



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto e Procedura Penale degli Enti

ANNOTAZIONE DELL'ILLECITO DIPENDENTE DA REATO:
PROFILI PROBLEMATICI

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa

Maria Lucia Di Bitonto

CANDIDATO

Giuseppe Muscato

Matr. 127853

CORRELATORE

Chiar.ma Prof.ssa

Elisa Scaroina

ANNO ACCADEMICO 2017/2018

*Ai miei genitori e a mia sorella,
che hanno condiviso con me
i sacrifici, le gioie e i successi
del mio percorso universitario.*

INDICE

Introduzione	1
---------------------------	----------

Capitolo I

I profili generali dell'annotazione ex art. 55 d.lgs. n. 231/2001

1. Considerazioni introduttive	5
2. Presupposti dell'annotazione	6
3. Modalità di acquisizione della notizia dell'illecito	13
4. Obbligo o discrezionalità del pubblico ministero nell'annotazione	17
5. Modalità dell'annotazione	26
6. Contenuto e aggiornamenti dell'annotazione	29
7. Rapporti fra annotazione dell'illecito e iscrizione della <i>notitia criminis</i>	35

Capitolo II

L'annotazione all'interno dell'iter procedimentale: il momento genetico delle indagini preliminari

1. Superamento del principio <i>societas delinquere non potest</i> : l'ente sottoposto alle indagini.....	42
1.1 Oggetto delle indagini preliminari e modalità di partecipazione dell'ente...	48
2. Panorama delle fonti della disciplina sulle indagini preliminari <i>de societate</i> ...	52
3. Centralità della fase investigativa nel procedimento penale della società.....	63

Capitolo III

La comunicazione dell'annotazione

1. Annotazione e secretazione delle indagini preliminari	69
2. Prerogative della difesa circa la conoscibilità dell'annotazione	82
3. Profili problematici inerenti al contenuto oggetto della comunicazione.....	90
4. Conoscibilità dell'annotazione e vicende modificative dell'ente	97
5. Regimi speciali di comunicazione dell'annotazione	103

Capitolo IV

Annotazione e limiti cronologici delle indagini preliminari

1. Durata delle indagini a carico dell'ente	112
2. Tempistiche dell'annotazione e c.d. <i>simultaneus processus</i>	124
3. Sindacabilità della data d'iscrizione della notizia di reato da parte del giudice: la posizione della giurisprudenza di legittimità	137
4. La disciplina delle proroghe	147

Capitolo V

Profili critici della disciplina dell'annotazione: possibili soluzioni alla luce di una ricerca comparata

1. Panorama delle procedure per l'accertamento della responsabilità societaria: le finalità, il metodo e l'oggetto della ricerca comparata	158
1.1. Il sistema francese.....	162
1.2. Il sistema inglese	167
1.3. Il sistema americano	175
1.4. I principi comuni ai diversi sistemi	181

2. Il rischio di un aggiramento del limite della durata massima delle indagini preliminari: il sistema italiano e francese a confronto.....	184
3. La mancata corrispondenza fra l'istituto dell'annotazione e le esigenze difensive dell'ente: la difesa prima del dibattimento nei processi anglo-americani..	194
Osservazioni conclusive.....	202
Bibliografia.....	208

Introduzione

Con il d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, intitolato “Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica”, per la prima volta l’ente viene presentato quale centro di imputazione di responsabilità nel processo penale. È con questo decreto che viene quindi creato un sistema concernente la criminalità delle imprese, che nell’arco di neanche un ventennio si è allargato più volte.

L’introduzione di questa forma di responsabilità societaria, spesso definita una rivoluzione copernicana rispetto al brocardo latino risalente alla tradizione romanistica per cui *societas delinquere non potest*, è stata accompagnata dalla creazione di una disciplina *sui generis*.

La parte che maggiormente ci interessa ai fini del presente lavoro di tesi è il piccolo codice di carattere processuale contenuto all’interno del decreto, a partire dal capo III. Si tratta di un sistema che, lungi dal poter essere considerato autosufficiente, necessita di una continua etero-integrazione da parte del codice di rito.

Questa integrazione risulta indispensabile anche per l’istituto dell’annotazione dell’illecito amministrativo, che può essere considerata non solo la prima tappa dell’*iter* procedimentale, ma anche il primo aspetto regolato dalla disciplina delle indagini preliminari a carico dell’ente.

Quello dell’annotazione è un adempimento che riveste un’importanza cruciale, non tanto e non solo perché segna il momento genetico dell’*iter* procedurale ma anche perché esso è ricolmo di profili problematici, in ragione delle sue molteplici e complesse funzioni.

Le tematiche che si ricollegano al momento e alle modalità con le quali la notizia dell’illecito deve essere annotata coinvolgono questioni di ampio rilievo e di una valenza non solo formale.

Eppure, nonostante ciò, il decreto legislativo, confermando la sua ricorrente snellezza di disciplina, dedica all’annotazione una sola norma sintetica, l’art. 55. E questa norma sarà, prima di ogni altra cosa, l’oggetto del presente lavoro.

Infatti, per fornire un'analisi completa di un così importante adempimento, sembra opportuno cominciare dall'esegesi del testo normativo. Il capitolo I è dunque dedicato alla trattazione dei profili essenziali dell'annotazione, in particolar modo ai presupposti, alle modalità e al contenuto dell'adempimento a cui è chiamato il Pubblico Ministero.

Si tratta certamente di una formalità che richiede regole ben precise, e che investe, fra l'altro, anche il profilo costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Esauriti per così dire gli aspetti normativi circa la fisionomia dell'annotazione, si prosegue con la trattazione delle variegate e complesse funzioni di questo adempimento. I capitoli II, III e IV sono infatti dedicati ai risvolti sul procedimento di un così importante istituto.

In particolare nel capitolo II, si affronta la prima e più evidente funzione, ossia quella di segnare la genesi delle indagini preliminari.

Nel capitolo III, attraverso il tema della sua comunicazione all'ente interessato, si prende in considerazione la funzione di tutela delle ragioni difensive.

Nel capitolo IV, si affronta una terza e assai problematica funzione, ossia quella di costituire il presupposto per verificare il rispetto dei limiti cronologici delle indagini preliminari.

Il V e ultimo capitolo vuole essere innanzitutto una sintesi dei profili problematici emersi nei precedenti capitoli. Ma non si esaurisce in ciò. Dopo la scoperta di ogni problematicità appare utile immaginare uno scenario alternativo. Nel capitolo conclusivo si è, dunque, cercato di elencare anche le possibili soluzioni ai problemi ricorrenti nella prassi. Soluzioni suggerite dalle esperienze giuridiche di diversi Paesi a problemi di diverso spessore e complessità che riguardano anche diritti della persona di primaria importanza.

L'analisi e la ricerca sulla tematica dell'annotazione si è svolta su un terreno quanto più pragmatico possibile.

Non si è certo sottovalutata l'importanza dell'autorevole dottrina nella comprensione delle questioni e dei nodi problematici via via incontrati. Tuttavia, si è prestata particolare attenzione al concreto lavoro del pubblico ministero per comprendere fino in fondo i suoi poteri e anche i suoi doveri.

Forse in questa scelta ha influito anche il prestigio e il fascino esercitato da una tale figura, coinvolta in prima linea nel sistema della repressione dei reati.

Ma la ragione principale che ha mosso in questa direzione la nostra analisi è da ricercare sicuramente nel fatto che è proprio il pubblico ministero il soggetto protagonista dell'intera fase in cui l'annotazione si colloca. Fase in cui diversi soggetti, a cominciare dalla polizia giudiziaria o dal difensore, hanno sempre la possibilità di interloquire con la pubblica accusa e di compiere attività utili alle indagini. A questo proposito si può, fra l'altro, osservare che le recenti riforme del codice di procedura penale sembrano proprio accrescere i poteri e il ruolo del difensore, nell'ottica di agevolare lo scontro dialettico con l'organo della pubblica accusa.

La trattazione dei diversi argomenti è stata sempre accompagnata dalla consapevolezza che un moderno Stato di diritto come il nostro, all'interno del procedimento penale, non può che garantire in modo pieno il diritto di difesa. Quel diritto di "difendersi provando", per usare l'espressione coniata da Giuliano Vassalli, che certamente riguarda anche il momento precedente il processo vero e proprio. Poiché l'art. 24 della Costituzione sancisce l'inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento, ne consegue che la "sacralità" dello stesso è automaticamente stabilita anche per la fase iniziale del procedimento.

Poco importa se si tratta di soggetto imputato o anche solo indagato, o se è coinvolta una persona fisica oppure giuridica. Il diritto di avvalersi degli strumenti pensati dal legislatore appositamente per la difesa va garantito ad ogni costo. Per queste ragioni, è sempre utile ricordare che il diritto dell'indagato a conoscere l'esistenza di indagini a proprio carico trova un espresso riconoscimento costituzionale. E proprio questo riconoscimento costituzionale deve essere enfatizzato. E ciò in ossequio al diritto alla difesa dell'indagato inteso nelle sue diverse sfaccettature: ad esempio, come diritto di venire a conoscenza della pendenza di indagini a proprio carico o di non venire sottoposto a delle indagini per un periodo illimitato.

Naturalmente, l'importanza di questi diritti non può venir meno quando sono in gioco le sorti di un ente indagato, che rischia pesanti sanzioni dal punto di vista economico o perfino la sua stessa sopravvivenza.

Poco influisce su questo tema il dibattito che impegna la dottrina sulla natura penale o amministrativa di questa responsabilità: in ogni caso alla società non deve essere negata la possibilità di difendersi fin dalle battute iniziali del procedimento.

Preso atto di ciò, sono inevitabili delle osservazioni critiche sull'operato del legislatore. Se da una parte, davanti al dilagante fenomeno della criminalità di impresa, si è fatto bene (seppure con ritardo rispetto ad altri ordinamenti) ad introdurre un processo penale delle società, non altrettanto bene si è fatto sul fronte del diritto alla difesa. Il legislatore ha, infatti, peccato di alcune gravi carenze nel predisporre adeguate garanzie difensive pensate su misura dei complessi meccanismi societari.

La scelta del legislatore di costruire un sistema non del tutto autonomo si è rilevata in molti punti carente. Il risultato è una disciplina *sui generis* che, richiedendo una continua verifica di compatibilità con la normativa codicistica prevista per le persone fisiche, finisce per creare un sistema farraginoso.

Preme a questo proposito fare un'altra osservazione introduttiva: all'interno del microsistema introdotto dal d.lgs 231/2001, si ravvisa più di una contraddizione. Se da un lato, infatti, si impone all'ente di scegliere fra strategie difensive diverse a seconda della persona interna alla società che ha commesso il reato, dall'altro non si garantisce una puntuale conoscenza della persona indagata per il reato presupposto. O ancora, se da un lato si chiede alla società un enorme sforzo sul piano probatorio, dall'altro non sempre si garantisce la possibilità di sfruttare appieno le potenziali risorse di una investigazione difensiva.

Per queste ragioni, lo studio sul tema dell'annotazione è stato in particolar modo orientato verso la ricerca di possibili soluzioni a questi profili critici, e in particolare al profilo della legittimità costituzionale di una simile disciplina rispetto al principio del giusto processo e del diritto alla difesa.

Il presente lavoro intende allora esaminare queste criticità, partendo proprio dal testo normativo per poi allargare lo sguardo a schemi via via più ampi, passando dal piccolo codice processuale contenuto all'interno del decreto alla disciplina processuale penale italiana, fornita dal codice di procedura, per poi arrivare alla disciplina processuale penale europea, ed extra europea.

Capitolo I

I profili generali dell'annotazione *ex art. 55 d.lgs. n. 231/2001*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. Presupposti dell'annotazione. – 3. Modalità di acquisizione della notizia dell'illecito. – 4. Obbligo o discrezionalità del pubblico ministero nell'annotazione. – 5. Modalità dell'annotazione. – 6. Contenuto e aggiornamenti dell'annotazione. – 7. Rapporti fra annotazione dell'illecito e iscrizione della *notitia criminis*.

1. Considerazioni introduttive

L'annotazione dell'illecito dipendente da reato è un adempimento disciplinato dall'art. 55 del D.lgs. 231/2001¹, norma che apre la sezione V del capo III decreto, ovvero la sezione dedicata alle indagini e all'udienza preliminare. La collocazione di questo articolo all'interno del decreto rivela un'importante informazione sull'oggetto del presente lavoro.

Si tratta infatti di una norma inserita all'inizio di quella che in ogni procedimento penale è la fase dedicata a sciogliere il primo nodo fondamentale: l'alternativa fra esercizio e non esercizio dell'azione penale.

La principale funzione dell'annotazione è quindi quella di avviare l'*iter* procedimentale attraverso la genesi delle indagini preliminari.

L'art. 55, inoltre, è inserito subito dopo la sezione IV, dedicata alle misure cautelari, e inaugurando, per così dire, la parte della disciplina dedicata alla fase prodromica, costituisce anche il primo fondamentale adempimento che grava sul pubblico ministero.

Questa norma delinea appunto un onere ben preciso in capo all'organo della pubblica accusa che abbia acquisito la notizia dell'illecito dipendente da reato commesso dall'ente collettivo: l'onere di annotarla nel registro di cui all'art. 335 del codice di procedura penale.

¹ Le norme citate nel prosieguo dell'opera senza ulteriore indicazione si intendono riferite al D.lgs. 231/2001.

2. Presupposti dell'annotazione

Affinché sorga l'obbligo dell'annotazione, è necessario che risultino integrati una serie di presupposti, solo in minima parte specificati nel testo dell'art. 55.

Prima di esaminarli da vicino, è conveniente elencarli sinteticamente per offrirne un panorama generale. Sono da considerare presupposti dell'annotazione: l'acquisizione di una notizia di illecito dai contorni sufficientemente delineati; la regolare investitura del titolare dell'azione penale; l'identificazione della società alla quale riferire l'illecito; la riconducibilità dell'illecito alla sfera di un ente ricompreso tra quelli di cui all'art. 1; l'accertamento di una sufficiente autonomia patrimoniale e capacità organizzativa interna della società.

L'analisi circa i presupposti dell'annotazione non può prescindere da un primo punto di partenza: il tema è evidentemente caratterizzato da una forte analogia con i presupposti dell'iscrizione della notizia di reato².

In primo luogo, si può pertanto affermare che l'obbligo del pubblico ministero di annotare la notizia dell'illecito sorge quando la stessa notizia «travalica l'ambito del mero sospetto di consumazione ed assume contorni sufficientemente delineati nelle sue linee essenziali»³. Proprio come accade in sede di valutazione della notizia di reato commesso da una persona fisica, non è richiesto al pubblico ministero di adempiere all'obbligo in maniera automatica, e pertanto non è sufficiente per l'annotazione la sola ipotesi di illecito non corredata da elementi certi.

È necessario tuttavia approfondire il tema per non cadere in facili errori.

Non si può infatti pretendere ai fini dell'annotazione quello che serve al diverso fine di imputare l'illecito: una cosa è annotare una società nel registro *ex art. 335*, ben diversa cosa è ritenere fondata la sua responsabilità⁴. Pertanto, ciò che deve essere considerato il primo e indefettibile presupposto dell'annotazione è che il pubblico ministero si trovi davanti un'ipotesi di responsabilità anche astratta, sebbene non sfumata e inverosimile. Per comprendere quando l'organo della pubblica accusa deve

² DE FALCO, G., *L'annotazione della notizia dell'illecito amministrativo dell'ente: questioni teoriche e soluzioni pratiche*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2013, n. 4, p. 148. L'Autore nell'affrontare il tema ritiene opportuno perciò «far ricorso alle considerazioni che abitualmente si espongono a proposito dell'iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.». (*Ibidem*).

³ *Ibidem*.

⁴ PADULA, L., *L'annotazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2010, n. 1, p. 24.

procedere ad annotazione, deve essere ben chiaro che quest'onere sorge solo davanti ad una notizia che possieda determinate caratteristiche.

Una notizia suscettibile di iscrizione si compone di due diversi elementi: la percezione di un fatto e la sua qualificazione come penalmente rilevante⁵.

Questi due aspetti vengono rispettivamente chiamati il suo «contenuto» e la sua «consistenza». Con il *contenuto* di una notizia di reato si intende «il grado di corrispondenza a dati effettuali verificati», con la *consistenza* «il grado di conformità a determinata fattispecie di reato»⁶. Il pubblico ministero dovrà quindi procedere ad annotazione quando si trova davanti una notizia che contiene un fatto storicamente accaduto e che presenta uno o più elementi propri di una fattispecie criminosa.

Se, però, rientra all'interno delle prerogative del pubblico ministero il qualificare un certo fatto come notizia suscettibile di annotazione o di iscrizione, è comunque opportuno ribadire che all'interno della notizia di reato non devono necessariamente essere ricompresi tutti gli elementi indicati dalla norma; ciò è necessario esclusivamente ai fini della formulazione dell'imputazione. Infatti, solo nell'atto d'imputazione occorre che il fatto storico e la norma penale coincidano⁷.

Allo stesso modo ai fini dell'annotazione, non è necessario accertare la presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito: questa presenza dovrà essere accertata prima dell'atto di contestazione, mentre la notizia dell'illecito suscettibile di far attivare il meccanismo *ex art. 55* corrisponde solo ad un'ipotesi concreta di responsabilità.

Al dire il vero, questo argomento spinge a trattare un tema controverso, ovvero l'interrogativo se ai fini dell'annotazione sia necessario accertare che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, che risulti un difetto nei modelli di organizzazione, gestione o controllo, che la persona fisica iscritta nel registro degli indagati per il reato presupposto abbia un legame qualificato con la società.

Un primo schieramento ritiene sufficiente che l'ipotesi di responsabilità sia astratta, purché questa si dimostri chiara e ragionevole⁸.

⁵ APRATI, R., *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010, p. 7.

⁶ *Ivi*, p. 8.

⁷ *Ivi*, p. 9. L'autrice ritiene infatti che occorre mantenere sempre la diversità funzionale fra imputazione e notizia di reato.

⁸ Fra gli altri anche PADULA, L., *op. cit.*, p. 24, e DI BITONTO, M. L., *Le indagini e l'udienza preliminare, in Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2010, p. 603.

Altri invece considerano quale presupposto indefettibile dell'annotazione anche il *fumus* di responsabilità del soggetto collettivo⁹. Secondo l'opinione di quanti appartengono al secondo orientamento, sarebbe corretto imporre all'organo della pubblica accusa il delicato compito di accertare già in questo primissimo snodo procedurale la sussistenza di tutti gli elementi indizianti delineati agli articoli 5, 6 e 7.

L'opinione che appare preferibile è però la prima. Sembra, infatti, logico distinguere due situazioni macroscopicamente diverse: come affermato in precedenza, una cosa è procedere all'annotazione della società nel registro *ex art.* 335, altra cosa è accertarne la responsabilità in giudizio. Solo la prima delle due attività viene demandata al pubblico ministero, essendo rimesso al giudice il compito di verificare la sussistenza degli elementi indizianti. Se si seguisse il secondo orientamento, ne discenderebbero risultati poco desiderabili: l'implicazione più rischiosa sarebbe che il pubblico ministero, dovendo rintracciare tutti gli elementi inerenti alla struttura concettuale dell'illecito, potrebbe allungare i tempi strettamente necessari all'adempimento¹⁰.

Si tratta infatti di una valutazione che molto difficilmente l'organo della pubblica accusa potrebbe effettuare in poco tempo. In particolare, sarebbe del tutto irragionevole chiedere al pubblico ministero di valutare velocemente aspetti molto delicati, come l'eventuale *deficit* nella predisposizione dei modelli di prevenzione dei reati, oppure il rapporto fra la persona fisica indagata e la società coinvolta.

Per tutte queste ragioni, non sembra corretto affermare che il *fumus* di responsabilità dell'ente debba essere inserito all'interno dei presupposti dell'annotazione¹¹.

Di contro, pare più ragionevole accordare sostegno a quella parte di dottrina che ha sapientemente fatto notare come «l'annotazione presuppone soltanto l'ipotetica configurabilità a carico della *societas* di una responsabilità dipendente da reato»¹², e che quindi «deve escludersi che l'annotazione vada effettuata solo a fronte di un *fumus* di

⁹ Fra gli altri AMATO, G., *Le interferenze fra la responsabilità dell'ente e quella della persona fisica*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2012, n. 2, p. 17.

¹⁰ PADULA, L., *op. cit.*, p. 24. L'autore afferma anche che se si ritenesse il *fumus* di responsabilità un presupposto dell'annotazione, il pubblico ministero, nel dubbio sulla riconducibilità delle fattispecie ai paradigmi dell'illecito amministrativo «potrebbe differire o addirittura omettere l'annotazione avvantaggiandosi di termini più ampi di quelli previsti dalla legge per i relativi accertamenti». (*Ibidem*).

¹¹ Il *fumus* di responsabilità è invece richiesto senza dubbio ai fini del completamento del quadro indiziario contro l'ente per l'applicazione di una misura cautelare.

¹² DI BITONTO, M. L., *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Napoli, 2012, p. 124.

responsabilità del soggetto collettivo e non sulla base della semplice ricezione o apprensione della *notitia criminis*»¹³.

Il discorso potrebbe essere diverso, invece, quanto al requisito dell'interesse o vantaggio: sono molto frequenti i casi in cui, pur essendo stato commesso il reato da un soggetto che opera all'interno dell'ente e che abbia anche sfruttato il suo ruolo per compierlo, questo stesso reato non produca conseguenze da inserire all'interno della sfera di interesse della società.

Occorre ricordare che il decreto legislativo esige che l'ente sia responsabile solo per i reati commessi nel suo interesse o vantaggio¹⁴: se il reato commesso fuoriesce del tutto dalla sfera dell'interesse o vantaggio dell'ente, il decreto prevede una clausola di esclusione della responsabilità. Pertanto, esistono delle ipotesi in cui il pubblico ministero anche sulla base di una rapida valutazione può agevolmente escludere il coinvolgimento dell'ente e omettere di conseguenza l'annotazione. Ad esempio, con riferimento al reato di truffa di cui all'art. 640, comma 2, n. 1, c.p., l'annotazione può essere omessa quando risulta che il profitto indebitamente conseguito è confluito su un conto corrente di esclusiva disponibilità della persona fisica.

In questo senso, si potrebbe ammettere che presupposto dell'annotazione sia il fatto che il reato possa aver provocato un vantaggio alla società. Se il vantaggio è già *a priori* escluso con certezza, non vi sarebbe ragione per procedere ad annotazione.

La specifica valutazione del pubblico ministero sulla notizia di cui è venuto a conoscenza deve poi tenere conto anche del principale elemento costitutivo richiesto per la configurazione dello stesso illecito, ovvero la commissione di un reato presupposto¹⁵.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Questo requisito è richiesto dall'art. 5 del decreto. A questo proposito la dottrina ha anche affermato che «richiedendosi che la persona fisica autrice del reato abbia agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente, si mira ad assicurare il rispetto del principio di personalità, nella sua misura minima, che vieta forme di responsabilità per fatto altrui: “la prova dell'esistenza di un collegamento rilevante tra individuo e persona giuridica consente infatti di identificare l'organizzazione come assoluta protagonista di tutte le vicende che caratterizzano la vita sociale ed economica dell'impresa e quindi come fonte del rischio del reato. La sanzione amministrativa diretta alla persona giuridica colpisce lo stesso centro di interessi che ha dato origine al reato”». (VENEZIANI, P., *Sub art. 5*, in *Enti e Responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Torino, p. 104).

¹⁵ DE FALCO, G., *op. cit.*, p. 149. L'Autore ritiene anche che la specifica valutazione deve tenere conto degli specifici requisiti cui la legge ancora la configurabilità di un illecito amministrativo dell'ente. E ciò non perché si debba ritenere necessario un *fumus* di responsabilità dell'ente, ma in quanto la configurabilità dell'illecito è comunque subordinata a dati ulteriori.

L'ente potrà dunque eventualmente essere chiamato a rispondere per un illecito che ha di fatto una struttura complessa, ma che per la sua esistenza richiede innanzitutto un reato da cui dipendere.

La scelta del legislatore italiano di circoscrivere la responsabilità delle società a un catalogo predefinito di reati influisce quindi sul numero dei casi in cui possono dirsi integrati tutti i presupposti per l'annotazione. Diversamente da quanto avviene con il modello francese, improntato al principio di responsabilità universale, in cui l'ente può essere chiamato a rispondere per qualsiasi reato, nell'ordinamento italiano è essenziale che il reato dipendente rientri nel *numerus clausus* indicato dal legislatore.

La commissione di un reato tipico può quindi a ben ragione essere considerata un presupposto necessario per l'annotazione.

Affinché possa ritenersi obbligato a procedere ad annotazione, il pubblico ministero deve però anche accertare la riferibilità dell'illecito al soggetto collettivo. *In primis*, si dovrà quindi verificare e valutare la natura giuridica dell'ente da annotare a registro. In secondo luogo, si dovrà controllare se l'ente coinvolto nella notizia possa essere ricompreso all'interno dei soggetti suscettibili di attribuzione di responsabilità in base all'art. 1¹⁶.

Il decreto richiede infatti che il soggetto collettivo sia una società o un'associazione anche non necessariamente fornita di personalità giuridica, escludendo così qualsiasi responsabilità nel caso in cui l'ente coinvolto sia lo Stato, un ente pubblico territoriale, un ente pubblico non economico o un ente di rilievo costituzionale.

Pertanto, sembra del tutto logico ritenere ricompresa fra i presupposti dell'annotazione la circostanza per cui l'ente colpito dalla notizia dell'illecito non sia uno di quelli per cui non possano applicarsi le disposizioni previste dal decreto. A voler ragionare al contrario, presupposto dell'annotazione è che l'ente coinvolto dalla notizia di reato sia un soggetto autonomo, capace di agire e più precisamente di delinquere.

È necessario, inoltre, che il soggetto abbia un'autonomia patrimoniale e una capacità organizzativa interna anche minima.

Quanto all'autonomia patrimoniale, essa è necessaria ai fini dell'imputazione dell'interesse o vantaggio richiesti per la configurazione dell'illecito: come si potrebbe infatti asserire che l'ente abbia tratto un profitto dalla commissione del reato, se poi non

¹⁶ PADULA, L., *op. cit.*, p. 22.

è individuabile un patrimonio autonomo a cui riferire il predetto aumento patrimoniale scaturito dal reato?

Quanto alla capacità organizzativa, essa è richiesta ai fini dell'individuazione delle carenze nella predisposizione dei modelli di prevenzione e gestione del rischio.

Dunque, per quanto riguarda le tipologie di società alle quali riferire gli illeciti dipendenti da reato, possiamo indicare che si tratta di un insieme che comprende «le persone giuridiche private, le società di persone e di capitali; gli enti pubblici economici, le associazioni non riconosciute ed i comitati»¹⁷.

«Mancando qualsiasi specificazione nell'art. 1 d.lgs. n. 231 del 2001 riguardo le società di capitali, occorre ricomprendere le società per azioni, (art. 2325 c.c.) in accomandita per azioni (art. 2452 c.c.), e le società a responsabilità limitata (art. 2462 c.c.)»¹⁸.

Non è necessario che l'ente abbia personalità giuridica¹⁹. In particolare, la dottrina ha messo in rilievo che «l'associazione non riconosciuta, nonché le società di fatto e le associazioni in formazione sono responsabili se partecipano al traffico giuridico, secondo il criterio di effettività, e sempre che siano organizzate secondo le forme dell'associazione. Si tratta dunque di enti che, pur in mancanza della personalità, ma operando nell'ordinamento, assumono la dimensione di soggetti giuridici autonomi»²⁰.

Il pubblico ministero, quindi, per decidere se coinvolgere o meno un ente, annotandone le generalità nel registro, dovrà prescindere dalla struttura esterna della società, e porre l'accento sul tipo di attività che questo esercita: se questa è un'attività corrispondente a quella svolta da un ente fra quelli indicati in precedenza, non vi dovrebbe essere nessuno ostacolo all'annotazione.

Un altro presupposto dell'annotazione riguarda l'investitura del titolare dell'azione penale²¹. Questo nodo tuttavia si scioglie con facilità.

¹⁷ PAOLOZZI, G., *Vademecum degli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato: dal d.lgs. n. 231 del 2001 alla l. n. 146 del 2006*, Torino, 2006, p. 38.

¹⁸ VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, p. 31.

¹⁹ Tale scelta viene giustificata nella stessa Relazione al decreto legislativo, a mente del quale i soggetti privi di personalità giuridica potrebbero addirittura sottrarsi più agevolmente al controllo statale, e sono quindi soggetti a un maggior rischio di attività illecite.

²⁰ MASSI, S., *Veste formale e "corpo organizzativo" nella definizione del soggetto responsabile per l'illecito da reato*, Napoli, 2012, p. 194.

²¹ PADULA, L., *op. cit.*, p. 21.

L'art. 55 infatti afferma genericamente che per procedere all'annotazione il pubblico ministero deve aver acquisito la notizia, e quindi implicitamente richiede che l'organo dell'accusa sia regolarmente investito. Del resto, una volta che viene attribuita al giudice penale la competenza a conoscere gli illeciti, è quasi automatico che la competenza per l'annotazione spetti al pubblico ministero presso il giudice chiamato a conoscere del reato presupposto. L'unicità del fatto storico richiede di fatti che sia unico l'organo incaricato di svolgere le investigazioni atte a determinare se dagli elementi raccolti l'accusa sia o meno sostenibile in dibattimento.

Inoltre, non sorgono dubbi sul fatto che il p.m. può procedere all'annotazione solo quando il fatto storico da cui è scaturita l'ipotesi di responsabilità dell'ente non sia stato iscritto nel registro dei fatti non costituenti notizia di reato: infatti, nessun illecito amministrativo può collegarsi ad un'iscrizione a modello 45, perché l'annotazione presuppone sempre un illecito amministrativo dipendente appunto da un reato.

Dopo aver esaminato i presupposti dell'annotazione, vediamo adesso cosa invece *non* viene considerato un presupposto dell'annotazione.

Innanzitutto, non può essere considerato un presupposto per l'annotazione la previa conoscenza del soggetto cui è ascrivibile il reato dipendente: l'art. 8 infatti prevede chiaramente che la responsabilità dell'ente collettivo sussiste anche quando l'autore del reato non è identificabile.

In senso contrario invece si richiede la previa identificazione della società a cui attribuire l'illecito, non essendo consentita l'annotazione contro ignoti, a differenza di quanto accade per le persone fisiche. Questo presupposto si ricava dallo stesso art. 55, poiché esso individua gli elementi identificativi dell'ente come passaggio indefettibile per l'annotazione.

Inoltre, non viene considerato un presupposto dell'annotazione il fatto che la società coinvolta non si trovi in stato di fallimento²²: la dottrina ha affermato che «la

²² La questione circa l'eventuale rilevanza del fallimento della società ai fini dell'estinzione dell'illecito è stata affrontata dalla Corte di Cassazione. La Corte osserva che il fallimento non provoca ancora la morte della società e per queste ragioni non può determinare l'estinzione dell'illecito o delle sanzioni irrogate in seguito al suo accertamento. (Cass., Sez. VI, 26 Settembre 2012, n. 44842, in LASCO, G., LORIA, V., MORGANTE, M., *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 23*, Torino, 2017, p. 411).

dichiarazione di fallimento non rappresenta affatto una causa estintiva della società, come risulta, del resto, confermato dagli effetti “precari” della stessa»²³.

Infatti, la procedura concorsuale può chiudersi anche con l’avvenuto soddisfacimento di tutti i creditori o con la mancanza di insinuazioni al passivo²⁴: in questi casi la società sopravvive e riacquista la piena disponibilità dei beni.

«L’inidoneità della dichiarazione di fallimento ad incidere irreversibilmente sul profilo sanzionatorio derivante dalla commissione degli illeciti ex d.lgs. n. 231 del 2001»²⁵ dimostra quindi che il pubblico ministero può procedere ad annotazione anche nei confronti di una società coinvolta in una procedura concorsuale.

3. Modalità di acquisizione della notizia dell’illecito

Si è affermato che il primo presupposto necessario per l’annotazione è l’acquisizione da parte del pubblico ministero della notizia dell’illecito.

Affrontare il tema delle modalità di acquisizione della notizia dell’illecito significa soprattutto analizzare la fonte di provenienza della notizia stessa.

La notizia dell’illecito, per poter giustificare l’annotazione, oltre ad avere un contenuto ben preciso, deve in genere risultare inserita all’interno di un determinata forma prevista dal legislatore²⁶.

Con riferimento al profilo delle modalità di acquisizione dell’illecito, l’art. 55 si presenta diverso dall’art. 335 del c.p.p. Mentre quest’ultimo dispone che il p.m. deve iscrivere nell’apposito registro ogni notizia di reato «che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa», l’art. 55 individua l’oggetto dell’annotazione esclusivamente in ogni notizia di illecito che il pubblico ministero «acquisisce». L’interpretazione letterale della norma sembrerebbe escludere che il pubblico ministero possa svolgere di propria

²³ DI GERONIMO, P., *Responsabilità da reato degli enti e procedure concorsuali: dinamiche cautelari e profili problematici per la tutela dei creditori*, in *Diritti fondamentali e processo all’ente. L’accertamento della responsabilità d’impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi, Torino, 2018, p. 271.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ivi*, p. 272.

²⁶ È comunque da sottolineare che durante le prime fasi del procedimento è generalmente accettato il principio di informalità: per questo motivo le indagini preliminari possono essere attivate anche dalle c.d. notizie di reato atipiche, ovvero le notizie contenute in forme non previste espressamente dalla legge. Di esse si parlerà nel corso del paragrafo.

iniziativa accertamenti finalizzati al reperimento di una notizia di illecito dipendente da reato. Tuttavia il risultato a cui si perviene seguendo una simile lettura sarebbe del tutto illogico, dal momento che in questo modo si giustificerebbe un'irragionevole differenza rispetto alla corrispondente disciplina codicistica. Premesso ciò, viene da sé concludere con il riconoscimento di una perfetta corrispondenza dei canali attraverso i quali tanto le notizie di reato quanto le notizie dell'illecito possono viaggiare.

Questa diversa interpretazione che si stacca dal lato letterale, sarebbe pienamente in linea con il canone della lettura sistematica delle disposizioni normative, in particolare in riferimento all'art. 34, che fatta salva la riserva di compatibilità, ammette l'applicazione delle norme codicistiche anche nel procedimento contro la persona giuridica. La notizia dell'illecito eventualmente suscettibile di iscrizione può essere pertanto soggetta a una duplice forma di acquisizione: un'acquisizione autonoma da parte del pubblico ministero o un'acquisizione da parte di terzi. In particolare dalla polizia giudiziaria, dalla cui informativa l'organo della pubblica accusa può ricavare indicazioni importanti per la scoperta di profili sufficienti a integrare il coinvolgimento di un ente. È quindi un obbligo del pubblico ministero acquisire (per successivamente annotare) quelle notizie di illecito che gli siano pervenute, senza alcuna distinzione fra i casi in cui egli stesso le abbia acquisite di propria iniziativa e quelli in cui gli siano state semplicemente trasferite.

Volendo cominciare la trattazione con la disamina dell'acquisizione da parte di terzi, viene subito alla luce un profilo problematico. Il nodo cruciale della questione è che l'art. 55 prevede genericamente il caso in cui il p.m. abbia acquisito la notizia di reato, senza fornire alcuna indicazione in proposito. Considerato di poter profittare della clausola di rinvio generale *ex art. 34* alle norme del codice di rito, è opportuno prendere in esame gli articoli 330 e ss. del codice. Le disposizioni in questione infatti esaminano i diversi modi in cui la notizia di reato può essere acquisita.

L'art. 330 c.p.p. stabilisce che il pubblico ministero prende notizia dei reati di propria iniziativa e riceve le notizie di reato presentate e trasmesse a norma degli articoli ad esso successivi. È il caso innanzitutto della denuncia e del referto.

La denuncia è la dichiarazione con la quale un pubblico ufficiale, un incaricato di pubblico servizio (*ex art. 331 c.p.p.*) o un soggetto privato (*ex art. 333 c.p.p.*) portano a conoscenza del pubblico ministero o della polizia giudiziaria l'avvenuta commissione di

un reato perseguibile d'ufficio. «Il soggetto pubblico però non deve essere titolare di funzioni di polizia giudiziaria: per quest'ultima l'obbligo di riferire la notizia di reato al pubblico ministero è già disciplinato dall'art. 347 c.p.p.»²⁷.

È interessante notare come l'art. 334 *bis* c.p.p. esplicitamente esclude dall'obbligo di denuncia il difensore, il suo sostituto e consulenti tecnici che abbiano avuto conoscenza di un reato nella loro attività di investigazione.

In via generale, ai sensi dell'art. 361 c.p., la denuncia è un atto dovuto per il pubblico ufficiale e la sua omissione è sanzionata penalmente.

Dal punto di vista formale per la denuncia viene imposta la forma scritta, l'atto deve essere indirizzato ad un ufficiale di polizia giudiziaria o al pubblico ministero (art. 331 c. 2) e deve inoltre indicare gli elementi essenziali del fatto, il giorno e l'ora in cui è stata acquisita l'informazione, nonché quanto serve per identificare autori, soggetti offesi e persone informate dei fatti.

Il referto, previsto dall'art. 334 c.p.p., è invece l'atto obbligatorio con il quale un soggetto esercente la professione sanitaria comunica al P.M. entro 48 ore dal suo intervento, di aver prestato la propria assistenza a casi in cui si può ravvisare l'esistenza di un reato perseguibile d'ufficio.

Rilevanti sono poi le disposizioni degli articoli 336 e ss., inseriti nel titolo III del Libro V, dedicato alle condizioni di procedibilità. Esse disciplinano altre forme di acquisizione della *notitia criminis*. La loro funzione principale è quella di subordinare l'esercizio dell'azione penale a delle condizioni, ponendo delle eccezioni rispetto al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale. Tuttavia le condizioni di procedibilità per come sono strutturate possono anche avere la funzione di trasmettere una notizia di reato²⁸. È il caso fra l'altro della querela e dell'istanza.

La querela prevista dall'art. 336 c.p.p. è la dichiarazione di volontà con la quale la persona offesa richiede all'autorità giudiziaria di procedere contro chi ha commesso un reato non perseguibile d'ufficio.

L'istanza *ex art. 341 c.p.p.* contiene la *notitia criminis* di alcuni reati commessi all'estero, per i quali la legge subordina la punibilità all'istanza della persona offesa. Appare logico ritenere che la stessa richiesta all'autorità procedente di perseguire un

²⁷ APRATI, R., *op. cit.*, p. 24.

²⁸ *Ivi*, p. 30.

reato ne contiene la sua notizia, se l'organo investigante non ne era a conoscenza prima della sua presentazione.

Anche l'informativa della polizia giudiziaria (*ex art. 347 c.p.p.*) è un canale attraverso il quale la notizia di reato può essere trasmessa. Essa è una segnalazione con la quale la polizia giudiziaria, acquisita la notizia di reato, comunica al pubblico ministero in forma scritta e senza ritardo gli elementi essenziali del fatto e gli altri elementi sino a quel momento raccolti, indicando le fonti di prova e le attività compiute.

Le notizie di reato appena elencate rientrano nella categoria delle c.d. notizie di reato tipiche, ma queste non esauriscono l'intera categoria delle forme di acquisizione da parte di terzi. A queste bisogna aggiungere le notizie di reato c.d. atipiche, ossia provenienti da forme non regolate dalla legge.

Si tratta in primo luogo delle denunce anonime, che certamente non possono essere utilizzate in via diretta per attivare il meccanismo di avvio delle indagini preliminari. Tuttavia di queste è d'obbligo parlare, dal momento che possono stimolare l'attività di indagine e permettere l'acquisizione di notizie di illecito suscettibili di annotazione²⁹. Lo stesso discorso può essere esteso alle c.d. delazioni confidenziali, scritti con sottoscrizione apocriфа forniti dai c.d. confidenti di polizia. «Da un punto di vista processuale la delazione confidenziale è assimilabile a tutti gli effetti a una denuncia anonima»³⁰. Quindi potrebbe essere trascurata, anche se non si esclude che la stessa possa spingere il pubblico ministero a indagare per rintracciare ulteriori elementi.

Oltre a ricevere la notizia dell'illecito, l'organo della pubblica accusa può certamente acquisirla attivandosi personalmente. È tanto più verosimile che questa seconda modalità di acquisizione della notizia sia la più frequente, visto la scarsa dimestichezza di gran parte della polizia giudiziaria con il sistema della responsabilità delle persone giuridiche³¹.

²⁹ *Ivi*, p. 57.

³⁰ *Ivi*, p. 61.

³¹ DE FALCO, G., *op. cit.*, p. 147. A questo proposito De Falco afferma anche che non possono sorgere legittimi dubbi sul fatto che il p.m. ricevuta dalla polizia giudiziaria una notizia di reato proveniente da una fonte non anonima, possa egli stesso pur in assenza di una esplicita denuncia dell'illecito amministrativo dell'ente procedere all'annotazione dell'illecito se all'interno della stessa denuncia di reato rintraccia dati sufficienti.

L'organo della pubblica accusa può quindi muoversi alla ricerca di una notizia di reato con una pre-inchiesta. Siccome prima di quest'ultima la notizia di reato non è stata ancora acquisita, essa ne costituisce il prodotto³².

L'art. 109 delle disposizioni d'attuazione al codice di procedura penale contempla una autonoma valutazione da parte dell'organo della pubblica accusa per ogni eventuale notizia di reato che viene acquisita. L'articolo rubricato "ricezione della notizia di reato" prevede, infatti, che la segreteria della Procura della Repubblica annoti sugli atti che possono contenere notizia di reato la data e l'ora in cui sono pervenuti in ufficio e che li sottoponga immediatamente al procuratore della Repubblica per l'eventuale iscrizione nel registro delle notizie di reato.

Risulta evidente che in capo all'organo dell'accusa permangono ampi margini di discrezionalità sulla scelta di quante energie dedicare alla ricerca di eventuali notizie di illecito amministrativo. Ad ogni modo, una volta acquisita la notizia dell'illecito amministrativo attraverso le modalità che sono state indicate in questo paragrafo, il p.m. dovrà annotarla nell'apposito registro.

4. Obbligo o discrezionalità del pubblico ministero nell'annotazione

Il tema del "grado di obbligatorietà"³³ esigibile dal pubblico ministero rispetto all'adempimento di cui all'art. 55 è una questione ancora irrisolta. Nonostante la dottrina abbia discusso a lungo circa la natura obbligatoria o facoltativa dell'annotazione, pochissimi sono i punti fermi in materia. La soluzione di questo profilo problematico è stata a lungo ricercata altrove, nella risposta a un altro importante interrogativo: quello attinente alla controversa natura penale o amministrativa della

³² APRATI, R., *op. cit.*, p. 45. Anche una sentenza dichiarativa di fallimento può essere il meccanismo che attiva un'inchiesta. Secondo la legge fallimentare (R. D. 16 marzo 1942) le sentenze di fallimento devono essere comunicate al pubblico ministero. Siccome non è detto che dietro ogni fallimento vi sia un reato, l'organo della pubblica accusa potrà sfruttare la relazione del curatore fallimentare per verificare se sono presenti gli estremi per considerare pervenuta una notizia di reato. Il pubblico ministero potrà poi valutare in piena indipendenza tutti gli elementi che gli sono stati trasmessi per mezzo delle notizie di reato, allo scopo di stabilire se da questi stessi elementi possa desumersi anche una notizia di reato a carico dell'ente.

³³ Questa espressione è utilizzata da PADULA, L., *op. cit.*, p. 25.

responsabilità da reato dell'ente³⁴. Del resto, le due questioni sembrano strettamente legate³⁵. Infatti, proprio aderendo all'una o all'altra tesi può sembrare più facile sostenere rispettivamente l'obbligo o la discrezionalità del pubblico ministero nell'adempimento dell'onere di cui all'art. 55. Seguendo la tesi della natura penale della responsabilità, se ne afferma l'assoggettamento all'art. 112 Cost., con conseguente riconoscimento dell'obbligo di annotazione dell'illecito. Se infatti l'azione di accertamento della responsabilità dell'ente viene considerata doverosa, doveroso è sicuramente anche l'atto che dà impulso a questo accertamento.

Aderendo alla tesi contraria, invece, si stabilisce l'assenza di copertura costituzionale all'azione nei confronti dell'ente con conseguente favore per la facoltatività dell'annotazione. È opportuno riconoscere che sul punto il testo normativo è

³⁴ Opportuno a questo riguardo riassumere le posizioni della dottrina in materia. In particolare possono registrarsi tre diversi orientamenti:

a) La dottrina dominante propende per la natura penale della responsabilità, nonostante l'esplicita etichettatura voluta dal legislatore. Numerosi sono gli argomenti a sostegno. In primo luogo la funzione della sanzione imposta. «Al di là di ogni nominalismo, contano l'humus autenticamente penalistico nel quale nasce e si accerta la responsabilità degli enti e le valenze indiscutibilmente special – preventive che il legislatore le attribuisce, rivolte alla neutralizzazione del rischio di reati». (PAOLOZZI, G., *op. cit.*, p. 3.). Lo stesso Paolozzi ritiene anche che «gli standards di garanzia assicurati dall'intervento giurisdizionale penale assecondano qui inedite finalità di recupero individuale e sociale, in ultima analisi, di ritorno alla legalità dell'ente imputato. Ne sono un significativo esempio le misure cautelari, *contra societatem*, che vengono piegate ad esigenza di emenda e rieducazione». (*Ivi*, p. 9.). Il carattere penale della responsabilità consente di spiegare anche la devoluzione al giudice penale della competenza a conoscere degli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Inoltre, ulteriori tratti autenticamente penalistici sono «l'articolazione del criterio di imputazione soggettiva dell'illecito all'ente in chiave di colpevolezza; la punibilità dell'ente anche quando il reato è meramente tentato; il sistema commisurativo della pena pecuniaria e l'apparato sanzionatorio nel suo complesso». (DI GIOVINE, O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo, in Reati e responsabilità degli enti. Guida al D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2010, p. 4 ss.). Parla, invece, di natura parapenalistica IELO, P., *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2012, n. 2, p. 93.

b) Altra parte della dottrina assegna a questa forma di responsabilità natura amministrativa. Anche in questo caso convincenti appaiono gli argomenti addotti: il *nomen* del provvedimento e il titolo del capo I, che fanno richiamo alla responsabilità degli enti qualificandola espressamente come amministrativa; la disciplina della prescrizione (art. 22) che è quinquennale come nella legge “sugli illeciti amministrativi” n. 689/1981; la disciplina sulla trasformazione, fusione e scissione dell'ente (artt. 28-33) che mal si concilia con quella penalistica, l'istituto della contestazione dell'illecito (art. 59) che fa venire in mente il corrispondente istituto amministrativo. (DI GIOVINE, O., *op. cit.*, p. 14 ss).

c) Altri infine, fra cui Alessandri, non qualificano la natura della responsabilità degli enti collettivi né come penale né come amministrativa. La ragione di ciò è che «si profila uno scenario totalmente nuovo, nel quale i modelli tradizionali entrano in crisi, soprattutto nelle regioni di confine, sotto spinte potenti». (ALESSANDRI, A., *Diritto penale dell'impresa*, Torino, 2007, p. 411). Questa posizione intermedia trova anche conforto nella Relazione Ministeriale al decreto legislativo a mente del quale questo sistema coniugherebbe caratteristiche essenziali del sistema penale e del sistema amministrativo.

³⁵ FUSCO, E., *Le indagini preliminari nei confronti degli enti: questioni controverse*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2017, n. 1, p. 177.

“sibillino”³⁶: l’art. 55 infatti si limita a stabilire che il pubblico ministero “annota”. In questo modo la norma lascia spazio sia all’uno che all’altro orientamento, ragione per cui si sono formati sul tema indirizzi interpretativi molto diversi. Innanzitutto, non può essere esente da critiche la scelta di confinare il dibattito entro gli schemi dell’antica questione sulla natura della responsabilità, essendo preferibile cercare una risposta su un terreno diverso.

Va sottolineata la circostanza per cui la soluzione al tema ha un’importanza tutt’altro che teorica. La conclusione a cui si perviene è estremamente importante da un punto di vista pratico: ne discendono infatti implicazioni ben precise condizionanti in larga misura l’operato del pubblico ministero. Se infatti concordiamo per l’obbligatorietà dell’annotazione questa deve essere considerata inevitabile dall’organo della pubblica accusa. Un atto sostanzialmente dovuto, anche ai soli fini della successiva archiviazione. Se concludiamo per la discrezionalità dell’annotazione, la stessa sarebbe rimessa alla volontà del pubblico ministero che potrebbe decidere di ometterla qualora la ritenesse inutile.

Per la verità sembra del tutto logico ritenere che, qualora volessimo conferire questa possibilità di scelta all’organo della pubblica accusa, potremmo farlo non sulla base di astratte argomentazioni, ma sempre tenendo ben presente ciò che la legge richiede.

In altre parole, ben si potrebbe affermare che la soluzione della discrezionalità sia preferibile perché lascerebbe aperti al pubblico ministero maggior margini nella valutazione e introdurrebbe strumenti di efficienza nella gestione del carico di lavoro.

Tuttavia, appare assolutamente doveroso ricercare degli appigli normativi che possano essere da sostegno a questa soluzione.

Alla luce di uno studio meditato, il testo normativo non pare fornire alcun elemento che possa giustificare l’opzione della discrezionalità. In particolare la lettura coordinata degli articoli 58 e 59, sembra per contro militare a sostegno dell’opposta soluzione³⁷. L’art. 58 disciplina l’istituto dell’archiviazione, stabilendo espressamente che se il pubblico ministero non procede alla contestazione dell’illecito, egli deve necessariamente emettere decreto motivato. Nessun margine di discrezionalità viene

³⁶ PADULA, L., *op. cit.*, p. 26.

³⁷ Questa è la soluzione a cui perviene De Falco il quale sottolinea che «i precetti delineati dalle due norme sono formulati in senso radicalmente alternativo: o il pubblico ministero procede alla contestazione dell’illecito oppure deve dare motivato conto della determinazione di archiviare», senza che egli sia libero di aggirare questa alternativa. (DE FALCO, G., *op. cit.*, p. 144).

lasciato poi dall'art. 59: o il pubblico ministero emette decreto motivato di archiviazione oppure contesta all'ente l'illecito amministrativo dipendente da reato. Si tratta di un percorso caratterizzato da un bivio da cui l'organo di pubblico ministero non può prescindere. Non è dato spazio per nessuna valutazione ulteriore. Sarebbe del tutto non coerente con l'impianto complessivo della disciplina introdurre elementi di discrezionalità in un quadro in cui nessun margine di manovra è concesso.

Aderire alla tesi della discrezionalità dell'annotazione significherebbe quindi in primo luogo contraddire non solo la volontà autentica del legislatore, ma distruggere anche la coerenza di fondo del sistema.

Inoltre, non sono irrисorie le conseguenze negative di una simile conclusione.

Se si seguisse la tesi contrastata, ne conseguirebbe un'implicazione alquanto rischiosa³⁸. Se si riconoscono al pubblico ministero spazi di discrezionalità nella annotazione e si nega che la stessa sia dovuta in maniera automatica dopo ogni acquisizione di una notizia di reato, l'organo della pubblica accusa potrebbe addirittura essere incoraggiato a omettere l'annotazione sulla base di preferenze o priorità dal sapore del tutto personale. Si distruggerebbe così anche il muro protettivo costruito dal legislatore a difesa dell'indagato contro l'espletamento di indagini senza fine o comunque protratte nel tempo. Infatti il p.m., sulla scorta di una pretesa e riconosciuta discrezionalità nell'annotazione, potrebbe a suo piacere omettere o differire a un tempo indeterminato il dovuto adempimento, avvantaggiarsi così di tempi più ampi di quelli previsti dalla legge per i relativi accertamenti, e continuare, così, a raccogliere elementi investigativi al di fuori dei confini temporali previsti per le indagini preliminari. Queste conseguenze sono certamente non auspicabili.

Pertanto non resta altra via che sostenere la scelta a favore dell'obbligatorietà dell'annotazione³⁹, come principio che funge da corollario di un sistema in cui di discrezionalità nell'agire del pubblico ministero non vi è traccia. In ogni caso, anche lo stesso richiamo al testo del codice di procedura penale operato dall'art. 34 sembra suffragare questa considerazione.

³⁸ PADULA, L., *op. cit.*, p. 26.

³⁹ Questo orientamento è seguito fra gli altri da DI BITONTO, M. L., *L'avocazione facoltativa*, Torino, 2006, p. 200, da IELO, P., *op. cit.*, p. 87 ss., da PADULA, L., *op. cit.*, p. 19 ss., da DE FALCO, G., *op. cit.*, p. 141 ss. e da FUSCO, E., *op. cit.*, p. 176.

Sappiamo infatti che tutti i profili della disciplina del codice di rito possono essere ripresi nella regolamentazione del procedimento contro la società, fatto salvo ovviamente il giudizio di compatibilità con le disposizioni del decreto. Laddove non emerge alcuna contraddizione, il richiamo alle norme del codice di procedura penale può operare. Poiché non si ravvisa incompatibilità con il principio della doverosità dell'accertamento, viene del tutto naturale estendere alle persone giuridiche questo tratto qualificante l'intero impianto codicistico. Una volta stabilito che l'accertamento dell'illecito sia doveroso, è facile riconoscere che sia doverosa anche l'annotazione dello stesso.

Volendo riassumere quanto fino ad ora sostenuto, sembra preferibile la tesi dell'obbligatorietà dell'annotazione perché non si ravvisano valide alternative alla luce delle norme vigenti, sia di quelle del decreto, sia di quelle del codice di procedura penale, richiamate in via generale dall'art. 34. Accordiamo il nostro sostegno al suddetto orientamento anche in ragione delle conseguenze negative che discenderebbero dalla discrezionalità: l'inerzia e i ritardi del pubblico ministero potrebbero infatti colpire pesantemente l'efficienza e la celerità delle indagini, oltre a causare un *vulnus* al diritto dell'indagato di non essere sottoposto alle indagini *sine die*. Escludiamo, in altre parole, che il pubblico ministero possa decidere sulla scorta di valutazioni personali se attivare o meno il meccanismo di cui all'art. 55, una volta che abbia acquisito una notizia di reato. Del resto, siffatta discrezionalità urta macroscopicamente con lo stesso procedimento di accertamento dell'illecito dell'ente, perché finirebbe per ostacolarlo, riducendo i casi in cui il meccanismo di avvio dell'*iter* procedimentale verrebbe instaurato.

La giurisprudenza di legittimità sul punto sembra non avere dubbi. Essa ha affermato che il richiamo ad un concetto di discrezionalità è del tutto non condivisibile: il dato normativo lo impedisce, allorquando richiede al pubblico ministero non appena acquisita la notizia di reato di procedere all'adempimento dell'obbligo «senza soluzione di continuità rispetto al momento in cui sorgono i relativi presupposti»⁴⁰.

⁴⁰ Sez. un., 24 Settembre 2009, n. 40538, in *C.e.d. Cass.*, n. 244376.

Non condividono tutte queste considerazioni coloro che invece negano l'obbligo dell'annotazione in capo al pubblico ministero⁴¹. Si tratterebbe, secondo questa impostazione, non di un mero onere, ma di una facoltà da esercitare sulla base di valutazioni discrezionali⁴².

Questo orientamento è seguito, fra gli altri, anche da Amato, il quale espressamente dissente dall'assunto secondo il quale l'iscrizione della società nel registro degli indagati sia da considerarsi obbligatoria e inevitabile. L'argomento principale a sostegno di questa conclusione è rintracciato all'interno della disciplina dell'archiviazione, o meglio nel profilo peculiare introdotto dall'art. 58 rispetto alla corrispondente disciplina dell'archiviazione costruita dal codice.

In altre parole, Amato pone l'accento sul fatto che non vi è il vaglio del giudice, in coerenza con l'applicazione del principio di obbligatorietà in materia penale, bensì solo il controllo del procuratore generale, ai sensi dell'art. 58. Amato sostiene pertanto che il potere di archiviazione diretto del pubblico ministero impedisce di concludere per l'obbligatorietà dell'annotazione, perché dimostra che il richiamo al principio *ex art.* 112 Cost. è «chiaramente inconferente»⁴³.

Seguendo questo punto di vista, si giunge a considerare che il principio in questione sia violato dalla stessa disciplina dell'art. 58, dal momento che questo assegna solo al procuratore generale presso la Corte di appello il potere di sottoporre a controllo dette determinazioni e di procedere, se ritenga che ne ricorrano le condizioni, con la contestazione all'ente della violazione amministrativa⁴⁴.

Tuttavia, a questa osservazione è sempre possibile obiettare che neppure il controllo giudiziale sull'inazione del pubblico ministero può assicurare sempre e in via definitiva il rispetto effettivo del principio costituzionale.

In effetti, parte della dottrina ha affermato che ci troveremmo di fronte ad una “bugia convenzionale”, per usare il termine coniato da Kostoris, visto che la regola dell'obbligatorietà dell'azione penale finirebbe per essere smentita ogni giorno nella

⁴¹ Appartiene a questo orientamento, fra gli altri, anche Amato. (AMATO, G., *Le indagini nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2010, n. 1, p. 136).

⁴² In aggiunta a queste due posizioni, sembra profilarsi lo spazio per una terza alternativa. Padula, dopo aver precisato che senz'altro preferibile è il contrapposto orientamento, afferma che «al più potrebbe accettarsi l'idea di un “diritto-dovere” di annotare, per chi volesse porre l'accento sui poteri del pubblico ministero di selezione e valutazione degli atti soggetti ad annotazione». (PADULA, L., *op. cit.*, p. 26).

⁴³ AMATO, G., *Le indagini*, cit., p. 136.

⁴⁴ Sul punto v., più approfonditamente, Cap. II, p. 55.

prassi delle procure, perché l'enorme mole di notizie di reato rende sempre necessaria e inevitabile la selezione dei fatti rispetto ai quali avviare un'indagine.

Ad ogni modo, riprendendo il discorso dei due opposti orientamenti sul grado di obbligatorietà dell'annotazione, vi è da sottolineare che coloro che militano a favore della tesi della discrezionalità rimarcano sempre l'assenza di un controllo giurisdizionale sul provvedimento di archiviazione del p.m. e argomentano che una volta esclusa l'applicazione nel procedimento *de societate* del principio di cui all'art. 112 della Costituzione, non vi sono più valide ragioni per sostenere l'obbligatorietà dell'annotazione.

Se volessimo aderire alla tesi secondo la quale l'annotazione non costituisce un obbligo ma una mera facoltà, potremmo tentare di trovare appoggio nella giurisprudenza intervenuta in materia cautelare. Essa «ben distingue i profili della responsabilità dell'autore del reato presupposto da quelli della responsabilità dell'ente, imponendo al giudice della cautela un puntuale sforzo motivazionale ed escludendo quindi per implicito qualsivoglia automatismo applicativo da cui possa farsi derivare l'equazione commissione del reato/sussistenza dell'illecito»⁴⁵.

Tuttavia, a ben vedere, la distinzione certamente corretta tra la struttura del reato e la struttura dell'illecito amministrativo dell'ente elaborata dalla giurisprudenza in sede cautelare non ha alcuna efficacia dimostrativa sulla materia in questione⁴⁶, proprio perché deve ritenersi produttiva di effetti solo entro i confini della materia cautelare.

Le debolezze delle argomentazioni di coloro che accordano preferenza alla discrezionalità dell'adempimento risultano più evidenti, se si rovescia il lato della medaglia. Immaginiamo, quindi, di voler aderire a questo diverso orientamento e di voler concordare con questi assunti: l'assenza di copertura costituzionale al principio di obbligatorietà dell'azione penale nei confronti delle persone giuridiche deve essere desunta dall'assenza di un controllo giurisdizionale sul provvedimento di archiviazione del p.m.; la necessità di circoscrivere l'obbligo costituzionale all'accertamento del reato impone il riconoscimento di margini di discrezionalità in capo al pubblico ministero.

Riconosciute queste premesse come vere, è possibile aggiungere che da nessuna parte, nel complesso degli articoli del decreto dedicati ai profili processuali, si possono

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ IELO, P., *op. cit.*, p. 93.

rintracciare delle disposizioni che regolano la suddetta discrezionalità⁴⁷. È qui che emerge in tutta la sua chiarezza l'esito paradossale al quale giunge la tesi da noi contrastata. Riconosciuta la discrezionalità, si deve allora riconoscere e accettare il suo carattere assoluto, senza vincoli di sorta. La tesi non è quindi condivisibile.

Attraverso una semplice lettura sistematica, si desume che in altri ambiti, quando il legislatore abbia voluto introdurre una sorta di discrezionalità, l'ha sempre fatto esplicitamente, in modo da regolarne il contenuto e apporre dei limiti al suo esercizio. Se, in questo contesto, il legislatore non presuppone mai la discrezionalità, questa va di conseguenza esclusa.

Fino a questo momento, abbiamo tentato di pervenire a una soluzione al quesito al quale è dedicato l'intero paragrafo, prescindendo del tutto dalla scelta di optare per una o l'altra tesi sulla natura della responsabilità dell'ente collettivo. Abbiamo infatti condiviso la tesi dell'obbligatorietà dell'annotazione, senza considerare le argomentazioni esposte dalla dottrina sul punto.

Può essere interessante adesso confrontare il risultato al quale siamo pervenuti con le conclusioni che scaturirebbero dall'adesione all'una o l'altra tesi. In particolare, è agevole concludere per l'obbligatorietà dell'annotazione, se accettiamo la natura penale o para-penale della responsabilità.

La Costituzione rappresenterebbe un vincolo in tal senso: ogni azione penale deve essere obbligatoriamente esercitata⁴⁸. Se l'azione di accertamento della responsabilità dell'ente è un'azione penale, essa non potrebbe che soggiacere al canone dell'obbligatorietà. A meno che non si voglia svilire il principio, distruggendone le fondamenta. Ciò sembrerebbe una scelta radicale, non giustificabile neppure a voler condividere i dubbi di coloro che riconoscono all'interno dell'agire del pubblico ministero delle prerogative che fornirebbero margini di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale.

⁴⁷ DE FALCO, G., *op. cit.*, p. 144.

⁴⁸ È necessario precisare che diversi studi hanno dimostrato che l'esercizio dell'azione penale sia contraddistinta da elementi di discrezionalità, ad esempio nella scelta delle priorità nella presentazione delle notizie di reato, o della destinazione delle risorse investigative. Questo a causa dell'enorme mole di notizie di reato che giungono sulla scrivania della procura. «Che gli uffici giudiziari non siano in grado di smaltire tutto il carico di lavoro è un dato innegabile, confermato dai numeri delle rilevazioni statistiche; la domanda di giustizia penale, come è ben noto, è di gran lunga superiore alla capacità di risposta, sia per le insufficienze ed inadeguatezze strutturali della macchina, che per l'ipertrofia del sistema punitivo». (CERESA GASTALDO, M., *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, n. 1, p. 23).

È vero che ad oggi il principio dell'obbligatorietà non gode di buona fama, né viene da tutti considerato pragmaticamente realizzabile. Eppure, parte di autorevole dottrina⁴⁹ prende chiaramente le sue difese, negando l'idea secondo cui «l'azione obbligatoria è solo un mito, un assunto empiricamente falso, la cui proclamazione finisce per “coprire” iniquità maggiori – perché ingovernabili e casuali – di quelle che i detrattori del principio di opportunità attribuiscono a quest'ultimo»⁵⁰. Fra l'altro, sempre a tutela del principio di cui all'art. 112 Costituzione, gli stessi autori considerano molto pericoloso sia «l'abbandono del principio di obbligatorietà dell'azione penale sia la sua sostituzione con un sistema ad azione penale pilotata legislativamente»⁵¹.

Sulla base di queste ragioni sembra possibile ammettere che, se una parte della dottrina invoca un suo superamento, ve n'è un'altra che ne protegge gelosamente l'esistenza.

Ad ogni modo, anche a voler escludere che il principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale possa essere esteso all'azione contro le persone giuridiche, ci troviamo di fronte a una situazione nella quale comunque non mancano argomenti a favore dell'obbligatorietà dell'annotazione.

Allora, anche accettando la natura amministrativa della responsabilità, perveniamo allo stesso risultato. Il laconico testo dell'art. 55 è risolutivo in proposito: esso richiede che il pubblico ministero annoti l'illecito “immediatamente”. Questo avverbio assume un'importanza decisiva, poiché il termine “immediatamente” richiede l'agire senza che sia concesso nessun intervallo temporale. È difficile tuttavia immaginare una discrezionalità da esercitarsi senza spendere tempo in valutazioni, o considerazioni di opportunità.

Inoltre, una conferma dell'assenza di discrezionalità la si può trarre anche dall'articolo 56, il quale riconnette la decorrenza dei termini per l'espletamento delle indagini preliminari proprio dall'annotazione di cui all'articolo precedente. Sarebbe del tutto inutile introdurre un termine di decorrenza a partire da un momento la cui individuazione è rimessa a valutazioni discrezionali⁵².

⁴⁹ Fra gli altri, anche Ceresa Gastaldo. (*Ibidem*).

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² PADULA, L., *op. cit.*, p. 26.

La lettura delle due disposizioni suggerisce quindi che non vi è spazio per la discrezionalità, e rende più che dovuto considerare l'annotazione un meccanismo automatico e, in quanto tale, rigorosamente obbligatorio. E ciò è vero, anche se neghiamo la natura penale della responsabilità, o escludiamo che il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale possa essere rispettato nella prassi.

5. Modalità dell'annotazione

Esaminata la questione dei presupposti dell'annotazione, ovvero del “se” e “quando” annotare, conviene adesso occuparci delle modalità, cioè del “dove” e “come” annotare⁵³. L'art. 55 stabilisce che l'annotazione va fatta nello stesso registro in cui si iscrivono le notizie di reato, ai sensi dell'art. 335 c.p.p.

Va quindi subito registrata la volontà del legislatore di ricorrere allo stesso registro delle pendenze giudiziarie in cui sono conservate le connesse informative di reato a carico delle persone fisiche. Si è quindi rinunciato all'introduzione di un nuovo e distinto modello da dedicare esclusivamente all'annotazione degli illeciti dipendenti da reato.

Tale scelta, tuttavia, non è esente da critiche.

Innanzitutto perché, in altre situazioni, come nel caso delle notizie di competenza del giudice di pace, il legislatore non ha esitato a prevedere un modello a sé stante.

In secondo luogo, non si può fare a meno di notare che l'autonomia del procedimento contro l'ente richiederebbe un modello pensato apposta per le persone giuridiche. La stessa genesi autonoma del procedimento a carico dell'ente è confermata dalla disposizione dell'art. 38⁵⁴: la norma in tema di riunione e separazione dei procedimenti stabilisce che il procedimento penale instaurato nei confronti della persona fisica autore del reato da cui dipende l'illecito vada riunito al procedimento per l'accertamento dell'illecito. Appare chiaro allora che di riunione si può parlare solo nell'eventualità di una genesi autonoma dei due procedimenti.

⁵³ Questa espressione è utilizzata da PADULA, L., *op. cit.*, p. 29.

⁵⁴ AMATO, G., *Le indagini*, cit., p. 137.

Tuttavia, nonostante la piena autonomia fra i due istituti, l'art. 55 non lascia aperte altre alternative: l'annotazione va eseguita come se si trattasse di un'iscrizione.

Del resto, parte della dottrina sembra voler minimizzare le differenze fra i due adempimenti. Varraso, a tal proposito, ritiene che «non è da sopravvalutare l'utilizzo nel decreto 231/2001 del termine annotazione, che è da considerare del tutto speculare a quello di iscrizione»⁵⁵. Sotto questo punto di vista, dunque, considerato che i due adempimenti sono simili, non vi sarebbe ragione di prevedere due distinti modelli.

Ad ogni modo, per scendere più nel dettaglio, si ravvisano chiaramente degli elementi di differenza circa le modalità dell'annotazione e quelle dell'iscrizione: l'annotazione va infatti eseguita seguendo le disposizioni regolamentari contenute negli art. 3 e 4 del d.m. 201/2003⁵⁶.

Come stabilito dall'art. 3 d.m. 201/2003, l'annotazione va compiuta non su nuovi modelli di registri ma sugli ordinari registri obbligatori in materia penale previsti dall'art. 2 delle disposizioni regolamentari al codice di procedura penale e conformi ai modelli approvati con decreto ministeriale 30 settembre 1989 recante approvazione dei registri in materia penale e successive modificazioni.

Anche se i registri sono identici, alcune regole speciali per l'annotazione sono state comunque introdotte.

Infatti, ai sensi dell'art. 4 del predetto decreto, le annotazioni «sono compiute apponendo, negli spazi dei registri obbligatori destinati alla qualificazione giuridica del fatto e all'imputazione, una sigla identificativa che consenta di evidenziare la natura di procedimento per l'accertamento dell'illecito amministrativo dipendente da reato ai sensi del decreto legislativo n. 231 del 2001».

L'articolo in questione quindi precisa quali regole devono essere osservate nella formazione dei registri: «negli spazi dei registri obbligatori destinati alle generalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, in luogo di queste, sono inseriti gli elementi identificativi dell'ente cui è attribuito l'illecito amministrativo, unitamente, ove possibile, alle generalità del suo legale rappresentante».

⁵⁵ VARRASO, G., *op. cit.*, p. 271.

⁵⁶ Decreto ministeriale 26 giugno 2003 n. 201. Regolamento recante disposizioni regolamentari relative al procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica ai sensi dell'art. 85 del Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

È infatti non poco frequente che all'individuazione di quest'ultimo si giunga solo in un momento successivo: in questo caso, sarà necessario indicare «la data della sopravvenuta risultanza nominativa»⁵⁷.

Come vedremo nel paragrafo successivo dedicato al contenuto dell'annotazione, il nome del legale rappresentante dell'ente (che può o meno coincidere con chi lo rappresentava al tempo del *dies delicti*) può emergere anche in un momento successivo. Ma ciò non toglie che si tratta di un elemento centrale per l'esercizio del diritto alla difesa: è noto infatti che l'ente partecipa proprio per il tramite del suo legale rappresentante⁵⁸.

Le disposizioni regolamentari prima citate spingono per la necessità di eseguire l'annotazione in un fascicolo autonomo. Ma anche gli artt. 1 e 2 del d.m. 201/2003 depongono in tal senso. La prima norma si riferisce espressamente ai fascicoli relativi al procedimento per l'accertamento degli illeciti e dispone che «nella formazione e nella tenuta dei fascicoli relativi al procedimento di accertamento degli illeciti amministrativi dipendenti da reato e all'applicazione delle sanzioni amministrative, si osservano le disposizioni del capo III del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, nonché, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale».

Inoltre, l'art. 2 stabilisce che «la copertina del fascicolo deve contenere, in luogo delle generalità della persona alla quale è attribuito il reato, gli elementi identificativi dell'ente cui è attribuito l'illecito amministrativo, unitamente, ove possibile, alle generalità del suo legale rappresentante, nonché l'indicazione del reato da cui dipende l'illecito amministrativo».

Nonostante la dimostrata autonomia dei due fascicoli, non vuole qui negarsi il collegamento funzionale fra i due procedimenti, poiché risulta sempre opportuno assegnare il fascicolo per l'accertamento del reato e quello per l'accertamento dell'illecito allo stesso pubblico ministero⁵⁹.

⁵⁷ PADULA, L., *op. cit.*, p. 30.

⁵⁸ Sul punto v., più approfonditamente, Cap. I, p. 31.

⁵⁹ DE FALCO, G., *op. cit.*, p. 156. De Falco afferma che è di gran lunga preferibile che i due procedimenti benché collegati, rimangano però formalmente separati: «si pensi alla circostanza per cui, in caso di definizione con archiviazione con riguardo alla notizia di reato il pubblico ministero deve provvedere con una richiesta di archiviazione da sottoporre al vaglio del G.I.P., mentre con riguardo alla notizia dell'illecito dell'ente deve emettere decreto di archiviazione che va comunicato al procuratore generale presso la corte d'appello; ed ancora si pensi al fatto che il procedimento penale può chiudersi perché l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile, ovvero perché il reato è estinto per

D'altro canto, occorre ribadire che se autonomi sono i fascicoli, non altrettanto autonomi sono i due registri penali. Sia che si tratta di un reato, sia che si tratti di un illecito amministrativo, devono quindi farsi le stesse considerazioni di carattere generale, che in questa sede possiamo esporre brevemente.

Innanzitutto devono distinguersi diversi modelli di registro delle notizie di reato: il modello 21 per le Procure della Repubblica presso i Tribunali, il mod. 22 per le Procure della Repubblica presso le Preture (soppresso a decorrere dal 1 gennaio 2000 con D.M. 17 Dicembre 1999), il modello 45 contenente gli atti non costituenti notizia di reato e il mod. 44 contenente le notizie di reato riguardanti persone ignote.

Nei registri penali ogni notizia di reato assume un numero d'ordine annuale e vi si annotano, oltre alla data in cui è pervenuta la notizia, tutte le informazioni in merito al magistrato del P.M., numero del registro, data di acquisizione e provenienza della notizia, qualificazione giuridica del fatto.

Ai sensi dell'art. 3 del d.m. 30 Settembre 1989, il registro deve essere corredato di rubrica alfabetica nella quale sono indicate le generalità della persona alla quale è attribuito il fatto e della persona offesa, del denunciante e del querelante.

Alla fine dell'anno solare, le procure devono anche riepilogare sul registro delle notizie di reato, numericamente distinti per anno, tutti i processi rimasti pendenti.

6. Contenuto e aggiornamenti dell'annotazione

Il contenuto dell'annotazione è precisato dall'art. 55, che espressamente stabilisce “cosa” il pubblico ministero deve annotare. Si registra un'importante distinzione circa l'oggetto dell'adempimento: esiste infatti un contenuto necessario e uno eventuale⁶⁰.

Ai sensi dell'art. 55, devono essere sempre annotati gli elementi identificativi dell'ente e il reato da cui dipende l'illecito. Si tratta di due elementi fondamentali la cui mancata conoscenza determinerebbe l'impossibilità di procedere all'annotazione.

Quanto al primo dei due elementi previsti come “contenuto necessario”, valgano le considerazioni che abbiamo già espresso in precedenza: non è consentito procedere

causa diversa dall'amnistia, mentre il procedimento a carico dell'ente può cionondimeno continuare il suo corso (art. 8 d.lgs. 231/2001)». (*Ibidem*).

⁶⁰ PADULA, L., *op. cit.*, p. 30.

all'annotazione dell'illecito contro ignoti, essendo un presupposto dell'adempimento la previa conoscenza dell'ente a cui eventualmente imputare la responsabilità⁶¹.

Questo poiché è assolutamente necessario verificare anche la natura giuridica del soggetto collettivo: da questa verifica può infatti dipendere persino l'esclusione della sua responsabilità. Ciò avviene nel caso in cui l'ente coinvolto rientri all'interno della categoria dei soggetti collettivi per i quali le disposizioni del decreto non si applicano.

L'altra indicazione assolutamente necessaria è il reato dipendente. Agevole è comprenderne la ragione: l'illecito da annotare richiede necessariamente, per la sua configurazione, la commissione di un reato compreso tra quelli esplicitamente scelti dal legislatore all'interno di tutte le categorie di fattispecie criminose. Come si potrebbe allora annotare qualcosa che non esiste?

In altri termini, l'iscrizione *ex art. 335 c.p.p.* appare pregiudiziale rispetto all'adempimento di cui all'art. 55⁶². Infatti, il pubblico ministero, ogniqualvolta che abbia conoscenza dell'ipotetica commissione di uno dei reati di cui agli art. 24 ss. d.lgs. n. 231/2001, dovrebbe verificare se tale reato presupposto sia stato posto in essere da un soggetto in posizione qualificata all'interno della società. Questa verifica potrebbe risultare decisiva ai fini dell'acquisizione di una notizia di illecito amministrativo. Appare quindi difficile giungere a conoscenza di un illecito dell'ente senza conoscere già il reato da cui la responsabilità societaria scaturisce.

Indicare il reato presupposto quando si procede ad annotazione è quindi, oltre che assolutamente doveroso, anche logicamente consequenziale.

Per passare adesso all'analisi del contenuto eventuale, è opportuno ancora una volta leggere il testo dell'art. 55. La norma stabilisce che il pubblico ministero, ove possibile, annota anche le generalità del legale rappresentante dell'ente. È molto frequente nella prassi che il nome e il cognome di quest'ultimo non siano noti nell'immediatezza, a causa della complessità dei meccanismi societari e dell'organizzazione interna del personale aziendale.

Aggiungiamo fra gli elementi di difficoltà anche il sistema delle deleghe di funzioni, che di certo non rende agevole capire a quale soggetto attribuire determinate responsabilità. Si noti poi che indagini più approfondite sono richieste nel caso in cui le generalità del legale rappresentante non coincidano con quelle del rappresentante legale

⁶¹ Sul punto v., più approfonditamente, *retro*, Cap. I, p. 12.

⁶² Sul punto v., più approfonditamente, Cap. I, p. 37.

al tempo della commissione del reato. Il legislatore allora, per evitare pericolosi differimenti nel tempo dell'annotazione, ha sapientemente concesso la possibilità che questo importante contenuto dell'annotazione possa venire precisato in seguito.

La conoscenza del legale rappresentante dell'ente è essenziale ai fini dell'art. 39: l'ente infatti partecipa al procedimento penale con il proprio rappresentante legale, salvo che questo sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. La *societas* che si determini a partecipare al procedimento deve infatti costituirsi depositando presso la cancelleria dell'autorità giudiziaria competente una dichiarazione contenente, a pena d'inammissibilità, oltre che il nome e cognome del difensore, anche le generalità del rappresentante.

Per queste ragioni, è corretto affermare che l'emersione in un secondo momento del nome del legale rappresentante deve necessariamente dare seguito all'apposita indicazione nel registro: soprattutto per il corretto esercizio dei diritti difensivi dell'ente *ex art. 39*, ma anche per gli adempimenti imposti dall'art. 43.

Infatti, in tema di notificazioni, l'art. 43, nel caso di ente non ancora costituito, stabilisce che «l'atto da notificare andrà [...] recapitato presso la sede della persona giuridica, attraverso la consegna dello stesso al rappresentante»⁶³.

In sintesi, pur essendo parte di un contenuto meramente eventuale, l'indicazione del legale rappresentante si rivela utile per più di una motivazione.

A volerle riepilogare: serve per completare la dichiarazione di costituzione, per garantire l'applicazione del meccanismo delle notificazioni e infine per individuare una persona fisica con la quale interagire fin da subito. Infatti, stante l'equiparazione dell'ente alla persona sottoposta alle indagini, il legale rappresentante potrà essere sentito e interrogato dall'ufficiale di polizia giudiziaria, rendere dichiarazioni spontanee in assenza del difensore ed essere interrogato dal pubblico ministero.

L'oggetto dell'annotazione non si esaurisce entro questi limiti: bisogna ricordare, infatti, che parte del contenuto dell'annotazione attiene a indicazioni tecniche riguardanti, sotto un altro punto di vista, le modalità dell'adempimento. Per quanto si tratti di elementi demandati più alla cura dell'ufficio che al p.m., dobbiamo citare: il nome del magistrato a cui è assegnato il fascicolo, il numero del registro e la data dell'annotazione.

⁶³ VERGINE, F., *Sub art. 43*, in *Enti e Responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Torino, 2010, p. 566.

Allargando adesso lo sguardo verso l'insieme, è opportuno concludere che l'annotazione è un atto in cui dovrebbero convivere due componenti diverse: l'una oggettiva e l'altra soggettiva. Entrambe rappresentano il suo contenuto necessario.

La componente oggettiva è soddisfatta dall'indicazione del reato presupposto, senza che siano necessari ulteriori informazioni.

Ciò non toglie, tuttavia, che l'illecito da annotare, oltre al reato presupposto, si componga anche di ulteriori requisiti sul piano oggettivo, quali l'interesse o vantaggio per l'ente e il difetto nella predisposizione dei modelli organizzativi. Ad ogni modo, questi elementi non rientrano nel contenuto dell'annotazione.

La componente soggettiva è invece completa quando, nell'annotare l'illecito, si specifica il soggetto collettivo sul quale si intende indagare.

Il contenuto dell'annotazione non deve necessariamente rimanere invariato nel corso del tempo poiché possono verificarsi delle situazioni in cui è necessario apportare delle modifiche. In altre parole, la legge richiede che, in alcuni casi specifici, l'annotazione venga aggiornata. Prima di passare in rassegna i principali casi in cui ciò accade, è opportuno precisare cosa si intende per aggiornamento dell'annotazione e in quale norma questo è previsto. Di aggiornamento l'art. 55 non parla: dobbiamo affidarci quindi all'ormai consueto rinvio alle norme del codice processuale penale. Alla stregua di quanto stabilito nell'art. 335 c.p.p., il pubblico ministero cura l'aggiornamento dell'annotazione se nel corso delle indagini si verificano determinate situazioni. Aggiornare l'annotazione significa dunque adattarla a determinate evenienze sopravvenute, e dell'aggiornamento non potrà che occuparsi il pubblico ministero, ovvero lo stesso organo che all'obbligo dell'annotazione aveva adempiuto. Si badi bene però che una cosa è procedere con una nuova annotazione, altra cosa è semplicemente intervenire su un'annotazione, curandone l'aggiornamento. Solo nel primo caso, si verifica la genesi di una nuova indagine preliminare e non anche nel caso di un suo aggiornamento.

Alla stregua del predetto articolo, il pubblico ministero cura l'aggiornamento se nel corso delle indagini muta la qualificazione giuridica del fatto reato presupposto della responsabilità dell'ente, ovvero se questo risulta diversamente circostanziato⁶⁴. Se

⁶⁴ DI BITONTO, M. L., *Le indagini*, cit., p. 599.

invece emerge un nuovo reato presupposto a carico del medesimo ente, occorre procedere ad una nuova annotazione, sempre che ne ricorrano tutti i presupposti.

Ad un aggiornamento dell'annotazione si dovrà procedere poi nel caso in cui emerga solo in un secondo tempo il nome del legale rappresentante dell'ente o il nome della persona fisica indagata. Inoltre, si deve procedere ad aggiornamento quando emerge un nuovo indagato per il reato presupposto⁶⁵.

Allo stesso modo si procede quando si verificano delle vicende modificative dell'ente. A questa conclusione si giunge sulla base della considerazione che la semplice successione della responsabilità in capo a enti diversi non giustificerebbe una nuova annotazione.

Il decreto legislativo è molto generoso nel disciplinare la materia delle vicende modificative poiché dedica ad essa gli articoli da 28 a 31. La generosità del legislatore si può spiegare sulla base della considerazione che si tratta di una materia delicata che, riguardando le sole persone giuridiche, richiede un'attenzione particolare.

Infatti, se da un lato è vero che le operazioni societarie si possono rivelare pericolose, perché potrebbero avere quale intento nascosto quello di eludere l'applicazione della sanzione scaturente dal riconoscimento di responsabilità, dall'altro lato deve comunque ammettersi che effettuare operazioni del genere è una scelta legittima e strettamente connessa alle esigenze imprenditoriali.

«Nella relativa disciplina si è tenuto conto di due esigenze contrapposte: da un lato quella di evitare che tali operazioni si risolvano in agevoli modalità di elusione della responsabilità; dall'altro quella di escludere effetti eccessivamente penalizzanti, tali da porre remore a interventi di riorganizzazione»⁶⁶.

Per questa ragione, il legislatore delegato si è impegnato a «specificare in che modo ed in quale misura la persona giuridica gemmata dalle vicende modificative risponde del fatto illecito»⁶⁷.

Occorre quindi precisare per quale motivo in ciascuna delle predette vicende modificative bisogna procedere ad aggiornamento. Cominciamo dalla trasformazione.

⁶⁵ Questo aspetto dimostra che un aggiornamento dell'iscrizione del reato presupposto può comportare un aggiornamento dell'annotazione. I due istituti sono strettamente connessi. Sul punto v., più approfonditamente, Cap. I, p. 35.

⁶⁶ LORIA, V., *Sub art. 28*, in G. Lasco - V. Loria - M. Morgante, *Enti e Responsabilità da reato: Commento al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2017, p. 409.

⁶⁷ PAOLOZZI, G., *op. cit.*, p. 138.

L'art. 28 stabilisce che, nel caso di trasformazione dell'ente, resta ferma la responsabilità per i reati commessi anteriormente alla data in cui la trasformazione ha avuto effetto. Ciò rimane in linea con il generalissimo principio della continuità dei rapporti giuridici, per cui la responsabilità rimane tale, nonostante l'intervenuta trasformazione. La trasformazione comporterà un mutamento della veste giuridica della società, ma ciononostante non consentirà di eludere né le regole del decreto, né tanto meno il meccanismo sanzionatorio nel suo complesso.

Ciò che a noi interessa ai fini della presente analisi è che bisognerà sempre tenere conto dell'intervenuta vicenda modificativa nell'annotazione, procedendo, attraverso un aggiornamento, con le opportune rettifiche della sua componente soggettiva⁶⁸.

L'art. 29 invece contempla le ipotesi di fusione o incorporazione. Qui la situazione è più complessa. Non si verifica il mutamento della veste giuridica ma, in seguito a queste vicende modificative, uno o più enti vengono a cessare. Nel caso della fusione due o più enti si uniscono e il nuovo ente sommerà le eventuali responsabilità di entrambi. Nel caso dell'incorporazione invece l'ente incorporante cumulerà alle proprie responsabilità quelle dell'incorporato. L'art. 30 disciplina il fenomeno della scissione, un evento analogo ma di segno apposto rispetto a quello previsto dall'articolo precedente.

In tutte queste situazioni, non verificandosi l'estinzione dell'illecito dipendente da reato, l'annotazione sarà soggetta ad aggiornamento, poiché sarà necessario identificare i nuovi enti responsabili (ad esempio l'ente oggetto della fusione, l'ente incorporante, l'ente beneficiario della scissione)⁶⁹.

L'art. 33 disciplina una vicenda ancora diversa: quella della cessione d'azienda. La disposizione in questione prevede che, nel caso di cessione d'azienda nella cui attività è commesso il reato, il cessionario è solidalmente obbligato, salvo il beneficio della preventiva escussione dell'ente cedente e nei limiti del valore d'azienda, al pagamento della sanzione pecuniaria. Tuttavia, per quanto riguarda i suoi profili processuali,

⁶⁸ Fra l'altro è interessante precisare che la riforma del diritto societario attuata dal D.L. 17 gennaio 2003 n. 6 ha fatto sì che le società di capitali si possano trasformare anche in figure associative non societarie. Ciononostante, ne conseguirà una *perpetuatio* della responsabilità «a onta della natura non societaria dell'ente». (*Ivi*, p. 410). La regola secondo la quale la responsabilità della società è del tutto insensibile alle vicende modificative dell'ente è confermata anche dai giudici di legittimità. (Cass. Sez. II, 27 giugno 2012, n. 29397, in *C.e.d. Cass.*, rv. 253000).

⁶⁹ A voler essere precisi, neppure il fallimento della società determina l'estinzione dell'illecito dipendente da reato. È escluso infatti che l'instaurazione della procedura concorsuale possa integrare una situazione assimilabile a quella della morte dell'autore del reato.

all'interno del decreto non si ravvisa nessuna norma che la contempla, a differenza del caso della trasformazione, fusione o incorporazione⁷⁰.

Per queste ragioni, sembra difficile avanzare ipotesi circa l'eventuale opportunità di un aggiornamento in seguito all'operazione di cui all'art. 33.

Ad ogni modo, per concludere sul tema: il contenuto dell'annotazione costituisce forse uno dei pochi punti fermi all'interno di un istituto oggetto di numerose questioni controverse: le indicazioni legislative sono chiare e non lasciano spazio ad equivoci.

Un elemento certo è che, nel procedere ad annotazione, il pubblico ministero dovrà, in ogni caso, riportare quanto più elementi a sua disposizione. Se in suo possesso, certamente anche quelli che vengono considerati come il suo contenuto eventuale. Tutti gli elementi che formano l'oggetto dell'annotazione dovranno essere rivisti nel corso del tempo e adattati al mutamento delle condizioni, ogniqualvolta ciò sia necessario.

7. Rapporti fra annotazione dell'illecito e iscrizione della *notitia criminis*

È opportuno concludere il capitolo dedicato ai tratti essenziali dell'annotazione con un raffronto fra l'istituto in esame e quello dell'iscrizione della notizia di reato. Infatti, è dalle analogie e differenze dell'uno rispetto all'altro che se ne possono comprendere altri aspetti fondamentali.

Questi due istituti, molto simili fra di loro per contenuto e funzioni, sono legati da un rapporto molto stretto.

Tuttavia, bisogna fin da subito precisare che, nonostante la loro stretta vicinanza concettuale, si tratta di due istituti autonomi, disciplinati da due diverse norme, inserite fra l'altro in due sistemi diversi, così come diversa è anche la loro storia ed origine.

L'annotazione è disciplinata da un testo più recente: il *corpus* legislativo del decreto risale al 2001 ed è stato emanato in adempimento di obblighi di carattere internazionale tesi a rafforzare la lotta contro la corruzione.

⁷⁰ In questi casi infatti, l'art. 42 prevede espressamente che il procedimento prosegue nei confronti degli enti risultanti da tali vicende modificative.

Un peso importante è stato infatti esercitato dalla Convenzione OCSE, entrata in vigore nel 1999. L'art. 12 di questa, in particolare, impone agli Stati che abbiano ratificato l'accordo di adottare tutte le misure opportune per contrastare il fenomeno della corruzione transnazionale.

In virtù dell'art. 117 Cost., che stabilisce che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni anche nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, l'Italia è stata costretta ad adottare quale misura effettiva un sistema di responsabilità pensato per le persone giuridiche.

In effetti, «pur costituendo la potestà punitiva penale il nucleo più consolidato della sovranità dei singoli Stati»⁷¹, l'appartenenza dell'Italia alle Istituzioni sovranazionali riporta le scelte di incriminazione a una serie di fonti normative internazionali più o meno vincolanti: da un lato quelle dell'OCSE, del Consiglio d'Europa e dell'ONU, dall'altro quelle dell'Unione Europea.

L'iscrizione invece trova la sua fonte di regolazione in un testo dotato di maggiore autorevolezza e organicità: il codice processuale del 1989. Come è noto, questo codice, superando il sistema inquisitorio e introducendo nuove garanzie a tutela dell'imputato, segna una svolta rispetto alla precedente codificazione. Per ciò che riguarda da vicino l'oggetto della presente analisi, è da sottolineare come tratti caratterizzanti del nuovo codice siano l'abbandono dell'esercizio dell'azione penale contestuale all'acquisizione di una notizia di reato e la previsione della fase delle indagini preliminari, dedicata appositamente alla raccolta di tutti quegli elementi grazie ai quali il pubblico ministero può decidere se esercitare o meno l'azione penale.

È stato fatto notare, infatti, che «il nuovo sistema ha ribaltato la logica di quello precedente, fornendo al pubblico ministero e l'accusato di una vasta gamma di poteri di impulso e di iniziativa, nonché limitando fortemente i poteri d'ufficio del giudice»⁷².

Ad ogni modo, fra le due discipline, quella del codice e quella del decreto, sembra non sussistere una piena parità di valore. La disciplina del codice è infatti più completa e dettagliata, mentre la disciplina del decreto è sintetica, in molti punti persino lacunosa⁷³ e si appoggia spesso alla prima, sfruttando la sua ricchezza e adattabilità.

⁷¹ VARRASO, G., *op. cit.*, p. 10.

⁷² DI BITONTO, M. L., *Profili dispositivo dell'accertamento penale*, Torino, 2004, p. 6.

⁷³ BERNASCONI, A., *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002, p. 299. Infatti, l'autore osserva che «muovendo dalla laconicità di due norme-preambolo sull'applicabilità delle

Questo aspetto determina delle implicazioni sul rapporto fra i due istituti che andremo adesso a descrivere.

La prima caratteristica di questo rapporto che deve essere sottolineata è la pregiudizialità dell'iscrizione *ex art. 335 c.p.p.* rispetto all'annotazione⁷⁴. Non si può negare che l'illecito, pur essendo qualcosa in più del reato commesso dalla persona fisica, sempre lo comprende al suo interno e non può prescindere da esso. Il reato è quindi parte dell'illecito: quest'ultimo ha la stessa sostanza del reato, più ulteriori elementi che lo caratterizzano. Prima di questi ulteriori elementi, è in ogni caso necessario accertare, ai fini della sua configurazione, che un reato sia stato commesso, quindi l'iscrizione della notizia di reato nella sostanza viene prima dell'annotazione⁷⁵.

Questa pregiudizialità si estende anche al contesto temporale: accade sempre che *prima* viene commesso un reato e *poi* questo viene considerato il presupposto di un illecito dipendente da riferire a una persona giuridica⁷⁶.

Infatti, dal momento che la commissione di un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente coinvolto nel procedimento è un imprescindibile presupposto della responsabilità societaria, «non si può parlare di illecito amministrativo in assenza di una notizia di reato, né può aversi, proprio per questo, annotazione di un illecito amministrativo cronologicamente anteriore ad una iscrizione di notizia di reato»⁷⁷.

I due istituti presentano moltissime affinità ma anche tante differenze. Ciò è dovuto al fatto che i due relativi adempimenti sono formalmente autonomi⁷⁸. Il legislatore ha anche coniato due termini diversi per individuarli: questa scelta si è rivelata strategica al fine di impedire il sorgere di confusioni sul piano terminologico⁷⁹.

Una fondamentale differenza fra i due adempimenti riguarda il profilo soggettivo: l'annotazione si riferisce esclusivamente alle persone giuridiche e in particolar modo solo a quelle per le quali è prevista una responsabilità. L'iscrizione invece può essere

disposizioni codicistiche all'accertamento degli illeciti amministrativi dipendenti da reato, la strutturazione delle indagini e dell'udienza preliminare si affida a poche fattispecie (artt. 55-61), destinate ad adattare le peculiari cadenze di questo iter procedimentale alla sagoma processual-penalistica». (*Ibidem*).

⁷⁴ BARESI, M., *Sub art. 55*, in A. Bernasconi - C. Fiorio - A. Presutti, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, p. 488.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ AMATO, G., *Le indagini*, cit., p. 137.

⁷⁹ DI BITONTO, M. L., *Le indagini*, cit., p. 599.

registrata solo a carico delle persone fisiche e più dettagliatamente solo a carico delle persone in vita, salvo restando la possibilità di procedere ad iscrizione contro ignoti.

Parzialmente diverse sono anche le modalità dei relativi adempimenti e i presupposti.

L'adempimento dell'iscrizione e dell'annotazione riflettono poi differenti politiche di incriminazione.

La persona fisica viene iscritta nel registro per adempiere a quella che può essere definita la funzione fondamentale del diritto penale: il perseguimento dei reati e l'assicurazione dei criminali alla giustizia, ai fini del mantenimento dell'ordine pubblico e della pace sociale.

La società, invece, viene annotata nel registro per rispondere ad un'ulteriore esigenza: evitare il moltiplicarsi dei reati all'interno della società, punendo quei contesti societari che non si sono efficacemente organizzati per prevenire la commissione di fattispecie criminose e per impedire che la stessa società possa invogliare i criminali a delinquere o possa beneficiare e trarre profitto dagli stessi, finendo per agire come complice⁸⁰.

Sono evidenti le diversità dell'una e dell'altra politica di incriminazione. La prima affonda le sue radici nella storia non certo recente e ben si colloca nel contesto interno di un dato Paese o territorio: uno Stato infatti ha il pieno interesse ad evitare che, all'interno dei suoi confini, i criminali possano commettere dei reati. È questo interesse sorge quasi contemporaneamente alla nascita dello Stato stesso.

La seconda politica risponde, invece, ad esigenze sorte più recentemente e, in particolar modo, con l'affermarsi di una moderna economia basata sull'impresa, sugli investimenti e sull'azionariato nelle grandi società. In una società di questo tipo, accanto al rischio tradizionale della commissione dei reati, se ne aggiunge un altro, di certo non meno preoccupante: il rischio della manifestazione dei fenomeni di criminalità di impresa⁸¹.

Questi fenomeni vanno, per quanto possibile, contrastati e prevenuti, dal momento che sotto diversi punti di vista si presentano particolarmente nocivi. Sono nocivi,

⁸⁰ DI BITONTO, M. L., *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Napoli, 2012, p. 27.

⁸¹ STILE, A. M., *La natura giuridica della responsabilità dell'ente e i suoi rapporti con la responsabilità individuale*, in *Corporate criminal liability and compliance programs. First Colloquium*, a cura di A. Fiorella e A. Stile, Napoli, 2012, p. 41. L'autore sottolinea infatti che «l'estensione del diritto punitivo agli enti è, così avvenuta non soltanto sotto la spinta del vento comunitario, ma anche in ragione della palpitante realtà sociale ed economica». (*Ibidem*).

innanzitutto, perché impediscono lo sviluppo di un'impresa sana, pulita e trasparente. Sono nocivi, poi, perché offendono diversi beni giuridici, tutelati di volta in volta dalle norme incriminatrici che si assumono violate: ad esempio, la salute e l'integrità dei lavoratori, la salubrità dell'ambiente, i diritti dei consumatori o degli investitori. Fra l'altro, questi beni giuridici suscettibili di offesa sono sempre più numerosi, in conseguenza dell'estensione del catalogo dei reati per i quali è prevista la responsabilità dell'ente.

Infine, i fenomeni di criminalità di impresa sono nocivi perché impediscono una corretta organizzazione aziendale, un'equa distribuzione delle responsabilità fra i soggetti impegnati nel complesso societario e un buon funzionamento dell'impresa nell'accezione più generale del termine.

Le politiche di incriminazione sottese all'obbligo di annotazione presentano poi una dimensione più vasta rispetto al solo contesto nazionale. Esse sono anche la manifestazione di un adeguamento agli standard e agli obblighi imposti dal contesto europeo e internazionale⁸².

La nostra analisi fino ad ora si è soffermata sulle differenze fra l'iscrizione e l'annotazione. A volerle sintetizzare: la prima differenza riguarda la sostanza del contenuto dei rispettivi adempimenti, poiché l'annotazione ingloba il contenuto dell'iscrizione che si rivela pregiudiziale per l'attivazione dell'altra. La seconda differenza riguarda il tipo di soggetti coinvolti, dal momento che l'iscrizione della notizia di reato è a carico della persona fisica mentre l'annotazione dell'illecito è a carico del soggetto collettivo. Altre differenze sono: le rispettive politiche di incriminazione che le caratterizzano, i presupposti e le modalità dell'adempimento.

Passiamo adesso alle similitudini.

Innanzitutto, deve notarsi che identico è l'organo incaricato di procedere sia all'annotazione sia all'iscrizione. È il pubblico ministero, a cui è dedicato il titolo II del libro I del codice, che tratta proprio dei soggetti.

Egli può essere a pieno titolo definito il *dominus* delle indagini preliminari, colui al quale è affidata una funzione importante: quella di esercitare l'azione penale, quando non sussistono i presupposti per l'archiviazione. Appare logico quindi affidare a questo

⁸² VARRASO, G., *op. cit.*, p. 9. Lo stesso autore inoltre pone l'accento sulla forza incriminatrice delle «sollecitazioni sovranazionali» e dell'«esigenza di tutelare le regole di un mercato ormai globale e al suo interno la concorrenza leale». (*Ivi*, p. 10).

soggetto non solo la possibilità o il dovere di eseguire l'iscrizione, ma anche la possibilità o il dovere di procedere all'annotazione, trattandosi di due adempimenti che, oltre ad essere eseguiti nello stesso modello di registro, si collocano anche nello stesso momento dell'*iter* procedimentale: la fase delle indagini preliminari.

Non potrebbe essere diversamente: la principale ragion d'essere dell'uno e dell'altro è quella di provocare la genesi del procedimento. Dall'annotazione e dall'iscrizione scaturiscono, infatti, due distinti procedimenti, formalmente autonomi, ma tuttavia soggetti alla regola generale del *simultaneus processus*.

Da questi adempimenti derivano conseguenze di pari importanza. In effetti, entrambi investono gli stessi profili di straordinaria rilevanza per la tutela del diritto alla difesa: il profilo delle garanzie difensive relative alla conoscibilità di un procedimento a proprio carico e il profilo delle garanzie difensive circa la durata delle indagini.

Gli adempimenti in questione poi sono soggetti alla stessa cura e alle stesse necessità. Innanzitutto, occorre che ciò che viene iscritto o annotato sia sempre attuale e corrispondente al mutamento della realtà dei fatti. È necessario, in altre parole, che il loro contenuto venga sempre aggiornato.

Inoltre, in entrambi i casi è richiesto di procedere con immediatezza, per evitare inutili e pericolose dilazioni temporali.

Queste dilazioni possono risultare pericolose dal momento che questi adempimenti costituiscono il *dies a quo*, in base al quale calcolare la decorrenza dei termini previsti per la durata delle indagini preliminari.

Sia l'annotazione che l'iscrizione hanno poi un peso importante per la difesa: consentono all'indagato di venire a conoscenza dell'esistenza di un procedimento a proprio carico e dovrebbero garantire la concessione di un tempo adeguato a predisporre una strategia, questo ovviamente solo quando tempestivamente comunicate a richiesta dell'interessato.

Le somiglianze sopra esposte giocano un ruolo importante nella descrizione del rapporto fra i due istituti. Anche a voler rimarcare la loro autonomia, la separazione delle rispettive fonti di disciplina e le disuguaglianze nei presupposti, non si può tuttavia fare a meno di notare che tra i due istituti esiste una stretta vicinanza.

È vero che si tratta di un rapporto di pregiudizialità, nel senso che l'obbligo di procedere ad annotazione non può sorgere prima dell'iscrizione della notizia del reato

presupposto, ma è altrettanto vero che, una volta eseguiti, i due adempimenti si completano un po' a vicenda. Infatti, la conoscenza dell'iscrizione della notizia di reato e del nome della persona fisica iscritta, può giovare molto all'annotazione, soprattutto ai fini dell'individuazione della tipologia di rapporto di immedesimazione organica.

Allo stesso modo, le ricerche sui dati conoscitivi a fondamento dell'annotazione possono rivelare elementi utili circa il fatto di reato iscritto a carico della persona fisica.

Oltre a ciò, non si può neppure escludere che l'iscrizione e l'annotazione siano contestuali, sotto il punto di vista dell'orizzonte temporale. Questo testimonia ancora una volta quanto stretto sia il loro rapporto.

Del resto, è stato fatto notare che, dal punto di vista storico, l'illecito e il reato sono la stessa cosa: «l'illecito amministrativo imputabile all'ente null'altro è se non il reato, benché diversamente qualificato: il fatto storico rimane unico, ma dovranno risponderne sia l'autore materiale sia la struttura all'interno della quale e per la quale esso è stato posto in essere»⁸³.

Ad ogni modo, non si potrà procedere all'esame dello strumento dell'annotazione senza aver prima avuto coscienza del fatto che, per avere un quadro completo dei profili problematici e delle loro possibili soluzioni, si potrà e si dovrà fare frequentemente riferimento all'istituto dell'iscrizione. Ciò si spiega, *in primis*, considerando i pregi della sede in cui essa è contenuta, ovvero il codice di procedura penale. Infatti questo, come ogni altro codice, si distingue per organicità e sistematicità e racchiude al suo interno una disciplina completa. *In secundis*, osservando che si può procedere all'annotazione solo quando sussiste l'iscrizione della notizia di reato da cui l'illecito dipende.

Notiamo poi che il rinvio alle norme del codice sarà sempre utile sotto un altro punto di vista: il contributo prezioso della dottrina. Infatti, se sono numerose le discussioni accademiche attorno all'obbligo di cui all'art. 335 c.p.p., un po' meno lo sono quelle aventi ad oggetto l'annotazione, vuoi per la settorialità dell'ambito in cui si colloca, vuoi per il rapporto di dipendenza, o subalternità concettuale dell'annotazione rispetto all'adempimento di cui al codice processuale penale.

⁸³ BELLUTA, H., *Le indagini e l'udienza preliminare*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. Canzio, L. D. Cerqua, L. Luparia, Padova, 2016, p. 1028.

Capitolo II

L'annotazione all'interno dell'*iter* procedimentale: il momento genetico delle indagini preliminari

SOMMARIO: 1. Superamento del principio *societas delinquere non potest*: l'ente sottoposto alle indagini. – 1.1 Oggetto delle indagini preliminari e modalità di partecipazione dell'ente. – 2. Panorama delle fonti della disciplina sulle indagini preliminari *de societate*. – 3. Centralità della fase investigativa nel procedimento penale della società.

1. Superamento del principio *societas delinquere non potest*: l'ente sottoposto alle indagini

L'annotazione dell'illecito dipendente da reato segna il momento genetico delle indagini preliminari a carico dell'ente. Occorre precisare che si tratta di un'indagine autonoma e separata rispetto a quella che riguarda la persona fisica, ipotetica autrice del reato presupposto. Diverso è infatti l'oggetto delle rispettive ricerche: nel caso della persona fisica, le indagini riguarderanno principalmente i fatti storici attorno ai quali si ipotizza l'eventuale commissione del reato. Nel caso dell'ente, è assai probabile che i soggetti investiganti si concentrino su dati ulteriori. «Nella specifica ottica dell'organo inquirente, la presenza di un ulteriore soggetto sottoposto ad indagine non può che mutare le strategie investigative. Inevitabilmente, le indagini verteranno non soltanto sulla sussistenza del reato commesso dalla persona fisica, ma anche sui presupposti della responsabilità dell'ente *ex artt. 6 e 7, d.lgs. 231/2001*»¹.

La sottoposizione ad indagini del soggetto collettivo segna una rivoluzione rispetto al principio *societas delinquere non potest*.

L'istituto oggetto del presente lavoro, inaugurando l'*iter* procedimentale a carico dell'ente, costituisce la più immediata conseguenza del superamento di questo principio.

¹ FUSCO, E., *Le indagini preliminari nei confronti degli enti: questioni controverse*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2017, n. 1, p. 175.

Infatti, una volta abbandonata l'impostazione tradizionale di pensiero, secondo cui la responsabilità penale è concettualmente personale, si riconosce pacificamente che le società possano delinquere ed essere punite e, quindi, sottoposte ad indagine.

Per comprendere la portata rivoluzionaria di questo cambiamento bisogna approfondire le argomentazioni addotte dall'impostazione tradizionale. Questa considerava l'individuo come la «pietra angolare del diritto penale classico»² e si basava sulla «granitica consistenza del principio – evocato dal brocardo *societas delinquere non potest* – secondo il quale fattispecie criminale e relativa sanzione sono pensate esclusivamente per la persona fisica»³.

Inoltre, l'orientamento tradizionale si inseriva storicamente all'interno del «movimento per la codificazione, nel cui contesto le norme erano confezionate secondo i canoni di astrattezza e generalità, e ritagliate su soggetti – per semplificazione, i cittadini – considerati atomisticamente (pertanto non riconducibili a entità organizzate e riconosciute dal diritto)»⁴.

Il principio *societas delinquere non potest* escludeva, così, categoricamente la possibilità che le società, in quanto enti collettivi, potessero essere considerati meritevoli di sanzione per la commissione di fatti di reato.

In altre parole, «il pensiero tradizionale considerava la persona fisica destinataria esclusiva della sanzione punitiva»⁵. Le ragioni di una simile presa di posizione vanno ricercate nella lodevole intenzione di difendere alcuni precetti fondamentali della carta costituzionale.

Innanzitutto, l'art. 27 della Costituzione, che veniva considerato una duplice barriera insormontabile: da un lato, il principio della personalità della responsabilità penale, dall'altro il principio secondo il quale la sanzione in ambito penale deve sempre tendere alla rieducazione del condannato⁶. L'impostazione tradizionale argomentava sostenendo che il principio della personalità della responsabilità penale avrebbe richiesto inderogabilmente una persona fisica a cui riferirla. Solo la persona fisica, infatti, sarebbe suscettibile di rimprovero e, quindi, di colpevolezza.

² BERNASCONI, A., PRESUTTI, A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013, p. 3.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, p. 2.

⁶ DI GIOVINE, O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2010, p. 20 ss.

Inoltre, si escludeva anche che le finalità rieducative della pena potessero essere adattate ad un contesto diverso dalla persona fisica, l'unica possibile destinataria di un percorso o progetto di formazione ed educazione. Per questi motivi, si guardava con diffidenza all'introduzione di un meccanismo di responsabilità delle persone giuridiche⁷.

È opportuno allora spiegare in cosa la dottrina tradizionale si sbagliava, allorché sosteneva che l'introduzione della responsabilità delle persone giuridiche avrebbe determinato la violazione dei principi costituzionali sopra richiamati; e per fare ciò sarebbe auspicabile prima di tutto avere consapevolezza del fatto che «tali resistenze si erano attenuate nel corso degli ultimi anni, di fronte all'impossibilità, per il giurista, di continuare a misconoscere un'evoluzione sociale segnata dalla sempre forte presenza delle piccole e grandi imprese, nella fisiologia dei rapporti economici al pari che nella loro patologia criminale»⁸.

Di fronte a cambiamenti così incisivi della realtà economica, il principio del *societas delinquere non potest* cominciava a perdere persuasività. Il dibattito sull'opportunità dell'introduzione di una responsabilità per le persone giuridiche era sempre più acceso⁹.

Agli occhi della nuova dottrina, le argomentazioni a favore di questa opportunità risultavano più convincenti. Ciò accadeva soprattutto perché ci si rendeva conto del fatto che la criminalità nei contesti societari era sempre più pericolosa. L'appartenenza al gruppo, infatti, rendeva più agevole e meno rischiosa la commissione del reato. Inoltre, bisognava tenere a mente che, accanto ad imprese di per sé lecite, esisteva, ed esiste ancora oggi, un tipo di impresa che «ha come scopo unico o prevalente quello di consentire o agevolare la commissione dei reati»¹⁰. Non era tollerabile, da un lato, che imprese di questo tipo potessero aver percepito un vantaggio dalla commissione di un reato, come non era tollerabile dall'altro lato che si lasciassero impunte le società che,

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ivi*, p. 19.

⁹ A questo riguardo, è opportuno aggiungere che: «il dibattito sulla capacità penale delle persone giuridiche, che animava da tempo la dottrina anglosassone, non era, però, ignorato in Italia. Senza andare in tempi lontani, si discuteva se introdurla negli anni '20 del XX secolo, soprattutto per creare strumenti repressivi nei confronti delle associazioni sindacali e politiche. È a partire dal primo dopoguerra e negli anni '60 e '70 del secolo scorso che, grazie anche alla letteratura più avveduta, vengono illustrate le ragioni che giustificano, se non impongono di introdurre la responsabilità penale degli enti». (VARRASO, G., *op. cit.*, p. 3).

¹⁰ *Ivi*, p. 6.

pur non avendo agevolato la commissione del reato, non avevano fatto nulla per prevenirne la commissione.

Inoltre, altri ordinamenti avevano già positivamente accolto l'idea di una responsabilità penale delle persone giuridiche, proprio a differenza di quanto stava accadendo in Italia «soprattutto in ragione del diritto romano che ha sempre guardato alle società come ad entità astratte, prive di intenzionalità e pertanto incapaci di commettere reati»¹¹.

Per tutte queste ragioni, nel corso di questo dibattito si cominciava ad avvertire come necessaria l'introduzione di un meccanismo che consentisse l'applicazione di una sanzione punitiva a queste imprese, anche a costo di superare la barriera ideologica del *societas delinquere non potest*¹².

Ritornando perciò all'interrogativo introdotto solo qualche riga prima, ci chiediamo adesso in cosa si sbagliava l'impostazione tradizionale.

Il primo nodo concettuale che dobbiamo sciogliere riguarda l'asserita violazione del principio della personalità della responsabilità penale.

Se rimuoviamo «i veli ideologici del brocardo *societas delinquere non potest*»¹³, e riconosciamo «la natura storica, e “contingentemente relativa” di quest'ultimo, il caposaldo della personalità della responsabilità (art. 27 comma 1 Cost.) non può precludere, sotto il profilo costituzionale, l'ampliamento dell'area dei destinatari del diritto penale fino a ricomprendervi la persona giuridica»¹⁴.

Dunque, inteso nella sua accezione minima, ovvero quale divieto di responsabilità per fatto altrui, il principio in parola non costituisce un ostacolo alla previsione della responsabilità per reato degli enti»¹⁵.

A questa conclusione si può infatti pacificamente giungere accogliendo la teoria dell'immedesimazione organica¹⁶: in base a questa teoria, «l'ente risponde per i reati

¹¹ SAVINI, I. A., DE GIOIA CARABELLESE, P., *La responsabilità degli enti in Italia e Gran Bretagna: una possibile armonizzazione post Brexit*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2017, n. 2, p. 183.

¹² Si noti che l'espressione “sfondamento delle barriere ideologiche” è usata da DI GIOVINE, O., *op. cit.*, p. 18.

¹³ BERNASCONI, A., PRESUTTI, A., *op. cit.*, p. 27.

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ Per comodità si riassumono in questa sede i tratti caratterizzanti la teoria della immedesimazione organica. La teoria in questione ritiene che la società sarebbe un vero e proprio soggetto capace di delinquere, al pari di tutti i cittadini. Quando un soggetto che appartiene a un organo della società compie un'azione nel contesto dell'ambito societario, esso agisce in nome e per conto della società. Un caposaldo di questo rapporto è la non alterità della persona fisica rispetto alla società: gli organi sono infatti gli

commessi dai propri “organi” considerati quali rappresentanti della volontà collettiva»¹⁷. Si vuole così affermare che la persona giuridica, giudicata colpevole, verrebbe punita per un reato ad essa direttamente riferibile.

Ma anche qualora volessimo affrontare il principio della personalità della responsabilità penale nella sua massima essenza, ovvero quella della responsabilità per fatto proprio colpevole, non si rinviene alcun ostacolo insormontabile.

La colpevolezza può essere riferita all’ente tramite la costruzione concettuale della cosiddetta “colpa di organizzazione”¹⁸. La persona giuridica sarebbe colpevole o perché si è «avvantaggiata dell’illecito commesso dal suo management»¹⁹ oppure perché ha colpevolmente omesso la predisposizione di un adeguato apparato di controllo e prevenzione dei reati.

Venendo adesso a esaminare la seconda delle giustificazioni presentate dalla dottrina tradizionale, dobbiamo di nuovo smentire la fondatezza delle argomentazioni.

Non è affatto vero che le finalità rieducative della pena non possono essere riferite anche al soggetto collettivo. Queste infatti possono essere rintracciate nell’impronta specialpreventiva che caratterizza l’intero sistema di responsabilità societaria.

Infatti, «l’obiettivo di porre da subito l’ente in condizioni di riorganizzarsi affinché possa dimostrare di rifuggire la pratica del reato, a favore di un agire economico guidato dalla legalità, pone il processo penale nel discutibile ruolo di meccanismo rieducativo, allontanandolo dalla logica che gli è propria, cioè l’accertamento»²⁰.

Che l’applicazione della pena abbia una finalità rieducativa è testimoniato anche dal fatto che sono previsti dei trattamenti privilegiati per l’ente che ripristina la legalità e

strumenti attraverso i quali la società si esprime. Ciò che vale è la completa immedesimazione fra la persona fisica e la società, le azioni delle prime sarebbero anche le azioni delle seconde. (LATTANZI, G., *op. cit.*, 2010, p. 20).

¹⁷ STILE, A. M., *La natura giuridica della responsabilità dell’ente e i suoi rapporti con la responsabilità individuale*, in *Corporate criminal liability and compliance programs. First Colloquium*, a cura di A. Fiorella e A. Stile, Napoli, 2012, p. 54.

¹⁸ CERESA GASTALDO, M., *Procedura penale delle società*, Torino, 2015, p. 15. La colpa di organizzazione è un concetto «di carattere esclusivamente normativo, non già psicologico, non essendo concepibile una psiche di persona collettiva. Essa è riferibile alla violazione degli obblighi prevenzionistici che il legislatore – assegnando alla sanzione una funzione allocativa, ossia trasferendo all’ente un compito tipico dello Stato, qual è quello di prevenire la commissione di reati, che lo Stato non riesce però a svolgere tempestivamente, con risorse e competenze adeguate – delega all’impresa, decentrando presso di essa i compiti di controllo». (*Ibidem*).

¹⁹ BERNASCONI, A., PRESUTTI, A., *op. cit.*, p. 27.

²⁰ BELLUTA, H., *Le indagini e l’udienza preliminare*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. Canzio, L. D. Cerqua, L. Lupària, Padova, 2016, p. 1015.

che dimostra di aver compreso i *deficit* della propria struttura organizzativa²¹. Il legislatore, insomma, «spera di ottenere una sorta di resipiscenza dell'imputato, al quale viene offerto di porre rimedio ai propri difetti strutturali, a causa dei quali si è verosimilmente realizzato il reato e per i quali l'ente risponde al giudice penale, in cambio di un'attenuazione della risposta cautelare e sanzionatoria»²².

In altre parole, «una delle opzioni di fondo di tale sistema è l'idea che la risposta punitiva sia non solo afflittiva, ma anche capace di stimolare in tempi brevi il recupero dell'ente ad una prospettiva di legalità»²³.

Per voler riepilogare, nessuna delle barriere ideologiche costruite dalla dottrina tradizionale del principio *societas delinquere non potest* può impedire di fatto la sottoposizione delle società a sanzione penale.

I soggetti collettivi, al pari delle persone fisiche, possono infatti essere i destinatari di tutti i principi costituzionali rilevanti *nel* e *per* il processo penale: il principio di colpevolezza, di personalità della responsabilità penale e della funzione rieducativa della pena.

Un aiuto nel superamento di questo principio è offerto da due teorie diverse: la teoria della immedesimazione organica e quella della responsabilità per colpa di organizzazione.

Una volta superate tutte le esitazioni legate al famoso brocardo latino, e compresa nel frattempo l'importanza dell'introduzione della responsabilità delle persone giuridiche, il legislatore non poteva fare a meno di introdurre siffatta responsabilità, anche a prescindere dagli obblighi internazionali che premevano per il raggiungimento di questa soluzione.

²¹ A voler essere precisi, non tutta la dottrina concorda sull'estensibilità alle persone giuridiche del precetto di cui all'art. 27 terzo comma della Cost.: «l'ente non può essere ricondotto al paradigma della persona fisica, l'unica alla quale può rivolgersi il precetto contemplato dall'art. 27 comma 3 Cost. Solo una visione antropomorfa del soggetto collettivo, dietro la quale si nascondono istanze di legittimazione del nuovo paradigma punitivo può assecondare una conclusione che, se accolta, si risolverebbe in una forzatura ideologica». (BERNASCONI, A., PRESUTTI, A., *op. cit.* p. 28). O ancora, «è fondatamente ipotizzabile, infine, un contrasto del nuovo modello con il comma 3 dell'art. 27 Cost., potendosi dubitare della valenza rieducativa delle sanzioni rivolte alla società. Pare infatti indiscutibile che il dettato costituzionale si indirizzi in via esclusiva alla rieducazione di soggetti in carne ed ossa, e, per ciò stesso, dotati di una personalità sulla quale incidere». (PAOLOZZI, G., *Vademecum degli enti sotto processo. Addebiti amministrativi da reato: dal d.lgs. n. 231 del 2001 alla l. n. 146 del 2006*, Torino, 2006, p. 81).

²² BELLUTA, H., *op. cit.*, p. 1020.

²³ DI BITONTO, M. L., *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Napoli, 2012, p. 28.

D'altro canto, il perseguire penalmente tutte quelle società che si fossero dimostrate responsabili sembra consentito dalla nostra Carta Costituzionale anche alla luce della lettera dell'art. 41 Cost. che, si riconosce in pieno la libertà di iniziativa economica privata, ma afferma, nel contempo, che questa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e che sono necessari dei controlli opportuni da parte della legge.

Ad ogni modo, non possiamo non sottolineare il fatto che, sebbene il principio del *societas delinquere non potest* sia stato abbandonato in seguito al decreto legislativo 231/2001, tuttavia non è stato definitivamente eliminato.

Parte di autorevole dottrina ha, infatti, affermato che «l'ibrido generato dal d.lgs. n. 231/2001 produce un effetto involontario: coniugando “regole di accertamento proprie della giurisdizione penale in chiave teleologica con comminatorie di natura amministrativa” si finisce, infatti, per salvaguardare formalmente proprio la sopravvivenza del principio *societas delinquere non potest*, dal quale ci si voleva distaccare»²⁴.

In ogni caso però, prescindendo da questa parziale sopravvivenza, il cambiamento rispetto al passato non può essere negato: a differenza di quanto accadeva prima dell'introduzione del decreto, l'ente può adesso essere sottoposto a sanzione.

Il superamento del principio *societas delinquere non potest* ha una conseguenza immediata: la sottoposizione di una società alle indagini preliminari, evenienza del tutto nuova rispetto al quadro antecedente all'approvazione del decreto 231/2001.

Per queste ragioni, diventa adesso auspicabile, se non necessario per l'ente imputato, difendersi e fare valere le proprie ragioni già nel corso delle indagini preliminari.

1.1 Oggetto delle indagini preliminari e modalità di partecipazione dell'ente

Il tema dell'ente indagato è ciò che fa da collante agli argomenti affrontati nel corso di questo capitolo. Ciò che adesso proveremo ad analizzare brevemente è l'oggetto delle indagini preliminari e le modalità di partecipazione dell'ente a questa fase.

Per quanto riguarda il primo profilo, appare chiaro che le indagini avranno ad oggetto elementi attinenti allo svolgimento dell'attività della società coinvolta. In questo

²⁴ PAOLOZZI, G., *op. cit.* p. 5.

senso, si può dire che l'annotazione dell'illecito trascina la società verso non pochi problemi. Prima di tutto, è probabile che gli inquirenti cercheranno di rintracciare all'interno dell'organizzazione societaria delle falle nella predisposizione dei modelli di prevenzione dei reati. Questa attività di ricerca coinvolgerà persone diverse all'interno della struttura: il rappresentante legale, i membri dell'organismo di vigilanza nonché i membri dell'*internal audit*, e sconvolgerà il regolare svolgimento delle loro attività²⁵.

«Sul piano processuale, il veicolo tecnico a disposizione del pubblico ministero è evidentemente costituito dall'assunzione di informazioni dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini (art. 362 c.p.p.)»²⁶. Si tratta di importanti contributi dichiarativi che potrebbero concorrere ad allargare l'oggetto delle indagini.

In secondo luogo, un ruolo importante può essere svolto dall'acquisizione di elementi documentali. «All'uopo, il pubblico ministero potrà avvalersi dello strumento della perquisizione e del conseguente sequestro, finalizzato a raccogliere non soltanto elementi pertinenti al reato presupposto ma anche documenti utili alla ricostruzione della responsabilità dell'ente»²⁷. Ciò che sarà oggetto di indagine non è tanto la predisposizione di astratti modelli di organizzazione e gestione, quanto piuttosto «la documentazione utile a valutare il concreto funzionamento del sistema di *compliance*. Ci si riferisce, in particolare, ai verbali delle riunioni dell'Organismo di Vigilanza, con i relativi ordini del giorno, e ad ogni ulteriore elemento da cui risulti l'attività svolta in concreto, dall'OdV»²⁸. È pacifico che si tratti di attività ispettive molto intrusive.

Le ricerche di questa fase riguarderanno anche un oggetto diverso: quello dell'essere il reato commesso “nell'interesse o vantaggio dell'ente”.

A questo proposito, bisogna sottolineare che gli organi inquirenti procederanno alle ricerche consapevoli del fatto che «per fondare la responsabilità, giusta l'alternatività dei criteri (salvo quanto previsto dall'art. 5, comma 2) è sufficiente che se ne accerti la ricorrenza di uno solo»²⁹.

Questa considerazione spinge ad esempio a ravvisare la responsabilità dell'ente nel caso di condotte “interessate”, «ossia ispirate a perseguire un accrescimento

²⁵ FUSCO, E., *op. cit.*, p. 182.

²⁶ *Ivi*, p. 183.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ AMATO, G., *Le indagini nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2010, n. 1, p. 144.

patrimoniale per l'ente, anche se poi, *ex post*, l'operazione economica sottostante non si sia risolta nel vantaggio sperato»³⁰.

Per questi motivi, sotto il punto di vista dell'ente indagato, sarebbero inutili delle indagini difensive volte ad escludere la responsabilità puntando solo sulla non rintracciabilità *ex post* del vantaggio. Dall'altro lato, le energie della pubblica accusa sarebbero ben spese qualora si investisse nella ricerca di un vantaggio dalla commissione del reato: la rintracciabilità di questo, sotto un diverso punto di vista, sarebbe utile ai fini dell'eventuale confisca.

Per quanto riguarda il secondo dei due profili, occorre precisare fin da subito che per il legislatore è molto importante «assicurare a questo procedimento un'effettiva partecipazione dell'ente, già in qualità di persona sottoposta alle indagini»³¹.

Per questa ragione, fin dalla fase in cui l'annotazione dell'illecito si colloca, all'ente viene riservato un ruolo cruciale. Questo perché, in virtù della clausola di rinvio generale al codice processuale penale, non può non essere data grande importanza alla dialettica fra le parti. L'ente sottoposto alle indagini partecipa a pieno titolo alle ricerche, ovviamente muovendosi in una direzione di segno opposto rispetto all'organo della pubblica accusa.

Due sono gli indici normativi che testimoniano come sia importante per il legislatore che l'ente conosca la genesi delle indagini a suo carico e vi partecipi.

Il primo è costituito dall'art. 39 nel quale è evidente l'intento di garantire l'effettività della sua partecipazione. La dichiarazione di costituzione, infatti, pur non influenzando in via generale sull'esercizio del diritto alla difesa, in ogni caso produce delle conseguenze su quelle «strategie difensive che potremmo definire “personalissime”, per le quali non basta il ministero del difensore, richiedendosi invece, un'effettiva presenza del rappresentante legale della persona giuridica»³².

Attraverso l'invito alla dichiarazione di costituzione, il legislatore intende, quindi, spingere la società a compiere anche atti difensivi personalissimi, come ad esempio la sottoposizione ad interrogatorio, che richiedono la presenza del soggetto indagato nella figura del suo rappresentante legale.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ BELLUTA, H., *op. cit.*, p. 1018.

³² *Ibidem*.

Il secondo indice normativo è costituito dall'art. 57³³: «l'invito a “dichiarare o eleggere domicilio per le notificazioni” convogliato nell'informazione di garanzia, lascia intendere quanto continuo per il legislatore la certezza che l'ente conosca l'esistenza del processo a suo carico, e l'auspicio che decida di parteciparvi»³⁴.

Il fatto che, nella fase del procedimento immediatamente successiva all'annotazione, sia auspicabile la presenza e la partecipazione attiva dell'ente è dimostrato anche dalla struttura a contraddittorio anticipato dell'*iter* di applicazione delle misure cautelari. Durante le indagini preliminari, «il pubblico ministero, *dominus* della fase e titolare delle prerogative investigative, proprio in questa sede può decidere di attivare il potere cautelare nelle forme descritte dal d.lgs. n. 231/2001 e sollecitare così l'instaurazione di un primo contraddittorio con il rappresentante dell'ente collettivo»³⁵.

Il profilo della necessaria partecipazione dell'ente ci spinge a rileggere con occhi diversi il primo dei due temi affrontati, ovvero l'oggetto delle indagini. Nella fase delle indagini preliminari a carico dell'ente, l'esame sul merito si mescola all'esame cautelare: «l'approfondimento cautelare viene favorito dall'*iter* di applicazione delle misure, fondato su un contraddittorio anticipato che sottolinea l'essenzialità della presenza dell'ente»³⁶.

Dunque, da quanto esposto in queste pagine, è emerso un aspetto importante: la centralità della fase investigativa nel procedimento a carico dell'ente³⁷.

La fase immediatamente successiva all'annotazione si caratterizza per l'importanza assunta dalla partecipazione dell'ente sottoposto alle indagini: se, da un lato, la pubblica accusa svolgerà delle ricerche, anche intrusive, volte a rintracciare l'eventuale *deficit* all'interno della società dei modelli organizzativi, dall'altro lato, le investigazioni difensive si muoveranno verso l'acquisizione di elementi da cui desumere l'estraneità del soggetto collettivo indagato al fatto di reato commesso.

È opportuno adesso proseguire la trattazione specificando quale siano le fonti che disciplinano la fase in cui l'annotazione dell'illecito si colloca.

³³ Per comodità si riporta in questa sede il testo dell'art. 57: «l'informazione di garanzia inviata all'ente deve contenere l'invito a dichiarare ovvero a eleggere domicilio per le notificazioni nonché l'avvertimento che per partecipare al procedimento deve depositare la dichiarazione di cui all'articolo 39, secondo comma».

³⁴ BELLUTA, H., *op. cit.*, p. 1019.

³⁵ MANCUSO, E. M., *Le indagini preliminari. L'udienza preliminare*, in *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, a cura di A. Giarda, E. M. Mancuso, G. Spangher, G. Varraso, Milano, 2007, p. 421.

³⁶ BELLUTA, H., *op. cit.*, p. 1020.

³⁷ Sul punto v., più approfonditamente, Cap. II, p. 63.

2. Panorama delle fonti della disciplina sulle indagini preliminare *de societate*

Non sarebbe ragionevole analizzare i profili problematici dell'istituto dell'annotazione senza fornire delle indicazioni di base circa l'assetto delle fonti della disciplina delle indagini preliminari. È sempre utile infatti riferire ogni norma al contesto del sistema in cui è collocata, tanto più nel caso del decreto, le cui norme non riescono a sopravvivere da sole e senza etero-integrazioni.

La fase investigativa è disciplinata da un insieme molto complesso di fonti normative: la complessità risiede nel diverso peso e importanza di ciascuna di essa nella regolamentazione della materia.

Prima di scendere nel dettaglio e analizzarle da vicino, per comodità se ne offre immediatamente un elenco sintetico: gli articoli 55-58 del decreto legislativo 231/2001; il codice di rito penale; la Carta Costituzionale; la normativa regionale; i provvedimenti dell'autorità di vigilanza; le norme sovranazionali a tutela dell'indagato.

Cominciamo la trattazione dal ruolo svolto dal decreto legislativo 231/2001: «la fase investigativa per l'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente è disciplinata dalle norme contenute negli articoli 55-58 del d.lgs. n. 231 del 2001»³⁸.

Infatti, «il legislatore delegato si è limitato a regolamentare pochi marginali aspetti delle indagini»³⁹. Tuttavia, nonostante gli articoli siano pochi e abbiano anche un contenuto piuttosto sintetico, è innegabile la loro importanza ai fini della ricostruzione delle coordinate di base.

Sulla base di questa considerazione, possiamo quindi affermare che queste poche norme costituiscono i pilastri fondamentali delle indagini preliminari a carico dell'ente.

Gli articoli in questione disciplinano la genesi delle indagini preliminari e la comunicazione dell'annotazione all'ente interessato (art. 55), il termine massimo per la durata delle indagini (art. 56), l'informazione di garanzia (art. 57) e i possibili epiloghi della fase (artt. 58 e 59). Non manca nulla di essenziale nella descrizione di quella che è la struttura di base, che si differenzia per alcuni aspetti dalla struttura delle indagini preliminari a carico della persona fisica.

³⁸ MANCUSO, E. M., *op. cit.*, p. 421.

³⁹ *Ibidem*.

«Il codice di procedura penale, infatti, rappresenta pur sempre il risultato di una plurisecolare esperienza normativa che ha riguardato esclusivamente le persone fisiche, conformando a tale carattere gran parte dei propri istituti e delle rispettive regole»⁴⁰.

Il decreto legislativo 231/2001, invece, «persegue l'ambizioso intento di delineare una sorta di "procedura penale degli enti" la cui architettura si distanzia notevolmente dal modello tradizionale relativo alle persone fisiche»⁴¹.

Gli elementi peculiari delle indagini a carico dell'ente (ad esempio il potere di archiviazione diretto del pubblico ministero) si mescolano ad elementi simili alla fase delle indagini preliminari descritta dal codice (ad esempio l'istituto dell'informazione di garanzia)⁴².

Il secondo gradino nell'assetto delle fonti che stiamo provando a descrivere è costituito dal codice di rito penale. Il suo ruolo non è certamente secondario, perché all'interno della sistematicità del codice è molto agevole rintracciare delle indicazioni fondamentali atte a supplire le lacune del decreto legislativo. Tuttavia, non si può affermare che il codice svolga una funzione di primaria importanza: la sua disciplina ha qui solo un ruolo di integrazione e supplenza rispetto alla disciplina specifica del decreto. Difatti, «il privilegio accordato alla disciplina specifica, di cui al capo terzo del d.lgs. n. 231 del 2001, assegna al codice di rito penale il ruolo di integrare – previa verifica di compatibilità delle disposizioni in esso contenute con il peculiare contesto del processo penale contro le società (art. 34) – un articolato, che dalle disposizioni generali e da quelle sui soggetti, si dipana fino alle norme sulla fase esecutiva»⁴³.

Anche se il codice ha solo un ruolo di integrazione, i pregi della sua disciplina sono evidenti. Le disposizioni codicistiche si distinguono infatti per completezza e maggiore linearità. Sarà quindi compito dell'interprete occuparsi dell'«adeguamento della

⁴⁰ DI BITONTO, M. L., *L'avocazione facoltativa*, Torino, 2006, p. 192.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Si noti che questo alternarsi di somiglianza e divergenza vale non solo per la fase delle indagini preliminari, ma anche più in generale per l'intero procedimento: «in attuazione della legge delega, il decreto legislativo introduce una disciplina derogatoria al codice di procedura penale, adeguando le regole del processo alla specificità del soggetto collettivo attraverso norme particolari in tema di competenza, rappresentanza dell'ente, vicende modificative nel corso del procedimento, prove misure cautelari; nonché su alcuni aspetti dell'indagine, dell'udienza preliminare, del giudizio delle impugnazioni e dell'esecuzione». (*Ivi*, p. 193).

⁴³ BERNASCONI, A., PRESUTTI, A., *op. cit.*, p. 32.

disciplina comune prevista nel codice di procedura penale alle esigenze derivanti dall'ingresso del soggetto collettivo nella dinamica procedimentale»⁴⁴.

All'interno del panorama delle fonti della disciplina delle indagini preliminari, un posto di rilievo deve essere riservato alla Costituzione.

Per percepire fino in fondo la portata del ruolo rivestito dalla Carta costituzionale, occorre chiarire se possano estendersi alle indagini preliminari *de societate* tutti quei principi costituzionali riservati esclusivamente al procedimento penale.

Secondo l'opinione dei redattori del d.lgs. 231/2001, qualificare come amministrativa la responsabilità delle persone giuridiche avrebbe significato consentire una generale esenzione dalle tradizionali garanzie⁴⁵. Se così fosse, tuttavia, lo stesso impianto generale delle indagini preliminari a carico dell'ente contraddirebbe la sua fisionomia: in particolare, questo modo di ragionare si porrebbe in contrasto col fatto che, fin dalle primissime battute del procedimento, il legislatore si augura che l'ente partecipi.

L'istituto dell'informazione di garanzia, i tratti essenziali dell'adempimento dell'annotazione, il regime della sua comunicazione, le altre garanzie difensive riservate all'ente e le prerogative del pubblico ministero durante la fase delle indagini preliminari sono dunque coerenti con i fondamenti costituzionali della procedura penale, in particolare con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, con la presunzione di innocenza, con il principio della riserva di legge e con il principio di personalità della responsabilità penale. Deve essere però sottolineato che «allo stesso tempo, le peculiarità intrinseche del soggetto collettivo assoggettabile a procedimento penale suggeriscono una rivisitazione dei principi costituzionali della relativa procedura penale»⁴⁶.

Senza ombra di dubbio, si noterà che questi stessi principi nella loro essenza caratterizzano anche la fase delle indagini a carico dell'ente, seppure spesso con una minore pregnanza.

⁴⁴ DI BITONTO, M. L., *L'avocazione*, cit., p. 193.

⁴⁵ DI BITONTO, M. L., *Studio sui fondamenti*, cit., p. 46.

⁴⁶ *Ivi*, p. 48. È d'accordo con questa conclusione anche Renzetti. L'autrice ritiene di poter «ormai affermare, senza timore di smentita, che determinati diritti – pur riconducibili in capo agli enti – necessitano di un inevitabile adattamento al cospetto delle peculiarità del soggetto collettivo». (RENZETTI, S., *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, Torino, 2017, p. 48).

Seguendo l'ordine dei principi elencati in precedenza, occorre in primo luogo precisare che il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, sul quale si fonda l'obbligatorietà dell'annotazione, parrebbe a prima vista essere violato dal congegno semplificato di archiviazione rispetto allo schema classico: ai sensi dell'art. 58, è il pubblico ministero ad emettere decreto motivato di archiviazione; in quello contro le persone fisiche, invece, è presente un controllo del giudice sull'inazione poiché il p.m. può solo presentare una richiesta di archiviazione, ma spetta al giudice pronunciarsi.

Si tratta però di una violazione solo apparente⁴⁷.

Ad una analisi più approfondita, emerge infatti che «non è affatto pacifico l'assunto secondo cui l'attribuzione al giudice del potere di disporre l'archiviazione costituisce l'unica soluzione normativa idonea a salvaguardare l'obbligatorietà dell'azione penale»⁴⁸.

Proviamo a spiegare perché il fatto che il pubblico ministero sia l'unico titolare dell'inazione non contrasta con l'art. 112 Cost.

Per non cadere in facili inganni, giova precisare cosa si intenda per obbligatorietà dell'azione penale: «obbligatorietà dell'azione penale, com'è ovvio, significa che il soggetto a cui quel potere è riconosciuto deve procedere, chiaramente se ne esistono i presupposti»⁴⁹. Ciò che è importante, dunque, è assicurare un meccanismo che garantisca una forma di controllo rispetto alla scelta del pubblico ministero di non agire. Per garantire il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale sarà però necessario che tale forma di controllo sia una forma di controllo valida, e questa lo è solo quando il controllore (ovvero il soggetto deputato a eseguire il controllo) sia indipendente dal controllato (ovvero il pubblico ministero, la cui scelta di non agire deve essere rimessa a un controllo da parte di un altro soggetto)⁵⁰.

Fatte queste premesse, si può concludere che l'obbligatorietà dell'azione penale può convivere benissimo anche con il potere archiviativo diretto del pubblico ministero,

⁴⁷ A voler essere precisi, l'affermazione che l'annotazione sia un adempimento obbligatorio e non facoltativo, non è esente da critiche. Sul punto v., più approfonditamente, *retro*, Cap. I, p. 17.

⁴⁸ *Ivi*, p. 103.

⁴⁹ RUGGIERO, R. A., *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Torino, 2018, p. 79.

⁵⁰ *Ivi*, p. 81.

perché i poteri del giudice delle indagini preliminari di fronte l'archiviazione sono gli stessi del procuratore generale presso la corte di appello⁵¹.

Il procuratore generale può in definitiva fare tutto ciò che il G.I.P. può ordinare: quest'ultimo può disporre nuove indagini o imporre l'imputazione coatta, il procuratore generale allo stesso modo può o completare il quadro investigativo, oppure procedere con la contestazione. Non risulta quindi criticabile la scelta del legislatore di rinunciare all'intervento del giudice.

Tuttavia, non tutti i commentatori sono d'accordo con questa impostazione. Chi non condivide questa conclusione ritiene che non possano «essere riposte grandi aspettative nella funzione di controllo affidata al procuratore generale: senza voler apparire troppo diffidenti, l'idea è che di fatto il ruolo di supplenza in caso di inazione potrà essere esercitato solo se vi dovesse essere una sollecitazione in questo senso da parte dello stesso pubblico ministero, il quale riconosca di aver sbagliato»⁵².

Tale opinione è motivata dal fatto che, mentre in caso di archiviazione del reato il giudice è obbligato ad operare il controllo ai fini della decisione, nel caso di archiviazione dell'illecito amministrativo, il Procuratore generale, invece, non ha alcun obbligo di attivarsi⁵³.

È di questo parere, fra gli altri, Paolozzi, il quale ritiene che siffatta disciplina rimette nelle mani del p.m. «la piena libertà di scegliere, sulla scorta di valutazioni, che, in alcuni casi, potrebbero rivelarsi finanche arbitrarie, quale impresa risparmiare dal processo penale»⁵⁴.

Concludendo sull'argomento, nonostante non tutti i commentatori concordino sulla piena compatibilità del potere archiviativo diretto del pubblico ministero con il principio *ex art. 112 Cost.*, sembra preferibile l'opinione di coloro che non ravvisano violazione del principio in questione. Tale impostazione ha, fra l'altro, l'innegabile pregio di garantire la speditezza e l'efficienza dei processi, alleggerendo il carico di lavoro dei giudici.

⁵¹ *Ivi*, p. 84. L'autrice afferma infatti: «Abbiamo già [...] fatto riferimento ai possibili provvedimenti che il giudice può adottare sulla richiesta di archiviazione: se non può accoglierla subito, all'esito dell'udienza camerale che avrà fissato può comunque archiviare, o ordinare altre indagini ovvero imporre l'imputazione coatta. Ebbene, se queste sono le alternative che il codice di procedura penale riconosce al giudice per le indagini preliminari, non tanto diverse sono le opzioni affidate al procuratore generale». (*Ibidem*).

⁵² *Ivi*, p. 85.

⁵³ *Ivi*, p. 84.

⁵⁴ PAOLOZZI, G., *op cit.*, p. 177.

Per quanto attiene alla presunzione di innocenza, la questione è più complessa poiché la disciplina del decreto presenta profili di contrasto con questo principio.

«Nel caso in cui sia un vertice a commettere il reato si applica l'art. 6 che, considerando i dirigenti una specie di *longa manus* dell'ente, addebita in via presuntiva la colpa di organizzazione, ferma restando la possibilità per la *societas* di dimostrare la sua estraneità al reato»⁵⁵. Di conseguenza detta previsione normativa «si traduce in un'inversione dell'onere della prova e quindi in una violazione della presunzione di colpevolezza»⁵⁶.

Tale lettura è in linea con quanti ritengono che l'art. 6 non individua la negligenza come causa di responsabilità dell'ente ma «si limita a configurare la condotta diligente come fatto impeditivo, come causa di non punibilità»⁵⁷. Dunque, «la condotta dell'ente, intesa come diligente osservanza degli obblighi di organizzazione e vigilanza, è la causa di non punibilità, il fatto impeditivo, la cui prova spetta alla difesa»⁵⁸.

Tale situazione rappresenta un'anomalia rispetto al *thema probandum* nel processo penale, dove a dovere essere provata è la colpevolezza e non l'innocenza⁵⁹. Appare chiaro quindi che «se l'ente risponde per una colpa organizzativa, è la presenza di questa a dover essere provata ai fini della condanna e non la sua assenza ai fini del proscioglimento: convertire il fatto costitutivo della colpevolezza nel fatto impeditivo dell'innocenza è una plateale violazione del principio contenuto nell'art. 27 comma 2 Cost.»⁶⁰.

In effetti, dalla lettura dell'art. 6 si ricava che «la commissione di un fatto di reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente basterebbe di per sé a ritenere fondata la responsabilità da reato della *societas*, a meno che quest'ultima non riesca a dimostrare la sussistenza dei fatti impeditivi della sua responsabilità»⁶¹.

Tuttavia, bisogna precisare che la presunzione di innocenza può essere preservata, poiché, a parere di alcuni, sarebbe possibile una lettura della norma che ne consenta la compatibilità costituzionale.

⁵⁵ BALDUCCI, P., *L'ente imputato, profili di efficienza e di garanzia nel processo de societate*, Torino, 2013, p. 19.

⁵⁶ *Ivi*, p. 20.

⁵⁷ FERRUA, P., *La prova nel processo penale*, Torino, 2017, p. 325.

⁵⁸ *Ivi*, p. 326.

⁵⁹ *Ivi*, p. 328.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ DI BITONTO, M. L., *Studio sui fondamenti*, cit., p. 65.

Infatti, con riferimento all'art. 6, va detto che non appare corretto desumere da tale norma di diritto sostanziale che il soggetto collettivo sia gravato del corrispondente rischio della mancata prova. La ripartizione degli oneri probatori fra accusa e difesa è infatti una materia regolata da norme di diritto processuale e non da quelle di diritto sostanziale⁶².

A questo proposito, quindi, la norma utile sarebbe l'art. 530 comma 1 c.p.p., il quale prevede che il giudice pronunci sentenza di assoluzione se vi è dubbio sull'esistenza di una causa esimente⁶³.

Del resto è stato fatto notare che «la formula “se prova che” contenuta nell'art. 6, 2° comma, d.lgs. n. 231/2001, non andrebbe intesa alla lettera, dato che nel processo penale la prova vale a prescindere dal soggetto che l'ha introdotta. [...] Posto infatti che il tema del processo penale è la colpevolezza (e non l'innocenza), all'imputato andrebbe sempre fornita una particolare tutela sul piano della decisione sul fatto incerto, a prescindere dal modo in cui è maturata la situazione di incertezza»⁶⁴.

Sulla base di queste osservazioni, si giunge ad un'importante conseguenza. «Dalla lettura degli artt. 530 e 533 c.p.p. emerge un quadro che non può essere frainteso: il dubbio, sia che verta su fatti costitutivi, sia che coinvolga fatti impeditivi, si risolve sempre in senso favorevole all'imputato»⁶⁵.

Dunque, «la prospettiva di responsabilizzare la difesa sul piano probatorio appare in linea con la struttura di un processo penale moderno»⁶⁶, a patto che venga rispettato il canone dell'*in dubio pro reo*, in modo tale da «assicurare sempre l'epilogo assolutorio laddove permanga una situazione di incertezza sui fatti introdotti nel processo»⁶⁷.

Grazie a queste argomentazioni, gli attriti con il precetto costituzionale appaiono significativamente ridotti: se il dubbio si risolve sempre a favore dell'imputato, la disciplina del decreto non è fortemente in contrasto con la Costituzione, anche perché lo sforzo dimostrativo preteso dall'imputato verte su «elementi rientranti nella sua

⁶² *Ivi*, p. 74.

⁶³ *Ivi*, p. 65.

⁶⁴ PAULESU, P. P., *Responsabilità penale degli enti e regole di giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 849.

⁶⁵ *Ivi*, p. 850.

⁶⁶ *Ivi*, p. 852.

⁶⁷ *Ibidem*.

(esclusiva) sfera di conoscibilità, che il soggetto collettivo ha tutto interesse a portare a conoscenza del giudice»⁶⁸.

Venendo adesso al principio della riserva di legge, si può senz'altro affermare che esso viene pienamente rispettato. Il decreto legislativo riprende il canone del principio di legalità sia nei riguardi delle sanzioni sia nei riguardi delle misure cautelari: del resto non poteva essere diversamente. Ne è testimonianza la perfetta corrispondenza fra arsenale sanzionatorio e cautelare, e il fatto che «se si guarda all'apparato delle sanzioni – sanzione pecuniaria, confisca, sanzioni interdittive, pubblicazione della sentenza di condanna – le quali “in grandissima parte provengono dal diritto penale”, la scelta del legislatore appare pressoché necessitata»⁶⁹.

Il riferimento ai principi costituzionali non può però non comprendere il canone della responsabilità penale *personale*. Quest'ultimo è implicitamente recepito nella fase delle indagini preliminari, perché una delle condizioni per procedere all'annotazione è la commissione di un reato presupposto da parte di un soggetto che, anche se non immediatamente individuato, può per vie generali essere ricollegato alla struttura organizzativa della società coinvolta.

In questo senso, non vi potrà essere nessuna annotazione per illeciti che non possono essere ricollegati alla sfera operativa dell'ente.

Nel contesto delle persone giuridiche, la riferibilità all'ente dell'illecito può essere giustificata attraverso lo strumento della immedesimazione organica, sulla base della convinzione che la persona giuridica ha una volontà propria e può esprimerla proprio attraverso le persone fisiche che la compongono⁷⁰.

Un ulteriore tassello nel mosaico della disciplina delle indagini preliminari a carico dell'ente è costituito dal ruolo svolto dalla normativa regionale⁷¹: «numerosi atti normativi regionali, da ricondurre alla potestà legislativa riconosciuta dall'art. 117 Cost., interagiscono – seppure in maniera indiretta – con il sistema delle fonti della responsabilità degli enti»⁷².

Per comprendere la loro importanza, basta ricordare che diversi atti normativi regionali spingono verso l'obbligatorietà dell'adozione dei modelli organizzativi,

⁶⁸ RENZETTI, S., *op. cit.*, Torino, 2017, p. 209.

⁶⁹ BERNASCONI, A., PRESUTTI, A., *op. cit.*, p. 28.

⁷⁰ DI GIOVINE, O., *op. cit.*, p. 20 ss.

⁷¹ BERNASCONI, A., PRESUTTI, A., *op. cit.*, p. 32.

⁷² *Ibidem*.

soprattutto in settori molto importanti, come quello della sanità. A titolo di esempio, la Regione Sicilia ha emanato due decreti dell'assessorato alla salute (n. 1179 del 2011 e n. 1180 dello stesso anno) prevedendo la possibilità di incrementare il finanziamento delle strutture che hanno adottato o hanno in corso di attuazione il modello organizzativo, le procedure e le attività di controllo. O, ancora, citiamo una legge della Regione Abruzzo (l. 27 maggio 2011 n. 15) che ha previsto per gli enti dipendenti e strumentali della Regione l'adozione di modelli di organizzazione e di gestione. Da questo punto di vista tali atti irrobustiscano senz'altro la forza cogente del decreto legislativo⁷³.

Con riferimento alla specifica fase delle indagini preliminari, le leggi regionali prima citate possono influire sul procedimento di accertamento dell'idoneità dei modelli organizzativi e determinare l'applicabilità o meno di una misura cautelare.

Il panorama delle fonti della disciplina delle indagini preliminari non potrebbe essere completo, però, senza un cenno ai provvedimenti delle autorità di vigilanza. Questo cenno è doveroso, perché essi determinano delle conseguenze nel corso delle indagini preliminari, anche se con esclusivo riguardo agli enti creditizi, a quelli intermediari finanziari e agli enti assicurativi.

Il loro ruolo è simile a quello svolto dagli atti normativi regionali: essi influiscono indirettamente sul sistema e in particolar modo «sul regime di adozione dei modelli di organizzazione e gestione da parte di taluni operatori economici»⁷⁴.

In altre parole, le suddette *authorities* (Banca d'Italia, Consob, e Ivass) hanno emanato una moltitudine di comunicazioni, circolari e delibere con forti ricadute sull'attività di organizzazione interna di queste strutture societarie.

Infatti, le società impegnate nella predisposizione dei modelli organizzativi previsti dal decreto, attraverso queste comunicazioni, sono incentivate ad effettuare analisi approfondite sui possibili fattori di rischio che possono innescare la responsabilità societaria.

Gli atti delle autorità di vigilanza, quindi, finiscono per influire sulle scelte aziendali circa la definizione delle priorità, l'impiego delle risorse e la ripartizione degli oneri di prevenzione del rischio reato.

⁷³ *Ivi*, p. 35.

⁷⁴ *Ibidem*.

A titolo di esempio, prendiamo in considerazione le numerose comunicazioni dell'Unità di informazione finanziaria (UIF) della Banca d'Italia. Si tratta di informative atte a diffondere la comprensione degli indicatori di anomalie nelle transazioni e a facilitare così l'individuazione delle operazioni sospette⁷⁵. Questi dati sono particolarmente utili per la prevenzione del rischio della commissione dei reati all'interno della compagine aziendale perché possono fornire un prezioso supporto all'attività di mappatura delle aree con alta probabilità di verifica del rischio.

Allo stesso scopo, l'ex Isvap (ora Ivass) ha adottato diverse informative dirette a prevenire i reati di riciclaggio e le attività di finanziamento del terrorismo che possono essere commessi nel settore delle assicurazioni e degli intermediari assicurativi. Tali atti contengono anche delle disposizioni concernenti il sistema di controllo e di gestione del rischio reato.

È opportuno concludere la disamina delle fonti, descrivendo il ruolo svolto dalla normativa sovranazionale. A questo proposito, non può essere sottovalutata l'importanza dei diritti riconosciuti all'indagato dalle Convenzioni internazionali e dalla normativa europea.

In primo luogo, facciamo riferimento all'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il quale espressamente riconosce il diritto a un equo processo. Questa norma è molto importante perché sintetizza per lo più diritti già costituzionalizzati, quali il diritto alla difesa e la presunzione di innocenza⁷⁶. Garanzie che valgono sempre e comunque nei confronti dell'ente sottoposto ad indagini, costituendo anche prerogative imprescindibili per il corretto esercizio delle investigazioni difensive.

Anche a voler ritenere che il sistema costituzionale ed internazionale dei diritti dell'uomo riguardi solo l'essere umano come persona fisica, resta un dato di fatto che «l'afflizione del “macroantropo” con pene che possono andare ad incidere sulla sua stessa esistenza (giuridica ovviamente: non ne ha un'altra) può risolversi nel punire persone fisiche assolutamente incolpevoli»⁷⁷. Questi soggetti incolpevoli possono

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ DI BITONTO, M. L., *Studio sui fondamenti*, cit., p. 86.

⁷⁷ MOSCARINI, P., *Le cautele interdittive nel procedimento penale de societate*, Roma, 2010, p. 13.

essere, ad esempio, gli azionisti di minoranza e i piccoli risparmiatori o gli operai e gli impiegati di una impresa chiusa a causa del reato commesso da uno o più dirigenti⁷⁸.

Sulla base di questa considerazione, si è quindi giustificato il ricorso a una convenzione, come la C.e.d.u., che formalmente si rivolge alle sole persone fisiche. Esaminiamo adesso i precetti contenuti al suo interno.

Per quanto riguarda le disposizioni attinenti ai diritti dell'indagato, l'art. 6 della C.e.d.u. prevede che la persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. Inoltre, ogni accusato ha diritto di essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico, di disporre di un tempo adeguato per la sua difesa, di avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, di essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio.

Spostandoci ad esaminare la normativa comunitaria, richiamiamo adesso il contenuto degli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Con questi articoli, a favore di un soggetto accusato di un reato si riconoscono gli stessi diritti riconosciuti dalla C.e.d.u; in particolare, nell'art. 47 è stabilito che «ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente e entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge». E inoltre, che «ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare». All'art. 48, è invece stabilito che «ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata».

Da quanto fino ad ora esposto, emerge che la disciplina delle indagini preliminari *de societate*, sulla scorta dell'equiparazione fra ente imputato ed ente indagato, deve adeguarsi a tutti questi canoni, pensati in primo luogo per la sola persona fisica.

La descrizione del panorama delle fonti della disciplina della fase delle indagini preliminari si è in questo modo arricchita del riferimento alle garanzie riconosciute dalla normativa europea e ciò risulta ragionevole perché «è stata proprio la legislazione europea a fungere da “stimolo per l'estensione alle persone giuridiche della responsabilità per fatti di reato”»⁷⁹.

⁷⁸ *Ivi*, p. 14.

⁷⁹ RENZETTI, S., *op. cit.*, p. 53.

3. Centralità della fase investigativa nel procedimento penale delle società

Il fatto che l'annotazione dell'illecito dipendente da reato segna il momento genetico di una fase centrale all'interno dell'*iter* procedimentale che conduce alla fase del giudizio è opinione condivisa da molti⁸⁰. Con l'espressione "centrale" si vuole intendere che la fase *de qua* produce delle importanti conseguenze rispetto all'esito complessivo del giudizio, spesso condizionandone l'esito. In altre parole, quella che dovrebbe costituire solo una fase prodromica, finisce invece per diventare decisiva tanto quanto lo svolgimento successivo del procedimento, se non, in alcuni casi, di un'importanza addirittura maggiore.

La prima ragione a sostegno di questa affermazione risiede nella considerazione che la maggior parte delle norme del decreto 231/2001 riguarda la fase delle indagini preliminari⁸¹.

Non si tratta solo di un dato quantitativo. Infatti, «la scelta normativa appare degna di nota: il fatto, in altre parole, che si sia deciso di diversificare, a livello procedimentale, ciò che sta prima del giudizio significa comunque averne rimarcato l'importanza, verosimilmente anche per assicurare il raggiungimento quanto prima degli obiettivi del d.lgs. 231/2001»⁸². In particolare, il decreto legislativo 231 intende offrire all'ente occasioni di ravvedimento e la possibilità di optare per riti alternativi come i procedimenti speciali che possono instaurarsi già o solo nella fase delle indagini preliminari. In relazione alla prima possibilità, si può anche notare che l'elemento della premialità ha suscitato delle critiche riguardanti la presunzione di non colpevolezza⁸³.

Ad ogni modo, per ritornare al tema a cui è dedicato il presente paragrafo, dobbiamo sottolineare come la centralità delle indagini *de societate* è anche testimoniata da due elementi ulteriori: l'art. 56, che parla di "accertamento" della responsabilità

⁸⁰ BELLUTA, H., *Le indagini*, cit., p. 1017 ss.; DI BITONTO, M. L., *Le indagini e l'udienza preliminare*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2010, p. 591 ss.; RUGGIERO, R. A., *op.cit.*, p. 1 ss.

⁸¹ RUGGIERO, R. A., *op.cit.*, p. 2.

⁸² *Ivi*, p. 3.

⁸³ BELLUTA, H., *Le indagini*, cit., p. 1021. A parere dell'autore, indurre l'ente a collaborare attraverso risarcimenti, disponibilità di profitto per la confisca e, soprattutto operazioni di riorganizzazione interna, potrebbe far pensare a un ente già considerato colpevole, ancora prima dell'instaurazione di un processo a suo carico. (*Ivi*, p. 1020).

«trasfigurando funzionalmente le indagini preliminari in fase di merito»⁸⁴, e l'art. 57, che racchiude «la ferma volontà legislativa di assicurare a questo procedimento un'effettiva partecipazione dell'ente, già in qualità di persona sottoposta alle indagini»⁸⁵.

In relazione al primo aspetto, si vuole intendere che la fase delle indagini preliminari *de societate* è centrale per ciò che riguarda l'accertamento della responsabilità poiché in essa si potrebbe giungere in pratica a qualcosa di molto simile a un giudizio.

La fase delle indagini preliminari *de societate* presenta, infatti, delle caratteristiche tipiche dell'esame sul merito. Senza dubbio «ci si riferisce [...] ad uno dei settori maggiormente qualificanti del d.lgs. n. 231 del 2001, la materia cautelare, che rappresenta un sotto-sistema autonomo, compiutamente definito, con caratteristiche inedite. Non è privo di significato che sia proprio questo l'ambito più vivace del sistema di responsabilità degli enti, come dimostrano i vari repertori di giurisprudenza»⁸⁶.

Difatti, «l'impressione che la parentesi cautelare potesse assurgere a momento determinante nell'architettura processuale costruita per i soggetti collettivi, vivida sin dall'entrata in scena della nuova disciplina, non è stata smentita nei primi anni di applicazione della legge»⁸⁷.

Ci limitiamo in questa sede a chiarire alcuni aspetti generali dell'*iter* di applicazione delle misure cautelari: è da questo breve quadro che emergeranno gli elementi a riprova della centralità delle indagini preliminari.

«L'approfondimento cautelare viene favorito dall'*iter* di applicazione delle misure, fondato su un "contraddittorio anticipato" che sottolinea l'essenzialità della presenza dell'ente, nella figura del suo legale rappresentante»⁸⁸.

A voler essere precisi, possiamo sottolineare che «il procedimento per decidere sull'adozione o non della cautela interdittoria *contra societatem* presenta aspetti di notevole originalità ed innovatività rispetto al paradigma generale stabilito dal codice di rito penale per le misure limitative *de hominorum libertate*»⁸⁹.

⁸⁴ *Ivi*, p. 1018.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ RUGGIERO, R. A., *op.cit.*, p. 2.

⁸⁷ RENZETTI, S., *op.cit.*, p. 84.

⁸⁸ BELLUTA, H., *Le indagini*, cit., p. 1020.

⁸⁹ MOSCARINI, P., *op. cit.*, p. 52.

In particolare, mentre il modello pensato per le persone fisiche obbedisce alla logica del «carattere a sorpresa che deve inevitabilmente connotare tali medesimi provvedimenti»⁹⁰ e segue, salvo che nel caso dell'art. 289, 2° comma, 2° periodo, la regola del “contraddittorio differito”, la deliberazione *de societate*, invece, «va sempre preceduta da un “contraddittorio anticipato” rispetto alla stessa decisione»⁹¹.

Quest'ultimo si svolge perciò attraverso il confronto dialettico diretto ed immediato tra le parti, che vengono tempestivamente convocate così da essere poste in grado di far valere contestualmente le proprie ragioni⁹².

Trattandosi di una fase in cui, appunto, l'esame cautelare non è tanto diverso dall'esame del merito (considerata anche la corrispondenza fra sanzioni e misure cautelari), il soggetto collettivo potrà già in questa fase intraprendere una determinata strategia: sulla base della concreta situazione in cui si trova, potrà ad esempio ritenere conveniente sfruttare gli sconti premiali che il legislatore prevede «a fronte di un costruttivo ritorno [...] sui binari dell'agire legale»⁹³.

Questo aspetto non è rimasto però immune da critiche. È emersa infatti con qualche perplessità «la (forse) eccessiva commistione tra esame cautelare e sul merito il cui risultato più diretto consiste nel far convergere sull'indagine preliminare dinamiche “probatorie e cognitive” che troverebbero più adeguata collocazione in fasi seguenti»⁹⁴.

Ad ogni modo, per ciò che riguarda il secondo aspetto – cioè la ferma volontà legislativa di assicurare la partecipazione dell'ente già a partire da questa fase – un ruolo importante è occupato dall'art. 57, che si preoccupa di inviare all'ente l'invito a depositare la dichiarazione di costituzione, nonché a dichiarare o eleggere domicilio. Infatti, da questo invito è evidente l'auspicio del legislatore per una scelta da parte dell'ente favorevole alla sua partecipazione.

Ci chiediamo adesso perché per il legislatore sia così importante che l'ente partecipi.

Sono diversi i motivi sulla base dei quali questa situazione potrebbe essere spiegata.

Innanzitutto, prima di concentrare l'analisi alle sole indagini preliminari *de societate*, allarghiamo lo sguardo alla fisionomia generale delle indagini preliminari nel procedimento penale tradizionale. Da questo confronto risulta chiaro che l'importanza

⁹⁰ *Ibidem.*

⁹¹ *Ibidem.*

⁹² *Ibidem.*

⁹³ BELLUTA, H., *Le indagini*, cit., p. 1020.

⁹⁴ *Ibidem.*

della partecipazione dell'ente alla fase prodromica è in parte mutuata dall'importanza della partecipazione dell'indagato persona fisica alla fase *de qua*. Ciò è possibile in virtù di quanto previsto dall'art. 34, a mente del quale, tutte le disposizioni del codice di procedura penale compatibili con il decreto possono trovare pacifica applicazione nel procedimento *de societate*. Svolgiamo quindi alcune considerazioni introduttive.

Il ruolo delle indagini preliminari è, come noto, cresciuto considerevolmente in seguito alle modifiche introdotte dalla Legge Carotti (l. 479/1999); anche questa fase è stata infatti progressivamente conformata alle caratteristiche tipiche del rito accusatorio.

Le novità introdotte dalla Legge Carotti hanno contribuito ad accrescere la centralità della fase *de qua* e hanno intensificato le garanzie dell'indagato. Infatti, queste risultano accresciute, in primo luogo, grazie alla possibilità di interloquire con il pubblico ministero per farne rilevare la carenza di legittimazione nel caso incompetenza territoriale⁹⁵ e, in secondo luogo, attraverso la previsione dell'obbligo di notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari⁹⁶. Quest'obbligo, in particolare, svolge un'indiscutibile funzione garantista: consente all'indagato di conoscere gli elementi di prova contro di lui, prima dell'eventuale formale esercizio dell'azione penale.

A questo proposito, fra l'altro, la dottrina si è anche domandato se l'avviso *ex art. 415 bis c.p.p.* vada notificato anche all'ente⁹⁷.

Sul punto, la giurisprudenza di merito ha affermato che «la parificazione operata dal legislatore tra imputato o la persona sottoposta ad indagini e l'Ente, esprime la volontà legislativa di apprestare anche in questa materia, un sistema di garanzie analogo a quello delineato dal codice di rito per l'accertamento del reato»⁹⁸.

⁹⁵ CARLI, L., *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Milano, 2005, p. 63. A questo proposito vale la pena sottolineare che in passato l'eventuale difetto di competenza del p.m. poteva essere oggetto solo di contrasti tra uffici della pubblica accusa e l'eventuale incompetenza per territorio poteva essere rilevata solo dal giudice. In seguito alla legge Carotti invece il soggetto indagato e il suo difensore, venuti a conoscenza della pendenza del procedimento, hanno facoltà, rivolgendosi al pubblico ministero precedente, di richiederli che gli atti siano da lui trasmessi all'ufficio che essi reputano, in sua vece, competente. (*Ibidem*).

⁹⁶ MARANDOLA, A., BRONZO, P., *La chiusura indagini e l'udienza preliminare*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. II, a cura di A. Marandola, Torino, 2015, p. 978.

⁹⁷ CROCE, G., CORATELLA, C., *Guida alla responsabilità da reato degli enti. La prassi applicativa alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul d.lgs. 231/2001, aggiornato al nuovo testo sulla sicurezza sul lavoro*, Milano, 2008, p. 172.

⁹⁸ G.I.P. Trib. Torino, ordinanza 11 giugno 2004, in CROCE, G., CORATELLA, C., *op. cit.*, p. 172.

Di conseguenza, pur mancando in tal senso una previsione espressa del legislatore, deve ritenersi che «questo sistema di garanzie non possa prescindere dall'avviso all'ente della conclusione delle indagini, qualora il p.m. non intenda procedere all'archiviazione del procedimento, come previsto dall'art. 415 *bis* c.p.p. per l'indagato»⁹⁹.

Tra le facoltà attribuite al difensore volte ad accentuare i poteri dell'indagato nel corso delle indagini, occorre poi segnalare l'art. 327 *bis* c.p.p., secondo cui, «fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito».

Volendo trarre le fila di quanto fin qui detto, le numerose garanzie riconosciute dal codice di rito penale nei confronti della persona fisica durante la fase *de qua* possono senz'altro essere estese anche nei confronti dell'indagato persona giuridica.

Dunque, se il legislatore ha voluto introdurre queste garanzie, è del tutto naturale che voglia assicurarsi che il soggetto destinatario possa beneficiarne.

Una seconda ragione a sostegno del favore del legislatore per una partecipazione dell'ente fin dalle prime battute del procedimento è legata alla particolare fisionomia della fase *de qua* nel procedimento *de societate*. Infatti, le indagini preliminari hanno l'attitudine a perturbare il regolare svolgimento delle attività economiche di un'impresa.

Ad esempio, durante questa fase, è possibile che venga ordinata l'interdizione dall'esercizio dell'attività che, come è noto, potrebbe avere effetti sconvolgenti nell'ente medesimo e in un numero consistente di altri soggetti coinvolti anche indirettamente dall'attività imprenditoriale della società stessa¹⁰⁰.

In questo senso, si può dire che il legislatore ha voluto bilanciare la dannosità dell'applicazione di una misura cautelare con l'invito a partecipare al procedimento.

Ad ogni modo, all'interno del decreto, «l'annotazione dell'illecito amministrativo (art. 55), l'identificazione del termine per l'accertamento del medesimo (art. 56) e l'istituto dell'informazione di garanzia (art. 57) rappresentano la triade delle disposizioni cardine»¹⁰¹: un'altra riprova di quanto sia essenziale per l'ente venire a conoscenza delle indagini a suo carico, difendersi per evitare l'applicazione di una

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ MOSCARINI, P., *op. cit.*, p. 54.

¹⁰¹ BERNASCONI, A., PRESUTTI, A., *op. cit.*, p. 312.

misura cautelare e godere del diritto al rispetto dei termini massimi di durata delle indagini preliminari.

Da quanto sarà esposto nei prossimi capitoli, apparirà chiaro che proprio due di questi profili, ovvero la conoscenza delle indagini e il diritto al rispetto dei termini massimi di durata delle indagini preliminari, sono strettamente legati allo strumento dell'annotazione.

Capitolo III

La comunicazione dell'annotazione

SOMMARIO: 1. Annotazione e secretazione delle indagini preliminari. – 2. Prerogative della difesa circa la conoscibilità dell'annotazione. – 3. Profili problematici inerenti al contenuto oggetto della comunicazione. – 4. Conoscibilità dell'annotazione e vicende modificative dell'ente. – 5. Regimi speciali di comunicazione dell'annotazione.

1. Annotazione e secretazione delle indagini preliminari

La comunicazione dell'annotazione è un tema di particolare rilievo. L'annotazione, infatti, proprio attraverso la sua comunicazione, dovrebbe svolgere l'importante funzione di garantire al soggetto collettivo indagato la conoscenza dell'esistenza di un procedimento a proprio carico.

È conveniente cominciare la trattazione di questo profilo provando a delineare una definizione di “comunicazione dell'annotazione”.

Con questa espressione si intende fare riferimento alla «possibilità di avere informazioni in merito all'annotazione dell'illecito»¹.

Questa possibilità è prevista espressamente nel secondo comma dell'art. 55 che, per la verità, non fa altro che rinviare alla corrispondente disciplina del codice di rito penale. Quindi per completare la disamina di questo argomento, dobbiamo in particolare fare riferimento anche ai commi 3 e 3 *bis* dell'art. 335 c.p.p. È dall'integrazione di queste due fonti che il panorama normativo circa la comunicazione dell'annotazione risulta completo.

Fatte queste premesse, esaminiamo adesso la norma del decreto dedicata alla comunicazione dell'annotazione: questa norma è l'art. 55 2° comma, a mente del quale, l'annotazione va comunicata all'ente o al suo difensore che ne fa richiesta “negli stessi limiti in cui è consentita la comunicazione delle iscrizioni della notizia di reato alla persona alla quale il reato è attribuito”. Per queste ragioni, come già anticipato, si può

¹ BASSI, A., EPIDENDIO, T. E., *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, p. 572.

pacificamente sostenere che viene replicato il meccanismo della comunicazione dell'iscrizione all'interessato e al suo difensore contenuto nei commi 3 e 3 *bis* dell'art. 335 c.p.p.².

Salvo alcuni limiti, queste disposizioni prevedono un principio di generale ostensibilità del contenuto dell'annotazione su richiesta dei soggetti interessati.

L'art. 335 comma 3 prevede infatti che «ad esclusione dei casi in cui si procede per uno dei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lettera a), le iscrizioni previste [...] sono comunicate alla persona alla quale il reato è attribuito, alla persona offesa, e ai rispettivi difensori, ove ne facciano richiesta».

Inoltre, il comma 3 *bis* dello stesso articolo prevede che «se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine, il pubblico ministero, nel decidere la richiesta, può disporre, con decreto motivato, il segreto sulle iscrizioni per un periodo non superiore a tre mesi e non rinnovabile».

La comunicazione dell'annotazione è un tema ricolmo di profili problematici.

Per comodità, prima di esaminarli da vicino se ne offre un elenco sintetico: i presupposti della comunicazione, gli obblighi del pubblico ministero che ha ricevuto una richiesta di comunicazione, l'accesso al registro *ex art.* 335 c.p.p., la potenziale incompatibilità fra l'efficacia e la conoscenza delle indagini preliminari, le funzioni della comunicazione e la discrezionalità del pubblico ministero nella secretazione.

Il primo imprescindibile presupposto della comunicazione dell'annotazione è la richiesta del soggetto interessato. Non sono pochi i dubbi in merito a questo profilo.

Ci si è innanzitutto chiesto quale debba essere il contenuto della richiesta. Questo contenuto infatti non è specificamente individuato dal legislatore: più nello specifico, la questione ruota attorno alla possibilità che «la richiesta possa assumere carattere eterogeneo, anche parziale o frammentario, rispetto alla molteplicità dei dati informativi contenuti nel registro»³. Ci si domanda, in altre parole, se ad attivare il meccanismo della comunicazione può essere una richiesta non completa, o formulata in maniera ambigua.

² CERESA GASTALDO, M., *Il processo alle società nel D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2003, p. 60.

³ MARANDOLA, A., *I registri del pubblico ministero. Tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova, 2001, p. 333.

Non è dato rispondere in maniera certa a questo interrogativo, poiché nessun requisito formale è indicato dal legislatore, ma è possibile comunque in parte attenuare le perplessità considerando che «a consentire la formulazione di una iniziativa che non sia di vasto raggio, induce la mutabilità delle stesse indicazioni da iscrivere nel mod. 21, oltre, alla necessità di non vincolare le istanze difensive che la norma intende assicurare»⁴.

Vi è poi un altro interrogativo che concerne il profilo soggettivo della richiesta.

Infatti, considerato che l'art. 335 c.p.p. comma 3 prevede che l'iscrizione della notizia di reato venga comunicata alla persona alla quale il reato è attribuito e al suo difensore, «con riguardo ai destinatari del diritto all'accesso all'annotazione dell'illecito, l'espressione utilizzata dal legislatore delegato si discosta dalla previsione codicistica introducendo la disgiuntiva “o” in luogo della congiunzione “e”»⁵.

Ci chiediamo quindi se tale diversa previsione consenta al pubblico ministero di scegliere il soggetto a cui comunicare l'annotazione.

Il dato letterale sembrerebbe configurare una facoltà alternativa, ma tale lettura non può però essere accettata perché priva di *ratio*⁶. Infatti, differenziare discrezionalmente il regime di accesso porterebbe alla violazione del canone di conformità previsto dall'art. 34.

Sempre riguardo ai profili soggettivi della richiesta è doverosa un'ultima considerazione: a differenza di quanto previsto dalla disciplina della comunicazione dell'iscrizione, non è consentita la comunicazione dell'annotazione alla persona offesa dal reato. Secondo la giurisprudenza, si tratta di una conseguenza obbligata dalla lettera della norma, considerato che nell'art. 55 non è prevista la comunicazione della annotazione a persona offesa, espressamente richiamata, invece, nell'art. 335 comma 3 c.p.p.⁷.

Altro presupposto della comunicazione è l'assenza dei limiti indicati nel terzo comma dell'art. 335 c.p.p.: la comunicazione è infatti impedita in alcuni casi eccezionali indicati dall'art. 407, comma 2, lettera a) c.p.p.

⁴ *Ibidem*.

⁵ TAGLIANI, I., *Morfologia della fase investigativa*, in *Il processo penale* de societate, a cura di A. Bernasconi, Milano, 2006, p. 207.

⁶ *Ivi*, p. 208.

⁷ Trib. Milano, sez. X, 20 marzo 2007 in CORSO, S. M., *Codice della responsabilità da “reato” degli enti*, Torino, 2015, p. 347.

Questo limite alla comunicazione dell'annotazione è quindi prescritto per gli illeciti amministrativi derivanti dai reati commessi per finalità di terrorismo e di eversione dell'ordinamento costituzionale (previsti dall'art. 25 - *quater* del decreto) e per gli illeciti amministrativi derivanti dai reati di cui agli artt. 600, 600 - *bis* comma 1, 600 - *ter* comma 1, 601 e 602 c.p. (previsti dall'art. 25 - *quinquies* del decreto), in quanto contemplati dall'art. 407 comma 2 lett. a) nn. 4 e 7 *bis* c.p.p.

La ragione di questa deroga rispetto al principio generale della comunicazione dell'annotazione è presto spiegata: «consente di salvaguardare il segreto imposto *ex lege* sulle iscrizioni della *notitia criminis* relative a taluno di tali gravi reati presupposto, impedendo che, attraverso le informazioni sull'illecito amministrativo, si finisca per vanificare il segreto apposto sulle iscrizioni concernenti i reati da cui derivano»⁸.

Comunque, l'insorgenza di tali limiti costituiva all'origine un'eventualità rarissima⁹: «nella versione primigenia della disciplina delegata, il novero dei reati-presupposto alla responsabilità amministrativa del soggetto collettivo era circoscritto alle ipotesi previste dagli artt. 24 e 25, che non richiamate dall'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. non frapponevano ostacolo all'accesso della notizia di reato»¹⁰.

Si trattava infatti di illeciti amministrativi dipendenti dai reati di indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica a danno dello Stato o di un ente pubblico, concussione e corruzione, tutti reati, giova ripeterlo, che non erano inseriti nell'elenco dell'art. 407 comma 2 lett. a).

La situazione è tuttavia cambiata con il progressivo ampliamento del novero dei reati presupposto. «L'art. 335 comma 3 c.p.p. diviene, quindi, norma di ordinaria applicazione ogni qualvolta la persona fisica che riveste una qualifica in seno all'ente sia sottoposta ad indagini, ad esempio, in relazione al delitto di attentato per finalità terroristiche o eversive che rientra nel novero delle fattispecie contemplate dall'art. 407 comma 2 lett. a) n. 4 c.p.p.»¹¹.

Inoltre, non è consentito l'accesso al registro delle notizie di reato qualora nei confronti del soggetto inserito nell'organigramma sociale si ipotizzi la commissione dei

⁸ BASSI, A., EPIDENDIO, T. E., *op. cit.*, p. 573.

⁹ TAGLIANI, I., *op. cit.*, p. 209.

¹⁰ *Ivi*, p. 208.

¹¹ *Ivi*, p. 209.

reati di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), ovvero di induzione alla prostituzione minorile (art. 600 *bis* comma 1 c.p.), o di sfruttamento della pornografia minorile (art. 600 *ter* comma 1 c.p.) o di tratta di persone (art. 601 c.p.) o, ancora di acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.), delitti tutti riconducibili alla previsione dell'art. 407 comma 2 lett. a) n. 7 *bis* del codice di procedura penale.

Ad ogni modo è stato fatto notare che la comunicazione dell'annotazione può essere negata solo in pochi casi, essendo esclusa dal catalogo dei reati che determinano la responsabilità dell'ente la maggior parte dei delitti indicati dall'art. 407, comma 2 lett. a)¹².

Terzo e ultimo presupposto per la comunicazione è il fatto che il pubblico ministero *non* abbia esercitato il potere di secretazione previsto dal comma 3 *bis* dell'art. 335 c.p.p., secondo il quale, se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine, egli può disporre il segreto sulle iscrizioni per un periodo non superiore a tre mesi e non rinnovabile. Approfondiremo più avanti questo profilo, per adesso è stato necessario accennarlo, in quanto la sua assenza è presupposto della comunicazione.

Diversa questione è quella degli obblighi del pubblico ministero investito della richiesta di comunicazione. Ci si è domandato in primo luogo se il pubblico ministero sia tenuto a rispondere, o abbia solo una facoltà in proposito; e in caso di risposta affermativa ci si è chiesto pure entro quale termine la risposta sia dovuta.

Per rispondere al primo quesito, è pacifico ritenere che si tratti di un atto assolutamente dovuto, perché in caso contrario si determinerebbe la violazione del diritto dell'indagato a essere informato sull'esistenza di un procedimento a proprio carico¹³.

Inoltre, è chiaro che scegliere fra l'accoglimento o il rigetto dell'istanza spetta esclusivamente al magistrato d'accusa senza alcun coinvolgimento della segreteria¹⁴. Questa opinione è confermata dalla considerazione che alla richiesta deve seguire il rilascio di una certificazione che, «implicando la formulazione di un giudizio tecnico-giuridico, qual è quello relativo alla necessità della non ostensibilità ai fini delle

¹² PAOLOZZI, G., *Vademecum per gli enti sotto processo*, Torino, 2006, p. 127.

¹³ MARANDOLA, A., *op. cit.*, p. 333.

¹⁴ *Ibidem*.

indagini»¹⁵, necessita di una valutazione che solo il pubblico ministero è in grado di operare.

In relazione alla seconda questione, possiamo affermare che non è previsto dalla legge nessun termine entro il quale la risposta sia dovuta¹⁶. Non sono mancate le critiche in proposito, perché sarebbe stata opportuna la previsione di un termine perentorio, atto ad assicurare l'efficace esercizio della garanzia difensiva della conoscibilità del procedimento.

La dottrina allora ha tentato di porre rimedio a questa lacuna normativa in maniera diversa: o riconducendo la richiesta tra i casi di semplice sollecitazione del pubblico ministero *ex art. 367 c.p.p.*, oppure ricollegando la risposta fornita dall'organo della pubblica accusa a una vera e propria certificazione, con conseguente applicazione delle regole generali previste dall'*art. 116 c.p.p.*¹⁷.

Nel primo caso «la risposta andrebbe fornita “senza ritardo” o, quantomeno, ricorrendo analogicamente a quanto stabilito dall'*art. 121 comma 2 c.p.p.*, entro quindici giorni, configurandosi al di là di tale termine una ingiustificabile omissione *contra legem*»¹⁸.

Nel secondo caso, invece, «l'atto deve essere rilasciato senza ritardo, ma è fatta salva la possibilità del pubblico ministero di “rigettare la richiesta con decreto motivato” (arg. *ex artt. 117 comma 2 e 118 comma 2 c.p.p.*), in assoluta conformità a quanto prescritto all'*art. 335 commi 3 e 3 bis c.p.p.*»¹⁹.

Passiamo adesso alla questione dell'accesso al registro in cui è contenuta l'annotazione.

È chiaro che tale accesso è subordinato all'esistenza di tutti i presupposti necessari per la comunicazione, ovvero la richiesta da parte di un soggetto legittimato, l'assenza dei limiti previsti dalla legge per l'ostensibilità, il mancato esercizio del potere di secretazione da parte del pubblico ministero.

L'accesso al registro opera attraverso la presa visione di un'attestazione rilasciata dalla segreteria. In virtù del generale richiamo alle norme processuali penali, e sulla base della sostanziale identità dei registri, deduciamo che la disciplina per l'accesso al

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ivi*, p. 334.

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibidem.*

registro contenente l'annotazione è la stessa dell'accesso al registro contenente le iscrizioni.

Difatti, è stato sostenuto che «i veicoli, per così dire “ufficiali”, di conoscenza da parte dell'ente dell'instaurazione di un procedimento a proprio carico sono [...] uguali a quelli di cui fruisce l'indagato»²⁰.

Occorre quindi fare riferimento alla disciplina del codice e in particolare all'art. 110 *bis* disp. att. c.p.p., il quale definisce la formula legale con cui la segreteria deve attestare sia l'assenza delle iscrizioni, sia le iscrizioni esistenti ma non suscettibili di comunicazione²¹.

Difatti, l'art. 110 *bis* disp. att. c.p.p., rubricato “richiesta di comunicazione delle iscrizioni”, prevede che in seguito all'istanza del soggetto interessato, e in caso di risposta positiva, la segreteria deve fornire le informazioni con la formula: "risultano le seguenti iscrizioni suscettibili di comunicazione". In caso contrario, quindi quando vi è qualche impedimento all'accesso, la stessa deve rispondere invece con la formula: "non risultano iscrizioni suscettibili di comunicazione".

L'annotazione che deve essere comunicata viene iscritta nel medesimo registro previsto per il reato presupposto, che può appartenere al modello 21 o modello 44, a seconda che si proceda nei confronti di persone note o ignoti²². A questo proposito, un profilo problematico ancora privo di soluzione riguarda la conoscibilità dell'annotazione contenuta nel registro delle notizie di reato contro ignoti, ovvero il registro appartenente al modello 45.

Per quanto riguarda l'iscrizione della notizia di reato nel registro contro ignoti, la dottrina ha escluso senza esitazione la possibilità della comunicazione²³: tale posizione è motivata dalla carenza di legittimazione da parte del soggetto richiedente, «posto che non vi è alcun soggetto al quale imputare in via “provvisoria” il fatto di reato oggetto d'annotazione»²⁴.

Questa conclusione sarebbe confermata anche sotto il profilo normativo, e in particolare dall'art. 2 comma 3 del d.m. 30 settembre 1989 n. 334. La disposizione in

²⁰ PAOLOZZI, G., *op cit.*, p. 127.

²¹ MARANDOLA, A., *op. cit.*, p. 328.

²² IELO, P., *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2012, n. 2, p. 93.

²³ MARANDOLA, A., *op. cit.*, p. 329.

²⁴ *Ivi*, p. 330.

questione prevede infatti che tali registri devono essere tenuti in luoghi non accessibili al pubblico, e che la loro consultazione è consentita al solo personale autorizzato²⁵.

Diverso sarebbe però il caso riguardante la comunicazione di un'annotazione collegata a un'iscrizione contro ignoti: dal momento che l'annotazione non può che avvenire a carico di un ente noto, non sembra vi possano essere delle ragioni a giustificazione di una preclusione.

Dobbiamo adesso sottolineare che la comunicazione dell'annotazione è un tema molto delicato, a causa del precario equilibrio nel bilanciamento degli interessi in gioco durante la fase delle indagini preliminari.

A tal proposito, è stato fatto notare che il problema di fondo è la possibile incompatibilità fra l'efficacia delle indagini, e la conoscenza dell'annotazione²⁶. Questa incompatibilità si può manifestare in tutti quei casi in cui la pubblicità dell'esistenza di un procedimento in corso può compromettere l'efficienza delle investigazioni.

Il legislatore si è dunque trovato di fronte ad una alternativa molto difficile: scegliere di privilegiare l'efficacia delle indagini anche a discapito del diritto dell'indagato di conoscere, o al contrario, trascurare l'interesse pubblico al fine di tutelare l'interesse privato alla comunicazione?

Di fronte a questa scelta, il legislatore sembra aver messo in primo piano la protezione dell'interesse del soggetto indagato. La situazione si presenta assai diversa rispetto al passato. La comunicazione dell'annotazione è infatti un profilo di straordinaria novità: «nella sua formulazione originaria l'art. 335, comma 3, c.p.p., prevedeva un generale divieto di accesso ai registri del pubblico ministero: la conoscenza del procedimento dell'indagine preliminare da parte dell'indagato, pertanto, era solo eventuale»²⁷.

La conoscenza di un procedimento a proprio carico era dunque un'eccezione alla regola generale del segreto, eccezione che si verificava solo nei casi in cui veniva inviata l'informazione di garanzia, o un decreto di perquisizione o sequestro.

Tale scelta era stata pienamente coerente con il sistema previsto dal codice del 1988 secondo il quale la prova si deve formare all'interno del dibattimento e nel contraddittorio delle parti. Pertanto, nel rispetto delle enunciazioni programmatiche

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ APRATI, R., *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010, p. 174.

²⁷ *Ivi*, p. 171.

della legge-delega n. 81 del 1987 e in armonia con il nuovo principio regolatore del rapporto fra indagini preliminari e istruzione dibattimentale, il legislatore aveva originariamente escluso la comunicabilità delle iscrizioni²⁸: «la segretazione dell'iscrizione protratta fino alla chiusura delle indagini appariva garante di una efficace gestione dell'attività investigativa, nel rispetto del sistema accusatorio»²⁹.

Il legislatore ha quindi messo in atto «una completa rimodulazione del diritto dell'indagato ad essere edotto sull'esistenza del procedimento a suo carico»³⁰.

Prima di provare a comprendere le ragioni di tale radicale ripensamento e studiare le implicazioni di tale riforma sull'equilibrio precario fra i due predetti interessi, è opportuno indicare la tappa decisiva di questa svolta: la legge n. 332 del 1995. Questa legge ha segnato due importanti conseguenze: «al fine di rafforzare la posizione della difesa, si è agito sul regime di conoscibilità delle iscrizioni di cui all'art. 335 c.p.p. e si è ridimensionato il ruolo dell'informazione di garanzia»³¹.

A proposito del primo dei due aspetti, è sufficiente notare che il soggetto sottoposto ad indagini ha adesso facoltà di essere edotto in via ufficiale dell'acquisto della qualità di indagato. Tale facoltà è esercitabile attraverso la presentazione di una richiesta alla segreteria del pubblico ministero.

In relazione al secondo aspetto, si può affermare che la comunicazione del contenuto dei registri adempie adesso a una funzione che prima della legge n. 332 del 1995 era unicamente svolta da un altro strumento, quello dell'informazione di garanzia³².

²⁸ MARANDOLA, A., *op. cit.*, p. 319.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ APRATI, R., *op. cit.*, p. 172.

³¹ MARANDOLA, A., *op. cit.*, p. 327.

³² Può essere interessante notare in questa sede che, dopo la legge n. 332 del 1995, l'invio dell'informazione di garanzia ex art. 369 c.p.p. è obbligatorio solo quando il pubblico ministero decide di compiere un atto garantito, cioè un atto da compiersi con la presenza del difensore. «Gli atti "garantiti" ai quali il difensore ha diritto ad assistere sono l'interrogatorio, il confronto e l'ispezione. In quest'ultimo caso, però, laddove vi siano fondati motivi di ritenere che il ritardo possa pregiudicare la ricerca della fonte di prova o le tracce o gli altri effetti materiali del reato possano essere alterati (art. 364 c.p.p.), il pubblico ministero può omettere la comunicazione al difensore, fermo restando la facoltà di quest'ultimo di intervenire all'ispezione. Il difensore, inoltre, ha la facoltà di assistere agli atti di perquisizione e al sequestro (art. 365 c.p.p.), ma non ha diritto a ricevere alcun avviso preventivo». (CROCE, G., CORATELLA, C., *Guida alla responsabilità da reato degli enti. La prassi applicativa alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul d.lgs. 231/2001, aggiornato al nuovo testo unico sulla sicurezza sul lavoro*, Milano, 2008, p. 173).

Perlopiù l'art. 19 della legge prima citata ha ristretto gli spazi della sua applicazione, poiché ne ha allontanato i tempi³³.

Il legislatore del 1995 ha stabilito infatti che l'informazione di garanzia deve essere inviata dal pubblico ministero "solo quando deve compiere un atto al quale il difensore ha diritto di assistere" contrariamente a quanto previsto dalla disciplina precedente che «permetteva di inviarla anche senza o comunque prima del compimento di atti "garantiti"»³⁴.

Dall'altro lato, sempre la stessa legge, con l'art. 18, ha previsto l'accesso al registro alla persona alla quale il reato è attribuito, alla persona offesa e ai rispettivi difensori, ove ne facciano richiesta, ad esclusione dei casi in cui si procede per uno dei delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a). Dunque, l'art. 18 ha introdotto «una specie di "informazione di garanzia a richiesta" che parte della dottrina ha considerato destinata a favorire soprattutto chi ha ragione di temere qualcosa dalla giustizia»³⁵.

Per questi motivi, in seguito all'instaurazione di un generale regime di accesso ai registri, si sono ridotti i casi in cui l'informazione di garanzia esplica questa funzione di conoscenza: adesso è infatti più frequente che il soggetto che riceve un'informazione di garanzia (ora obbligatoria solo nel contesto del compimento di un atto con l'assistenza del difensore) sia già venuto a conoscenza del procedimento a suo carico, proprio attraverso l'accesso al registro³⁶.

La scelta di introdurre il principio della generale ostensibilità ha quindi influito sul bilanciamento degli interessi in gioco, spostando l'ago della bilancia a favore dell'interesse del soggetto indagato.

Questo è il quadro attuale in cui si colloca il regime di comunicazione dell'annotazione: il ripensamento del legislatore si spiega con la volontà di assicurare la trasparenza delle indagini al diretto interessato, e in particolare di consentire che la comunicazione svolga una duplice funzione³⁷: garantire la conoscibilità del procedimento a carico e permettere il controllo del rispetto dei termini stabiliti per la durata massima delle indagini preliminari.

³³ MADDALENA, M., *Registro delle notizie di reato: i problemi del dopo riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, n. 4, p. 487.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ APRATI, R., *op. cit.*, p. 172.

³⁷ BERNASCONI, A., PRESUTTI, A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013, p. 313.

La dottrina ha infatti fatto notare che «la consapevolezza della persona giuridica in ordine all'esistenza dell'indagine relativa all'illecito amministrativo dipendente da reato si collega, innanzitutto, al meccanismo di accesso al registro delle notizie di reato»³⁸.

Sotto questo punto di vista, attraverso la comunicazione dell'annotazione, l'ente indagato può venire a conoscenza del procedimento al di fuori dei limiti contemplati dall'informazione di garanzia che – giova ripeterlo – può essere inviata solo quando e se il pubblico ministero decida di svolgere un atto al quale il difensore ha diritto di assistere³⁹.

La seconda delle due funzioni è importante nella stessa misura della prima: usufruendo della comunicazione dell'annotazione il soggetto collettivo può anche controllare il rispetto dei termini stabiliti per la durata massima delle indagini preliminari.

Infatti, a norma dell'art. 56 secondo comma, il termine per l'accertamento dell'illecito amministrativo nella fase delle indagini preliminari decorre dalla data dell'annotazione dell'illecito: attraverso lo strumento della comunicazione, il soggetto collettivo potrà pertanto individuare il *dies a quo* per il calcolo della durata effettiva delle indagini a cui è sottoposto⁴⁰.

Il profilo problematico di questo tema è stabilire in che misura ciascuna delle due funzioni assegnate astrattamente all'istituto possa poi praticamente operare nella prassi. In relazione a questo problema, può dirsi che la comunicazione dell'annotazione non sempre adempie pienamente ad esse.

La ragione principale di questa osservazione risiede nel fatto che il soggetto collettivo dovrebbe in concreto occuparsi della difficile individuazione dell'ufficio a cui rivolgersi per ottenere la comunicazione e, per raggiungere questo obiettivo, potrebbe impiegare non poco tempo.

Parte di autorevole dottrina, infatti, ha fatto notare che, a causa delle difficoltà che sotto il profilo pratico potrebbe incontrare il soggetto collettivo, vi sono alcune gravi perplessità circa l'efficacia del sistema attuale in relazione all'effettiva conoscibilità dell'annotazione.

³⁸ PAOLOZZI, G., *op. cit.*, p. 127.

³⁹ BERNASCONI, A., PRESUTTI, A., *op. cit.*, p. 313.

⁴⁰ Sul punto v., più approfonditamente, Cap. IV, p. 112.

A questo proposito è stato sottolineato che «fatto salvo il caso in cui non sia in possesso di indiscrezioni o di sintomi che lo conducono verso un determinato ufficio inquirente, l'interessato si vede costretto a peregrinare per tutti gli uffici di procura, a meno di non ammettere la formulazione di una richiesta in forma di circolare presentata a tutti gli uffici del territorio nazionale»⁴¹.

Sulla base di queste ragioni, sembra chiaro il motivo per cui la disciplina dell'art. 335 comma 3 *bis* è stata criticata, in particolare, nella parte in cui genericamente prevede che la richiesta vada presentata all'ufficio del pubblico ministero, perché «al di fuori del caso in cui il richiedente abbia già cognizione di quale sia il magistrato che conduce l'indagine, la norma non pare conforme alle tipiche procedure esecutive»⁴².

Su questo aspetto la dottrina ha insistito molto, ed ha perfino provocatoriamente sostenuto che «il legislatore mostra – o finge – d'ignorare dove stiano i bubboni e si guarda dall'intervenire là dove semmai occorrerebbe»⁴³.

Un altro profilo da esaminare è la discrezionalità del pubblico ministero nella secretazione delle indagini preliminari. Il tema è in parte connesso con la questione del bilanciamento fra l'interesse alla riservatezza per garantire l'efficacia delle indagini e l'opposto interesse alla conoscenza del procedimento.

Abbiamo precisato in precedenza che il legislatore ha spostato l'ago della bilancia a favore del secondo degli interessi in gioco, prevedendo un regime generale di comunicabilità dell'annotazione. Tuttavia, il legislatore non si è dimenticato di prevedere una norma a tutela del primo interesse: è con la previsione della possibilità del pubblico ministero di disporre con decreto motivato il segreto sulle indagini che si è quindi tentato di riequilibrare questo bilanciamento.

La possibilità della secretazione delle indagini preliminari è prevista dal comma 3 *bis* dell'art. 335 c.p.p.: anche in questo caso si tratta di una norma pacificamente applicabile al procedimento *de societate*, in virtù del richiamo dell'art. 55 comma 2, secondo il quale l'annotazione è comunicata “negli stessi limiti in cui è consentita la comunicazione delle iscrizioni della notizia di reato alla persona alla quale il reato è attribuito”.

⁴¹ MARANDOLA, A., *op. cit.*, p. 332.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ NOBILI, M., *Diritti difensivi, poteri del pubblico ministero durante la fase preliminare e legge 8 agosto 1995, n. 332*, in *Cass. pen.*, fasc. 1, 1996, p. 347 ss.

Quindi, il legislatore, «dimostrando una sensibilità particolare al problema della tutela interna delle indagini » ha meditato la soluzione di subordinare la conoscenza del procedimento ad un atto discrezionale dell'inquirente⁴⁴.

È infatti doveroso precisare un dato importante, cioè che «laddove sussistano specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine, il pubblico ministero, nel decidere sulla richiesta di informazione avanzata dalla difesa, può comunque disporre, con decreto motivato, il segreto sull'iscrizione dell'illecito amministrativo»⁴⁵.

In effetti il legislatore attraverso questa previsione sembra assegnare al pubblico ministero illimitati poteri nella secretazione: la norma non ha rigidamente individuato i criteri in base ai quali questa prerogativa andrebbe esercitata, ma ha semplicemente basato la secretazione su generiche "esigenze investigative". Ciò ha contribuito ad aumentare le perplessità e ha reso pacifica la convinzione che di fatto il pubblico ministero abbia una discrezionalità troppo ampia in proposito.

Ciononostante, si deve notare che questa discrezionalità è temperata dall'obbligo di motivazione del decreto con il quale dispone la secretazione. Tuttavia proprio di fronte a tale considerazione è stato presto sottolineato che «l'inadempimento dell'obbligo non risulta essere in alcun modo censurabile. La possibile genericità della motivazione su cui si fonda il diniego dell'informativa, collegata all'assenza di controlli sul piano processuale, concede, in sostanza, al pubblico ministero la più ampia discrezionalità»⁴⁶.

Ad ogni modo, possiamo notare che la discrezionalità del pubblico ministero nella secretazione è accompagnata almeno dal ristretto vincolo temporale entro il quale opera la non comunicabilità. È sulla base di questa ulteriore riflessione che si può in parte giustificare l'impostazione scelta dal legislatore.

Un ultimo interrogativo da risolvere concerne poi *il dies a quo* per calcolare la decorrenza del termine di 3 mesi della durata di validità del decreto.

La dottrina non è stata univoca nel rispondere a tale quesito, dal momento che sono state prospettate almeno tre soluzioni diverse.

Secondo una prima opinione, il trimestre concesso per la non comunicabilità trova decorrenza dalla data di emissione del decreto di secretazione⁴⁷.

⁴⁴ MARANDOLA, A., *op. cit.*, pag. 340. In effetti anche altri autori hanno sottolineato e criticato questa discrezionalità: ad esempio APRATI, R., *op. cit.*, p. 173.

⁴⁵ BASSI, A., EPIDENDIO, T. E., *op. cit.*, p. 573.

⁴⁶ MARANDOLA, A., *op. cit.*, p. 340.

⁴⁷ *Ivi*, p. 342.

Secondo un'altra opinione, invece, la decorrenza dei tre mesi andrebbe computata dal momento dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato, con la conseguenza che se la richiesta di secretazione viene presentata dopo i tre mesi dall'iscrizione, la non comunicabilità dell'annotazione non può essere opposta⁴⁸.

È registrabile in proposito ancora un terzo diverso parere secondo il quale il termine va riferito alla data di presentazione della richiesta di comunicazione. Questa soluzione appare quella più convincente, perché ha il pregio di escludere il rischio di una dilazione della conoscenza da parte del pubblico ministero, attraverso il compimento in ritardo degli atti dovuti, ovvero il ritardo dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato o del decreto di secretazione⁴⁹.

Sul tema del potere di secretazione del pubblico ministero emerge un altro profilo problematico: ci si è chiesti, infatti, cosa accade nel caso di illegittimo rifiuto di comunicazione da parte del pubblico ministero, oppure di reiterazione del segreto sulle indagini dopo la scadenza del termine di 3 mesi di cui abbiamo appena parlato.

È bene ritenere che «in tutte le menzionate ipotesi l'illegittima condotta dell'inquirente configurerebbe una nullità intermedia, per violazione del diritto di difesa e intervento *ex art.* 178 comma 1, lett. c) c.p.p., a norma dell'art. 180 c.p.p., non risultando conferente un richiamo analogico all'inutilizzabilità di cui all'art. 407 comma 3 c.p.p., ed insoddisfacente l'adozione di sanzioni disciplinari, o, se del caso penali»⁵⁰.

Accettando questa soluzione, possiamo agevolmente concludere che, in siffatte ipotesi, il decreto di secretazione è nullo, e la corrispondente nullità, verificandosi prima del giudizio, è deducibile dalle parti prima del dibattimento.

2. Prerogative della difesa circa la conoscibilità dell'annotazione

Le prerogative della difesa coinvolte nella comunicazione dell'annotazione sono numerose. In questo senso si può affermare che l'annotazione dell'illecito assolve

⁴⁸ *Ibidem.*

⁴⁹ ZAPPULLA, A., *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri, effetti*, Torino, 2012, p. 307.

⁵⁰ MARANDOLA, A., *op. cit.*, p. 343.

soprattutto a una funzione di garanzia del corretto funzionamento dell'esercizio del diritto di cui all'art. 24 Cost. Nel corso del precedente paragrafo abbiamo descritto rapidamente le due principali funzioni dell'annotazione: la funzione di informare sullo svolgimento di indagini a proprio carico, e la funzione di segnare il *dies a quo* per il calcolo del loro limite temporale di durata⁵¹. È adesso il momento di soffermarci su queste e sulle altre prerogative della difesa coinvolte nella conoscibilità dell'annotazione.

La prima prerogativa a essere coinvolta è il diritto ad avere il tempo necessario per predisporre la propria strategia difensiva.

Se l'ente indagato viene informato della nascita di un procedimento a proprio carico entro un termine ragionevole, avrà a disposizione più tempo per preparare un'efficace strategia processuale: la fruizione di un adeguato arco temporale è un'agevolazione di non poco conto. Ciò è vero soprattutto perché le strategie processuali da attuare non sono standardizzate, ma dipendono ovviamente dal caso concreto, e nell'ipotesi della difesa di un soggetto collettivo possono essere anche molte complesse. Infatti, «l'assistenza di qualsiasi imputato implica scelte tattiche ma la componente strategica risulta esaltata in caso di patrocinio della persona giuridica»⁵².

In quest'ottica, è di fondamentale importanza assicurare che ai soggetti legittimati a presentare la richiesta di comunicazione venga data una risposta puntuale e completa.

Il corretto funzionamento del meccanismo della comunicazione dell'annotazione è il presupposto imprescindibile per l'esercizio di una prerogativa della difesa non solo riconosciuta dall'art. 111 della Carta Costituzionale ma anche, in una dimensione sovranazionale, dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

In effetti, è stato osservato che sia la seconda parte dell'art. 111 comma 3 Cost. sia l'art. 6 par. 3 lett. b) C.e.d.u. sembrano imporre al legislatore la predisposizione di

⁵¹ A questo proposito è opportuno sottolineare che vi è comunque un'eccezione: «l'iscrizione della notizia dell'illecito, per quanto formale avvio della fase investigativa, non sempre risulta atta a provocare la decorrenza dei relativi termini. La monoliticità della lettera dell'art. 56 comma 2 – “il termine per l'accertamento dell'illecito amministrativo a carico dell'ente decorre dall'annotazione prevista dall'art. 55” – è infatti, scalfita dalla disposizione contenuta nell'art. 4 comma 2 che, disciplinando l'ipotesi in cui il reato commesso all'estero sia punibile a richiesta del Ministro della giustizia, subordina l'avvio del procedimento a carico del soggetto collettivo alla formulazione della richiesta anche nei confronti dello stesso». (TAGLIANI, I., *op. cit.*, p. 212).

⁵² PAOLOZZI, G., *op. cit.*, p. 134.

regole o meccanismi atti ad assicurare all'interessato il "tempo e le condizioni necessari per preparare la sua difesa"⁵³.

Dunque, sulla base di queste due disposizioni, si deduce che il diritto di difesa potrà essere esercitato solo laddove venga rispettata la condizione che «le indagini preliminari si sono concluse dopo che alla persona interessata sono stati riconosciuti il tempo e le condizioni necessari per preparare un'adeguata difesa, nella specifica proiezione finalistica di chi intenda scongiurare l'elevazione di un'accusa a proprio carico e, nell'ipotesi infausta, di non approdare al processo completamente sguarnito d'armi»⁵⁴.

In altre parole, «alla persona sottoposta a indagini dovrà riservarsi un idoneo *spatium temporis* affinché possa sfruttare la legittimazione all'investigazione difensiva e fornire eventuali, ulteriori, apporti conoscitivi»⁵⁵.

Sotto questo punto di vista, il diritto a disporre del tempo necessario è strettamente connesso ad un'altra prerogativa legata alla comunicazione: la possibilità di compiere investigazioni difensive complete. Si tratta di un diritto in parte strettamente legato al precedente, poiché per compiere delle indagini efficaci sarà necessario in ogni caso disporre del tempo sufficiente ad esaminare il contenuto dell'annotazione, comprendere quali elementi a carico dispone la pubblica accusa e scegliere in che direzione muoversi per la ricerca delle fonti di prova.

Terza fondamentale prerogativa della difesa è il diritto al controllo dei limiti temporali previsti per la durata della fase prodromica: in questo senso è stato sottolineato che «l'adempimento costituisce il formale momento genetico delle indagini, il cui termine – decorrente appunto dalla data dell'annotazione (art. 56 comma 2) – è destinato a scadere in concomitanza con l'estinguersi degli "stessi termini previsti per le indagini preliminari relative al reato da cui dipende l'illecito" (art. 56 comma 1), ossia quelli fissati dall'art. 405 comma 2 c.p.p., eventualmente prorogati ex artt. 406 e 407 c.p.p.»⁵⁶.

La conoscenza della data esatta in cui l'illecito amministrativo dipendente da reato è stato annotato si rivela determinante proprio ai fini del calcolo dei suddetti termini.

⁵³ CIAMPI, S., *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, Milano, 2010, p. 142.

⁵⁴ *Ivi*, p. 145.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ CERESA GASTALDO, M., *Il processo*, cit., p. 59.

Si tratta di uno degli aspetti centrali della disciplina delle indagini a carico della società: è stato fatto notare infatti che «ancoraggio dei termini di accertamento dell'illecito amministrativo a quelli per lo svolgimento delle indagini sul reato da cui dipende e ostensibilità di quanto contenuto nel registro delle *notitiae criminis* costituiscono il tratto più rimarchevole delle scelte compiute dal legislatore delegato nel disegnare il profilo [...] dell'istruttoria sulla responsabilità dell'ente»⁵⁷.

Altra prerogativa coinvolta è il diritto alla prova contraria: è vero che nell'impianto generale del nuovo rito accusatorio il momento della formazione della prova è quello del dibattimento, ma è altrettanto vero che la fase di cui l'annotazione costituisce il momento genetico riveste senza dubbio un'importanza centrale ai fini dell'accertamento dell'illecito.

Infatti, è già a partire da questa fase che le parti processuali possono e devono raccogliere elementi utili a smentire le ipotesi ricostruttive della controparte. Da un lato è certamente corretto sostenere che il pubblico ministero ha l'onere di svolgere ricerche anche sui fatti favorevoli al soggetto sottoposto ad indagine, ma dall'altra è anche vero che questo compito è soprattutto un'attività propria della difesa: la legge 332 del 1995 ha concesso ai difensori la possibilità di presentare direttamente al giudice gli elementi che essi ritengono rilevanti ai fini del giudizio, precisando nel contempo che la documentazione di queste ricerche è inserita a tutti gli effetti nel fascicolo degli atti d'indagine⁵⁸.

«Peraltro, gli elementi raccolti in questa fase potrebbero costituire il substrato conoscitivo della decisione del giudice dibattimentale attraverso i meccanismi dell'incidente probatorio (artt. 392 ss. c.p.p.), delle contestazioni (artt. 500 - 503 c.p.p.) e delle letture (artt. 511 - 514 c.p.p.): istituti, questi ultimi, da ritenere tutti compatibili con il procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente»⁵⁹.

Sempre in questa fase, il diritto alla prova gioca un ruolo molto importante in relazione ad un altro aspetto: l'ente sottoposta ad indagini, tempestivamente informata sulla pendenza di un procedimento a suo carico, può beneficiare di una valutazione

⁵⁷ BERNASCONI, A., *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002, p. 302.

⁵⁸ PERRODET, A., *Il processo penale in Italia*, in *Procedure penali d'Europa*, a cura di M. Chiavario, Padova, 2001, p. 300.

⁵⁹ BALDUCCI, P., *L'ente imputato. Profili di efficienza e di garanzia nel processo de societate*, Torino, p. 22.

ponderata circa la consistenza delle prove a favore e di quelle a carico nonché circa la valutazione *costi-benefici* di un eventuale impegno difensivo in dibattimento. «Non è escluso che tale calcolo possa condizionare pesantemente le scelte difensive della persona giuridica allorquando l'ipotetico esito favorevole del giudizio non paia controbilanciare l'onere finanziario connesso al sostegno in dibattimento della propria innocenza»⁶⁰.

Non possiamo dimenticarci, infatti, che ogni processo ha un costo, e questo deve, nel caso del processo *de societate*, essere sostenuto da un'attività imprenditoriale che, in quanto tale, fonda la propria esistenza nel corretto bilanciamento fra costi e ricavi.

Nei casi in cui l'esito favorevole del giudizio non sembra bilanciare l'impegno finanziario, la scelta dell'ente potrà essere quella di un «disimpegno difensivo»⁶¹.

In altre parole, è proprio grazie alla tempestiva conoscenza dell'annotazione a proprio carico, che l'ente può decidere di definire il processo in maniera più celere, evitando il rito ordinario. A questo proposito è stato fatto notare che difatti il «giudizio abbreviato, il patteggiamento ed il decreto di condanna, ammessi nel processo *de societate* (artt. 62 - 64), poggiano la loro base decisoria pressoché esclusivamente su atti investigativi»⁶².

Deve notarsi, fra l'altro, che la possibilità che l'ente decida di intraprendere questa via non è poi così tanto remota.

Infatti la difesa, consapevole delle difficoltà probatorie che un eventuale impegno in dibattimento potrebbe provocare, soprattutto in relazione alla prova dell'esimente, può consigliare al proprio assistito, in virtù dei benefici sul piano sanzionatorio, di accedere a un rito abbreviato (art. 62) o a un patteggiamento (art. 63).

Pertanto, la necessità di garantire una comunicazione tempestiva all'ente interessato è legata a una prerogativa ulteriore: la possibilità di scegliere di non impegnarsi per una difesa nel dibattimento e prediligere l'instaurazione di un rito speciale.

È chiaro dunque che tale scelta potrà essere effettuata solo laddove la difesa venga fornita di un sistema di comunicazione efficiente che consenta all'ente di disporre del tempo necessario a compiere gli accertamenti utili per una decisione ponderata.

⁶⁰ PAOLOZZI, G., *op. cit.*, p. 136.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² BALDUCCI, P., *op. cit.*, p. 22.

Altra prerogativa coinvolta nella comunicazione dell'annotazione è il diritto dell'ente sottoposto ad indagini di godere della possibilità, offerta *ex art. 17*, di provvedere alla riparazione delle conseguenze del reato. L'articolo infatti prevede una causa di inapplicabilità delle sanzioni interdittive, per usufruire della quale, tuttavia, occorre che non passi molto tempo fra la genesi delle indagini preliminari e la comunicazione dell'annotazione. In questo senso, si può dire che presupposto essenziale per realizzare le condizioni richieste dall'*art. 17* è proprio la tempestiva conoscenza dell'avvio del procedimento⁶³.

Infatti, l'ente potrà far valere "prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado" l'esistenza delle condizioni previste dalla norma solo quando abbia avuto «a disposizione un congruo tempo per attivarsi in tal senso, e non sia invece [...] informato del procedimento ad indagini concluse»⁶⁴.

Dalle pagine di questo paragrafo è emerso un elemento importante: tanto più semplice e rapida è la comunicazione dell'annotazione, tanto più garantito risulterà il diritto alla difesa, inteso nelle sue diverse prerogative.

È inevitabile chiedersi, allora, come e in che misura la disciplina della comunicazione dell'annotazione garantisca il diritto *ex art. 24* della Costituzione.

Non emerge un quadro del tutto positivo, perché appare chiaro che il diritto alla difesa dell'ente risulta compromesso da alcuni punti della disciplina. Per capire le ragioni di questa affermazione, è utile innanzitutto riepilogare quale sia il quadro attuale sulla disciplina della conoscibilità dell'annotazione, così come disegnato dalla l. n. 332 del 1995.

La legge appena citata, «alla totale riservatezza iniziale, [...] fa ora seguire una [...] possibilità di conoscenza dell'esistenza dell'indagine, a prescindere dal compimento di atti garantiti, fatta eccezione per il caso in cui si proceda per reati di c.d. criminalità organizzata e per l'ipotesi in cui si debba salvaguardare la segretezza investigativa, assolutamente prevalente rispetto a qualsiasi operazione di bilanciamento con il contrapposto diritto alla conoscibilità»⁶⁵.

Sotto il primo profilo, viene in rilievo l'eccezione della non ostensibilità stabilito all'*art. 335* comma 3 c.p.p. prima parte; quanto alla seconda deroga, il comma 3 *bis*

⁶³ CERESA GASTALDO, M., *Il processo*, cit., p. 62.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ MARANDOLA, A., *op. cit.*, p. 328.

consente al pubblico ministero di protrarre la secretazione per un periodo non superiore a tre mesi»⁶⁶.

La previsione della possibilità di secretazione delle indagini *ex art* 335 c.p.p. comma 3 *bis* è un punto della disciplina che ha sollevato alcune critiche⁶⁷.

In particolare, parte di autorevole dottrina ha sostenuto che questa possibilità viene riconosciuta sulla base di un'eccessiva valorizzazione del diritto alla riservatezza, eccessiva perché di fatto finisce per incidere negativamente sull'esercizio di un altro importante diritto, ovvero quello alla difesa nel processo. Infatti, ove non sia garantita la tempestiva conoscenza di un procedimento penale a proprio carico, il diritto di cui all'art. 24 della Cost. può essere irrimediabilmente pregiudicato, sollevando di conseguenza seri dubbi di legittimità costituzionale della disciplina in questione⁶⁸.

A questo proposito, è stato anche aggiunto che «la legittimazione del pubblico ministero (a decretare il segreto) non ha giustificazione: si riallaccia, infatti, alla già criticata sostanziale diffidenza [...] del legislatore verso quel g.i.p. che pur sembrava creato proprio per fungere da arbitro in ogni situazione del genere»⁶⁹.

In secondo luogo, a essere criticato è anche il fatto che l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito, quale è il diritto alla difesa, sia condizionato dalla attivazione del soggetto coinvolto.⁷⁰

Da un punto di vista pratico è stato fatto notare che non pochi sono i rischi che gravano sul soggetto collettivo interessato alla comunicazione dell'annotazione. Ci riferiamo ad esempio al «rischio di “interpellare” un ufficio di procura incompetente o un pubblico ministero sì correttamente individuato, ma prima che abbia esperito l'annotazione»⁷¹.

Connesso a tale rischio è l'onere sempre in capo all'ente di ripetere l'istanza più volte prima di ottenere un'effettiva corrispondenza⁷².

Per questo motivo, non può non essere sottolineato che questa disciplina sia strana, proprio perché subordina la possibilità dell'esercizio di un diritto fondamentale, come

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Sul punto v., più approfonditamente, *retro*, Cap. III, p. 80.

⁶⁸ CERESA GASTALDO, M., *Il processo*, cit., p. 60.

⁶⁹ NOBILL, M., *op. cit.*, p. 347.

⁷⁰ Sul punto v., più approfonditamente, *retro*, Cap. III, p. 70.

⁷¹ PADULA, L., *L'annotazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2010, n. 1, p. 34.

⁷² *Ibidem*.

quello della difesa, all’iniziativa dell’interessato, e anche ai rischi che tale soggetto deve affrontare: il rischio di rivolgersi a un ufficio incompetente e il rischio di far sorgere sospetti a suo carico, per il solo fatto di aver presentato una richiesta⁷³.

È stato osservato che «di fronte al complessivo sistema [...], la prima osservazione che si può fare riguarda la “stranezza” di una normativa che, in materia di un diritto fondamentale come è quello di difesa, ne subordina la possibilità di esercizio alla iniziativa dell’interessato»⁷⁴.

Sulla base di queste considerazioni, «non è inverosimile ipotizzare che il quadro normativo così configurato possa oggi subire una complessiva riconsiderazione alla luce dei principi del «giusto processo» consacrati in tema di tempestiva conoscenza dell’addebito nel nuovo art. 111 comma 3 Cost.»⁷⁵.

Questa rivisitazione sarebbe auspicabile per evitare che la mancata tempestiva conoscenza del procedimento possa arrecare danni a una o più prerogative della difesa.

È giusto che talune facoltà difensive siano subordinate all’attivazione o alla scelta del soggetto interessato e del suo difensore e del resto nel codice si incontrano tante prerogative rimesse a una scelta discrezionale. Ci riferiamo ad esempio alla facoltà di essere interrogato *ex art. 415 bis c.p.p. comma 3* o alla scelta del difensore di compiere investigazioni *ex art. 327 bis c.p.p.*⁷⁶.

Tuttavia, diversa è la questione se anche la conoscenza di un procedimento a proprio carico, come le predette facoltà, può essere rimessa a una scelta discrezionale.

Sembra preferibile una risposta negativa. Infatti, presupposto imprescindibile di una efficace difesa che abbia come fine quello di ricercare elementi di prova a favore è la tempestiva conoscenza dell’esistenza di procedimenti a proprio carico. «E che proprio in relazione a tale “presupposto” si sia introdotta una disciplina che non ne garantisca il “diritto” per tutti ma ne rimetta il verificarsi alla iniziativa del singolo non può non suscitare fondate perplessità, anche sotto il profilo della legittimità costituzionale»⁷⁷.

Inoltre, da quanto esposto in questo paragrafo, è possibile trarre una conclusione di carattere generale: la molteplicità delle prerogative della difesa connesse alla disciplina della comunicazione dell’annotazione testimoniale, in realtà, un aspetto ulteriore, cioè che

⁷³ APRATI, R., *op cit.*, p. 173.

⁷⁴ MADDALENA, M., *op cit.*, p. 488.

⁷⁵ CERESA GASTALDO, M., *Il processo*, cit., p. 60.

⁷⁶ MADDALENA, M., *op cit.*, p. 488.

⁷⁷ *Ibidem*.

il corretto funzionamento di molti meccanismi processuali richiede l'allestimento di opportune condizioni operative situate nella fase preliminare⁷⁸. Infatti, «questa strumentalità *sui generis* dell'esplicazione della difesa nel segmento preprocessuale rispetto agli sviluppi dibattimentali della funzione medesima consente ad alcuni canoni fondamentali del processo penale di fornire preziose indicazioni sul “dover essere” della fase investigativa»⁷⁹.

Concludendo: non solo la disciplina dell'annotazione in senso stretto ma anche gli altri aspetti della fase in cui l'adempimento si colloca dovrebbero assicurare «al non ancora imputato le opportune *chances* partecipative, la cui fruizione favorisce un più compiuto esercizio del diritto di difesa negli stadi successivi del processo e, segnatamente, nel dibattimento, quale fase principe del modello accusatorio»⁸⁰.

3. Profili problematici inerenti al contenuto oggetto della comunicazione

Abbiamo fino a questo momento descritto la disciplina della comunicazione dell'annotazione ed evidenziato le maggiori criticità attinenti all'accesso alle informazioni in essa contenute. Non abbiamo però affrontato il profilo critico riguardante l'oggetto della comunicazione: in altre parole, premesso che a norma dell'art. 55 comma secondo, il pubblico ministero è tenuto a comunicare l'annotazione, ci chiediamo adesso quale sia il suo contenuto che deve o può giungere al destinatario attraverso la comunicazione.

Giova ricordare a questo proposito che il contenuto dell'annotazione è descritto dall'art. 55: questa norma prevede un contenuto “eventuale” e un contenuto “necessario”⁸¹. Dalla lettura della disposizione in questione si deduce che il pubblico ministero deve indicare gli elementi identificativi dell'ente, non essendo consentita l'annotazione dell'illecito contro ignoti, e il reato da cui dipende la responsabilità, ma

⁷⁸ CIAMPI, S., *op. cit.*, p. 145.

⁷⁹ *Ivi*, p. 146.

⁸⁰ *Ivi*, p. 147.

⁸¹ IELO, P., *op. cit.*, p. 93.

non anche l'identità della persona fisica che è sospettata di aver commesso il reato-presupposto.

Il tema ruota attorno ad un profilo problematico: anche se l'annotazione viene tempestivamente comunicata su richiesta dell'interessato, non è detto che quest'ultimo venga a conoscenza del nome o del ruolo professionale della persona fisica a cui il reato è attribuito.

Questa situazione ha preoccupato una porzione di autorevole dottrina, la quale ha osservato che «la disciplina dell'art. 55 pare criticabile nella parte in cui esclude che l'annotazione indichi le generalità, o almeno le mansioni della persona a cui è attribuito il reato da cui dipende la responsabilità dell'ente»⁸². In effetti, questa mancata previsione si traduce in una possibile violazione del diritto alla difesa, poiché l'efficacia delle strategie difensive è strettamente connessa, non solo alla conoscenza in sé dell'inizio del procedimento, ma anche alla conoscenza del tipo di soggetto coinvolto nella commissione del reato indicato nell'annotazione.

«Per poter approfittare della funzione difensiva dell'annotazione, [...] il soggetto collettivo deve essere posto nelle condizioni di conoscere la qualifica della persona che si assume essere l'autore del reato, in quanto i criteri per addebitare all'ente l'illecito si atteggiavano diversamente a seconda che quest'ultimo rivesta posizione apicale oppure no»⁸³.

Giova ricordare dunque che gli articoli 6 e 7 del decreto indicano criteri diversi per l'attribuzione della responsabilità all'ente a seconda del tipo di soggetto che ha commesso il reato.

Quando l'autore del reato presupposto è identificato come un soggetto apicale, ovvero come una persona che riveste funzioni di rappresentanza, di amministrazione, o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria o funzionale nonché che esercita anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso, la persona giuridica è chiamata a dimostrare l'idoneità del modello organizzativo in relazione alla sua funzione prevenzionistica.

⁸² DI BITONTO, M. L., *Le indagini e l'udienza preliminare*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2010, p. 605.

⁸³ DI BITONTO, M. L., *Le indagini*, cit., p. 605.

Nel caso in cui la persona fisica coinvolta è, invece, un soggetto subordinato, la responsabilità dell'ente sarà riconosciuta se il giudice prova l'inefficacia del modello, quindi l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza.

Da questo quadro si ha ben chiaro che diverse saranno le strategie difensive nell'una e nell'altra ipotesi: nel primo caso l'attività della difesa sarà certamente più complessa e impegnativa rispetto all'attività dell'accusa, poiché si richiede alla difesa uno sforzo maggiore di quello richiesto nel caso del reato commesso dal subordinato, e cioè lo sforzo di fornire la prova del corretto funzionamento dei modelli organizzativi⁸⁴.

A ciò si aggiunge il fatto che la difesa è ancor di più penalizzata poiché «in funzione rappresentativa dell'efficacia del modello di organizzazione posto in essere occorre, inoltre, farsi carico di attestare la costituzione all'interno dell'ente di un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo cui sia stato affidato il compito di vigilare sull'osservanza e sull'aggiornamento dei suddetti protocolli (art. 6, comma 1, lett. b)»⁸⁵ e ancora, deve provare che «l'autore del reato si è dissociato fraudolentemente dagli standard comportamentali fissati dall'ente di appartenenza (art. 6, comma 1, lett. c)»⁸⁶.

Si richiede quindi all'ente quella che è stata definita una «*probatio* sostanzialmente diabolica»⁸⁷. Ora, appare ragionevole riconoscere che, poiché si impone all'ente sottoposta alle indagini una strategia complessa e diversificata, l'impegno enorme che incontra la difesa dovrebbe almeno essere controbilanciato da un'agevolazione per ciò che riguarda l'esatta conoscenza delle generalità della persona fisica coinvolta.

Solo concedendo questa agevolazione, è possibile per la difesa prevedere le esatte mosse dell'accusa e giungere più facilmente, nel caso di irresponsabilità, alla prova richiesta.

⁸⁴ Il quadro è efficacemente descritto in senso critico da Ferrua: «non si atpeggia a fatto costitutivo della responsabilità dell'ente la c.d. colpa organizzativa per la semplice ragione che sul tema non vi è alcun onere probatorio dell'accusa. È invece l'assenza di ogni colpa organizzativa a configurarsi come un fatto impeditivo la cui prova grava interamente sulla difesa, che, per schivare la condanna, deve documentare l'adozione di un efficace modello preventivo». (FERRUA, P., *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002, p. 231).

⁸⁵ PAOLOZZI, G., *op. cit.*, p. 204.

⁸⁶ *Ivi*, p. 205.

⁸⁷ *Ivi*, p. 209. L'autore giunge a sostenere che questa situazione finisce per introdurre una vera e propria presunzione *iuris et de iure* di colpevolezza, oltre che l'inaccettabile necessità per essere assolti di «una autodimostrazione di innocenza, di fronte al sospetto avanzato dall'autorità». (*Ivi*, p. 212).

Ciò tuttavia non accade: il legislatore sembra infatti non tenere in considerazione il fatto che l'ente sia onerato di una prova così complessa, e se da un lato si auspica che il soggetto collettivo partecipi attivamente al procedimento già dalla fase delle indagini preliminari, dall'altro dimentica di fornirgli le carte per sfruttare e rendere proficua la sua partecipazione. In questo senso si può affermare che la mancata conoscenza del nome della persona fisica indagata può paralizzare del tutto qualsiasi scelta o azione difensiva dell'ente⁸⁸.

Per capire le ragioni di questa conclusione, è sufficiente notare che la teoria dei giochi trova una straordinaria applicazione nel sistema dei *compliance programs*⁸⁹.

La difesa del soggetto collettivo sa bene infatti che le mosse dell'accusa nel corso delle indagini preliminari potrebbero essere diverse a seconda del tipo di soggetto coinvolto: nel caso in cui a essere identificato sia un soggetto subordinato, l'organo della pubblica accusa cercherà di raccogliere gli elementi che provano l'inefficacia del modello, invece, nel caso della commissione del reato da parte di un apicale, si concentrerà nella raccolta degli indizi che vanificano il tentativo di dimostrarne la correttezza⁹⁰.

In altre parole la difesa metterà in atto la sua strategia processuale cercando di prevedere il più possibile le mosse della controparte, mosse che saranno diverse, questo è molto probabile, nell'uno o nell'altro caso.

A questo proposito, è interessante scoprire che la stessa redazione del modello organizzativo pone l'ente nella situazione di dover tenere in considerazione le scelte dell'apicale disonesto pronto a tutto per massimizzare il suo profitto, e che quindi ancora una volta il meccanismo non è diverso da quello della teoria dei giochi.

⁸⁸ A questo proposito preme sottolineare un rischio ulteriore: le difficoltà probatorie che incontra la difesa dell'ente possono fungere da disincentivo all'adozione di efficaci modelli. «Gli enti potrebbero, infatti, essere portati a ritenere promessa “da marinaio” quella di esenzione da responsabilità formulata dall'art. 6 comma 1». (*Ivi*, p. 211).

⁸⁹ SBISÀ, F., *La responsabilità amministrativa degli enti (D.lgs. 231/2001)*, Assago, Milano, 2017, p. 93.

⁹⁰ Per non cadere in facili equivoci bisogna precisare però che quanto detto è senz'altro vero, ma non influisce sulla ripartizione degli oneri probatori fra accusa e difesa nel processo penale. In altre parole, l'art. 6 richiede all'ente uno sforzo maggiore per difendersi, e l'accusa agisce di conseguenza, ma in ogni caso il rischio della mancata prova non può penalizzare la difesa. Questo perché non si può in nessun caso prescindere dalle regole di giudizio di cui agli artt. 530 e 533 c.p.p. e «risolvere l'incertezza sui fatti impeditivi ex art. 6 d.lgs. n. 231/2001 a svantaggio dell'imputato significherebbe quindi aggirarle apertamente». (PAULESU, P. P., *Responsabilità "penale" degli enti e regole di giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 849).

Infatti, l'obiettivo della predisposizione di un modello organizzativo è quello di costruire un sistema di controllo con una funzione essenzialmente preventiva: un sistema di prevenzione che sia ben disposto non potrà certamente tralasciare il rischio connesso al compimento delle più improprie e scorrette pratiche aziendali⁹¹.

Ad ogni modo, dalle riflessioni prima esposte sulle possibili strategie processuali, è emerso che la difesa si trova a dover «percorrere mentalmente tutte le mosse possibili e valutarle da quello che si ritiene essere il punto di vista dell'avversario, in modo da scegliere la mossa che risulterà essere la peggiore per lui»⁹².

Per tutti questi motivi, si può affermare che la disciplina della comunicazione dell'annotazione è criticabile nella parte in cui non prevede espressamente, come suo contenuto necessario, l'indicazione delle generalità della persona fisica a cui il reato è attribuito.

Il profilo problematico inerente alla mancata conoscenza del nome della persona fisica coinvolta appare ancora più grave sulla scorta di un'ulteriore considerazione riguardante le possibili strategie processuali dell'accusa. «Il pubblico ministero potrebbe costruire l'imputazione secondo le modalità previste per i soggetti che rivestono ruoli apicali con il preciso obiettivo di sfruttare le dinamiche probatorie «agevolate» di cui all'art. 6 d.lgs. n. 231/2001»⁹³.

Questo tentativo sarebbe possibile nel caso in cui distinguere all'interno della complessa struttura societaria l'esatta posizione rivestita dal soggetto è molto difficile, a causa, ad esempio dell'intricato meccanismo delle deleghe di funzioni. In questa situazione, la mancata conoscenza del nome della persona indagata che si somma alla mancata conoscenza del ruolo nel concreto rivestito dal soggetto impedisce alla difesa, non solo di studiare le mosse dell'avversario, ma anche di rintracciare e contestare il tentativo dell'accusa di «far leva proprio sulla complessità strutturale del soggetto collettivo per “costruire” una imputazione suscettibile di essere agevolmente “provata”»⁹⁴.

Circa il contenuto dell'annotazione, abbiamo fino a questo momento criticato la mancata previsione da parte del legislatore di un espresso obbligo di comunicazione

⁹¹ LASCO, G., *Sub art. 6*, in *Enti e responsabilità da reato. Commento al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lasco, V. Loria, M. Morgante, Torino, 2017, p. 84.

⁹² SBISÀ, F., *op. cit.*, p. 93.

⁹³ PAULESU, P. P., *op. cit.*, p. 848.

⁹⁴ *Ibidem*.

delle generalità della persona fisica sospettata di aver commesso il reato da cui l'illecito dipende. Questa impostazione critica, che può risultare ragionevole soprattutto per l'esigenza di fornire adeguato riconoscimento al concreto esercizio del diritto di "difendersi provando", dimentica di prendere in considerazione un altro aspetto.

Può accadere infatti che al momento dell'annotazione, che deve essere sempre tempestiva, non risulti ancora identificata la persona fisica sospettata di aver commesso il reato.

La previsione di un obbligo di comunicazione delle generalità della persona fisica, sotto questo punto di vista, sarebbe impossibile, considerato che questa può essere non ancora identificata e che, ai sensi dell'art. 8, l'accertamento della responsabilità dell'ente è del tutto indipendente dalla mancata identificazione⁹⁵. Lo stesso articolo, inoltre, consentendo che si possa procedere contro una società per un reato di cui sia rimasto ignoto l'autore, implicitamente prevede la possibilità che l'iscrizione rimanga non nominativa anche successivamente.

Dunque, «dovendosi escludere che l'annotazione dell'illecito presupponga necessariamente che si sia già in grado di indirizzare l'accertamento verso una o più persone specifiche, rimane da vedere se debba essere quanto meno possibile ascrivere la condotta ad una delle due categorie di soggetti che possono implicare la responsabilità dell'ente»⁹⁶. Una risposta positiva circa la necessità di individuare almeno la categoria professionale della persona fisica indagata per il reato presupposto è stata data da più di un commentatore⁹⁷.

⁹⁵ A questo riguardo è doveroso aggiungere che taluni autori hanno avanzato «forti perplessità in merito alla possibilità di affermare la responsabilità amministrativa dell'ente allorché il soggetto attivo del reato presupposto non sia stato identificato». (BASSI, A., EPIDENDIO, T. E., *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, p. 570). È opportuno ricordare che «l'integrazione dell'illecito amministrativo presuppone una relazione qualificata fra l'autore del reato e l'ente; ne consegue che ai fini dell'integrazione dell'illecito amministrativo non si potrà prescindere del tutto dall'individuazione dell'autore del reato presupposto, il quale, seppur non identificato con l'attribuzione di precise generalità, dovrà comunque essere individuato come appartenente ad una delle categorie previste dal decreto (soggetto apicale o soggetto sottoposto alla vigilanza del soggetto apicale) per l'imputazione dell'illecito dell'ente». (*Ivi*, p. 571). «Sotto il profilo penalistico del principio di colpevolezza, la legge scricchiola laddove (art. 8 comma 1 lett. a), contempla la responsabilità della *societas* anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile». (BERNASCONI, A., *I profili*, cit., p. 301).

⁹⁶ RUGGIERO, R. A., *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Torino, 2018, p. 13.

⁹⁷ Vedi AMATO, G., *Le indagini nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2010, n. 1, p. 137. Secondo l'autore, ai fini dell'annotazione, è necessario che il pubblico ministero abbia apprezzato il *fumus* della responsabilità dell'ente, attraverso una positiva verifica della sussistenza dei concorrenti presupposti della commissione di uno dei "reati presupposti" e

È sulla base di queste opinioni che possiamo tornare a sostenere l'opportunità di fornire, contestualmente alla comunicazione dell'annotazione, delle informazioni circa la persona fisica coinvolta. Infatti, se stabiliamo che la responsabilità dell'ente richieda necessariamente almeno l'identificazione della categoria professionale della persona fisica a cui attribuire il reato presupposto, (apicale o sottoposto), non incontriamo nessun problema nell'ammettere che l'obbligo di comunicazione dell'annotazione possa per almeno essere esteso al tipo di mansioni svolte.

Del resto è proprio questo il dato conoscitivo maggiormente utile alla difesa: più che il nome e cognome della persona fisica coinvolta, occorre sapere il ruolo da essa rivestito. Perché è sulla base della conoscenza di questo ruolo che le strategie processuali prenderanno una determinata direzione piuttosto che un'altra.

Da questa osservazione discende la conclusione che segue: «l'indagato persona giuridica e l'indagato persona fisica fruiscono, dunque, delle stesse *chances* di venire a conoscenza di un procedimento che li riguarda, “onde poter predisporre le opportune strategie a tutela delle proprie posizioni in seno al procedimento stesso”, ma non è detto che tale consapevolezza dia modo al primo di conoscere l'identità del secondo»⁹⁸. Sebbene ai fini della difesa della persona giuridica sia di fondamentale importanza venire a conoscenza del nome del presunto autore del reato, tale diritto non è garantito né dall'art. 55 né dall'art. 57, con la conseguenza che l'identità del presunto autore del reato può rimanere sconosciuta alla difesa dell'ente fino al momento in cui l'accusa, con l'invio dell'avviso di conclusione delle indagini ai sensi dell'art. 415 *bis*, comma 2 c.p.p., deve indicare necessariamente il rapporto funzionale intercorrente tra l'autore del reato e l'ente⁹⁹.

del possesso da parte dell'agente della qualità soggettiva rilevante per “impegnare” l'ente. Anche secondo Ruggiero, «non è necessario che il reato presupposto sia iscritto a carico di noti, ma per l'annotazione è comunque richiesto di determinare il livello organizzativo all'interno del quale si è verificato». (RUGGIERO, R. A., *op cit.*, p. 14). Dello stesso avviso, Varraso per il quale «il pubblico ministero ogniqualvolta abbia conoscenza in via diretta o da terzi, ai sensi degli artt. 331 e 347 c.p.p., della ipotetica commissione di uno dei reati di cui agli artt. 24 ss d.lgs. n. 231 del 2001 dovrebbe verificare se, sulla base degli stessi elementi, tale reato presupposto sia stato posto in essere da un soggetto in posizione qualificata all'interno della società, ovvero, nel caso di mancata identificazione della persona fisica alla quale attribuirlo, all'interno di uno dei due livelli qualificati di cui alle lett. a e b dell'art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001». (VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, p. 273).

⁹⁸ PAOLOZZI, G., *op cit.*, p. 128.

⁹⁹ *Ibidem*.

Appare chiaro però che tale momento, coincidendo di fatto con la fine delle indagini preliminari, è per la difesa fin troppo tardi: venendo a conoscenza di questo dato informativo solo appena prima della chiusura delle indagini preliminari, nulla si potrà fare ai fini dell'esercizio delle prerogative difensive collegate proprio alla fase prodromica.

Inoltre il ritardo nella conoscenza delle generalità della persona fisica indagata per il reato presupposto appare un profilo particolarmente problematico anche per una ragione ulteriore: questo ritardo difatti può perfino compromettere «la corretta e tempestiva partecipazione dell'ente medesimo al procedimento *contra se*»¹⁰⁰.

Infatti, il soggetto collettivo, non avendo tempestiva conoscenza dell'identità del presunto autore del reato, può risultare inizialmente sfornito di un rappresentante legale idoneo a tutelare i suoi interessi nel processo. Questa evenienza, certamente da scongiurare, si verificherebbe nel caso di una ritardata scoperta dello *status* di indagato del legale rappresentante della società che, ai sensi dell'art. 39, comma 1, d.lgs. n. 231 del 2001, lo rende incompatibile a rappresentarla in giudizio¹⁰¹.

4. Conoscibilità dell'annotazione e vicende modificative dell'ente

Per affrontare la tematica di questo paragrafo, giova ricordare che il legislatore ha stabilito la regola della generale comunicabilità dell'annotazione al soggetto interessato a fronte di una sua richiesta di comunicazione. Come abbiamo precisato all'inizio di questo capitolo, la scelta del legislatore assicura la conoscibilità dell'annotazione, laddove non vi siano cause ostative all'ostensibilità.

Tuttavia, da quanto esposto in precedenza, è emerso anche che tale conoscibilità può essere nel concreto ostacolata dalle difficoltà che il rappresentante legale dell'ente in genere incontra nell'individuazione dell'ufficio competente al quale presentare la

¹⁰⁰ MARAFIOTI, L., *Ambiguità concettuali e divenire applicativo nel processo agli enti*, in *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi, Torino, 2018, p. 293.

¹⁰¹ *Ibidem*.

richiesta, oltre che dal dubbio se attivarsi o meno per non rischiare di far sorgere sospetti a carico dell'ente di appartenenza¹⁰².

Abbiamo in quella sede sottolineato che l'effettiva conoscibilità dell'annotazione può già risultare un profilo problematico.

Tuttavia, una questione ancora più complessa è la conoscibilità dell'annotazione nell'evenienza particolare di vicende modificative dell'ente.

Procediamo con ordine. È necessario chiarire in primo luogo cosa il legislatore stabilisce di fronte a tali «casi di mutamento della soggettività degli enti responsabili, in considerazione della peculiare natura della responsabilità in questione, ed anche dell'esigenza di evitare fenomeni elusivi della normativa contenuta nel Decreto, mediante operazioni societarie che incidano sulla struttura dell'ente "colpevole"»¹⁰³.

A tale scopo, è sufficiente fare riferimento agli artt. 28-30, a mente dei quali nessuno di questi fenomeni può determinare l'interruzione dell'*iter* procedimentale.

Dunque, il legislatore ha previsto una *perpetuatio* del procedimento nei confronti degli enti derivanti dalle vicende modificative¹⁰⁴.

Sulla base di questo dato di fatto, è naturale ritenere che, se il procedimento proseguirà il suo inarrestabile cammino nei confronti delle società dotate di una nuova veste giuridica, bisognerà attribuire all'ente subentrato una posizione giuridica coincidente a tutti gli effetti con quella dell'indagato o dell'imputato, posizione da cui deriva «l'incondizionata operatività delle garanzie difensive»¹⁰⁵.

Allora è opportuno notare che tali vicende modificative dovranno necessariamente determinare delle conseguenze per ciò che riguarda i meccanismi processuali e *in primis* l'annotazione dell'illecito.

Non poteva essere altrimenti poiché, in seguito al verificarsi di una vicenda modificativa, ha origine, per espressa volontà del legislatore, «un regime di responsabilità patrimoniale, collegato al pagamento delle sanzioni pecuniarie, che impegna una persona giuridica diversa dall'ente nel cui seno è stato commesso l'illecito penale, la quale, in un'ampia gamma di ipotesi, viene chiamata ad espiare anche le

¹⁰² APRATI, R., *op cit.*, Napoli, 2010, p. 173.

¹⁰³ SBISÀ, F., *op cit.*, p. 240.

¹⁰⁴ PAOLOZZI, G., *op cit.*, p. 139.

¹⁰⁵ *Ivi*, p. 138.

sanzioni interdittive eventualmente inflitte all'autore della violazione amministrativa»¹⁰⁶.

Per la verità, in relazione all'accadimento di un fatto storico di trasformazione, fusione e scissione vi sono due possibilità: o procedere con una nuova annotazione a carico degli enti risultanti da tali vicende modificative, oppure optare per il semplice aggiornamento della vecchia annotazione. Circa questo aspetto, è stato sostenuto che «a fronte di una di siffatte vicende, nell'alternativa fra aggiornamento e nuova annotazione, è bene propendere per la formalità citata per prima, perché questa meglio si concilia con la successione di responsabilità all'interno dello (stesso) ente che inevitabilmente si realizza per effetto della modifica societaria»¹⁰⁷.

Se dunque non occorre parlare di una nuova annotazione, ma di semplice aggiornamento, è ragionevole affermare che il regime di conoscibilità rimane lo stesso e a cambiare è solo l'estensione o l'identità del soggetto legittimato a presentare la richiesta. Più specificatamente, nel caso di trasformazione, legittimato a presentare la richiesta sarà il soggetto collettivo nella nuova forma risultante dalla trasformazione, nel caso di fusione l'ente risultante dalla fusione, nel caso della scissione, oltre l'ente scisso, anche l'ente beneficiario della scissione, sia totale che parziale.

Fin qui nessun problema, perché in apparenza il regime di conoscibilità rimane lo stesso. Tuttavia, a ben guardare, la conoscibilità dell'annotazione da parte dei soggetti risultanti da queste vicende modificative non è così scontata. Potrebbe accadere infatti che il soggetto originariamente responsabile celi l'esistenza di un procedimento penale che grava a proprio carico¹⁰⁸.

Questa evenienza è tutt'altro che improbabile poiché nessun obbligo informativo grava sul soggetto originario, prima dell'accettazione del consenso dell'altra parte all'operazione societaria.

Pertanto, se è vero «che l'ente originariamente responsabile non ha alcun obbligo di informativa in tal senso nei confronti dell'altro contraente»¹⁰⁹ non può non emergere il

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 137.

¹⁰⁷ PADULA, L., *op. cit.*, p. 32.

¹⁰⁸ PAOLOZZI, G., *op. cit.*, p. 141.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

rischio di una mancata conoscenza del procedimento già in corso da parte dei nuovi enti¹¹⁰.

Il verificarsi di tale rischio suscita serie preoccupazioni, per più di una ragione: innanzitutto perché, se è chiamato a rispondere, il nuovo ente dovrebbe essere messo nelle condizioni di potersi difendere. E, giova ripeterlo, la conoscenza puntuale dell'annotazione è condizione quasi imprescindibile per assicurare un esito positivo all'attività della difesa.

In secondo luogo perché, se l'ente risultante da queste operazioni societarie viene a conoscenza dell'istaurazione del procedimento solo in seguito, comunque subisce le conseguenze negative di questo ritardo: ai sensi dell'art. 42, gli enti che partecipano a siffatte vicende modificative possono sì partecipare al procedimento ma nello stato in cui lo stesso si trova. In questo senso, può dirsi che una conoscenza tardiva dell'annotazione potrebbe rivelarsi sostanzialmente inutile ai fini di una efficace difesa.

Nel corso del precedente capitolo, abbiamo infatti sottolineato che il legislatore, nel procedimento contro gli enti, valorizza la fase prodromica al giudizio: ciò è vero perché «solo la partecipazione al procedimento, realizzata prima dell'epilogo del giudizio [...] consente alla persona giuridica risultante dalla fusione o dalla scissione, qualora siano state inflitte sanzioni interdittive, di richiederne la sostituzione con sanzioni pecuniarie o, addirittura, di fugarne in radice l'applicazione se v'è ancora spazio per provvedere, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, alle attività riparatorie contemplate dall'art. 17»¹¹¹.

Per questi motivi, sembra opportuno affermare che il legislatore, nel caso di vicende modificative dell'ente, avrebbe dovuto garantire la comunicazione diretta ai soggetti nati da queste operazioni. La disciplina appare criticabile perché «sembra non considerare propriamente l'ipotesi dell'ente "incolpevole": ossia più precisamente dell'ente che, nel prendere parte a una fusione o scissione, ignori il reato commesso

¹¹⁰ In realtà non tutti i commentatori concordano con questa conclusione. Altra parte della dottrina, (fra i tanti Varraso) ha individuato alcuni elementi che potrebbero assicurare la previa informazione della pendenza di un procedimento in corso. «Nel caso di enti tenuti alla redazione del bilancio d'esercizio, sussiste l'obbligo di evidenziazione contabile delle conseguenze patrimoniali negative sempre della responsabilità, *de qua*, tramite l'iscrizione nei conti annuali di appositi fondi-rischi o, quantomeno, a mezzo di segnalazione nella nota integrativa». (VARRASO, G., *op. cit.*, p. 153).

¹¹¹ PAOLOZZI, G., *op. cit.*, p. 141.

all'interno di un altro ente, anch'esso partecipe dell'operazione, ignorando perciò di conseguenza, anche le responsabilità potenzialmente derivanti dal reato "a monte"»¹¹².

Il legislatore sembra presumere non solo la colpevolezza del nuovo ente sulla base della responsabilità dell'ente originario, ma anche l'effettiva conoscenza del procedimento stesso.

Può quindi accadere che «la persona giuridica subentrante possa venir catapultata nel processo penale senza la debita consapevolezza dei presupposti soggettivi ed oggettivi su cui si fonda l'imputazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato all'ente originariamente responsabile e, pertanto, senza aver potuto preparare in modo adeguato la propria difesa»¹¹³.

Volendo trarre le fila di questi ragionamenti, si può concludere che è senz'altro condivisibile la previsione di una responsabilità per gli enti risultanti dalle vicende modificative. Tale scelta, infatti, ha un'indubbia valenza preventiva rispetto alla possibilità che queste operazioni di riorganizzazione societaria vengano piegate a fini diversi, non previsti dalla legge, ma anzi contrastate da quest'ultima, come ad esempio quello di eludere l'applicazione delle norme del decreto.

Tuttavia, allo stesso tempo, non si può non essere fortemente critici nei confronti della mancata previsione di un obbligo di immediata comunicazione degli aggiornamenti dell'annotazione agli enti che, in seguito alla vicenda modificativa, sono coinvolti nel procedimento.

Solo quest'obbligo potrebbe infatti garantirne la conoscibilità e giustificare quindi l'applicazione dell'art. 70, comma 2, secondo il quale la sentenza pronunciata nei confronti degli enti esistenti prima delle vicende modificative ha comunque effetto nei confronti del nuovo ente.

A questo proposito, non vengono fugati i dubbi di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3, 24, e 111 Cost. di questa disciplina che sembra presumere in maniera assoluta il fine elusivo delle vicende modificative.

¹¹² MASUCCI, M., *Modificazioni dell'ente e responsabilità da reato: profili comparativi in chiave di riforma*, in *Corporate Criminal Liability and compliance programs. First colloquium*, a cura di A. Fiorella e A. Stile, Napoli, 2012, p. 436.

¹¹³ PAOLOZZI, G., *op. cit.*, p. 141.

Fra l'altro, è anche possibile che il giudice non venga a conoscenza delle vicende modificative e quindi, per questa ragione, non si possono «neppure ipotizzare obblighi di citazione o di sospensione del procedimento»¹¹⁴.

Da quanto appena esposto si deduce che, di fatto, si potrebbe ammettere «un'automatica efficacia della sentenza nei riguardi di soggetti che possono anche non aver avuto mai conoscenza reale del procedimento»¹¹⁵.

In relazione a tale profilo problematico, non si può non notare l'ingiustizia della situazione in cui si trovi una società che, pur ignorando incolpevolmente la pendenza di un procedimento a suo carico, debba comunque risponderne. Pertanto, la protezione dell'ente incolpevole, che per effetto di una vicenda modificativa può essere chiamato a rispondere sostanzialmente per un illecito altrui, appare come un interesse ragionevole e meritevole di essere tutelato.

Per questi motivi, sarebbe auspicabile introdurre un meccanismo che o garantisca la comunicabilità dell'annotazione all'ente originatosi dalle vicende modificative oppure che subordini la sua responsabilità all'effettiva conoscenza del procedimento.

È interessante notare che «proprio nella chiave di un rafforzamento della “colpevolezza” dell'ente, in una prospettiva di riforma magari di respiro europeo, il modello italiano può porsi come una base di sviluppo»¹¹⁶.

Infatti, la dottrina più accorta ha fatto notare che «la scelta di limitare la responsabilità dell'ente terzo alle violazioni da esso effettivamente conosciute, in un caso che implica l'acquisizione di strutture operative ove è stato commesso un reato, si rintraccia nell'articolo 33 del D.lgs. 231/2001»¹¹⁷.

¹¹⁴ VARRASO, G., *op. cit.*, p. 156.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ MASUCCI, M., *op.cit.*, p. 440.

¹¹⁷ *Ibidem*. A voler essere precisi, è doveroso sottolineare che l'autore analizza le possibili ragioni che hanno spinto il legislatore a divaricare in modo netto la disciplina della cessione d'azienda dalle vicende modificative. Queste ragioni devono riguardare certamente la peculiarità del fenomeno regolato dall'art. 33, e non possono essere ragioni di politica criminale. Infatti, «è certo che anche la dismissione di un ramo aziendale si offra a scopi elusivi della responsabilità». (*Ivi*, p. 441). Si afferma quindi che «nella cessione di azienda si registra un semplice trasferimento di beni, sia pur raccordati in un complesso unitario, sì che la responsabilità per le sanzioni pecuniarie sembra quasi atteggiarsi come una sorta di obbligazione *propter rem*, restando comunque reciso il rapporto con le ulteriori componenti personali e organizzative che di volta in volta concorrono a formare il complessivo “ambiente” nel quale l'illecito si sia maturato». (*Ibidem*). Concludendo, si può affermare che, se da un lato l'autore auspica l'intervento di riforma volto ad equiparare la disciplina della cessione di azienda con quella delle altre vicende modificative, dall'altro sembra giustificare la scelta del legislatore di divaricarle.

È in questo senso che si potrebbe risolvere la questione della conoscibilità dell'annotazione da parte dei nuovi enti: limitando la responsabilità ai soli casi in cui effettivamente i nuovi enti siano a conoscenza della commissione dell'illecito, può condividersi in pieno il sistema delineato dal legislatore delegato circa le vicende modificative degli enti.

5. Regimi speciali di comunicazione dell'annotazione

Dopo aver provato a descrivere il regime ordinario della comunicazione dell'annotazione, ci occupiamo adesso dei regimi speciali.

Non può stupirci la presenza di regole diverse rispetto all'impianto tradizionale. Infatti, è un dato di fatto che «la disciplina della responsabilità per reato degli enti ha assistito nel corso degli anni alla germinazione di taluni sottosistemi normativi per lo più ritagliati su figure di reato e di imputati tipicamente riconducibili ai settori creditizio e finanziario»¹¹⁸.

Si tratta di sottosistemi normativi che generalmente vengono definiti anche modelli atipici¹¹⁹. Si deve però tenere a mente che «anche questi microsistemi debbono conformarsi ai principi iscritti nella legge delega n. 300 del 2000 e che, là dove non sia diversamente stabilito, si applica la disciplina dettata nel D.lgs. n. 231 del 2001»¹²⁰.

Ne risulta quindi un modello complesso, per alcuni aspetti vistosamente deviante rispetto alle regole generali stabilite per il processo agli enti, ma per altri aspetti simile all'impianto tradizionale.

Queste considerazioni valgono sicuramente anche per “il modello atipico” di comunicazione dell'annotazione riguardante gli illeciti dipendenti da reato commessi dalle banche e da specifici intermediari finanziari.

Più in particolare, deve notarsi che «il regime derogatorio ivi contemplato muove dalla constatata appartenenza dei suddetti soggetti alla categoria delle persone giuridiche, di cui all'art. 1 D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ed è inteso a sottrarre tali enti,

¹¹⁸ BERNASCONI, A., PRESUTTI, A., *op. cit.*, p. 415.

¹¹⁹ PAOLOZZI, G., *op. cit.*, p. 297.

¹²⁰ *Ibidem*.

“per esigenze di coordinamento con la disciplina dettata nella sede propria” a talune disposizioni di quest’ultimo»¹²¹.

Prima di analizzare i regimi speciali di comunicazione dell’annotazione è conveniente precisare l’elenco dei soggetti a cui tali regimi si applicano. Sono da annoverare in tale elenco gli istituti di credito, taluni intermediari finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale – tra i quali le società di intermediazione mobiliare (SIM), le società di gestione del risparmio (SGR) e le società d’investimento a capitale variabile (SICAV) – e le imprese di assicurazione e di riassicurazione¹²².

A questi soggetti destinatari, vanno aggiunti gli intermediari finanziari iscritti all’albo speciale di cui all’art. 107 T.U.B.¹²³ che sono autorizzati all’esercizio dei servizi di investimento o hanno acquisito fondi con obbligo di rimborso per un ammontare superiore al patrimonio, e per i quali la Banca d’Italia detta disposizioni aventi ad oggetto l’adeguatezza patrimoniale, l’organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni, nonché l’informativa da rendere al pubblico sulle predette materie¹²⁴.

Tutti questi enti si distinguono come soggetti particolari nell’insieme di tutte le altre persone giuridiche sottoposte all’applicazione del decreto.

In primo luogo perché si tratta di enti che operano in un settore tutt’altro che trasparente¹²⁵: «il segmento di terziario di cui si sta trattando è infatti contrassegnato da assetti e dinamiche tutt’altro che virtuose: la conservazione del capitale delle famiglie italiane è minacciata “dalla volatilità di molti strumenti, dalle truffe e dall’inadeguatezza dell’industria e del risparmio gestito”»¹²⁶. Sotto questo punto di vista, la scarsa trasparenza del settore economico di appartenenza rende prioritaria, e particolarmente necessaria rispetto agli altri casi, la predisposizione di regole speciali per garantire l’efficacia e la speditezza delle indagini.

In secondo luogo, la particolarità di queste realtà economiche è legata al fatto che si tratta di imprese che operano in un settore strettamente legato al diritto al risparmio, protetto “in tutte le sue forme” dall’art. 47 comma 1 Cost.

¹²¹ BERNASCONI, A., *Processo agli enti e regole speciali per banche, intermediari finanziari ed imprese di assicurazione*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2009, n. 1, p. 33.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ Con questa sigla si intende fare riferimento al d.lgs. n. 385/1993 recante il titolo “Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia”.

¹²⁴ BERNASCONI, A., PRESUTTI, A., *op. cit.*, p. 415.

¹²⁵ BERNASCONI, A., *Processo agli enti*, cit., p. 34.

¹²⁶ *Ibidem*.

La delicatezza degli interessi in gioco, interessi che richiedono una più attenta protezione del regolare svolgimento delle loro attività economiche, è quindi la giustificazione del regime speciale di disciplina.

Sotto questo punto di vista, la peculiarità di questi soggetti collettivi risiede nella legittima considerazione che «colui che deposita denaro, lo investe, o si assicura contro taluni rischi, non può patire, direttamente o indirettamente, sospensioni o interruzioni dei servizi di erogazione del credito, dell'attività di intermediazione finanziaria o del ristoro assicurativo, connesse all'*iter* processuale di accertamento di determinati reati (quelli di cui agli artt. 24-25-*octies* D.lgs. 231/2001)»¹²⁷.

L'importanza del "bene-risparmio" che coinvolge in maniera trasversale tutte le classi sociali è motivo della centralità economica rivestita dalle realtà imprenditoriali in questione.

A bene vedere, quindi, è la particolarità delle categorie di persone giuridiche appena richiamate a richiedere la massima efficienza delle indagini e la predisposizione di regole particolari.

«Se chi imbroglia non è perseguito con la dovuta severità, la fiducia nei mercati finanziari vacilla. Le migliaia di risparmiatori truffati e i milioni di italiani che avrebbero potuto esserlo, esigono procedimenti tempestivi e sentenze appropriate»¹²⁸.

È quindi dall'attenzione specifica al valore del risparmio, apprestata dal legislatore fin dal momento dell'annotazione, che dipende in larga parte l'efficace applicazione del sistema di responsabilità delineato dal decreto anche nei confronti di questi soggetti collettivi.

Dopo aver sottolineato la particolarità di questi soggetti, e provato a giustificare la specialità del regime di comunicazione dell'annotazione, cominciamo l'esame delle regole dettate per le predette categorie di persone giuridiche.

Un primo fondamentale dato conoscitivo che deve essere fin da subito precisato è che questi regimi speciali presentano una regola comune: «ogniquale volta l'inquirente proceda all'iscrizione nel registro delle notizie di reato di un illecito a carico di una banca, oppure di una succursale di intermediazione mobiliare (SIM), di una società di gestione del risparmio (SGR) o di una società di investimento a capitale variabile

¹²⁷ BERNASCONI, A., *Processo agli enti*, cit., p. 35.

¹²⁸ CARABINI, O., *Il risparmio italiano tradito due volte*, in *Il sole 24 ore*, 19 dicembre 2008.

(SICAV), è tenuto a darne comunicazione alla corrispondente autorità di vigilanza (Banca d'Italia o Consob)»¹²⁹.

Questo obbligo di comunicazione risulta dalla lettura del T.U.B. e del T.U.F.¹³⁰, in particolare così come modificati dal D.lgs. 09/07/2004, n. 197, che – recependo la direttiva 2001/24/CE del 04/04/2001 in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi – ha apportato delle modifiche tese a rafforzare la stabilità del sistema bancario e finanziario nel loro complesso, e quindi a tutelare investitori e depositanti.

Più nel dettaglio, le fonti normative di questo speciale obbligo di comunicazione dell'annotazione alle autorità di vigilanza sono l'art. 97 *bis* del T.U.B. (Responsabilità per illecito amministrativo dipendente da reato) e l'art. 60 *bis* del T.U.F. (Responsabilità delle SIM, delle SGR, delle SICAV, e delle SICAF per illecito amministrativo dipendente da reato). Inoltre, l'art. 266 (Responsabilità per illecito amministrativo dipendente da reato) del D.lgs. 07/09/2005, n. 209¹³¹ contiene una disposizione analoga alle precedenti¹³².

«Queste regole – introdotte, [...] dagli artt. 8 e 10 D.lgs. n. 197 del 2004, nonché dall'art. 266 del codice delle assicurazioni – configurano una normativa speciale per le indagini nei confronti delle suddette realtà economico-finanziarie, che esalta ruolo e funzione degli organismi di controllo pubblici»¹³³.

Cominciamo con il prendere in esame il regime speciale di comunicazione dell'annotazione di un illecito amministrativo dipendente da reato commesso da una banca.

L'art. 97 *bis* del T.U.B. prevede, come già accennato, l'obbligo di comunicazione dell'annotazione da parte del pubblico ministero nei confronti di Banca d'Italia e nei confronti di Consob, se l'illecito della banca è stato commesso in sede di prestazione di servizi di investimento.

La Banca d'Italia è un ente di diritto pubblico, istituito dal regio decreto del 15 marzo 1936 n. 375 e possiede, fra i suoi innumerevoli compiti, quello di vigilare sulla trasparenza del settore bancario e sulla prevenzione di alcuni gravi reati che in questo

¹²⁹ LORIA, V., *Sub art. 55*, in LASCO G., - LORIA V., - MORGANTE M., *Enti e responsabilità da reato. Commento al D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2017, p. 587.

¹³⁰ Si fa riferimento al d.lgs. n. 58/1998 “Testo unico degli strumenti finanziari”.

¹³¹ Si intende fare riferimento al “Codice delle assicurazioni private”, abbreviato CAP.

¹³² SBISÀ, F., *op. cit.*, p. 138.

¹³³ BERNASCONI, A., *Processo agli enti*, cit., p. 36.

settore dell'attività economica possono essere commessi, come ad esempio il riciclaggio.

La Commissione nazionale per la società e la borsa è stata istituita con la legge 7 giugno 1974 n. 216 ed è un'autorità amministrativa indipendente la cui attività di controllo è indirizzata principalmente alla vigilanza sulla trasparenza del mercato finanziario.

Da quanto sopra esposto, appare chiaro che, nel caso in cui ad essere coinvolta nell'illecito sia un ente bancario, l'annotazione deve essere sempre comunicata sia, come stabilito dalla regola generale, all'ente interessato e al suo difensore che avanzano una richiesta in tal senso, sia alle autorità di vigilanza.

Tuttavia, fra i due tipi di comunicazione esiste una fondamentale differenza: nel caso di richiesta da parte dell'ente interessato o del suo difensore, la comunicazione potrà essere negata quando si procede per delitti di particolare gravità o quando la secretazione delle indagini è resa necessaria da specifiche ragioni legate alle indagini; nel caso delle autorità di vigilanza, invece, la comunicazione è sempre dovuta e non può essere soggetta ad eccezioni¹³⁴.

In altre parole, la comunicazione speciale dovuta a Banca D'Italia non soggiace ai limiti stabiliti dell'art. 335 c.p.p., limiti invece a cui è sottoposta in genere la comunicazione dell'annotazione.

Per comprendere le ragioni di questa differenza, giova ricordare che gli enti operanti nel settore bancario hanno una clientela di risparmiatori piuttosto vasta. La *ratio* perseguita dal legislatore è quella di rendere l'indagine nei confronti della banca più rapida ed efficace possibile.

Infatti, stabilendo che l'annotazione di un illecito a carico di un ente bancario deve essere sempre comunicato alla Banca d'Italia, si vuole favorire la conoscenza dell'autorità di controllo, e di conseguenza facilitarne l'intervento¹³⁵.

Per descrivere la portata e il tipo dell'intervento da parte dell'autorità di vigilanza è sufficiente fare riferimento alla seconda parte del comma I dell'art. 97 *bis*, il quale prevede che il coinvolgimento attivo della Banca d'Italia può sostanziarsi in alcuni

¹³⁴ SBISÀ, F., *op. cit.*, p. 139.

¹³⁵ LORIA, V., *op. cit.*, p. 587.

contributi di tipo dichiarativo e, in secondo luogo, nell'esercizio di diversi poteri di vigilanza¹³⁶.

Sotto il primo punto di vista, l'autorità di controllo può di propria iniziativa presentare memorie scritte: si tratta di una facoltà molto importante, l'esercizio della quale è stata sicuramente incoraggiata dal legislatore. Il contributo offerto dall'autorità di vigilanza può risultare notevole, se non decisivo, ai fini del giudizio: in particolare è stato fatto notare che «le autorità relazioneranno sul rispetto da parte dell'ente della normativa di vigilanza e sull'adeguatezza dell'organizzazione e del sistema dei controlli interni»¹³⁷.

A tal proposito, è stato precisato che «non v'è alcun dubbio [...] che le "relazioni", vista la peculiarità dei relativi autori, abbiano un contenuto specialistico, attinente all'illustrazione dello stato gestionale dell'ente sottoposto al procedimento e, in particolare, del modello organizzativo da questi adottato»¹³⁸.

Inoltre, la stessa autorità di vigilanza può essere sentita nel corso delle indagini preliminari su richiesta del pubblico ministero, come soggetto informato sui fatti. L'audizione dell'autorità di vigilanza, essendo un'attività delegabile alla polizia giudiziaria, potrebbe essere svolta da una persona diversa dal pubblico ministero. Tuttavia, affinché si possa procedere all'audizione, è necessario che l'organo della pubblica accusa presenti alla persona del governatore della Banca d'Italia una richiesta di deporre¹³⁹.

Inoltre, il pubblico ministero e la polizia giudiziaria restano naturalmente liberi di sentire altri e diversi soggetti, che operano all'interno dell'istituzione, e questi verranno sentiti in qualità di persone informate sui fatti¹⁴⁰.

Occorre precisare però che tali soggetti verranno sentiti solo come persone fisiche, e non come soggetti rappresentanti l'ente di appartenenza¹⁴¹.

Sotto un altro punto di vista, la comunicazione dell'annotazione alla Banca d'Italia costituisce uno strumento atto a favorire o rendere possibile l'esercizio di poteri di vigilanza riconosciuti dalla legge. È ben noto che le autorità di vigilanza sono autorità

¹³⁶ SBISÀ, F., *op. cit.*, p. 139.

¹³⁷ *Ibidem.*

¹³⁸ PAOLOZZI, G., *op. cit.*, p. 304.

¹³⁹ BERNASCONI, A., *Il Processo agli enti*, cit., p. 36.

¹⁴⁰ *Ivi*, p. 37.

¹⁴¹ DI BITONTO, M. L., *Le indagini*, cit., p. 615.

indipendenti, con pieni poteri sia di tipo ispettivo sia di tipo regolamentare: non fa eccezione ovviamente la Banca d'Italia, la cui indipendenza sarebbe compromessa senza l'autonoma possibilità di esercitare quei poteri connessi alla stessa attività svolta. Tali poteri, è ovvio, sono esercitati sempre nel rispetto della natura imprenditoriale di tali attività, e sempre che in concreto sussistano delle valide ragioni per esercitarli.

Si tratta dei poteri riconosciuti dagli articoli 51, 53 e 54 del T.U.B.

Ci riferiamo innanzitutto al potere di vigilanza informativa *ex art.* 51 del T.U.B., a mente del quale, «le banche inviano alla Banca d'Italia, con le modalità e nei termini da essa stabiliti, le segnalazioni periodiche nonché ogni altro dato e documento richiesto».

Sempre secondo tale articolo, esse «trasmettono anche i bilanci con le modalità e nei termini stabiliti dalla Banca d'Italia».

Da quanto previsto in questa disposizione si deduce che il patrimonio conoscitivo posseduto dall'autorità di vigilanza è di particolare valore ai fini dello svolgimento delle indagini preliminari a carico degli istituti bancari.

In secondo luogo, possiamo fare riferimento al potere di vigilanza regolamentare, *ex art.* 53 del T.U.B. Si tratta di un potere ancora più penetrante del primo. Se con la vigilanza di tipo informativo la Banca d'Italia si limita a chiedere informazioni o ricevere le segnalazioni periodiche, è con la vigilanza di tipo regolamentare che può addirittura emanare disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto svariati aspetti riguardanti l'organizzazione societaria: ad esempio, l'adeguatezza patrimoniale; il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni; le partecipazioni detenibili; la *governance* societaria e l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché i controlli interni e i sistemi di remunerazione e di incentivazione.

Infine, possiamo fare riferimento ai poteri di vigilanza ispettiva. Ai sensi dell'articolo 54 del T.U.B., la Banca d'Italia può effettuare ispezioni presso le banche e i soggetti ai quali esse abbiano esternalizzato funzioni aziendali essenziali e richiedere l'esibizione di documenti e gli atti che ritiene necessari.

Sulla base di quanto è emerso, si può concludere che l'autorità di vigilanza può essere di grande aiuto ai fini dell'efficacia delle indagini: sia perché potrebbe custodire informazioni importanti, sia perché potrebbe decidere di attivarsi con l'esercizio dei poteri conferitegli dalla legge. Sono proprio queste le due finalità perseguite dal regime speciale di comunicazione dell'annotazione. In altre parole, il legislatore ha inteso

coinvolgere l'autorità di vigilanza per far sì che questa possa svolgere le funzioni che le sono proprie e agevolare lo svolgimento delle indagini.

Identico regime speciale di comunicazione dell'annotazione è previsto dall'art. 60 *bis* del T.U.F.: quando viene annotato un illecito che coinvolge un'impresa di investimento, vale la regola della doverosa comunicazione dell'annotazione alla rispettiva autorità di vigilanza, che in questo caso è la Consob.

Simili sono le ragioni di tale speciale disciplina: attraverso l'introduzione di un meccanismo particolare di comunicazione dell'annotazione, si vuole garantire la conoscenza del procedimento alla autorità di vigilanza, così da spronarla all'esercizio dei poteri riconosciutigli dal T.U.F. per vigilare sulla trasparenza e correttezza del mercato finanziario. Ci riferiamo ai poteri di vigilanza regolamentare, informativa ed ispettiva.

La vigilanza regolamentare si traduce nel potere di imporre, attraverso l'emanazione di regolamenti, obblighi e divieti in relazione all'attività svolta, fermo restando che questo potere può essere esercitato solo nei casi in cui esso è "obiettivamente giustificato e proporzionato".

Il potere di vigilanza informativa può essere esercitato grazie al dovere di comunicazione all'autorità Consob di tutti i comportamenti che potrebbero integrare delle irregolarità.

Infine, il potere di vigilanza ispettiva è molto intrusivo, perché consiste nel potere di effettuare ispezioni e richiedere l'esibizione di documenti.

Concludiamo adesso il quadro dei regimi speciali di comunicazione dell'annotazione con il riferimento agli illeciti amministrativi dipendenti da reato commessi dalle imprese assicurative private. Il riferimento obbligato è all'art. 266 del C.A.P., a mente del quale «il pubblico ministero che iscrive, ai sensi dell'articolo 55 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, nel registro delle notizie di reato un illecito amministrativo a carico di un'impresa di assicurazione o di riassicurazione ne dà comunicazione all'IVASS». Quest'ultimo è l'acronimo utilizzato per indicare l'istituto per la vigilanza delle assicurazioni, che ha sostituito il precedente ISVAP. L'IVASS è dotato di autonomia finanziaria e contabile, vigila sul rispetto delle regole da parte degli enti operanti sul mercato delle assicurazioni e raccoglie i reclami presentati dai clienti.

L'obbligo di comunicazione dell'annotazione persegue qui una finalità simile alle precedenti, perché è stato introdotto, come negli altri casi, con l'obiettivo di accrescere l'efficacia delle investigazioni attraverso contributi conoscitivi offerti dalle autorità che li hanno a disposizione. Nel corso del procedimento, infatti, ove il pubblico ministero ne faccia richiesta, viene sentito l'IVASS, che ha facoltà di presentare relazioni scritte, esattamente come le autorità di vigilanza del settore bancario e creditizio.

Da quanto fin qui esposto, si può giungere pacificamente alla conclusione che i regimi speciali di comunicazione descritti in questo paragrafo accrescono in maniera esponenziale l'efficacia investigativa della pubblica accusa attraverso l'aiuto indiretto dei funzionari degli organi di vigilanza¹⁴². Questi ultimi, che aiutano il pubblico ministero nelle indagini, sono ufficiali che non rivestono la qualifica di polizia giudiziaria, ma solo quella di polizia amministrativa¹⁴³.

Abbiamo adesso esaurito i diversi profili attinenti alla conoscibilità di un procedimento a carico, che è la prima delle due funzioni dell'annotazione costruite a presidio dell'esercizio del diritto di difesa.

Nel corso del prossimo capitolo, esamineremo i profili attinenti alla seconda di queste due funzioni, ovvero quella di delimitare, sotto il profilo cronologico, i confini delle indagini preliminari.

¹⁴² VARRASO, G., *op. cit.*, p. 287.

¹⁴³ *Ibidem.*

Capitolo IV

Annotazione e limiti cronologici delle indagini preliminari

SOMMARIO: 1 Durata delle indagini a carico dell'ente. – 2 Tempistiche dell'annotazione e c.d. *simultaneus processus*. – 3 Sindacabilità della data d'iscrizione della notizia di reato da parte del giudice: la posizione della giurisprudenza di legittimità. – 4. La disciplina delle proroghe.

1. Durata delle indagini a carico dell'ente

In più occasioni nel corso dei precedenti capitoli, allo scopo di descrivere i diversi aspetti dell'annotazione, ci siamo trovati a dover fare riferimento alla disciplina dettata per l'iscrizione, che può essere considerata il corrispondente adempimento nel procedimento a carico delle persone fisiche.

Del resto è stato fatto notare che l'annotazione svolge la medesima duplice funzione dell'iscrizione della *notitia criminis*; a cambiare è dunque solo il nome, poiché «per non ingenerare confusione sul piano terminologico, con riguardo all'illecito imputabile al soggetto collettivo si parla di annotazione invece che di iscrizione»¹.

Non ci stupisce dunque se registriamo delle similitudini nelle discipline dei due adempimenti. Questa volta, tuttavia, i parallelismi non sono legati al rinvio implicito operato sulla scorta del richiamo generale al codice di rito *ex art. 34*, quanto piuttosto a una disciplina autonoma dettata da una precisa disposizione del decreto: l'art. 56, dedicato proprio alla durata delle indagini a carico dell'ente, a mente del quale «il pubblico ministero procede all'accertamento dell'illecito amministrativo negli stessi termini previsti per le indagini preliminari relativi al reato da cui dipende l'illecito». Nel secondo comma è poi stabilito che «il termine per l'accertamento dell'illecito amministrativo a carico dell'ente decorre dall'annotazione prevista dall'art. 55».

La lettura di questa disposizione svela immediatamente un dato essenziale: «le indagini sulla responsabilità dipendente da reato recepiscono dalla normazione generale il carattere della durata predeterminata *ex lege*, che si realizza, analogamente a quanto

¹ DI BITONTO, M. L., *L'avocazione facoltativa*, Torino, 2006, p. 209.

avviene per le persone fisiche, attraverso la registrazione della notizia dell'illecito e la decorrenza del termine delle indagini dalla data di espletamento di questa formalità (artt. 55 e 56 d.lgs. n. 231 del 2001)»².

Inoltre, dalla lettura di siffatta norma, possono farsi ulteriori considerazioni. Innanzitutto, «il richiamo alle cadenze delle indagini preliminari relative al reato–presupposto, anche sotto il profilo dei limiti di durata, suffraga l'idea che il “termine per l'accertamento” debba intendersi finalizzato “all'acquisizione degli elementi necessari al pubblico ministero per le proprie determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale”»³.

In secondo luogo, «l'ancoraggio dell'accertamento sull'illecito amministrativo ai tempi delle indagini sul reato da cui lo stesso dipende determina l'applicabilità dell'intera disciplina codicistica, sebbene non comporti una corrispondenza biunivoca tra i due procedimenti»⁴. La discrasia è causata dal fatto che l'art. 56 comma 2 stabilisce per l'annotazione prevista dall'art. 55 un'autonoma decorrenza del termine di accertamento dell'illecito⁵. Dunque, per quanto riguarda la durata in sé delle indagini si rinvia *in toto* alla disciplina dettata dal codice di rito penale. Tuttavia, il rinvio alla disciplina codicistica non opera ai fini dell'individuazione del *dies a quo* per il calcolo di tale durata perché a questo scopo non si fa riferimento alla data dell'iscrizione della *notitia criminis*. È stato sottolineato infatti che non sussistono dubbi sul fatto che «l'annotazione costituisce adempimento imprescindibile per la regolarità delle indagini preliminari e segna il *dies a quo* del termine investigativo»⁶.

L'espressione “negli stessi termini” utilizzata dal legislatore significa certamente intero richiamo alla disciplina di cui agli artt. 405 – 407 c.p.p.

In particolare, per quanto riguarda in senso stretto il profilo cronologico della fase *de qua*, facciamo riferimento al comma 2 dell'art. 405 c.p.p., a norma del quale, il pubblico ministero richiede il rinvio a giudizio entro sei mesi dalla data in cui il nome della persona alla quale è attribuito il reato è iscritto nel registro delle notizie di reato. Sempre

² *Ivi*, p. 208.

³ TAGLIANI, I., *Morfologia della fase investigativa*, in *Il processo penale* de societate, a cura di A. Bernasconi, Milano, 2006, p. 211.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ MANCUSO, E. M., *Le indagini preliminari. L'udienza preliminare*, in *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, a cura di A. Giarda, E. M. Mancuso, G. Spangher, G. Varraso, Assago (MI), 2007, p. 422.

secondo tale disposizione poi, il termine è di un anno se si procede per taluno dei delitti indicati nell'articolo 407 comma 2 lettera a).

Pertanto, il termine investigativo «è parametrato, quanto alla durata, a quello concesso per il compimento delle indagini preliminari in ordine al reato presupposto»⁷.

In questo modo sul piano processuale si crea uno stretto legame tra reato e illecito, legame coerente con la regola generale del *simultaneus processus* ricavabile dall'art. 38 che impone un tendenziale onere di riunione delle *rei giudicande* per quanto possibile e non pregiudizievole ai fini dell'accertamento.

In realtà, come vedremo nel paragrafo successivo del presente lavoro e come già accennato prima, questo stretto legame è messo a dura prova dalle molteplici occasioni in cui si manifestano delle discrasie temporali fra l'adempimento dell'annotazione e quello dell'iscrizione.

A questo proposito, la dottrina ha giustamente sostenuto che in tale evenienza una probabile caduta del principio del *simultaneus processus* dovrebbe orientare il pubblico ministero a modulare «le conclusioni di entrambi gli accertamenti in modo da fare coincidere cronologicamente l'adozione dei rispettivi epiloghi di fase»⁸.

Ma nulla assicura che il *dominus* delle indagini preliminari si muovi verso questa direzione.

In ogni caso, proveremo ad analizzare questi profili critici successivamente.

Adesso, è opportuno integrare quanto detto in precedenza con un altro dato essenziale: l'annotazione, che è sempre l'atto formale di avvio della fase prodromica, non sempre provoca la decorrenza dei termini appena descritti⁹.

«La monoliticità della lettera dell'art. 56 comma 2 [...] è, infatti, scalfita dalla disposizione contenuta nell'art. 4 comma 2 che, disciplinando l'ipotesi in cui il reato commesso all'estero sia punibile a richiesta del Ministro della giustizia, subordina l'avvio del procedimento a carico del soggetto collettivo alla formulazione della richiesta anche nei confronti dello stesso»¹⁰.

⁷ *Ibidem*.

⁸ GIARDA, A., *Procedimento di accertamento della «responsabilità amministrativa degli enti» (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, in CONSO – GREVI – BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, p. 1159.

⁹ TAGLIANI, I., *op cit.*, p. 212.

¹⁰ *Ibidem*.

Infatti, a norma dell'art. 4, nei casi in cui la legge prevede che il colpevole sia punito a richiesta del Ministro della giustizia, si procede contro l'ente solo se la richiesta è formulata nei confronti di quest'ultimo.

È stato fatto notare, a tal proposito, che l'evocazione dell'istituto della richiesta di procedimento comporta l'applicazione di tutte le norme processuali di riferimento: «l'art. 342 c.p.p., quanto alle modalità di presentazione, nonché l'art. 405 comma 3 c.p.p., il quale, in deroga alla disciplina ordinaria in tema di *dies a quo* delle investigazioni, stabilisce che il termine per le indagini decorre dalla data in cui la richiesta pervenga al rappresentante dell'accusa»¹¹.

Il legislatore ha voluto impedire che l'annotazione possa costituire il *dies a quo* per il calcolo dei termini di durata delle indagini anche quando la richiesta di procedimento è già stata presentata per il reato presupposto. In altre parole, la scelta del legislatore delegato è stata quella di «escludere che la mera ottemperanza alla condizione di procedibilità prevista per il reato presupposto sortisca effetti nel procedimento relativo all'illecito amministrativo»¹².

Fatta eccezione quindi per questo caso particolare, l'annotazione dell'illecito gioca un ruolo fondamentale perché è dal giorno in cui il pubblico ministero annota l'illecito che si attiva il conto alla rovescia al cui termine subentra la scadenza delle indagini preliminari.

Nel caso in cui il pubblico ministero ha proceduto all'iscrizione di un ulteriore autore del reato presupposto sorge un profilo problematico. Ci si chiede a questo proposito se vi sia o meno una deroga alla regola generale che individua nell'annotazione il *dies a quo* per il calcolo dei termini di durata delle indagini a carico dell'ente. Non mancano gli argomenti a sostegno sia dell'una che dell'altra tesi.

Da un lato, vi è l'art. 56 comma 2, il quale depone a sostegno dell'irrilevanza delle vicende concernenti le iscrizioni relative agli autori del reato presupposto. La disposizione in questione è infatti chiara nell'ancorare il termine per l'accertamento dell'illecito solo all'adempimento dell'annotazione¹³.

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ibidem.*

¹³ BASSI, A., EPIDENDIO, T. E., *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, p. 576.

Dall'altro lato, vi sono delle valide ragioni per ritenere che il termine per le indagini concernenti l'illecito amministrativo non possa non radicarsi nel momento in cui è stata compiuta l'ultima iscrizione utile relativa al reato presupposto: a tal proposito, infatti, «va rimarcato che l'ente è responsabile solo ed in quanto sussista un collegamento indefettibile fra condotta criminosa presupposta e uno dei soggetti indicati dall'art. 5 del decreto, e che l'esistenza di un rapporto qualificato fra l'autore del reato e l'ente costituisce, per legge, il requisito per l'imputazione soggettiva della responsabilità amministrativa nei confronti dell'ente»¹⁴.

Tra le due alternative sembra essere preferibile la prima, perché consente di valorizzare, non solo il ruolo dell'annotazione ai fini del calcolo della durata delle indagini, ma anche il testo dell'art. 56 che è sicuramente rigido nello stabilire la regola generale e non prevede di fatto altre eccezioni.

Ad ogni modo, sebbene questa scelta appaia più opportuna, non sono mancate delle critiche, poiché si è sottolineato che essa provocherebbe un indiscutibile svantaggio ai fini della completezza delle indagini, in quanto «suscettibile di rendere inutilizzabili nei confronti dell'ente elementi d'indagine acquisiti successivamente, cioè una volta compiuta l'identificazione di tutti gli autori del reato presupposto»¹⁵.

In ogni caso, non pare possa accettarsi la seconda soluzione, perché essa contraddirebbe alcuni tratti essenziali dell'annotazione, e più in generale la fisionomia dell'illecito amministrativo. Innanzitutto quest'ultimo non corrisponde solo al reato presupposto ma presenta ulteriori e distinti elementi costitutivi. La tesi che riconosce l'esistenza di una deroga alla regola generale contraddirebbe pertanto l'idea che l'illecito che viene annotato costituisce una fattispecie autonoma e distinta dal reato da cui dipende.

In secondo luogo, autonoma è anche l'annotazione, quindi sarebbe del tutto strano che una modifica attinente al numero delle iscrizioni soggettive potesse influire sull'efficacia dell'annotazione ai fini del computo di durata dell'indagine preliminare *de societate*, che costituisce una delle sue principali funzioni. Senza contare poi il fatto che la soluzione da noi scartata contrasterebbe con un elemento che appare quasi certo, e cioè che, come da più parti si è affermato, «l'iscrizione nel registro di un nuovo indagato del reato presupposto pare integrare non una nuova annotazione con il decorso

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

di un nuovo termine delle indagini, ma mero aggiornamento della primigenia annotazione, *ex art. 335 comma 2 c.p.p., ininfluyente ai fini della rideterminazione del termine delle indagini*»¹⁶.

Giova adesso precisare che il tema a cui è dedicato il presente capitolo costituisce un punto di approdo di fondamentale importanza nell'insieme delle tematiche che possono sollevarsi in relazione all'adempimento dell'annotazione.

Mentre nel precedente capitolo abbiamo messo in luce il ruolo chiave svolto dall'adempimento *de qua* ai fini della *discovery* da parte dell'ente di un procedimento a proprio carico, adesso stiamo analizzando un'altra funzione costruita a presidio del diritto alla difesa. Grazie allo strumento dell'annotazione il legislatore ha garantito la presenza di un meccanismo attraverso il quale circoscrivere sotto l'orizzonte temporale l'estensione delle indagini preliminari *de societate*.

In altre parole, attraverso il riferimento alla data dell'adempimento di cui all'art. 55 la difesa può disporre di un valido parametro per controllare la durata delle indagini preliminari a carico del proprio assistito.

A questo proposito sembra doveroso far notare che, se l'annotazione dell'illecito non svolgesse questa funzione, non si potrebbe individuare per la fase *de qua* una durata prestabilita e rigidamente circoscritta nel tempo. Senza l'annotazione dell'illecito, le indagini preliminari potrebbero infatti prolungarsi senza alcun vincolo per le autorità investiganti, e in astratto nulla impedirebbe che si protraessero anche all'infinito.

È logico chiederci adesso per quali motivi sia così importante che l'ente non sia sottoposto ad indagini per un periodo illimitato. Muovendoci verso questa analisi, saremo in grado di percepire l'importanza di questa seconda funzione dell'annotazione. Anche se non tutti in dottrina sono d'accordo¹⁷, sussistono ottime argomentazioni per

¹⁶ *Ivi*, p. 577.

¹⁷ Fra i tanti Vicoli. L'autore afferma che non si può «ignorare che tra l'art. 112 Cost. e i vincoli derivanti dall'art. 407 c.p.p. sussiste un rapporto di antinomia, da risolvere a favore del primo». (VICOLI, D., *La ragionevole durata delle indagini*, Torino, 2012, p. 32). Sulla base di questa premessa, pur ammettendo che «resta attuale la finalità di tutela della persona sottoposta alle indagini, titolare dell'interesse a vedere la propria posizione definita in tempi ragionevoli», conclude che nessuna «forza precettiva è in grado di sprigionare tale esigenza al cospetto dell'art. 112 Cost., che governa, sul versante del pubblico ministero, la fase delle indagini». (*Ivi*, p. 33). Della stessa opinione Siracusano il quale in relazione alla scelta di circoscrivere la durata delle indagini preliminari ha sottolineato che «la soluzione sembra mal conciliarsi, [...] con la stessa obbligatorietà dell'azione penale, in quanto finisce per apporre un limite temporale alla sua rilevanza procedimentale». (SIRACUSANO, F., *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, p. 54). Per ragioni di completezza si fa notare che la questione è stata oggetto di discussione da parte dei giudici delle leggi. La corte Costituzionale in diverse sentenze ha respinto però le censure riguardanti la disciplina della durata delle indagini preliminari (cfr. Corte cost.,

ritenere necessario «che tale fase iniziale sia delimitata cronologicamente»¹⁸. Si tratta di una necessità sostenuta da svariate ragioni.

In primo luogo, «per realizzare l'obiettivo di un sistema probatorio da attuare prevalentemente nel dibattimento, bisogna avvicinare il più possibile l'escussione delle prove alla data di accadimento dei fatti di cui si occupa il processo, in quanto il passaggio del tempo produce irrimediabilmente l'usura delle fonti di prova, compromettendo così le esigenze di accertamento della giustizia penale»¹⁹.

Sulla base di queste considerazioni, è evidente che sussiste una stretta correlazione fra brevità della durata delle indagini preliminari ed efficienza nell'accertamento giudiziale. Se il processo venisse instaurato in un momento di gran lunga successivo alla data dell'accadimento del fatto storico oggetto di sussunzione all'interno di una fattispecie criminosa, probabilmente la maggior parte delle prove disponibili perderebbero di credibilità o vigore.

Si pensi ad esempio al caso in cui un testimone, chiamato a rievocare le coordinate di un fatto storico piuttosto risalente nel tempo, non ricordi nulla, o non ricordi perfettamente.

Nella logica del nuovo sistema accusatorio, il dibattimento costituisce la fase processuale dedicata alla formazione della prova. Se, per via dell'usura legata allo scorrere del tempo, si consentisse che nella fase centrale del processo l'*iter* di formazione della prova incontrasse delle falle, si finirebbe per compromettere la validità del sistema accusatorio nel suo complesso. Si tratta di una conseguenza che va il più possibile evitata.

Infatti, permettendo che passi un arco di tempo indefinito fra l'apertura della fase delle indagini preliminari e l'inizio del processo, si finisce con il far emergere le debolezze dello stesso sistema accusatorio e della sua scelta di rinviare la formazione della prova al dibattimento. Questo significherebbe anche sminuire l'importanza dei suoi punti di forza e lasciare che si coltivi un terreno favorevole per la diffusione di scenari alternativi.

10 febbraio 1993, n. 48, in *Giur. cost.*, 1993, p. 350, la quale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 407 del codice di procedura penale, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 112 della Costituzione).

¹⁸ DI BITONTO, M. L., *L'attività di indagine dopo l'avvio del processo penale*, Milano, 2009, p. 4.

¹⁹ *Ivi*, p. 5.

Potrebbe perfino rievocarsi lo spettro di una procedura penale inquisitoria nella quale il processo penale è preceduto da un'indagine condotta sotto la direzione di un giudice istruttore che redige per iscritto, in modo unilaterale e segreto, un fascicolo che verrà poi trasmesso al giudice del giudizio²⁰.

Sulla base di queste osservazioni, si percepisce chiaramente che allontanarsi dal traguardo che la procedura penale italiana ha raggiunto nel 1988 significa, di fatto, fare dei passi indietro rispetto a importanti prese di posizione: per citarne solo alcune la parità delle armi, o l'imparzialità e terzietà del giudice.

È stato sottolineato infatti che la procedura penale accusatoria, tipica della tradizione dei paesi di *common law*, ha il merito di superare l'impronta marcatamente statalista perché gravita sempre attorno ai diritti dei singoli individui: secondo tale modello, il processo «si sviluppa su impulso delle parti stesse, teoricamente “ad armi pari”, mentre lo Stato interviene poco, poiché la funzione del giudice si limita ad arbitrare il dibattimento e a mettere fine al conflitto, nel quadro di un sistema probatorio rigorosamente regolato dalla legge»²¹.

Ma non è solo questa la ragione per cui il legislatore ha chiesto all'organo della pubblica accusa di circoscrivere entro un determinato arco temporale ben definito la durata delle indagini preliminari.

In secondo luogo, infatti, dobbiamo sottolineare che sottoporre a delle indagini per un periodo illimitato nel tempo un soggetto indagato, sia esso una persona fisica o una società, non sarebbe giusto nei confronti del singolo coinvolto, prima ancora che nei confronti della collettività, danneggiata dalla mancata efficienza del sistema processuale nel suo complesso. Da questa considerazione discende quindi la necessità di tutelare il soggetto coinvolto, sulla base di una duplice ragione: *in primis* questa necessità è riconducibile alla forza dirompente legata all'attivazione del *iter* processuale, effetto di gran lunga amplificato nel caso in cui si tratti di procedimento *de societate*, perché incidente sulla regolarità dello svolgimento dell'attività economica con cui l'impresa sopravvive. Se la fase delle indagini preliminari è potenzialmente dannosa per la società, allora è giusto che questa fase si concluda il più presto possibile.

²⁰ DELMAS MARTY, M., *Una ricerca processuale transnazionale*, in *Procedure penali d'Europa*, a cura di M. Chiavario, Padova, 2001, p. 20.

²¹ *Ivi*, p. 19.

In secundis, la necessità di tutelare il soggetto coinvolto è legata alla considerazione che l'ente sottoposto ad indagini non può certamente essere già considerato colpevole: lo *status* di indagato è infatti diverso da quello di imputato, e tanto meno non può coincidere con quello di condannato. Da tale diversità non si può quindi prescindere: il soggetto collettivo ha diritto a che la fase prodromica si concluda al più presto possibile, sia per limitare i disagi provocati dalla sottoposizione alle indagini, sia per garantire che il principio costituzionale della ragionevole durata sia assicurato in ogni fase del procedimento.

Volendo concludere sul punto, il legislatore ha costruito «una fase preliminare in cui il pubblico ministero ha l'obbligo di svolgere le indagini e queste ultime devono essere circoscritte nei termini cronologici codificati, al fine di “imprimere tempestività alle investigazioni e di contenere in un lasso di tempo determinato la condizione di chi a tali indagini è assoggettato”»²².

Con riguardo alla procedura penale di impresa, la necessità di contenere entro un orizzonte temporale definito la fase delle indagini preliminari è soddisfatta attraverso la previsione contenuta nell'art. 56.

Se da un lato abbiamo sottolineato la necessità che venga soddisfatta questa esigenza, dall'altro lato non possiamo neppure dubitare del fatto che il pubblico ministero necessita di tempo per svolgere delle indagini preliminari complete. Da questo punto di vista, è del tutto evidente che «la possibilità di continuare ad investigare dopo l'instaurazione del processo risulti strettamente collegata alla scelta di delimitare nel tempo la sola attività di indagine volta al reperimento delle conoscenze necessarie per decidere se esercitare l'azione penale oppure no»²³.

Del resto, il fatto che il pubblico ministero continui a investigare anche dopo la chiusura delle indagini è un'evenienza che non contrasta con il principio della ragionevole durata perché tale attività è del tutto ininfluenza sulla durata del processo nel suo complesso. Questa considerazione giustifica quindi il riconoscimento da parte del legislatore di poteri investigativi dopo l'avvio del processo. Fra l'altro, è doveroso considerare che l'organo della pubblica accusa è ormai costretto ad adeguarsi, di fronte agli imprevisti della prassi investigativa, a livelli di efficienza sempre più elevati, dal

²² DI BITONTO, M. L., *L'attività*, cit., p. 6.

²³ *Ibidem*.

momento che eventuali lacune investigative potrebbero influire negativamente sull'operatività dell'obbligo di esercitare l'azione penale²⁴.

Attraverso queste riflessioni, abbiamo messo in luce l'esigenza di una rigida circoscrizione della durata delle indagini preliminari e, al contempo, abbiamo sottolineato l'importanza della possibilità che l'organo della pubblica accusa, pur dovendo concludere le indagini nel tempo dettato dalla legge, sia autorizzato a svolgere attività di indagine anche dopo la chiusura della fase *de qua*.

La possibilità di svolgere investigazioni integrative o suppletive, tuttavia, non è l'unico rimedio alla rigidità dei limiti cronologici. Infatti, al pubblico ministero è data la possibilità di chiedere, quando ciò è strettamente necessario, la proroga del termine di durata delle indagini. Si tratta però di un aspetto importante che non è possibile trattare in poche righe. A questo tema dedicheremo l'ultimo paragrafo del presente capitolo.

Spostiamo adesso la nostra analisi su un aspetto ulteriore della durata delle indagini preliminari. Abbiamo precisato che il legislatore ha rigidamente prescritto i termini della loro durata, come se avesse voluto togliere al pubblico ministero qualsiasi margine di manovra circa il momento entro il quale per regola generale, e fatte salva la possibilità di una proroga, deve chiudere la fase *de qua*. Allo stesso tempo, tuttavia, ha previsto un rimedio per il caso in cui il pubblico ministero non rispetti questa prescrizione e gli atti di indagine si protraggano oltre il termine stabilito dalla legge e calcolato a partire dalla data di annotazione.

Questo rimedio è costituito dalla sanzione di inutilizzabilità che è appunto «prevista per gli atti di indagine compiuti fuori dai termini stabiliti»²⁵.

La previsione dell'inutilizzabilità è contenuta nell'art. 407 comma 3 c.p.p.: pur trattandosi di una norma esterna al decreto, in virtù della clausola generale *ex art. 34* è considerata di pacifica applicazione anche nel procedimento *de societate*.

Si tratta di una disposizione importante perché può essere letta come un monito rivolto all'organo della pubblica accusa: il legislatore non si è limitato a prevedere l'obbligo di concludere le indagini entro un dato termine, ma ha anche voluto avvertire il pubblico ministero che, qualora non rispettasse questa scadenza, i suoi atti sarebbero considerati inutilizzabili, proprio perché compiuti fuori tempo massimo.

²⁴ *Ivi*, p. 9.

²⁵ BERNASCONI, A., PRESUTTI, A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013, p. 314.

«In relazione alle conseguenze derivanti dal ritardo nel compimento degli atti di indagine, occorre sempre richiamare il soggetto processuale cui la prescrizione si riferisce, cioè il p.m. Tutto il sistema dei termini è rivolto agli organi che svolgono le indagini, ed in effetti. [...] l'art. 407 c.p.p. esplicitamente richiama gli “atti di indagine”, il che significa che non sono utilizzabili gli atti che il p.m. compie fuori termine»²⁶.

A questo proposito, è opportuno precisare che «ai fini della sanzione di inutilizzabilità, prevista dall'art. 407 comma 3 c.p.p., per “atto di indagine” compiuto dopo la scadenza del termine per le indagini preliminari stabilito dalla legge o prorogato dal giudice deve intendersi solo quello con efficacia probatoria»²⁷.

In altre parole, grazie al rimedio apprestato dal legislatore, o il pubblico ministero rispetta rigidamente i confini temporali prescritti oppure la sua mancata osservanza non prolunga di fatto il periodo delle indagini preliminari, perché gli atti compiuti successivamente alla scadenza del termine non sono validi.

Il riferimento ai soli “atti di indagine” contenuto nella disposizione di cui abbiamo parlato è un aspetto sul quale vale la pena di soffermarci brevemente.

Da un lato, questa espressione consente di ricevere una conferma dello scopo perseguito dal legislatore con la previsione *ex art.* 407 comma 3 c.p.p., l'intento cioè di limitare la durata del periodo in cui il pubblico ministero può compiere atti investigativi utilizzabili ai fini della determinazione a cui è chiamato alla chiusura delle indagini preliminari. Dall'altro lato, il riferimento ai soli atti di indagine fa sì che non sia coperta da sanzione di inutilizzabilità l'atto di contestazione dell'illecito amministrativo compiuto dopo la scadenza del termine di durata delle indagini preliminari²⁸.

Questa considerazione è del tutto coerente non solo con l'art. 405 c.p.p. il cui scopo è limitato appunto a circoscrivere la durata della sola fase investigativa, cioè della fase in cui si possono compiere atti investigativi validi, ma anche con un'altra disposizione normativa. Ci riferiamo all'art. 60 il quale prevede l'unico limite temporale all'atto di promovimento dell'azione nei confronti dell'ente fino a quel momento indagato, atto di

²⁶ GRILLI, L., *Le indagini preliminari della polizia giudiziaria e del pubblico ministero*, Padova, 2012, p. 644.

²⁷ BASSI, A., EPIDENDIO, T. E., *op. cit.*, p. 574.

²⁸ *Ibidem*.

promovimento che nell'impianto del decreto, con una certa assonanza rispetto alla terminologia impiegata in ambito amministrativo, prende il nome di contestazione²⁹.

Da queste considerazioni si ricava che ad essere inutilizzabili sono solo gli atti aventi efficacia probatoria e all'interno di questa categoria non vi rientrano quelli che, come la contestazione, hanno invece ad oggetto il promovimento dell'azione penale³⁰. La contestazione è infatti un atto che potrà essere compiuto anche dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 405 c.p.p., purché sia rispettato quanto stabilito dall'art. 60, a mente del quale non può più procedersi all'atto di contestazione dal momento in cui il reato da cui dipende l'illecito si è estinto per prescrizione.

Dobbiamo ancora precisare che la sanzione di inutilizzabilità non si applica a tutti gli atti di indagine. Si tratta di considerazione che pare implicita sulla base di quanto prima stabilito. Abbiamo infatti sottolineato che la previsione di inutilizzabilità vede come unico destinatario il pubblico ministero e allora occorre richiamare solo il soggetto processuale a cui la disposizione è dedicata³¹. Di conseguenza non sono inutilizzabili gli atti di indagine compiuti da soggetti diversi dall'organo della pubblica accusa.

Si tratta di un'opinione condivisa dalla giurisprudenza³², secondo la quale sono utilizzabili gli atti fuori termine massimo compiuti da altri soggetti, come l'ente indagato, o i soggetti terzi.

La tematica della durata delle indagini preliminari è interessante anche perché consente di sottolineare la dipendenza dell'illecito amministrativo dal reato presupposto³³: è vero che l'annotazione è un adempimento del tutto autonomo dall'iscrizione e che quindi il *dies a quo* per il calcolo della durata è diverso, però di fatto, come abbiamo sopra precisato, nei due casi è prevista la medesima durata.

Si potrebbe leggere fra le righe di questa previsione la ferma volontà del legislatore di ridurre il più possibile lo scarto temporale fra l'annotazione dell'illecito e l'iscrizione della notizia di reato.

²⁹ Si riporta per comodità il testo dell'art. 60 del d.lgs. 231/2001: «non può procedersi alla contestazione di cui all'art. 59 quando il reato da cui dipende l'illecito amministrativo dell'ente è estinto per prescrizione».

³⁰ In questo senso, Cass. Sez. VI, 31 ottobre 1997, Sarto, in *C.e.d. Cass.*, n. 210439.

³¹ GRILLI, L., *op. cit.*, p. 644.

³² Cfr. Cass. Sez. III, 21 gennaio 2010, n. 8732, in *C.e.d. Cass.*, n. 246214.

³³ BELLUTA, H., *Le indagini e l'udienza preliminare*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. Canzio, L. D. Cerqua, L. Lupària, Padova, 2016, p. 1028.

Infatti, è possibile ritenere che il decreto non abbia previsto per le indagini preliminari *de societate* una durata più lunga o più corta rispetto a quella stabilita dal codice di procedura penale e ciò per una valida ragione: creare, per quanto possibile, una coincidenza nell'inizio e nella fine della fase *de qua* per l'ente e la persona fisica indagati.

Si ritorna allora al concetto espresso solo qualche riga prima: il legislatore vuole evitare lo scarto temporale fra i due adempimenti perché questo può essere nocivo ai fini dell'efficienza delle indagini nel loro complesso. Tuttavia, si tratta di un obiettivo che nella prassi può essere difficile da raggiungere.

2. Tempistiche dell'annotazione e c.d. *simultaneus processus*

Se la data in cui il pubblico ministero ha proceduto all'annotazione costituisce il *dies a quo* per il calcolo del termine massimo di durata delle indagini preliminari, è chiaro che il periodo effettivo per il quale si protrae la fase prodromica dipenderà dal tempo che l'organo della pubblica accusa impiega ad annotare. Infatti, solo un'annotazione tempestiva può offrire la certezza che il calcolo formale della durata delle indagini preliminari corrisponda alla sua reale durata.

La dottrina ha affermato che «quanto alle modalità temporali entro le quali il Procuratore della Repubblica deve assolvere l'onere dell'annotazione, l'art. 55 ricalca *in toto* quanto, sul piano “cronologico” impone l'art. 335 c.p.p.: all'annotazione si deve procedere “immediatamente”, *rectius*, non appena si acquisisce la notizia dell'illecito amministrativo»³⁴.

Il tema delle tempistiche dell'annotazione è però un terreno delicato a causa della mancata previsione da parte del legislatore di un termine entro il quale il pubblico ministero deve procedere all'adempimento *de qua*.

Il legislatore, si è infatti limitato a prevedere che il pubblico ministero che acquisisce la notizia dell'illecito amministrativo dipendente da reato commesso dall'ente “annota

³⁴ MARANDOLA, A., *Sub. art. 55*, in *Enti e Responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Torino, 2010, p. 640.

immediatamente”, senza indicare nessun altro parametro valido per verificare se l’obbligo sia stato o meno adempiuto con immediatezza³⁵.

Fra l’altro, la stessa argomentazione può essere esposta a proposito dell’iscrizione della notizia di reato, perché anche in questo contesto il legislatore è rimasto inerte³⁶.

In particolare, due sono i punti più critici della disciplina: «la mancata comminatoria di una espressa sanzione processuale per l’inosservanza dell’obbligo di “immediata” iscrizione della notizia di reato “oggettiva” e del nominativo dell’indagato, nonché,

³⁵ Il problema è efficacemente messo in luce da Padula, il quale ha affermato che «uno scenario tutt’altro che tranquillizzante si apre ove ci si interroghi, nel silenzio di legge, sulle possibili conseguenze di un’eventuale annotazione “tardiva”». (PADULA, L., *L’annotazione dell’illecito amministrativo dipendente da reato*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, n. 1, p. 28). Diversi autori hanno evidenziato però che sussistono alcune certezze nel modo di intendere l’avverbio “immediatamente”. «Non sembrano possano sorgere dubbi interpretativi a proposito del requisito dell’immediatezza dell’annotazione, dovendosi argomentare che, una volta che i dati [...] siano noti al pubblico ministero [...] non sia differibile l’obbligo di procedere ad annotazione». (DE FALCO, G., *L’annotazione della notizia dell’illecito amministrativo dell’ente: questioni teoriche e soluzioni pratiche*, in *La resp. soc. amm. enti*, 2013, n. 4, p. 152). O ancora «la pur prevista “immediatezza” dell’iscrizione presuppone in ogni caso la previa “acquisizione” della notizia dell’illecito amministrativo. Occorre cioè quantomeno il *fumus* dell’illecito amministrativo, che presuppone l’apprezzamento di una serie di presupposti che escludono qualsivoglia automatismo». (AMATO., G., *Le interferenze tra la responsabilità dell’ente e quella della persona fisica*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2012, n. 2, p. 17). Infine, è stato sottolineato che la tempistica dell’annotazione è un problema che è acuito dal disaccordo fra i commentatori sull’entità dei presupposti necessari per l’adempimento: sotto questo punto di vista, il significato del termine “immediatamente” sarebbe dipendente dal tipo di presupposti considerati necessari per l’annotazione. «Al fine di comprendere esattamente il contenuto precettivo della norma, si è posto il problema di quando intervenga l’obbligo per il pm di immediata annotazione, in considerazione del fatto che la norma evidenzia come presupposto l’acquisizione della notizia di un illecito amministrativo dipendente da reato. Secondo un orientamento in dottrina, sarebbe necessario un *fumus* di responsabilità dell’ente, sicché l’annotazione presupporrebbe l’esistenza, in tale fase, degli specifici elementi indizianti delineati dagli artt. 5, 6, 7, d.lgs. 231/2001. Secondo altro orientamento, sarebbe sufficiente un’ipotesi astratta, purché ragionevole, di responsabilità dell’ente, idonea a legittimare l’avvio di indagini mirate a verificarne la concretezza». (IELO, P., *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2012, n. 2, p. 94).

³⁶ Cfr. MARANDOLA, A., *I registri del pubblico ministero. Tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova, 2001, p. 284. L’autrice afferma che «alla perentorietà del termine per lo svolgimento delle attività investigative (art. 405 e 407 comma 3 c.p.p.) si contrappone, [...] la mancata previsione di un parametro vincolante da cui quel termine viene fatto dipendere» (*Ibidem*). Sottolinea il problema anche Vicoli affermando che non vi è un modo univoco per intendere l’avverbio «immediatamente». (VICOLI, D., *op. cit.*, p. 137). Non è della stessa opinione Zappulla, il quale ha affermato che anche «se la mancata previsione di termini puntuali può apparire come una lacuna normativa, non si tratta, in realtà di una dimenticanza del legislatore, né di una rinuncia all’impresa, bensì di una soluzione ben precisa. Gli effetti giuridici connessi alle iscrizioni nei registri, sono, infatti, nonostante la loro rilevanza, meglio compatibili con una maggiore fluidità nelle scelte operative affidate, principalmente ma non esclusivamente, al pubblico ministero. Un’opzione in chiave di rigidità, con cadenze più vincolate, rischierebbe di scontrarsi spesso con le menzionate gravi difficoltà logistiche dei distretti di grandi dimensioni». (ZAPPULLA, A., *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri, effetti*, Torino, 2012, p. 317).

prima ancora, la stessa elasticità semantica e cronologica dell'avverbio "immediatamente" (art. 335 comma 1 c.p.p.)»³⁷.

Tali aspetti rappresenterebbero infatti dei profili critici, dal momento che non consentirebbero di diagnosticare e punire l'inosservanza di quel termine, e porterebbero al «paradosso del concepimento di termini perentori con *dies a quo mobile*, perché collegato ad un termine ordinatorio»³⁸.

Nonostante questo profilo problematico, il tema è di grande interesse, perché è dalla tempistica dell'annotazione che dipende la funzione di garanzia sulla durata delle indagini svolta da questo istituto.

«Infatti, se l'iscrizione nel registro serve a documentare il *dies a quo* da cui decorre il termine massimo delle indagini e se l'inutilizzabilità degli atti investe quelli a valle di detto termine, la mancata iscrizione nel momento in cui devono essere utilizzati gli atti di indagine non può permettere una corretta applicazione dell'art. 407 c.p.p.»³⁹.

Ad ogni modo, proviamo a definire più da vicino quale sia lo spazio temporale entro il quale il pubblico ministero può procedere all'annotazione.

Si tratta di una materia su cui non mancano opinioni diverse.

Sotto un primo punto di vista, dovrebbe trattarsi di uno spazio temporale ristretto, perché secondo la norma del decreto, egli deve annotare immediatamente: quindi l'espressione usata dall'art. 55 non sembrerebbe lasciare ampi spazi e pretenderebbe una rapida e contestuale annotazione rispetto all'acquisizione della notizia.

Tuttavia, non si può dubitare del fatto che è anche giusto riconoscere al pubblico ministero la possibilità di disporre di un arco temporale adeguato: secondo questo diverso punto di vista, l'annotazione deve avvenire sì in maniera tempestiva, ma solo in seguito a valutazioni adeguate.

La giurisprudenza ha precisato che «l'obbligo del pubblico ministero di procedere "immediatamente" alle iscrizioni previste nel comma 1 dell'art. 335 c.p.p., "non implica la rigidità di un termine computabile a ore o a giorni e può ritenersi regolarmente adempiuto pur quando l'iscrizione sia avvenuta, per certe plausibili ragioni, a distanza di qualche giorno rispetto alla data di acquisizione della *notitia criminis*"; e ciò – si è

³⁷ ADORNO, R., *Decorrenza del termine per le indagini preliminari e sanzione di inutilizzabilità ex art.407 comma 3 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3714.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ TRIMBOLI, A., *Patologie applicative in tema di omessa o ritardata iscrizione della notitia criminis*, in *Il penalista*, 23 novembre 2015.

affermato – risulterebbe del resto in linea con “l’ovvia considerazione che il pubblico ministero non può non fruire di un certo ambito temporale per l’esame e la valutazione della notizia di reato e l’individuazione del nome del soggetto da iscrivere nel registro degli indagati”»⁴⁰.

Dunque, la tematica delle tempistiche dell’annotazione sembra ruotare principalmente intorno al modo di intendere l’avverbio “immediatamente”, poiché l’espressione utilizzata dal legislatore costituisce comunque un profilo problematico. È stato affermato infatti che «si tratta di una locuzione normativa che, pur evocando una certa drasticità, resta ambigua ed indeterminata»⁴¹.

Rimane all’interprete il compito di attribuire un preciso significato all’avverbio in questione: in ogni caso nessuna soluzione appare perfetta. Se poniamo l’accento sul significato letterale, dovremmo ritenere che «l’annotazione debba aversi contestualmente all’investitura dell’ufficio e, comunque, nel modo più tempestivo possibile»⁴². Se invece volessimo essere più realisti, non potremmo non assegnare un significato meno pregnante alla locuzione usata, in ragione della considerazione che non si può comunque prescindere da quei tempi tecnici necessari ai fini della trattazione della notizia.

Ad ogni modo, appare corretto sostenere che l’organo della pubblica accusa sia comunque vincolato al parametro temporale stabilito, seppure con una certa fluidità, dal legislatore. Infatti non c’è dubbio che l’avverbio “immediatamente” limita la discrezionalità dell’organo della pubblica accusa nello stabilire le tempistiche, e dovrebbe almeno riuscire ad impedire che il pubblico ministero proceda all’annotazione con ingiustificato ritardo rispetto al momento dell’acquisizione della notizia dell’illecito.

Tuttavia, il rischio di una non immediata annotazione può dipendere anche da cause esterne alla sfera di controllo del p.m. È stato sottolineato, infatti, che sulla tempistica dell’annotazione, in realtà, possono influire anche alcune distorsioni anteriori alla stessa acquisizione della notizia dell’illecito.

Il tema si presenta di grande interesse perché riguarda in effetti la capacità dell’annotazione nel suo complesso di influire sui tempi dell’attività investigativa. A

⁴⁰ Sez. Un., 24 settembre 2009, n. 40538 in *Cass. Pen.*, 2010, n. 2, p. 508.

⁴¹ PADULA, L., *op cit.*, p. 27.

⁴² *Ibidem*.

ben vedere è un problema che riguarda, più in generale, anche l'iscrizione del reato nel registro *ex art. 335 c.p.p.*

A tal proposito, è stato affermato che «nel panorama delle possibili patologie in relazione ai tempi della iscrizione, si deve osservare come, in certa misura, la decorrenza del termine sia rimessa alla stessa polizia giudiziaria la quale, trasmettendo l'informativa, più o meno tempestivamente, può spostare in avanti il momento di iscrizione della *notitia criminis* da parte del p.m.»⁴³.

Si tratta di un pericolo da non sottovalutare, perché in gioco vi è il diritto di non essere sottoposto ad indagini per un periodo di tempo illimitato, e ancora, il diritto a non essere i destinatari di atti di indagine nascosti, compiuti cioè al di fuori della cornice formale prescritta dal legislatore. Tra l'altro i margini temporali di questa cornice, come già detto, sono rigidamente fissati dall'art. 405 c.p.p. Ma a questo punto, pare opportuno condividere i dubbi circa l'effettiva forza vincolante di queste regole.

È fuori discussione infatti che «l'osservanza della tempistica prevista per l'esercizio dell'azione penale, [...] non dipende solo dalla formale attuazione degli artt. 405 e ss. c.p.p. e dal rispetto dei termini massimi negli stessi contemplati, bensì pure dal rispetto dei tempi per gli adempimenti precedenti»⁴⁴.

Seguendo questo ragionamento, quindi, non è fuori luogo «domandarsi quale rilevanza assuma, allo stato, l'aver stabilito che il pubblico ministero proceda all'iscrizione della *notitia criminis* “immediatamente”, quando poi sempre più ampio è il divario tra momento nel quale la notizia viene appresa e il termine entro il quale è comunicata all'organo inquirente, *dominus* dell'intera fase pre-processuale»⁴⁵.

Consapevoli di ciò, è doveroso mettere in luce quali possono essere i problemi principali strettamente attinenti alle tempistiche dell'annotazione. In sintesi, sono tre le diverse forme di ritardo che si possono manifestare nell'adempimento che dà formalmente avvio alla fase delle indagini preliminari.

La prima forma di ritardo può riguardare l'iscrizione o l'annotazione relative alle così dette notizie di reato non qualificate. A tal proposito, bisogna sottolineare che si tratta di un ritardo che non è di certo agevole riconoscere, essendo difficile individuare

⁴³ MARANDOLA, A., *I registri*, cit., p. 302.

⁴⁴ ZAPPULLA, A., *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri, effetti*, Torino, 2012, p. 314.

⁴⁵ MARANDOLA, A., *I registri*, cit., p. 315.

una chiara linea di confine fra le attività da considerare ricerca della notizia di reato e quelle costituenti investigazione sulla notizia stessa⁴⁶.

La seconda forma di ritardo riguarda l'ipotesi di inerzia del pubblico ministero nella qualificazione soggettiva di una notizia di reato ancora contro ignoti⁴⁷.

Si tratterebbe del caso più allarmante di ritardo, perché provocherebbe il dilatarsi dei tempi dell'indagine, e il pubblico ministero potrebbe sfruttare questa situazione, muovendosi formalmente «attraverso un procedimento regolarmente aperto, i cui risultati sono utilizzabili anche nei confronti di chi vi prendeva parte senza essere coperto, pur avendone sostanziale diritto, dall'ombrello delle garanzie riconosciute»⁴⁸.

La terza forma di ritardo invece è legata ai differimenti temporali nel passaggio della notizia da una mano all'altra⁴⁹. In questo caso, le distorsioni rispetto all'immediatezza dell'iscrizione sono legate alla poca puntualità dei soggetti coinvolti.

Questo può accadere nonostante il legislatore abbia anche in tale contesto espressamente richiesto la tempestività: è stato fatto notare infatti che «i principali passaggi della *notitia criminis* da una mano all'altra sono corredati da precise annotazioni dei dati temporali, proprio allo “scopo evidente di consentire il controllo sulla tempestività dell'adempimento dell'obbligo”»⁵⁰. Possiamo fare riferimento, ad esempio, al “giorno dell'acquisizione” in caso di denuncia (art. 332 c.p.p.); o alla data e l'ora “in cui sono pervenuti in ufficio”, per quel che riguarda gli adempimenti della segreteria della procura della Repubblica (art. 109 att. c.p.p.).

Ad ogni modo, dopo aver presentato tali profili problematici, ci occupiamo adesso della possibile non coincidenza temporale fra il momento dell'annotazione dell'illecito e la data dell'iscrizione del reato presupposto.

Si tratta di una situazione correlata al principio dell'autonomia dell'annotazione: «l'annotazione, [...] indica soltanto la necessità che un'iscrizione già esista, fermo restando che i due procedimenti per il resto godono di autonomia»⁵¹.

⁴⁶ ZAPPULLA, A., *op cit.*, p. 315.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ivi*, p. 316.

⁵⁰ *Ivi*, p. 317.

⁵¹ APRATI, R., *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010, p. 130. Di questa opinione anche Di Bitonto, secondo la quale «anche se nella nostra tradizione legislativa il termine prescelto evoca un tipo di formalità accessoria e collegata con altra principale, la registrazione in parola configura una formalità del tutto autonoma da quella concernente il corrispondente reato». (DI BITONTO, M. L., *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Napoli, 2012, p. 122).

La conseguenza di ciò è che le indagini preliminari *de societate*, pur avendo formalmente la stessa durata delle indagini nel procedimento penale tradizionale, potrebbero non concludersi nello stesso momento. Dunque, «ben può accadere che l'annotazione non sia coeva all'iscrizione e dunque l'indagine per l'illecito amministrativo scada dopo la scadenza di quella relativa al reato. Ne è riprova il fatto che nel registro viene indicata una sigla distintiva per tali illeciti, al fine di distinguerli da quelli sui reati»⁵².

L'aspetto della non necessaria contestualità fra annotazione e iscrizione è dunque un elemento che non può essere ignorato.

Anzi, non è poco frequente che questa ipotesi si manifesti nella prassi. Difatti è stato fatto notare che «l'iscrizione non necessariamente è contestuale a quella concernente la persona fisica, sottoposta ad indagini in ordine alla commissione del reato presupposto: essa può, infatti, essere successiva e dipendere dalla emersione di elementi a carico dell'ente proprio nel corso degli accertamenti tendenti ad accertare la responsabilità della persona fisica»⁵³.

Non si dimentichi poi che l'annotazione sarà successiva all'iscrizione anche in tutti quei casi in cui occorra molto tempo per l'identificazione del soggetto collettivo.

Inoltre, si può verificare anche la situazione opposta, ovvero che l'annotazione preceda l'iscrizione. L'adempimento *ex art. 55* presuppone solo la commissione di un reato presupposto della responsabilità dell'ente ma non è richiesta anche la previa identificazione della persona fisica indagata per tale reato. Per queste ragioni, non si può escludere che l'annotazione preceda il momento dell'iscrizione nominativa della persona fisica indagata⁵⁴.

Se queste osservazioni sono giuste, se ne ricava che «la scadenza dei termini di durata delle investigazioni non sempre coinciderà con la conclusione delle indagini preliminari riguardanti la persona fisica: allorché la notizia dell'illecito non sia stata iscritta contestualmente alla *notitia criminis* si avranno diversi momenti di scadenza,

⁵² *Ibidem*.

⁵³ MANCUSO, E. M., *op. cit.*, p. 421.

⁵⁴ Si tratta di un'opinione condivisa fra gli altri, anche da Ruggiero. L'autrice afferma che non si può escludere che «nell'ipotesi in cui non siano facilmente individuabili le responsabilità individuali, ma sia certo il contesto societario in cui si siano sviluppate, l'annotazione preceda l'iscrizione del nome della persona: in questo caso sarebbero le indagini nei confronti dell'ente a dover trovare prima una conclusione» (RUGGIERO, R. A., *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Torino, 2018, p. 18).

con tutto ciò che questo comporta in ordine al regime di utilizzabilità degli atti in seguito compiuti»⁵⁵.

È evidente quindi che le discrasie temporali fra annotazione e iscrizione costituiscono un profilo problematico rispetto al principio del *simultaneus processus*. Per capire fino in fondo la portata di questa affermazione, si deve precisare in cosa consiste questo principio-cardine del procedimento *de societate*.

Prima di affrontare la questione, è necessaria una precisazione. Il principio in esame è senza dubbio una regola che investe il momento del processo vero e proprio, ovvero la fase successiva a quella in cui l'annotazione si colloca. Attraverso il principio *de qua*, stabilito dall'art. 38 comma 1, «il legislatore ha voluto istituire uno stretto vincolo tra l'accertamento a carico della persona fisica e quello relativo all'ente, configurando tra i due una sorta di simbiosi, in quanto l'accertamento dei relativi illeciti risulta strutturalmente collegato a quello del fatto di reato che ne costituisce presupposto indefettibile»⁵⁶.

Questa riflessione non deve spingerci però a ritenere che il canone del *simultaneus processus* sia una regola confinata solo alla fase dell'accertamento dell'illecito.

Di contro, deve ritenersi che è utile collegare la regola in parola alla fase delle indagini preliminari, poiché la trattazione congiunta delle due *rei iudicandae* fin dalle prime battute del procedimento consente all'organo della pubblica accusa di beneficiare di maggiori dati conoscitivi e, in questo senso, migliora l'efficienza delle investigazioni nel loro complesso⁵⁷.

Fatte queste premesse, è doveroso precisare che la regola del *simultaneus processus* richiede fermamente la trattazione unitaria del reato e dell'illecito che dal primo dipende. Infatti, l'essenza del principio è quella di evitare separazioni nell'*iter* procedimentale, che risulterebbero nocive alla funzionalità delle rispettive attività investigative.

In primo luogo, la trattazione separata è stata considerata antieconomica «visto che per molti aspetti i fatti da accertare sono gli stessi»⁵⁸.

⁵⁵ MANCUSO, E. M., *op. cit.*, p. 422.

⁵⁶ DI BITONTO, M. L., *Studio*, cit., p. 115.

⁵⁷ *Ivi*, p. 121.

⁵⁸ *Ivi*, p. 120.

Inoltre, in assenza di una trattazione congiunta, «il procedimento penale svolto nei confronti di uno dei due soggetti rischierebbe di influenzare indebitamente l'altro»⁵⁹.

Se questi sono gli effetti collaterali di una trattazione separata fra i due procedimenti, lo scenario attuale non può che destare qualche preoccupazione: considerato che l'annotazione costituisce un parametro di riferimento autonomo per segnare i limiti cronologici delle indagini preliminari, è evidente che nulla garantisce una contemporaneità temporale fra lo svolgimento delle indagini preliminari *de societate* e la corrispondente fase procedimentale a carico della persona fisica.

Per questi motivi, si deve concludere che, seppure non sia possibile escludere che i due adempimenti siano dal punto di vista temporale coincidenti o quasi, e che quindi vi sia una corrispondenza cronologica fra i due momenti genetici delle indagini preliminari, lo scenario attuale nel suo complesso stride non poco con il canone *ex art.* 38 d.lgs.

Infatti, seguendo la logica sottesa al *simultaneus processus*, sarebbe stato di gran lunga preferibile che le indagini dell'illecito amministrativo fossero intraprese nello stesso momento in cui l'organo della pubblica accusa, con l'iscrizione, segna il momento genetico delle indagini a carico della persona fisica.

Ma muoversi in questa direzione non è possibile.

Si tratta infatti di una conseguenza obbligata derivante dalla scelta del legislatore delegato (con l'art. 56) di affidare autonomamente all'annotazione la funzione essenziale di circoscrivere nel tempo la durata delle indagini a carico del soggetto collettivo.

Se questa funzione fosse stata affidata all'iscrizione della notizia del reato presupposto, non si sarebbe mai verificata la possibilità di questa discrasia temporale.

Ma in ogni caso, non potendo prescindere dalla situazione attuale, a cui il legislatore ci ha obbligato, non si può non rilevare quanto problematica è questa sfasatura dei termini d'indagine.

Infatti, in assenza di una tale sfasatura, quando cioè l'iscrizione e l'annotazione coincidono, le indagini effettuate dal pubblico ministero possono risultare utilizzabili sia

⁵⁹ *Ibidem*.

per l'ente sia per la persona fisica. Questo non accade però quando la registrazione dell'illecito amministrativo segue o precede quella del reato presupposto⁶⁰.

In questo caso, infatti, «dobbiamo ritenere che nei confronti di chi sia stato iscritto prima (persona fisica o ente) non saranno utilizzabili le indagini compiute una volta scaduto il proprio termine: anche quelle legittimamente effettuate nei confronti di chi è stato registrato per secondo e per le quali il tempo non è ancora esaurito»⁶¹.

Inoltre, la sfasatura temporale di cui stiamo parlando può condurre anche a un esito paradossale per il soggetto che sia stato iscritto o annotato per secondo. Quest'ultimo infatti «potrebbe vedere impiegati nei suoi confronti atti acquisiti prima dell'annotazione o dell'iscrizione (a seconda che ad essere registrato dopo sia l'ente o la persona fisica)»⁶².

Tuttavia, la possibile non coincidenza fra il tempo dell'annotazione e il tempo dell'iscrizione è un aspetto che da parte di autorevole dottrina è stato ritenuto come la conseguenza di «una fisiologica separazione fin dalla fase preliminare dei due procedimenti, per la necessità di ricostruire con completezza i singoli profili degli addebiti al di fuori del pur auspicabile accertamento simultaneo»⁶³.

Secondo questa impostazione, la separazione sarebbe legittima perché «in sintonia con il principio espresso dall'art. 38 lett. c) d.lgs. n. 231 del 2001, che consente la separazione proprio quando lo richiedano ragioni di natura processuale»⁶⁴.

Sotto questo punto di vista, non solo la separazione cronologica fra le due fasi sarebbe necessaria, ma riuscirebbe anche a collocarsi entro la cornice del principio *ex art. 38*, in quanto sarebbe considerata una sua eccezione giustificata dalla *littera legis*.

Seguendo questo ragionamento, si giunge all'importante conclusione che, in effetti, la previsione *ex art. 55* di un'autonoma decorrenza del termine di accertamento dell'illecito non è fine a sé stessa, perché tiene in considerazione un aspetto tutt'altro che trascurabile. A questo proposito è stato sottolineato che «la *ratio* di tale previsione si coglie con particolare riguardo all'ipotesi di non contestualità tra le due iscrizioni, nella quale il riferimento *tout court* al termine d'indagine previsto per il reato-

⁶⁰ RUGGIERO, R. A., *op cit.*, p. 20

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*. Si tratta di un'opinione condivisa dalla giurisprudenza. Cfr. Cass., sez. VI, 2 ottobre 2006, Bianchi, in *Cass. pen.*, 2008, p. 643.

⁶³ VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi da reato*, Milano, 2012, p. 278.

⁶⁴ *Ibidem*.

presupposto sortirebbe l'effetto di comprimere o, persino, annullare la possibilità di svolgere efficacemente le investigazioni in ordine alla sussistenza dell'illecito amministrativo derivato»⁶⁵.

Nell'esaminare le tempistiche dell'annotazione non si può quindi non sottolineare che l'illecito deve sì essere annotato immediatamente, ma allo stesso tempo bisogna precisare che il concetto racchiuso nell'avverbio usato dal legislatore deve essere parametrato senza alcun riferimento al tempo dell'iscrizione.

Questo è vero non solo perché l'annotazione, pur basandosi sul medesimo fatto storico, è un adempimento del tutto autonomo dall'iscrizione, ma anche perché se si facesse altrimenti, e si obbligasse ad esempio, a chiudere la fase delle indagini preliminari de *societate* in concomitanza con la chiusura delle indagini a carico della persona fisica, e prima della sua legittima scadenza, si finirebbe per impedire investigazioni complete anche nei confronti della società. Per scongiurare questa eventualità, quindi, è necessario che l'illecito dipendente da reato vada annotato immediatamente, ma solo quando ne risultino integrati i presupposti e non necessariamente nello stesso momento dell'iscrizione.

Prima di procedere con la trattazione, pare utile riassumere quanto finora detto: abbiamo sottolineato che l'art. 56 costituisce la norma chiave nell'analisi della durata delle indagini preliminari, perché è proprio questa norma a stabilire che «il pubblico ministero deve condurre le indagini preliminari per accertare eventuali illeciti amministrativi dipendenti da reato commessi da un ente negli stessi termini previsti dal codice di rito per l'accertamento del reato presupposto»⁶⁶. Tuttavia, abbiamo anche chiarito che «nel caso di illecito amministrativo a carico dell'ente, i termini previsti dall'art. 405 c.p.p. decorrono dalla annotazione nel registro previsto dall'art. 55 del decreto in esame»⁶⁷. Questa puntualizzazione è necessaria perché ci permette di evidenziare un aspetto peculiare, ovvero che la possibile non coincidenza temporale fra l'annotazione e l'iscrizione può costituire un duro colpo all'esigenza di trattazione simultanea dei procedimenti contenuta all'interno dell'art. 38.

Da ultimo abbiamo tentato di ridimensionare quest'attrito facendo notare che lo stesso principio del *simultaneus processus* ammette delle eccezioni, quando non paiono

⁶⁵ TAGLIANI, I., *op. cit.*, p. 211.

⁶⁶ CROCE, G., CORATELLA, C., *op. cit.*, p. 170.

⁶⁷ *Ibidem*.

esserci delle valide alternative rispetto alla separazione. In questo caso, infatti, la separazione pare proprio essere l'unica strada che consenta di preservare un valore altrettanto importante, quello della completezza delle indagini⁶⁸.

Ad ogni modo, anche se l'attrito con il principio del *simultaneus processus* sembra ridimensionato, non possono sfuggire all'attenzione alcuni profili problematici legati alla mancata sincronizzazione fra i tempi dell'annotazione e quelli dell'iscrizione.

La possibile discrasia fra le indagini, infatti, potrebbe ad esempio apparire come un inutile dispendio di risorse. In effetti, «proprio l'indagine sul reato sembra la via privilegiata per giungere a conoscenza di eventuali responsabilità della struttura societaria: possono discenderne indagini parallele i cui risultati, in vista del *simultaneus processus* voluto dall'art. 38, paiono sostanzialmente intercambiabili»⁶⁹.

Tuttavia, sotto il diverso punto di vista delle garanzie dell'ente indagato, la disciplina, ammettendo la possibilità di discrasie temporali, è sicuramente di gran pregio, perché evita che i tempi investigativi superino la durata stabilita, e impedisce che vengano utilizzati atti di indagine compiuti prima o dopo la data formale in cui è stato annotato l'illecito amministrativo.

È chiaro che la funzione di garantire il concreto restringimento delle indagini preliminari entro i confini temporali previsti è interamente affidata all'annotazione, e in particolare ad un aspetto specifico della sua tempistica e cioè la tempestività con cui il pubblico ministero procede al suo adempimento.

⁶⁸ A questo proposito si può fare notare che la completezza delle indagini è un principio fondamentale, il cui valore è stato sottolineato anche dai giudici della Corte Costituzionale. Difatti, nel codice di rito penale, è contenuta la regola, «specificamente enunciata negli artt. 326 e 358 del codice – secondo cui il pubblico ministero ha il dovere di compiere “ogni attività necessaria” ai fini delle “determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale” (cioè, delle richieste o di archiviazione o di rinvio a giudizio), ivi compresi gli “accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini”. Viene, con ciò stabilito, il principio di “completezza” [...] delle indagini preliminari, che nella struttura del nuovo processo assolve a una duplice, fondamentale funzione. La completa individuazione dei mezzi di prova è, invero, necessaria, da un lato, per consentire al pubblico ministero di esercitare fra le varie opzioni disponibili (tra cui la richiesta di giudizio immediato, “saltando” l’udienza preliminare) e per indurre l’imputato ad accettare i riti alternativi: ciò che è essenziale ai fini della complessiva funzionalità del sistema, ma presuppone, appunto, una qualche solidità del quadro probatorio. Dall’altro lato, il dovere di completezza funge da argine contro eventuali prassi di esercizio “apparente” dell’azione penale, che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale» (Corte cost., sent. n. 88 del 1991).

⁶⁹ BELLUTA, H., *op cit.*, p. 1028.

La tematica delle tempistiche dell'annotazione mette in luce anche un aspetto ulteriore: la discrezionalità del pubblico ministero⁷⁰. Infatti, il legislatore richiede che l'annotazione sia immediata, ma è evidente che nella prassi solo al pubblico ministero spetta decidere “quando annotare”.

Se sia o meno giustificabile questa discrezionalità è una questione che proveremo a risolvere nel paragrafo successivo del presente capitolo, quando prenderemo in considerazione anche e soprattutto le decisioni della giurisprudenza.

Adesso però, giunti a questo punto, possiamo precisare che si tratta di un aspetto della discrezionalità del pubblico ministero diverso da quello analizzato in precedenza.

Nel corso del precedente capitolo, abbiamo sottolineato che il pubblico ministero, circa la comunicazione dell'annotazione, gode di una discrezionalità poco controllabile, poiché egli, attraverso l'emissione di un decreto, può a suo piacimento segretare le indagini.

La discrezionalità a cui adesso ci riferiamo, invece, influisce non sulla conoscibilità, ma sulla durata delle indagini preliminari.

A questo proposito, si osserva che il legislatore ha scelto di non incidere sugli elementi concreti di arbitarietà, ma di accettare piuttosto una soluzione di “compromesso”. Un compromesso che dovrebbe essere «bilanciato dall'assunzione di responsabilità del pubblico ministero, che, nell'ambito di un proprio progetto investigativo, si autolimita all'interno delle investigazioni pre-procedimentali, attraverso strategie, delle quali diviene arduo, tuttavia, circoscrivere l'arbitarietà»⁷¹.

Da quanto appena esposto, discende che il pubblico ministero, «al fine di dilatare le strette gabbie temporali, che dovrebbero scandirne l'operato, [...] potrà avvalersi dell'incertezza relativa all'individuazione dell'istante di acquisizione delle notizie di reato»⁷², e aggirare così le norme stabilite sulla durata delle indagini preliminari.

A tal proposito, è stato fatto notare che «la clessidra dei tempi delle indagini, come tipico per tale strumento di computo del tempo, ha una durata non modificabile, ma è il pubblico ministero a decidere quando capovolgerla, provocando il suo scorrere»⁷³.

⁷⁰ RUGGIERO, R. A., *op. cit.*, p. 5. L'autrice afferma che l'attività dell'annotazione «pone il pubblico ministero come arbitro unico del procedimento a carico dell'ente. È lui che decide se dare inizio alle indagini, e di conseguenza quando e come registrare». (*Ibidem*).

⁷¹ ZAPPULLA, A., *op. cit.*, p. 319.

⁷² *Ivi*, p. 318.

⁷³ *Ivi*, p. 329.

Ci troviamo, così, davanti ad un'altra testimonianza di come il pubblico ministero sia il *dominus* assoluto della fase *de qua* e, in quanto tale, di come egli goda della possibilità di operare scelte discrezionali in più di un'occasione⁷⁴.

3. Sindacabilità della data d'iscrizione della notizia di reato da parte del giudice: la posizione della giurisprudenza di legittimità

La durata delle indagini preliminari è un tema del diritto processuale penale sul quale già da molto tempo si avverte la necessità di un controllo da parte del giudice. Del resto, «il concreto pericolo di ritardi od omissioni [...] fu subito evidenziato appena entrato in vigore il nuovo codice»⁷⁵ e ciononostante venne allo stesso tempo «sottovalutato, ritenendosi – forse troppo ottimisticamente e con una fiducia negli anticorpi interni al sistema rivelatesi mal riposta – potesse trattarsi di una prassi “destinata ad essere almeno in parte scoraggiata”»⁷⁶.

Per la verità, la ritardata iscrizione della notizia di reato è stata una prassi piuttosto diffusa e ha sollevato l'importante questione se la discrezionalità del pubblico ministero nello stabilire *quando* annotare potesse essere almeno controbilanciata da un intervento del giudice. Inoltre, ammettendo siffatto intervento, ci si è chiesti anche quali sarebbero dovute essere la portata e le conseguenze della sindacabilità del giudice sull'operato del pubblico ministero.

Allo stesso tempo occorre evidenziare che si tratta di una materia in cui non vi è opinione univoca da parte della giurisprudenza.

Il terreno ermeneutico è stato infatti oggetto di diverse e antitetiche interpretazioni. Non è trascurabile neppure il loro dato quantitativo, visto la frequenza delle situazioni in cui sono stati sollevati dubbi sulla pretesa mancata tempestività dell'adempimento.

⁷⁴ In senso contrario, occorre precisare che alcuni commentatori non ritengono pertinente il riferimento a un potere discrezionale del pubblico ministero. Parlare di potere discrezionale, secondo questo punto di vista, non sarebbe corretto, sia che la discrezionalità sia riferita al “se” sia che sia riferita al “quando” annotare. «Il compito del pubblico ministero, infatti, è quello – in teoria, del tutto “neutro” – di “riscontrare” l'esistenza dei presupposti normativi che impongono l'iscrizione: non di effettuare valutazioni realmente “discrezionali, che ineluttabilmente finirebbero per coinvolgere l'esercizio di un potere difficilmente compatibile – anche sul versante dei valori costituzionali – con la totale assenza di qualsiasi controllo giurisdizionale». (GRILLI, L., *op. cit.*, p. 190).

⁷⁵ ZAPPULLA, A., *op. cit.*, p. 319.

⁷⁶ *Ibidem*.

Infatti, la giurisprudenza più volte e in diverse occasioni è stata chiamata ad affrontare la questione se – di fronte a tali non poco frequenti ritardi – sia prospettabile «un vaglio giurisdizionale endoprocessuale, mediante una rideterminazione della data in cui il pubblico ministero avrebbe potuto attivarsi operando sul registro»⁷⁷, e se, di conseguenza, l’eventuale spostamento dei termini d’indagine comporti «l’inutilizzabilità degli atti d’indagine compiuti “a valle”, ovvero oltre la scadenza del termine di durata massima delle indagini in tal modo ridefinita, o “a monte”, ovvero nell’intervallo temporale intercorrente fra nuova e vecchia iscrizione»⁷⁸.

Per comodità e ragioni di sintesi, precisiamo innanzitutto che le posizioni assunte dalla giurisprudenza di legittimità possono essere distinte in tre diversi orientamenti.

La prima impostazione, quella maggioritaria, «concedeva rilievo processuale esclusivo alle opzioni del pubblico ministero»⁷⁹ ed escludeva pertanto qualsiasi sindacato giurisdizionale sulla data determinata dall’organo della pubblica accusa.

Dall’altro lato, vi è un’opposta e minoritaria impostazione, che «legittimava il giudice a sostituire *a posteriori*, la propria valutazione a quella dell’organo investigativo»⁸⁰, e ammetteva la possibilità di un siffatto sindacato giurisdizionale.

In mezzo a queste due posizioni radicali, se ne deve registrare una intermedia che, solo a determinate condizioni, riconosce al giudice la possibilità di rideterminare la data che segna il momento genetico delle indagini preliminari.

Secondo il primo orientamento, solo al pubblico ministero spetta la valutazione circa la sussistenza dei presupposti dell’annotazione: «l’omessa annotazione della “*notitia criminis*” nel registro previsto dall’art. 335 cod. proc. pen., con l’indicazione del nome della persona raggiunta da indizi di colpevolezza e sottoposta ad indagini “contestualmente ovvero dal momento in cui esso risulta”, non determina l’inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti sino al momento dell’effettiva iscrizione nel registro»⁸¹. Secondo questa opinione, infatti, non può mai assumere rilevanza la presunta data nella quale il pubblico ministero avrebbe dovuto iscrivere la notizia di reato, e il termine di durata massima delle indagini preliminari, previsto dall’art. 407 c.p.p., al cui scadere consegue l’inutilizzabilità degli atti di indagine successivi, decorre

⁷⁷ *Ivi*, p. 320.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ivi*, p. 321.

⁸¹ Cass. Sez. IV, 22 giugno 2004, Kurtaj, in *C.e.d. Cass.*, n. 229578.

per l'indagato dalla data in cui il nome è effettivamente iscritto nel registro delle notizie di reato.

Quindi, la giurisprudenza appartenente a questo orientamento sostiene che «l'omessa tempestiva annotazione [...] non determina la inutilizzabilità degli atti di indagine sino al momento dell'effettiva iscrizione nel registro»⁸², fatto salvo che «la relativa inosservanza, invece, può dar luogo a sanzioni (disciplinari o al limite, anche penali) nei confronti di quanti siano tenuti a farne applicazione»⁸³.

Alle stesse conclusioni era pervenuta parte della giurisprudenza successiva ritenendo che «l'apprezzamento della tempestività dell'iscrizione, il cui obbligo nasce solo ove a carico di una persona emerga l'esistenza di specifici elementi indizianti e non di meri sospetti, rientra nell'esclusiva valutazione discrezionale del pubblico ministero ed è sottratto, in ordine all'*an* e al *quando*, al sindacato del giudice»⁸⁴.

Nella stessa ottica è stato sostenuto che «al giudice non spetta il potere di sindacare le scelte del pubblico ministero in ordine al momento dell'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro, al fine di rideterminare il *dies a quo* dei termini di indagine e di dichiarare quindi l'inutilizzabilità degli atti compiuti oltre il termine così ricomputato»⁸⁵.

Ancora, altra giurisprudenza ha confermato questa impostazione, ponendo l'accento sul fatto che ciò che vale ai fini del calcolo della durata delle indagini è solo la data di effettiva iscrizione nel registro⁸⁶.

A ben vedere, questa posizione non solo rientra nell'indirizzo maggioritario, ma è anche la più remota nel tempo. Il sindacato del giudice infatti è stato escluso fin dal 1992, quando la giurisprudenza nel giudicare il caso di iscrizioni successive alla prima, aveva puntato la sua attenzione esclusivamente all'aspetto formale, cioè la data in cui l'organo della pubblica accusa aveva provveduto alla iscrizione: «il termine per le indagini preliminari previsto dall'art. 405 cod. proc. pen. decorre in modo autonomo per

⁸² Cass. Sez. V, 23 settembre 2005, Supino, in *C.e.d. Cass.*, n. 233214.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Cass. Sez. VI, 10 ottobre 2007, Genovese, in *C.e.d. Cass.*, n. 238039.

⁸⁵ Cass. Sez. II, 21 febbraio 2008, Chirillo, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 3527.

⁸⁶ Cass. Sez. V, 8 aprile 2008, Bruno, in *C.e.d. Cass.*, n. 240491.

ciascun indagato dal momento in cui risulti iscritto il relativo nome e per l'indagato originariamente iscritto da ciascuna successiva iscrizione di "notitia criminis"⁸⁷.

La motivazione che ha spinto la giurisprudenza maggioritaria a seguire questo orientamento si fonda sulla considerazione che solo un ufficio tecnico come quello del pubblico ministero possiede l'attitudine a calibrare la tempestività dell'iscrizione rispetto alla possibile molteplicità dei casi che nel concreto possono verificarsi. Il giudice invece, rimanendo estraneo alla vicenda dell'iscrizione, non può che fare solo delle presunzioni, che potrebbero rivelarsi errate.

Infatti, è stato affermato che il ritardo nell'iscrizione non si può desumere correttamente attraverso una semplice presunzione, ma è un dato legato a valutazioni tecniche per le quali il giudice non può affermarsi competente.

Fra l'altro, fra questo tipo di valutazioni rientrano anche quelle concernenti la concreta determinazione del momento in cui possono dirsi acquisiti tutti «gli elementi conoscitivi necessari a delineare una notizia di reato nei confronti di una persona, in termini di ragionevole determinatezza»⁸⁸. Valutazioni che esulano in maniera evidente dalla sfera di competenza del giudice.

Sulla base di questa ragione, «l'apprezzamento della tempestività dell'iscrizione [...] rientra nella valutazione discrezionale del pubblico ministero, non può affidarsi a postume congetture ed è comunque sottratto al sindacato giurisdizionale»⁸⁹.

Allo stesso filone di pensiero appartiene altra giurisprudenza, la quale ha ribadito che il sindacato del giudice deve essere escluso perché non sono possibili soluzioni diverse per quanto riguarda le tempistiche, dal momento che tale giudizio «rientra nella esclusiva valutazione discrezionale del p.m. ed è sottratto, in ordine all'*an* e al *quantum*, al sindacato del giudice»⁹⁰.

È opportuno precisare che la posizione che esclude il sindacato del giudice è condivisa anche dalle Sezioni Unite. Questa conclusione è giustificata sulla base di diverse argomentazioni.

⁸⁷ Cass. Sez. I, 7 aprile 1992, Rossi, in *C.e.d. Cass.*, n. 190254. Orientamento seguito anche successivamente: cfr. Cass. Sez. V, 18 ottobre 1993, Croci, in *C.e.d. Cass.*, n. 195590. «il termine di durata massima delle indagini preliminari decorre dalla data in cui il p.m. iscrive nell'apposito registro la notizia di reato e non data nella quale avrebbe dovuto iscrivere».

⁸⁸ Cass. Sez. I, 23 giugno 1999, Testa, in *C.e.d. Cass.*, n. 213827.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Cass. Sez. VI, 8 maggio 2003, Parrella, in *C.e.d. Cass.*, n. 227210.

Innanzitutto, «l'enunciato che contraddistingue la disciplina introdotta dall'art. 335 del codice di rito, è [...] univoco nel suo valore e significato precettivo.

Il compito della “iscrizione” è, infatti, soggettivamente demandato al pubblico ministero, cui pertanto viene conferito il relativo *munus*, senza che il disposto normativo consenta di intravedere altre figure, del processo o delle indagini, legittimate a surrogare il “ritardato” esercizio di tale potere-dovere»⁹¹.

Inoltre, «per potere configurare un sindacato giurisdizionale sulla tempestività delle iscrizioni operate dal pubblico ministero, occorrerebbe dunque, una espressa previsione normativa che disciplinasse non soltanto le attribuzioni processuali da conferire ad un determinato organo della giurisdizione, ma anche il “rito” secondo il quale inscenare un simile accertamento “incidentale”»⁹²; senza considerare che «se si introducesse, [...] un controllo *ex post* sul merito della “tempestività” delle iscrizioni, con possibilità di “retrodatazione” tale da compromettere l'utilizzazione di atti di indagine, il relativo *ius ad loquendum* non potrebbe non essere riconosciuto anche agli eventuali altri indagati o persone offese, che dalla “postuma” dichiarazione di inutilizzabilità di atti di indagine potrebbero soffrire una grave compromissione, ove quegli atti fossero favorevoli alla loro posizione»⁹³.

Infine, il sindacato del giudice sarebbe ostacolato dalla «vaghezza [...] dei parametri identificativi del “momento” di insorgenza dell'obbligo di procedere agli adempimenti previsti dall'art. 335 c.p.p. »»⁹⁴.

Sulla base di tutte queste argomentazioni, le Sezioni Unite giungono alla conclusione che, anche se si tratta di ritardi colpevoli e abnormi, «allo stato della normativa vigente, occorre [...] ribadire il principio per il quale il termine per le indagini preliminari decorre dalla data in cui il pubblico ministero ha provveduto ad iscrivere, nel registro delle notizie di reato, il nominativo della persona alla quale il reato è attribuito, senza che al giudice sia consentito di stabilire una diversa decorrenza»⁹⁵.

Allo stesso tempo però le Sezioni unite sottolineano l'esigenza di un «innesto normativo per portare a soluzione i problemi, da tempo avvertiti, che scaturiscono dalla

⁹¹ Sez. Un., 24 settembre 2009, Lattanzi, in *Cass. pen.*, 2010, p. 503.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

assenza di effettivi rimedi per le ipotesi di ritardi nella iscrizione»⁹⁶, e del resto tale necessità è testimoniata anche dal disegno di legge n. 1440 presentato dal Ministro della giustizia al Senato della Repubblica il 10 marzo 2009, che prevede il potere del giudice di verificare all'atto della richiesta di rinvio al giudizio la data dell'iscrizione operata dal pubblico ministero e determinare, se considerato necessario, la data in cui doveva essere operata.

Dunque a voler riepilogare, a parere di questi giudici il sindacato sulla data dell'iscrizione della notizia di reato deve essere escluso, in primo luogo poiché il legislatore avrebbe dovuto prevedere espressamente un tale sindacato, mentre il testo di legge attuale è chiaro nell'assegnare questo apprezzamento esclusivamente al pubblico ministero; in secondo luogo perché la valutazione sull'operato dell'organo della pubblica accusa eventualmente assegnata al giudice sarebbe eccessivamente complessa, dal momento che le tempistiche che dovrebbero essere sindacate non si baserebbero su parametri rigidi.

Detto ciò, dobbiamo aggiungere che le Sezioni Unite non hanno affermato che in capo al pubblico ministero ci sia un potere discrezionale, anzi, hanno ribadito che l'avverbio "immediatamente" «evoca la configurazione di un siffatto incombente in termini di rigorosa "doverosità"» e «si è quindi totalmente fuori di qualsiasi possibilità di scelta, non solo in relazione all'*an*, ma anche rispetto al *quid* – l'iscrizione riguarda, infatti, "ogni" notizia di reato – ed al *quando*. In questo senso, quindi, deve ritenersi non pertinente il riferimento ad un potere "discrezionale" del pubblico ministero »⁹⁷.

Si tratta di un'impostazione chiarita più di una volta dalle stesse Sezioni Unite le quali avevano già ribadito in precedenza che «l'omessa annotazione della *notitia criminis* nel registro previsto dall'art. 335 c.p.p., con l'indicazione del nome della persona raggiunta da indizi di colpevolezza e sottoposta ad indagini "contestualmente ovvero dal momento in cui esso risulta", non determina l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti sino al momento dell'effettiva iscrizione nel registro»⁹⁸ e questo perché in ogni caso «il termine di durata massima delle indagini preliminari, previsto dall'art. 407 c.p.p., al cui scadere consegue l'inutilizzabilità degli atti di indagine

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Cfr. Sez. Un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3259.

successivi, decorre per l'indagato dalla data in cui il nome è effettivamente iscritto nel registro delle notizie di reato»⁹⁹.

Sebbene l'indirizzo sopra illustrato sia quello maggioritario, non sono tuttavia mancate in seno alla Cassazione opinioni di segno diverso.

Non tutta la giurisprudenza, infatti, è stata concorde nell'escludere il sindacato del giudice sulla determinazione del *dies a quo* per il calcolo dei termini previsti dall'art. 405 c.p.p.: un secondo filone interpretativo della Cassazione penale ha affermato che, in presenza di una omessa tempestiva iscrizione, «il giudice deve individuare il termine iniziale del tempo utile entro il quale il p.m. poteva svolgere le indagini – ossia il momento in cui la notizia di reato poteva e doveva essere annotata sul registro – e ritenere l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti oltre il tempo stabilito»¹⁰⁰.

Sotto questo secondo e diverso punto di vista, il ritardo con cui l'organo della pubblica accusa procede all'adempimento che attiva la fase delle indagini preliminari non è privo di conseguenze.

La ritardata iscrizione può, infatti, essere corretta dall'intervento del giudice, e in questo senso, pur non comportando l'invalidità di tutte le investigazioni, provocherà invece la rideterminazione del *dies a quo*, e quindi l'inutilizzabilità degli atti di indagine successivi alla nuova scadenza.

Secondo questa impostazione, «l'omessa o tardiva iscrizione del nome dell'indagato nel registro previsto dall'art. 335 c.p.p. non determina alcuna invalidità delle indagini stesse, ma consente semmai al giudice di rideterminare il termine iniziale delle indagini, in riferimento al momento in cui si sarebbe dovuta iscrivere la notizia di reato»¹⁰¹.

Da quanto appena esposto è emerso in tutta la sua evidenza il contrasto con la giurisprudenza maggioritaria la quale ritiene invece «la qualità di indagato non può essere stabilita dal giudice in via presuntiva, in quanto essa va desunta dall'iscrizione nell'apposito registro a seguito di specifica iniziativa posta in essere dal pubblico ministero (*ex art. 335 c.p.p.*)»¹⁰².

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Cass. Sez. I, 6 luglio 1992, Barberio ed altri, in *C.e.d. Cass.*, n. 191719.

¹⁰¹ Cass. Sez. V, 8 ottobre 2003, Liscai, in *Cass. pen.*, 2005, p.1327.

¹⁰² Cass. Sez. I, 14 maggio 2003, Ianazzo, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4131.

Non si deve però pensare che questa seconda minoritaria impostazione sia legata solo a sentenze isolate: di contro, si tratta di un filone di pensiero condiviso da una nutrita schiera di decisioni.

Infatti, la giurisprudenza precedente aveva già avuto l'occasione di prospettare la possibilità del giudice di determinare il momento in cui l'organo della pubblica accusa avrebbe dovuto procedere all'iscrizione: in quell'occasione si era quindi sostenuto che «almeno a fronte di specifica contestazione della difesa, deve ritenersi configurabile a carico del p.m. un onere di allegazione degli atti che costituiscono presupposto di utilizzabilità degli elementi investigativi»¹⁰³ e fra essi rientra sicuramente «la documentazione relativa alla data di iscrizione, al nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato ed alle eventuali proroghe delle indagini, in quanto necessaria a stabilire se l'attività investigativa, [...] sia stata espletata nei termini di legge»¹⁰⁴.

Questo poiché il termine per la durata delle indagini preliminari va sempre computato «dal momento in cui è stata eseguita nell'apposito registro l'annotazione del nome dell'indagato in riferimento allo specifico episodio di cui si tratta o, in difetto di essa o di idonea documentazione dalla quale risulti, dal momento in cui, secondo le risultanze in atti, l'autorità procedente avrebbe potuto eseguirla, ovvero, in subordine, da quello di acquisizione della notizia o, infine da quello in cui il fatto fu commesso»¹⁰⁵.

Questa opinione si pone in linea con la massima di un'altra sentenza, di poco precedente: «qualora le indagini superino il termine massimo stabilito dalla legge, non tutti gli atti sono inutilizzabili, ma solo quelli compiuti oltre quel termine, decorrente dal momento, che è compito del giudice individuare, in cui poteva e doveva avvenire l'iscrizione prescritta dall'art. 405, comma secondo, cod. proc. pen.»¹⁰⁶.

Nel 2006, la sezione V della Corte di Cassazione ha ripreso l'orientamento che abbiamo detto essere fino ad oggi maggioritario e ha affermato che «siffatto indirizzo [...] lascia una discrezionalità troppa ampia al pubblico ministero sul momento di effettuare la iscrizione nel registro, con le inevitabili conseguenze in materia di termini e con la conseguente inutilità di fatto della sanzione prevista dal comma III dell'articolo 407 c.p.p.»¹⁰⁷.

¹⁰³ Cass. Sez. I, 24 settembre 1999, Zappetti, in *C.e.d. Cass.*, n. 214696.

¹⁰⁴ Cass. Sez. I, 24 settembre 1999, Zappetti, in *C.e.d. Cass.*, n. 214696.

¹⁰⁵ Cass. Sez. I, 24 settembre 1999, Zappetti, in *C.e.d. Cass.*, n. 214696.

¹⁰⁶ Cass. Sez. I, 27 marzo 1998, Dell'Anna, in *C.e.d. Cass.*, n. 210545.

¹⁰⁷ Cass. Sez. V, 21 settembre 2006, Boscarato, in *C.e.d. Cass.*, n. 236029.

Questa sezione ha quindi affermato che aderire all'impostazione secondo la quale al giudice non compete nessun sindacato sulla tempestività dell'iscrizione comprometterebbe gravemente il diritto alla difesa.

Per questo motivo, secondo tali giudici, sarebbe preferibile accordare sostegno a quella parte della giurisprudenza che consente al giudice, nel caso di tardiva iscrizione, di rideterminare il termine iniziale delle indagini: «tale [...] indirizzo, in verità sembra quello da seguire perché riconosce all'imputato maggiori garanzie e precisa l'ambito di discrezionalità del p.m., evitando che la sanzione di cui al III comma dell'articolo 407 c.p.p. sia di fatto inutilmente prevista»¹⁰⁸.

Ad ogni modo, nonostante la giurisprudenza minoritaria abbia prodotto argomentazioni che paiono essere convincenti, sembra essere più ragionevole aderire all'orientamento maggioritario. Del resto, la dottrina ha fatto notare che «da un punto di vista sistematico, [...] un eventuale sindacato determinerebbe una profonda contraddizione all'interno di un modello processuale che, da un lato, propone un p.m. “obbiiettivo” e “imparziale” e, dall'altro, avverte la necessità di sottoporre il suo operato al controllo del giudice»¹⁰⁹.

In secondo luogo poi, qualora a formulare il sindacato fosse il giudice dibattimentale, si contrasterebbe con l'esigenza di preservare la terzietà del giudice del dibattimento, il quale, ai fini della decisione, dovrebbe dimenticare gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero e attenersi alle prove così come prodotte dalle parti¹¹⁰. In questo senso, è corretto ritenere che il fascicolo degli atti di indagine è affare esclusivo dell'organo della pubblica accusa. Fra l'altro, concorda con questa considerazione parte della giurisprudenza, secondo la quale la tenuta formale del registro dipende esclusivamente dal pubblico ministero¹¹¹.

Dall'altro lato per sostenere l'impostazione della giurisprudenza minoritaria, è stato affermato che l'assunto secondo il quale non è consentito alcun controllo del giudice sulla data dell'iscrizione spesso «è viziato dalla tendenza a confondere piani distinti»¹¹². L'errore logico risiede nel sovrapporre il tema della configurabilità o meno di un

¹⁰⁸ Cass. Sez. V, 21 settembre 2006, Boscarato, in *C.e.d. Cass.*, n. 236029.

¹⁰⁹ MARANDOLA, A., *op cit.*, p. 285.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Cass. Sez. II, 8 febbraio 1996, Alegi, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 694.

¹¹² VICOLI, D., *op. cit.*, p. 160.

sindacato giurisdizionale sul *dies a quo* delle indagini preliminari con quello attinente all'individuazione del criterio che dovrebbe nel caso orientarlo¹¹³.

In altre parole, secondo questa opinione, sono errate le premesse che portano alla conclusione: ovvero non si può fare discendere la preclusione del controllo dall'assenza di regole attraverso le quali operarlo: «per un corretto approccio al tema, i due temi devono essere isolati: prima, la ricerca di ragioni idonee o meno a fondare l'intervento del giudice sull'individuazione del termine iniziale delle indagini; solo ove venga risolto in modo positivo il quesito di partenza, potrà essere affrontato il secondo, attinente alla scelta dei parametri che devono guidare il test giurisdizionale»¹¹⁴.

Come abbiamo precisato all'apertura di questo paragrafo, sul tema della sindacabilità del giudice circa la data dell'iscrizione della notizia di reato, si possono registrare ben tre diversi orientamenti giurisprudenziali: tra i primi due che presentano delle opinioni completamente opposte, perché radicali, ve ne è infatti un terzo che si pone invece in una posizione intermedia.

Siccome spesso è vero che *in medio stat virtus*, non possono non apparire lodevoli questi tentativi di mediazione. Ci riferiamo a quella parte di giurisprudenza secondo la quale «l'obbligo del pubblico ministero di provvedere “immediatamente” alle iscrizioni previste dall'art. 335, comma primo, cod. proc. pen. può ritenersi ritualmente adempiuto, posto che il concetto di “immediatezza” non implica la rigidità di un termine correlato a ore o a giorni, pur quando l'iscrizione, anche per la presenza di giorni festivi, sia differita di un giorno rispetto alla data di effettiva conoscenza dei fatti da parte dello stesso pubblico ministero»¹¹⁵.

Secondo tale posizione, solo abnormi e ingiustificati ritardi nell'effettuazione delle iscrizioni in questione potrebbero, fatti salvi profili di responsabilità interna dell'ufficio, dar luogo ad illegittimità delle iscrizioni stesse, con riferimento alla loro data.

Quest'ultimo orientamento ha il pregio di mettere a fuoco il centro del problema: da un lato si minimizzano ritardi che comunque sarebbero trascurabili, dall'altro si pone enfasi sulla gravità dei ritardi maggiori, che sarebbero idonei a provocare un danno all'interesse del soggetto sottoposto ad indagine, e consentirebbero per questo motivo l'intervento correttivo del giudice.

¹¹³ *Ibidem.*

¹¹⁴ *Ibidem.*

¹¹⁵ Cass. Sez. I, 11 maggio 1994, Scuderi, in *C.e.d Cass.*, n. 198140.

Bisogna precisare, comunque, che neanche questa posizione è sostenuta esclusivamente da una sentenza isolata¹¹⁶.

Dunque, volendo riepilogare la posizione della giurisprudenza sulla sindacabilità da parte del giudice sulla data dell'iscrizione della notizia di reato, si registra un orientamento maggioritario che lo esclude, un orientamento minoritario che lo prevede e una impostazione intermedia che lo ammette solo nel caso di un ritardo abnorme e ingiustificato.

Aggiungiamo, inoltre, che l'impostazione maggioritaria di fronte alla ritardata iscrizione, pur escludendo la sindacabilità da parte del giudice sulla data dell'iscrizione, ha previsto comunque la responsabilità disciplinare dell'organo della pubblica accusa coinvolto¹¹⁷.

Giunti a questo punto, non possiamo non mettere in luce che, in assenza di un sindacato del giudice, la scelta delle tempistiche dell'iscrizione, così come dell'annotazione, contribuisce a rendere l'organo della pubblica accusa il *dominus* delle indagini preliminari, perché in definitiva solo dalla sua lealtà dipende il corretto operare delle regole processuali volte a delimitare nel tempo la durata delle indagini preliminari.

Si comprende allora che il pubblico ministero sia il depositario di un importante compito, quello di procedere all'annotazione con assoluta regolarità, sia in relazione agli aspetti formali dell'adempimento, sia in relazione alla sua tempistica.

4. La disciplina delle proroghe

Se il legislatore avesse introdotto una disciplina della durata delle indagini preliminari caratterizzata da regole troppo rigide, avrebbe trascurato l'esigenza di assicurare in ogni caso al pubblico ministero la fruizione di un arco di tempo sufficiente a svolgere un'attività investigativa completa.

Le conseguenze sarebbero state di non poco conto.

¹¹⁶ Cfr. Cass. Sez. I, 4 gennaio 1999, Iamonte, citata in Sez. Un., 24 settembre 2009, in *Cass. pen.*, 2010, p. 503.

¹¹⁷ Cfr. Cass. Sez. V, 23 settembre 2005, Supino, in *C.e.d. Cass.*, n. 233214; Cass Sez V, 18 ottobre 1993, Croci, in *C.e.d. Cass.*, n. 195590.

La dottrina, infatti, non ha mancato di sottolineare l'importanza del principio della completezza delle indagini: «l'indagine completa serve indubbiamente all'azione: consente scelte adeguate sia in ordine all'*an*, sia relativamente al *quomodo* della stessa. Orienta ovviamente, l'agire del pubblico ministero [...], ma al contempo consente all'indagato di evitare processi inutili»¹¹⁸.

Infatti, un'indagine preliminare che non sia frettolosa o sommaria permette al p.m. di capire se l'accusa sia o meno sostenibile in dibattimento e, in caso di risposta affermativa, gli permette di scegliere il rito che meglio si adatti a questo scopo.

Appare più che opportuna, quindi, la scelta legislatore di prevedere alcuni temperamenti alla regola generale, così da proteggere il principio di completezza delle indagini. Ne discende che le coordinate temporali concesse al pubblico ministero sono rigide solo all'apparenza.

A ben vedere, infatti, la rigidità del tempo entro il quale il pubblico ministero deve formulare le determinazioni è attenuata da più di un rimedio: oltre alla possibilità di svolgere indagini integrative o suppletive, il pubblico ministero, prima di assumere le sue determinazioni, e prima che il termine di durata delle indagini sia scaduto, può chiederne la proroga.

Quanto detto fino ad ora vale sicuramente per il procedimento penale tradizionale, ma cosa ritenere a proposito dell'*iter* di accertamento dell'illecito dipendente da reato? Ci si chiede, in altre parole, se il pubblico ministero possa chiedere la proroga anche in relazione alle indagini preliminari che vedono coinvolte una persona giuridica, e ammettendo che possa farlo, ci si chiede inoltre se si tratti di una possibilità da esercitare in piena autonomia rispetto alle indagini preliminari relative al reato presupposto.

Lo scopo che ci prefiggiamo in questo paragrafo è quindi quello di rispondere a questi interrogativi, e di delineare il procedimento di richiesta e concessione della proroga.

Innanzitutto deve essere osservato che non si tratta di una risposta scontata, perché pur non essendo esclusa *a priori*, non vi è certezza circa l'ammissibilità delle proroghe nel procedimento *de societate*.

¹¹⁸ SIRACUSANO, F., *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, p. 51.

Infatti, «ancorché la relazione governativa al decreto legislativo faccia, seppur sommessamente, menzione del fatto che la norma individua il periodo per l'accertamento dell'illecito amministrativo “in relazione al termine per lo svolgimento delle indagini del reato da cui l'illecito stesso dipende, comprese le proroghe”, l'art. 56 nulla dispone in merito a quest'ultimo aspetto»¹¹⁹.

Questa osservazione di certo non risolve la questione, anzi contribuisce all'insorgere dei dubbi, perché il decreto, rimanendo silente sul punto, non dà sostegno all'opinione della dottrina maggioritaria, che ammette l'ammissibilità delle proroghe.

A dire il vero, si può ritenere che questo silenzio sia colmabile attraverso la clausola di rinvio *ex art. 34*, a cui spesso si fa riferimento per riempire le diverse lacune del decreto. Sulla base di questa considerazione, si può tentare di sciogliere l'incertezza, affermando che non ci sono ragioni valide per escludere l'ammissibilità della proroga nel procedimento *de societate*.

La norma a cui fare riferimento, come è ovvio, non può che essere interna al codice processuale penale ed è l'art. 406 c.p.p. il quale, si è detto, utilizza una dizione alquanto generica¹²⁰. Si legge infatti che: «il pubblico ministero, prima della scadenza, può richiedere al giudice, per giusta causa, la proroga del termine previsto dall'articolo 405. La richiesta contiene l'indicazione della notizia di reato e l'esposizione dei motivi che la giustificano».

Un primo problema viene posto dal richiamo alla nozione di “giusta causa” che, essendo un concetto astratto, non consente, nel concreto, di capire quali possano essere o meno le richieste giustificate. Questo dubbio permane anche nel contesto delle proroghe successive, perché ancora una volta i termini usati non sono precisi: il legislatore prevede, infatti, che possano essere richieste proroghe successive solo nel caso di particolare “complessità delle indagini” e di “oggettiva impossibilità di concluderle entro il termine prorogato”.

Un aspetto certo della disciplina sulla procedura relativa alle proroghe è che queste possono essere richieste solo quando il termine di durata delle indagini preliminari non sia ancora scaduto. Si tratta di un elemento importante che non può sfuggire all'attenzione della nostra analisi: infatti, sarebbe del tutto inutile disciplinare nel dettaglio e con regole stringenti l'istituto della proroga, quando poi si consentisse al

¹¹⁹ MARANDOLA, A., *Sub art. 56*, cit., p. 647.

¹²⁰ GRILLI, L., *op. cit.*, p. 639.

pubblico ministero di provocare una situazione di stallo nociva alla speditezza dell'*iter* procedimentale e pertanto di avanzare tale richiesta quando le investigazioni sarebbero già dovute essere concluse.

Sulla questione si è pronunciata anche la Corte Costituzionale, affermando che l'ammissibilità di una richiesta di proroga in un tempo successivo alla formale scadenza delle indagini preliminari lascerebbe spazi troppo ampi all'organo della pubblica accusa e comprometterebbe l'impianto costruito dal legislatore per evitare una durata illimitata delle stesse¹²¹.

Rispetto a quanto detto in precedenza, dobbiamo aggiungere che il giudice può concedere la proroga per una durata non superiore a 6 mesi, e che vi è inoltre un limite alla concessione di proroghe successive: «esso si desume dal comma 2 *ter*, a tenore del quale la stessa può essere concessa una sola volta “qualora si proceda per i reati di cui agli art. 589, secondo comma, e 590 terzo comma, del codice penale»¹²².

Sempre dall'art. 406 c.p.p. si desume che a presentare la richiesta sia il p.m. e che la decisione spetti al giudice. Nella versione precedente era previsto anche che il giudice dovesse decidere prima che il termine ordinario delle indagini fosse scaduto, ma in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità la norma è stata abrogata¹²³.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale deve essere riferita a una sentenza del 1992, nella quale i giudici della Consulta hanno ritenuto che «la previsione del termine di sei mesi entro i quali deve essere contenuta la fase delle indagini preliminari è diretta al soddisfacimento della duplice esigenza di imprimere tempestività alle investigazioni e di contenere in un lasso di tempo predeterminato la condizione di chi a tali indagini è assoggettato»¹²⁴.

¹²¹ Corte cost., 19 aprile 1993, n. 190, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1926.

¹²² GRILLI, L., *op cit.* p. 639. Per necessità di precisione avvertiamo che questo limite è stato previsto dalla legge n. 102 del 2006 e che la sua introduzione costituisce un incentivo rivolto alla procura di concludere in modo sollecito i relativi accertamenti, in virtù della gravità dei rispettivi reati. L'art. 2 della predetta legge ha sostituito il secondo comma dell'articolo 589 del codice penale con il seguente: «se il fatto è commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro la pena è della reclusione da due a cinque anni» e il terzo comma dell'articolo 590 del codice penale con il testo che segue: «se i fatti di cui al secondo comma sono commessi con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro la pena per le lesioni gravi è della reclusione da tre mesi a un anno o della multa da euro 500 a euro 2.000 e la pena per le lesioni gravissime è della reclusione da uno a tre anni». L'art. 4 ha poi introdotto la disposizione processuale che a noi interessa, perché ha avuto l'effetto di abbreviare i termini di durata massima delle indagini preliminari.

¹²³ *Ivi*, p. 641.

¹²⁴ Corte cost., 15 aprile 1992, n. 174, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1286.

Secondo la Corte Costituzionale la *ratio* che sorregge la disciplina in questione trova dunque piena realizzazione nel fatto che entro quel termine la richiesta di proroga sia presentata. Non è quindi necessario che entro tale termine intervenga anche la decisione del giudice. Si tratterebbe infatti di una regola diversa, capace di condizionare irragionevolmente l'esercizio della azione penale e di subordinare la concessione della proroga ad evenienze imponderabili ed accidentali¹²⁵.

La Corte Costituzionale ha quindi concluso che non vi sono valide giustificazioni per deviare dalla regola generale secondo la quale il pubblico ministero dovrà sì avanzare la richiesta prima che il termine di durata delle indagini preliminari sia scaduto, ma il giudice potrà rispondere a tale richiesta nel termine previsto in via generale per le memorie e le richieste delle parti dall'art. 121 c.p.p.¹²⁶.

La procedura descritta dall'art. 406 c.p.p. valorizza certamente la posizione dell'indagato.

Infatti, secondo la norma del codice di rito, la richiesta va notificata, a cura del giudice, alla persona sottoposta ad indagini, con l'avviso della facoltà di presentare memorie entro cinque giorni dalla notificazione. Del resto è stato così confermato che «l'ente è legittimato alla presentazione di memorie atte a contribuire alla formazione del convincimento del giudice per le indagini preliminari»¹²⁷.

Una volta chiarito quale sia il termine entro il quale il giudice deve rispondere alla richiesta di proroga, vediamo quali siano le alternative a sua disposizione.

Nel caso in cui decida di accogliere l'istanza, tale decisione deve essere assunta *de plano*, cioè in camera di consiglio e senza la presenza delle parti.

Se invece ritiene di non poter accogliere la richiesta, ha luogo un *sub* procedimento, descritto nel quinto comma dell'art. 406 c.p.p. e che si svolge secondo le regole poste nell'art. 127 del codice, per i procedimenti camerati¹²⁸.

Secondo tali disposizioni, il giudice deve convocare entro 15 giorni le parti, affinché si svolga fra di esse il contraddittorio e al termine dell'udienza camerale, o autorizza la proroga o respinge la richiesta.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Si riporta in questa sede per comodità il testo dell'articolo 121, secondo comma c.p.p.: «sulle richieste ritualmente formulate il giudice provvede senza ritardo e comunque, salve specifiche disposizioni di legge, entro quindici giorni».

¹²⁷ TAGLIANI, I., *op. cit.*, p. 214.

¹²⁸ GRILLI, L., *op. cit.*, p. 640.

A questo punto, «sul presupposto che il p.m. aveva presentato la sua istanza allo scadere del termine utile, può accadere – tenuto conto dei tempi tecnici per la procedura e la decisione – che nel frattempo il termine sia scaduto del tutto»¹²⁹.

In questo caso il giudice «fissa un termine non superiore a dieci giorni per la formulazione delle richieste del pubblico ministero a norma dell'art. 405»: da ciò deriva che l'organo della pubblica accusa, pur dovendo necessariamente rispettare il termine per la conclusione delle indagini, resta pienamente libero di assumere le sue determinazioni¹³⁰.

Ciò pare del tutto ragionevole, perché la disciplina delle proroghe deve essere considerata solo un temperamento alla rigidità delle scadenze temporali, ma non può svilire certo la perentorietà dei limiti fissati dall'art. 405 c.p.p. per la durata delle indagini. Ciò è confermato dall'art. 407 c.p.p., una norma molto importante nel quadro complessivo dei limiti cronologici delle indagini preliminari.

Si tratta di una disposizione che non a caso abbiamo scelto di citare in questo paragrafo. L'articolo 407 c.p.p., rubricato “durata massima delle indagini preliminari”, stabilisce che la durata delle indagini preliminari non può in ogni caso superare i diciotto mesi. Questo termine, superiore al termine di durata fissato in via generale dall'art. 405 c.p.p. (sei mesi o un anno a seconda del tipo di reato) in ogni caso non può essere compromesso dalla concessione di proroghe.

Infatti, una lettura corretta della norma non può che considerare coinvolte anche le proroghe delle indagini e di conseguenza condurre alla conclusione che il termine di durata massima, anche se prorogato, non può comunque superare diciotto mesi ovvero due anni nei casi previsti dalla legge.

Il termine è di due anni innanzitutto qualora si proceda per un illecito amministrativo derivante dai delitti commessi per finalità di terrorismo e di eversione dell'ordinamento costituzionale (previsti dall'art. 25- *quater* del decreto) e dai reati di cui agli artt. 600-*bis* comma 1 e 600-*ter* comma 1 c.p. (previsti dall'art. 25 – *quinquies* del decreto)¹³¹.

Il medesimo termine è previsto anche per l'ipotesi di notizie di reato che richiedono investigazioni particolarmente complesse per la molteplicità di fatti tra loro collegati o per numero di persone coinvolte (art. 407, cpv. lett. b), e altresì per i casi di cui alle lett.

¹²⁹ *Ivi*, p. 641.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ BASSI, A., EPIDENDIO, T. E., *op. cit.*, p. 579.

c) e d), dello stesso articolo, ovvero per l'ipotesi di indagini che richiedono il compimento di atti all'estero, e l'ipotesi di procedimenti in cui è indispensabile mantenere il collegamento tra più uffici del pubblico ministero a norma dell'art. 371 c.p.p.¹³².

Appare chiaro poi che, sempre grazie al principio di generale applicazione delle norme codicistiche, «gli atti di indagine compiuti dopo la richiesta di proroga – e prima della comunicazione del provvedimento del giudice – sono “comunque utilizzabili”- salvo il caso in cui, non andata a buon fine la richiesta di proroga, essi siano successivi alla data di scadenza del termine originario d'indagine (art. 406 comma 8 c.p.p.)»¹³³.

Rimane adesso da rispondere ad un ultimo interrogativo, quello concernente l'autonomia della proroga delle indagini preliminari *de societate*, rispetto alla proroga delle indagini nei confronti della persona fisica.

In altre parole, ci si chiede se l'organo della pubblica accusa possa avanzare una richiesta di proroga delle indagini con esclusivo riguardo alla persona giuridica, oppure se tale richiesta può essere avanzata solo quando la proroga è richiesta anche nei confronti del procedimento penale avente ad oggetto il reato presupposto dell'illecito.

Prima di provare a fornire una risposta, occorre precisare che questo dubbio sorge solo quando i due procedimenti sono riuniti.

Infatti, nel caso in cui i due procedimenti corrono autonomamente, «non pare che vi siano ostacoli, in virtù del generale richiamo alle disposizioni del codice di rito, a ritenere possibile la proroga dei termini delle indagini sull'illecito amministrativo nei casi e con le modalità previsti dagli artt. 406 e 407 c.p.p., e ciò anche a prescindere dal fatto che analoga proroga sia stata richiesta e disposta nel procedimento relativo al reato presupposto»¹³⁴.

Invece, la dottrina è divisa quando viene applicato il *simultaneus processus*.

Secondo una prima impostazione, «quando i procedimenti finalizzati all'accertamento del reato presupposto e dell'illecito amministrativo siano trattati

¹³² CARLI, L., *Le indagini nel sistema processuale penale*, Milano, 2005, p. 51.

¹³³ BERNASCONI, A., PRESUTTI, A., *op. cit.*, p. 314.

¹³⁴ BASSI, A., EPIDENDIO, T. E., *op. cit.*, p. 579. Concorde con questa conclusione anche Di Bitonto, secondo la quale nell'ipotesi in cui «l'indagine a carico dell'ente proceda separatamente da quella nei confronti della persona fisica, i corrispondenti tempi investigativi decorreranno autonomamente, sì da consentire l'applicazione della disciplina delle proroghe con esclusivo riguardo al procedimento concernente il soggetto collettivo». (DI BITONTO, M. L., *Le indagini e l'udienza preliminare*, in *Reati e Responsabilità degli enti. Guida al d.lgs.8 giugno 2001*, n. 231, Milano, 2010, p. 601).

simultaneamente, [...] la proroga dei termini delle indagini richiesta ed ottenuta con riguardo al reato presupposto non potrà non valere anche per il procedimento – riunito per l’illecito amministrativo conseguente»¹³⁵. Questo perché, quando il principio del *simultaneus processus* non è derogato, «le indagini sull’illecito [...] potranno protrarsi oltre i termini previsti dall’art. 405 comma 2 c.p.p. solo se ciò avviene nel relativo procedimento penale, dovendosi escludere che nei confronti dell’ente collettivo la fase investigativa possa protrarsi più a lungo di quella concernente il reato»¹³⁶.

La soluzione appena prospettata si pone in linea con l’esigenza di preservare l’unitarietà del processo simultaneo, e costituisce un tentativo lodevole di ridurre il più possibile le ipotesi di separazione, tanto più che, in virtù dell’espressione usata dalla lettera c) del secondo comma dell’art. 38, le deroghe al processo simultaneo non sono così poco frequenti¹³⁷. A questo riguardo, in senso critico rispetto a un’interpretazione “a maglie larghe” che finirebbe per annullare di fatto la regola *ex art. 38* primo comma, si è ritenuto legittimo sostenere che «la terza ipotesi di separazione presa in considerazione dal legislatore riguardi esclusivamente i casi in cui si registri una divaricazione insuperabile tra lo schema procedimentale relativo alla persona fisica ed il corrispondente paradigma relativo al soggetto collettivo»¹³⁸.

Questa prima interpretazione, proprio seguendo la scia dei tentativi di assicurare la riunione dei due procedimenti nella maggior parte possibile dei casi, ha sicuramente il pregio di evitare che lo strumento della proroga possa costituire un mezzo per provocare una divaricazione fra i due *iter* procedimentali e incrementare ulteriormente i casi delle eccezioni alla regola¹³⁹.

¹³⁵ BASSI, A., EPIDENDIO, T. E., *op. cit.*, p. 578.

¹³⁶ DI BITONTO, M. L., *Le indagini*, cit., p. 600.

¹³⁷ In questa sede è utile riprendere i casi elencati dall’art. 38, nei quali sono ammesse deroghe al principio del *simultaneus processus*. Ci limitiamo a prendere in esame le sole evenienze in cui la separazione possa verificarsi già dalla fase delle indagini preliminari. Riportiamo dunque solo la lett. c) dell’art. 38, secondo comma, perché le due lettere precedenti fanno riferimento ai casi di sospensione del procedimento *ex art. 71* c.p.p. e alla definizione del processo con un rito alternativo, evenienze che non possono manifestarsi nella frase prodromica: la lettera c) prevede quindi un’eccezione alla regola generale quando «l’osservanza delle disposizioni processuali lo rende necessario». A questo riguardo, si è affermato in senso critico come «il tenore letterale dell’art. 38 comma 2 lett. c) legittimi interpretazioni “a maglie larghe” che annullino, di fatto, la regola del *simultaneus processus*». (DI BITONTO, M. L., *Studio sui fondamenti*, cit., p. 142).

¹³⁸ DI BITONTO, M. L. *Studio sui fondamenti*, cit., p.142.

¹³⁹ Abbiamo già in precedenza descritto i vantaggi di un processo simultaneo. Sul punto v., più approfonditamente, *retro*, capitolo IV p. 131.

Ma altra parte di autorevole dottrina ha invece affermato l'esatto contrario, cioè che «la valutazione deve [...] riguardare il singolo addebito, non potendosi escludere che la proroga sia necessaria nei confronti dell'ente e non nei confronti dell'indagato e viceversa»¹⁴⁰. Questa diversa impostazione ridimensiona l'importanza della trattazione unitaria e privilegia l'esigenza di assicurare che il pubblico ministero possa disporre dello strumento della proroga nelle indagini preliminari *de societate*, in maniera del tutto autonoma dalle scelte da lui operate in relazione alle indagini preliminari sulla persona fisica.

In questa maniera si conclude che, a prescindere dalle scelte dell'organo della pubblica accusa nella corrispondente fase preliminare che vede coinvolto l'individuo, «ciascuna proroga può essere autorizzata dal giudice, comunque entro il termine massimo di durata delle indagini preliminari per il reato presupposto ai sensi dell'art. 407 c.p.p.»¹⁴¹ ma senza che, giova ribadirlo, il p.m. sia costretto a chiedere la proroga per entrambi gli addebiti.

A questo proposito, a sostegno a siffatta lettura, è stato affermato che l'assenza del dovere del pubblico ministero di richiedere una proroga congiunta non necessariamente contrasta con il principio espresso dall'art. 38 lett. c d.lgs. n. 231 del 2001, poiché questa disposizione consente la separazione proprio quando lo richiedono ragioni di natura processuale.¹⁴²

In questo senso, la ragione atta a giustificare una separazione sarebbe quella di «ricostruire con completezza i singoli profili degli addebiti al di fuori del più auspicabile accertamento simultaneo»¹⁴³.

Ad ogni modo, si può concludere che il pubblico ministero sia depositario di un importante potere di scelta in ordine al mantenimento della simultaneità fra i due procedimenti.

Del resto la scelta di una conduzione separata dei procedimenti, attuata attraverso una richiesta di proroga, non è del tutto infrequente.

Si noti poi che l'intera funzionalità dell'istituto dell'annotazione ai fini del contenimento della durata delle indagini dipende in definitiva da un unico soggetto: in

¹⁴⁰ VARRASO, G., *op. cit.*, p. 277.

¹⁴¹ *Ibidem.*

¹⁴² *Ivi*, p. 278

¹⁴³ *Ibidem.*

assenza di un sindacato del giudice, che è stato escluso dalla maggior parte della giurisprudenza, è sempre il p.m. che decide, sfruttando l'elasticità dell'avverbio "immediatamente" previsto dal legislatore, quando annotare e pertanto quando attivare la decorrenza dei termini di durata.

Questa possibilità di scelta fa sì che la rottura del processo simultaneo possa verificarsi anche senza l'utilizzo dello strumento della proroga richiesta in relazione a uno solo dei due procedimenti: la separazione a ben vedere può infatti essere provocata anche dalle discrasie temporali fra l'annotazione e l'iscrizione.

Inoltre, da quanto esposto in precedenza, è emerso un rischio ulteriore che non può essere sottovalutato, il rischio cioè che l'organo della pubblica accusa, esercitando la discrezionalità riconosciutagli dalla legge nell'esercizio del potere di secretazione, in maniera arbitraria e in violazione dei doveri attinenti alla sua funzione, provochi il fallimento di un'altra funzione dell'annotazione, la funzione di garantire «all'ente interessato che ne faccia richiesta di venire a conoscere dell'esistenza di un procedimento a proprio carico [...] quando il pubblico ministero non abbia ancora proceduto al compimento degli atti»¹⁴⁴ che giustificano l'invio dell'informazione di garanzia.

Lo strumento dell'annotazione, quindi, presenta almeno due profili critici: un possibile aggiramento della durata delle indagini preliminari e una possibile violazione delle prerogative della difesa coinvolte nella conoscibilità dell'instaurazione di un procedimento a proprio carico.

In relazione al primo aspetto è emerso che «la collocazione nel tempo di tale segmento del procedimento non è immune dalle opzioni dello stesso organo dell'accusa, che ha la possibilità di far scivolare in avanti, posticipandolo, il momento dell'iscrizione nel registro»¹⁴⁵.

In relazione al secondo aspetto, possiamo affermare che vi è uno stretto legame fra la comunicazione dell'annotazione, ciò che viene comunicato e il diritto sancito nell'art. 24 della Costituzione, dal momento che «la preparazione di un'adeguata difesa richiede

¹⁴⁴ DI BITONTO, M .L., *L'avocazione facoltativa*, Torino, 2006, p. 209.

¹⁴⁵ ZAPPULLA, A., *op. cit.*, p. 328.

la conoscenza dell'addebito a proprio carico e, soprattutto, l'individuazione del ruolo ricoperto dalla persona fisica a cui viene attribuito il reato»¹⁴⁶.

Preso atto di ciò, proveremo nel corso del capitolo successivo a operare un confronto con altri ordinamenti, per verificare se e in che modo i principali profili critici dell'istituto sino ad ora emersi si manifestano anche in scenari alternativi.

¹⁴⁶ PERUGIA, D., *Informazione di garanzia all'ente e diritto di difesa*, in *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi, Torino, 2018, p. 166.

Capitolo V

Profili critici della disciplina dell'annotazione: possibili soluzioni alla luce di una ricerca comparata

SOMMARIO: 1. Panorama delle procedure per l'accertamento della responsabilità societaria: le finalità, il metodo e l'oggetto della ricerca comparata. –1.1 Il sistema francese. – 1.2 Il sistema inglese. – 1.3 Il sistema americano. – 1.4 I principi comuni ai diversi sistemi. –2. Il rischio di un aggiramento del limite della durata massima delle indagini preliminari: il sistema italiano e francese a confronto. – 3. La mancata corrispondenza fra l'istituto dell'annotazione e le esigenze difensive dell'ente: la difesa prima del dibattimento nei processi anglo-americani.

1. Panorama delle procedure per l'accertamento della responsabilità societaria: le finalità, il metodo e l'oggetto della ricerca comparata

Da quanto esposto nel corso dei precedenti capitoli è emerso che la disciplina dell'annotazione presenta diversi profili problematici.

Pur essendo consapevoli che l'istituto dell'annotazione costituisce una disciplina *sui generis*, e che non è facile trovare istituti corrispondenti in altri ordinamenti, si ritiene interessante prendere in esame alcuni sistemi giuridici diversi dal nostro, al fine di verificare se e in che misura le criticità emerse nella disciplina italiana risultino condivise.

Innanzitutto, occorre precisare che il ricorso al diritto comparato è un'impresa tutt'altro che agevole poiché, come è facile immaginare, numerose e radicali sono le differenze che si riscontrano tra i diversi sistemi processuali penali. Infatti, «le procedure nazionali sono [...] poste sotto il segno di un pluralismo non sempre ordinato e sovente conflittuale»¹. Le difficoltà non devono però indurci a rinunciare all'impresa, poiché non si può negare che la circolazione delle esperienze presenti notevoli pregi.

¹ DELMAS-MARTY, M., *Una ricerca processuale transazionale*, in *Procedure penali d'Europa*, a cura di M. Chiavario, Padova, 2001, p. 16.

Infatti, «l'opera di sottoposizione a scrutinio di altri ordinamenti giuridici può divenire complementare nella scelta di emendare o ammodernare il corpo normativo considerato [...] anche solo per interpretarlo in maniera più compiuta»².

Pertanto non appare privo di utilità il tentativo di accertare se i profili problematici emersi nell'analisi della disciplina italiana sull'annotazione possono essere superati prendendo spunto dalle soluzioni fornite da altri ordinamenti.

Tuttavia, prima di procedere, è necessaria una premessa: considerato che nelle procedure per l'accertamento della responsabilità societaria si applicano sia delle regole specifiche previste esclusivamente per le società sia i principi generali della procedura tradizionale, nel panorama che proveremo a descrivere, prenderemo in considerazione entrambi. Nel contesto di un'analisi comparata, in effetti, non sempre è opportuno distinguere fra le procedure penali tradizionali e procedure delle società.

Il confronto su cui si baserà la nostra ricerca coinvolgerà innanzitutto due dei maggiori ordinamenti giuridici europei, quello francese e quello inglese. La scelta di questi due sistemi giuridici non è casuale: dal momento che la nostra attività di comparazione è finalizzata alla proposta di possibili soluzioni alle criticità emerse nel nostro sistema, si è preferito fare riferimento a quei Paesi che presentano scenari diversi e quindi alternativi rispetto a quello Italiano.

In particolare, il sistema francese si presenta come un'eccezione rispetto alla scelta del legislatore italiano e della maggior parte degli ordinamenti continentali europei di non prevedere espressamente la natura penale del procedimento *de societate*. In Francia, infatti, dal momento che la responsabilità societaria viene qualificata come penale, non si pone il problema della sua natura né della sede del suo accertamento, essendo questa assorbita all'interno della sfera di attrazione del diritto penale e quindi soggetta automaticamente alle sue procedure.

In relazione a questo aspetto, possiamo osservare che l'opzione del legislatore italiano di realizzare per l'accertamento della responsabilità societaria «un ordito unico e omogeneo di disposizioni sostanziali e processuali»³ è criticabile perché finisce per

² MORSELLI, C., *Modelli processuali in Francia e in Italia*, Milano, 2013, p. 57.

³ BELLUTA, H., *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Torino, 2018, p. 2.

disegnare un «diritto penale concentrato su un nuovo attore della scena criminale»⁴ e un «processo la cui vera vocazione pare ancora da svelare»⁵.

Tutto ciò rende il sistema italiano un po' più complesso rispetto a quei ordinamenti, come quello francese, che in generale applicano in maniera diretta la procedura prevista per il rito penale, e si limitano semmai a introdurre, nella stessa sede della procedura penale tradizionale, alcune regole particolari legate alla peculiare fisionomia del soggetto collettivo⁶.

Inoltre, il confronto con l'ordinamento francese appare particolarmente utile sul tema, assai delicato, della durata della fase preliminare. Anche in questo caso si registrano, infatti, profonde differenze, soprattutto con riguardo alla struttura stessa degli uffici e alla ripartizione tra i diversi segmenti dell'*iter* procedimentale.

Per quanto riguarda il sistema anglosassone, si è ritenuto che questo potesse costituire un valido termine di paragone sia per l'importanza del principio della discrezionalità dell'azione penale sia per il peculiare approccio alla materia della responsabilità societaria.

Altrettanto utile ci è sembrato oltrepassare i confini europei per operare un confronto anche con quanto avviene negli Stati Uniti al fine di mettere in evidenza come due ordinamenti, entrambi legati alla tradizione giuridica dei sistemi di *common law* e all'apparenza simili, presentino in realtà scenari diversi. Si è scelto quindi di focalizzare la ricerca sulla materia della difesa prima del dibattimento, perché è qui che si registrano i punti di forza e di debolezza delle diverse strategie e dei diversi strumenti a disposizione.

Ad ogni modo, dopo aver precisato l'oggetto della ricerca, è conveniente osservare che, sebbene la procedura penale abbia subito, nel corso del tempo, le influenze di diverse correnti di pensiero, è possibile individuare due teorie principali che hanno segnato in maniera decisiva i diversi sistemi procedurali che ad esse si sono ispirate. Ci riferiamo al pensiero classico e a quello positivista.

Secondo il pensiero classico, di cui Beccaria può essere considerato il maggiore esponente, la procedura penale rappresenta «un baluardo contro “gli abusi di un potere

⁴ *Ivi*, p. 3.

⁵ *Ibidem*.

⁶ È doveroso precisare comunque che l'ordinamento italiano non è l'unico a non prevedere espressamente la natura penale del procedimento *de societate*, in quanto si tratta di soluzione condivisa con la quasi totalità degli ordinamenti continentali europei, fatta eccezione della Francia.

senza limiti”»⁷ e pertanto il processo penale deve essere caratterizzato dai principi della separazione delle funzioni, della presunzione d’innocenza, del rispetto dei diritti della difesa, della pubblicità del procedimento e della motivazione delle sentenze.

Il pensiero positivista, al contrario, sottolinea l’esigenza di difendere la società dai criminali e conseguentemente considera le garanzie processuali come “leggi protettrici del crimine”⁸.

Sono evidenti le implicazioni delle due opposte teorie: aderendo al pensiero classico, si riconosce un ruolo determinante alla presunzione di non colpevolezza e si esclude la possibilità di utilizzare qualsiasi prova ottenuta illecitamente, posto che il processo viene considerato una sorta di “corsa ad ostacoli” nella quale un soggetto è riconosciuto colpevole solo in presenza di fatti accertati nel rispetto rigoroso delle norme procedurali; al contrario, seguendo il pensiero positivista, si pone l’accento sulla necessità del controllo del crimine e, di conseguenza, sull’esigenza di un sistema penale efficiente che privilegi la rapidità e la certezza delle procedure a discapito di alcune garanzie e di un certo formalismo⁹.

Il richiamo sopra operato alle due opposte teorie, seppur in modo sintetico e semplificato, può essere utile a comprendere meglio la differenza esistente tra il modello accusatorio e il modello inquisitorio. Il primo, tipico dei paesi di *common law*, assegna un ruolo determinante alle parti in gioco – l’accusa e la difesa – che sono dotate in teoria di “armi pari” e considera il giudice un arbitro che si limita a garantire il rispetto delle regole.

Nel modello inquisitorio – modello che trova le sue radici nell’esperienza di *civil law* – al contrario, l’indagine è condotta da un giudice istruttore che redige un fascicolo segreto da trasmettere al giudice del giudizio.

L’evoluzione del diritto processuale penale, che si è manifestata tanto negli ordinamenti di *common law* quanto in quelli di *civil law*, ha tuttavia consentito un «graduale avvicinamento dei poli del sistema sdoppiato, che divideva gli ordinamenti retti da *common law* e da *civil law* [...], la cui differenziazione segue, appunto, una linea di tendenziale attenuazione»¹⁰.

⁷ DELMAS-MARTY, M., *op. cit.*, p. 16.

⁸ *Ivi*, p. 17.

⁹ *Ivi*, p. 18.

¹⁰ MORSELLI, C., *op. cit.*, p. 58.

Questo aspetto non può sfuggire all'attenzione di un'analisi incentrata sulla comparazione. È interessante, fra l'altro, notare come questa sorta di avvicinamento sia in parte il frutto della circolazione dei saperi giuridici, e consente di semplificare l'attività di ricerca, in quanto finisce per moltiplicare le analogie, a discapito delle differenze.

Gli esempi di questa sorta di assottigliamento delle dissomiglianze sono molteplici: fra i più interessanti vi sono l'introduzione nei sistemi di *civil law* del c.d. sindacato di costituzionalità delle leggi, «inteso anche quale strumento di rottura dell'impostazione positivista che radica e concentra la produzione giuridica nel diritto legislativo»¹¹, e il ruolo sempre più crescente svolto dalla legge scritta nel sistema di *common law*, che per tradizione fonda la sua esistenza sul predominio del diritto giurisprudenziale.

Svolte queste riflessioni di carattere introduttivo, ci apprestiamo a prendere in esame diversi ordinamenti senza dare eccessivo peso, però, alle catalogazioni formali con relativo utilizzo di etichette – quali quelle ad esempio di modello inquisitorio o accusatorio, di sistema di *common law* o sistema di *civil law* – ma concentrandoci, invece, sul livello delle garanzie offerte al soggetto coinvolto, sia esso individuale o collettivo. Ne risulta che «in definitiva e generalizzando, i sistemi processuali penali, regolando il rapporto tra libertà individuale e autorità statale, possono suddividersi, per i metodi prescelti, in garantiti e non garantiti»¹².

1.1 Il sistema francese

La responsabilità societaria, nell'attuale sistema francese, è una responsabilità senza dubbio penale: il *code pénal*, all'articolo 121-2, così come modificato dalle legge 9 marzo 2004, prevede in maniera universale la responsabilità penale per tutti i reati. In questo modo si è soppresso il precedente *principe de spécialité* che restringeva considerevolmente il dominio della responsabilità penale delle società, e consentiva l'instaurazione della procedura penale solo a fronte dell'esistenza di *un texte d'incrimination spécial*¹³.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ivi*, p. 62.

¹³ MASCALA, C., AMAUGER-LATTES, M. C., *Les évolutions de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *La personnalité juridique*, a cura di X. Bioy, Toulouse, 2013, p. 291.

Le due fondamenta del procedimento penale delle società sono il principio di uguaglianza (*le principe d'égalité*) e il principio di legalità (*le principe de la légalité*).

La dottrina francese ha sottolineato che la soppressione del principio di specialità presenta proprio il vantaggio di proteggere questi due principi¹⁴.

In effetti, è proprio una lettura rigorosa del principio di uguaglianza a imporre l'incriminazione delle società per ogni illecito penale da esse commesso: infatti se si distinguesse fra reato e reato, si potrebbe creare una ingiustificata disparità di trattamento delle società rispetto alle persone fisiche.

In altre parole, si vuole intendere che, differenziando i presupposti per l'attivazione dell'*iter* procedimentale a seconda del soggetto coinvolto, si finirebbe per attuare una sorta di *status* privilegiato per le strutture societarie, perché si riconoscerebbe a loro favore una riduzione delle ipotesi di reato ad esse attribuibili.

Dall'altro lato, l'estensione piena del regime penale alle società permette una piena applicazione del principio di legalità, il quale consente alle persone giuridiche, come a quelle fisiche, di conoscere con precisione il rischio penale che potrebbe discendere dai propri fatti illeciti¹⁵.

È stato affermato, infatti, che l'unificazione del regime di responsabilità individuale e collettivo ha certamente accresciuto il rischio penale che pesa sull'impresa; ciononostante, tale fenomeno è in linea con i principi di uguaglianza, di chiarezza e di prevedibilità del diritto¹⁶.

La soppressione del principio di specialità e il conseguente ampliamento delle ipotesi in cui le società possono essere chiamate a rispondere hanno determinato, sul piano processuale, la perfetta equiparazione fra soggetti individuali e collettivi e l'estensione automatica alle *personnes morales* di tutte le garanzie previste a tutela del diritto alla difesa.

Per quanto riguarda queste garanzie, la procedura penale francese è caratterizzata da svariati diritti di fondamentale importanza, che trovano la loro sede tradizionale già nella antica *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*¹⁷ del 1789.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Di seguito abbreviata con la sigla DDHC.

Per ciò che concerne il tema della nostra analisi, citiamo in primo luogo l'art. 7 DDHC, il quale esprime il principio di legalità in materia penale e l'art. 8 DDHC, che contiene il principio della irretroattività delle leggi con il suo corollario dell'applicazione immediata delle leggi più favorevoli.

Non può sfuggire all'attenzione poi la presunzione di innocenza, contenuta nell'art. 9 DDHC, il quale afferma che «poiché ogni uomo è presunto innocente fino a che non sia stato dichiarato colpevole, se si giudica indispensabile arrestarlo, ogni rigore che non sarà necessario per assicurarsi della sua persona deve essere severamente represso dalla legge».

Preme precisare che, per quanto sia risalente nel tempo, questa fonte è comunque attuale, perché incorpora fondamentali garanzie che, oltre ad appartenere alla tradizione francese, sono radicati nel sentimento comune del popolo¹⁸.

Questo contribuisce a spiegare il particolare attaccamento dei cittadini francesi a questa carta, definita una «conquista rivoluzionaria»¹⁹ rispetto all'*Ancien Règime*.

Fra i diritti più rivoluzionari possiamo citare il diritto a “non essere arrestato o detenuto arbitrariamente”. Questo diritto, «con il termine un po' desueto di *sûreté* [...] è riportato, opportunamente collocato tra la proprietà e la resistenza all'oppressione, nella lista dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo proclamati all'articolo 2»²⁰.

Considerata l'antica origine della carta e nonostante il peso della tradizione, come è agevole comprendere, nel corso del tempo, si sono resi necessari svariati adattamenti, anche per la rigidità dei suoi principi.

Per ciò che attiene più strettamente il processo penale tradizionale, è stato ammesso che «applicato rigidamente, il diritto alla *sûreté* confortato dalla presunzione di innocenza, porterebbe a rifiutare qualsiasi detenzione, non fosse altro che una semplice ritenzione, prima che sia intervenuto un giudizio»²¹.

Per questi motivi non possiamo trascurare il fatto che il sistema francese, oltre che da questo tradizionale diritto, non può prescindere dalla tutela della *securité*, che, – come

¹⁸ È interessante notare, a questo proposito, che il *Conseil constitutionnel* «ha riconosciuto valore costituzionale a parecchi principi generali, benché non espressamente inseriti nella Costituzione del 4 ottobre 1958». (DERVIEUX, V., *Il processo penale in Francia*, in *Procedure penali d'Europa*, a cura di M. Chiavario, Padova, 2001, p. 105). Fra questi principi generali, vi sono anzitutto quelli compresi proprio nella *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789.

¹⁹ DIDIER, T., *L'evoluzione della procedura penale francese contemporanea: la tentazione securitaria*, in *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, a cura di V. Baldini, Napoli, 2005, p. 97.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ivi*, p. 98.

affermato dal *Conseil constitutionnel* a seguito della decisione del 19 e 20 gennaio 1981 relativa alla legge Sicurezza e Libertà – insieme alla *sûreté* costituisce l'ossatura della procedura penale²².

Un altro principio della procedura penale non meno importante è il diritto all'assistenza difensiva: deve infatti riconoscersi che «ogni persona che sia formalmente oggetto di indagini da parte del giudice istruttore o che comunque sia stata portata in giudizio ha diritto ad essere assistita da uno o più avvocati di sua scelta oppure, in mancanza di nomina del difensore di fiducia, a vedersene assegnato uno d'ufficio dal presidente del consiglio dell'ordine»²³.

Oltre ai principi a tutela del soggetto coinvolto, si possono enunciare in questa sede altre fondamentali regole sull'accertamento della responsabilità: innanzitutto quella contenuta nell'articolo 121-1 del codice penale francese, secondo il quale «nessuno può essere responsabile penalmente per un fatto diverso dal proprio». Si tratta di un precetto che deve necessariamente avere dei risvolti processuali, perché influisce sulle modalità di imputazione del reato: in altre parole, il principio della personalità delle responsabilità richiede *l'indépendance des culpabilités* fra le persone fisiche e le persone giuridiche: ciascun soggetto risponde per le proprie colpe, che devono essere costruite sulla base di autonomi criteri di imputazione²⁴.

A questo riguardo, assume un'importanza decisiva la previsione del legislatore francese che, ai fini dell'attivazione di una procedura a carico della società, richiede una «*infraction commise pour le compte de la personne morale*».

La maniera corretta di interpretare questa espressione, secondo i commentatori francesi, sarebbe quella di limitare il campo della responsabilità delle persone giuridiche alle sole infrazioni che sono suscettibili di procurare loro un vantaggio, o di procurare un profitto. In altre parole, per usare l'espressione della dottrina francese, la responsabilità della società suppone certamente la realizzazione «*d'une fautive lucrative*»²⁵.

²² *Ivi*, p. 99.

²³ DERVIEUX, V., *op. cit.*, p. 114.

²⁴ TRICOT, J., *Corporate criminal liability in France*, in *Corporate criminal liability and compliance programs. First Colloquium*, a cura di A. Fiorella e A. Stile, Napoli, 2012, p. 140.

²⁵ MASCALA, C., AMAUGER-LATTES, M. C., *op. cit.*, p. 291 ss.

È stato fatto notare come la condizione «*pour le compte*» escluda, fra l'altro, una responsabilità di tipo vicariale, perché basa il reato della società sulla rappresentazione dell'infrazione e garantisce quindi una responsabilità che è necessariamente personale²⁶.

La giurisprudenza francese ha infatti posto l'accento sul contesto della realizzazione dell'illecito che dovrebbe iscriversi nella struttura della politica commerciale della persona giuridica²⁷. Si tratta di un principio che caratterizza il sistema francese, laddove la nozione di «*politique commerciale*» non è limitata al concetto di cultura d'impresa, ma si estende di fatto anche alla c.d. cultura dell'organizzazione interna della società.

Deve, inoltre, essere precisato che la procedura francese delle società è disciplinata, oltre che dalle norme di procedura penale tradizionale, anche da alcune regole particolari che si trovano all'interno del codice: ci riferiamo agli artt. 706-41 ss., collocate nel libro IV sotto il titolo «*De la poursuite, de l'instruction et du jugement des infractions commises par les personnes morales*».

Non si ravvisano regole molto diverse da quelle stabilite per le società italiane: per lo più si tratta di disposizioni che si limitano a chiarire alcuni aspetti non specificati dalla procedura penale tradizionale e legati alla particolare fisionomia della persona giuridica.

Ci riferiamo ad esempio all'art. 706-41, il quale stabilisce, in maniera del tutto simile all'art. 39 comma 1 del decreto, che l'ente è rappresentato in giudizio dalla persona del suo legale rappresentante e che quest'ultimo è autorizzato a compiere «*tous les actes de la procédure*».

Il panorama sulla procedura penale francese delle società, per quanto sintetico, non può trascurare il ruolo assegnato all'articolo preliminare al codice di rito, che è stato definito una «“norma faro”, che ricalca, peraltro con qualche vistosa lacuna, i principi che connotano il *procès équitable* nelle carte dei diritti»²⁸.

L'articolo introduttivo richiede che la procedura penale sia *équitable e contradictoire* e che preservi l'equilibrio delle parti.

Inoltre, sulla base del principio di uguaglianza, vi è stabilito che le persone che si trovano in condizioni simili e perseguite per gli stessi reati devono essere giudicate

²⁶ TRICOT, J., *op. cit.*, p. 143.

²⁷ *Ivi*, p. 148. In particolare, l'assunto secondo il quale le infrazioni dalle quali può scaturire la responsabilità societaria sono quelle che sono suscettibile di iscriversi all'interno della politica commerciale è stato riferito alla *Cour de cassation* (Chambre criminelle, 25 juin 2008, Bull. crim., n.°167).

²⁸ AIMONETTO, M. G., voce *Processo penale francese*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. II, Tomo I, Milano, 2008, p. 725.

secondo le stesse regole. Ancora viene sottolineata l'importanza dell'informazione del procedimento, oltre a una serie di regole che costituiscono lo scheletro di ogni processo penale rispettoso dei diritti umani: il diritto di essere assistiti da un difensore, di essere presunti innocenti fino a che la colpevolezza non sia stata accertata e di far esaminare la condanna da un'altra giurisdizione.

Si tratta di una sorta di prologo al codice, che non ha solo un valore dichiarativo e programmatico, dal momento che il suo contenuto viene in genere impiegato al fine di una corretta interpretazione del codice di procedura penale. A questo riguardo, possiamo anche affermare che «la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha progressivamente ampliato il ruolo giocato dall'*article préliminaire* nell'interpretazione delle norme codicistiche, dapprima cassando certe decisioni sulla base della normativa convenzionale e dell'*article préliminaire*, successivamente facendo leva esclusivamente su quest'ultimo, e ciò laddove la parte ricorrente non vi avesse fatto esplicito riferimento»²⁹.

I tratti fondamentali dell'ordinamento transalpino rimangono dunque queste importanti garanzie che convivono ancora oggi in un sistema tendenzialmente inquisitorio, sistema in cui le regole che riguardano le procedure sono diversamente modellate a seconda della gravità dei reati, dal momento che l'*iter* processuale, è «più complesso per i reati più gravi, più semplificato man mano che decresce la gravità delle infrazioni»³⁰.

1.2 Il sistema inglese

Procediamo adesso con la descrizione delle linee generali del processo penale delle società in Inghilterra.

Ciò che innanzitutto deve essere registrato è che «di fronte al sistema processuale penale inglese, l'osservatore straniero è subito colpito da una difficoltà di base [...]: le norme si trovano sparpagliate in una serie di testi legislativi, che vanno dal XIV secolo ai nostri giorni, e in un'abbondante giurisprudenza»³¹.

²⁹ *Ivi*, p. 726.

³⁰ *Ivi*, p. 725.

³¹ DELEUZE, B., *Il processo penale in Inghilterra*, in *Procedure penali d'Europa*, a cura di M. Chiavario, Padova, 2001, p. 231.

Questa situazione integra una profonda differenza con i diritti dell'Europa continentale, che «sono stati oggetto di un'elaborazione razionale, sistematica e sono stati approfonditi nelle loro strutture»³².

Il tratto distintivo dell'ordinamento inglese è il ruolo assegnato alla giurisprudenza: si tratta infatti di «un sistema che devolve al giudice il compito di elaborare concetti e categorie attraverso la casistica giurisprudenziale»³³.

La cultura inglese si è mostrata, e ancora oggi si mostra, fedele a «una visione del fenomeno giuridico strettamente legata al costume, alla tradizione, all'empirismo giudiziario, fondato su un sistema pluralistico di fonti, refrattario a qualunque opera di codificazione»³⁴.

L'assenza di un codice tuttavia non ha impedito alla procedura penale inglese di recepire le fonti internazionali di tutela dei diritti umani, e questo è stato possibile grazie all'*Human Rights Act* del 1998, il quale ha riconosciuto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che era stata già precedentemente ratificata, un effetto diretto nell'ordinamento interno a partire dal 2 ottobre del 2000³⁵.

Ad ogni modo, indipendentemente dall'efficacia delle fonti internazionali, i principi fondamentali della procedura penale inglese hanno un'origine autorevole e distante nel tempo; ci riferiamo innanzitutto al diritto a un processo “giusto” che la cultura anglosassone trae dall'art. 39 della *Magna Charta*, dove si legge che «nessun uomo libero sarà arrestato né detenuto, ovvero spogliato dei suoi beni [...] senza un giudizio leale da parte dei suoi pari conformemente alla legge del Paese».

Ancora, in questo senso possiamo riferirci ai diritti della difesa, alcuni dei quali contenuti nel *Bill of Rights* del 1689 e nell'*Habeas Corpus Act* del 1679. Ad esempio, questi atti normativi, per ciò che attiene più da vicino la fase preliminare del processo, stabiliscono a favore del soggetto coinvolto i diritti dell'informazione sull'accusa e sull'istaurazione del procedimento a suo carico³⁶.

Altri capisaldi sono il principio della legalità della procedura, che può essere rintracciato nell'art. 1.12 del *Bill of Rights*, dove si afferma anche che l'inosservanza di

³² PATANÈ, V., voce *Processo penale inglese*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. II, Tomo I, Milano, 2008, p. 745.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ DELEUZE, B., *op. cit.*, p. 231.

³⁶ *Ivi*, p. 233.

tale principio provoca la nullità dell'atto compiuto, e il principio della proporzionalità delle pene, che ritroviamo nell' art. 20 della *Magna Charta*, il quale precisa che «non possono essere pretese né inflitte pene crudeli o ingiustificate»³⁷.

Questi diritti, per quanto pensati inizialmente per le sole persone fisiche, si applicano senza dubbio a tutti i soggetti coinvolti nel processo penale e quindi anche alle società.

La regolamentazione giuridica della responsabilità societaria è situata in una serie numerosa di *statutory enactments* risalenti nel tempo; la maggior parte di essi, tuttavia, quanto al contenuto è esposta alle inclinazioni specifiche di ogni particolare legge scritta³⁸.

Ciò, tuttavia, non impedisce di rintracciare alcuni principi di ordine generale sulla responsabilità delle *corporations* inglesi.

Innanzitutto, il sistema di responsabilità societaria nel Regno Unito mostra una stretta aderenza al modello di *identification test* creato dalla giurisprudenza.

Secondo tale modello, che è applicabile ogniqualvolta non sia previsto un *test* alternativo in uno *statute*, una società è responsabile *direttamente* solo per i reati commessi dalle persone che rappresentano la *directing mind and will* della società³⁹.

In relazione a questo aspetto si può dire che il modello inglese devia piuttosto vistosamente rispetto alla maggior parte degli altri ordinamenti: *l'identification test*, infatti, si pone in contrasto con l'emergente tendenza a riconoscere una responsabilità societaria basata sull'errore nell'organizzazione interna, piuttosto che nell'errore del singolo individuo⁴⁰.

Ciononostante, l'esperienza inglese ha il pregio di fornire una testimonianza del fatto che per attribuire un sistema di responsabilità alla società non è necessario prevedere un sistema autonomo e differenziato dal diritto penale.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ GOBERT, J., *Corporate criminal liability – What is it? How does it work in the UK?*, in *Corporate criminal liability and compliance programs. First Colloquium*, a cura di A. Fiorella e A. Stile, Napoli, 2012, p. 207.

³⁹ *Ivi*, p. 208. Per approfondire, l'origine dell'*identification test* è stato riferito a una decisione della *House of Lords* nel caso *Tesco Supermarkets vs. Ltd v. Natrass*. La Suprema Corte ha affermato un importante principio di diritto: ai fini dell'immedesimazione organica, è necessario che l'atto illecito sia compiuto da un soggetto che ricopra un ruolo sufficiente a determinare la politica aziendale. Solo in questo modo l'atto del soggetto potrà essere attribuito alla struttura societaria, che di per sé è un essere inanimato, e necessita dell'*input* di un *director* o di un *manager* qualificato per agire. (*Ivi*, p. 224).

⁴⁰ *Ibidem*.

In particolare, la dottrina ha precisato che vi sono tre tipi diversi di *offences* che possono essere attribuiti alla società⁴¹.

Innanzitutto, alla società possono essere contestati i *tradizional criminal offences*, ovvero i reati che per tradizione sono stati pensati per gli individui.

Alcune leggi scritte, come il *Bribery Act* del 2010, prevedono espressamente, in relazione a un reato particolare, la responsabilità penale delle *corporations*.

Tuttavia, anche se la previsione specifica per la responsabilità della società non è contenuta in uno *statute*, l'estensione in via generale di tutti reati pensati tradizionalmente per gli individui ai soggetti collettivi è consentita dall'*Interpretation Act* del 1937, il quale stabilisce che il riferimento a una persona nella formulazione di una fattispecie incriminatrice deve ritenersi comprensivo del riferimento alle strutture societarie⁴².

In secondo luogo, presupposto della responsabilità societaria possono essere anche i *regulatory or quasi-criminal offences*, ovvero i reati che nella cultura inglese hanno una natura ibrida: essi non portano con sé lo stigma tradizionale di un crimine, ma sono puniti con una sanzione penale⁴³.

La materia coinvolge anche aspetti della procedura di non trascurabile importanza, poiché spesso le leggi che derivano da questi *acts* impongono delle regole simili ai nostri casi di responsabilità oggettiva (c.d. *strict liability*). In questo senso, è corretto affermare che spesso le procedure dettate per i *regulatory offences* introducono delle semplificazioni per il lavoro dell'accusa, nella misura in cui escludono le necessità di provare in dibattimento la volontà, da parte della società, di procurare gli eventi del reato⁴⁴. Ad esempio, una società inglese potrà essere considerata responsabile di un *regulatory offence* nel caso in cui è imputabile al soggetto collettivo la violazione delle disposizioni dell'*Health and Safety at Work act* del 1974, dell'*Enviromental Protection Act* del 1990 o del *Food Safety Act* del 1990⁴⁵.

⁴¹ *Ivi*, p. 213.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ivi*, p. 214.

⁴⁴ *Ivi*, p. 215. A questo proposito è stato sottolineato che l'attribuzione a una società inglese di un *regulatory offence* non crea problemi di ricostruzione dell'elemento soggettivo e «soggiace all'ampio spettro della *vicarious liability*» (LOTTINI, R., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005, p. 111).

⁴⁵ I *regulatory offences* sono illeciti introdotti dalla così detta *social regulatory legislation* per far fronte al più recente sviluppo economico e tecnologico. Si tratta quindi di reati previsti da norme dirette a regolare le attività economiche, in modo che queste attività si svolgano con rispetto della sicurezza sul

Infine, deve essere considerata una terza categoria di illeciti: i *non-criminal offences*. Ad esempio, il *Companies Act* del 2006 contiene numerose previsioni che consentono l'applicazione di sanzioni pecuniarie per una serie di illeciti civili.

Nonostante la loro dichiarata natura non penale, queste disposizioni possono essere considerate un presupposto della responsabilità societaria. Ciò è legato al fatto che le corti inglesi hanno accettato la nozione di *crime*, così come individuata dai giudici a livello europeo.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha affermato infatti che, indipendentemente dalla qualificazione formale, la sanzione amministrativa è equiparabile a una sanzione penale quando sono equivalenti la funzione punitiva, il grado di severità e la natura dei procedimenti applicativi⁴⁶.

Inoltre, nell'esperienza inglese, il fenomeno della responsabilità societaria è stato esaminato sotto un punto di vista alternativo rispetto al sistema nostrano, ovvero quello delle possibili relazioni esistenti fra la responsabilità individuale dei *corporate executives* e la responsabilità collettiva delle *companies*.

La cultura anglosassone pare essere sensibile al tema della reciproca istigazione a delinquere che potrebbe instaurarsi fra la società genericamente considerata e le singole persone fisiche che la compongono.

La dottrina inglese ha, infatti, affermato che i *senior managers* sono responsabili della formulazione e dell'esecuzione della politica aziendale: sotto quest'ottica, vi sono molte situazioni che potrebbero integrare la complicità di questi individui nel reato commesso dalla società: per esempio essi possono essere considerati dei favoreggiatori o degli istigatori del reato societario tutte le volte in cui non hanno correttamente calibrato il *training* formativo per i nuovi impiegati al grado del pericolo della commissione dei reati, e in questo modo hanno creato le condizioni favorevoli affinché la società nel suo complesso potesse delinquere⁴⁷.

Inoltre, queste forme di complicità possono riguardare in maniera invertita gli stessi soggetti. Può verificarsi, infatti, il caso in cui è la persona giuridica a essere complice

lavoro, dell'igiene o dell'ambiente. Il settore del diritto penale in questione inoltre è stato particolarmente fertile per il sorgere della responsabilità penale delle persone giuridiche. (LOTTINI, R., *op. cit.*, p. 112).

⁴⁶ La regola è stata sostenuta dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, ad esempio nel caso *Grande Stevens e altri c. Italia*.

⁴⁷ GOBERT, J., *op. cit.*, p. 230.

del reato commesso dal singolo individuo: una società, attraverso politiche scorrette o l'assenza di etica, può certamente facilitare e premiare l'illegalità individuale⁴⁸.

La dottrina inglese ha pacificamente accolto l'orientamento secondo il quale è integrata una forma di complicità societaria tutte le volte in cui i *managers* chiedono ai loro dipendenti, più o meno direttamente, di violare le regole, anche attraverso il riconoscimento di premi aziendali legati alla produttività.

In questa sede è doveroso sottolineare anche che un carattere distintivo dell'esperienza processuale inglese è «una accentuata contrazione del tradizionale *trial on indictment*, sempre più spesso sostituito nella pratica quotidiana delle corti da forme alternative di giudizio»⁴⁹. La loro forma più comune è il *summary trial*, la cui caratteristica è quella di svolgersi senza la presenza della giuria. Nella stessa direzione va inquadrata la moltiplicazione dei *guilty pleas*, ovvero delle procedure accelerate che sono instaurate a seguito della dichiarazione di colpevolezza del soggetto interessato⁵⁰.

Inoltre, la cultura giuridica inglese è stata tradizionalmente legata al principio della *private prosecution*. Tuttavia, la situazione cambia a partire dalla seconda metà dell'Ottocento quando, a fianco dell'organo della *private prosecution*, viene costituito «un organo di pubblica accusa sostanzialmente in grado di agire indipendentemente dalla *private prosecution*»⁵¹.

La riforma non è da sottovalutare perché coincide con la nascita di una moderna polizia professionale, mentre nella prassi il singolo ufficiale di polizia è colui che prende il posto del *private prosecutor*⁵².

Si deve però tenere presente che ancora oggi nel Regno Unito non esiste una polizia di Stato articolata su base nazionale: esistono infatti diverse *police areas* ognuna delle

⁴⁸ *Ivi*, p. 233.

⁴⁹ DEZZA, E., *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, 2009, p. 119.

⁵⁰ A questo proposito, è interessante notare che il *summary trial* e il *guilty plea* non sono creazioni recenti, ma affondano le proprie radici nella prima fase formativa di *common law*. Del resto, fin dal medioevo, l'udienza prendeva avvio proprio con la dichiarazione di colpevolezza o di non colpevolezza da parte dell'accusato. (*Ivi*, p. 131).

⁵¹ *Ivi*, p. 120.

⁵² *Ibidem*. È opportuno segnalare a questo riguardo, che «il fatto che si sia di fronte a un processo di sostituzione del *police prosecutor* al *private prosecutor* è confermato da un eloquente elemento formale: nella tradizionale formula che indica le parti in causa (ad esempio *Smith V. Johnson*, laddove *Smith* è l'accusatore/*prosecutor* e *Johnson* l'accusato/*defendant*) il nome del *prosecutor* è quello dell'ufficiale di polizia responsabile dell'azione. (*Ibidem*).

quali corrispondente ad unità dipendenti da uno *Chief constable*, nominato dall'ente locale⁵³.

Inoltre, essa non è sottoposta dalla magistratura. Infatti «non è configurabile, nell'ordinamento inglese, un'articolazione del rapporto fra polizia e *prosecutor* omologabile a quella esistente tra polizia giudiziaria e pubblico ministero nell'ordinamento italiano»⁵⁴.

A questo proposito deve registrarsi una differenza evidente «tra l'assetto esistente in Italia, come pure in altri ordinamenti dell'Europa continentale, ove è garantito un indiscusso primato del pubblico ministero nella gestione delle indagini, e l'Inghilterra, in cui si registra un netto predominio della polizia in fase investigativa, oltre che all'assegnazione a questa di poteri [...] in punto di esercizio dell'azione penale»⁵⁵.

Ad ogni modo, il sistema attuale inglese conosce una struttura analoga al nostro pubblico ministero, il *Director of Public Prosecutions*, creato nel 1879 con lo scopo di garantire un certo grado di uniformità nella politica penale nazionale, almeno con riferimento ai reati più gravi⁵⁶.

Inoltre, l'ordinamento giuridico inglese gode oggi anche dell'esistenza di un organismo statale, il *Crown Prosecution service*, creato con il *Prosecution of Offences Act* del 1985. La riforma ha inciso sull'entità dei poteri attribuiti alla polizia inglese.

Infatti, allo stato attuale, fermo restando che allo *chief officer* compete in prima battuta la scelta sull'esercizio o meno dell'azione penale, spetta al *Crown Prosecutor* vagliare questa scelta: egli può infatti o avvalorarla oppure sconfessarla, disponendo in questo caso l'archiviazione⁵⁷.

Attraverso la creazione del *Crown Prosecution service*, «si è così istituito un apposito ufficio pubblico, autonomo e formalmente indipendente dalla polizia, ai cui funzionari spetta di riesaminare la risoluzione di promuovere l'azione penale, presa dalla polizia, nonché di rappresentare l'accusa nel processo»⁵⁸.

Quanto poi ai criteri che devono orientare l'esercizio dell'azione, in un sistema fondato sul principio di discrezionalità della *prosecution*, la decisione sull'opportunità

⁵³ PATANÈ, V., *op. cit.*, p. 748.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ivi*, p. 749.

⁵⁷ *Ivi*, p. 748.

⁵⁸ CHIAVARIO, M., *Quante figure di pubblico ministero*, in *Procedure penali d'Europa*, a cura di M. Chiavario, Padova, 2001, p. 367.

di procedere deve avvenire nel rispetto delle *guidelines* emanate annualmente dal *director of public prosecution*, che presiede oggi la struttura del *Crown Prosecution service*⁵⁹.

Le linee guida forniscono i criteri volti a restringere la discrezionalità in merito all'esercizio dell'azione penale, «sotto il duplice profilo della consistenza degli elementi probatori a fondamento dell'ipotesi accusatoria e dell'interesse pubblico all'esercizio dell'azione»⁶⁰.

Più in particolare, si chiede *al crown prosecutor* di valutare la *realistic prospect of conviction*, non solo sulla base di una *evidence sufficiency*, ovvero di una consistenza degli elementi a carico, ma anche sulla base «delle possibilità di difesa della controparte»⁶¹.

In Inghilterra, l'applicazione del principio della discrezionalità dell'azione penale consente di rendere molto flessibile il perseguimento delle società. Infatti, questo principio si rivela un ottimo strumento per limitare l'istaurazione del procedimento ai casi più macroscopici di delinquenza societaria, permettendo di trascurare quelli in cui è minore o solo remota la possibilità del coinvolgimento delle *companies* nella situazione denunciata.

La procedura inglese delle società, sempre attenta al rigoroso rispetto delle libertà economiche, intende scongiurare interventi da parte dello Stato che siano eccessivamente penalizzanti, laddove il contributo della società alla realizzazione del fatto criminoso è minimo, o del tutto assente. Di contro, non si può non sottolineare anche l'altro lato della medaglia: laddove, all'esito dell'accertamento, risulta effettivamente commesso il reato, l'intervento punitivo è decisamente severo.

In particolare, nel sistema inglese, l'ordine di pubblicazione della sentenza di condanna acquista un peso notevole e potrebbe rivelarsi persino più gravosa di una sanzione pecuniaria. La risonanza mediatica di una condanna è così amplificata che le società inglesi, in genere, cercano sempre di proteggere gelosamente la loro reputazione, sulla base della considerazione che nessun operatore economico è disposto ad

⁵⁹ PATANÈ, V., *op. cit.*, p. 750.

⁶⁰ *Ivi*, p. 750.

⁶¹ *Ivi*, p. 751.

intrattenere rapporti di affari con una società che è stata condannata, perché tali rapporti, a loro volta, rovinerebbero la propria reputazione⁶².

Il sistema anglosassone, a causa della mancanza di un codice e dell'intrinseca importanza affidata al c.d. *identification test of corporate liability* di derivazione giurisprudenziale, è stato a lungo sottovalutato quale possibile modello per operare una «*global harmonisation*»⁶³.

Tuttavia, esso presenta diversi aspetti peculiari meritevoli di apprezzamento come, ad esempio, l'estensione automatica delle norme del diritto penale ai soggetti collettivi, le leggi che contemplano le forme di cooperazione e complicità di tipo societario, e ancora la presenza di fonti specifiche di responsabilità penale che si applicano alle sole persone giuridiche, fra le quali il *Bribery act* del 2010 che fornisce un metodo alternativo utile al fine di disegnare in maniera completa e autonoma la responsabilità societaria in un particolare settore giuridico⁶⁴.

1.3 Il sistema americano

È opportuno adesso allargare il confronto al sistema giuridico americano, sistema che, a causa dell'assetto federale, appare particolarmente complesso poiché deriva da una pluralità di ordinamenti e giurisdizioni. È necessario quindi operare una distinzione fra le soluzioni adottate dall'ordinamento statale statunitense (*State Jurisdiction*) e quelle fatte proprie dall'ordinamento federale (*Federal Jurisdiction*)⁶⁵.

Per quanto riguarda l'ordinamento statale, sembra opportuno fare riferimento al *Model Penal Code*. Quest'ultimo possiede il vantaggio della sistematicità, in quanto costituisce «l'archetipo di una disciplina organica [...] posto dalla scienza giuridica a disposizione dei legislatori e delle corti»⁶⁶.

Nell'ambito di tale modello, il cui scopo è quello di orientare le scelte ermeneutiche nell'attività di interpretazione della legge, la *corporate criminal liability* conosce una

⁶² GOBERT, J., *op. cit.*, p. 219.

⁶³ *Ivi*, p. 240.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ PATAMIA, D., *Corporate crime trial: il processo penale a carico degli enti nell'esperienza anglosassone. Una nuova prospettiva di comparazione*, in *La resp. soc. amm. enti*, Marzo 2007.

⁶⁶ GALLUCCIO MEZIO, G., *Diritto e procedura penale degli Enti negli U.S.A.*, Padova, 2018, p. 16.

struttura tripartita con differenti criteri di imputazione a seconda della categoria del reato per il quale è integrata la responsabilità societaria⁶⁷.

La prima categoria riguarda i reati contravvenzionali e le fattispecie incriminatrici contenute nella legislazione speciale per le quali è prevista espressamente la punibilità dell'ente: in questo caso, l'illecito viene attribuito alla persona giuridica attraverso il modello della *vicarious liability*. In altre parole, si prevede «la diretta attribuzione di responsabilità in capo al soggetto collettivo del fatto posto in essere dall'agente in nome e per conto dell'impresa e nell'esercizio dell'incarico assegnatogli»⁶⁸.

La seconda serie di violazioni riguarda condotte di carattere omissivo, consistenti nella mancata attivazione del soggetto nelle situazioni in cui sussiste uno specifico obbligo di agire. In questi casi, la scriminante di aver adottato una *due diligence* non può operare perché il meccanismo di imputazione dell'illecito alle *corporations* segue il modello della *strict liability*. In relazione a questa seconda categoria di illeciti, possiamo notare che il meccanismo di attribuzione della responsabilità «finisce per risultare persino più rigido di quello ordinariamente applicato dalla giurisprudenza federale, non essendo neppure richiesto di accertare la preordinazione del comportamento omissivo, oggetto di incriminazione, all'ottenimento di un vantaggio a beneficio della persona giuridica»⁶⁹.

Infine, la terza e ultima categoria è quella che comprende la generalità delle fattispecie sanzionatorie che non rientrano nelle tipologie appena descritte: in questo caso, la punibilità della società è prevista solo quando la commissione del reato risulta «autorizzata, richiesta, ordinata o colposamente tollerata dai vertici della società o da un alto dirigente della medesima». In tale situazione, per l'attribuzione di responsabilità alla persona giuridica, si individuano parametri più stringenti rispetto alla generalità degli Stati federali ed emerge così «un prototipo di colpa organizzativa fondato sulla rimproverabilità dell'ente per il fatto di aver istigato l'autore del reato da cui dipende la responsabilità collettiva ovvero per aver mancato di dotarsi degli accorgimenti organizzativi idonei»⁷⁰.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ivi*, p. 17.

⁶⁹ *Ivi*, p. 18.

⁷⁰ *Ibidem*.

Tuttavia, deve essere precisato che la disciplina appena richiamata non risulta essere quella prevalente, poiché i vari Stati, in relazione ad alcuni reati, hanno piena competenza in materia penale.

Prendendo quindi in considerazione la *Federal Jurisdiction*, dobbiamo ammettere che la nozione di responsabilità societaria è certamente meno restrittiva.

In primo luogo, questo dato viene confermato dal fatto che la maggior parte degli Stati federali recepisce la teoria del *respondeat superior*. Secondo tale teoria, infatti, la posizione gerarchica ricoperta dalla persona fisica è irrilevante ai fini del riconoscimento della responsabilità societaria e gli unici elementi richiesti sono la commissione del reato a beneficio della società o nell'esercizio delle sue funzioni⁷¹.

In secondo luogo, molte corti federali hanno reso più numerosi i casi in cui è prevista la responsabilità societaria attraverso la cosiddetta teoria del "*collective knowledge*".

Si tratta di un orientamento interpretativo che riconosce la responsabilità della persona giuridica anche nel caso in cui all'autore del reato non è possibile attribuire l'elemento psicologico del dolo, a causa della mancata rappresentazione degli elementi previsti dalla norma incriminatrice⁷².

Attraverso la *collective knowledge doctrine*, non solo si realizza una completa separazione dei destini processuali della persona fisica e dell'organizzazione di appartenenza, ma si ritiene anche integrata la responsabilità di quest'ultima sulla base di «una virtuale proiezione del momento rappresentativo del reato a struttura dolosa nella sfera soggettiva non già dell'agente, ma della realtà collettiva di appartenenza nella sua interezza»⁷³.

Il caso concreto in cui la giurisprudenza aveva creato questa teoria vedeva coinvolto un istituto bancario al quale venivano contestate una serie di operazioni sospette connesse al prelievo di denaro contante per importi superiori alla soglia stabilita per legge⁷⁴. Dal momento che nessuna delle transazioni sottoposte all'obbligo di segnalazione, prese singolarmente, superava l'ammontare previsto dalla legge, nessuno dei dipendenti che si era occupato delle transazioni poteva essere condannato, non essendo a loro imputabile la *mens rea*. Ciononostante, il giudice del dibattimento aveva

⁷¹ PATAMIA, D., *Corporate crime trial: il processo penale a carico degli enti nell'esperienza anglosassone. Una nuova prospettiva di comparazione*, in *La resp. soc. amm. enti*, Marzo 2007.

⁷² GALLUCCIO MEZIO, G., *op. cit.*, p. 13.

⁷³ *Ivi*, p. 14.

⁷⁴ *United States v. Bank of New England. (Ibidem)*.

specificato che sotto il profilo rappresentativo del dolo si doveva guardare all'istituto nel suo complesso, «alla stregua di un centro di imputazione unitario, tale cioè da poter essere ritenuto legittimamente custode di tutte le informazioni rilevanti, ancorché alcune di esse fossero ignote alle persone fisiche accusate di aver materialmente posto in essere la condotta punibile»⁷⁵.

Pertanto, nel caso in cui un reato viene commesso a vantaggio dell'ente ma attraverso condotte individuali carenti di intenzionalità, l'atto illecito viene comunque imputato alla società sulla base di tale costruzione concettuale⁷⁶.

Un altro elemento caratteristico del processo penale americano è la presenza della giuria alla quale, già per volontà dei padri costituenti, viene attribuito il potere di decidere sul merito della colpevolezza⁷⁷.

Tale scelta probabilmente «affonda le proprie radici nell'esigenza [...] di recidere ogni legame con l'esperienza coloniale che precedette la formazione degli Stati Uniti d'America e che si era caratterizzata per l'ingerenza della corona inglese nell'amministrazione della giustizia»⁷⁸.

Il diritto al processo con giuria è previsto dall'articolo III della Costituzione federale, nel quale è affermato che «*the trial of all crimes, except in cases of impeachment, shall be by jury*».

Con specifico riferimento al processo contro gli enti e stando a quanto stabilito nel caso “United States v. Twentieth Century Fox Film Corporation”, tale diritto è inviolabile quando a carico dell'imputato risulta astrattamente irrogabile una sanzione pecuniaria superiore a centomila dollari, a prescindere dalle caratteristiche dimensionali e dal fatturato della *corporation*⁷⁹.

Nonostante il *right to jury trial* costituisca un diritto centrale nel sistema processuale americano, occorre precisare che si tratta di una garanzia elastica e che all'imputato è data la possibilità di rinunciare e scegliere che il suo caso venga sottoposto al giudice monocratico attraverso il cosiddetto *bench trial*⁸⁰. La disciplina federale ha previsto tre presupposti per l'istituzione di questo rito alternativo. Ai sensi della *Rule 23 (a)* del

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ PATAMIA, D., *Corporate crime trial: il processo penale a carico degli enti nell'esperienza anglosassone. Una nuova prospettiva di comparazione*, in *La resp. soc. amm. enti*, Marzo 2007.

⁷⁷ GALLUCCIO MEZIO, G., *Diritto e procedura penale degli Enti negli U.S.A.*, Padova, 2018, p. 195.

⁷⁸ *Ivi*, p. 196.

⁷⁹ *Ivi* p. 200.

⁸⁰ *Ivi*, p. 201.

Federal Rules of Criminal Procedure, sono necessari la rinuncia per iscritto da parte dell'imputato, l'assenso del *prosecutor* e l'approvazione del giudice⁸¹.

Il rito del *bench trial* costituisce un modello processuale che si distingue per le regole probatorie utilizzate. Innanzitutto, le *rules against hearsay* vengono disapplicate e quindi si assiste alla mancata attivazione del meccanismo delle obiezioni. In secondo luogo, si rinuncia al metodo della *cross examination*⁸². Da quanto appena esposto, possiamo concludere che si tratta di un «procedimento speciale dai connotati tipicamente inquisitori che si caratterizza per la notevole rapidità e concentrazione del suo svolgimento»⁸³.

Diverse possono essere le ragioni a favore di una rinuncia allo *jury trial*: questo rito alternativo, oltre a garantire un trattamento sanzionatorio più mite, presenta il vantaggio di sottrarre «alla cognizione della giuria l'accertamento di reati di particolare gravità ovvero caratterizzati da modalità di realizzazione tali da suscitare un'istintiva ostilità da parte dei giudici popolari»⁸⁴.

In particolare, tenuto conto che le vicende legate alla *corporate criminal liability* come i «macroeventi lesivi di una pluralità indeterminata di persone» presentano grande complessità tecnica ed impatto emotivo, la rinuncia alla giuria può rivelarsi per l'ente una scelta strategica⁸⁵.

Il riferimento alla procedura societaria d'oltreoceano si è reso necessario al fine di fornire un panorama completo del sistema di *common law*. Infatti, le somiglianze tra il sistema americano e quello inglese sono solo apparenti, poiché, nella realtà concreta del funzionamento della giustizia penale, si ravvisano non poche differenze che vanno «al di là dell'inappagante e mistificante etichettamento tradizionale che insiste nell'accomunare i due ordinamenti»⁸⁶.

Dunque, fra l'ordinamento giuridico americano e quello inglese, entrambi appartenenti al tradizionale sistema di *common law*, vi sono delle importanti differenze che devono essere sottolineate.

⁸¹ *Ivi*, p. 204.

⁸² *Ivi*, p. 202.

⁸³ *Ivi*, p. 203.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ivi*, p. 205.

⁸⁶ FANCHIOTTI, V., *La difesa prima del dibattimento nel modello anglo-americano*, in *Cass. pen.*, 1997, n. 1, p. 1641.

Diversamente da quanto accade in Inghilterra, dove è assente una costituzione scritta, il modello *adversary* del processo penale americano trova fondamento nella normativa di rango costituzionale del *Bill of Rights*⁸⁷. In particolare, due sono i capisaldi ai quali bisogna necessariamente fare riferimento: il privilegio contro l'autoincriminazione (*privilege against self-incrimination*) e il principio della legalità della procedura.

Il primo principio è previsto dal V emendamento della Costituzione federale americana, il quale prevede che «nessuno potrà essere obbligato, in qualsiasi processo penale, a deporre contro sé medesimo», e venne interpretato per la prima volta, dalla *Supreme Court* nel 1897 nella sentenza *Bram v. United States*, come regola atta ad affermare l'inutilizzabilità delle confessioni non volontarie⁸⁸.

Il secondo invece è contenuto nel XIV emendamento, a norma del quale, nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà e della proprietà senza un regolare processo secondo il diritto.

Inoltre, bisogna anche sottolineare che «la differenza tra il diritto sostanziale e il diritto processuale, per gli statunitensi, non è marcata come nel diritto continentale, essendo presenti una serie numerosissima di provvedimenti penali che noi definiremmo “sostanziali” comprensivi di norme sulle prove, sulla giurisdizione, sulle indagini o che comunque hanno forti ripercussioni processuali»⁸⁹.

Emblematico è, in questo senso, il *Department of Justice police statement on corporate prosecution*: tale provvedimento costituisce «una sorta di *memorandum* che predispone dei criteri guida da seguire, da parte dei magistrati, durante il processo a carico delle persone giuridiche»⁹⁰.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ MIRAGLIA, M., *Garanzie costituzionali nel processo penale statunitense*, Torino, 2008, p. 37. Tale pronuncia tuttavia rimase circoscritta in ambito federale e del resto, fino al 1964, quando venne pronunciata la sentenza *Malloy v. Hogan* il *privilege against self-incrimination* non era considerato un “*fundamental right*” alla luce della *Fundamental Right Interpretation* che consente l'estensione dei principi costituzionali contenuti nel *Bill of Rights* anche ai processi statali. A voler essere precisi l'effettivo rispetto del divieto di *self-incrimination* soprattutto nel processo penale contro gli enti costituisce un profilo problematico. In effetti, la dottrina ha sottolineato alcuni problemi che si verificano di frequente nella prassi, primo fra tutti, «l'esercizio da parte degli interroganti di pressioni fisiche o psichiche al fine di ottenere una confessione, dichiarazioni autoincriminanti o comunque pregiudizievoli per la posizione dell'indagato» (*Ivi*, p. 36).

⁸⁹ PATAMIA, D., *Corporate crime trial: il processo penale a carico degli enti nell'esperienza anglosassone. Una nuova prospettiva di comparazione*, in *La resp. soc. amm. enti*, Marzo 2007.

⁹⁰ *Ibidem*.

In particolare, il documento prima citato contiene delle linee guida che devono orientare il magistrato nel decidere se instaurare o meno una procedura penale a carico del soggetto collettivo.

A questo riguardo, può essere interessante precisare quali siano gli elementi che il *prosecutor* dovrà tenere in considerazione per effettuare una valutazione ponderata. Fra i vari criteri indicati vi sono la natura e la gravità del reato, la collaborazione dei dirigenti dell'ente nello svolgimento delle indagini, l'esistenza di un efficace modello organizzativo.

Infatti, un ulteriore tratto caratteristico dell'esperienza giuridica americana è proprio l'importanza del *compliance program*, definito come «la base giuridica per non instaurare il processo penale a carico di una società»⁹¹.

Infine, ritornando al provvedimento prima citato, non possiamo non sottolineare che il *Department of Justice police statement on corporate prosecution* originariamente conteneva delle linee guida circa i criteri di commisurazione delle sanzioni che dovevano essere obbligatoriamente seguiti dal giudice⁹². La materia ha però subito un intervento di modifica a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dei *sentencing guidelines* da parte della Suprema Corte degli Stati Uniti, con la quale è stata così di fatto ristabilita «la proverbiale discrezionalità dei giudici americani»⁹³.

1.4 I principi comuni ai diversi sistemi

Ad ogni modo, dopo aver tentato di delineare un panorama delle procedure penali delle società, è adesso opportuno esporre una sintesi dei tratti comuni ai diversi ordinamenti.

Innanzitutto pare condiviso il principio secondo il quale il reato commesso dalla persona giuridica deve costituire espressione di una sleale politica commerciale.

Sicuramente diversi sono i meccanismi scelti dai diversi sistemi giuridici per imputare l'illecito alla persona giuridica: ad esempio, mentre la Francia e l'Italia

⁹¹ *Ibidem.*

⁹² *Ibidem.*

⁹³ *Ibidem.*

pongono l'accento sulla irregolarità dell'organizzazione interna, il sistema anglosassone pone l'accento sull'errore del singolo individuo che ricopre la posizione di vertice.

In ogni caso però, per attribuire la politica sleale alla società, è richiesto sempre che ad essa sia imputabile la colpa di aver agevolato, istigato o addirittura premiato la commissione del reato.

Un altro tratto comune delle procedure prese in esame è l'estensione alle persone giuridiche, almeno sotto un aspetto formale, delle garanzie del processo penale previste per l'individuo.

Sia gli ordinamenti che considerano tale responsabilità penale sia quelli che gli attribuiscono una diversa etichetta condividono l'affermazione che anche la persona giuridica ha il diritto di difendersi, di essere presunta innocente e di essere sottoposta, prima della condanna, a un regolare processo. Questo accade perché a nessun legislatore può in effetti sfuggire un dato tanto essenziale quanto ovvio, e cioè che «le pesanti sanzioni, previste per l'ente, si ripercuotono in realtà sulle persone umane che stanno alle spalle; e coinvolgono inevitabilmente anche gli interessi di soggetti estranei alla gestione dell'ente»⁹⁴.

Le precedenti considerazioni spiegano anche un terzo aspetto comune a tutti i sistemi giuridici prima analizzati e cioè il tentativo di evitare forme di deresponsabilizzazione delle persone fisiche proprio attraverso l'introduzione della responsabilità societaria.

Questo scopo viene perseguito innanzitutto riconoscendo piena autonomia alla responsabilità del soggetto collettivo e non escludendo la possibilità che la responsabilità individuale possa coesistere con la responsabilità della persona giuridica.

Inoltre, nel caso in cui la responsabilità del fatto di reato è da attribuire esclusivamente a condotte individuali, slegate da qualsiasi coinvolgimento della persona giuridica, si evita di sottoporre l'ente a sanzione, perché ciò avrebbe ripercussioni negative nei confronti di quanti lavorano correttamente nella società.

Un altro tratto caratteristico è il fatto che alcuni beni giuridici fondamentali quali, ad esempio, la protezione della vita, la salubrità dell'ambiente o l'interesse pubblico al buon funzionamento del mercato finanziario, sono sempre coperti dalla responsabilità societaria anche negli ordinamenti, come quello italiano, che non la prevedono per tutti i reati.

⁹⁴ FERRUA, P., *La prova nel processo penale*, Torino, 2017, p. 323.

Infine, la tematica delle procedure penali delle società in ogni sistema giuridico risulta oggetto di grande dibattito poiché, all'eventuale riconoscimento della responsabilità societaria e alla connessa condanna della persona giuridica, fanno seguito sanzioni afflittive in parte diverse da quelle pensate per le persone fisiche ma caratterizzate da almeno pari efficacia punitiva.

2. Il rischio di un aggiramento del limite della durata massima delle indagini preliminari: il sistema italiano e francese a confronto

Attraverso la breve rassegna delle procedure penali operata nel precedente paragrafo, è emerso come il sistema processuale penale francese e quello italiano siano costruiti attorno alle medesime fondamentali garanzie della persona. Questo perché l'ordinamento processuale francese, pur essendo improntato a un sistema misto – quello inaugurato con il *code d'instruction criminelle* del 1808 – è stato caratterizzato da successivi interventi modificatori che lo hanno avvicinato al nostro.

In particolare, due importanti processi hanno interessato la procedura penale francese: la “costituzionalizzazione del diritto penale” e la sua “internazionalizzazione”.

Il primo fenomeno, dovuto all'attività interpretativa del *Conseil constitutionnel* che si avvale del *bloc de constitutionnalité*, ha portato all'affermazione dei principi fondamentali a garanzia dei diritti e delle libertà degli individui.

L'internazionalizzazione del diritto penale, invece, è riconducibile al recepimento nell'ordinamento francese dei principi fissati nelle carte dei diritti e in particolare nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁹⁵. Questi fattori hanno determinato lo spostamento dell'impianto tradizionale securitario verso il potenziamento delle garanzie dei soggetti coinvolti nel processo.

Nonostante le affinità esistenti tra il sistema processuale penale francese e quello italiano, non si può negare, tuttavia, che le due strutture presentino numerose differenze.

Tenuto conto dello scopo della nostra l'analisi, ovvero la ricerca delle possibili soluzioni ai profili problematici dell'istituto dell'annotazione, dobbiamo porre

⁹⁵ AIMONETTO, M. G., *op. cit.*, p. 723.

l'attenzione sulle diversità che si presentano in relazione a due aspetti: la scansione dell'*iter* procedimentale che conduce al dibattimento e la figura del pubblico ministero, responsabile del perseguimento dei reati, e quindi dell'attivazione della fase prodromica.

Innanzitutto, il procedimento francese, prima della fase del dibattimento, conosce la bipartizione, fra "*enquête*" e "*instruction préparatoire*". La prima è «la fase condotta dalla polizia giudiziaria d'ufficio o su istruzioni del procuratore della Repubblica; lo scopo è quello di raccogliere tutti gli elementi utili per consentire al pubblico ministero di effettuare la sua valutazione e le sue opzioni in merito all'azione penale»⁹⁶.

Per la verità, il codice processuale penale francese prevede due tipi di *enquête*: *l'enquête de flagrance* e *l'enquête préliminaire*.

La prima, a norma dell'art. 53 c.p.p. francese (d'ora in poi c.p.p. fr), ha origine dalla sussistenza della flagranza di reato, trova applicazione per i crimini ma anche per i delitti per i quali la legge prevede la pena detentiva, e «importa l'immediata informazione del procuratore della Repubblica il quale può recarsi sul luogo "spossessando" così dell'inchiesta la polizia giudiziaria e compiendo egli direttamente *l'enquête*»⁹⁷.

L'enquête préliminaire è, invece, disciplinata dall'art. 75 c.p.p. fr ai sensi del quale gli ufficiali di polizia giudiziaria e gli agenti di polizia giudiziaria sotto il loro controllo, procedono alle attività di ricerca tipiche di questa fase.

Inoltre, gli stessi soggetti, nel fare ciò, sono vincolati alle istruzioni del procuratore della Repubblica: ciò costituisce una similitudine con quanto avviene durante la fase delle indagini preliminari del processo penale italiano, dove le indagini sono svolte dalla polizia giudiziaria sempre però sotto l'attività di coordinamento del pubblico ministero.⁹⁸

In relazione al segmento procedimentale che prende il nome di *enquête*, dobbiamo anche precisare quale sia il ruolo svolto dalle diverse autorità: è la polizia ad aprire direttamente l'inchiesta, ma è il pubblico ministero a ricevere le denunce e le querele dei privati e a dirigere e controllare lo sviluppo delle indagini.

⁹⁶ *Ivi*, p. 734.

⁹⁷ AIMONETTO, M. G., *op. cit.*, p. 734.

⁹⁸ In particolare, si intende fare riferimento all'art. 55 c.p.p., dedicato alle funzioni della polizia giudiziaria, secondo il quale, essa svolge ogni attività di indagine disposta o delegata dall'autorità giudiziaria.

La fase dell'*instruction préparatoire*, il cui scopo è quello di «consentire al giudice di valutare la sussistenza del fatto e la sua attribuibilità all'imputato»⁹⁹ è invece disciplinata dall'art. 81 comma 1 c.p.p. fr.

Entrambi i segmenti di questa fase procedimentale trovano il loro corrispondente italiano nella fase delle indagini preliminari, poiché il nostro sistema attuale non prevede più la fase dell'istruzione, anche se ovviamente il ruolo delle parti nell'ambito della fase dell'inchiesta e dell'istruttoria francese cambiano notevolmente.

Un'importante deviazione rispetto all'attuale modello accusatorio italiano, è che «il giudice istruttore istruisce a carico e a discarico, esercitando, a un tempo, funzioni di indagine (che implicano poteri investigativi) e funzioni giurisdizionali (che implicano, se del caso, poteri coercitivi)»¹⁰⁰.

Al giudice istruttore, oltre alle investigazioni, compete la c.d. *mise en examen*, che è una prima forma di incriminazione, dalla quale derivano già importanti garanzie per l'individuo, garanzie collegate al fatto che esistono già gravi indizi di colpevolezza a suo carico¹⁰¹.

Giunti a questo punto, ci chiediamo quale possa essere nel sistema francese il ruolo del p.m. nella fase dell'istruzione, sconosciuta all'attuale sistema italiano.

Per fornire una risposta, dobbiamo prendere in esame l'art. 82 c.p.p. fr., il quale attribuisce all'organo della pubblica accusa il potere di chiedere, nella requisitoria introduttiva, «il compimento di tutti gli atti che sono necessari alla manifestazione della verità», oltre che partecipare al procedimento con cui si disponga la “*détention provisoire de la personne mise en examen*”, e contestare tutte le decisioni del giudice istruttore.

Alla chiusura dell'*instruction préparatoire*, «il pubblico ministero riacquista il suo ruolo di accusatore. Infatti, quando l'istruzione è terminata, il giudice istruttore gli comunica il fascicolo affinché egli formuli le sue requisitorie definitive, chiedendo il rinvio a giudizio, o il non luogo a procedere»¹⁰².

Si badi bene poi che, nella fase dell'istruzione, «il *réquisitoire introductif* investe il giudice istruttore *in rem* ma non *in personam*: la sua attività istruttoria si svolge in

⁹⁹ AIMONETTO, M. G., *op. cit.*, p. 737.

¹⁰⁰ DERVIEUX, V., *op. cit.*, p. 124.

¹⁰¹ *Ivi*, p. 125.

¹⁰² *Ivi*, p. 127.

relazione al fatto di reato che gli è stato attribuito»¹⁰³. Si vuole dire cioè che, prima della fase del dibattimento, l'accertamento della verità non risulta ancora individualizzato, ma è riferito al fatto storico nel suo complesso.

La seconda fondamentale differenza, come accennato, riguarda invece l'ufficio del pubblico ministero.

A questo proposito, dobbiamo ammettere che si tratta di un istituto secolare appartenente alla tradizione francese, infatti, «la sua configurazione quale organo rappresentante del potere esecutivo ed organizzato gerarchicamente risale alla riforma napoleonica»¹⁰⁴.

L'ufficio tradizionalmente prende il nome di *parquet*, e ciò deriva dal fatto che il pubblico ministero nei tribunali dell'*ancien régime* si muoveva appunto sul *parquet*, ovvero su un'area dell'aula di udienza collocata non sullo stesso piano dei giudici, ma su quello degli imputati e dei loro avvocati¹⁰⁵.

In effetti, il peso della tradizione storica gioca un ruolo importante nel definire quelle che possono essere considerate le peculiarità dell'accusa nel sistema francese: «ogni membro del pubblico ministero è tenuto a rispettare le direttive del suo superiore gerarchico concernenti l'esercizio dell'azione penale e la conduzione delle indagini, sia che tali direttive vengano date in termini generali (politica penale), sia che abbiano carattere specifico (scelte di carattere processuale in funzione dei tipi di contenzioso) o addirittura individualizzato (modo di trattare un "caso" particolare)»¹⁰⁶.

Dunque, la configurazione dell'ufficio è saldamente piramidale e accentrata al vertice, ovvero al Ministro della Giustizia che esercita un penetrante potere di controllo e fornisce le linee guida che devono indirizzare l'operato del pubblico ministero¹⁰⁷.

Ne risulta un «soggetto che, per quanto dotato di un ruolo importante nei meccanismi processuali, è concepito in maniera alquanto diversa rispetto all'ordinamento italiano»¹⁰⁸.

Il sistema ha sollevato più di una critica, perché lo scenario analizzato potrebbe tradursi in uno sconfinamento del potere esecutivo in quello giudiziario: sotto il punto di

¹⁰³ *Ibidem.*

¹⁰⁴ AIMONETTO, M. G., *op. cit.*, p. 730.

¹⁰⁵ *Ibidem.*

¹⁰⁶ DERVIEUX, V., *op. cit.*, p. 109.

¹⁰⁷ MORSELLI, C., *op. cit.*, p. 71.

¹⁰⁸ *Ibidem.*

vista della sua indipendenza infatti «si tratta di una figura [...] non espressamente tutelata»¹⁰⁹.

Ne traiamo conferma dal fatto che l'art. 64 della Costituzione Francese stabilisce che il Presidente della Repubblica è garante dell'indipendenza dell'autorità giudiziaria, come se, per certi versi, l'autonomia di magistrati non possa farsi discendere in sé, ma necessita la garanzia di un soggetto terzo. È stato affermato quindi che «questa doppia “centralizzazione” politica della magistratura – dell'autorità giudiziaria rispetto al Presidente della Repubblica e del P.M. verso il Ministro – [...] rappresenta, certamente, una *deminutio* strutturale e funzionale dell'indipendenza dei magistrati, che, appunto, ripetono la loro sfera di autonomia da un potere esterno ed extragiudiziario, di tipo politico e le cui scelte riflettono ampiamente tale matrice»¹¹⁰.

Oltre alla struttura rigidamente gerarchica, un'altra particolarità è costituita dalla discrezionalità dell'azione penale, che prende il nome di *opportunité des poursuites*. Il principio si ricava dell'articolo 40 comma 1 c.p.p. fr.

Le scelte adottabili dal pubblico ministero sono state esplicitate con chiarezza nell'art. 40-1, quale risulta a seguito della l. n. 204 del 2004. Con questa disposizione, si prevede la possibilità di promuovere l'azione penale, di adottare una procedura alternativa mediante il ricorso a forme di archiviazione condizionata o di *classer sans suite*¹¹¹.

Circa la disposizione in questione, poi, bisogna registrare la tendenza degli studiosi di diritto comparato a considerarla «una norma centrale (o “d'impronta”) [...] perché designa e disegna la direzione del volto dell'intero sistema processuale»¹¹².

A ben vedere, ciò che ha suscitato delle perplessità circa il principio di opportunità dell'azione penale è la conseguente «esclusione del carattere motivato della c.d. inazione, il cui atto (antonimo all'azione) [...] può intervenire assolutamente spoglio delle ragioni del mancato esercizio dell'azione penale [...] da parte del soggetto che la impersona»¹¹³.

È evidente, a questo punto, la contrapposizione con il principio nostrano dell'obbligatorietà dell'azione penale, dal momento che, mentre l'esercizio dell'azione

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ MORSELLI, C., *op. cit.*, p. 74.

¹¹¹ AIMONETTO, M. G., *op. cit.*, p. 736.

¹¹² MORSELLI, C., *op. cit.*, p. 107.

¹¹³ *Ivi*, p. 109.

penale per il pubblico ministero italiano è un atto assolutamente doveroso, per il suo collega francese corrisponde ad un atto discrezionale.

In particolare, *il parquet* francese può operare la valutazione di opportunità sull'esercizio dell'azione penale durante ogni momento dell'inchiesta, e può decidere di archiviare il caso sia quando sussiste una causa di estinzione dell'azione pubblica, sia quando esercita l'*opportunité des poursuites*¹¹⁴.

Dunque, attivare il meccanismo dell'*iter* procedimentale in Francia non è un dovere dal momento che, solo nel caso in cui il p.m. opti per il promovimento dell'azione penale, egli dovrà occuparsi della c.d. *requisitoire introductif*, «che apre l'istruzione ed è dunque obbligatoriamente utilizzabile per i crimini e facoltativamente per i delitti e le contravvenzioni»¹¹⁵.

Volendo quindi evidenziare il carattere distintivo dell'organo della pubblica accusa nel sistema francese, potremmo sottolineare che alla *mise en mouvement de l'action publique* egli provvede solo se è opportuno¹¹⁶.

Ad ogni modo, dopo aver esaminato le differenze esistenti tra il sistema processuale penale francese e quello italiano, affrontiamo adesso la problematica dell'aggiramento del termine di durata della fase preliminare del procedimento.

A questo riguardo, possiamo apprezzare la cura del legislatore francese nel restringere i tempi dell'inchiesta: i ritmi appaiono serrati e cadenzati in maniera rigida. È sufficiente citare solo pochi articoli del codice processuale penale francese per rendersene conto.

Ad esempio, l'art. 53 c.p.p. fr., che si occupa dell'inchiesta di flagranza, stabilisce per essa una durata di otto giorni, durata prolungabile, esclusivamente per i reati puniti più severamente, per un massimo di soli otto giorni, quando ciò è necessario “alla manifestazione della verità”.

Singolare è invece la previsione dell'articolo 75 - 1 c.p.p. fr., il quale attribuisce al procuratore della Repubblica il potere di fissare *le délai* entro il quale deve svolgersi

¹¹⁴ *Ivi*, p. 110.

¹¹⁵ AIMONETTO, M. G., *op. cit.*, p. 737. Si precisa in questa sede che i meccanismi processuali sono diversi, in relazione alle differenti tipologie di reati. Gioca un ruolo importante quindi la tripartizione fra delitti, crimini e contravvenzioni. Ad esempio, la *citation directe* che istaura immediatamente il dibattimento è adottabile solo in relazione alle due ultime tipologie di reati.

¹¹⁶ MORSELLI, C., *op. cit.*, p. 110.

l'inchiesta. Questo termine può anche essere modellato dal *parquet* sulla base delle ragioni addotte dagli *enquêteurs*.

Si deve registrare quindi che, da un lato, è il legislatore a costruire la scansione cronologica nelle linee generali ma, dall'altro, che è il procuratore a fissare il termine dell'inchiesta. Nel fare ciò, egli è tenuto ad osservare le linee guida emanate dal suo superiore gerarchico.

Anche i tempi della fase istruttoria sono oggetto di apprensione da parte del codice: questa preoccupazione «ha indotto a fissare il principio della durata ragionevole della stessa, collegata alla gravità dei fatti per cui si procede, alla complessità degli accertamenti ed all'esercizio dei diritti difensivi (art. 175 - 2 comma 1)»¹¹⁷.

Giova precisare che la terminologia usata dal legislatore francese per indicare il soggetto coinvolto in un procedimento è un po' più complessa rispetto a quella italiana.

Infatti, nel nostro sistema, si usa genericamente l'espressione di "indagato" per indicare lo *status* di chi non è ancora un imputato e, in genere, quando si fa riferimento ai diritti dell'accusato si vogliono indicare tutte le garanzie del procedimento attinenti all'individuo che ne è coinvolto, comprese certamente quelle garanzie previste nel periodo precedente il dibattimento.

Invece, in Francia il termine «*accusé*» viene impiegato con un significato diverso: con esso si indica «la persona portata a giudizio davanti ad una corte di assise, vale a dire in un'accezione più stretta di quella nella quale esso è adottato nel linguaggio dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, alla cui stregua vi si inglobano anche la persona semplicemente sospettata di aver commesso un reato»¹¹⁸.

In effetti, la terminologia francese appare più precisa perché essa distingue la situazione di ciascun soggetto in relazione al momento procedimentale in cui si trova: ad esempio, il *mise en examen* indica la persona sulla quale indaga formalmente il giudice istruttore, il *prévenu* si riferisce alla persona portata davanti il tribunale correzionale o davanti il tribunale di polizia¹¹⁹.

In relazione alla prima situazione, non pochi sono i diritti che vengono riconosciuti alla persona in seguito all'acquisto della "qualità" di *mise en examen*: «essa deve venire informata dei fatti di cui il giudice istruttore è investito; deve poter essere assistita da un

¹¹⁷ *Ivi*, p. 739.

¹¹⁸ DERVIEUX, V., *op. cit.*, p. 113.

¹¹⁹ *Ibidem*.

difensore (e anche di tale diritto il giudice ha l'obbligo di avvisarla); può chiedere determinate indagini»¹²⁰.

Oltre a queste garanzie, al soggetto *mise en examen* è accordato uno strumento peculiare di cui egli può beneficiare per controllare l'effettivo restringimento dei tempi dell'inchiesta. Si tratta di un diritto riconosciuto dall'art. 175-1 c.p.p. fr., a mente del quale il soggetto coinvolto può agire da impulso rispetto a eventuali ritardi del giudice, chiedendogli di pronunciare “*la mise en accusation devant la juridiction de jugement*” oppure di dichiarare “*qu'il n'y a pas lieu à suivre*”.

A questo riguardo si può notare che l'alternativa in questione rievoca la scelta nel sistema italiano fra formulazione dell'imputazione, e ordinanza di non luogo a procedere.

Il diritto del soggetto interessato di stimolare il giudice a una decisione può essere però attivato solo a partire dalla scadenza di un anno, da computare dalla data della “*mise en examen*”.

L'attenzione del legislatore volta ad assicurare un rapido svolgimento delle indagini è testimoniata anche dalla possibilità, prevista sempre nell'art. 175-1 c.p.p. fr, di avanzare tale domanda anche nel caso in cui, per un periodo di 4 mesi di investigazioni, non è compiuto alcun atto di istruzione.

A norma della seconda parte dell'articolo 175-1, è stabilito che entro un mese dal ricevimento di questa richiesta, il giudice istruttore scioglie l'alternativa, o dichiara con ordine motivato che sono necessari approfondimenti.

Inoltre, è stabilito che, se il giudice non statuisce entro il termine di un mese dalla richiesta, il soggetto può investire della sua domanda direttamente la sezione di accusa¹²¹.

La sezione d'accusa (la c.d. *chambre d'accusation*), è un organo di controllo tipico del sistema francese: si tratta di un istituto che ha un ampio potere di controllo e di rettificazione degli atti del giudice istruttore.

Da quanto fino ad ora detto, è possibile pervenire ad una prima conclusione: a fronte di prolungamenti nella durata dell'istruzione, il soggetto coinvolto in un'attività di investigazione è dotato di un potere efficace, poiché il codice di procedura penale

¹²⁰ *Ivi*, p. 127.

¹²¹ *Ibidem*.

francese, per scongiurare situazioni di stallo, ha introdotto una sorta di «controllo su impulso delle parti interessate»¹²².

La materia che stiamo analizzando ci consente anche di cogliere un'importante differenza rispetto al modello nostrano, una differenza che incide sul modo di calcolare la durata della fase preparatoria

Nel sistema italiano, tale durata è parametrata con riferimento alla data dell'annotazione, mentre nel sistema francese, la durata è calcolata dalla data dell'atto di *mise en examen*, atto che spetta al giudice istruttore.

In questo scenario alternativo, emerge che nessuna discrezionalità spetta all'organo dell'accusa circa la determinazione del *dies a quo* che apre la fase di ricerca: infatti è il giudice istruttore che, dopo aver proceduto a formulare la *mise en examen*, alla scadenza di un anno può trovarsi a fare i conti col il potere d'impulso delle parti interessate.

Sebbene abbia introdotto questo strumento, il legislatore francese si è però adoperato al fine di circoscrivere i casi in cui tale potere può essere esercitato.

Dal momento che l'attivazione del soggetto interessato con l'esercizio della facoltà *ex art. 175-1 c.p.p. fr.* è già sintomatico in realtà di un'inerzia da parte del giudice istruttore o di un mancato rispetto del canone della ristrettezza dei tempi di durata della fase preparatoria, il ricorso a tale strumento è da scongiurare. A questo scopo, significative sono le indicazioni fornite dall'articolo 175-2, secondo il quale in ogni caso la durata dell'istruzione non può eccedere *un délai raisonnable*. Ecco allora che il canone della ragionevole durata, pur essendo un principio cardine, trova applicazione in misura diversa a seconda delle varie situazioni: è necessario, infatti, avere riguardo alla gravità dell'accusa (cioè alla *c.d. gravité des faits reprochés à la personne mise en examen*), alla complessità delle investigazioni necessarie (ovvero delle attività utili *à la manifestation de la vérité*) e infine alle tempistiche essenziali per l'esercizio dei diritti della difesa.

Proprio a quest'ultimo riguardo, si può notare come il legislatore francese considera il tema delle tempistiche una materia estremamente delicata. Infatti, se da un lato una durata eccessivamente lunga di questa fase finirebbe per corrodere il diritto del soggetto a una ragionevole durata del processo, dall'altro una durata eccessivamente breve giocherebbe nella stessa misura a suo discapito, perché impedirebbe sia la raccolta

¹²² AIMONETTO, M. G., *op. cit.*, p. 739.

completa di tutte le prove sia la preparazione di un'adeguata difesa che necessita sempre di un arco minimo di tempo.

Ecco quindi che nella seconda parte dell'articolo 175-2 viene introdotta un'importante norma ai fini della delimitazione temporale della fase pre-dibattimentale. Viene stabilito, infatti, che, trascorso un periodo di due anni dall'*ouverture de l'information*, il giudice istruttore deve fornire adeguate spiegazioni per il mancato completamento del caso, facendo anche espresso riferimento alle *perspectives de règlement*.

Egli si trova quindi costretto a dover spiegare in maniera rigorosa perché le investigazioni stanno prendendo una piega così lunga, specificando anche le ragioni che lo autorizzano a proseguire le ricerche.

Ovviamente, non si tratta di una disposizione fine a sé stessa: l'ordinanza con cui il giudice istruttore ha giustificato il prolungamento dell'istruzione è comunicata alla *chambre d'instruction* che può, ai sensi dell'art. 222-1 c.p.p. fr., *saisir la juridiction*, ovvero può – per usare la terminologia adoperata nel contesto del sistema processuale penale italiano – “avocare a sé le indagini”.

Infatti, anche se la *chambre d'instruction* è un istituto sconosciuto all'attuale sistema italiano, la soluzione francese si presenta per certi simili al nostro istituto dell'avocazione: ai sensi dell'articolo 412 c.p.p., il procuratore generale presso la corte di appello, se il pubblico ministero non esercita l'azione penale o non richiede l'archiviazione nel termine previsto dall'art. 407, comma 3 *bis*, dispone, con decreto motivato, l'avocazione delle indagini preliminari. Il procuratore generale svolge quindi una funzione simile a quella della sezione di accusa francese.

Da quanto esposto in questo paragrafo, sembrerebbe che il tentativo di circoscrivere nel tempo la durata della fase preparatoria nel sistema francese incontri delle difficoltà maggiori di quelle presenti nel sistema italiano. Infatti, la bipartizione del procedimento francese in inchiesta preliminare e fase dell'istruttoria potrebbe essere letta come una moltiplicazione delle ipotesi in cui prolungare i tempi e aggirare il canone della “ragionevole durata”, accolto da entrambi gli ordinamenti.

A ben vedere, tuttavia, sembra potersi ammettere che l'ordinamento francese abbia ben reagito a queste difficoltà, anche perché il principio della discrezionalità dell'agire

del pubblico ministero potrebbe giovare alla speditezza del lavoro dell'organo della pubblica accusa.

Infatti, in assenza di un principio corrispondente alla regola dell'articolo 112 della Costituzione italiana, il lavoro della procura potrebbe beneficiare di un minor carico di lavoro per garantire una maggiore efficienza nella gestione dei procedimenti pendenti, e assicurare così la chiusura dei casi in tempi più rapidi.

Per concludere sul tema a cui è dedicato questo paragrafo, è opportuno sottolineare che le differenze maggiori fra i due sistemi si sono registrate proprio nella fase che precede il dibattimento, poiché all'unicità delle indagini preliminari in Italia si contrappongono le fasi dell'inchiesta e dell'istruzione¹²³.

Per quanto attiene all'inchiesta, eccetto il caso dell'inchiesta di flagranza – il cui termine è fissato dalla legge in otto giorni – la durata è stabilita dal procuratore della Repubblica. Il sistema è quindi assai elastico, e allo stesso tempo l'assenza dell'obbligatorietà dell'azione penale riduce i casi di ritardo legati a un eccessivo carico di lavoro.

È con riferimento alla fase dell'istruzione preliminare che il legislatore sembra considerare in maniera più precisa il rischio di un prolungamento eccessivo delle investigazioni. Il sistema francese prevede, infatti, un peculiare potere di impulso dei soggetti interessati rispetto ai possibili ritardi nella conclusione della fase preliminare.

Mentre nel sistema italiano il pubblico ministero ha una certa discrezionalità nella determinazione delle tempistiche, essendo egli a determinare la data dell'annotazione e quindi la data a partire dalla quale calcolare il termine di durata, nel sistema francese tutto è nelle mani del giudice. A quest'ultimo infatti spetta l'atto di messa in stato d'accusa, che è anche il momento a partire dal quale la fase dell'istruttoria può dirsi aperta.

¹²³ In effetti questa osservazione è confermata dal fatto che nella successiva fase dibattimentale non si ravvisano profonde differenze fra il sistema italiano e quello francese. È stato infatti affermato che, come il processo penale italiano, anche quello francese conosce una fase dibattimentale che «si ispira ai caratteri del modello accusatorio e dunque ai principi della pubblicità, dell'oralità, del contraddittorio» (AIMONETTO, M. G, *op. cit.*, p. 739).

3. La mancata corrispondenza fra l'istituto dell'annotazione e le esigenze difensive dell'ente: la difesa prima del dibattimento nei processi anglo-americani

Passiamo adesso ad esaminare l'esercizio del diritto alla difesa nei processi anglo-americani per verificare se e in che modo sia presente il rischio della violazione delle prerogative di questo diritto, un rischio che abbiamo considerato essere un profilo critico dell'istituto dell'annotazione.

Ciò che deve essere immediatamente sottolineato è che l'ordinamento americano ha da sempre avuto un approccio particolare alla materia in questione.

Nello specifico, è stato affermato che «il connotato di fondo della disciplina costituzionale statunitense consiste nel considerare quello all'assistenza tecnica [...] come una sorta di diritto di libertà»¹²⁴. Questo aspetto spiega perché il modo di intendere la difesa negli Stati Uniti presenta alcuni caratteri peculiari.

Innanzitutto all'interno del processo penale si conferisce piena legittimazione alla pratica dell'autodifesa, che è vista come «espressione in negativo della libertà in questione»¹²⁵.

In secondo luogo, la Costituzione non si occupa del problema specifico della difesa dei non abbienti, essendo la difesa anche per questi soggetti riconosciuta in via generale dal diritto alla libertà, e garantita attraverso la cura del singolo giudice.

Ad ogni modo, ai fini della nostra ricerca, è opportuno ritagliare i confini dell'analisi, prendendo in considerazione la difesa nella fase del processo penale americano corrispondente a quella dell'*iter* procedimentale in cui l'annotazione si colloca.

Considerando quindi la difesa all'interno della fase predibattimentale, è conveniente operare una prima distinzione fondamentale circa i ruoli che essa è chiamata a svolgere: un ruolo reattivo e un ruolo attivo¹²⁶.

Il primo è diretto a «contrastare le prove che l'avversario sta raccogliendo ed a controllarne i relativi meccanismi»¹²⁷.

La difesa di tipo attivo mira invece «allo svolgimento di indagini autonome, originate da una propria indipendente iniziativa»¹²⁸ che permettano di ottenere un'archiviazione,

¹²⁴ FANCHIOTTI, V., *op. cit.*, p. 1644.

¹²⁵ *Ibidem.*

¹²⁶ *Ibidem.*

¹²⁷ *Ibidem.*

cioè una *dismissal*, di affrontare la fase del *trial*, oppure di garantirsi «una solida posizione in sede di trattative ai fini di una soluzione negoziata del caso»¹²⁹.

La prima evenienza, per la verità, costituisce un'eventualità non molto frequente, considerato che la necessità di provvedere con archiviazione si presenta in maniera ripetuta solo nei sistemi dove vige il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, ed è invece un'eventualità rara nel contesto americano contraddistinto dal «carattere altamente “selettivo” dell'esercizio dell'azione penale»¹³⁰.

Più frequenti sono le altre alternative. In particolare, un aspetto caratteristico della difesa nel processo d'oltreoceano è la ricerca di elementi che possono rivelarsi utili ai fini del raggiungimento di una soddisfacente soluzione negoziata del caso.

A questo proposito, è doveroso un cenno ai cosiddetti *negotiated settlements*. Si tratta di accordi predibattimentali attraverso i quali le società di grosse dimensioni possono sottrarsi ai costi economici e reputazionali connessi a un processo.

La dottrina ha messo in evidenza i vantaggi di questi accordi: infatti «attraverso di essi gli enti scongiurano il c.d. *Arthur Andersen effect*»¹³¹.

La dottrina americana ha di frequente utilizzato questa espressione per indicare l'insieme delle esternalità negative di una condanna sul *business* dell'intera società, e in particolare l'*adverse publicity* che ne segue, la revoca delle licenze, o l'esclusione dai *governmental contracts*¹³².

La storia della celebre società multinazionale di revisione di bilancio, condannata per *obstruction of justice* e collassata nel 2002, è un chiaro esempio degli svantaggi che possono derivare dalla sottoposizione a processo, e dimostra come possa essere molto più conveniente fuggire da questi pregiudizievole meccanismi attraverso una soluzione negoziata del caso.

La difesa legale dell'ente è consapevole del fatto che la protezione degli interessi processuali del proprio assistito è assai ardua nel contesto del processo penale

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ *Ivi*, p. 1645.

¹³⁰ *Ivi*, p. 1644.

¹³¹ SELVAGGI, N., «*Negotiated settlements*» e responsabilità da reato dell'ente. L'esperienza americana e le prospettive di evoluzione nel sistema in Italia, in *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi, Torino, 2018, p. 221.

¹³² MAZZACUVA, F., *Justification and Purposes of Negotiated Justice for Corporate offenders: Deferred and Non-prosecution agreements in the UK and US systems of Criminal Justice*, in *The Journal of Criminal Law*, 2014, vol. 78, fasc. 3, p. 250.

americano. Salvo alcune eccezioni, l'ambizioso progetto di sottrarsi a una condanna è un traguardo difficile da raggiungere, considerato «l'ambito assai largo di applicazione dello schema *respondeat superior*»¹³³.

Da quanto detto fino ad ora, si deduce che gli accordi predibattimentali possono costituire una comoda soluzione dei profili problematici concernenti la difesa. In particolare, è stato affermato che i modelli americani di responsabilità dell'ente sono così ampi da pregiudicare spesso qualsiasi strategia difensiva del soggetto collettivo, sono in grado cioè da «mettere davvero l'ente all'angolo»¹³⁴, ed è per questo motivo che ricorrere a un *negotiated settlement* può costituire in molti casi una valida strategia per evitare di sostenere i costi legati al processo.

La conclusione di un *negotiated settlement* può essere considerata il frutto di un vero e proprio contratto fra le parti, dal momento che il controllo da parte del giudice sul suo contenuto è assai ridotto, se non del tutto assente¹³⁵.

I termini di un accordo negoziale americano sono spesso accompagnati da alcune condizioni: all'ente imputato viene richiesto di rinunciare ad appellare la decisione finale e di dichiararsi colpevole, con conseguente impossibilità di contestare la validità delle prove rinvenute nel corso delle indagini¹³⁶.

Ricorrere ad un accordo negoziale come strumento alternativo per la difesa dell'ente non è una soluzione priva di svantaggi. La dottrina ha messo in luce un nutrito elenco di criticità «che in alcuni casi può apparire come un vero e proprio *cahier de doléance*»¹³⁷.

In particolare, questa prassi è stata criticata in quanto trasformerebbe gli uffici della procura in autorità regolamentari e provocherebbe delle derive pericolose del principio della *rule of law*: in questo modo, infatti, si affida ad autorità giudiziarie il potere di stabilire il contenuto di obblighi imposti alle imprese e si mette in atto un ingiustificato sconfinamento sul terreno legislativo.

Inoltre, la soluzione negoziata del caso comporta il rischio di trasformare gli enti da imprese private a “guardiani privati” facendo cadere su di essi un onere, quello di vigilare sulla prevenzione dei reati, che invece dovrebbe spettare allo Stato.

¹³³ SELVAGGI, N., *op. cit.*, p. 221.

¹³⁴ *Ivi*, p. 226.

¹³⁵ *Ivi*, p. 221.

¹³⁶ GALLUCCIO MEZIO, G., *op. cit.*, p. 230.

¹³⁷ SELVAGGI, N., *op. cit.*, p. 222.

Le pressioni che – come in ogni trattativa – possono verificarsi sul soggetto collettivo che accede alla soluzione negoziale possono poi essere lette come un tentativo di «riconoscere a favore dell’ente ancora solo una parte dei diritti che vengono invece affermati dalla Costituzione per gli individui»¹³⁸.

Nonostante queste criticità, pare potersi ammettere che la soluzione americana rappresenta un rimedio interessante all’incapacità della difesa di far valere le proprie ragioni nel processo: in altre parole in questo modo si eliminano a monte sia i problemi connessi al procedimento sia i costi da sostenere per un vero e proprio patteggiamento.

Una tendenza simile si registra anche in Inghilterra, anche se in questo contesto la gestione dei processi attraverso una definizione negoziale non è così comune come negli Stati Uniti.

L’introduzione di procedure negoziate nel sistema del processo penale inglese *de societate* è per la verità avvenuta di recente, cioè con il *Crime and Courts Act* del 2013 il quale ha previsto l’istituzione dei cosiddetti *Deferred Prosecution Agreements* (DPA)¹³⁹. Più nello specifico, un DPA è un accordo tra il governo inglese e una *target corporation*, con il quale il primo rinuncia a una formale accusa penale e la seconda, ammettendo la sua responsabilità, accetta di adempiere una serie di obblighi, primo fra tutti quello di rivisitare la sua organizzazione interna¹⁴⁰.

Tuttavia i DPAs non hanno una generale applicazione, dal momento che essi sono ammessi solo in relazione ai *crimes* specificamente indicati nei paragrafi 15-27 della *Schedule* n.17 del *Crime and Courts act*: si tratta solo di un ristretto numero di reati che proteggono interessi di tipo finanziario, come la frode o la corruzione¹⁴¹.

Inoltre, un altro elemento che contribuisce a restringere l’applicazione dei *Deffered Prosecution Agreements* è il fatto che il procuratore designato ha il potere di escludere la società dall’accordo: a lui spetta infatti decidere se la conclusione di un DPA è o meno nell’interesse generale della giustizia¹⁴².

Un dato che deve essere sottolineato è l’elevato numero di processi inglesi che si chiudono prima del dibattimento: il fenomeno è descritto con l’espressione *cracked*

¹³⁸ *Ivi*, p. 223.

¹³⁹ MAZZACUVA, F., *op. cit.*, p. 250.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Ivi*, p. 252.

¹⁴² *Ivi*, p. 253.

trials e nella maggior parte dei casi risulta legato a un «improvviso cambiamento del *plea* dell'imputato da *not guilty* a *guilty*»¹⁴³.

Questo aspetto in realtà può essere considerato la manifestazione di una sorta di debolezza o di «ridotta “combattività” dei difensori tecnici»¹⁴⁴: in altre parole, pare potersi sostenere che di frequente la difesa inglese rinuncia al dibattimento, ritenendo che continuare a battersi non può risultare proficuo.

Un altro aspetto critico è il «carattere soft dell'assistenza difensiva “di fiducia” spesso legata nella fase predibattimentale ad un *solicitor* alle prime armi»¹⁴⁵.

Tratto caratteristico del sistema giudiziario inglese è che in genere il *barrister* non incontra il suo cliente prima del processo. Il termine *barrister* deriva da *bar*, che stava ad indicare la balastra o barra di legno davanti al quale si presentava l'imputato, e che ancora oggi resta in qualche aula di udienza. La figura professionale connessa a tale termine è quella di un professionista indipendente, chiamato a svolgere le sue funzioni di difensore, senza alcun contatto diretto con il cliente¹⁴⁶.

Ciò che risulta essere oggetto di maggiori preoccupazioni è il carattere di frequente passivo del difensore (*barrister* o *solicitor* a seconda della fase procedimentale) rispetto alla tutela degli interessi del proprio assistito¹⁴⁷.

Un altro aspetto controverso è il fatto che spesso il difensore viene chiamato a collaborare con le ricerche investigative del *prosecutor*.

In effetti, nel processo penale inglese, in alcuni casi, la *disclosure* del *prosecutor* è allargata fino a ricomprendervi il materiale raccolto dalla difesa.

La parola *disclosure* significa “rivelare” e originariamente serviva ad indicare «il dovere del rappresentante dell'accusa di svelare, alla chiusura delle indagini, tutte le attività investigative effettuate»¹⁴⁸. Lo scopo era chiaramente quello di agevolare il difensore nell'attività di predisposizione della sua linea difensiva. Tuttavia, col tempo, la materia della *disclosure* è stata oggetto di rivisitazioni, alcune delle quali obbligano

¹⁴³ FANCHIOTTI, V., *op. cit.*, p. 1642.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ivi*, p. 1643. Per approfondire: l'accusa nel sistema inglese è caratterizzata dalla bipartizione fra *Crown Prosecution Service* e i *barristers*; la prima istituzione si occupa del *pre-trial*, mentre i *barristers*, privati professionisti si occupano del dibattimento. La difesa invece è organizzata attraverso la ripartizione delle competenze fra *barrister* e *solicitors*: i primi competenti per il dibattimento, i secondi per la fase che lo precede. (*Ivi*, p. 1641).

¹⁴⁶ IORIO, P., MARINARI, M., *The Bench and the Bar*, Roma, 2013, p. 56.

¹⁴⁷ FANCHIOTTI, V., *op. cit.*, p. 1643.

¹⁴⁸ IORIO, P., MARINARI, M., *op. cit.*, p. 143.

«un soggetto coinvolto suo malgrado e del tutto involontariamente nella vicenda processuale»¹⁴⁹, a condividere con il *prosecutor* «la responsabilità per il buon funzionamento della macchina della giustizia»¹⁵⁰.

Ciò si verifica, ad esempio, quando l'accusato, a sostegno del proprio assunto difensivo, intende avvalersi di un accertamento peritale o di un alibi, e ha il dovere di svelare la propria linea di difesa anticipatamente¹⁵¹.

Ciò segna una differenza di non poco spessore rispetto al nostro sistema che appare più garantista, considerato che nel processo penale italiano, a tutela dell'interesse dell'indagato, non vi è mai l'obbligo di svelare anticipatamente la propria difesa¹⁵².

Nel sistema processuale inglese, improntato *al modello adversary*, la rivelazione tardiva da parte dell'imputato della propria *defence strategy* per tradizione viene percepita come pericolosa, perché in grado di minare l'equilibrio delle parti nel processo¹⁵³.

Secondo questo punto di vista, la totale assenza di *disclosure* prima del dibattimento provoca un rischio evidente, quello di privare l'avversario di informazioni utili, così da coglierlo di sorpresa e far saltare le sue strategie dibattimentali¹⁵⁴.

L'esigenza di ridurre questo rischio spiega la tendenza, presente nel processo penale inglese, di considerare giustificata «l'operatività di una presunzione di non attendibilità della linea difensiva»¹⁵⁵ nel caso in cui la difesa, senza fornire adeguate giustificazioni, ha scelto di mantenere una condotta non collaborativa in fase investigativa¹⁵⁶.

Ad ogni modo, il diverso approccio dei Paesi di *common law* nel considerare l'ente penalmente perseguibile è rilevante rispetto al tema oggetto della nostra analisi. Infatti, di particolare interesse per la difesa, già prima del dibattimento, è il regime della ripartizione degli oneri probatori, regime che cambia a seconda del modello di responsabilità prescelto.

¹⁴⁹ FANCHIOTTI, V., *op. cit.*, p. 1643.

¹⁵⁰ *Ibidem.*

¹⁵¹ IORIO, P., MARINARI, M., *op. cit.*, p. 144.

¹⁵² *Ibidem.*

¹⁵³ PATANÈ, V., *voce Processo penale inglese*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. II, tomo I, 2008, p. 759.

¹⁵⁴ *Ibidem.*

¹⁵⁵ *Ivi*, p. 760.

¹⁵⁶ *Ibidem.*

Come già affermato sopra, il sistema inglese predilige il modello dell'*identification theory*, secondo il quale il soggetto collettivo risponde in maniera automatica solo degli atti compiuti dal soggetto che si trova in posizione di vertice¹⁵⁷.

Alla base di tale dottrina, vi è dunque la distinzione fra dipendenti con mansioni meramente esecutive e dipendenti investiti di cariche dirigenziali.

Il *principle of identification*, partendo da una visione antropomorfica della *corporation*, si basa sul presupposto che alcuni soggetti ad essa legati, i così detti *senior o controlling officers*, sono qualcosa in più di semplici dipendenti¹⁵⁸.

Infatti, gli atti di tali persone fisiche, quando agiscono in qualità di *controlling officers*, devono considerarsi atti propri della *corporation*: se essi «pongono in essere un fatto di reato, questo è imputato all'ente che ne risponde direttamente»¹⁵⁹.

In altre parole, la colpevolezza del dirigente viene trasferita direttamente alla persona giuridica e la prova dell'estraneità dei fatti graverà sulla difesa, la quale potrà solo sperare di dimostrare che gli autori del reato non abbiano neppure posto in essere la condotta tipica: se essa non fornisce tale prova, la società verrà condannata¹⁶⁰.

Solo quando il reato è stato commesso da un soggetto subordinato, la difesa potrà beneficiare dell'*evidence burden of proof* che grava sull'accusa e secondo la quale il *prosecutor* dovrà dimostrare la reità dell'imputato ogni oltre ragionevole dubbio.

Pertanto, il modello dell'*identification theory* – che risulta sempre applicabile, a meno che uno *statute* non preveda diversamente – semplifica il lavoro della difesa nel caso in cui a commettere il reato sia stato un soggetto subordinato. In questa ipotesi infatti, la difesa per andare esente da responsabilità non dovrà provare nulla, e la persona giuridica verrà condannata solo se l'accusa dimostrerà la connivenza volontaria dei *managers* nell'attività illecita dei dipendenti¹⁶¹.

Di contro, però, tale modello complica il lavoro dell'accusa intenta a perseguire una società, poiché per raggiungere tale obiettivo essa potrà incontrare non poche difficoltà specie se la società a cui imputare la responsabilità è di grosse dimensioni. In

¹⁵⁷ SAVINI, I. A., DE GIOIA CARABELLESE, P., *La responsabilità degli enti in Italia e in Gran Bretagna: una possibile armonizzazione post Brexit*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2017, n. 2, p. 182.

¹⁵⁸ LOTTINI, R., *op. cit.*, p. 82.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ PATAMIA, D., *Corporate crime trial: il processo penale a carico degli enti nell'esperienza anglosassone. Una nuova prospettiva di comparazione*, in *La resp. soc. amm. enti*, Marzo 2007.

¹⁶¹ *Ibidem*.

quest'ultimo caso, infatti, individuare la *directing mind and will* della società può non essere affatto agevole¹⁶².

Diversa è la situazione d'oltreoceano: le legislazioni dei diversi stati federali hanno assecondato per lo più il *respondeat superior model*, secondo il quale, l'ente risponde degli atti compiuti dai dipendenti – di qualunque livello – nello svolgimento delle rispettive funzioni, purché ne sia derivato un beneficio per l'azienda¹⁶³. Nella quasi totalità degli Stati federali la posizione gerarchica ricoperta dall'autore del reato è quindi irrilevante, e la difesa per evitare una condanna non potrà beneficiare di trattamenti differenziati per il basso livello delle mansioni assegnate alla persona fisica.

¹⁶² SAVINI, I. A., DE GIOIA CARABELLESE, P., *op. cit.*, p. 182.

¹⁶³ *Ivi*, p. 183.

Osservazioni conclusive

All'esito di questa analisi sembrano opportune alcune considerazioni.

L'istituto dell'annotazione dell'illecito dipendente dal reato si inserisce in una branca particolarmente interessante della procedura penale, quella della procedura penale d'impresa. Si tratta di un settore caratterizzato da profili che «esulano dal perimetro penalistico tradizionale»¹ e che coinvolgono questioni attinenti anche al diritto societario, all'economia e all'organizzazione aziendale.

Infatti, avendo preso in esame gli aspetti procedurali della lotta alla “delinquenza societaria”, non si è potuto prescindere dall'analisi di concetti estranei al diritto penale, quali la *corporate governance*, le vicende modificative, il fallimento di una società, il principio della trasparenza e veridicità dei bilanci, l'attività di vigilanza in alcuni settori economici specifici e così via.

Il decreto legislativo 231/2001 è stato lo strumento attraverso il quale l'Italia ha tenuto fede agli impegni sovranazionali di origine pattizia concernenti l'introduzione di un sistema di responsabilità delle persone giuridiche. È d'obbligo, quindi, riferire la disciplina in questione ad alcune fonti sovranazionali.

Del resto, la legge delega n. 300 del 2000, sulla cui base è stato emanato il predetto decreto, ha previsto l'introduzione di siffatta responsabilità proprio richiamando diversi atti internazionali in materia di lotta alla corruzione. Fra questi, citiamo in primo luogo la Convenzione OCSE del 1997 che, per la prima volta, ha fatto espresso riferimento alla necessità di introdurre una forma di responsabilità degli enti, sebbene con esclusivo riguardo a un settore specifico del diritto penale, quello della lotta alla corruzione.

Un ruolo determinante è stato svolto poi dalla Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo del 1999 e dalla Convenzione e dai Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale.

Per la verità, non erano mancati in precedenza altri impulsi in questa direzione. Preme citare, a questo riguardo, la Raccomandazione n. 88 del Consiglio d'Europa, la quale già aveva esortato gli Stati europei a rendere le imprese responsabili dei reati commessi nell'esercizio delle loro attività.

¹ PRESUTTI, A., BERNASCONI, A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013, p. 3.

Non bisogna infine dimenticare che il concetto di responsabilità degli enti era già conosciuto nei paesi di *Common Law* da oltre un secolo.

Quindi, sulla base di pressioni internazionali, il legislatore italiano, quasi vent'anni fa, ha pensato di costruire una disciplina *sui generis*, in parte autonoma e in parte dipendente da quella stabilita dal codice. Nel fare ciò, si è però distaccato dall'operato di altri ordinamenti, come quello francese o inglese, che senza troppe difficoltà hanno inserito la responsabilità societaria all'interno del diritto penale.

La responsabilità delle società italiane è, infatti, una fattispecie a struttura complessa che, se da un lato riceve l'etichetta formale di responsabilità amministrativa, dall'altro dipende da un reato e quindi si configura sostanzialmente come un illecito penale. Questo è il motivo per cui la trattazione dell'istituto oggetto del presente lavoro ha richiesto un continuo raffronto fra almeno due fonti diverse: il decreto e il codice processuale penale.

Se la responsabilità delle persone giuridiche fosse stata dichiaratamente penale, per l'accertamento di tale responsabilità sarebbero state pacificamente applicabili le stesse norme procedurali valevoli per il tradizionale processo penale contro la persona fisica. E se così fosse stato, sarebbe venuta meno anche la necessità di prevedere per le sole persone giuridiche l'istituto dell'annotazione, corrispondente a quello dell'iscrizione della notizia di reato.

Il legislatore delegato ha però chiaramente scelto di introdurre una disciplina che si pone a metà strada fra il penale e l'amministrativo.

Tuttavia, la predisposizione di una disciplina particolare, in una fonte esterna al codice processuale penale, non ha di molto mutato lo scenario della procedura penale tradizionale.

Il decreto, infatti, si è limitato all'introduzione di alcune regole particolari, ad esempio quelle concernenti la rappresentanza *ad processum* di un soggetto diverso dalla persona fisica, quelle attinenti all'archiviazione o all'applicazione delle misure cautelari.

In virtù di un espresso richiamo operato dall'art. 35, sono invece rimaste immutate, almeno formalmente, tutte le garanzie processuali riconosciute all'indagato e all'imputato. Tuttavia, il concreto atteggiarsi di tale garanzie nei confronti del soggetto collettivo si è di fatto distanziato dalle previsioni formali.

Infatti, sebbene queste garanzie, nella loro essenza, vengano rispettate, all'interno della cornice particolare del procedimento penale *de societate* subiscono una compressione, a fronte di un necessario e a volte faticoso adattamento.

Ad ogni modo, trattare dell'annotazione dell'illecito dipendente da reato ci ha fornito l'occasione di delineare, a grandi linee, la fisionomia delle indagini preliminari a carico del soggetto collettivo. È risultato evidente, infatti, che l'annotazione ha come sua principale funzione quella di dare impulso all'*iter* procedimentale, segnando così la genesi della frase prodromica, ovvero della fase dedicata alla «preparazione del futuro giudizio»².

Dal momento che le norme del predetto decreto, nella maggior parte dei casi, si limitano a rimandare alla disciplina stabilita dal codice di rito, non si incontrano molte difficoltà nell'ammettere che circa la loro fisionomia valgono le stesse considerazioni che possono essere fatte circa le indagini preliminari a carico della persona fisica.

Le caratteristiche principali delle indagini preliminari nel procedimento *de societate* che risultano condivise con le indagini a carico della persona fisica sono: la decentrazione, dal momento che le indagini possono essere compiute da organi diversi e in tempi diversi, la necessità della loro completezza, il principio della segretezza, inteso come riservatezza delle operazioni, la presenza di diversi fascicoli e la loro sottoposizione a rigide scadenze temporali.

Caratteristica peculiare delle indagini a carico della persona giuridica è, invece, la centralità della fase preparatoria rispetto all'accertamento della responsabilità, perché, soprattutto con riferimento alla materia cautelare, essa presenta un approfondimento sul merito tipico della fase del giudizio.

Nell'esame dei caratteri dell'annotazione e delle sue funzioni, si sono evidenziati diversi profili problematici. Sembra opportuno quindi, in sede di conclusioni, riepilogarli.

Il primo profilo problematico che è emerso concerne i presupposti per procedere all'adempimento e, più in particolare, la questione circa la necessità o meno, ai fini dell'annotazione dell'illecito, della presenza del *fumus* di responsabilità dell'ente.

Sembra preferibile accordare sostegno alla tesi di chi esclude tale necessità poiché la valutazione degli elementi indizianti attiene alla fase del giudizio mentre la decisione

² CARLI, L., *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Milano, 2005, p. 5.

sull'opportunità di procedere all'annotazione è legata a parametri poco rigidi, cioè a dati che solo in maniera embrionale evidenziano i contorni dell'illecito.

Il secondo profilo oggetto di grande dibattito riguarda l'obbligatorietà dell'annotazione. A tal proposito, è apparso opportuno escludere l'idea di un'annotazione facoltativa, dal momento che questa mal si concilierebbe con uno dei principi cardine della procedura penale italiana, il principio di obbligatorietà dell'azione penale. Sotto questo punto di vista, all'esito di una ricerca comparata, è emerso che altri ordinamenti, come quello inglese e francese, non conoscono il principio dell'obbligatorietà e basano l'azione penale sulle scelte di opportunità dell'organo della pubblica accusa. Si può quindi concludere che solo in questi scenari diversi si potrebbe parlare di un adempimento non rigorosamente obbligatorio.

Preso atto di ciò, è comunque apparsa vantaggiosa, nell'ambito della procedura penale d'impresa, l'introduzione della discrezionalità dell'agire. Questa soluzione, infatti, permette di gestire con maggiore efficienza il carico di lavoro degli uffici della procura, calibrando l'intervento sulle reali possibilità di condanna.

Il terzo profilo problematico concerne ciò che viene annotato, dal momento che non è previsto come contenuto necessario dell'annotazione l'indicazione del nome della persona fisica autrice del reato presupposto e delle mansioni da essa ricoperte all'interno della società.

La mancanza di queste informazioni è sembrata lesiva del diritto alla difesa, in primo luogo perché priva quest'ultima della possibilità di predisporre un'adeguata strategia rispetto ai diversi criteri di imputazione della responsabilità e, in secondo luogo, perché potrebbe causare un ritardo nella scelta di un rappresentante processuale legittimo, nel caso in cui il rappresentante legale fosse l'imputato del reato presupposto e la società venisse a conoscenza di ciò solo in un secondo momento.

È proprio in relazione al diritto alla difesa che sono poi emersi altri profili problematici di non secondaria importanza.

Innanzitutto, risulta problematico, per il soggetto indagato, il profilo della *discovery* di un procedimento a proprio carico. Si tratta di un profilo legato ai tratti caratteristici del regime di comunicazione dell'annotazione, che abbiamo visto non garantire appieno la conoscibilità da parte del soggetto interessato.

Gli aspetti che sono oggetto di maggiori perplessità, da parte della dottrina, sono la necessità, al fine di ottenere la conoscenza del procedimento, di un'espressa richiesta di comunicazione dell'annotazione all'ufficio competente e la discrezionalità del pubblico ministero nell'impedire l'accesso al registro, attraverso l'emissione di un decreto di segretazione.

Da questi elementi si evince che la difesa dell'ente può risultare gravemente compromessa.

Per superare tale problema, potrebbe essere utile prendere in considerazione l'istituto americano dei *negotiated settlements*, soprattutto nei casi in cui il difensore reputa difficile sostenere l'insussistenza di responsabilità e quindi dannosa l'istaurazione dell'*iter* procedimentale. Si tratta di accordi negoziati, oggetto di trattative fra le società e le procure americane, che ruotano attorno al comportamento operoso dell'ente che in seguito all'ammissione di responsabilità decide di collaborare con le autorità.

L'analisi dei più recenti sviluppi del sistema di responsabilità delle persone giuridiche negli Stati Uniti ha dimostrato che lo scenario d'oltreoceano può costituire un valido punto di riferimento per l'introduzione di una disciplina sugli accordi predibattimentali. Disciplina che andrebbe ad integrare e a valorizzare l'istituto premiale già previsto dal decreto, quello di cui all'art. 17. In particolare, da un lato la risoluzione negoziata presenterebbe indubbi vantaggi per l'ente colpevole, dall'altro non costituirebbe una facile via di fuga, poiché insieme all'accordo verrebbero applicate sanzioni anche severe, in modo tale da non tradurre questo strumento in una "*get out of jail free card*".

Infine, un ultimo problema riguarda la tempestività dell'annotazione e la discrezionalità del pubblico ministero nella determinazione del momento a partire dal quale è possibile calcolare il termine di durata delle indagini preliminari. Una soluzione a tale profilo problematico potrebbe essere suggerita dal sistema francese, dal momento che, nel codice di procedura penale vigente in Francia, la funzione di circoscrivere entro confini temporali ristretti la durata della fase preparatoria non è legata allo strumento dell'annotazione ma a un atto del giudice al quale è affidato il potere di mettere in stato d'accusa.

Il pregio di questa soluzione sarebbe quello di superare la discrezionalità del pubblico ministero in questa materia e fare cadere il dibattito circa l'eventuale

sindacabilità del giudice sulla data dell'annotazione. Dall'altro lato però, questa alternativa non sarebbe priva di inconvenienti, perché equivarrebbe per certi versi ad una reintroduzione della figura del giudice istruttore, appartenente alla tradizione del processo inquisitorio dal quale il codice processuale penale italiano si è volontariamente allontanato.

Ad ogni modo, una conclusione appare certa: l'istituto dell'annotazione costituisce lo strumento che attiva il procedimento contro la società sospettata di essere responsabile di un illecito e apre la strada a un *iter* nel quale sono a rischio tantissime prerogative del diritto di cui all'art. 24 Costituzione. Queste prerogative meritano, in ogni caso, di essere difese, perché, nonostante sia assai allarmante il dilagare dei fenomeni di criminalità societaria, non si può e non si deve prescindere dalle garanzie fondamentali della procedura penale che vengono riconosciute in ogni moderno Stato di diritto.

Bibliografia

ADORNO, R., *Decorrenza del termine per le indagini preliminari e sanzione di inutilizzabilità ex art.407 comma 3 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3713 ss.

AIMONETTO, M. G., *Voce del processo penale francese*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, Tomo I, Milano, 2008, pp. 723-743.

ALESSANDRI, A., *Diritto penale dell'impresa*, Torino, 2007.

AMATO, G., *Le indagini nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2010, n.1, p. 135 ss.

AMATO, G., *Le interferenze fra la responsabilità dell'ente e quella della persona fisica*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2012, n. 2, p. 15 ss.

APRATI, R., *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010.

BALDUCCI, P., *L'ente imputato, profili di efficienza e di garanzia nel processo de societate*, Torino, 2013.

BARESI, M., *Sub art. 55*, in A. Bernasconi - C. Fiorio - A. Presutti, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008.

BASSI, A., EPIDENDIO, T. E., *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006.

BELLUTA, H., *Le indagini e l'udienza preliminare*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. Canzio, L. D. Cerqua, L. Luparia, Padova, 2016.

BELLUTA, H., *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Torino, 2018.

BERNASCONI, A., *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002.

BERNASCONI, A., *Il processo penale de societate*, Milano, 2006.

BERNASCONI, A., *Processo agli enti e regole speciali per banche, intermediari finanziari ed imprese di assicurazione*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2009, n.1, p. 33 ss.

BERNASCONI, A., FIORIO, C., PRESUTTI, A., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008.

BERNASCONI, A., PRESUTTI, A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013.

CANZIO, G., CERQUA, L. D., LUPARIA, L., *Diritto penale delle società*, Padova, 2014.

CARABINI, O., *Il risparmio italiano tradito due volte*, in *Il sole 24 ore*, 19 dicembre 2008.

CARLI, L., *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Milano, 2005.

CERESA GASTALDO, M., *Il processo alle società nel D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2003.

CERESA GASTALDO, M., *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, in *dir. pen. Cont.*, 2011, n. 1, p. 21.

CERESA GASTALDO, M., *Procedura penale delle società*, Torino, 2015.

CHIAVARIO, M., *Quante figure di pubblico ministero*, in *Procedure penali d'Europa*, a cura di M. Chiavario, Padova, 2001.

CIAMPI, S., *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, Milano, 2010.

CONSO, G., GREVI, V., BARGIS, M., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016.

CORSO, S. M., *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, Torino, 2015.

CROCE, G., CORATELLA, C., *Guida alla responsabilità da reato degli enti. La prassi applicativa alla luce degli orientamenti giurisprudenziale e dottrinali sul d.lgs. 231/2001, aggiornato al nuovo testo unico sulla sicurezza e lavoro*, Milano, 2008.

DE FALCO, G., *L'annotazione della notizia dell'illecito amministrativo dell'ente: questioni teoriche e soluzioni pratiche*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2013, n. 4, p. 141 ss.

DELEUZE, B., *Il processo penale in Inghilterra*, in *Procedure penali d'Europa*, a cura di M. Chiavario, Padova, 2001.

DELMAS MARTY, M., *Una ricerca processuale transnazionale*, in *Procedure penali d'Europa*, a cura di M. Chiavario, Padova, 2001.

DERVIEUX, V., *Il processo penale in Francia*, in *Procedure penali d'Europa*, a cura di M. Chiavario, Padova, 2001.

DEZZA, E., *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, 2009.

DI BITONTO, M. L., *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004.

DI BITONTO, M. L., *L'avocazione facoltativa*, Torino, 2006.

DI BITONTO, M. L., *L'attività di indagine dopo l'avvio del processo penale*, Milano, 2009.

DI BITONTO, M. L., *Le indagini e l'udienza preliminare*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2010.

DI BITONTO, M. L., *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Napoli, 2012.

DIDIER, T., *L'evoluzione della procedura penale francese contemporanea: la tentazione securitaria*, in *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, a cura di V. Baldini, Napoli, 2005.

DI GERONIMO, P., *Responsabilità da reato degli enti e procedure concorsuali: dinamiche cautelari e profili problematici per la tutela dei creditori*, in *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi, Torino, 2018.

DI GIOVINE, O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2010.

FANCHIOTTI, V., *La difesa prima del dibattimento nel modello anglo-americano*, in *Cass. pen.*, 1997, n. 1, p. 1641 ss.

FERRUA, P., *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002.

FERRUA, P., *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 705 ss.

FERRUA, P., *La prova nel processo penale*, Torino, 2017

IORELLA, A., STILE, A., *Corporate criminal liability and compliance programs. First colloquium*, Napoli, 2012.

FUSCO, E., *Le indagini preliminari nei confronti degli enti: questioni controverse*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2017, n. 1, p. 175 ss.

GALLUCCIO MEZIO, G., *Diritto e procedura penale degli Enti negli U.S.A.*, Padova, 2018.

GARUTI, G., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002.

GIARDA, A., *Procedimento di accertamento della «responsabilità amministrativa degli enti» (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, in CONSO – GREVI – BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016.

GOBERT, J., *Corporate criminal liability – What is it? How does it work in the UK?*, in *Corporate criminal liability and compliance programs. First Colloquium*, a cura di A. Fiorella e A. Stile, Napoli, 2012.

GRILLI, L., *Le indagini preliminari della polizia giudiziaria e del pubblico ministero*, Padova, 2012.

IELO, P., *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2012, n. 2, p. 87 ss.

IORIO, P., MARINARI, M., *The Bench and the Bar*, Roma, 2013.

LASCO, G., *Sub art. 6*, in *Enti e responsabilità da reato. Commento al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lasco, V. Loria, M. Morgante, Torino, 2017.

LORIA, V., *Sub art. 55*, in LASCO G., - LORIA V.,- MORGANTE M., *Enti e responsabilità da reato. Commento al D. Lgs .8 giugno 2001, n.231*, Torino, 2017.

LOTTINI, R., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005.

MADDALENA, M., *Registro delle notizie di reato: i problemi del dopo riforma*, in *Dir. Pen. e proc.*, 1996, n. 4, p. 487 ss.

MANCUSO, E. M., *Le indagini preliminari. L'udienza preliminare*, in *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di A. Giarda, E. M. Mancuso, G. Spangher, G. Varraso, Milano, 2007.

MARAFIOTI, L., *Ambiguità concettuali e divenire applicativo nel processo agli enti*, in *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa*

nella giustizia penale italiana e spagnola, a cura di L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi, Torino, 2018.

MARANDOLA, A., *I registri del pubblico ministero. Tra notizia di reato ed effetti procedimentali*, Padova, 2001.

MARANDOLA, A., *Sub. art. 55*, in *Enti e Responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Torino, 2010.

MARANDOLA, A., BRONZO, P., *La chiusura indagini e l'udienza preliminare*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. II, a cura di A. Marandola, Torino, 2015

MASCALA, C., AMAUGER-LATTES, M. C., *Les évolutions de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *La personnalité juridique*, a cura di X. Bioy, Toulouse, 2013.

MASSI, S., *“Veste formale” e “corpo organizzativo” nella definizione del soggetto responsabile per l'illecito da reato*, Napoli, 2012.

MASUCCI, M., *Modificazioni dell'ente e responsabilità da reato: profili comparativi in chiave di riforma*, in *Corporate Criminal Liability and compliance programs. First colloquium*, a cura di A. Fiorella e A. Stile, Napoli, 2012.

MAZZACUVA, F., *Justification and Purposes of Negotiated Justice for Corporate offenders: Deferred and Non-prosecution agreements in the UK and US systems of Criminal Justice*, in *The Journal of Criminal Law*, giugno 2014, volume 78, Fascicolo 3, p. 250 ss.

MIRAGLIA, M., *Garanzie costituzionali nel processo penale statunitense*, Torino, 2008.

MORSELLI, C., *Modelli processuali penali in Francia e in Italia*, Milano, 2013.

MOSCARINI, P., *Le cautele interdittive nel procedimento penale de societate*, Roma, 2010.

NOBILI, M., *Diritti difensivi, poteri del pubblico ministero durante la fase preliminare e legge 8 agosto 1995, n. 332*, in *Cass. pen.*, fasc. 1, 1996, p. 347 ss.

PADULA, L., *L'annotazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, n. 1, p. 19 ss.

PAOLOZZI, G., *Vademecum degli enti sotto processo. Addebiti amministrativi da reato: dal d.lgs n. 231 del 2001 alla l. n. 146 del 2006*, Torino, 2006.

PATAMIA, D., *Corporate crime trial: il processo penale a carico degli enti nell'esperienza anglosassone. Una nuova prospettiva di comparazione*, in *La resp. soc. amm. enti*, Marzo 2007.

PATANÈ, V., *Voce Processo penale inglese*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, Tomo I, Milano, 2008, p. 744-778.

PAULESU, P. P., *Responsabilità "penale" degli enti e regole di giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 846 ss.

PERRODET, A., *Il processo penale in Italia*, in *Procedure penali d'Europa*, a cura di M. Chiavario, Padova, 2001.

PERUGIA, D., *Informazione di garanzia all'ente e diritto di difesa*, in *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi, Torino, 2018.

RENZETTI, S., *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, Torino, 2017.

RUGGIERO, R. A., *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Torino, 2018.

SAVINI, I. A., DE GIOIA CARABELLESE, P., *La responsabilità degli enti in Italia e in Gran Bretagna: una possibile armonizzazione post Brexit*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2017, n. 2, p. 181 ss.

SBISÀ, F., *La responsabilità amministrativa degli enti (D.lgs. 231/2001)*, Assago, Milano, 2017.

SELVAGGI, N., «*Negotiated settlements*» e responsabilità da reato dell'ente. *L'esperienza americana e le prospettive di evoluzione nel sistema in Italia*, in *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi, Torino, 2018.

SIRACUSANO, F., *La completezza delle indagini preliminari nel processo penale*, Torino, 2005.

STILE, A. M., *La natura giuridica della responsabilità dell'ente e i suoi rapporti con la responsabilità individuale*, in *Corporate criminal liability and compliance programs. First Colloquium*, a cura di A. Fiorella e A. Stile, Napoli, 2012.

TAGLIANI, I., *Morfologia della fase investigativa*, in *Il processo penale de societate*, a cura di A. Bernasconi, Milano, 2006.

TRICOT, J., *Corporate criminal liability in France*, in *Corporate criminal liability and compliance programs. First Colloquium*, a cura di A. Fiorella e A. Stile, Napoli, 2012.

TRIMBOLI, A., *Patologie applicative in tema di omessa o ritardata iscrizione della notitia criminis*, in *Il penalista*, 23 novembre 2015.

VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012.

VELANI, L. G., *Procedimento a carico dell'ente: Le esigenze di difesa cedono il passo alle formalità di partecipazione al giudizio*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2018, n. 3, p. 247 ss.

VENEZIANI, P., *Sub art. 5*, in *Enti e Responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Torino, 2010.

VERGINE, F., *Sub art. 43*, in *Enti e Responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Torino, 2010.

VICOLI, D., *La ragionevole durata delle indagini*, Torino, 2012.

ZAPPULLA, A., *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri, effetti*, Torino, 2012.