra le parti, non pare potersi dire lo stesso circa la messa a disposizione del profitto "tratto dal reato" ai fini della confisca (anche, eventualmente, per equivalente), cioè ogni qualvolta la misura ablativa non abbia natura punitiva, bensì meramente "ripristinatoria" dell'ordine economico alterato dall'illecito<sup>55</sup>.

In definitiva, l'esperienza anglo-americana rappresenta senz'altro un modello cui guardare, pur con le dovute cautele.

<sup>52</sup> Per considerazioni circa le funzioni del procedimento cautelare nell'ambito del d. lgs. n. 231 del 2001, v. tra gli altri G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2010, 503 ss.

<sup>53</sup> Come è stato osservato, l'art. 112 Cost. rende incompatibili con il nostro sistema penale processuale ipotesi di diversione di tipo "semplice" (imperniata cioè sulla totale discrezionalità dell'organo di accusa), non di tipo "condizionato"; sul punto, v. M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Legislazione penale*, 2000, 125; V. GREVI, *Rapporto introduttivo su "diversion" e "mediation"*, in *Rassegna penitenziaria e criminologia*, 1983, 1, 52; F. RUGGIERI, *Diversión: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. Pen.*, 1985, 539.

<sup>54</sup> Ciò intendendo per "diversion" «ogni deviazione dalla normale sequenza di atti del processo penale, prima della pronuncia dell'imputazione; essa comprende: (a) le attività svolte dagli organi pubblici cui sono attribuite funzioni di controllo sociale, al di fuori del sistema penale; (b) l'esercizio, da parte della polizia e degli organi di accusa, di poteri volti ad evitare il promuovimento dell'azione penale; (c) le procedure alternative all'esercizio dell'azione penale», con la precisazione che essa può essere «accompagnata da misure non penali di risoluzione del conflitto (ad esempio provvedimenti di natura riabilitativa, terapeutica o educativa, ovvero misure risarcitorie e restitutorie [c.d. *diversion* con intervento, distinta da quella "semplice", ndr] (...)), secondo la tradizionale definizione fornita dalle *Risoluzioni del XII Congresso internazionale di diritto penale sul tema "diversion e mediazione"*, con commento di F. RUGGIERI, *Diversión: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, cit., 533 ss. In argomento v., tra molti: M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, cit., 99 ss.; V. GREVI, *Rapporto introduttivo su "diversion" e "mediation" nel sistema penale italiano*, cit., 47.

<sup>55</sup> Non si intende, in questa sede, affrontare l'ampio dibattito circa la natura delle diverse forme di confisca previste dal nostro ordinamento; per le considerazioni esposte (e, in particolare, sul tema della natura della confisca prevista dall'art. 6, ult. co., d. lgs. n. 231 del 2001), ci si limita a rinviare a D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, 335. Nello stesso senso, v. M. LECCESE, *Responsabilità delle persone giuridiche e delitti con finalità di terrorismo o eversione dell'ordine democratico (art. 25 quater d. lgs. 231 del 2001)*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2003, 1199 e, più di recente, L.D. CERQUA, D. FONDAROLI, *sub* Articolo 9, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. Levis, A. Perini, Bologna, 2014, 259.