

LUISS 

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto e procedura penale degli enti

L'ARCHIVIAZIONE
DELLA NOTIZIA DI ILLECITO AMMINISTRATIVO
DIPENDENTE DA REATO

Prof.ssa Maria Lucia Di Bitonto

RELATORE

Prof. Alberto Macchia

CORRELATORE

Leonardo Naccarelli
Matr. 142853

CANDIDATO

ANNO ACCADEMICO: 2020/2021

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

CAPITOLO I

L'AZIONE PENALE ED IL RUOLO DEL PUBBLICO MINISTERO

1. La nozione di azione penale.....	4
2. L'art. 112 della Costituzione ed il principio di obbligatorietà dell'azione penale	10
2.1 Il monopolio del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale.....	11
2.2 Pubblico Ministero e Polizia Giudiziaria.....	15
2.3 Il principio di legalità in materia di azione penale.....	17
2.4 Operatività del principio di obbligatorietà dell'azione penale dopo la formulazione dell'imputazione	18
2.4.1 <i>Segue</i> . L'obbligatorietà dell'azione penale prima della formulazione dell'imputazione.....	21
3. Effettività del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale.	22
3.1 <i>Ad impossibilia nemo tenetur</i> : i criteri di priorità nell'azione penale.....	24
4. Esercizio dell'azione penale.....	27
4.1. Le condizioni di procedibilità e la loro legittimità costituzionale.	28
4.2 Modalità di esercizio dell'azione penale.	33

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA CODICISTICA DELL'ARCHIVIAZIONE

1. L'archiviazione come possibile esito della fase investigativa	39
1.1 Il principio di superfluità del processo	41
1.2 La sentenza 88/1991 della Corte Costituzionale.....	43

2. La richiesta di archiviazione	45
2.1 I casi di archiviazione	46
2.2 I tratti essenziali della richiesta di archiviazione	51
3. Il procedimento di archiviazione.....	53
3.1 Il procedimento <i>de plano</i> : il decreto di archiviazione	54
3.2 I diritti della persona offesa	57
3.3 L'udienza camerale.....	62
3.4 I provvedimenti conclusivi dell'udienza camerale	65
4. L'impugnazione del provvedimento di archiviazione.....	71
5. Avocazione delle indagini preliminari	73
5.1 Fondamento e finalità dell'istituto	74
5.2 L'avocazione obbligatoria.	77
5.3 L'avocazione facoltativa.....	79
6. La riapertura delle indagini: due esigenze in contrasto tra loro	82
6.1 La disciplina codicistica della riapertura delle indagini	83
7. Modelli peculiari di archiviazione	89
7.1 L'archiviazione per particolare tenuità del fatto.....	89
7.2 L'archiviazione per essere ignoto l'autore del fatto	93
7.3 L'archiviazione delle pseudonotizie di reato	96

CAPITOLO III

L'ARCHIVIAZIONE DELLA NOTIZIA DI ILLECITO

AMMINISTRATIVO DIPENDENTE DA REATO

1. La responsabilità amministrativa da reato degli enti.....	99
1.1 Il procedimento penale <i>de societate</i> : le regole processuali.....	107
2. Le indagini preliminari nel procedimento <i>de societate</i>	112

3. L'esercizio dell'azione nel procedimento amministrativo dipendente da reato	119
4. L'archiviazione nel procedimento nei confronti degli enti: i casi	122
4.1 La decadenza dalla contestazione	127
5. La procedura di archiviazione	130
6. La legittimità costituzionale dell'archiviazione nel procedimento <i>de societate</i>	136
7. Il rapporto tra il procedimento <i>de societate</i> e quello nei confronti della persona fisica	140

CAPITOLO IV

LA DISCREZIONALITÀ DELL'ORGANO DELL'ACCUSA IN MATERIA DI *CORPORATE LIABILITY*: IL MODELLO AMERICANO

1. La capacità penale degli enti negli U.S.A	147
2. L'esercizio discrezionale dell'azione penale da parte del <i>public prosecutor</i> .	153
2.1 La <i>prosecutorial discretion</i> nel procedimento a carico degli enti	156
3. La giustizia negoziata nel procedimento penale statunitense: profili generali	160
3.1 I <i>non prosecution agreements</i> ed i <i>deferred prosecution agreements</i>	162
CONCLUSIONI.....	170
INDICE BIBLIOGRAFICO	173
INDICE DELLA GIURISPRUDENZA	193

INTRODUZIONE

Lo studio pone al centro l'analisi di uno degli elementi maggiormente caratteristici della procedura penale d'impresa: l'archiviazione della notizia di illecito amministrativo dipendente da reato di cui all'articolo 58 del Decreto legislativo n°231/2001. A differenza di quanto previsto dalla disciplina dell'archiviazione per il procedimento a carico delle persone fisiche, quella 231 si caratterizza per l'assenza di un controllo giurisdizionale sulla determinazione del pubblico ministero sul mancato esercizio dell'azione penale.

L'elaborato, nei primi due capitoli, espone, in una prospettiva di confronto, la disciplina vigente nel procedimento a carico delle persone fisiche. Ciò si giustifica, da un lato, evidenziando come, per comprendere quanto siano rilevanti i profili di novità dell'articolo 58 dl.gs 231/2001 non si possa fare a meno di conoscere la disciplina codicistica di riferimento. Inoltre, le norme del codice di procedura penale, alla luce di quanto prevedono gli articoli 34 e 35 dl.gs 231/2001, possono assumere, in caso di lacune nel tessuto normativo del decreto legislativo in commento e nel limite della compatibilità, rilievo nel procedimento *de societate* e da ciò trae origine l'esigenza di una loro trattazione.

Più nel dettaglio, il primo capitolo verte sul tema dell'azione penale: se ne analizzano gli aspetti dogmatici prendendo le mosse dagli approdi dottrinali in ambito civile; si procede, in un successivo momento, alla disamina dell'articolo 112 della Carta Costituzionale tentando di fornire una risposta agli interrogativi ermeneutici che tale norma pone circa la titolarità di un potere monopolistico in capo al pubblico ministero, la sua applicabilità una volta che sia stata instaurata la fase processuale ed il principio di legalità in materia penale e la sua effettività con talune riflessioni sulla possibilità di prevedere criteri di priorità che orientino, dall'esterno, il comportamento del singolo pubblico ministero; infine, si concentra l'attenzione sull'esercizio dell'azione penale e sulle condizioni di procedibilità.

Il secondo capitolo, al contrario, è incentrato sulla disciplina dell'archiviazione della notizia di reato prevista dal codice di rito attualmente vigente. Definita l'archiviazione come la definizione anticipata del procedimento penale

caratterizzata dall'invio degli atti d'indagine all'archivio, si è trattato il tema di quale sia il criterio che guida le determinazioni del pubblico ministero all'esito dell'attività d'indagine e gli elementi essenziali della richiesta di archiviazione ed i suoi presupposti. Dunque, si è posta in evidenza la relazione dialettica tra l'organo dell'accusa che presenta la richiesta di archiviazione ed il giudice per le indagini preliminari.

Rilevanza è attribuita, inoltre, ai diritti di cui è titolare, in questo contesto, la persona offesa dal reato, alle modalità di impugnazione del provvedimento di archiviazione, all'avocazione delle indagini da parte del pubblico ministero di secondo grado ed alla procedura che il pubblico ministero è tenuto a seguire perché si possano riaprire le indagini in relazione ad un fatto storico per cui sia già stata disposta l'archiviazione. Nel paragrafo conclusivo del capitolo talune riflessioni sono riservate all'archiviazione nel caso di procedimenti connotati da aspetti peculiari: il procedimento a carico di ignoti, il procedimento in relazione ad un fatto di particolare tenuità ed il caso delle cd. pseudonotizie di reato.

Nel terzo capitolo, invece, l'attenzione è concentrata sul procedimento a carico degli enti. Fornite, in via introduttiva, talune essenziali informazioni circa gli aspetti sostanziali della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato, si è approfondito la tematica di come si atteggiino in questo ambito le indagini preliminari e, mediante un rinvio alla disciplina codicistica esposta nel precedente capitolo, l'esercizio dell'azione. In seguito, si è analizzato il tema dell'archiviazione: enumerati i presupposti dell'inerzia del pubblico ministero dividendoli in cause originarie e derivate d'archiviazione, si è posta in evidenza la peculiare disciplina di carattere procedurale e gli interrogativi ermeneutici che la lacunosità del dettato letterale dell'articolo 58 dl.gs 231/2001 e la difficoltà di impiegare, a fini integratori, la disciplina codicistica inevitabilmente presentano. In aggiunta, si è riflettuto circa la compatibilità dell'articolo 58 dl.gs 231/2001 con il principio di obbligatorietà dell'azione penale e, ancor prima, circa la possibilità che tale principio di rango costituzionale trovi applicazione nel procedimento *de societate*. Da ultimo, si è trattato il tema della relazione tra il procedimento a carico della persona fisica e della persona giuridica con riguardo al principio del

simultaneus processus ed alle rispettive eccezioni previste dall'articolo 38 comma 2 dl.gs 231/2001.

Infine, il quarto ed ultimo capitolo dell'elaborato è incentrato sulla procedura penale d'impresa nel sistema statunitense. Da un lato, ci si è soffermati su tale tematica in ragione del fatto che gli Stati Uniti sono uno dei primi Paesi in cui si è ritenuta ammissibile, in occasione del caso giurisprudenziale *New York Central & Hudson River Railroad Company v. United State*, una responsabilità *ex crimine* di un ente. In secondo luogo, è sembrato opportuno analizzare taluni aspetti peculiari dell'ordinamento penale statunitense (il carattere discrezionale dell'azione penale, l'inquadramento istituzionale del *public prosecutor*, la giustizia negoziata come ordinaria modalità di definizione dei procedimenti penali) ponendo in risalto le differenze con l'ordinamento italiano.

CAPITOLO I

L'AZIONE PENALE ED IL RUOLO DEL PUBBLICO MINISTERO

Sommario: 1. La nozione di azione penale – 2. L'art. 112 della Costituzione ed il principio di obbligatorietà dell'azione penale – 2.1 Il monopolio del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale – 2.2 Pubblico Ministero e Polizia Giudiziaria - 2.3 Il principio di legalità in materia di azione penale – 2.4 Operatività del principio di obbligatorietà dell'azione penale dopo la formulazione dell'imputazione – 2.4.1 Segue. L'obbligatorietà dell'azione penale prima della formulazione dell'imputazione – 3. Effettività del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale – 3.1 *Ad impossibilia nemo tenetur*: i criteri di priorità nell'azione penale – 4. Esercizio dell'azione penale – 4.1 Le condizioni di procedibilità e la loro legittimità costituzionale – 4.2 Modalità di esercizio dell'azione penale

1. La nozione di azione penale

L'azione penale è uno dei concetti che rivestono maggiore importanza nell'ordinamento giuridico. Essa è la cerniera tra la norma incriminatrice e la pronuncia del giudice consentendo, in tal modo, l'esercizio in concreto del diritto penale¹. Il potere giurisdizionale, non potendo attivarsi *motu proprio*, necessita, difatti, dell'azione quale impulso esterno. Per questo l'azione è al tempo stesso limite e condizione della giurisdizione².

Per quanto concerne, invece, la disciplina normativa sul punto, manca un'analitica e puntuale definizione legislativa del concetto di azione penale. Sulla base di ciò, non è mancato in dottrina chi ha evidenziato la natura enigmatica e sfuggevole di tale istituto³. Tuttavia, talune indicazioni, per quanto indirette, possono essere

¹ In tal senso, secondo autorevole e risalente dottrina: L. BORSARI, *Della azione penale*, Società l'unione tipografico-editrice, Torino, 1866, 146 s.

² L'espressione «*processo su azione*» è di P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, CEDAM, Padova, 1939, 6 s. Lo stesso Autore, alla pagina 8 del medesimo elaborato, paragona il rapporto tra il giudice e le parti al rapporto tra lo scienziato occupato al telescopio e l'assistente che gli porge il materiale da analizzare.

³ Cfr.: M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, CEDAM, Padova, 1995; 3 ss.; F. RUGGIERI, voce *Azione penale* in *Enc. Dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, 129.

rinvenute nell'articolo 405 c.p.p., avente ad oggetto il caso in cui il Pubblico Ministero decida di non archiviare le indagini svolte, ma di procedere ulteriormente.⁴

Il concetto di azione si origina nel diritto civile. Sin dai tempi del diritto romano, si individua nell'azione (l'*actio*) lo strumento con cui il cittadino può, a fronte di una violazione dei propri diritti, far valere in giudizio le proprie ragioni⁵. Tale assunto consente di evidenziare quanto rilevante sia tale istituto in uno Stato moderno: l'azione, da un lato, garantisce a qualunque cittadino una tutela di fronte a soprusi altrui di ogni sorta; dall'altro, ponendo al bando qualunque forma di giustizia privata, costituisce lo strumento con cui lo Stato, applicando la legge e restaurando l'ordine sociale, riafferma la propria autorità previamente messa in discussione⁶.

Dall'altro lato, il rapporto tra l'azione ed il diritto sostanziale di cui si chiede la tutela giurisdizionale costituisce materia di qualificato dibattito dottrinale. In una prima fase, si optava per teorie di tipo monistico: l'azione si identificava solo come un riflesso processuale del diritto sostanziale che l'attore vantava in giudizio oppure, al contrario, si sosteneva che solamente in sede processuale potesse parlarsi di diritto sostanziale: al di fuori di essa, vi sarebbero solamente rapporti di fatto irrilevanti dal punto di vista giuridico⁷. In un successivo momento tali teorie sono cadute in disuso: l'azione acquisisce una propria autonomia concettuale⁸. Facendo riferimento alle riflessioni sul punto di insigne dottrina, si può ricondurre l'azione

⁴ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2017, 69; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale (Vol. I)*, Giuffrè, Milano, 2017, 165; C. CESARI, *Azione ed inazione* in A. CAMON – M. DANIELE – D. NEGRI – C. CESARI – M. L. DI BITONTO – P. P. PAULESCU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, 448. Nel senso che il legislatore abbia tracciato una relazione di simbiosi tra azione ed imputazione: I. FRIONI, *Le diverse forme di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale* in *Rivista italiana di diritto e procedura italiana.*, fasc. II, 2002, 534). L'aver posto in relazione di alternatività la formulazione dell'imputazione e la richiesta di archiviazione è di particolare rilevanza: consente, difatti, di ritenere non più condivisibile l'opinione di chi includeva, tra gli atti di esercizio dell'azione penale, la richiesta di archiviazione. Per una compiuta argomentazione di tale teoria ormai obsoleta: G. LEONE, voce *Azione penale* in *Enc. Dir.*, IV, Giuffrè, Milano 1959, 859.

⁵ Tale concetto è stato efficacemente riassunto in tale brocardo latino: «*Actio nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*»

⁶ Più approfonditamente sul rapporto di questi due elementi: A. PETRELIS, *Azione* in *Nuovo Digesto Italiano*, Vol. II, Utet, Torino, 1937, 92 ss.

⁷ In argomento, anche in relazione al passaggio precedente: N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Giuffrè, Milano, 2013, 146.

⁸ Vd: Corte Cost. n°26/1999 in cui si qualifica l'azione in giudizio al fine di tutelare i propri diritti come un diritto inviolabile in capo ad ogni cittadino.

nella categoria dogmatica dei diritti potestativi⁹. Tale inquadramento dogmatico comporta due vantaggi di rilievo. In primo luogo, è possibile evidenziare la relazione di cooperazione tra Stato e cittadino¹⁰; in secondo luogo, si pone in luce come il convenuto, a fronte di un'iniziativa processuale dell'attore, non sia obbligato ad alcuna prestazione: egli è solamente tenuto ad accettare gli eventuali effetti sfavorevoli della sentenza sfavorevole¹¹.

Dal momento che in sede civile il concetto di azione è stato analizzato con un notevole grado di approfondimento¹², potrebbe apparire una soluzione condivisibile applicare in sede penale gli approdi giurisprudenziali e dottrinali cui si è pervenuto nel diritto civile. Tuttavia, l'unanimità della dottrina penalistica si oppone a tale possibilità¹³. Troppe, infatti sono le divergenze tra i due modelli processuali a rendere tale operazione impossibile, prima ancora che scorretta da un punto di vista teorico¹⁴.

Si esclude che nel procedimento penale possano trovare spazio concetti quali la legittimazione ad agire oppure l'interesse ad agire¹⁵. Essi, difatti, postulano che si sia individuato il soggetto che, affermandosi titolare di un determinato diritto sostanziale, si rivolge all'autorità giudiziaria perché essa emani un provvedimento

⁹ Con tale espressione si intende il potere di produrre, mediante una certa manifestazione di volontà, un effetto giuridico favorevole o la cessazione di uno stato giuridico svantaggioso. Così: G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, Zanichelli, Bologna, 1903, 21.

¹⁰ L'interesse del cittadino (che abbia fine una certa violazione di un suo diritto) e dello Stato (svolgere la propria funzione istituzionale di garantire che le norme giuridiche siano applicate) sono strettamente correlati in quanto la soddisfazione dell'uno dipende dalla soddisfazione dell'altro. Qualora si fosse optato per il classico dualismo potere-dovere per definire il rapporto giuridico processuale, tale relazione sarebbe stata offuscata oppure avrebbe condotto a risultati stravaganti: il creditore che, nel pretendere una certa prestazione, offre un servizio al debitore oppure il debitore che, nel fornire la prestazione dovuta, ne riceve un vantaggio. In argomento: P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., 13.

¹¹ Sul punto: G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 15.

¹² Nel senso che sia merito dei processualcivili l'aver di nuovo attribuito all'azione, mediante una sua modernizzazione concettuale, un ruolo centrale in ambito giuridico: M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 6. Definisce «cugini evoluti» gli studiosi di diritto civile: F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012, 399.

¹³ Si esprimono per la necessità che il concetto di azione penale sia delineato tenendo conto degli elementi peculiari del processo penale: F. RUGGIERI, voce *Azione penale*, cit., 130; O. DOMINIONI, voce *Azione penale* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 1987, 1. Nel senso che il diritto civile in materia possa essere definito come non più di un qualificato punto di partenza: G. LEONE, voce *Azione penale* cit., 851.

¹⁴ Vd. i riferimenti bibliografici di cui alla nota precedente.

¹⁵ Sul punto: G. UBERTIS, voce *Azione (II) Azione penale* in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1988, 1.

che gli sia favorevole¹⁶ e nessuna di queste condizioni può concretizzarsi in sede penale. Il pubblico ministero, nel momento in cui esercita l'azione, non vanta alcun diritto di punire; egli pone in essere un atto di giustizia per il beneficio della società nel suo insieme¹⁷. Da ciò deriva che l'organo dell'accusa, in quanto organo dello Stato che esercita funzioni di rango costituzionale, non trae alcun beneficio personale da un'eventuale sentenza di condanna nei confronti dell'imputato. Tuttalpiù l'organo dell'accusa può dirsi mosso dall'intento di adempiere, ex articolo 73 dell'ordinamento giudiziario, al suo compito di assicurare una pronta e regolare amministrazione della giustizia¹⁸. Così l'ottenimento di una sentenza di condanna è nulla di più di un elemento strumentale, e neanche indefettibile¹⁹. Sulla base di tali premesse vi è in dottrina chi ha ritenuto che non fosse, a rigore, opportuno disquisire in ambito penalistico di astrattezza²⁰ o concretezza²¹ dell'azione²².

Infine, definire l'azione penale come una particolare tipologia di domanda giudiziale porta a riflettere su quale sia l'onere di prova che l'organo dell'accusa è chiamato ad assolvere perché essa trovi accoglimento. In termini generali, nell'ordinamento l'onere della prova può essere inteso in due diverse accezioni: l'onere della prova in senso formale ed in senso sostanziale. Nel primo caso, si fa

¹⁶ *Amplius*: N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., 52 ss.

¹⁷ In argomento: L. BORSARI, *Della azione penale*, cit., 185 ss.; P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., 22.

¹⁸ Vd.: Corte Cost. n°190/1970 in cui si nega che il pubblico ministero possa essere qualificato come una parte in senso stretto: egli, infatti, non persegue fini personali bensì agisce per finalità di giustizia. Nel senso che, anche a seguito dell'introduzione del principio di parità delle parti nell'articolo 111, occorra tenere a mente le permanenti differenze istituzionali tra l'imputato ed il pubblico ministero: M. DANIELE, *La disciplina costituzionale* (paragrafo XI) in A. CAMON – M. DANIELE – D. NEGRI – C. CESARI – M. L. DI BITONTO – P. P. PAULESCU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, 136; A. ANDRONIO, *Articolo 111* in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (A CURA DI), *Commentario alla Costituzione* (vol. III), Utet Giuridica, Torino, 2008, 2114.

¹⁹ Si ricorda, difatti, il compito di svolgere le indagini a favore dell'indagato che l'ordinamento giuridico pone, nell'articolo 358 del c.p.p., in capo al pubblico ministero.

²⁰ Si intende far riferimento alla teoria secondo cui il pubblico ministero, quando esercita l'azione penale richiede al giudice una qualsiasi decisione su un certo fatto storico. Vd.: G. LEONE, voce *Azione penale*, cit., 851.

²¹ È l'approccio dogmatico esattamente opposto: il pubblico ministero esercita l'azione penale tutte le volte che ritiene ragionevolmente fondata una prognosi di condanna. Nel senso che, nel redigere il codice di rito attualmente vigente, il legislatore abbia optato per tale teoria: F. RUGGIERI, voce *Azione penale*, cit., 131; E. MARZADURI, *Azione IV* in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1996, 2.

²² In argomento: M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 20 ss. Tale Autore evidenzia come sarebbe ammissibile qualificare come concreta l'azione penale solamente ponendo in rilievo l'aspirazione del pubblico ministero all'emanazione di un provvedimento sfavorevole per l'imputato. Tuttavia, occorre essere consci della frattura che, in tal guisa, si produrrebbe con il diritto civile, la sede dove questi concetti hanno visto per la prima volta la luce.

riferimento allo sforzo probatorio che si richiede ad un soggetto al fine di conseguire un provvedimento giurisdizionale favorevole; nel secondo caso, invece, si individua chi sia il soggetto su cui grava il rischio della mancata prova e, dunque, su quale sia il criterio decisorio nel caso di fatto incerto.

Quanto sopra esposto in materia di natura istituzionale delle funzioni di pubblico ministero ha indotto parte della dottrina a ritenere che, a differenza di quanto avvenga nel diritto civile, l'onere della prova in senso formale sia estraneo al procedimento penale²³. Con riguardo, invece, all'onere della prova in senso sostanziale, un punto di riferimento è il principio di presunzione d'innocenza del soggetto imputato di cui all'articolo 27 comma 2 della Costituzione e all'articolo 6 comma 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Sostenere, difatti, che un soggetto sia da ritenersi innocente salvo che ne sia fornita la prova contraria implica che il rischio della mancata prova gravi sull'organo dell'accusa. A conferma di ciò possono essere richiamati gli articoli 530 comma 2 e 533 comma 1 c.p.p.: nella prima norma si afferma il principio secondo cui il giudice è tenuto ad emanare una sentenza di assoluzione « *anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile*»; nella seconda norma, invece, a seguito della modifica operata dalla legge n°46 del 2006, si prevede, come condizione per la pronuncia di una sentenza di condanna, l'accertamento della responsabilità dell'imputato «*oltre ogni ragionevole dubbio*»²⁴.

²³ Sul punto: P. MOSCARINI, *Lineamenti del sistema istruttorio penale*, Giappichelli, Torino, 2017, 30 s. In senso contrario, intendendo l'onere della prova in senso formale come l'onere di richiedere al giudice l'ammissione di una determinata prova: P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 257.

²⁴ Sulla natura meramente simbolica di tale intervento legislativo: G. ILLUMINATI, *Giudizio* in M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2018, 811; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 995. Nel senso che il pubblico ministero, alla luce di tale disposizione, non assolve al proprio onere probatorio se risulta una possibile ricostruzione del corso degli eventi favorevole all'imputato: P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 259; P. P. PAULESCU, *La disciplina costituzionale (Paragrafo IX)* in A. CAMON – M. DANIELE – D. NEGRI – C. CESARI – M. L. DI BITONTO – P. P. PAULESCU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, 128. Per una definizione in giurisprudenza di tale criterio di giudizio: Cass. pen., Sezione I, 21 maggio 2008, n° 31456, Franzoni, in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

Per quanto concerne, invece, la sussistenza o meno di un qualche onere di natura probatoria in capo all'imputato, dubbi si presentano, alla luce del principio di presunzione d'innocenza, per quanto concerne gli elementi che, se verificatosi, escludono la responsabilità penale in capo a tale soggetto: in termini generali, le cause di giustificazione del reato e le cause personali di non punibilità; in relazione a particolari figure di reato, il possesso giustificato di chiavi o grimaldelli e la verità del fatto lesivo dell'altrui reputazione²⁵.

In relazione alle cause di giustificazione del reato ed alle cause personali di non punibilità, da un lato non è compito dell'organo dell'accusa provare analiticamente che non sussistano gli elementi sopra indicati in quanto altrimenti vi sarebbe un eccessivo aggravio del suo onere probatorio²⁶; dall'altro lato, l'imputato non ha, a differenza del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, i poteri necessari per provare, con il grado di certezza richiesto in sede penale, la presenza di tali elementi ad esso favorevoli²⁷. È dunque necessario optare per una soluzione intermedia: il soggetto imputato è tenuto, non già a provare l'effettiva esistenza di tali fatti, ma solo a far sorgere un dubbio sul punto²⁸.

Per quanto concerne, invece, le cause di esclusione della responsabilità penale in relazione a particolari figure di reato, occorre distinguere: con riferimento al possesso ingiustificato di chiavi e grimaldelli, la Corte Costituzionale, espressasi più volte sul punto²⁹, ne ha fornito un'interpretazione costituzionalmente orientata: all'imputato si richiede solamente « *un'attendibile e circostanziata spiegazione, da valutarsi in concreto nelle singole fattispecie, secondo i principi della libertà delle prove e del libero convincimento* ». Con riguardo all'*exceptio veritatis* nel reato di diffamazione, vi è in dottrina chi ritiene che sia effettivamente un caso di inversione

²⁵ Più precisamente, il legislatore, all'articolo 596 comma 3, pone delle condizioni ben precise perché il soggetto imputato del reato di diffamazione sia ammesso a provare la verità del fatto lesivo dell'altrui reputazione: oltre al fatto che l'offesa consista in un fatto determinato, la persona offesa deve essere un pubblico ufficiale ed il fatto ad esso attribuito deve inerire alle sue funzioni oppure per il fatto di cui sopra deve essere pendente un procedimento penale oppure il querelante deve richiedere formalmente che si accerti in giudizio la verità o la falsità del fatto.

²⁶ Sul punto: G. ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., 810; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 996; P. MOSCARINI, *Lineamenti del sistema istruttorio penale*, cit., 34.

²⁷ In argomento: P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 260 ss.

²⁸ Per i riferimenti bibliografici si vedano le due note precedenti.

²⁹ Vd.: Corte Cost. n° 14/1971, in <https://www.giurcost.org/>; Corte Cost. n° 110/1968, *ivi*.

dell'onere della prova in sede penale³⁰. Per quanto tale opinione risulti difficilmente conciliabile con il principio di cui all'articolo 27 comma 2 Cost., si riscontrano, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, alcune pronunce che definiscono legittima l'introduzione, nei limiti del principio di proporzionalità, di presunzioni relative di fatto in sede penale³¹.

2. L'art. 112 della Costituzione ed il principio di obbligatorietà dell'azione penale

Delineati i lineamenti generali dell'azione penale, occorre analizzare in che termini la fonte suprema del diritto italiano, la Carta costituzionale, si occupi del tema dell'azione. Nell'articolo 112 Cost è enunciato il principio³² dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Il legislatore costituzionale, nel prevedere tale disposizione, è stato particolarmente ermetico e ciò ha comportato, nei decenni successivi, il proliferare di questioni interpretative che saranno oggetto di approfondimento nel prosieguo della trattazione³³. In questa sede sia sufficiente evidenziare l'incommensurabile portata storico-valoriale dell'articolo in commento. Difatti, nonostante si parli sin dagli albori dello scorso secolo di obbligatorietà dell'azione penale³⁴, si può notare come, nell'Assemblea Costituente e non solo³⁵, vi fosse la volontà di una soluzione di continuità rispetto al regime dittatoriale fascista³⁶. Il risultato di tale manifestazione d'intenti è stato la formulazione di una norma con una lodevole finalità di garanzia:

³⁰ Cfr.: F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 991.

³¹ Corte EDU, 7 ottobre 1998, n° 10519/83, Salabiaku vs Francia; Corte EDU, 25 settembre 1992, Pham Hoang vs Francia.

³² Nel senso che si tratta di una norma e non di un principio: S. ANASTASIA, *Obbligatorietà della norma: effettività della norma, efficacia del principio*, in *Democrazia e diritto*, fasc. II, 2005, 32.

³³ Se del potere di esercitare l'azione penale nel nostro ordinamento sia esclusivamente titolare il pubblico ministero (vd. *infra* 2.1.); in cosa consista il principio di legalità di materia di azione penale (vd. *infra* 2.2.); se l'articolo 112 della Costituzione possa trovare applicazione nei momenti successivi alla formulazione dell'imputazione da parte del pubblico ministero (vd. *infra* 2.3.).

³⁴ Vd. M. M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 92.

³⁵ Il riferimento non può che intendersi rivolto al decreto luogotenenziale 288/1944 a cui si deve l'introduzione, ex articolo 6, di un controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero

³⁶ Emblematiche in tal senso le parole, in seno all'Assemblea Costituente, di Leone: «quando avremo detto soltanto che il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale, noi avremo soddisfatto l'ansia politica che in questa sede dobbiamo rispettare» vd. S. PANIZZA, *Fondamento ed attualità per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale*, in PACE – BARTOLE – ROMBOLI (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Jovene, Napoli, 2010, 149

come ha avuto modo di sottolineare in svariate pronunce la Corte Costituzionale³⁷, l'articolo 112 Cost. tutela, da un lato, l'indipendenza degli uffici del pubblico ministero da ogni sorta di centro di potere e, dall'altro lato, assicura la parità di trattamento dei cittadini³⁸. In realtà le due funzioni sono due lati della stessa medaglia: sarebbe infatti praticamente impossibile per un pubblico ministero tutelare il principio di uguaglianza ove dovesse dipendere, in qualunque modo, da un qualche potere esterno³⁹. Ad ogni modo, da tali premesse è possibile sottolineare quanto sia fondamentale tale articolo nel mantenimento della stabilità dello Stato repubblicano. Ciò non significa, tuttavia, che possa ignorarsi l'opera di integrazione e completamento di cui è protagonista la legislazione ordinaria stante la già citata estrema sinteticità del testo costituzionale⁴⁰.

2.1 Il monopolio del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale

La norma costituzionale attribuisce al pubblico ministero un monopolio nell'esercizio dell'azione penale, così come rimarcato dall'abrogazione di tutte le norme che prevedevano l'esercizio dell'azione penale da parte di soggetti diversi⁴¹.

La disposizione costituzionale impedisce non solo al legislatore ordinario di sottrarre al Pubblico Ministero il proprio potere, ma anche di attribuire il potere di esercitare l'azione penale ad un soggetto diverso dallo stesso Pubblico Ministero. Il Pubblico Ministero, a pena di una violazione dell'art. 112, è l'esclusivo titolare dell'azione penale: se fosse diversamente il pubblico ministero sarebbe chiamato ad assolvere un obbligo, costituzionalmente imposto, divenuto inesigibile a causa di quanto previsto all'interno di normativa di rango primario⁴².

³⁷ Tra le tante si segnalano in particolare: Corte Cost. n° 84/ 1979, in <https://www.giurcost.org/> e Corte Cost. n° 88/1991, *ivi*.

³⁸ Sull'effettiva capacità dell'articolo 112 Cost. di garantire l'uguaglianza dei cittadini si esprime in senso contrario: P. CIRIELLO, *A proposito di obbligatorietà dell'azione penale* in AA. VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Cacucci, Bari, 2012, 1216 s.

³⁹ Pone in correlazione la tutela della parità di trattamento dei cittadini ed il dovere istituzionale del pubblico ministero, soggetto indipendente rispetto ad ogni potere esterno, di garantire il generale interesse all'osservanza della legge penale: A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, Giuffrè, Milano, 2017, 25 s.

⁴⁰ In argomento: M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 104.

⁴¹ Art. 231 disp. att. coord.

⁴² Sul punto: sentenza della Corte Costituzionale n° 84/1979; M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 34

Maggiori perplessità coinvolgono il diverso caso in cui il legislatore decida di prevedere un esercizio dell'azione penale privata con carattere concorrente o sussidiario. La presenza, sul punto, di molteplici e discordi pronunce della Corte Costituzionale⁴³ è la dimostrazione di quanto l'argomento sia divisivo e si presti a soluzioni radicalmente opposte.

In termini generali si può dire che poco spazio è stato riservato, in sede penale, ad iniziative provenienti da soggetti posti al di fuori dell'ordinamento giudiziario. Prendendo le mosse dal codice di procedura penale del 1865, il legislatore italiano si è distaccato da quanto deciso, nel 1808, dal legislatore francese. Quest'ultimo, difatti, all'articolo 1 del *Code de procédure pénale*⁴⁴, ha esplicitamente riservato ad un funzionario pubblico, *le ministère public* (anche noto come *parquet*) il compito di esercitare l'azione penale. Dall'altra parte, in Italia talune norme (articoli 110, 331, 371) facevano riferimento ad una citazione diretta del soggetto imputato da parte della persona offesa⁴⁵. Nel 1913 tale istituto perde gran parte del proprio ambito applicativo: se ne fa menzione esclusivamente all'articolo 354 del codice di rito allora vigente con riferimento ai reati di diffamazione ed ingiuria. Nel 1930, con la redazione del codice Rocco⁴⁶, l'azione penale assume caratteri esclusivamente pubblicistici. All'epoca, tale scelta di principio era dettata dalla natura totalitaria del regime fascista e dalla visione omnicomprensiva dello Stato che era propria di tale fase storica e politica.

Cionondimeno, la volontà di definire esclusivamente pubblico l'esercizio dell'azione penale si poggia su ulteriori ragioni dogmatiche che sono vevoli anche

⁴³ Nel senso che l'articolo 112 Cost. osti, salvo casi eccezionali previsti da norma costituzionale, a che il pubblico ministero sia sostituito nel promuovere l'azione penale vd Corte Cost. n° 154/1963, in <https://www.giurcost.org/>. In altri casi si è invece affermato come non siano, in linea di principio, illegittime azioni penali concorrenti o sussidiarie rispetto a quella di cui è titolare il pubblico ministero: sentenze Corte Cost. n°61/1967 in <https://www.giurcost.org/>, Corte Cost. n° 123/1970, *ivi*.

⁴⁴ Articolo 1 del *Code de procédure pénale* (versione originaria): «L'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi (L'azione per l'applicazione delle sanzioni penali non appartiene che agli organi pubblici cui la legge attribuisce tale funzione)».

⁴⁵ Nel senso che tale istituto potesse essere definito come un'azione penale privata: F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 400; M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 8; G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 95.

⁴⁶ Articolo 1 del codice di procedura penale del 1930: «L'azione penale è pubblica e, quando non sia necessaria la querela, la richiesta o l'istanza, è iniziata d'ufficio in seguito a rapporto, a referto, a denuncia o ad altra notizia del reato».

nei tempi odierni. Da un lato aprire le porte ad un'azione penale privata comporta l'assunzione di inevitabili rischi: la possibilità che in tal senso si possa legalizzare, di fatto, una vendetta privata è pericolosamente concreta. Allo stesso modo allargare la platea dei titolari dell'esercizio dell'azione penale significa porre nell'ombra l'interesse pubblico perché si proceda avverso quegli individui che hanno violato, con le loro azioni od omissioni, le disposizioni penali. Nonostante tali argomentazioni siano abbastanza convincenti, non riescono ad eliminare taluni elementi di perplessità.

In primo luogo, non è pacifico che fosse nelle intenzioni dei membri dell'Assemblea Costituente escludere dal nostro ordinamento l'istituto dell'azione penale privata. Anzi, quanto dichiarato, in tale sede, da parte di Giovanni Leone⁴⁷ sta a dimostrare come fosse in corso un acceso dibattito forse mai composto del tutto. Inoltre, costituisce un vizio logico sostenere che non possa esservi un'azione penale privata perché è necessario tutelare la posizione monopolistica del pubblico ministero. Infatti, tale stato di cose esiste proprio perché si è deciso di escludere, *in nuce*, un'azione penale privata. Infine, stabilire che nessun altro, al di fuori del pubblico ministero, possa essere titolare dell'azione penale potrebbe lasciare senza tutele la persona offesa dal reato non tenendo in debita considerazione i suoi interessi⁴⁸. Tuttavia, ciò non significa che attribuire ad altri soggetti il potere di formulare l'imputazione sia, in ogni caso, una soluzione efficace⁴⁹.

Sarebbe, però, un errore sostenere che non esistano già, all'interno del nostro ordinamento, delle disposizioni che attribuiscono ad altri soggetti il potere di promuovere l'azione penale. Il caso di maggior rilievo nel nostro ordinamento può

⁴⁷ Di seguito le Sue parole: «[...]ma non diciamo che il monopolio dell'azione è in mano al pubblico ministero» cfr. S. PANIZZA, *Fondamento ed attualità per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale*, cit., 149.

⁴⁸ In argomento: G. LEONE, voce *Azione penale*, cit., 854

⁴⁹ Difatti, ragionando in astratto, vuoti di tutela per la persona offesa potrebbero verificarsi anche in Stati in cui hanno deciso di subordinare l'organo dell'accusa ai vertici del potere esecutivo come il Giappone o di farne una carica elettiva come gli Usa (vd. *infra* cap. V) o, seppur in forma indiretta, in Cina. Sulla collocazione istituzionale dell'organo dell'accusa in Giappone e Cina, rispettivamente: A. ORTOLANI, voce *Giappone (diritto moderno)* in *Dig. disc. priv.*, Utet Giuridica, Torino, 2012, 444; M. MAZZA, *Le istituzioni giudiziarie cinesi: dal diritto imperiale all'ordinamento repubblicano e alla Cina popolare*, Giuffrè, Milano, 2010, 167.

essere individuato nell'articolo 90 del testo Costituzionale⁵⁰: si tratta della messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica, ad opera del Parlamento in seduta comune, in casi particolarmente gravi come l'alto tradimento ed attentato alla Costituzione. Non sembra, tuttavia, che vi siano spazi per contestazioni di alcuna sorta dal punto di vista della legittimità costituzionale della previsione *de qua*. Da un lato, gli elementi di spiccata peculiarità come i presupposti applicativi o gli aspetti di natura procedurale giustificano pienamente la scelta legislativa. Dall'altro lato, il fatto che la disposizione trovi posto all'interno della Carta costituzionale esclude, in via assoluta, ogni possibile dubbio.

Il discorso si complica leggermente con riguardo ad una norma di problematica sistemazione all'interno del panorama legislativo italiano: l'articolo 100 del decreto del Presidente della Repubblica (d'ora in poi d.P.R.) 570 del 1960⁵¹. Il primo comma di tale disposizione, se interpretata in senso letterale, sembra suggerire che si sia voluto introdurre un caso di titolarità diffusa dell'azione penale⁵². Ammesso e non concesso che se ne possa sancire la conformità a Costituzione, dubbi permarranno per quanto riguarda il suo essere attualmente vigente.

Si è già ricordato come, in forza dell'articolo 231 delle disp. att coord., siano da intendersi abrogate tutte le disposizioni normative che attribuiscono la titolarità dell'azione penale ad un soggetto che non sia il pubblico ministero.

Dovendosi privilegiare, per forza di cose, un'interpretazione non abrogatrice della disposizione in commento, l'unica via percorribile è forzarne il dato letterale per giungere a negare che si tratti di un conferimento di un potere di assumere determinazioni in materia di azione penale. Potrebbe sostenersi che il cittadino, di fronte ad un reato elettorale, sia titolare di un semplice potere di denuncia a cui si

⁵⁰ Fino alla riforma, con la legge costituzionale n°1/1989, della disciplina costituzionale dei procedimenti penali per i reati ministeriali poteva annoverarsi anche l'articolo 96 Cost. tra i casi di eccezione rispetto al principio che spettò al pubblico ministero l'esercizio dell'azione penale.

⁵¹ Articolo 100 d.P.R. 570 del 1960: «*Qualunque elettore può promuovere l'azione penale, costituendosi parte civile, per i reati contemplati negli articoli precedenti. L'azione penale, per tutti i reati contemplati nel presente Testo Unico, si prescrive in due anni dalla data del verbale ultimo delle elezioni. Il corso della prescrizione è interrotto da qualsiasi atto processuale, ma l'effetto interruttivo dell'atto non può prolungare la durata dell'azione penale per un tempo che superi, nel complesso la metà del termine stabilito per la prescrizione.*

⁵² M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 13 s.

riconnette la possibilità di costituirsi, nel successivo procedimento penale, parte civile.

2.2 Pubblico Ministero e Polizia Giudiziaria

Uno degli aspetti soggettivi dell'esercizio dell'azione penale coinvolge la relazione tra la polizia giudiziaria ed il pubblico ministero, disciplinata dall'articolo 109 Cost⁵³.

Certamente, perché possa efficacemente attuarsi il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, è indispensabile una ricerca il più possibile capillare delle notizie di reato perché poi si possa procedere alla sua iscrizione. Il pericolo che, in tale frangente, si verificano fenomeni elusivi di quanto dispone l'articolo 112 Cost. ha natura molto concreta. È vero che il c.p.p. attribuisce la funzione investigativa al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria proprio per impedire un poco rassicurante monopolio in capo a quest'ultima⁵⁴. Tuttavia, per i maggiori mezzi a sua disposizione, è evidente come la stragrande maggioranza delle notizie di reato siano raccolte dalla polizia giudiziaria i cui rapporti con l'esecutivo non sono particolarmente limpidi⁵⁵. Ad ogni modo va sottolineato come, per evitare che la dipendenza organica della polizia giudiziaria nei confronti del potere esecutivo sia un ostacolo per un efficiente procedere dell'attività investigativa, l'articolo 59 traccia una relazione di subordinazione funzionale⁵⁶ tra l'autorità giudiziaria e la polizia giudiziaria⁵⁷. Inoltre, al terzo comma della medesima norma, si prescrive che gli appartenenti alle sezioni di polizia giudiziaria possano essere distolti dalle loro funzioni su disposizione del magistrato che dirige l'ufficio da cui essi dipendono⁵⁸

⁵³ Articolo 109 Cost.: L'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria.

⁵⁴ In argomento: L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, in M. BARGIS (A CURA DI), *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2018, p. 495.

⁵⁵ In tal senso: M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 47.

⁵⁶ Nel senso che, sebbene si riferisce a disposizioni del codice previgente, tale relazione di subordinazione sia finalizzata ad assicurare all'autorità giudiziaria una pronta disponibilità del materiale investigativo: Corte Cost. n° 114/1968, in <https://www.giurcost.org/>; Corte Cost. n° 94/1963, *ivi*.

⁵⁷ Ai sensi dell'articolo 10 disp. att. coord., la destinazione del personale delle sezioni di polizia giudiziaria a compiti di polizia giudiziaria può venire meno solo in casi eccezionali o qualora emergano esigenze di istruzione o addestramento.

⁵⁸ Più precisamente, ai sensi dell'articolo 11 disp. att. coord., tale trasferimento può essere disposto, su proposta del magistrato di cui nel testo principale o comunque previo suo *nulla osta* o del

Destà, altresì, delle preoccupazioni la scelta legislativa di non imporre alla polizia giudiziaria un tempo preciso entro cui riferire la notizia di reato al pubblico ministero: l'articolo 347 comma 1 c.p.p.⁵⁹ si limita, difatti, a prescrivere, salvo talune eccezioni⁶⁰, una trasmissione senza ritardo. Tanto è rilevante, in tale ambito, il potere della polizia giudiziaria che si è fatta largo in dottrina l'idea che, di fatto, sia quest'ultima ad essere il *dominus* dell'azione penale⁶¹. Sebbene non si intenda escludere o sottovalutare rischi di svilimenti delle garanzie costituzionali, difficilmente la soluzione di questo problema può derivare da una modifica del diritto positivo. L'attuale formulazione dell'articolo 109 Cost. è, invero, già in grado di conciliare le opposte esigenze che l'attività investigativa sia efficiente e che la polizia giudiziaria non sia alle dipendenze di un potere politicamente irresponsabile come la magistratura⁶². Allo stesso modo, la seconda esigenza è il motivo per cui si rifiuta l'idea di istituire un corpo autonomo di polizia giudiziaria⁶³.

procuratore generale presso la Corte d'Appello, ad opera dell'amministrazione di appartenenza. Un'eccezione è prevista per il caso in cui il trasferimento sia necessario per la progressione di carriera: in tal caso è sufficiente un tempestivo avviso

⁵⁹ Articolo 347 comma 1 c.p.p.: Acquisita la notizia di reato, la polizia giudiziaria, senza ritardo, riferisce al pubblico ministero, per iscritto, gli elementi essenziali del fatto e gli altri elementi sino ad allora raccolti, indicando le fonti di prova e le attività compiute, delle quali trasmette la relativa documentazione.

⁶⁰ Tempistiche più ristrette sono previste, *ex* articolo 347 comma 2: nel caso di compimento di atti per cui è prevista l'assistenza del difensore (48 ore), nel caso dei delitti particolarmente gravi indicati nel terzo comma della medesima disposizione o qualora sussistano ragioni d'urgenza (immediatamente).

⁶¹ Cfr. M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 49; G. D'ELIA, *Art. 112* in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (A CURA DI), *Commentario alla Costituzione (vol. III)*, Utet Giuridica, Torino, 2008, 2134. In senso critico nei confronti di una riforma costituzionale, poi risoltasi in un nulla di fatto, che attribuiva alla polizia giudiziaria la conduzione, in via concorrente, dell'attività investigativa: ROMBOLI, *Introduzione al tema: l'azione penale e il ruolo del pubblico ministero* in A. PACE - S. BARTOLE - R. ROMBOLI (A CURA DI), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Jovene, Napoli, 2010, 119 s.

⁶² M. D'AMICO, *Una riforma costituzionale sulla giustizia* in AA. VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Cacucci, Bari, 2012, 1227

⁶³ Nel senso che tale scelta è pienamente conforme a Costituzione: S. VUOTO, *art. 109* in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (A CURA DI), *Commentario alla Costituzione (vol. III)*, Utet Giuridica, Torino, 2008, 2078.

2.3 Il principio di legalità in materia di azione penale

Dall'articolo 112 della Costituzione si può ricavare il principio di legalità in materia di azione penale, quale implicito corollario dell'effettività dei poteri/doveri del Pubblico Ministero.

Anzitutto, il principio di legalità processuale concretizza il dovere, di cui all'articolo 25 comma 2 Cost⁶⁴., di reprimere le condotte che si pongono in contrasto con quanto disposto da una legge penale⁶⁵. Dall'altro lato, il principio di legalità assolve anche alla funzione di predeterminare le funzioni del PM, affinché non si sovrappongano valutazioni di opportunità alla decisione, assunta in sede legislativa, di incriminare un determinato comportamento umano⁶⁶.

Ad essere più precisi, questo principio non si rinviene nel testo della disposizione in commento quanto piuttosto nel suo significato implicito, nelle sue implicazioni di valore⁶⁷. È infatti evidente come sarebbe impossibile garantire la parità di trattamento dei cittadini nell'amministrazione della giustizia se il pubblico ministero potesse assumere determinazioni sulla scorta di considerazioni puramente discrezionali. D'altronde, l'idea che il principio di legalità costituisca il mezzo per mantenere il processo penale rigidamente ancorato ai principi democratici non risulta affatto nuova all'orizzonte giuridico italiano⁶⁸. Allo stesso modo, non può ignorarsi quanto sia significativo il contributo che il principio di legalità di materia di azione penale apporta all'effettiva attuazione della funzione di prevenzione generale del diritto penale.

⁶⁴ Articolo 25 comma 2 Cost.: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

⁶⁵ Sul punto: Corte Cost. n°88/1991 in <https://www.giurcost.org/>; A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 25.

⁶⁶ Nel senso che sia assente un potere discrezionale dell'organo dell'accusa nel promovimento dell'azione penale, tra le altre: Corte Cost. n° 155/1997, in www.cortecostituzionale.it.

⁶⁷ Vd. M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 97.

⁶⁸ In argomento si citano le illuminanti parole pronunciate, in Assemblea Costituente, da Giovanni Uberti: «*il supporre che un pubblico ministero possa non esercitare un'azione penale per ragioni di opportunità e di convenienza [è] in contrasto con i principi della democrazia; un delitto deve essere sempre perseguito prescindendo da qualsiasi ragione di convenienza*», L. PEPINO, *ancora sulla obbligatorietà dell'azione penale. Qualche spunto per una riflessione realistica in Questione giustizia: bimestrale promosso da Magistratura Democratica n°2/2011*, 104; G. LEONE, voce *Azione penale*, cit., 855.

Difatti, ove venisse meno la correlazione automatica tra fondatezza della *notitia criminis* ed instaurazione del processo, verrebbe meno gran parte della capacità intimidatrice della norma penale con conseguenze potenzialmente nefaste per il mantenimento della pace sociale⁶⁹. Eventuali attenuamenti del principio *de quo* potrebbero essere tollerati solo ove congiuntamente si ammettesse un'azione penale privata ma sono già stati esposti i motivi per cui, *de iure condito e condendo*, tale strada risulti al momento sbarrata.

2.4 Operatività del principio di obbligatorietà dell'azione penale dopo la formulazione dell'imputazione

Poiché l'art. 112 della Costituzione menziona espressamente il principio dell'obbligatorietà nel momento in cui l'azione penale viene esercitata, ci si è domandati se il Pubblico Ministero dovesse ritenersi svincolato dal principio nei momenti che seguono l'esercizio dell'azione. In altre parole, se e come il Pubblico Ministero può rinunciare all'azione penale, anche non coltivando il procedimento nella eventuale fase delle impugnazioni.

Si tratta di una questione che ha una grande rilevanza pratica, e che si collega al tema dell'irretrattabilità dell'azione penale, enunciato all'articolo 50 comma 3 c.p.p.⁷⁰. L'art. 50, nel considerare tassative le cause di sospensione e interruzione dell'incedere processuale, esprime un concetto fondamentale: una volta che l'azione penale è stata esercitata, da un lato essa fa sorgere, in capo al giudice, l'obbligo di emettere un atto di natura giurisdizionale in relazione ad un determinato fatto storico⁷¹; dall'altro lato il processo, di cui l'azione costituisce l'atto introduttivo, può avere una definizione esclusivamente con l'emanazione di una sentenza o di un decreto penale di condanna⁷².

⁶⁹ Sul punto: G. LEONE, voce *Azione penale*, cit., 855.

⁷⁰ Cfr. Articolo 50 comma 3 del codice di procedura penale: «*L'esercizio dell'azione penale può essere sospeso o interrotto soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge*».

⁷¹ Sul punto: G. LEONE, voce *Azione penale*, cit., 853

⁷² Nel senso che l'azione penale dà il via ad una sequela di atti che conduce necessariamente all'emanazione di un atto di natura giurisdizionale da parte di un giudice vd. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 397; F. DELLA CASA - G. P. VOENA, *Soggetti* in M. BARGIS (A CURA DI), *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2018, 54.

La Corte Costituzionale ha avuto un ruolo preminente nel dibattito sull'irretrattabilità, proponendone nel tempo soluzioni diverse tra loro.

In una sua risalente pronuncia⁷³, la Corte Costituzionale si è espressa nel senso che il principio di obbligatorietà dell'azione penale continua ad avere una sua rilevanza anche nei gradi di impugnazione. Se ne può dunque dedurre che il pubblico ministero, a fronte di una sentenza di primo grado che non abbia accolto a pieno le sue pretese, non è titolare di alcun potere discrezionale. Anzi, in tale contesto l'impugnazione del provvedimento giurisdizionale può essere definito come un obbligo. Nel 1995, la Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi sul punto mutando completamente indirizzo⁷⁴. In tale sentenza, infatti, la sfera applicativa del 112 viene di molto ridimensionata escludendo che possa estendersi oltre il momento dell'esercizio dell'azione penale. Vari sono gli argomenti posti a sostegno di tale prospettazione. In primo luogo, dai lavori preparatori si evince chiaramente come la disposizione costituzionale si riferisca esclusivamente al momento dell'esercizio dell'azione. Allo stesso modo all'articolo 570 comma 1 c.p.p. si fa menzione della possibilità per l'organo dell'accusa di rinunciare ad impugnare la sentenza di primo grado. Ove dovesse ritenersi necessario un parallelismo tra l'obbligo di esercitare l'azione penale e l'obbligo di portare avanti l'iter processuale, ci si troverebbe costretti a riconoscere l'incoerenza di una disciplina che concede ad un soggetto facoltà incompatibili con un obbligo di rango costituzionale. Tale presa di posizione ha avuto l'effetto di influenzare in modo significativo le successive decisioni *in subiecta materia* della Corte Costituzionale: nel 2007, infatti, i giudici della Consulta ribadirono il concetto secondo cui «*il potere d'impugnazione del pubblico ministero non costituisce una proiezione necessaria del principio di obbligatorietà dell'azione*»⁷⁵.

⁷³ Corte Cost. n° 177/1971, in <https://www.giurcost.org/> in cui si pervenne alla declaratoria di incostituzionalità dell'articolo 515 comma ultimo comma cpp in materia di appello incidentale del pubblico ministero. Più precisamente si definì illegittimo il comportamento del pubblico ministero che in un primo momento rinuncia all'impugnazione per poi cambiare idea a seguito dell'iniziativa dell'imputato

⁷⁴ Corte Cost. n° 280/1995, in <https://www.giurcost.org/> anche se già nel 1992, con la sentenza Corte Cost. n° 432/1992, *ivi*, poteva ravvisarsi un'interpretazione restrittiva della disposizione costituzionale in commento.

⁷⁵ Corte Cost. n°26/2007 in <https://www.giurcost.org/> in cui si afferma che il potere d'impugnazione deve essere riconosciuto al pubblico ministero solamente nella misura in cui sia necessario per assicurare la parità tra le parti richiesta dall'articolo 111 Cost.

A ben vedere, le argomentazioni della Corte Costituzionale non sono pienamente condivisibili e, difatti, non sono mancate aspre critiche da parte della dottrina⁷⁶. È certamente vero che i lavori preparatori della Costituzione possono essere un valido ausilio ermeneutico ma non si può attribuire loro un peso eccessivo. Invero, in tale documento sono solamente riportati i termini del dibattito che vi fu in Assemblea Costituente ma non è escluso che si possa attribuire ad un articolo significati ulteriori. Dall'altro lato non è decisivo l'argomento che fa riferimento alla disciplina codicistica dell'acquiescenza e della rinuncia all'impugnazione.

Da una parte risulta singolare l'impiego, da parte della Corte Costituzionale, di una legge ordinaria come criterio d'interpretazione di una norma costituzionale non rispettando il principio di gerarchia delle fonti di diritto interno. Dall'altro lato, ammesso e non concesso che quanto sopra esposto sia legittimo, non sembra in realtà ravvedersi una contraddizione insanabile tra estendere l'ambito di applicazione dell'articolo 112 Cost. e prevedere una possibilità di non impugnare la sentenza di primo grado: come non ogni notizia di reato comporta di per sé l'instaurazione di un processo⁷⁷, non ogni sentenza emessa dal giudice fa sorgere un obbligo di attivarsi in capo all'organo dell'accusa. Ciò che deve essere assicurato è che sia escluso che il pubblico ministero possa determinarsi sulla base di valutazioni di mera opportunità⁷⁸. Non deve inoltre essere ignorato che escludere che l'articolo 112 vincoli il pubblico ministero anche nella fase processuale significa, di fatto, attribuire al suddetto soggetto la possibilità di determinare, secondo il suo insindacabile arbitrio, «*le sorti dell'iniziativa d'accusa non condivisa dal giudice di prima istanza*⁷⁹» con un inevitabile conflitto con il principio di legalità.

⁷⁶ Vd. E. MARZADURI, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale* in A. PACE - S. BARTOLE - R. ROMBOLI (A CURA DI), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Jovene, Napoli, 2010, 129 ss.; V. GREVI, *Un'occasione perduta (o forse solo rinviata) dalla Corte costituzionale in tema di uso distorto della richiesta di remissione del processo* in *Cassazione Penale*, fasc. II, 1996, 451; V. GREVI, *Appello del pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale* in *Cassazione Penale*, fasc. IV, 2007, 1414 ss.;

⁷⁷ Vd. Corte Cost. n° 88/1991 in <https://www.giurcost.org/> e Corte Cost. n° 96/1997, *ivi*.

⁷⁸ Vd. *Supra*, 2.2.

⁷⁹ Cfr. V. GREVI, *Appello del pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1416.

Occorre una precisazione: affermare che l'articolo 112 assuma rilevanza anche nei gradi d'impugnazione non significa sancire l'illegittimità di tutte quelle disposizioni normative che riducono il potere d'impugnazione del pubblico ministero. Tuttavia, affinché siano costituzionalmente conformi esse devono essere volte a tutelare dei valori anch'essi costituzionalmente rilevanti come, ad esempio, la ragionevole durata del processo.

2.4.1 *Segue.* L'obbligatorietà dell'azione penale prima della formulazione dell'imputazione

La sinteticità dell'art. 112 Cost. ha degli ovvi riflessi anche sull'applicabilità del principio dell'obbligatorietà nella fase antecedente alla formulazione dell'imputazione.

Dal fatto che l'articolo 405 c.p.p. abbia posto in risalto il momento della formulazione dell'imputazione parrebbe propendere per l'inapplicabilità del principio⁸⁰. Tuttavia, la Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, esprimendosi esplicitamente sul punto, ha evidenziato il collegamento logico tra inizio ed esercizio dell'azione penale escludendo, dunque, che il testo della norma codicistica sopra citata potesse assumere un ruolo decisivo in questo dibattito⁸¹.

Dall'altro lato, taluni autori hanno optato per una linea ermeneutica esattamente opposta: l'art. 112 perderebbe gran parte della sua portata precettiva se fosse consentito al pubblico ministero condurre l'attività d'indagine sulla base di criteri puramente discrezionali⁸². Inoltre, assume, in quest'ambito, un particolare rilievo la sentenza n°88 del 1991 della Corte Costituzionale in cui si è affermata l'obbligo,

⁸⁰ In argomento: F. RUGGIERI, voce *Azione penale*, cit., 130. In senso conforme, sebbene riferendosi alle norme del codice rito di previgente: O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, cit., 8; G. UBERTIS, voce *Azione (II) Azione penale*, cit., 5. Tali Autori, difatti, in tali scritti ritengono che il compiere o meno singoli atti di indagine attenga alla discrezionalità dell'organo dell'accusa.

⁸¹ Vd.: Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, Titolo II. Contesta tale argomentazione ritenendo preferibile un'interpretazione maggiormente conforme al testo della norma: I. FRIONI, *Le diverse forme di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 549.

⁸² In argomento: D. VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112: un tentativo di razionalizzazione* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc I-II, 2003, 259; E. MARZADURI, *Azione IV*, cit., 9.

in capo all'organo dell'accusa, di svolgere indagini tendenzialmente complete⁸³. Qualora, in aggiunta, si volesse concordare con chi in dottrina ha ridimensionato la portata di tale enunciazione di principio da parte dei giudici costituzionali⁸⁴, non vi sarebbero particolari conseguenze su tale diatriba: l'articolo 112 troverebbe applicazione nei momenti precedenti la formulazione dell'imputazione anche laddove si sostenesse che il compito dell'organo dell'accusa si limiti, ai sensi dell'articolo 326 c.p.p., al porre in essere gli atti d'indagine « necessarie per la determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale»⁸⁵.

3. Effettività del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale.

È necessario chiederci se ed in quale misura il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale trovi una reale applicazione nell'attuale ordinamento giuridico. Che l'articolo 112 sia una norma di principio è una tesi in gran parte condivisibile⁸⁶, ma ciò non significa che ci si possa esimere da una verifica della persistente capacità della norma *de qua* di conformarsi all'attuale società e di soddisfarne le necessità⁸⁷. È, difatti, sempre molto concreto il rischio che un principio di capitale importanza, come lo è quello in commento, si tramuti in un ostacolo perché la giustizia penale divenga realmente efficiente.

Per quanto riguarda, dunque, l'effettività dell'articolo 112 Cost., occorre quanto prima fugare un pericoloso equivoco: aver costituzionalizzato il principio di obbligatorietà dell'azione penale non significa aver posto al bando ogni forma di discrezionalità⁸⁸.

⁸³ Più nel dettaglio, in tale pronuncia i giudici costituzionali evidenziarono che solamente a seguito d' indagini il più possibili approfondite il pubblico ministero ed il soggetto indagato possono determinarsi, con piena cognizione di causa, rispettivamente sull'esercizio dell'azione penale o sull'optare per un rito speciale.

⁸⁴ Cfr.: M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione* in *Enc. Dir.*, Annali II, Giuffrè, Milano, 2008, 64 s.

⁸⁵ Sul punto: E. MARZADURI, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, cit., 126 s.

⁸⁶ Sul punto: L. PEPINO, *Ancora sulla obbligatorietà dell'azione penale. Qualche spunto per una riflessione realistica*, cit., 105. Secondo l'Autore, la norma costituzionale in commento «indica un dover essere e non un essere».

⁸⁷ In argomento: M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 117.

⁸⁸ Cfr. I. FRIONI, *Le diverse forme di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 542 ss.; G. D'ELIA, *Art. 112*, cit., 2135.

Sebbene infatti, in ossequio al principio di legalità, sia esclusa ogni rilevanza a valutazioni meramente opportunistiche da parte del pubblico ministero⁸⁹, sono molteplici i casi in cui quest'ultimo si trova a dover prendere delle decisioni ad alto contenuto valutativo⁹⁰. In tali occasioni, l'organo dell'accusa, si trova, come un qualunque soggetto operante in ambito giuridico, a dover selezionare, tra le varie opzioni disponibili, quella che maggiormente si concilia con le proprie inclinazioni, con la propria visione del fatto oggetto del procedimento. Ciò non deve stupire: il legislatore, costituzionale⁹¹ ed ordinario, non poteva, per ovvie ragioni, disciplinare in modo minuzioso ogni singolo aspetto l'attività del pubblico ministero. Si comprende, dunque, come sia naturale, prima ancora che costituzionalmente legittimo, che vi siano casi in cui il pubblico ministero si trova a dover scegliere tra più soluzioni tecnicamente valide e legittime: la discrezionalità, da intendersi come sopra, è un elemento ineliminabile del procedimento penale. Se ciò è vero, si comprende perché in dottrina si sia affermato che la funzione dell'articolo 112 è solamente limitare la discrezionalità, impedire che essa si tramuti in incontrollabile arbitrio⁹². Ciò che deve essere assicurato è, in sostanza, è al sussistere dei presupposti indicati dalla legge, il pubblico ministero non possa ritrarsi dall'agire sulla base del suo imperscrutabile volere.

Sulla base di quanto esposto poco prima, non è da condividere la teoria secondo cui il principio di obbligatorietà dell'azione penale nasconderebbe una realtà molto meno edificante: nella giustizia italiana l'assenza di ogni trasparenza assumerebbe un ruolo dominante. Nonostante tale rischio sia presente e particolarmente concreto, in attività non automatiche come quella di cui trattasi non è un qualcosa che possa essere eliso⁹³. D'altra parte, optare per il modello opposto, la discrezionalità

⁸⁹ Per maggiori approfondimenti si rimanda al paragrafo 2.2.

⁹⁰ Si pensi, a titolo di esempio, alla scelta di esercitare o meno l'azione penale, di compiere o meno un determinato atto d'indagine o di impugnare o prestare acquiescenza ad una sentenza di primo grado.

⁹¹ Nel senso che la Costituzione non disciplina le modalità ed i tempi dell'esercizio dell'azione penale: Corte Cost. n° 284/1990 in <https://www.giurcost.org/>.

⁹² Vd. I. FRIONI, *Le diverse forme di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 541; M. FABBRI, *Discrezionalità e modalità di azione del pubblico ministero nel procedimento penale in Polis*, fasc. II, 1997, 188.

⁹³ In argomento: L. PEPINO, *Ancora sulla obbligatorietà dell'azione penale. Qualche spunto per una riflessione realistica*, cit., 108.

nell'esercizio dell'azione penale, non potrebbe in alcun modo apportare dei benefici da questo punto di vista.

Concludendo sul punto, si può affermare, in via riassuntiva, che nel nostro ordinamento il dominio dell'obbligatorietà nell'esercizio dell'azione penale, intesa nel vero senso della parola, è solo apparente. Difatti, la realtà quotidiana della giustizia italiana mostra come, almeno di fatto, profili di discrezionalità tecnica e di obbligatorietà si trovano su un piano di complementarità. Ciò, tuttavia, non costituisce un motivo di preoccupazione nella misura in cui i vincoli normativi siano in grado di rendere in larga parte prevedibili le determinazioni dell'organo dell'accusa.

3.1 *Ad impossibilia nemo tenetur*: i criteri di priorità nell'azione penale

L'articolo 112 Cost. richiederebbe, come si è già visto⁹⁴, indagini tempestive e complete in relazione a ciascuna *notitia criminis* ma non può negarsi che l'abnorme quantità di procedimenti pendenti renda l'obiettivo difficilmente raggiungibile⁹⁵: è troppo ampio, difatti, il divario tra la domanda di giustizia e la capacità dell'ordinamento di soddisfarla. Ciò comporta, in modo del tutto insoddisfacente, che ogni pubblico ministero si trova, per forza di cose, a dover scegliere quali reati perseguire a scapito di altri con la conseguente elusione del disposto costituzionale⁹⁶. Per ovviare a tale problema, la proposta che negli ultimi anni ha originato più contrasti in letteratura è stata di introdurre dei criteri di priorità nell'azione penale.

Molto brevemente, essi possono essere definiti come dei parametri con la funzione d'indicare, in via generale ed astratta, quali siano i reati la cui trattazione merita una

⁹⁴ Vd. *supra*. 2.4.1.

⁹⁵ La relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2020 evidenzia, da un lato, 2.676.750 procedimenti pendenti (+1,51%) e, dall'altro, una riduzione delle iscrizioni di notizie di reato nei confronti di persone note (-2,57%). Vd.

https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/anno_giudiziario_2021_relazione.pdf.

⁹⁶ È diffusa capillarmente in dottrina l'opinione secondo cui esista, in capo ad ogni Procuratore della Repubblica, un potere discrezionale di fatto nella gestione degli affari penali. Vd.: tra gli altri, S. ANASTASIA, *Obbligatorietà della norma: effettività della norma, efficacia del principio*, cit., 34; S. CATALANO, *Rimedi maggiori dei mali: sui criteri di priorità nell'azione penale* in *Quaderni Costituzionali*, fasc. I, 2008, 71 s.

corsia preferenziale⁹⁷. Tale soluzione ha, molto probabilmente, il vantaggio di rendere più trasparente e prevedibile l'operato delle procure italiane. Inoltre, non è totalmente infondata l'opinione di chi ritiene che, almeno in linea teorica, i criteri di priorità non siano in contrasto con l'articolo 112 Cost.

Infatti, da un lato, essi si occuperebbero soltanto di indicare l'ordine cronologico di trattazione delle notizie di reato e tale aspetto non è, seguendo l'insegnamento sul punto della Corte Costituzionale⁹⁸, oggetto di disciplina costituzionale. In aggiunta, non può ignorarsi l'enorme differenza tra un'inammissibile valutazione di opportunità relativa da una singola notizia di reato ed una scelta di priorità resa necessaria dallo stato attuale della giustizia⁹⁹. In realtà, sul piano pratico, i sospetti d'illegittimità costituzionale divengono molto più consistenti: da un lato, i criteri di priorità comporteranno inevitabilmente un disinteresse per intere classi di reati con palese violazione del principio di uguaglianza; dall'altro lato, la differenza sopra indicata assumerà contorni assai sfumati nella vita quotidiana. In aggiunta, un meccanismo che, di fatto, pone una serie di procedimenti penali in uno stato di limbo potrebbe nuocere il diritto di difesa dei soggetti sottoposti alle indagini. La Corte Costituzionale si è infatti espressa in molteplici occasioni nel senso di includere all'interno dell'articolo 24 Cost¹⁰⁰ anche il diritto di poter dimostrare, in un giudizio di merito, la propria totale estraneità rispetto ai fatti contestati¹⁰¹.

Tuttavia, ammesso e non concesso che optare per i criteri di priorità non sia precluso a livello costituzionale, altri sono i motivi che inducono a preferire altre strade per rendere maggiormente effettiva la giustizia italiana. Se la carenza di mezzi e personale non consente la trattazione di tutte le notizie di reato, il punto di partenza non può non essere un aumento delle dotazioni dell'ordinamento giudiziario da unire ad un incisivo programma di depenalizzazione. I criteri di priorità potranno,

⁹⁷ In argomento: C. CESARI, *Le clause di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2005, 42; S. PANIZZA, *Fondamento ed attualità per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale*, cit., 170.

⁹⁸ Vd.: Corte Cost. 284/1990 di cui alla nota 97.

⁹⁹ Sul punto: M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 135.

¹⁰⁰ Articolo 24 Cost.: «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari».

¹⁰¹ Corte Cost. n° 275/1990 in <https://www.giurcost.org/>; Corte Cost. n° 24/2004, *ivi*.

semmai, essere una *extrema ratio*¹⁰². In aggiunta, la concreta redazione di tali documenti è fonte di innumerevoli problemi pratici¹⁰³.

Da una parte, non si riesce a comprendere quali siano i parametri su cui concentrarsi al fine di stabilire la natura prioritaria della trattazione di un determinato illecito. Nessuna soluzione è, invero, immune da valutazioni critiche. Se il criterio del tempo necessario a prescrivere privilegerebbe, in spregio di qualunque principio di diritto penale, i procedimenti relativi a reati contravvenzionali, il criterio della gravità del reato è di difficile definizione. È infatti, molto dubbio che possa farsi coincidere la gravità del reato con la pena edittale prevista dalla legge ma, allo stesso tempo, non si potrebbe far riferimento su elementi contingenti del fatto, spesso ignoti al momento della ricezione della notizia di reato. Dall'altra parte, non è ben chiaro quale sia il soggetto deputato a stabilire, in concreto, i criteri di priorità¹⁰⁴. Sembra chiaro, da una parte, che non possa essere il pubblico ministero o il Consiglio Superiore della Magistratura in quanto difettano della legittimazione democratica per effettuare scelte di politica criminale così pregnanti; dall'altra attribuire tale funzione all'organo esecutivo vorrebbe dire porre a serio repentaglio l'indipendenza esterna dell'organo dell'accusa, elemento cardine del nostro ordinamento giuridico. Infine, il Parlamento potrebbe essere il soggetto più idoneo a svolgere, per mezzo di una legge ordinaria, tale funzione ma sarebbe comunque presente il rischio di una limitazione dell'autonomia interpretativa del pubblico ministero.

¹⁰² Nel senso che il presupposto dei criteri di priorità sia l'incapacità del legislatore di alleggerire il carico giudiziario: S. PANIZZA, *Fondamento ed attualità per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale*, cit. Si esprime in senso critico rispetto alla tendenza di valutare la giustizia sulla base dell'efficienza piuttosto che dell'efficacia: S. ANASTASIA, *Obbligatorietà della norma: effettività della norma, efficacia del principio*, cit., 35.

¹⁰³ Sul punto: I. FRIONI, *Le diverse forme di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale in Rivista italiana di diritto e procedura italiana.*, cit., 554. Secondo l'Autore, introdurre per legge i criteri di priorità nell'azione penale sarebbe una medicina con effetti più dannosi del male da curare.

¹⁰⁴ Per maggiori approfondimenti: S. CATALANO, *Rimedi maggiori dei mali: sui criteri di priorità nell'azione penale*, cit., 82 ss.

4. Esercizio dell'azione penale

Nel nostro ordinamento si è deciso, in materia di azione penale, di stabilire due punti fermi: il suo carattere obbligatorio e l'esistenza, per il suo esercizio, di un potere di tipo monopolistico in capo al pubblico ministero. Tali elementi consentono di introdurre un tema particolarmente rilevante nel diritto processuale penale: cosa s'intenda per esercizio dell'azione penale e quali siano le conseguenze che la legge ricollega a siffatta iniziativa dell'organo dell'accusa.

In via di prima approssimazione e non considerando teorie non più attuali¹⁰⁵, si può definire l'esercizio dell'azione penale come l'attività processuale con cui il pubblico ministero, terminata l'attività d'indagine, investe il giudice di una domanda circa un determinato fatto storico¹⁰⁶. Il legislatore, nella redazione del vigente codice di rito, ha voluto attribuire un ruolo ed una funzione centrale a quest'iniziativa del pubblico ministero.

In primo luogo, la formulazione dell'imputazione, elemento fondamentale dell'esercizio dell'azione penale, costituisce il momento da cui trae inizio la fase processuale¹⁰⁷: l'addebito, definito ancora vagamente fino a tal momento, si cristallizza tanto che eventuali sue modifiche, eccetto quanto concerne la qualifica giuridica del fatto, sono da considerarsi assolutamente eccezionali. Inoltre, il soggetto sottoposto alle indagini, in tale segmento processuale, assume la qualifica di imputato che, in ossequio al principio di irretrattabilità dell'azione penale, può venire meno solo a causa dell'emanazione di una sentenza o di un provvedimento ad essa similare¹⁰⁸.

Essendo l'esercizio dell'azione, stante quanto disposto dall'articolo 112 Cost., la regola, il c.p.p. non delinea esplicitamente quali siano i presupposti perché il pubblico ministero si determini in tal senso. Tuttavia, talune indicazioni possono

¹⁰⁵ Sembrerebbe non più condivisibile la teoria secondo cui per esercizio dell'azione penale dovrebbe intendersi un insieme di atti di prosecuzione di un'azione già promossa a suo tempo. Cfr. G. LEONE, voce *Azione penale*, cit., 858

¹⁰⁶ Sul punto: G. D'ELIA, *Art. 112*, cit., 2127.

¹⁰⁷ In argomento: G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., 166; L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 611; C. CESARI, *Azione ed inazione*, cit., 447; A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 648; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 69.

¹⁰⁸ F. DELLA CASA - G. P. VOENA, *Soggetti*, cit., 88.

provenire, ragionando *a contrario*, dalla disciplina in materia di presupposti per l'archiviazione.

Ad ogni modo, ciò non significa che ogni attività investigativa debba concludersi con la formulazione di un'imputazione. Anzi, il pubblico ministero che, sussistendone le condizioni, non procede con l'archiviazione viola, per così dire, un suo obbligo d'ufficio. Infatti, una strada accusatoria obiettivamente non percorribile molto probabilmente si risolverà in una sentenza di proscioglimento con i relativi effetti preclusivi¹⁰⁹.

4.1. Le condizioni di procedibilità e la loro legittimità costituzionale.

Nella maggioranza dei casi, l'iter procedimentale che dalla venuta a conoscenza di una notizia di reato conduce alla formulazione dell'imputazione è di tipo lineare: il ruolo da protagonista è senza dubbio esercitato dall'organo dell'accusa e, fatta eccezione per il ruolo *sui generis* della polizia giudiziaria¹¹⁰, non rilevano contributi di soggetti che siano esterni all'organizzazione giudiziaria.

Tale caratteristica dell'azione penale appena descritta prende il nome di ufficialità. Tuttavia, esistono dei casi in cui il legislatore si discosta dal modello appena illustrato. Vengono individuate, infatti, delle condizioni di procedibilità: degli atti o fatti giuridici in assenza dei quali non è possibile procedere con l'esercizio dell'azione penale¹¹¹.

Da ciò si può agevolmente desumere che si tratti di una deroga al principio di obbligatorietà dell'azione penale: attenta dottrina, peraltro, ha evidenziato come le condizioni di procedibilità siano il mezzo con cui è possibile subordinare l'instaurazione del processo a valutazioni di opportunità che altrimenti sarebbero, a causa del principio di legalità, irrilevanti¹¹². Qualora dovesse il pubblico ministero esercitare l'azione in assenza di una condizione di procedibilità, l'iniziativa

¹⁰⁹ In argomento: F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 2012; L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 588.

¹¹⁰ Sebbene, difatti, essa non abbia in teoria alcun ruolo nell'esercizio dell'azione penale, il suo operato può, in concreto, condizionare l'espletamento delle funzioni dell'organo dell'accusa. Sul punto vd. supra 2.2.

¹¹¹ Cfr. F. DELLA CASA - G. P. VOENA, *Soggetti*, cit., 54.

¹¹² Sul punto, G. D'ELIA, *Art. 112*, cit., 2131.

accusatoria sarebbe destinata certamente ad esiti abortivi: è prevista, infatti, l'emanazione di una sentenza di non luogo a procedere in udienza preliminare oppure una sentenza, emessa successivamente all'instaurazione del giudizio, di non doversi procedere¹¹³. Inoltre, non sarà possibile riconoscere all'imputato la sussistenza di cause di proscioglimento più favorevoli in quanto l'articolo 129 comma 2 c.p.p., pur privilegiando quando possibile un proscioglimento nel merito, si riferisce esclusivamente all'ipotesi in cui si sia verificata una causa di estinzione del reato. Inoltre, non operando in questo caso il principio del *ne bis in idem*, non sarà precluso in futuro un procedimento penale per il medesimo fatto nei confronti della medesima persona qualora sopravvenisse la condizione di procedibilità in origine assente.

Con riferimento alle singole condizioni di procedibilità, se ne possono individuare due distinte categorie: da un lato, è la persona offesa o un soggetto terzo a ciò legittimato¹¹⁴ a richiedere che si proceda nei confronti dell'autore di un determinato reato; dall'altra parte ci sono dei casi in cui soggetti terzi rispetto al potere giudiziario acconsentono che il processo sia instaurato o prosegua seppur in presenza di una condizione soggettiva ostativa¹¹⁵. Nella prima categoria possiamo includere la querela, l'istanza e la richiesta di procedimento; nella seconda, invece, possiamo inserire l'autorizzazione a procedere.

Cominciando dalla querela, essa è considerata un istituto di natura processuale¹¹⁶ a nulla rilevando che la sua disciplina si divida tra il codice penale ed il corrispondente codice di rito. Nel nostro ordinamento giuridico la querela svolge una molteplicità di funzioni¹¹⁷: in primo luogo, si concede la possibilità alla persona offesa di evitare lo svolgimento di un processo che potrebbe risultarle emotivamente gravoso oppure si consente una valutazione in relazione a fatti che

¹¹³ L'invalidità del processo instaurato in assenza di una condizione di procedibilità suggerisce di considerare tali elementi come condizioni del processo e non dell'inflizione di una pena. Sul punto: F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 409

¹¹⁴ L'articolo 120 comma 2 e 3 del codice penale indica le categorie di soggetti in relazione ai quali il diritto di presentare la querela è escluso o limitato. Tale disciplina si estende, stante il rinvio operato dall'articolo 130 comma 2 del codice penale, anche all'istanza di procedimento.

¹¹⁵ A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 169.

¹¹⁶ Nel senso che la querela rappresenti un residuo di un'azione penale privata: F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 407.

¹¹⁷ In argomento: P. SILVESTRI, *La notizia di reato e le condizioni di procedibilità* in: E. APRILE (A CURA DI)- P. SILVESTRI, *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, Giuffrè, Milano, 2011, 67 s.

tipicamente attengono alla sfera di interessi privati¹¹⁸; in secondo luogo, è possibile con essa dare la precedenza a forme di compensazione extra-penali più efficaci e più tempestive come, ad esempio, un risarcimento danni; infine, consente di evitare la celebrazione di un processo in relazione a fatti di scarso disvalore sociale con un lodevole risparmio di tempo ed energie¹¹⁹.

Ai sensi dell'articolo 337 c.p.p., si applicano, quanto agli aspetti formali, le disposizioni in materia di denuncia da parte dei privati. Tuttavia, il diritto di querela non è riconosciuto in modo assoluto: la legge dispone, per l'esercizio del diritto *de quo*, un limite temporale, di norma, pari a 3 mesi dalla data del fatto costituente reato¹²⁰ e, perciò, querele tardive sono da ritenersi inammissibili. Inoltre, fatti ostativi rispetto alla presentazione della querela sono, da un lato, la morte della persona offesa¹²¹ e la rinuncia, espressa o tacita, dell'avente diritto. Allo stesso modo è possibile, salvo che la legge preveda altrimenti¹²² che la persona offesa, prima della condanna, rimetta la querela. Affinché, tuttavia, la rimessione possa cagionare il suo effetto tipico, l'estinzione del reato, occorre che il querelato non l'abbia ricusata.

Passando alla richiesta di procedimento, essa è una condizione di procedibilità prevista dalla legge in un numero molto esiguo di casi: si tratta di alcuni delitti commessi all'estero¹²³, dei delitti perseguibili a querela della persona offesa

¹¹⁸ Si pensi al caso di un furto semplice oppure di una violenza sessuale.

¹¹⁹ Sulla possibilità di limitare il carico giudiziario mediante l'aumento dei casi di procedibilità a querela della persona offesa: tra gli altri, S. ANASTASIA, *Obbligatorietà della norma: efficacia del principio*, cit., 38.

¹²⁰ Fanno eccezione i reati di cui agli articoli 609 *bis*, 609 *ter* del codice penale per cui il termine è, ai sensi dell'articolo 609 *septies*, pari ad un anno ed il reato di cui all'articolo 612 *bis* del codice penale in cui esso è pari a sei mesi.

¹²¹ Di natura eccezionale è la previsione dell'articolo 597 che attribuisce il potere di presentare querela, sempre che la persona offesa sia deceduta prima che sia decorso il termine massimo previsto *ex lege*, ai prossimi congiunti, all'adottante ed all'adottato. Vd. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 412. Di converso, se la persona offesa ha già esercitato il diritto di querela, nessun rilievo processuale è attribuito al fatto che sia successivamente venuta a mancare.

¹²² È il caso dei reati di cui agli articoli 609 *bis* (violenza sessuale) e 609 *quater* (atti sessuali con minorenni). Per un parallelismo tra tale disposizione e la disciplina in materia di termini per proporre la querela: A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 175.

¹²³ Ci si riferisce ai delitti politici commessi all'estero, da cittadino italiano o straniero, che non siano contro la personalità dello Stato (articolo 8 c.p.); al delitto comune del cittadino all'estero (articolo 9 c.p.) e ai delitti comuni dello straniero all'estero (articolo 10 c.p.). In relazione a queste ultime due tipologie di delitti sono previste delle limitazioni di pena perché possa applicarsi la disciplina in questione.

commessi in danno del Capo dello Stato¹²⁴ ed infine i reati menzionati nel quarto comma dell'articolo 314 del codice penale¹²⁵ (d'ora in poi c.p.). Come vedremo per l'istanza di procedimento, la richiesta è irretrattabile e irrinunciabile. Per quanto concerne gli aspetti formali la disciplina normativa è particolarmente stringata: all'articolo 342 c.p.p. si legge, infatti, soltanto che l'atto, sottoscritto dall'autorità politica procedente, deve essere presentato al pubblico ministero.

Conclude l'elenco delle condizioni di procedibilità che possono essere definite un'espressione di una *voluntas persecutionis* l'istanza di procedimento. Nell'analisi di tale istituto, non possono non evidenziarsi le analogie con la querela e la richiesta. Come la richiesta, infatti, l'istanza di procedimento è necessaria quando siano stati commessi taluni delitti comuni all'estero (articolo 9 comma 2 e articolo 10 comma 1 c.p.)¹²⁶ ed è irretrattabile. Dall'altra parte, ai sensi dell'articolo 130 comma 2 c.p., «*per quanto riguarda la capacità e la rappresentanza della persona offesa, si applicano le disposizioni relative alla querela*».

Infine, non resta che analizzare i lineamenti essenziali dell'autorizzazione a procedere. Essa si distingue dalle altre condizioni di procedibilità per il ruolo peculiare esercitato dal pubblico ministero. Se infatti nei casi precedenti l'organo dell'accusa era il soggetto destinatario di altrui manifestazioni di volontà, in questa sede il rapporto è completamente invertito. È, invero, il pubblico ministero che si rivolge a soggetti di rango costituzionale perché essi autorizzino l'instaurazione o la prosecuzione del processo. Risulta evidente come l'attuale disciplina costituisca il risultato di un delicato bilanciamento d'interessi: da un lato vi sono le pretese punitive di cui è titolare il pubblico ministero; dall'altra occorre evitare che venga meno, tramite operazioni giudiziarie scriteriate, un'equilibrata divisione tra poteri. Per quanto riguarda gli aspetti procedurali, è dirimente individuare con

¹²⁴ In dottrina si è evidenziato come la *ratio* della norma fosse evitare che il Presidente della Repubblica, irresponsabile per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, potesse assumere un qualche ruolo in procedimenti penali. Vd. A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 176.

¹²⁵ Si tratta dei reati di cui all'articolo 296 c.p. (offesa alla libertà dei Capi di Stato esteri) e all'articolo 299 c.p. (offesa alla bandiera o di un altro emblema di uno Stato estero).

¹²⁶ I reati di cui agli articoli 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinqies*, 609 *octies* e 609 *undecies* sono perseguibili senza che sia necessaria la presentazione dell'istanza quando il fatto, commesso all'estero, ha avuto come vittima o come autore, anche in concorso, un cittadino italiano.

precisione il momento in cui è sorta l'esigenza di richiedere l'autorizzazione a procedere.

Qualora, infatti, tale necessità si sia palesata sin dalla fase investigativa, la legge prescrive che l'autorizzazione sia richiesta prima dell'esercizio dell'azione e comunque non oltre 30 giorni dall'iscrizione, nel registro delle notizie di reato, del nome della persona per cui è necessaria l'autorizzazione. Qualora vi sia stato un arresto in flagranza, è previsto che la richiesta sia presentata prima dell'udienza di convalida. Tutt'altra disciplina è prevista nel caso in cui l'autorizzazione risulti necessaria quando il processo è già pendente: il giudice procedente, in tal caso, ne dispone la sospensione ed il pubblico ministero procede senza ritardo con la relativa richiesta. Ad ogni modo, se l'autorizzazione a procedere riguarda solo taluni imputati, la sospensione del processo riguarderà solo quest'ultimi. Inoltre l'autorizzazione a procedere, una volta che sia stata concessa, non può più essere revocata. Eventuali atti d'indagine che sono compiuti in assenza della prescritta autorizzazione sono, di norma¹²⁷, inutilizzabili.

Esposti i tratti essenziali delle singole condizioni di procedibilità, è possibile concentrare l'attenzione su un elemento comune ad ognuna di esse, già menzionato in precedenza: la loro capacità di condizionare l'esercizio dell'azione penale individuandone dei presupposti. Di conseguenza, sono sorti interrogativi circa la compatibilità di tale istituto con quanto disposto dall'articolo 112 Cost. Come si può ben comprendere, i maggiori dubbi in tal senso si sono palesati in tutti quei casi, come l'autorizzazione a procedere, assumono rilievo manifestazioni di volontà di soggetti pubblici¹²⁸. In tal caso, infatti, è molto concreto il rischio di un aspro contrasto tra poteri dello Stato. Inoltre, l'autorizzazione a procedere potrebbe essere concessa sulla base di criteri puramente discrezionali con la conseguente elusione del principio di uguaglianza.

Chiaramente, l'opinione circa la legittimità costituzionale della disciplina in commento varia di molto in base a come s'intenda l'articolo 112 Cost. Esso potrebbe essere interpretato nel senso che il legislatore, definito un fatto come

¹²⁷ È prevista un'eccezione, ex articolo 343 comma 3 c.p.p., nel caso in cui il soggetto sia stato colto in flagranza di uno dei reati per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

¹²⁸ M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 12.

penalmente rilevante, non possa porre ostacoli procedurali rispetto alla formulazione dell'imputazione da parte del pubblico ministero, a seguito della ricezione da parte dello stesso della notizia di reato¹²⁹. In tal caso la declaratoria di illegittimità costituzionale sarebbe una scelta obbligata. Tuttavia, tale soluzione ermeneutica sembra troppo drastica. In primo luogo, non sembra che l'articolo 112 indichi, senza incertezze, che l'unico elemento costitutivo dell'obbligo di agire sia la ricezione, da parte di quest'ultimo, di una notizia di reato¹³⁰. Inoltre, non può ignorarsi che la Corte Costituzionale, interpellata in molteplici occasioni sul punto¹³¹, si è sempre espressa nel senso che le condizioni di procedibilità sono pienamente legittime dal punto di vista costituzionale: il legislatore può prevedere la presenza di talune condizioni per la promozione o la prosecuzione dell'azione penale e tale opzione legislativa, per il suo carattere altamente discrezionale, non può essere, salvo casi di manifesta irrazionalità, sindacata da parte dei giudici costituzionali. Tali argomentazioni colgono nel segno e, d'altra parte, definire costituzionalmente non conforme un istituto fondamentale come la querela avrebbe avuto conseguenze di rilievo sul generale funzionamento della giustizia penale italiana. Occorre, però, vigilare che tramite abuso di tali strumenti non si verifichi uno svilimento delle garanzie costituzionali¹³².

4.2 Modalità di esercizio dell'azione penale.

All'esito della sua attività investigativa, il pubblico ministero, se non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale. L'articolo 405 c.p.p. enumera le opzioni che l'ordinamento pone a disposizione dell'organo dell'accusa nell'esercizio dell'azione penale. A tal proposito, la Corte Costituzionale, interpellata sul punto, si è espressa nel senso che il pubblico ministero è titolare, in tale ambito, di un potere discrezionale¹³³.

¹²⁹ G. D'ELIA, *Art. 112*, cit., 2131.

¹³⁰ Nel senso che tale argomentazione, per il carattere ambiguo della norma costituzionale, non sia pienamente solida: M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 37

¹³¹ Vd. Corte Cost. n° 22/1959 in <https://www.giurcost.org/>, Corte Cost. n° 105/1967, *ivi*, Corte Cost. n° 178/2003, *ivi*.

¹³² In argomento: S. PANIZZA, *Fondamento ed attualità per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale*, cit., 176 s.

¹³³ Vd. Corte Cost. n° 209/ 1971, in <https://www.giurcost.org/>.

In linea generale, ogni modalità di esercizio dell'azione penale è accomunata dal fatto di includere un atto che contiene l'imputazione¹³⁴ la quale può essere definita come l'attribuzione ad un determinato soggetto di un'ipotesi di responsabilità penale in relazione ad un dato fatto storico. In realtà, l'elenco contenuto nella disposizione codicistica in commento non è affatto esaustivo. In essa, infatti, non trovano menzione la citazione diretta a giudizio (articolo 550 c.p.p.)¹³⁵ e le iniziative del pubblico ministero quando un processo è già pendente.

Con riferimento a quest'ultima ipotesi, il codice di rito disciplina la possibilità per il pubblico ministero di modificare, in sede dibattimentale, di modificare l'imputazione agli articoli 516 e seguenti. Le motivazioni alla base di tale opzione normativa sono molteplici. In primo luogo, essendo il dibattimento il luogo in cui solitamente si procede all'escussione delle prove, non è inusuale che muti, in tale frangente processuale, il quadro dell'accusa¹³⁶. In aggiunta, un'indiscriminata regressione del procedimento alla fase investigativa sarebbe una mera formalità non necessaria per la tutela del diritto di difesa¹³⁷. Tuttavia, il pubblico ministero non può far uso di tale strumento senza alcun tipo di limitazione. Occorre, difatti, tutelare il diritto di difesa del soggetto imputato che potrebbe essere violato da strumentali e ripetute variazioni dell'accusa da parte del pubblico ministero¹³⁸. Allo stesso modo deve essere assicurato il diritto della persona imputata di essere messa a conoscenza nel minor tempo possibile della natura e dei motivi dell'accusa a proprio carico riconosciuto dall'articolo 111 comma 3 Cost e dall'articolo 6 comma 3 lettera a della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

¹³⁴ Cfr. E. MARZADURI, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, cit., 123.

¹³⁵ La citazione diretta a giudizio è la modalità di esercizio dell'azione penale in relazione a taluni reati di competenza del giudice monocratico che si caratterizza per l'assenza dell'udienza preliminare

¹³⁶ Sul punto: P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 761.

¹³⁷ Nel senso che, difatti, che il diritto di difesa sia efficacemente tutelato in sede dibattimentale: G. ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., 801.

¹³⁸ Difatti, il mutamento degli addebiti a carico della persona imputata può cagionare degli stravolgimenti della sua strategia difensiva. Sul punto: M. DANIELE, *La modifica dell'addebito* in A. CAMON – M. DANIELE – D. NEGRI – C. CESARI – M. L. DI BITONTO – P. P. PAULESCU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluver, Milano, 2020, 626.

Perciò, come soluzione intermedia, si è deciso di consentire, ex articolo 516 c.p.p., la modifica unilaterale dell'accusa da parte del pubblico ministero solamente nel caso in un cui emerga un fatto storico diverso ma non nuovo. In dottrina, sebbene vi sia un consenso circa l'ambiguità di tale differenziazione¹³⁹, vi sono diverse opinioni circa l'individuazione della differenza tra i due elementi di cui sopra: taluno sostiene che il fatto è da definirsi diverso quando non si pone in relazione d'incompatibilità logica con il fatto contenuto nell'atto di imputazione¹⁴⁰; dall'altra parte vi è chi pone in risalto la variazione o meno degli elementi essenziali del fatto (la condotta e, quando presente, l'oggetto materiale del reato)¹⁴¹.

In caso, dunque, di fatto diverso, fatta salva l'ipotesi in cui il giudice risulti incompetente per difetto¹⁴², il pubblico ministero è titolare del potere esclusivo di modificare l'imputazione non attribuendo l'articolo 516 c.p.p. alcun potere d'intervento al giudice dibattimentale¹⁴³. Per quanto riguarda i diritti della persona imputata, egli può, ai sensi dell'articolo 519 c.p.p., fare richiesta di un termine a difesa¹⁴⁴, dell'assunzione di nuove prove¹⁴⁵ e dell'instaurazione del rito abbreviato in relazione al fatto diverso emesso in dibattimento¹⁴⁶. Inoltre, l'articolo 520 c.p.p. prescrive che, in caso d'assenza della persona imputata, il dibattimento sia sospeso e che essa sia resa edotta del mutamento dell'accusa con la notifica dell'estratto del verbale del dibattimento. La medesima disciplina procedurale, ex articolo 517

¹³⁹ Per i riferimenti bibliografici si rinvia alle due note successive.

¹⁴⁰ Cfr.: G. ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., 805.

¹⁴¹ Sul punto: M. DANIELE, *La modifica dell'addebito*, cit., 627; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 459; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 762.

¹⁴² In tal caso, il giudice provvederà a restituire gli atti al pubblico ministero presso il giudice competente. Qualora, invece, successivamente alla modifica dell'imputazione dovesse risultare competente il tribunale in composizione collegiale invece che il tribunale in composizione monocratica oppure dovesse risultare necessaria la celebrazione dell'udienza preliminare, troverebbe applicazione la disciplina di cui agli articoli 516 comma 1 bis, 1 ter e 521 bis comma 1 al cui testo si rinvia.

¹⁴³ Nel senso che il giudice dibattimentale non abbia il potere di sindacare in via preventiva l'ammissibilità della contestazione del fatto diverso: Cass. pen., Sez. III, 3 luglio 2018, n° 29877, in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

¹⁴⁴ Tale termine non può essere inferiore al termine per comparire in giudizio (venti giorni) e non superiore a quaranta giorni.

¹⁴⁵ Tale possibilità è riconosciuta, a seguito della sentenza Corte Cost. n° 50/1995 in <https://www.giurcost.org/>, anche al pubblico ministero.

¹⁴⁶ Vd.: Corte Cost. n°273/2014, in www.cortecostituzionale.it.

c.p.p., si applica nel caso in cui emerga un reato connesso ovvero una circostanza aggravante non oggetto di menzione nel decreto che dispone il giudizio¹⁴⁷.

Nel caso in cui dovesse venire in rilievo un fatto nuovo¹⁴⁸, l'articolo 518 c.p.p. prevede, al primo comma, che si proceda separatamente nelle forme ordinarie.

Affinché, invece, il pubblico ministero possa contestare in sede dibattimentale un fatto nuovo occorre che si verifichino tre condizioni: il fatto deve essere procedibile d'ufficio, l'imputato deve prestare il proprio consenso ed il presidente, ritenendo che ciò non costituisca un eccessivo ostacolo per la speditezza del procedimento, deve esprimersi in senso favorevole¹⁴⁹.

Con riferimento, invece, alla qualificazione giuridica del fatto storico oggetto del procedimento penale, l'articolo 521 comma 1 c.p.p. attribuisce, in nome del principio *iura novit curia*, al giudice di potere di intervento sul punto salvo che ciò non sia precluso dalla disciplina in materia di competenza e di attribuzione¹⁵⁰. Tuttavia, seguendo le indicazioni sul punto della Corte di Strasburgo¹⁵¹, è necessario che la modifica della definizione giuridica del fatto sia resa nota all'imputato prima che la sentenza di condanna divenga irrevocabile.

Infine, alla luce del dettato letterale dell'articolo 521 commi 2 e 3 c.p.p., nel caso in cui il giudice si ravveda che il fatto sottoposto al suo giudizio non coincide con il fatto contenuto nel decreto che dispone il giudizio o nella contestazione dibattimentale prima analizzata oppure che vi sia stata una violazione procedurale

¹⁴⁷ Con riferimento alla possibilità, per il soggetto imputato, di fare richiesta di instaurazione del rito abbreviato, di applicare la pena a norma dell'articolo 444 c.p.p. o di proporre la domanda di oblazione, la Corte Costituzionale si è espressa nel senso pienamente positivo a nulla rilevando che il reato concorrente contestato in dibattimento risultasse o meno dagli atti di indagini preliminari: rispettivamente, Corte Cost. n°237/2012 in <https://www.giurcost.org/>; Corte Cost. 206/2017, *ivi*; Corte Cost. n° 530/1995 in www.cortecostituzionale.it.

¹⁴⁸ Nel senso di limitare l'ambito applicativo di tale disciplina all'ipotesi in cui il fatto nuovo si aggiunga al fatto storico menzionato nell'atto d'imputazione: G. ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., 805; M. DANIELE, *La modifica dell'addebito*, cit., 631. Secondo tali Autori, nel caso in cui il fatto nuovo sostituisca il fatto oggetto del procedimento dovrebbe essere emanata una sentenza di proscioglimento.

¹⁴⁹ In argomento: P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 764;

¹⁵⁰ In senso critico: M. DANIELE, *La modifica dell'addebito*, cit., 633 ss.

¹⁵¹ La Corte di Strasburgo, nella sentenza Corte EDU, 11 dicembre 2007, Drassich contro Italia, ha definito contrario all'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che potesse essere la Corte di Cassazione a modificare la qualificazione giuridica del fatto poiché, in tale maniera di non si dava la possibilità all'imputato di preparare una difesa efficace

nella modifica dell'addebito¹⁵², è prevista la restituzione degli atti al pubblico ministero¹⁵³. Nel caso invece il giudice dovesse, nelle condizioni di cui sopra, emanare una sentenza, essa sarebbe affetta da nullità di ordine generale ai sensi dell'articolo 178 comma 1 lettera b e c.p.p. Tuttavia, tale nullità riguarda esclusivamente i fatti per cui non si sia proceduto ad una regolare contestazione¹⁵⁴.

In aggiunta, si segnala la mancanza di un riferimento all'atto con cui il pubblico ministero, pervenuta in fase d'indagini una richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, presti ad essa il suo consenso e formuli l'imputazione. Non desta particolari criticità il fatto che non si attribuisca un rilievo alla richiesta dell'imputato che si proceda con il rito abbreviato: essa, difatti, può essere inoltrata soltanto quando il pubblico ministero ha già presentato la richiesta di rinvio a giudizio¹⁵⁵.

Ad ogni modo, l'articolo 405 c.p.p. fa riferimento esclusivamente agli atti introduttivi dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, del giudizio immediato, del giudizio direttissimo, del procedimento per decreto e della richiesta di rinvio a giudizio. Partendo da quest'ultima, essa rappresenta, nel rito ordinario, l'atto introduttivo dell'udienza preliminare ed i suoi contenuti sono disciplinati nell'articolo 417¹⁵⁶. Inoltre, tale atto è affetto da nullità se non è stato preceduto dall'avviso di conclusione delle indagini e dall'invito a rendere interrogatorio qualora l'indagato, ricevuto l'avviso di cui sopra, ne avesse fatto richiesta.

Per quanto concerne l'applicazione della pena su richiesta congiunta delle parti, l'elemento su cui è necessario concentrare l'attenzione è la possibilità che tale richiesta possa essere inoltrata quando le indagini preliminari sono ancora in corso.

¹⁵² Si pensi al caso in cui non vi sia stato il consenso dell'imputato per la contestazione del fatto nuovo: F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 463.

¹⁵³ Nel senso che tale disposizione, per quanto poco coerente con i dettami del processo accusatorio, sia necessaria per preservare il principio di obbligatorietà dell'azione penale: G. ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., 806 s.

¹⁵⁴ In senso critico: F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 464.

¹⁵⁵ In argomento: L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 589.

¹⁵⁶ Articolo 417 c.p.p.: «La richiesta di rinvio a giudizio contiene: le generalità dell'imputato o le altre indicazioni personali che valgono a identificarlo nonché le generalità della persona offesa dal reato qualora ne sia possibile l'identificazione; l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge; l'indicazione delle fonti di prova acquisite; la domanda al giudice di emissione del decreto che dispone il giudizio; la data e la sottoscrizione».

In tal caso il giudice procedente concede un termine entro il quale la parte destinataria della proposta di pena concordata possa esprimere il proprio consenso o assenso¹⁵⁷. C'è da dire che equiparare la formulazione dell'imputazione al presentare richiesta di applicazione di una data pena o al prestare consenso ad una richiesta altrui porta una conseguenza rilevante: il pubblico ministero non può procedere in tal senso ove le indagini da esso condotte siano ancora incomplete.

Con riguardo, invece, al giudizio direttissimo, è fondamentale operare tale distinzione: se l'imputato si trova in stato di libertà, il pubblico ministero procede con un atto di citazione a comparire all'udienza¹⁵⁸; se, invece, l'imputato si trova in stato di custodia cautelare o è stato arrestato in flagranza, egli è condotto direttamente in udienza e, in tale sede, si provvede alla contestazione orale degli addebiti. Infine, la legge non disciplina compiutamente il contenuto della richiesta di emissione di un decreto penale di condanna o d'instaurazione del giudizio immediato. Tuttavia, in conformità con quanto anticipato prima, deve ritenersi che il pubblico ministero sia comunque tenuto alla formulazione di un'imputazione¹⁵⁹. Altrimenti, sarebbe impossibile per il giudice procedente prendere, con cognizione di causa, una decisione sulle domande dell'organo dell'accusa.

¹⁵⁷ Evidenzia la singolarità di tale procedura: F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1037.

¹⁵⁸ Ai sensi dell'articolo 450 comma 3 c.p.p., la citazione a comparire all'udienza per il giudizio direttissimo contiene: le generalità dell'imputato e le altre indicazioni personali che valgono a identificarlo nonché le generalità delle altre parti private, con l'indicazione dei difensori; l'indicazione della persona offesa dal reato qualora risulti identificata; l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge; l'indicazione del luogo, del giorno e dell'ora della comparizione, con l'avvertimento all'imputato che non comparendo sarà giudicato in contumacia; l'indicazione del giudice competente; la data e la sottoscrizione. In aggiunta, il medesimo articolo prevede che il termine per comparire non può essere inferiore a tre giorni.

¹⁵⁹ Sul punto: F. RUGGIERI, voce *Azione penale*, cit., 134.

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA CODICISTICA DELL'ARCHIVIAZIONE

Sommario: 1. L'archiviazione come possibile esito della fase investigativa – 1.1 Il principio di superfluità del processo – 1.2 La sentenza 88/1991 della Corte Costituzionale – 2. La richiesta di archiviazione – 2.1 I casi di archiviazione – 2.2 I tratti essenziali della richiesta di archiviazione – 3. Il procedimento di archiviazione – 3.1 Il procedimento *de plano*: il decreto di archiviazione – 3.2 I diritti della persona offesa – 3.3 L'udienza camerale – 3.4 I provvedimenti conclusivi dell'udienza camerale – 4. L'impugnazione del provvedimento di archiviazione – 5. Avocazione delle indagini preliminari – 5.1 Fondamento e finalità dell'istituto – 5.2 L'avocazione obbligatoria – 5.3 L'avocazione facoltativa – 6. La riapertura delle indagini: due esigenze in contrasto tra loro – 6.1 La disciplina codicistica della riapertura delle indagini – 7. Modelli peculiari di archiviazione – 7.1 L'archiviazione per particolare tenuità del fatto – 7.2 L'archiviazione per essere ignoto l'autore del fatto – 7.3 L'archiviazione delle pseudonotizie di reato

1. L'archiviazione come possibile esito della fase investigativa

L'archiviazione può essere definita come il passaggio procedimentale il cui spazio, logico e giuridico, è da rinvenire tra la cestinazione e la sentenza di non luogo a procedere¹. Essa è caratterizzata dalla trasmissione degli atti d'indagine presso, come suggerisce la denominazione dell'istituto, un archivio². Assumendo un'altra prospettiva, l'archiviazione costituisce una definizione anticipata del procedimento: alla presenza di determinati presupposti, si ritiene, infatti, non necessario che una certa notizia d'illecito abbia un seguito processuale. Ciò induce a riflettere per fornire risposta ad una spinosa questione: quale sia la relazione tra l'archiviazione e l'articolo 112 Cost.

Se interpretata in senso strettamente letterale, sembra che l'art. 112, facendo esclusivamente riferimento all'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico

¹ In argomento, secondo autorevole dottrina: G. GIOSTRA, voce *Archiviazione* in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1991, 1.

² Vd.: A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, Giuffrè, Milano, 2017, 681.

ministero, non abbia alcuna rilevanza in tale ambito. Tuttavia, un'analisi maggiormente approfondita non può che condurre ad un diverso approdo ermeneutico. Sussistendo in capo al pubblico ministero un obbligo di agire, individuare i presupposti per la sua inazione è cruciale per assicurare l'effettività del principio di obbligatorietà dell'azione penale. In altre parole, il compito che l'ordinamento attribuisce alla disciplina in materia di archiviazione è accertare che, nel caso concreto, non vi sia stata un'elusione della regola costituzionale³. Perché un tale controllo possa dirsi possibile si ritiene, tuttavia, necessario individuare le condizioni che esonerano l'organo dell'accusa dall'agire in modo chiaro e tassativo⁴.

Allo stesso modo, non sembrano esservi spazi per contestare la legittimità costituzionale della disciplina *de qua*. O meglio, essa entrerebbe in rotta di collisione con l'articolo 112 soltanto ove esso fosse interpretato nel senso che imponga un obbligo d'agire incondizionato in capo all'organo dell'accusa⁵.

Tale lettura, nondimeno, non sarebbe condivisibile: da un lato, incoraggerebbe esercizi scriteriati dell'azione penale con un grave esborso di tempo ed energie processuali⁶; dall'altro lato, iniziative dell'accusa particolarmente temerarie molto probabilmente avrebbero esiti abortivi con i relativi effetti preclusivi per eventuali procedimenti in futuro⁷.

Infine, sul rapporto esistente tra l'archiviazione e l'esercizio dell'azione penale, la lettura combinata degli articoli 50 e 405 c.p.p. delinea una relazione complementare, speculare⁸. Da tale assunto deriva una conseguenza molto

³ Cfr.: G. GIOSTRA, voce *Archiviazione*, cit., 2.

⁴ In argomento: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, Giuffrè, Milano, 2005; 2.

⁵ In tal senso: G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, Torino, 1994, 7 s.

⁶ Sul punto: CORDERO, voce *Archiviazione* in *Enc. Dir.*, Annali II, Giuffrè, Milano, 1958, 1; P. MOSCARINI – M.L. DI BITONTO, *Introduzione alla procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2018, 57.

⁷ Vd.: L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare* in M. BARGIS (A CURA DI), *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2018, 588.

⁸ In ragione di tali norme può ritenersi non più condivisibile la risalente opinione secondo cui l'archiviazione sia anch'essa da ritenere una modalità d'esercizio dell'azione penale. Per un'autorevole esposizione di tale teoria si rinvia a: G. LEONE, voce *Azione penale* in *Enc. Dir.*, IV, Milano 1959, 850.

rilevante: i presupposti della richiesta d'archiviazione ed i presupposti della formulazione dell'imputazione non possono mai coincidere⁹. Qualora, difatti, alla presenza di un determinata condizione, il pubblico ministero potesse, allo stesso tempo, agire e rimanere inerte, quest'ultimo sarebbe titolare di un potere discrezionale che l'ordinamento penale ripudia.

1.1 Il principio di superfluità del processo

Per quanto concerne il criterio che indirizza la scelta che il pubblico ministero è tenuto ad operare al termine della propria attività d'indagine, un ruolo di primaria importanza è recitato dall'articolo 125 disp.att. coord.¹⁰

Tale disposizione, imponendo al pubblico ministero di richiedere l'archiviazione a fronte di un'accusa non sufficientemente fondata, ha fatto sorgere più di una perplessità in dottrina. Da un lato, si è sottolineata la mancanza di uniformità tra le direttive della legge delega ed il disposto della disposizione in commento. Difatti, all'articolo 2 della legge (d'ora in poi l.) 81/1987 si può rinvenire, al numero 50¹¹, l'inequivoca indicazione di prevedere, come causa d'archiviazione, la manifesta infondatezza della notizia di reato. Tuttavia, si esclude che sussistano i margini per una declaratoria di illegittimità costituzionale: in primo luogo, la Corte Costituzionale¹² si è già espressa sul punto non rilevando profili di incompatibilità costituzionale; in secondo luogo, la scelta del legislatore delegato di ampliare l'ambito applicativo dell'archiviazione è pienamente coerente con l'attuale fisionomia della fase investigativa. Difatti, l'archiviazione, nell'attuale modello

⁹ In argomento: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 19 s.; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 12 s.

¹⁰ Articolo 125 disp. att. coord.: «Il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere accusa in giudizio».

¹¹ Ai sensi dell'articolo 2 n° 50 della l. 81/1987, il legislatore delegato era tenuto ad introdurre: «potere-dovere del giudice di disporre, su richiesta del pubblico ministero, l'archiviazione per manifesta infondatezza della notizia di reato...».

¹² Corte Cost. n°88/1991 in <https://www.giurcost.org/>. Interrogata circa la legittimità costituzionale delle divergenze tra le direttive della legge delega ed il codice di rito, la Corte Costituzionale si esprime in senso totalmente positivo ritenendo manifestamente infondate le doglianze del giudice *a quo*. Più nel dettaglio, i giudici costituzionali ritengono che, ove s'intenda l'espressione manifesta infondatezza come inequivoca infondatezza risultante dalle indagini, sia da escludere una contraddizione tra la legge delega ed il codice di rito.

procedimentale, giunge eventualmente al termine di un'attività d'indagine particolarmente approfondita, in linea di principio completa e ciò giustifica l'aver attribuito un maggiore spazio a tale istituto¹³.

Dall'altra parte, non esiste un'opinione unanime in dottrina circa la natura del contenuto dell'articolo 125 disp. att. coord. Taluni¹⁴, infatti, sostengono che si tratti di un'ipotesi di archiviazione distinta da quella disciplinata nell'articolo 408 c.p.p. Tuttavia, tale interpretazione non sembra da condividere: si porrebbe nell'ombra la capacità dell'articolo 125 disp. att. coord di porre rimedio alle mancanze dell'articolo 408 c.p.p. integrandone, conformemente al suo ruolo di norma attuativa, il disposto¹⁵.

Perché i confini dell'istituto dell'archiviazione siano delineati con chiarezza, non è sufficiente proporre una definizione d'infondatezza della notizia di reato come insostenibilità in giudizio dell'accusa. Difatti, è necessario stabilire, una volta per tutte, quando possa ritenersi superflua l'instaurazione del processo. Altrimenti, non avremmo altro che «*un escamotage tautologico, che cambia prospettiva al problema senza risolverlo*¹⁶». Anche in questo non esiste, però, un'uniformità di pensiero in letteratura: due sono le opinioni dottrinali che con maggiore seguito.

Taluni ritengono che l'organo dell'accusa debba procedere con la richiesta di archiviazione ogni volta che sia scarsamente probabile che la fase dibattimentale si

¹³ In argomento, anche con riguardo al capoverso precedente: G. GIOSTRA, voce *Archiviazione*, cit., 3.; V. GREVI, *l'archiviazione per inidoneità probatoria ed obligatorietà dell'azione penale in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. IV, 1990, 1283 s.; E. MARZADURI, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale* in A. PACE - S. BARTOLE - R. ROMBOLI (A CURA DI), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Jovene, Napoli, 2010, 124; R. KOSTORIS, voce *Riapertura delle indagini*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, 350.

¹⁴ Tra gli altri, Vd. E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini* in E. APRILE (A CURA DI) - P. SILVESTRI, *le indagini preliminari e l'archiviazione*, Giuffrè, Milano, 2011, 726 ss.

¹⁵ Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012, 430; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 25 s. Nel senso che l'articolo 125 disp.att.coord. avrebbe la funzione di limitare la discrezionalità del pubblico ministero che, stante la vaghezza dell'articolo 408 c.p.p., potrebbe sfociare facilmente in arbitrio: I. FRIONI, *Le diverse forme di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. II, 2002, 557.

¹⁶ In tal senso, secondo autorevole dottrina: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 31.

concluda con una condanna dell'imputato¹⁷. Ne discende, come naturale conseguenza, che non sia da celebrare un processo ogni qualvolta il quadro probatorio sia contraddittorio o comunque insufficiente. A tale teoria si riconosce il merito di consentire un ricorso oculato al dibattimento mostrando di tenere in debita considerazione le esigenze di economia processuale¹⁸. Tuttavia, non può essere ignorata l'eccentricità di un giudizio così puntuale sulla responsabilità penale di un soggetto durante la fase investigativa e non, come dovrebbe essere la normalità, in sede processuale¹⁹. In senso completamente opposto, si è anche sostenuto che il pubblico ministero debba richiedere l'archiviazione soltanto quando risulti evidente l'innocenza del soggetto sottoposto alle indagini²⁰. Di tale opinione va apprezzato l'intento di tutelare il più possibile il principio di obbligatorietà dell'azione penale. Nondimeno, essa, comportando molto probabilmente un aumento dei casi di esercizio dell'azione penale, potrebbe comportare un ingente aumento del numero dei processi penali pendenti.

Come si è visto, nessuna delle due teorie sembra essere immune da osservazioni critiche. Perciò, ad essere maggiormente apprezzata è una posizione mediana, proposta dalla Corte Costituzionale nella sentenza n°88/1991.

1.2 La sentenza 88/1991 della Corte Costituzionale

Tale sentenza è stata definita come una pietra miliare in materia di obbligatorietà dell'azione penale²¹. Definito il principio in questione come «*il punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale*²²», la

¹⁷ A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 683; G. GIOSTRA, voce *Archiviazione*, cit., 1991; V. GREVI, *l'archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1288 ss. A sostegno di tale teoria può citarsi Cass. pen., Sez. VI, 24 febbraio 2016, n° 17385 in <https://pluriscedam.utetgiuridica.it/>. In tale pronuncia la Suprema Corte, sebbene riferendosi ai criteri decisionali in sede d'udienza preliminare, ha affermato che possa procedersi con l'instaurazione del processo ogni volta sia ravvisabile una minima probabilità di colpevolezza.

¹⁸ In argomento: A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, in *Cassazione Penale*, fasc. X, 1998, 2742 s.;

¹⁹ L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 33.

²⁰ Sul punto: E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 727; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 28.

²¹ Cfr. M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, CEDAM, Padova, 1995, 115.

²² Vd. *supra* Cap.I.2.

Corte Costituzionale si sofferma sulla tematica dell'archiviazione. Più precisamente, ad essere posto sotto la lente d'ingrandimento è l'individuazione di quando il pubblico ministero possa dirsi esonerato dall'obbligo di agire. I giudici pongono al centro della loro riflessione il tema della genesi del processo. In parole più chiare, secondo quest'ultimi, il pubblico ministero è tenuto a richiedere l'archiviazione quando l'instaurazione del processo sia da ritenersi inutile²³.

È possibile rinvenire tale stato di cose ogni volta che non sarebbe possibile, in sede dibattimentale, porre rimedio alle mancanze, alla contraddittorietà ed all'insufficienza dell'impianto accusatorio²⁴. Da ciò deriva che, nel formulare tale giudizio, il pubblico ministero debba tenere in forte considerazione anche le possibili acquisizioni probatorie successive²⁵. Nella medesima pronuncia si precisa che, nel nostro ordinamento, vige il principio di *favor actionis*: perciò, pur ribadendosi l'assenza di un collegamento necessario tra la ricezione di una notizia di illecito e l'instaurazione di un processo, nei casi dubbi il pubblico ministero dovrebbe determinarsi per l'esercizio dell'azione²⁶.

Tuttavia, sebbene la presa di posizione in commento sia stata un punto di riferimento per ulteriori decisioni sul punto della Corte Costituzionale²⁷, non sembra che, al giorno d'oggi, l'organo dell'accusa possa, nell'incertezza, esercitare

²³ *Ex multis* e senza pretese di esaustività: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 35 s.; L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 590; F. RUGGIERI, voce *Azione penale* in *Enc. Dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, 131.

²⁴ In argomento: M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione* in *Enc. Dir.*, Annali II, Giuffrè, Milano, 2008, 67; E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 727. Quest'ultimo Autore propone come esempio di superfluità del processo il caso in cui, durante la fase investigativa siano state intercettate conversazioni dal significato equivoco.

²⁵ Vd. I. FRIONI, *Le diverse forme di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 559; A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, cit., 2744. In senso contrario: G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 29 ss. L'Autore, difatti, teme, da un lato, che dietro tali giudizi prognostici dell'organo dell'accusa possano annidarsi sue valutazioni discrezionali; dall'altro lato si ridurrebbe, in tal modo, la possibilità del giudice per le indagini preliminari di sindacare la legittimità della determinazione del pubblico ministero. Sulla base di tali premesse, si consiglia di fondare la valutazione prognostica riguardo l'esito dell'accusa in giudizio unicamente sugli elementi già acquisiti.

²⁶ Sul punto: S. PANIZZA, *Fondamento ed attualità per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale*, in A. PACE - S. BARTOLE - R. ROMBOLI (A CURA DI), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Napoli, 2010, 154 s.; A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 684.

²⁷ Si fa menzione di tale sentenza, ad esempio, nell'ordinanza della Corte Cost. n° 96/1997 in <https://www.giurcost.org/> e nella sentenza Corte Cost. n° 319/1993 in <https://www.gazzettaufficiale.it/>, Corte Cost. n° 115/2001 in <https://www.giurcost.org/>, Corte Cost. n° 121/2009, *ivi*.

l'azione nella sicurezza di giungere in dibattimento²⁸. La stessa Corte Costituzionale, con la sentenza n° 115/2001, ha avuto modo di affermare che il pubblico ministero, nel condurre l'attività investigativa, debba essere coscivo della possibilità che l'imputato chieda, *ex* articolo 438 c.p.p., che il procedimento sia definito all'udienza preliminare allo stato degli atti.

2. La richiesta di archiviazione

La richiesta di archiviazione può essere definita come la domanda dell'organo dell'accusa, rivolta al giudice per le indagini preliminari, perché sia autorizzato a non formulare l'imputazione in relazione ad un dato fatto storico²⁹. La definizione consente di porre in risalto uno degli aspetti più importanti della procedura archiviativa: il pubblico ministero perde la posizione di supremazia che gli era propria durante la fase di indagine per assumere o riacquistare una natura requirente³⁰. Tale richiesta non può, nella maniera più assoluta, essere libera o incondizionata³¹.

Inoltre, come disposto dall'articolo 408 c.p.p., in aggiunta alla richiesta di archiviazione è trasmesso il fascicolo «*contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate ed il verbale degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari*». Tale incapacità del pubblico ministero di selezionare gli atti d'indagine su cui fondare la propria richiesta al giudice predibattimentale differenzia la richiesta di archiviazione dalla richiesta di applicazione di una misura cautelare. Con la richiesta di archiviazione è destinato così a cadere il segreto investigativo sugli atti d'indagine: l'instaurazione

²⁸ In argomento: L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 591. Non può, difatti, trascurarsi quanto, in quest'ambito, sia stata rilevante la l. 479/1999 in materia di criteri decisori in sede di udienza preliminare e rito abbreviato.

²⁹ Cfr. L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 9;

³⁰ In argomento: A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 682. Per un'analisi circa il carattere costituzionalmente imposto o meno del controllo di un giudice sull'inazione del pubblico ministero si rinvia a: Cap. III.6.2.

³¹ Vd. L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 20; A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, cit., 2744. Si presti attenzione al fatto che i suddetti Autori intendono, definendo la richiesta di archiviazione condizionata, nel senso che essa può essere inoltrata solo alla presenza dei presupposti individuati *ex ante* dal legislatore.

dell'udienza camerale, difatti, comporta, ai sensi dell'articolo 409 comma 2 c.p.p., il deposito degli atti in cancelleria, affinché il giudice possa valutare compiutamente la richiesta del PM ed eventualmente riconoscere l'esigenza di ulteriori attività d'indagine³². La perentorietà con cui si è espressa, interpellata sul punto, la Corte Costituzionale³³ esclude ogni possibile perplessità di legittimità costituzionale. Invero, non può ignorarsi che la *discovery* degli atti investigativi implica una precedente valutazione del pubblico ministero circa la non necessità di mantenere il segreto sugli atti d'indagine.

2.1 I casi di archiviazione

Tra i casi d'archiviazione, non si rinviene più la c.d. archiviazione coatta. Disciplinata dall'articolo 405 comma 1 bis c.p.p. e dichiarata incostituzionale con la sentenza n° 121/2009³⁴, essa constava dell'obbligo del pubblico di richiedere l'archiviazione della notizia di reato qualora la Corte di Cassazione si fosse pronunciata, in sede cautelare, nel senso dell'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e, nel proseguo delle indagini, non fossero stati raccolti ulteriori elementi a carico dell'indagato³⁵. Attualmente, dunque, due sono gli articoli da cui prendere le mosse: l'articolo 408 e 411 c.p.p.

Il primo comma dell'art. 408 c.p.p. prevede che il pubblico ministero presenti richiesta di archiviazione quando la notizia di reato si riveli infondata. Traendo spunto dalle formule di proscioglimento dibattimentali, tale disposizione trova applicazione ogni volta il fatto non sussista oppure non sia stato commesso dal soggetto indagato. Non esiste, attualmente, in dottrina un'uniformità di giudizio circa la possibilità di intendere il concetto di infondatezza in senso lato. Più precisamente, il dubbio riguarda l'ipotesi del fatto non costituente reato e del fatto

³² In argomento: A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, cit., 2750.

³³ Vd. Ordinanza Corte Cost. n°34/1994 in www.cortecostituzionale.it.

³⁴ Con tale pronuncia i giudici della Consulta rilevano che la previsione *de qua* sia illegittima nella parte in cui viene meno il principio di impermeabilità del procedimento principale rispetto agli esiti del procedimento cautelare. In aggiunta, si contesta al legislatore ordinario di non aver tenuto conto delle insanabili differenze tra i due giudizi in questione.

³⁵ In termini più approfonditi: E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 723; A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 693 s.; CORDERO, *Procedura penale*, cit., 429.

commesso da persona non imputabile o, per qualunque ragione, non punibile. Da un lato, la natura eccezionale dell'istituto dell'archiviazione spingerebbe per prediligere un'interpretazione restrittiva della disposizione in commento³⁶. Dall'altro lato, non può ignorarsi che avrebbe poco senso imporre, per così dire, al pubblico ministero un'iniziativa accusatoria destinata, inesorabilmente, ad un esito infausto³⁷. Probabilmente tale argomentazione può essere accolta qualora ci si trovi di fronte ad un fatto non costituente reato: in questa occasione, difatti, potrebbe sostenersi la superfluità dell'instaurazione del processo.

Maggiore prudenza meriterebbe, invece, il caso in cui il soggetto non risulti imputabile. In conformità con un intervento sul punto della Corte Costituzionale³⁸, diverse sono le motivazioni che inducono ad escludere che possa emanarsi, in tale situazione, un provvedimento archiviativo³⁹. In primo luogo, a ciò osta l'articolo 205 c.p. nella parte in cui prevede che possa applicarsi una misura di sicurezza esclusivamente con sentenza. Per tale motivo, dunque, chi include il difetto di imputabilità tra i casi di archiviazione pone come eccezione il doversi applicare una misura diversa dalla confisca⁴⁰. In secondo luogo, l'affermazione della mancanza di imputabilità di un soggetto in relazione ad un dato fatto si pone a valle rispetto ad un accertamento di merito che non può aver luogo nella fase pre-processuale⁴¹; infine, non si ritiene accettabile che una pronuncia tanto gravosa per il soggetto⁴², sebbene comunque di proscioglimento, possa eventualmente avvenire senza contraddittorio.

³⁶ Sul punto: G. GIOSTRA, voce *Archiviazione*, cit., 3. L'Autore, pur ammettendo gli inconvenienti sistematici che adottare tale soluzione ermeneutica comporta, esclude che la mancanza di uniformità tra i presupposti della sentenza di non luogo a procedere e di archiviazione possa essere risolta mediante un'interpretazione estensiva di quest'ultimi.

³⁷ Nel senso che il pubblico ministero debba chiedere l'archiviazione in relazione ad ogni notizia di reato destinata a non superare il filtro dell'udienza preliminare, ad eccezione del caso del fatto posto in essere da soggetto non imputabile: V. GREVI, *L'archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1290 ss.

³⁸ Vd. Corte Cost. n°319/1993 in <https://www.gazzettaufficiale.it/>.

³⁹ Sul punto: G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 21 ss.; L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 24 ss.

⁴⁰ E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 724 s.; M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., 67.

⁴¹ Vd.: L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 588.

⁴² Si ricorda, difatti, che il proscioglimento per mancanza d'imputabilità postula che si siano accertati i seguenti elementi: la sussistenza del fatto, la sua commissione da parte dell'imputato, il fatto che esso costituisca reato. In caso di applicazione di una misura di sicurezza personale, si è anche ritenuta sussistente una pericolosità sociale.

Passando, invece, all'articolo 411 c.p.p., esso dispone che le norme in materia di archiviazione trovino applicazione anche nei casi in cui il reato sia estinto, manchi una condizione di procedibilità, il fatto non sia previsto dalla legge come reato oppure il soggetto non sia punibile per la particolare tenuità del fatto commesso. Ponendo per ora da parte la questione dell'archiviazione per la particolare tenuità del fatto⁴³, tali ipotesi di archiviazione sono accomunate dal fatto di essere precedute da una limitata attività investigativa: raramente, difatti si analizza in modo approfondito il merito degli addebiti o la responsabilità penale del soggetto indagato⁴⁴.

Il primo caso a porsi in rilievo è la mancanza di una condizione di procedibilità⁴⁵. Più precisamente, si procede con la richiesta di archiviazione quando la carenza sia di tipo assoluto (mancata presentazione della querela) oppure quando vi siano state delle irregolarità (difetto di legittimazione o mancato rispetto dei termini previsti per legge)⁴⁶. Stante il disposto dell'articolo 345 comma 1 c.p.p.⁴⁷, il sopravvenire della condizione di procedibilità prima assente consentirà l'esercizio dell'azione a nulla rilevando il precedente provvedimento archiviativo⁴⁸.

Con riferimento all'archiviazione per essersi verificata una causa estintiva del reato, occorre una precisazione molto importante: non tutte le cause di cui sopra, previste dal codice penale, rilevano in quest'ambito. Possono, difatti, essere escluse la sospensione condizionale della pena ed il perdono giudiziale, istituto della procedura penale minorile: nel primo caso, la premessa logica e giuridica è che sia

⁴³ Vd. infra. Cap. II. 7.1.

⁴⁴ L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, Giuffrè, Milano, 2005, 22 s. Secondo tale Autore, in tal caso il pubblico ministero ed il giudice per le indagini si limitano, il più delle volte, a «*accertamenti di puro diritto e di rapida definizione*».

⁴⁵ Per una riflessione su cosa s'intenda per condizione di procedibilità: vd. *supra*: Cap. I. 3.1.

⁴⁶ In argomento: A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 692.

⁴⁷ Articolo 345 comma 1 c.p.p.: «*Il provvedimento di archiviazione e la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, anche se non più soggetta a impugnazione, con i quali è stata dichiarata la mancanza della querela, della istanza, della richiesta o dell'autorizzazione a procedere, non impediscono l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona se in seguito è proposta la querela, l'istanza, la richiesta o è concessa l'autorizzazione ovvero se è venuta meno la condizione personale che rendeva necessaria l'autorizzazione*».

⁴⁸ Cfr. A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, cit., 2746.

stata pronunciata una condanna e, nel secondo caso, non si può prescindere da un coinvolgimento di un'autorità giurisdizionale.

Ne deriva che il pubblico ministero dovrà chiedere di essere esonerato dall'agire qualora sia morta la persona sottoposta ad indagine; la querela originariamente presentata sia stata successivamente rimessa, tacitamente o espressamente; il soggetto abbia proceduto ad oblazione; sia maturata la prescrizione e, infine, sia stato emanato un provvedimento di amnistia.

Con riferimento a queste ultime due cause di estinzione del reato ci si interroga circa la possibilità, per il soggetto sottoposto alle indagini, di rinunciare ad esse al fine di ottenere un provvedimento di merito in sede dibattimentale. Chi si esprime in senso positivo argomenta sulla base che tale diritto, riconosciuto all'imputato ai sensi dell'articolo 157 comma 7 c.p.⁴⁹ ed oggetto di pronunce della Corte Costituzionale⁵⁰, dovrebbe essere garantito anche al soggetto sottoposto alle indagini in forza del rinvio operato dall'articolo 61 c.p.p.⁵¹

Per ultimo, rileva, come presupposto della richiesta di archiviazione, che il fatto oggetto d'indagine non sia previsto dalla legge come reato. Non vi sono, in questo caso, rilevanti dispute interpretative: si ritiene infatti che il legislatore ordinario abbia voluto riferirsi all'ipotesi di abrogazione, depenalizzazione o declaratoria di illegittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice⁵².

Infine, analizzati singolarmente i singoli casi di archiviazione, si pongono due questioni: in caso di sussistenza di una pluralità di presupposti d'archiviazione, quale debba prevalere; la possibilità, in capo al giudice per le indagini preliminari, di disporre l'archiviazione di una notizia di reato per una causa diversa da quella

⁴⁹ Articolo 157 comma 7 c.p.: «*La prescrizione è sempre espressamente rinunciabile dall'imputato*».

⁵⁰ Corte Cost. n°175/1971 in <https://www.giurcost.org/>, Corte Cost. n° 275/1990, *ivi*, in cui si è dichiarata l'illegittimità costituzionale, rispettivamente, degli articoli 151 e 157 c.p. nella parte in cui non prevede la possibilità di rinuncia all'amnistia ed alla prescrizione da parte dell'imputato.

⁵¹ Articolo 61 c.p.p.: «*I diritti e le garanzie dell'imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini preliminari. Alla stessa persona si estende ogni altra disposizione relativa all'imputato, salvo che sia diversamente disposto*». ⁵¹ Esprime perplessità nei confronti della possibilità che il giudice per le indagini preliminari debba, prima di emanare il provvedimento d'archiviazione, interpellare il soggetto indagato: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 39 s. Nel senso che tale questione di scarsa rilevanza pratica: A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, cit., 2746.

⁵² Sul punto: A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 692;

indicata dal pubblico ministero. Con riferimento al primo interrogativo, il dibattito sembra lontano dal trovare una definizione. Probabilmente merita condivisione l'opinione secondo cui l'articolo 129 non possa trovare applicazione in tale ambito. L'impiego, infatti, da parte del legislatore del termine processo sembra infatti ostare a qualunque interpretazione estensiva di questa norma⁵³. Tuttavia, non ci può tuttavia esimere dal rilevare dei profili di perplessità. In primo luogo, la natura residuale dell'articolo 411 c.p.p. suggerisce l'intenzione del legislatore di voler riservare all'articolo 408 c.p.p. una posizione di primazia. In aggiunta, optare per tale soluzione interpretativa potrebbe avere, all'atto pratico, effetti insoddisfacenti: si pensi al caso di un fatto di reato in relazione al quale sia, allo stesso tempo, maturata la prescrizione e riconosciuta l'assenza di responsabilità penale in capo al soggetto indagato⁵⁴. Allo stesso modo, negare che al soggetto indagato possa essere riconosciuta la formula archiviativa più favorevole potrebbe porsi in contrasto con il fondamentale principio del *favor rei*⁵⁵.

Per quanto concerne, invece, la seconda questione, diversi esponenti della dottrina⁵⁶, in assonanza con alcune sentenze della Corte di Cassazione⁵⁷, si esprimono nel senso che il giudice predibattimentale non sia vincolato dalla formula archiviativa individuata dal pubblico ministero. Tuttavia, il giudice può archiviare il procedimento optando, in via autonoma, per una determinata formula archiviativa solamente quando quella scelta dall'organo dell'accusa non sia in minima parte

⁵³ In tal senso: E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 726; V. GREVI, *L'archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1289.

⁵⁴ In argomento, anche con riferimento al capoverso precedente: A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, cit., 2746.

⁵⁵ Cfr. L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 157.

⁵⁶ Vd. E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 734 s.; A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, cit., 2746. Secondo quest'ultimo Autore, il potere decisionale del giudice per le indagini preliminari non è, comunque, illimitato: sarebbe, invero, abnorme ed illegittimo il provvedimento del giudice che disponesse l'archiviazione con riguardo a tutti gli indagati a fronte di una richiesta solo parziale di archiviazione.

⁵⁷ Nel senso che il giudice per le indagini preliminari, a fronte di una richiesta del pubblico ministero ex articolo 411 c.p.p., può archiviare ai sensi dell'articolo 408 c.p.p.: Cass. pen., Sez. V, 17 febbraio 1999, n° 6131 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; e viceversa: Cass. pen., Sez. V, 23 maggio 1995, n° 1208 in *Cass. pen.*, 1997, 3436.

accoglibile. Al di fuori di questo limitato caso, la scelta del pubblico ministero non può essere messa in discussione⁵⁸.

2.2 I tratti essenziali della richiesta di archiviazione

Con riferimento alla disciplina legislativa del *dies ad quem* il pubblico ministero è tenuto a presentare la richiesta archiviativa, bisogna registrare l'introduzione, ad opera della l. 103/2017, del comma 3 bis dell'articolo 407 c.p.p.⁵⁹.

Prima di tale innovazione legislativa, l'ordinamento si limitava, ex articolo 408 comma 1 c.p.p., ad una generica prescrizione di assumere una determinazione circa l'esercizio dell'azione penale entro il termine massimo di durata delle indagini previsto dalla legge. Tuttavia, in letteratura è unanime⁶⁰ l'opinione secondo cui un'iniziativa tardiva del pubblico ministero sarebbe pienamente legittima salvo che, ai sensi dell'articolo 412 comma 1 c.p.p., sia stata già disposta l'avocazione delle indagini⁶¹. Ad essere limitato in via legislativa, difatti, è soltanto il potere investigativo dell'organo dell'accusa e non il suo potere di formulare o meno l'imputazione⁶². Almeno in via teorica, il comma 3 bis dell'articolo 407, a causa del suo carattere perentorio e prevedendo un automatico coinvolgimento del procuratore generale presso la Corte d'appello, avrebbe potuto rendere obsoleto tale orientamento. Tuttavia, il carattere obbligatorio dell'esercizio dell'azione penale osta a che una richiesta d'archiviazione tardiva oltre i termini possa essere definita invalida⁶³.

⁵⁸ In argomento: G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 58.

⁵⁹ Articolo 407 comma 3 bis c.p.p.: « In ogni caso il pubblico ministero è tenuto a esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro il termine di tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e comunque dalla scadenza dei termini di cui all'articolo 415 bis c.p.p. ... »

⁶⁰ In argomento: E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 734; G. GIOSTRA, voce *Archiviazione*, cit., 5 s.;

⁶¹ Vd. *infra*: Cap. II. 5.1.

⁶² Sul punto: ordinanza Corte Cost. n°436/1991 in <https://www.giurcost.org/>; Cass. pen., Sezione I, 7 giugno 2000, n°3191 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

⁶³ L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare* in M. BARGIS (A CURA DI), *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2018, 587.

In ossequio al principio d'irretrattabilità, il pubblico ministero non potrà inoltrare la richiesta di archiviazione una volta che abbia già esercitato l'azione⁶⁴. Tuttavia, la Corte di Cassazione, in talune sue pronunce⁶⁵, si è espressa nel senso che, regredito il procedimento alla fase predibattimentale in forza di una decisione di un giudice, il pubblico è nuovamente titolare della possibilità di richiedere l'archiviazione. Si pensi, ad esempio, al caso in cui sia stato dichiarato nullo l'atto di citazione a giudizio o non sia stata accolta la richiesta di decreto penale di condanna.

Per quanto concerne, invece, il contenuto della domanda in commento, senza dubbio occorre che vi sia l'indicazione del fatto storico che è stato oggetto d'indagini. Qualora, infatti, tale elemento fosse omissivo, sarebbe più disagiata individuare i casi in cui per la riapertura delle indagini è richiesta, ai sensi dell'articolo 414 c.p.p., l'autorizzazione giudiziale⁶⁶. In secondo luogo, deve trovar posto nella richiesta di archiviazione anche l'«*imputazione virtuale*»: con ciò si intende l'indicazione delle norme di legge violate o nel riferimento all'attività investigativa svolta⁶⁷. Sugli aspetti formali, d'altro lato, è difficile ritenere che sia necessaria una forma diversa da quella scritta.

Infine, non vi sono particolari dubbi circa la possibilità, in capo all'organo dell'accusa, di revocare la richiesta di archiviazione prima che il giudice si sia pronunciato sul punto⁶⁸. Difatti, qualora il pubblico ministero dovesse ravvedersi in un momento successivo, egli potrebbe procedere con la richiesta di riapertura delle indagini. In aggiunta, qualora il giudice per le indagini preliminari, nonostante la

⁶⁴ Vd. Cass. pen., Sez. II, 8 aprile 1998, n°1787 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Cass. pen., Sez. I, 8 febbraio 2000, n°6999, *ivi*.

⁶⁵ Vd. Cass. pen., Sez. VI, 14 febbraio 2001, n° 19128 in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. V, 25 marzo 2003, n°26480, in *Cass. pen.*, 2004, 3274.

⁶⁶ Nel senso che l'autorizzazione è richiesta in tutti quei casi in cui vi sia un'identità tra il fatto oggetto del procedimento archiviato e del nuovo procedimento penale: Cass. pen., Sez. I, 18 giugno 1996, n° 2948 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>. Per maggiori approfondimenti: vd. *infra*: Cap. II. 6.

⁶⁷ Cfr. L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 9.

⁶⁸ In argomento: E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 734; L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 594.

revoca di cui sopra, dovesse comunque emanare il provvedimento di archiviazione, tale atto sarebbe illegittimo⁶⁹.

3. Il procedimento di archiviazione

Per quanto concerne il procedimento⁷⁰ d'archiviazione, il disposto degli articoli 408 e 409 c.p.p. indica, come primo atto della sequela procedimentale, la richiesta del pubblico ministero e, in posizione esattamente opposta, l'emanazione di un provvedimento di archiviazione da parte del giudice per le indagini preliminari. Tale presa di posizione del legislatore ordinario rende palese il delicato equilibrio su cui si regge la disciplina in commento.

Da un lato si sbarra la strada, in quest'ambito, a qualunque iniziativa d'ufficio da parte dell'autorità giurisdizionale. Come ha avuto modo di evidenziare la Corte Costituzionale in una sua pronuncia⁷¹, l'inequivoca scelta di attribuire al pubblico ministero il ruolo di *dominus* impedisce che il giudice possa, in nome della presunzione d'innocenza, disporre l'archiviazione in assenza di una richiesta in tal senso. D'altra parte, sarebbe stato poco conforme con i dettami del procedimento accusatorio consentire al giudice per le indagini preliminari l'assunzione di determinazioni ufficiose in materia di azione penale⁷².

Tuttavia, unanime dottrina ritiene che l'elusione dell'obbligo di esercitare l'azione penale sarebbe pressoché certa laddove si attribuisse allo stesso titolare dell'azione la funzione di verificare sulla legittimità della propria inazione⁷³. Per tale motivo, dunque, nel procedimento a carico delle persone fisiche⁷⁴, si è affidato ad un'autorità giurisdizionale tale sindacato⁷⁵. Più precisamente, il giudice per le

⁶⁹ Vd. Cass. pen., Sez. II, 18 aprile 2007, n° 18774 in *Archivio della nuova procedura penale*, fasc. VI, 2007, 742 ss.

⁷⁰ In termini generali, un procedimento può essere definito, per quello che rileva in questa sede, come il susseguirsi di atti e fatti finalizzati alla produzione di un determinato effetto giuridico. Per una compiuta analisi di tale elemento di teoria generale: M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2019, 233 s.

⁷¹ Vd. Ordinanza Corte Cost. n°417/1991 in <https://www.gazzettaufficiale.it/>, in cui si definisce pienamente conforme al testo costituzionale che il giudice per le indagini non possa, di fronte ad una richiesta parziale di archiviazione, disporre la definizione anticipata dell'intero procedimento.

⁷² L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 6.

⁷³ Sull'argomento, tra gli altri: M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., 60; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 11.

⁷⁴ Come si vedrà in seguito, nel procedimento *de societate* si è optato per una soluzione diversa: vd. *infra*: Cap. III.5.

⁷⁵ Sull'inevitabilità di tale scelta: vd. *infra*: Cap. III. 6.

indagini preliminari è tenuto a vigilare che l'attività investigativa sia stata esauriente e che effettivamente sussista un caso d'archiviazione⁷⁶. In aggiunta, come ha avuto modo di precisare la giurisprudenza costituzionale e di legittimità⁷⁷, lo spazio decisionale del giudice può, entro i limiti prima indicati⁷⁸, anche travalicare i confini della domanda presentata dall'organo dell'accusa. Con ciò si intende dire che il giudice predibattimentale non è soltanto deputato a valutare la legittimità della soluzione proposta dall'organo dell'accusa. Egli, difatti, può anche esercitare un potere d'impulso indicando ulteriori attività processuali. Non deve, inoltre, essere trascurato il contributo, maggiore a seguito dell'ultimo intervento legislativo (l. 103/2017), della persona offesa dal reato⁷⁹.

3.1 Il procedimento *de plano*: il decreto di archiviazione

In linea generale, due sono le alternative predisposte dall'ordinamento: un procedimento in assenza di contraddittorio tra le parti ed un procedimento di tipo camerale.

Ai sensi dell'articolo 409 comma 1 c.p.p., il giudice per le indagini preliminari, ricevuta la richiesta di archiviazione da parte dell'organo dell'accusa, dispone, con decreto motivato, l'archiviazione e la restituzione degli atti al pubblico ministero. Tale procedimento si definisce *de plano* in quanto il materiale su cui la decisione del giudice predibattimentale si basa è costituito unicamente dagli atti contenuti nel fascicolo che il pubblico ministero è tenuto a trasmettere insieme alla richiesta⁸⁰. Tale documentazione può essere o meno completamente sconosciuta al giudice: possono essere, difatti, individuati dei casi in cui il giudice è già, anche solo

⁷⁶ Sul punto: V. GREVI, *L'archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1298 s.; G. GIOSTRA, voce *Archiviazione*, cit., 1991.

⁷⁷ Corte Cost. n°478/1993 in <https://www.giurcost.org/> in cui si è definito incostituzionale che il giudice per le indagini, di fronte ad una richiesta di archiviazione per mancanza di una condizione di procedibilità, non possa indicare all'organo dell'accusa ulteriori indagini in relazione ad un reato procedibile d'ufficio; Cass. pen., Sez. III, 14 giugno 1994, Fegatelli, in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. VI, 11 ottobre 1994, Campese, *ivi*.

⁷⁸ Vd. *supra*. 2.1.

⁷⁹ Nel senso che la persona offesa ponga in essere un controllo parallelo rispetto a quello operato dal giudice per le indagini preliminari: V. GREVI, *L'archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1300.

⁸⁰ Sul punto: E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 743.

parzialmente, a conoscenza degli atti investigativi: si pensi al caso in cui, durante le fasi di indagini, si sia richiesta l'applicazione di una misura cautelare o la richiesta di proroga delle indagini⁸¹. In queste ultime due occasioni, peraltro, è da escludersi, alla luce di un'importante pronuncia della Corte Costituzionale⁸², che il giudice per le indagini preliminari possa trovarsi in una posizione di incompatibilità. Invero, esprimendosi in materia di archiviazione, il giudice predibattimentale verifica esclusivamente la legittimità dell'inazione dell'organo dell'accusa senza soffermarsi sul merito degli addebiti.

Ebbene, perché possa escludersi un qualunque dubbio di illegittimità costituzionale per violazione del diritto di difesa, l'art. 409 c.p.p. richiede una duplice condizione: il giudice precedente deve ritenere accoglibile, senza bisogno di ulteriori approfondimenti, la richiesta a lui presentata e non vi deve essere stata un'opposizione ammissibile da parte della persona offesa.

Ponendo, per il momento in secondo piano il tema dei diritti della persona offesa⁸³, l'elemento su cui si fonda la disciplina in commento è l'assenza di soggetti interessati all'instaurazione del contraddittorio. In altre parole, la mancata previsione di un'udienza camerale è da ricondurre a giustificate esigenze di economia processuale⁸⁴. Del tutto peculiare è, invece, la condizione del soggetto sottoposto alle indagini.

Infatti, fatta salva l'ipotesi del tutto particolare dell'archiviazione per particolare tenuità del fatto⁸⁵, egli non ha la possibilità di instaurare il contraddittorio mediante un'opposizione alla richiesta di archiviazione. La ragione è la seguente: non esiste alcuna possibilità per il soggetto indagato di ottenere un provvedimento più favorevole del decreto di archiviazione⁸⁶. Tuttavia, sarebbe scorretto ritenere che egli sia del tutto disinteressato a essere reso edotto del provvedimento che ha

⁸¹ Cfr. A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 701.

⁸² Vd. Corte Cost. n°54/2003 in www.cortecostituzionale.it. In tale sede i giudici costituzionali ritengono costituzionalmente legittimo che un giudice per le indagini potesse pronunciarsi in merito alla richiesta di archiviazione di un procedimento avendo in precedenza disposto una misura cautelare personale.

⁸³ Vd. *infra*: 3.2.

⁸⁴ Nel senso che, in tale contesto, sarebbe stata superflua un'udienza: CORDERO, *Procedura penale*, cit., 430

⁸⁵ Vd. *infra*: 7.1.

⁸⁶ L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 2018.

disposto l'archiviazione. Difatti, nei particolari casi indicati nell'articolo 314 comma⁸⁷, egli potrebbe richiedere, sempre che sia stato sottoposto alla misura custodia cautelare in carcere⁸⁸, la riparazione per ingiusta detenzione. Perciò, è stato previsto che il decreto d'archiviazione sia notificato al soggetto indagato qualora ciò sia funzionale rispetto alla richiesta di riparazione di cui sopra.

In aggiunta il decreto d'archiviazione è previsto che sia motivato. Alla luce di quanto dispone l'articolo 125 comma 3 c.p.p.⁸⁹, la motivazione da parte del giudice per le indagini preliminari è prevista a pena di nullità. Un maggiore interrogativo è costituito dall'ammissibilità o meno, in tale ambito, di una motivazione *per relationem*. Sebbene non sia mancato chi, in dottrina⁹⁰ e giurisprudenza⁹¹, si è espresso in senso assolutamente positivo, è preferibile che siano presenti le condizioni indicate, in varie pronunce, da parte della Corte di Cassazione⁹².

Qualora il giudice predibattimentale dovesse ritenersi incompetente, egli potrebbe emanare il decreto di archiviazione al solo fine di restituire gli atti al pubblico ministero e consentirgli di inoltrare la richiesta al giudice ritenuto competente. L'opinione maggioritaria in giurisprudenza sul punto è nel senso di definire tale pratica illegittima in quanto nel decreto di archiviazione non dovrebbero trovar posto valutazioni in materia di competenza⁹³.

⁸⁷ Si tratta, stante il rinvio dell'articolo 314 terzo comma c.p.p. al primo comma della medesima disposizione, dei casi di archiviazione perché il fatto non sussiste, per non aver commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato.

⁸⁸ La Corte Costituzionale, in Corte Cost. n°109/1999 in <https://www.giurcost.org/>, ha ritenuto illegittimo che non si possa richiedere la riparazione per ingiusta detenzione subita a seguito di fermo o arresto in flagranza

⁸⁹ Articolo 125 comma 3 c.p.p.: « [...] I decreti sono motivati, a pena di nullità, nei casi in cui la motivazione è espressamente prevista dalla legge».

⁹⁰ Sul punto: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 109.

⁹¹ Vd. sentenza del Tribunale di Perugia, 11 ottobre 1995 in *Foro italiano*.

⁹² *Ex multis*: Cass. pen., Sez. VI, 22 dicembre 2014, n. 53420 in <https://pluriscedam.utetgiuridica.it/>. In tale pronuncia la Corte di Cassazione sostiene la legittimità della motivazione *per relationem* nella misura in cui siano presenti queste tre condizioni: si è fatto riferimento ad un atto legittimo del procedimento la cui motivazione« sia congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione»; il giudice ha autonomamente valutato e ritenuto condivisibili le argomentazioni contenute nel provvedimento di riferimento; il provvedimento di riferimento deve essere conosciuto o conoscibile dall'interessato.

⁹³ In tal senso: Cass. pen., Sez. I, 23 settembre 1997, n° 5206, Morales in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. II, 30 settembre 1997, Pesca in *Giustizia penale*, fasc. III, 1998, 706 ss.. In senso contrario: Cass. pen., Sez. VI, 11 novembre 1998, Messineo in *Cassazione. penale*, 1999, 3401 ss.

3.2 I diritti della persona offesa

Una delle condizioni che devono essere presenti perché il giudice possa legittimamente emanare un decreto di archiviazione è l'assenza di un'opposizione ammissibile da parte della persona offesa. La possibilità, in capo a quest'ultima, di determinare l'instaurazione del contraddittorio sulla richiesta di archiviazione⁹⁴ è attualmente disciplinata dall'articolo 410 c.p.p. La persona offesa infatti, contribuendo a verificare la completezza e la corretta conduzione delle indagini da parte dell'organo dell'accusa⁹⁵, svolge, nel nostro ordinamento, la funzione di vigilare che non vi siano elusioni del principio di obbligatorietà pur non pregiudicando eccessivamente le ragioni di economia processuale⁹⁶.

Sebbene non sia rinvenibile, nel codice di rito attualmente vigente, un'esplicita definizione del concetto di persona offesa dal reato, vi è un certo consenso circa il fatto che il soggetto in questione sia il titolare del bene giuridico che si ritiene sia stato violato con la commissione del fatto di reato⁹⁷. Perciò, sul piano teorico, netta è la distinzione tra costui e la parte civile: quest'ultima, difatti, è il soggetto che interviene nel processo penale al solo fine di vedere soddisfatte le pretese risarcitorie e restitutorie di natura civilistica. Tuttavia, non è raro che un unico soggetto assuma contemporaneamente le qualifiche di persona offesa e danneggiata dal reato. Ciò suggerisce l'idea che, in quelle occasioni, l'opposizione di cui all'articolo 410 c.p.p. abbia la funzione di consentire ad un soggetto di tutelare, in

⁹⁴ Una tale possibilità era già auspicata oltre mezzo secolo dalla seguente autorevole dottrina: CORDERO, *Linee di un processo accusatorio* in AA. VV. *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1965, 76. In tale sede, difatti, l'Autore suggerisce che sia attribuita alla persona offesa la possibilità di invocare un controllo giurisdizionale sulla legittimità dell'inazione del pubblico ministero.

⁹⁵ Sul punto: V. GREVI, *L'archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1300.

⁹⁶ In argomento: Cass. pen., Sezione V, 3 marzo 2015, n° 9305 in <https://pluriscedam.utetgiuridica.it/>; Corte Cost. n°95/1998 in <https://www.giurcost.org/>. Nel senso che il ruolo della persona offesa sia tanto rilevante da quasi indurre a definire tale soggetto come accusa privata: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 65.

⁹⁷ In tal senso: F. DELLA CASA- G. P. VOENA, *Soggetti* in M. BARGIS (A CURA DI), *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2018, 125. In giurisprudenza: Sentenza della Corte di Cassazione, Sezione V, 31 Maggio 1999, Manieri in *Foro Italiano*.

via anticipata, quegli interessi che poi eventualmente potrà far valere con la costituzione di parte civile⁹⁸.

Chiarito, dunque, cosa si intenda per persona offesa dal reato, occorre individuare quali siano gli strumenti atti a garantire che, nel concreto, la persona offesa sia messa nella possibilità di intervenire nella procedura di archiviazione. In materia, non si può non prendere le mosse dall'articolo 90 bis lettera c c.p.p.

Ai sensi di tale disposizione, difatti, la persona offesa dal reato deve essere informata il prima possibile circa «*la facoltà di essere avvisata della richiesta di archiviazione*». Nonostante le critiche di inefficacia di cui è stata oggetto tale previsione⁹⁹, si può intravedere in essa l'intenzione, da parte dell'ordinamento, di aumentare il coinvolgimento della persona offesa in una fase così delicata del procedimento. Difatti, non bisogna dimenticare che la notifica della richiesta di archiviazione costituisce un obbligo, *ex* articolo 408 comma 2 c.p.p., se la persona offesa ha richiesto di esserne informata¹⁰⁰. Tuttavia, la Corte di Cassazione ha avuto modo di precisare che è illegittimo, ma non abnorme, l'atto con cui il giudice per le indagini preliminari impone al pubblico ministero la notifica della richiesta di archiviazione ad un soggetto che, in precedenza, non aveva espresso la volontà di esserne a conoscenza¹⁰¹.

Nello specifico, non è perfettamente chiaro quale forma debba assumere la manifestazione della volontà di essere avvisati della richiesta di archiviazione. Fermo restando, difatti, che sia necessaria la forma scritta¹⁰² e che non possa essere

⁹⁸ In argomento: Corte Cost. n°353/1991 in <https://www.giurcost.org/>. In senso critico: A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, cit., 2747 s.

⁹⁹ F. DELLA CASA- G. P. VOENA, *Soggetti*, cit., 132.

¹⁰⁰ Qualora il soggetto abbia richiesto di essere avvisato della richiesta di archiviazione e sia poi venuto a mancare, la notifica, stante il disposto dell'articolo 90 comma 3 c.p.p., ai prossimi congiunti del defunto è dovuta solo se la morte è avvenuta in conseguenza del reato : Cass. pen., Sez. VI, 18 maggio 1995, Magurano, in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. V, 2 luglio 2007, Briano in <https://pluriscadam.utetgiuridica.it/>.

¹⁰¹ Sentenza della Cass. pen., Sez. III, 9 luglio 1996, Cammarata in *Giustizia penale*, fasc. III,1998, 651 ss.

¹⁰² Cfr. A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 695.

contenuta nell'atto di costituzione di parte civile¹⁰³, l'assenza di un'inequivoca indicazione legislativa fa ritenere che sia tollerata una certa libertà di forma¹⁰⁴.

Dall'altro lato, l'articolo 408 c.p.p. è particolarmente laconico riguardo al momento entro cui la persona offesa debba esprimere la propria volontà che gli sia notificata la richiesta di archiviazione. Difatti, la norma si limita a precisare che tale dichiarazione può legittimamente pervenire anche dopo la presentazione della notizia di reato. Le principali perplessità concernono la possibilità che l'obbligo di notifica possa sorgere anche in caso di una manifestazione di volontà postuma rispetto alla richiesta di archiviazione. Nondimeno, la pronuncia sul punto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in senso negativo ha fugato ogni possibile dubbio¹⁰⁵. Ad ogni modo, è importante chiarire che ogni persona offesa, abbia o meno richiesto di essere avvertita della richiesta di archiviazione, rimane legittimata a proporre opposizione contro di essa¹⁰⁶. Inoltre, merita una menzione il fatto che, per i delitti commessi con violenza alla persona¹⁰⁷ e per i delitti di furto con strappo ed in abitazione¹⁰⁸, l'avviso *de quo* è notificato senza che occorra alcuna richiesta in tal senso da parte della persona offesa. Con riferimento, infine, al novero dei destinatari della notifica dell'atto in questione, in letteratura¹⁰⁹ si è concordi circa la possibilità di includervi la persona offesa ed il difensore ritualmente nominato.

¹⁰³ Cass. pen., Sez. V, 6 novembre 1991, Pesce in *Archivio della nuova procedura penale* 1992, 590 ss; Cass. pen., Sez. IV, 30 maggio 1990, Mascioli in *Rivista penale*, 1991, 414 ss.; Cass. pen., Sez. IV, 17 novembre 1998, Nesci, n° 3266, in *Foro italiano*.

¹⁰⁴ Vd.: Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 2015, n°4065 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>. In senso opposto: si rinvia alle sentenze menzionate nella nota precedente

¹⁰⁵ Vd.: Cass. pen., Sez. Un., 30 giugno 2004, Apruzzese in *Giurisprudenza italiana*, 2005, 577 ss.

¹⁰⁶ In argomento: A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, cit., 2748; CORDERO, *Procedura penale*, cit., 431; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit.;

¹⁰⁷ Nel senso che l'espressione « *delitti commessi con violenza alla persona* » debba essere interpretato in senso estensivo ricomprendendovi anche tutti quei reati in cui sia presenti atti di violenza morale o psicologica: Cass. pen., Sez. II, 24 giugno 2016 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

n° 30302. Sulla necessità di attribuire rilevanza al fenomeno della violenza di genere anche alla luce del diritto comunitario: Cass. pen., Sez. Un., 29 gennaio 2016, n°10959 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

¹⁰⁸ Esprime perplessità riguardo la scelta legislativa di prevedere la notifica d'ufficio della richiesta di archiviazione in caso dei reati di cui al 624 bis c.p.: A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 698; A. MARANDOLA, *Le nuove disposizioni in tema di archiviazione* in AA.VV., *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2018, 557.

¹⁰⁹ Cfr.: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 80 s.; E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 734 s.

Esaminati, dunque, gli aspetti cruciali della disciplina della richiesta di avviso dell'eventuale archiviazione, è possibile rivolgere l'attenzione alla questione del contenuto dell'avviso di richiesta di archiviazione. Ai sensi, infatti, dell'articolo 408 comma 3 c.p.p., mediante tale atto la persona offesa è resa edotta che, nel termine di venti giorni¹¹⁰, essa può «*prendere visione degli atti e presentare opposizione con richiesta motivata di prosecuzione d'indagini*»¹¹¹. Se, da un lato, sul tema della visione degli atti su cui non si individuano interrogativi ermeneutici di rilievo, tutt'altra situazione si riscontra per quanto concerne il potere di opposizione.

In primo luogo, con riguardo all'inquadramento dogmatico dell'istituto, nella giurisprudenza di legittimità si negò che esso potesse essere definito un mezzo d'impugnazione. Difatti, essa, espressione del potere generale attribuito alle parti di presentare memorie al giudice, costituisce un mezzo con cui verificare la legittimità dell'inazione dell'organo dell'accusa¹¹². In secondo luogo, è oggetto di dibattito l'ammissibilità o meno di un'opposizione tardiva. Chiaramente, la risposta a tale quesito dipende, in senso logico, dalla definizione come perentorio od ordinatorio del termine previsto dalla legge. Sul punto, sebbene non manchino opinioni in senso contrario¹¹³, si ritiene preferibile esprimersi per l'ammissibilità di tale atto¹¹⁴. Difatti, manca un'inequivoca indicazione legislativa nel senso di escludere la natura meramente ordinatoria del termine in questione; dall'altro lato, sarebbe illogico attribuire una tale rilevanza ad un passaggio procedimentale (la

¹¹⁰ Nel caso in cui si proceda per uno dei reati per cui la notifica dell'avviso della richiesta di archiviazione avviene d'ufficio e nel caso in cui sia stata richiesta l'archiviazione per particolare tenuità del fatto, il termine è, rispettivamente, di trenta e dieci giorni. Nel senso che, ad ogni modo, tale termine sia di natura processuale e quindi si applica la sospensione feriale: Cass. pen., Sez. IV, 12 febbraio 2002, n° 20547 Tagliacozzo in *Cassazione penale*, 2003, 2405 ss.

¹¹¹ Nel senso che l'avviso della richiesta di archiviazione non sia nullo in caso di mancanza di tali indicazioni: Cass. pen., Sez. VI, 21 febbraio 2002, Califano in *Archivio della nuova procedura penale*, 2003, 81 ss.

¹¹² Sul punto: Cass. pen., Sez. V, 12 aprile 1999, n° 1623, Magi, in *Cassazione penale*, 1999, 1981 ss.

¹¹³ Vd.: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., Nel senso che la persona offesa possa comunque contestare la richiesta di archiviazione presentando una memoria: Cass. pen., Sez. VI, 14 gennaio 2003, D'Angiolella in *Archivio della nuova procedura penale*, 2003, 605 ss.

¹¹⁴ G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 63 s.; M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., 74; A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, cit., 2748.

notifica dell'avviso) che, come si è già affermato, può anche mancare¹¹⁵. Se ciò è vero, ne discende che la presentazione tempestiva costituisce un mero onere per la persona offesa¹¹⁶. Durante la pendenza del termine indicato dalla legge il pubblico ministero non può trasmettere il fascicolo investigativo al giudice e quest'ultimo non può, a pena di nullità, emanare il decreto di archiviazione.

Tralasciando il tema della legittimazione a proporre l'opposizione per cui valgono le considerazioni in materia di notifica dell'avviso di eventuale archiviazione¹¹⁷, permane da analizzare il contenuto dell'atto di opposizione. Ai sensi dell'articolo 410 comma 1 c.p.p., esso deve contenere, a pena di inammissibilità, l'oggetto dell'investigazione suppletiva con i relativi elementi di prova. Non essendo una disposizione particolarmente dettagliata, è necessario ricercare maggiori chiarimenti in letteratura e in giurisprudenza. Probabilmente, in base al tenore letterale della norma, è destinata a non trovare accoglimento l'opposizione con cui la persona offesa evidenzia la possibilità, in base agli elementi già raccolti, di esercitare l'azione penale¹¹⁸. Tuttavia, taluna dottrina, sulla base di una pronuncia della Corte Costituzionale¹¹⁹, sostiene la necessità di interpretare estensivamente il concetto di investigazione suppletiva ammettendo che la persona offesa possa limitarsi ad esprimere il suo dissenso nei confronti delle valutazioni, in punto di fatto o di diritto, del pubblico ministero¹²⁰. Sebbene tale teoria sia particolarmente autorevole, essa risulta smentita da un orientamento ormai consolidato della Corte di Cassazione. Infatti, la giurisprudenza di legittimità, a partire da una sentenza emessa dalle Sezioni Unite¹²¹, sembra ormai concorde nello stabilire che l'opposizione della persona offesa sia da ritenersi ammissibile quando manca l'indicazione delle indagini suppletive o esse risultino superflue o prive di rilevanza

¹¹⁵ Vd. nota precedente.

¹¹⁶ G. GIOSTRA, voce *Archiviazione*, cit., 7. Secondo l'Autore, presentando tardivamente l'opposizione, difatti, la persona offesa si assume il rischio che essa sia inefficace in quanto si è già conclusa la procedura archiviativa.

¹¹⁷ Nel senso che l'avvocato difensore ritualmente nominato possa proporre opposizione: Cass. pen., Sez. V, 10 luglio 2002, Di Caro, in *Foro italiano*.

¹¹⁸ In argomento: M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., 74; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 64 s. In tal caso di fatti osterebbe il principio *iura novit curia*.

¹¹⁹ Vd.: Corte Cost. n°95/1997 in <https://www.giurcost.org/>.

¹²⁰ Cfr.: CORDERO, *Procedura penale*, cit., 430.

¹²¹ Vd. Cass. pen., Sez. Un., 14 febbraio 1996, n° 2, Testa in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

e pertinenza¹²². Il rischio che deve essere scongiurato, adottando tale linea ermeneutica, è che il sindacato sull'ammissibilità dell'opposizione della persona offesa divenga una valutazione di merito sulla «*fondatezza, portata probatoria o esito delle indagini suppletive*»¹²³.

Nel caso in cui dovesse essere individuata una o più cause di inammissibilità, il giudice per le indagini preliminari può, dandone adeguata ed autonoma motivazione¹²⁴, emanare il decreto d'archiviazione. Altrimenti, a nulla rilevando il suo personale convincimento sulla fondatezza della notizia di reato, egli deve convocare, dandone notizia alla persona offesa che si è precedentemente opposta, l'udienza camerale.

3.3 L'udienza camerale

Ai sensi dell'articolo 409 comma 2 e 410 comma 3 c.p.p., il giudice per le indagini preliminari può e deve instaurare, entro tre mesi¹²⁵, l'udienza camerale ogni volta che gli sia pervenuta un'opposizione ammissibile oppure non sia immediatamente convinto dell'accogliibilità della richiesta di archiviazione presentata dal pubblico ministero. Con riferimento a quest'ultima ipotesi, è da segnalare che, non essendo propriamente un provvedimento di rigetto, non si configura sul punto, in capo al giudice predibattimentale, un obbligo di motivazione. Tuttavia, al fine di rendere il contraddittorio più effettivo possibile, si ritiene che sia doveroso per il giudice indicare al pubblico ministero se sia meritevole di approfondimento la completezza delle sue indagini o la fondatezza del loro oggetto¹²⁶. Ad ogni modo, avviato il procedimento in camera di consiglio, il primo compito che la legge attribuisce al

¹²² *Ex multis*: Cass. pen., Sez. I, 23 marzo 1992, Tassone in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. V, 6 maggio 2010, n° 21937, Biondani in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Cass. pen., Sez. V, 31 marzo 2000, Martini in *Foro italiano*.

¹²³ Vd.: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 90 s. Sul punto anche: G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 62; E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 744.

¹²⁴ Vd.: Cass. pen., Sez. VI, 5 febbraio 2003, Colella in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. VI, 14 dicembre 1998, n° 6792, Massone, *ivi*; Cass. pen., Sez. VI, 28 aprile 1997, Lato, *ivi*.

¹²⁵ Nel senso che tale recente disposizione sarà in massima parte disapplicata: A. MARANDOLA, *Le nuove disposizioni in tema di archiviazione*, cit., 558.

¹²⁶ In argomento, anche con riferimento al capoverso precedente: A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, cit., 2749.

giudice è rendere edotte le parti dello svolgimento dell'udienza entro dieci giorni prima di tale data. Si presentano, sul punto, degli interrogativi di indubbio rilievo.

In primo luogo, non è totalmente chiaro come interpretare la mancata menzione, tra i destinatari dell'avviso, dei difensori della persona offesa e della persona sottoposta alle indagini. Sebbene, infatti, non manchino in giurisprudenza pronunce in senso contrario¹²⁷, in letteratura, sulla base di una sentenza sul punto della Corte Costituzionale¹²⁸, vi è un generale consenso circa la necessità che anche il difensore dell'indagato sia a conoscenza della data di udienza¹²⁹. Con riferimento al difensore della persona offesa, invece, esiste in dottrina chi ritiene estendibili ad esso le considerazioni in materia di difensore della persona indagata¹³⁰. Tuttavia, non si può non rilevare come, in realtà, tale ultima questione abbia un'esigua rilevanza pratica in quanto la persona offesa, ai sensi dell'articolo 33 disp.att.coord, s'intende domiciliata presso il proprio difensore e quindi quest'ultimo è, di fatto, costantemente aggiornato sull'incedere procedimentale¹³¹. In secondo luogo, con riferimento alla persona offesa, la disciplina normativa è differenziata a seconda di quale sia stato il fatto generativo della fissazione dell'udienza camerale. Qualora, difatti, essa sia da ricollegarsi ad un atto d'imperio del giudice, il relativo avviso è da inoltrare a tutte le persone offese. Nel caso, invece, in cui solo alcune persone offese abbiano presentato opposizione nei confronti della richiesta di archiviazione, solo costoro saranno destinatari dell'avviso in commento. Tuttavia, tale dissonanza sembra fondata: difatti, che la persona offesa non opponente rimanga all'oscuro della data dell'udienza è pienamente conforme rispetto alla sua precedente indifferenza rispetto alle sorti del procedimento¹³². In aggiunta, è ben possibile che

¹²⁷ Nel senso che dovrebbero essere destinatari dell'avviso esclusivamente i soggetti indicati esplicitamente dall'articolo 409 comma 2 c.p.p., norma di tipo speciale rispetto all'articolo 127 c.p.p.: Cass. pen., Sez. V, 13 gennaio 1992, Palmieri, in *Cassazione penale*, 1993, 1493 ss.; Cass. pen., Sez. VI, 3 ottobre 1995, Marino, in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. VI, 21 ottobre 1996, Antonini, *ivi*.

¹²⁸ Corte Cost. n°318/1993 sulla necessità che alla persona sottoposta alle indagini, nell'udienza di cui all'articolo 409 comma 2 c.p.p., sia assicurata l'assistenza del proprio difensore.

¹²⁹ Cfr: E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit.; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 66; M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., 76.

¹³⁰ Sul punto: CORDERO, *Procedura penale*, cit., 431; L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 102.

¹³¹ Così: G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 66.

¹³² L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 598.

l'opposizione sia presentata contro una richiesta in larga parte condivisa dal giudice predibattimentale. Si intravede, dunque, l'intenzione del legislatore di favorire istanze di economia processuale¹³³. Infine, della celebrazione dell'udienza camerale è data comunicazione, perché possa esercitare i poteri a lui attribuiti dall'ordinamento¹³⁴, al procuratore generale presso la Corte d'Appello.

Per quanto concerne, invece, il concreto svolgersi dell'udienza *de qua*, fondamentale è il rinvio, all'interno del secondo comma dell'articolo 409 c.p.p., all'articolo 127 c.p.p. Probabilmente tale esplicita presa di posizione del legislatore non era necessaria stante la funzione di quest'ultima norma di disciplinare, in termini generali, ogni tipologia di procedura camerale prevista in seno al nostro ordinamento¹³⁵. Ad ogni modo, tale scelta legislativa comporta l'assenza del pubblico, la nomina di un difensore d'ufficio per l'indagato privo di assistenza tecnica e la stesura del verbale, a seguito di un intervento sul punto della Corte Costituzionale¹³⁶, in forma riassuntiva o integrale. È altresì riconosciuta alle parti la possibilità di presentare memorie entro cinque giorni dalla data dell'udienza, avendo preso visione ed estratto copia degli atti d'indagini. Con riferimento al concreto atteggiarsi del contraddittorio orale, l'articolo 127 comma 3 c.p.p. si limita a disporre che siano sentiti dal giudice solamente i soggetti che compaiono all'udienza¹³⁷. Più nello specifico, pur non potendosi riconoscere in capo alla persona offesa un vero e proprio diritto di replica¹³⁸, è da ritenersi dovuta, a pena di nullità, l'audizione della persona offesa che ne abbia fatta esplicita richiesta¹³⁹. Inoltre, il contraddittorio subisce delle modifiche nel caso in cui il soggetto

¹³³ In argomento: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 103.

¹³⁴ Si rinvia a: *infra* 5.3.

¹³⁵ Nel senso che l'articolo 127 c.p.p. svolga una pregevole funzione di economia normativa: G. P. VOENA, *Atti* in M. BARGIS (A CURA DI), *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2018, 199.

¹³⁶ Vd.: Corte Cost. n°529/1990 in <https://www.giurcost.org/> in cui si è definito costituzionalmente illegittimo il decimo comma dell'articolo 127 c.p.p. nella parte in cui prevedeva la redazione del verbale in forma riassuntiva come unica opzione possibile.

¹³⁷ Nel senso che comunque permanga sul punto una discrezionalità in capo al giudice: Cass. pen., Sez. V, 7 ottobre 1996, De Blasiis, in *Foro italiano*. Sulla facoltatività della presenza delle parti all'udienza camerale: Cass. pen., 2 febbraio 1996, Tavella, *ivi*.

¹³⁸ Vd.: Cass. pen., Sez. VI, 13 febbraio 2009, D'Alonzo in *Foro italiano*. In tale pronuncia, la Suprema Corte si esprime in senso contrario rispetto all'applicabilità, in tale sede, della disciplina prevista per la discussione dibattimentale.

¹³⁹ Vd.: Cass. pen., Sez. V, 31 marzo 2010, n° 19584, Castelli in <https://pluriscadam.utetgiuridica.it/>; Cass. pen., Sez. IV, 16 aprile 2008, n° 20391, Mercuri, *ivi*.

sottoposto alle indagini o la persona offesa si trovino in stato di limitazione della propria libertà personale al di fuori della circoscrizione del giudice procedente. In tal caso, è previsto che tali soggetti rendano le proprie dichiarazioni al magistrato di sorveglianza territorialmente competente¹⁴⁰.

3.4 I provvedimenti conclusivi dell'udienza camerale

Fatta luce sugli aspetti principali del procedimento camerale, non resta che riflettere circa quali possano esserne i provvedimenti conclusivi. Difatti, all'esito del procedimento camerale, il giudice predibattimentale deve necessariamente decidere, con ordinanza¹⁴¹, se accogliere o meno la richiesta di archiviazione presentata dal pubblico ministero.

Con riferimento alla prima ipotesi, il giudice per le indagini preliminari deve emanare un'ordinanza di archiviazione quando, ascoltate le ragioni delle parti in udienza ed analizzati con maggiore attenzione gli atti d'indagine¹⁴², si sia convinto della legittimità dell'inerzia dell'organo dell'accusa. In aggiunta, non vi sono particolari dubbi circa la necessità che tale atto sia motivato stante quanto dispone l'articolo 125 comma 3 del codice di procedura penale¹⁴³. Allo stesso modo, non si può fare a meno di evidenziare che la materia è stata oggetto, molto recentemente, di un intervento legislativo: la già più volte citata l. n°103/2017 ha tentato di introdurre termini più brevi e più certi (tre mesi dalla celebrazione dell'udienza) per la definizione, nel senso qui in commento¹⁴⁴, della procedura camerale di archiviazione.

Con riferimento, invece, alle ordinanze di rigetto della richiesta di archiviazione, il quadro della situazione è totalmente diverso. Molteplici dubbi ed interrogativi

¹⁴⁰ Nel senso che, in tal modo, non vi è alcuna violazione del diritto al contraddittorio per la persona offesa: Sentenza della Cass. pen., Sez. V, 31 marzo 2010, n°23721, Calì in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

¹⁴¹ È rimasta isolata in giurisprudenza la Cass. pen., Sez. III, 8 maggio 2008, n° 25203, Broggi in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/> secondo cui non è abnorme l'atto con cui il giudice per le indagini preliminari rigetta la richiesta di archiviazione senza prima fissare l'udienza camerale.

¹⁴² Nel senso che l'ordinanza di archiviazione postula necessariamente un primo provvedimento di rigetto sulla richiesta di archiviazione: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 109.

¹⁴³ Articolo 125 comma 3 c.p.p.: «Le sentenze e le ordinanze sono motivate, a pena di nullità, ...».

¹⁴⁴ Cfr. A. MARANDOLA, *Le nuove disposizioni in tema di archiviazione*, cit., 558. Nel senso che tale limite temporale trovi applicazione anche con riferimento alla cosiddetta imputazione coatta: L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 596.

derivano dal difficile compromesso che, in tale ambito, sta alla base di tale disciplina. Difatti, da un lato optare per il processo accusatorio impone che l'organo dell'accusa assuma una posizione dominante nella conduzione delle indagini e nell'esercizio dell'azione penale con la conseguente necessità di riduzione ai minimi termini i poteri ufficiosi del giudice¹⁴⁵. Tuttavia, non può negarsi la necessità che il giudice ponga rimedio ad eventuali inerzie del pubblico ministero nell'attività investigativa o ad errate valutazioni delle sue risultanze¹⁴⁶. Più precisamente, il giudice per le indagini preliminari ha la possibilità di indicare al pubblico ministero nuove indagini da compiere oppure imporre la formulazione dell'imputazione ai sensi, rispettivamente, del quarto e quinto comma dell'articolo 409 c.p.p.¹⁴⁷.

Quanto alla prima ipotesi, il presupposto è che il giudice predibattimentale, stante l'insufficienza del materiale investigativo raccolto dal pubblico ministero, non sia in grado di esprimersi sulla non necessità dell'instaurazione del processo¹⁴⁸. Come considerazione generale, si può affermare che il testo normativo non fornisce molti supporti interpretativi. Invero, si deve constatare un silenzio legislativo su aspetti particolarmente rilevanti come il contenuto dell'ordinanza ed il suo grado di vincolatività.

Per quanto concerne il primo argomento, è possibile individuare dei punti fermi: l'indicazione del giudice predibattimentale non può essere né troppo specifica né troppo generica. Nel primo caso, ricordando gli insegnamenti sul punto della giurisprudenza¹⁴⁹, si avrebbe un'illegittima contrazione dell'autonomia investigativa del pubblico ministero. Inoltre, non va dimenticato che il soggetto

¹⁴⁵Sull'impossibilità che il giudice per le indagini preliminari possa procedere d'ufficio all'acquisizione di materiale probatorio sostituendosi, in questa maniera, all'organo dell'accusa: Cass. pen., Sez. VI, 31 gennaio 2003, n° 8871, Mancarella, in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>. *Amplius*: Cap. I. 2.

¹⁴⁶In argomento: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 122.

¹⁴⁷Nel senso che il giudice non possa respingere la richiesta di archiviazione senza, allo stesso tempo, indicare ulteriori indagini o imporre la formulazione dell'imputazione: Cass. pen., Sez. III, 14 gennaio 2009, n° 9184, Lo Giudice, in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

¹⁴⁸Vd.: A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, cit., 2752.

¹⁴⁹Sul punto: Corte Cost. n° 253/1991 in <https://www.giurcost.org/>; Cass. pen., Sez. IV, 20 dicembre 2007, n°57884, Bellavista in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>. In senso contrario: G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 73.

sottoposto alle indagini è pienamente al corrente del contenuto dell'ordinanza *de qua* e dunque non è preferibile che essa indichi in modo minuzioso le prossime attività investigative¹⁵⁰. Nel secondo caso, invece, la non precisa indicazione degli ulteriori atti investigativi necessari non metterebbe il pubblico ministero nella condizione di poter calibrare, con cognizione di causa, la propria futura strategia procedimentale¹⁵¹. Ne deriva, come soluzione di compromesso, che il giudice predibattimentale può individuare esclusivamente i temi e la direzione dell'ulteriore attività d'indagine lasciando l'organo dell'accusa libero di scegliere la modalità d'azione più appropriata¹⁵².

Per quanto riguarda il grado di vincolatività dell'ordinanza in commento, esso è un tema di fondamentale rilevanza: attribuire o meno un carattere cogente a tale provvedimento giudiziale significa influire pesantemente sulla sua efficacia¹⁵³. Fermo restando che il pubblico ministero è quantomeno deontologicamente tenuto ad attenersi alle direttive del giudice per le indagini preliminari¹⁵⁴, il pericolo che ciò non avvenga è assai concreto. In realtà, essendo il pubblico ministero chiamato di nuovo a determinarsi circa un esercizio o meno dell'azione penale¹⁵⁵, i rimedi in caso d'inottemperanza di quest'ultimo variano a seconda del tenore della scelta di cui sopra. Perciò, se il pubblico ministero ha esercitato l'azione senza compiere le ulteriori indagini indicate dal giudice, potrà il giudice dell'udienza preliminare

¹⁵⁰ Vd.: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 123.

¹⁵¹ Cfr: G. GIOSTRA, voce *Archiviazione*, cit., 9.

¹⁵² In argomento: L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 603; A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 706; M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., 76.

¹⁵³ Nel senso che l'ordinanza ex articolo 409 comma 4 c.p.p., non essendo coercibile, rischia di non produrre alcun effetto: CORDERO, *Procedura penale*, cit., 431.

¹⁵⁴ In tal senso, secondo autorevole dottrina: V. GREVI, *L'archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1303.

¹⁵⁵ In argomento: A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 707; E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 749. In giurisprudenza: Sentenza della Corte di Cassazione, Sezione Unite, 27 maggio 2010, Simoni; Sezione VI, 23 novembre 2011, n°810. In tale ultima pronuncia la Suprema Corte ha dichiarato che il giudice per le indagini preliminari, in relazione ad un fatto in relazione alla quale aveva disposto lo svolgimento di ulteriori indagini, non può disporre con decreto l'archiviazione in assenza di una nuova richiesta in tal senso dell'organo dell'accusa. Infine, sulla base della natura meramente interlocutoria del provvedimento in questione, la Corte Costituzionale, con le ordinanze n°157/1993 in www.cortecostituzionale.it e 281/1996, *ivi*, ha negato categoricamente che possa trovarsi una situazione di incompatibilità il giudice predibattimentale che abbia disposto lo svolgimento di nuove indagini. Ad ogni modo, la questione ha smesso di avere una rilevanza pratica da quando il legislatore, intervenendo sull'articolo 34 c.p.p., ha previsto l'impossibilità per un giudice predibattimentale di espletare, nel medesimo procedimento, le funzioni di giudice per le indagini preliminari e di giudice dell'udienza preliminare.

fermarne l'iniziativa con l'emanazione di una sentenza di non luogo a procedere¹⁵⁶. Qualora invece il pubblico ministero dovesse presentare nuovamente una richiesta di archiviazione, la soluzione potrebbe essere l'imputazione coatta o l'intervento del procuratore generale presso la Corte d'Appello mediante lo strumento dell'avocazione¹⁵⁷.

Fino ad esso l'attenzione è stata focalizzata sulle lacune che presenta l'articolo 409 c.p.p. Tuttavia, ciò non deve far pensare che, laddove il legislatore si sia in qualche modo espresso, siano totalmente assenti dei dubbi. In tale sede, si farà soltanto riferimento al tema dei limiti temporali in cui l'organo dell'accusa è tenuto a svolgere il supplemento investigativo. L'articolo 409 comma 4 c.p.p. si limita, a prevedere che il giudice stabilisca un «*termine indispensabile per il compimento degli atti d'indagine*». Ci si è chiesti, dunque, in dottrina ed in giurisprudenza, se tale termine costituisca o meno una deroga all'ordinaria durata delle indagini preliminari e se siano ammissibili iniziative tardive del pubblico ministero. Con riferimento alla prima questione, sembra preferibile esprimersi in senso positivo: difatti, è abbastanza pacifico che ulteriori indagini possano essere indicate a nulla rilevando quanto fosse il tempo di indagine, previsto in via generale *ex lege*, eventualmente residuo o che esso sia addirittura scaduto. Altrimenti, il giudice predibattimentale, a fronte di una richiesta di archiviazione pervenuta *in extremis*, vedrebbe limitate le proprie opzioni decisionali¹⁵⁸. A proposito, invece, della perentorietà del termine fissato dal giudice, è decisamente prevalente l'opinione secondo cui esso non possa essere oggetto di proroghe¹⁵⁹. Tuttavia, sarebbe scorretto desumere da ciò che sia affetto da nullità l'atto con cui il pubblico

¹⁵⁶ M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., 77.

¹⁵⁷ Cfr.,: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 131

¹⁵⁸ In argomento, anche con riferimento al capoverso precedente: A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziali di rigetto*, cit., 2753; L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 603; CORDERO, *Procedura penale*, cit., 431. In giurisprudenza: Corte Cost. n° 436/1991 in <https://www.giurcost.org/>; Cass. pen., Sez. V, 31 maggio 1995, n° 1506, Papotto in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Cass. pen., Sez. VI, 17 giugno 1996, Catalano, in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. III, 9 luglio 2002, n° 37565, Capaccioli in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>. In senso contrario, Cass. pen., Sez. IV, 18 aprile 1995, Daniele, in *Foro italiano*.

¹⁵⁹ Sul punto: G. GIOSTRA, voce *Archiviazione*, cit., 9; L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 125 s.

ministero assume tardivamente una determinazione circa l'esercizio o meno dell'azione penale¹⁶⁰.

Per quanto riguarda la seconda tipologia di atto con cui viene rigettata la richiesta di archiviazione, l'ordinanza che impone la formulazione dell'imputazione, essa è disciplinata, come già anticipato, dal quinto comma dell'articolo 409 c.p.p. Essa ha la funzione di impedire che l'organo dell'accusa possa, nonostante dagli atti ne risultino i presupposti, non esercitare l'azione per motivi di opportunità¹⁶¹. Che l'ordinamento, in un eventuale contrasto di vedute tra l'organo dell'accusa ed il giudice predibattimentale, abbia deciso di lasciar prevalere il secondo può destare perplessità, solo in parte sopite dall'esigenza di tutelare l'articolo 112 della Costituzione¹⁶². Infatti, come ha avuto modo di rilevare la Corte Costituzionale¹⁶³, siamo di fronte ad una « *deviazione dall'astratto modello accusatorio* » con la conseguente necessità di adottare una linea ermeneutica molto prudente e rigorosa¹⁶⁴.

Da tali premesse si deduce come l'aspetto maggiormente problematico della disciplina in commento sia il rapporto tra l'organo dell'accusa ed il giudice procedente. Una soluzione suggerita da esponenti della dottrina è la seguente: mantenere intatto il monopolio in materia d'azione in capo al pubblico ministero attribuendo al giudice poteri meramente propulsivi. In altre parole, il giudice accerterebbe esclusivamente la presenza dei presupposti per agire lasciando al pubblico ministero il compito di stabilire in concreto le *res iudicandae* penali¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Vd.: Cass. pen., Sez. II, 4 aprile 2006, n° 21805, Luca in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

¹⁶¹ In argomento, tra gli altri: I. FRIONI, *Le diverse forme di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 558. Occorre, inoltre, registrare un'isolata pronuncia della giurisprudenza di merito secondo cui sarebbe precluso al giudice per le indagini preliminari disporre la formulazione dell'imputazione in relazione ad un fatto per cui il pubblico ministero non ha svolto alcuna indagine: Pretura di Venezia, 6 marzo 1990 in *Foro italiano*.

¹⁶² Nel senso che tale disciplina non sia lesiva dell'articolo 111 Cost., pur negando un'assoluta primazia al principio di cui all'112 Cost.: F. RUGGIERI, voce *Azione penale*, cit., 138 ss. Nel senso che la disciplina sia il segno del fatto che nel nostro ordinamento reciti ancora un ruolo rilevante il *favor actionis*: V. GREVI, *L'archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1301 s.

¹⁶³ Vd.: Corte Cost. n°263/1991 in <https://www.giurcost.org/>.

¹⁶⁴ Sul punto: E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 710.

¹⁶⁵ In argomento: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 133; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 81; M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., 77. Tuttavia, gli Autori segnalano il rischio che, in tal modo,

Ne deriva, come conseguenza logica, che dovrebbe essere precluso al giudice imporre l'imputazione nei confronti di soggetti non indagati o in relazione a fatti non menzionati nella richiesta di archiviazione¹⁶⁶.

Con riferimento alla vincolatività del provvedimento in esame, pur dovendosi riconoscere natura ordinatoria al termine di dieci giorni previsto dalla legge¹⁶⁷, non vi è dubbio che, in caso di inerzia da parte del pubblico ministero, la soluzione non può che essere l'archiviazione oppure l'avocazione del procuratore generale presso la Corte d'Appello¹⁶⁸. Qualora, invece, il pubblico ministero decidesse di adeguarsi a quanto disposto dal giudice, è opinione decisamente prevalente in dottrina e giurisprudenza che non occorra l'invio al soggetto indagato dell'avviso di conclusione delle indagini. Difatti, da un lato, l'esigenza che sia assicurato il contraddittorio è già stata assicurata con la celebrazione in precedenza dell'udienza camerale e, dall'altro lato, l'organo dell'accusa non si trova nella possibilità di mutare intendimento¹⁶⁹.

Infine, per quanto concerne la fissazione dell'udienza preliminare è lo stesso articolo 409 comma 5 c.p.p. a prevedere che sia compito del giudice per le indagini preliminari entro due giorni dalla formulazione dell'imputazione da parte del pubblico ministero¹⁷⁰. Tuttavia, ciò non significa, secondo la giurisprudenza prevalente, che la disciplina in commento non si applichi a quei reati per cui,

si svilisca il controllo giurisdizionale dando la possibilità al pubblico ministero di eluderlo agevolmente.

¹⁶⁶ Vd.: L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 605 s.

¹⁶⁷ Vd.: Cass. pen., Sez. II, 28 aprile 2003, n° 31430, Calcopietro in *Cassazione penale*, 2004, 2969 ss.

¹⁶⁸ Sul punto: Cass. pen., Sez. I, 24 ottobre 1995, Laureti, in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. VI, 31 gennaio 2007, Renisi, in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>. Nel senso il pubblico ministero inottemperante all'ordine di formulare l'imputazione è punibile penalmente ai sensi dell'articolo 328 c.p. Vd: CORDERO, *Procedura penale*, cit., 432; M. L. DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, Giappichelli, Torino, 2006, 97.

¹⁶⁹ In argomento: Cass. pen., Sez. VI, 22 ottobre 2014, n°45126 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Corte Cost. n°286/2012 in <https://www.giurcost.org/>; Corte Cost. n° 491/2002, *ivi*. In dottrina: A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 713; L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 136 s.

¹⁷⁰ Nel senso che da ciò se ne dedurrebbe la non necessità di una richiesta di rinvio a giudizio da parte del pubblico ministero: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 137; E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 750. Di diverso avviso: CORDERO, *Procedura penale*, cit., 432.

essendo prevista la citazione diretta a giudizio, non si celebra l'udienza preliminare¹⁷¹.

4. L'impugnazione del provvedimento di archiviazione

Nelle scorse pagine, si è tentato di approfondire il tema dei provvedimenti di archiviazione e della relativa procedura di emanazione. Ebbene, non resta che indicare quale sia il mezzo messo previsto dalla legge per porre rimedio ad eventuali profili di illegittimità del procedimento e, di riflesso, del provvedimento di cui sopra. Sul punto occorre quanto prima segnalare un'importante innovazione legislativa. Se, difatti, in precedenza era possibile adire la Corte di Cassazione per far valere le proprie ragioni, la già più volte citata l. 103/2017 ha, con l'introduzione dell'articolo 410 bis c.p.p., scelto di attribuire la competenza al giudice al tribunale in composizione collegiale¹⁷². Tuttavia, prima di analizzare il procedimento d'impugnazione, è necessario indicare quando un provvedimento d'archiviazione possa essere legittimamente oggetto di contestazione.

Alla luce delle ultime novità normative assumono rilevanza anche le violazioni procedurali verificatesi prima che sia stata instaurata l'udienza camerale. Difatti, si sancisce la nullità del decreto di archiviazione quando esso sia stato emanato in assenza dell'avviso della richiesta di archiviazione oppure quando il termine per proporre opposizione non era ancora scaduto¹⁷³. Allo stesso modo, tale provvedimento è nullo quando il giudice, nell'emanarlo, non si è pronunciato sull'opposizione da parte della persona offesa o essa è stata dichiarata inammissibile fuori dai casi previsti dalla legge. Nell'introdurre tale disposizione il legislatore ordinario ha dato prova di aderire all'unanime opinione, sul punto, di

¹⁷¹ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 6 giugno 2002, Florestani in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. VI, 21 marzo 2002, Costa, *ivi*; Corte Cost. n°77/2003 in <https://www.giurcost.org/>.

¹⁷² Tale opzione, dirompente nella sua novità, troverà applicazione, in conformità ad un orientamento costante della Corte di Cassazione, in relazione a tutti i provvedimenti emanati dal giorno in cui essa è entrata in vigore (3 agosto 2017). Sul punto: Cass. pen., Sez. VI, 21 marzo 2018, n°40146 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Cass. pen., Sez. I, 12 dicembre 2014, n°5697, *ivi*.

¹⁷³ Il fatto che nell'articolo 410 bis c.p.p. si faccia riferimento al termine previsto dai commi 3 e 3 bis dell'articolo 408 c.p.p. suggerisce che tale disciplina non si applichi con riferimento all'archiviazione per particolare tenuità del fatto, *ex comma 1 bis dell'articolo 411*. Si esprimono in senso critico: A. MARANDOLA, *Le nuove disposizioni in tema di archiviazione*, cit., 558; L. SURACI, *Il reclamo avverso il provvedimento d'archiviazione in Penale. Diritto e procedura*, 2020, 5 s.

dottrina e giurisprudenza¹⁷⁴. Con riferimento, invece, all'ordinanza di archiviazione¹⁷⁵, essa può essere impugnata quando non sia stata fissata la data dell'udienza, non ne sia stata data notizia alle parti entro i termini previsti per legge, non sia stato nominato il difensore d'ufficio di fronte ad un soggetto indagato privo di assistenza tecnica, vi sia stata una violazione del diritto al contraddittorio oppure non sia stata applicata la disciplina in materia di legittimo impedimento. Dalla lettura di tali casi di nullità, si palesa l'impossibilità che, mediante la procedura in commento, possano essere oggetto di sindacato questioni attinenti al merito del provvedimento impugnato¹⁷⁶.

Per quanto concerne, invece, gli aspetti procedurali, non è mancato in dottrina chi ha segnalato come lo strumento del reclamo sia più usuale in ambito civilistico che non in quello penalistico¹⁷⁷. Ad ogni modo, il primo interrogativo che deve trovare una risposta attiene alla legittimazione soggettiva. Con riferimento al decreto d'archiviazione, può dirsi interessato al suo annullamento esclusivamente la persona offesa i cui diritti siano stati violati. Dall'altra parte, nel caso dell'ordinanza, è possibile includere sia il soggetto indagato che il pubblico ministero¹⁷⁸.

Ciò premesso, un contraddittorio meramente cartolare precede l'assunzione della decisione da parte del giudice: in analogia con quanto disposto dall'articolo 125 comma 4 c.p.p., egli, difatti, delibera in camera di consiglio senza la partecipazione

¹⁷⁴ Nel senso che, nelle ipotesi di cui sopra, dovesse ritenersi il decreto d'archiviazione nullo e dunque ricorribile per Cassazione, a nulla rilevando che l'articolo 409 comma 6 c.p.p. facesse menzione esclusivamente dell'ordinanza di archiviazione: M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., 72 s.; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 59 s. In giurisprudenza: Corte Cost. n°353/1991 in <https://www.giurcost.org/>; Cass. pen., Sez. II, 22 dicembre 2009, Arcini in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Cass. pen., Sez. VI, 25 novembre 1998, Doglioni, in *Cassazione penale*, 1999, 3455 ss.; Cass. pen., Sez. VI, 30 settembre 2008, n°40601, Berdini in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

¹⁷⁵ Con l'avvertenza che ci si riferisce esclusivamente all'ordinanza che conclude il procedimento camerale di archiviazione. Le ordinanze che, rigettando la richiesta di archiviazione, dispongono nuove indagini o la formulazione dell'imputazione non possono, infatti, essere impuginate stante la loro natura interinale ed il principio di tassatività delle impugnazioni. Sul punto: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, Giuffrè, Milano, cit., 120 s. In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. I, 12 maggio 2010, Charon, n°21060 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Cass. pen., Sez. III, 25 marzo 2010, Campari, n°17196, *ivi*; Cass. pen., Sez. VI, 8 marzo 1993, Fico, in *Foro italiano*.

¹⁷⁶ Così, seppur riferendosi alla disciplina previgente: CORDERO, *Procedura penale*, cit., 433

¹⁷⁷ A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 717.

¹⁷⁸ Cfr.: L. SURACI, *Il reclamo avverso il provvedimento d'archiviazione*, cit., 6 s.

delle parti. Quest'ultime, adito il giudice entro quindici giorni dalla data di conoscenza del documento, sono solo avvisate della data di udienza almeno dieci giorni prima di essa e possono soltanto, entro cinque giorni, presentare delle memorie. All'esito del procedimento il giudice, per mezzo di un'ordinanza non impugnabile¹⁷⁹, può disporre l'annullamento del provvedimento d'archiviazione oppure rigettare o ritenere inammissibile il reclamo. Con riferimento alla prima ipotesi, si ritiene che sia il giudice per le indagini preliminari, ricevuti gli atti dal giudice monocratico, a dover porre rimedio alla causa di nullità precedentemente verificatasi¹⁸⁰. Nelle altre due ipotesi, invece, è sempre prevista, per la parte privata, la condanna al pagamento delle spese processuali. Solamente nel caso di declaratoria di inammissibilità del reclamo, è previsto il versamento di una quota di denaro¹⁸¹ nella casse delle ammende. Tuttavia, tenendo a mente un'importante sentenza sul punto della Corte Costituzionale¹⁸², la disposizione di cui sopra può essere applicata solo in caso di « *colpa nella determinazione delle cause di inammissibilità*».

5. Avocazione delle indagini preliminari

Affrontando il tema della possibile inerzia del pubblico ministero di fronte all'ordinanza di rigetto della propria richiesta di archiviazione¹⁸³, si è già fatto menzione del fenomeno dell'avocazione. Ora, è giunto il momento di analizzare con maggiore puntualità tale istituto e, più in generale, il dirimente ruolo che il procuratore generale presso la Corte d'Appello recita nel corso di un procedimento penale.

Nella procedura penale, l'avocazione è lo strumento con cui il procuratore generale presso la Corte d'Appello pone rimedio alle inerzie del pubblico ministero o alle

¹⁷⁹ Nel senso che un ricorso per Cassazione avverso tale provvedimento sia inammissibile e che tale previsione non leda l'articolo 24 Cost.: Cass. pen., Sez. V, 9 luglio 2018, n° 40127 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>. Nel caso, invece, si siano verificate delle irregolarità nel procedimento di reclamo, il rimedio può essere solamente una richiesta di revoca del provvedimento. Sul punto: Cass. pen., Sez. VI, 23 marzo 2018, n°17535 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

¹⁸⁰ Qualora l'elemento di illegittimità non sia direttamente a lui riconducibile, il giudice per le indagini preliminari è tenuto a trasmettere gli atti al pubblico ministero perché adotti gli atti di sua competenza. Così: L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 602.

¹⁸¹ Ai sensi dell'articolo 616 comma 1, tra i 258 ed i 2065 euro.

¹⁸² Corte Cost. n°186/2000 in <https://www.giurcost.org/>.

¹⁸³ Vd. supra: 3.4.

situazioni di stallo comunque nocive per la speditezza del procedimento¹⁸⁴. Ebbene, a voler essere più precisi, il termine avocazione pone le sue radici nel diritto pubblico. Difatti, esso, in tale ambito, indicava la sostituzione, ad opera di un soggetto gerarchicamente sovraordinato, di un sottoposto nell'espletamento delle sue funzioni¹⁸⁵.

Assodato dunque, anche in base a talune pronunce della Corte Costituzionale¹⁸⁶, che siamo di fronte ad uno strumento di controllo, occorre analizzarne in dettaglio gli elementi essenziali: quale sia il suo fondamento, per quali scopi lo si impiega e quali siano i rapporti tra il soggetto controllore ed il soggetto controllato.

5.1 Fondamento e finalità dell'istituto

Si è visto, dunque, quali interrogativi comporti attribuire una funzione così importante ad un soggetto come il procuratore generale presso la Corte d'Appello. Prima, però, che si possa tentare di fornire ad essi una risposta, è fondamentale comprendere i motivi di tale scelta. D'altra parte, ragionando superficialmente, si potrebbe negare la sua necessità considerati i rilevanti poteri di controllo in capo al giudice per le indagini preliminari di fronte ad una richiesta di archiviazione. Ebbene, proprio tale ultima indicazione evidenzia come, talvolta, tale soggetto non abbia i poteri sufficienti per garantire l'effettività dell'articolo 112 Cost.

Difatti, è usuale definire il giudice predibattimentale come *ad acta*: con ciò s'intende dire che egli, ai sensi dell'articolo 328 c.p.p., può esercitare i propri poteri giurisdizionali solo in quanto vi sia stata una richiesta in tal senso da parte dell'organo dell'accusa, del soggetto indagato o dalla persona offesa dal reato¹⁸⁷. Di conseguenza, egli non ha alcuna possibilità di intervenire in tutti quei casi di

¹⁸⁴ In argomento: M. L. DI BITONTO, voce *Avocazione* in *Enc. Dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, 112

¹⁸⁵ Sul punto: M. M. MONACO, voce *Avocazione delle indagini* in *Dig. disc. pen.*, Agg.V, Utet Giuridica, Torino, 2010, 63. Per una disamina delle origini storiche dell'istituto e per un'analisi del progressivo declino, nell'ordinamento giuridico italiano, del principio di gerarchia si rinvia a: M. L. DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, cit., 1 ss.

¹⁸⁶ Corte Cost. n°88/1991 in <https://www.giurcost.org/>; Corte Cost. n° 263/1991, *ivi*.

¹⁸⁷ Vd.: Cass. pen., Sez. I, 13 gennaio 2004, Barone, in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. II, 12 marzo 1996, Alegi, *ivi*. In letteratura, *ex multis*: P. SILVESTRI, *La fase delle indagini preliminari: funzione e caratteristiche* in E. APRILE (A CURA DI), P. SILVESTRI, *le indagini preliminari e l'archiviazione*, Giuffrè, Milano, 2011, 13 s.

comportamento omissivo del pubblico ministero che, invece, abbiamo già visto essere il principale ambito di applicazione dell'istituto in commento.

Da tale premessa si deduce quale sia stata la motivazione che ha spinto il legislatore a prevedere tale istituto. Come ha evidenziato attenta dottrina, l'idea è stata quella di impedire che l'interesse, sia pubblico che privato, alla repressione delle condotte penalmente illecite sia vanificato da condotte inerti del pubblico ministero¹⁸⁸. Tuttavia, per quanto ai sensi dell'articolo 51 comma 2 c.p.p. il procuratore generale presso la Corte d'appello avocante assuma su di sé ogni potere attribuito *ex lege* al pubblico ministero di primo grado¹⁸⁹, può ritenersi assente il rischio di indebite interferenze del primo in danno del secondo. Infatti, l'analitica indicazione dei presupposti dell'esercizio del potere di avocazione¹⁹⁰ suggerisce di escludere che possa ravvedersi una relazione gerarchica tra il procuratore della Repubblica ed il procuratore generale presso la Corte d'Appello¹⁹¹. Perciò, il legislatore, mantenendo ferme le prerogative del pubblico ministero di primo grado, ha soltanto delineato un potere sostitutivo in capo al pubblico ministero di secondo grado ponendo i due soggetti su un piano, per così dire, concorrenziale¹⁹².

Allo stesso modo, le peculiarità del provvedimento di avocazione rafforzano la teoria sopra esposta. Difatti, ai sensi dell'articolo 412 c.p.p., si richiede che il procuratore generale presso la Corte d'Appello disponga l'avocazione per mezzo di un decreto motivato. Alla luce del già menzionato articolo 125 comma 3 c.p.p.¹⁹³, tale disposizione è prevista a pena di nullità. In aggiunta, la premessa logica di tale previsione è la forma scritta dell'atto. La norma, non particolarmente loquace, non indica chiaramente quanto sia vasto l'obbligo di motivazione in capo al pubblico

¹⁸⁸ In argomento: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 299 s.

¹⁸⁹ Vd: Cass. pen., Sez. III, 30 giugno 1984, Bonomi in *Foro italiano*. Nel senso che il procuratore generale presso la Corte d'Appello possa, in questo specifico caso, delegare l'esercizio delle proprie funzioni ai soggetti indicati nell'articolo 72 dell'ordinamento giudiziario: tra le altre, Cass. pen., Sez. V, 8 gennaio 1992, Savant in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 1992, Negato, *ivi*.

¹⁹⁰ È rimasta isolata in dottrina l'opinione di Cordero secondo cui il procuratore generale presso la Corte d'Appello possa esercitare l'azione penale anche al di fuori dei casi individuati dalla legge. Cfr.: CORDERO, *Procedura penale*, cit., 401.

¹⁹¹ In argomento: M. L. DI BITONTO, voce *Avocazione*, cit., 112 ss; DEAN, FONTI, voce *Archiviazione (nel nuovo codice del 1988)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. I, Torino, 2005, 50. In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. VI, 4 novembre 2002, Cocciantè, n° 18175 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

¹⁹² Sul punto: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 300.

¹⁹³ Vd. nota n° 88.

ministero di secondo grado con la conseguente necessità di individuare taluni punti fermi in letteratura. Da un lato, sarebbe insufficiente la mera constatazione della sussistenza dei presupposti indicati dalla legge. Occorre, infatti, fare un esplicito e preciso riferimento alla situazione concreta che rende necessario l'intervento del procuratore generale presso la Corte d'Appello¹⁹⁴. Dall'altro lato, l'obbligo di una puntuale motivazione ha un carattere assoluto, non relativo. In altre parole e più chiaramente, il soggetto di cui sopra è tenuto ad esplicitare le ragioni che, in quel caso specifico, lo hanno indotto ad esercitare il potere di avocazione. Il fatto che, in precedenza, egli si sia comportato, in relazione ad un fatto analogo, in modo completamente opposto non obbliga a spiegazioni di alcuna sorta¹⁹⁵. Tale assunto ha un'enorme rilevanza pratica dal momento che l'ingente carico di lavoro di cui è gravato l'ordine giudiziario porta, per forza di cose, a dover attuare delle scelte non di rado discordi tra loro.

Il fatto che l'atto sia motivato rende possibile un sindacato circa la legittimità dell'esercizio del potere di avocazione. Difatti, ai sensi dell'articolo 70 comma 6 dell'ordinamento giudiziario, copia del provvedimento con cui il pubblico ministero di secondo grado dispone l'avocazione delle indagini preliminari deve essere trasmesso al Consiglio Superiore di Magistratura ed al pubblico ministero interessato da esso. Quest'ultimo, alla luce di quanto dispone il successivo comma 6 bis, può, entro 10 giorni dalla ricezione dell'atto in questione, proporre reclamo adendo il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione. È, tuttavia, importante segnalare che l'eventuale annullamento del provvedimento di avocazione non ha conseguenze sul procedimento penale in corso: la validità degli atti posti in essere dal procuratore generale presso la Corte d'Appello non è minimamente inficiata dall'esito del procedimento di reclamo di cui sopra¹⁹⁶.

Tratteggiati i lineamenti generali dell'istituto, è possibile muovere lo sguardo sui casi di avocazione previsti dall'articolo 412 c.p.p.

¹⁹⁴ Cfr. M. L. DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, cit., 93.

¹⁹⁵ Sul punto: C. ANGELILLIS, *L'istituto dell'avocazione: prassi applicative e questioni aperte in Questione giustizia: bimestrale promosso da Magistratura Democratica*, 2017, 5.

¹⁹⁶ Cfr.: M. L. DI BITONTO, voce *Avocazione*, cit., 116.

5.2 L'avocazione obbligatoria.

Ai sensi dell'articolo 412 comma 1 del codice di rito, il procuratore generale presso la Corte d'Appello procede con l'avocazione ogni qualvolta il pubblico ministero, trascorso il tempo massimo per le indagini preliminari¹⁹⁷, non abbia assunto alcuna determinazione in materia di azione penale. Se ne deduce, dunque, che all'origine vi è un comportamento inerte dell'organo dell'accusa senza che assuma rilievo la ragione di tale condotta omissiva: difatti, sussiste una presunzione assoluta di necessità dell'intervento del procuratore generale presso la Corte d'Appello¹⁹⁸.

Solitamente si intende riferirsi a tale disposizione impiegando l'espressione avocazione obbligatoria. Difatti, almeno da un punto di vista teorico, due sembrano essere gli elementi che escludono ogni profilo di discrezionalità in capo al pubblico ministero di secondo grado: da un lato, la scelta del legislatore di impiegare il verbo disporre all'indicativo¹⁹⁹; dall'altro lato il fatto che il presupposto dell'avocazione abbia natura oggettiva²⁰⁰. Se ciò è vero, non si comprende il motivo per cui non sia prevista alcuna sanzione per il procuratore generale presso la Corte d'Appello che omette di avocare le indagini pur in presenza delle condizioni di legge. Comunque, perché l'assolvimento di tale obbligo possa dirsi esigibile, è fondamentale che vi siano degli efficienti canali di comunicazione tra il pubblico ministero di primo e secondo grado²⁰¹.

Fino all'ultimo intervento legislativo, la più volte citata l. 103/2017, disciplinava tale materia esclusivamente l'articolo 127 disp. att. coord. Tale disposizione prescrive che il pubblico ministero trasmetta, con cadenza settimanale, l'elenco delle notizie di reato in relazione alle quali egli non abbia tempestivamente assunto determinazioni. Ebbene, con la legge di cui sopra, è stato introdotto, al comma 3 bis dell'articolo 407 c.p.p., un obbligo informativo di analogia portata. Sebbene possa sorgere qualche dubbio sulla permanenza in vigore dell'articolo 127

¹⁹⁷ Per la nuova disciplina in materia si rinvia alla nota n°170.

¹⁹⁸ Cfr. L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 304 ss. Nel senso che l'attuale fisionomia dell'attività investigativa non consenta alcuna inerzia da parte del pubblico ministero: M. L. DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, cit., 33 ss.

¹⁹⁹ In argomento: ID., voce *Avocazione*, cit., 114.

²⁰⁰ Sul punto: M. M. MONACO, voce *Avocazione delle indagini* in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, Utet Giuridica, Torino, 2010, 64; DEAN, FONTI, voce *Archiviazione (nel nuovo codice del 1988)*, cit., 49.

²⁰¹ Ne pone in luce le insufficienze: C. ANGELILLIS, *L'istituto dell'avocazione: prassi applicative e questioni aperte*, cit., 5 ss.

disp.att.coord, sembra preferibile l'opinione opposta. Difatti, come ha segnalato autorevole dottrina, l'articolo 407 c.p.p. è una disposizione di una certa vaghezza ed ha dunque bisogno di una norma attuativa che ne specifichi compiutamente il contenuto²⁰². Il procuratore generale, reso edotto della situazione di stallo in cui versa il procedimento penale ed emanato il decreto di avocazione, ha a disposizione trenta giorni per svolgere le indagini necessarie e formulare le proprie richieste²⁰³. Sebbene non vi sia un consenso sul punto in letteratura, sembra preferibile ritenere il termine di cui sopra di natura ordinatoria: si potrebbe difatti affermare, in assonanza con quanto a suo tempo affermato in relazione al pubblico ministero di primo grado, che ad essere limitato temporalmente è soltanto il potere investigativo²⁰⁴. A tal proposito, non sembrano esservi dubbi circa il fatto che una richiesta di archiviazione tardiva del pubblico ministero di primo grado non abbia un effetto estintivo sul potere, in capo al procuratore generale presso la Corte d'Appello, di avocare le indagini preliminari. Difatti può/deve essere esercitato fino a quando il procedimento di archiviazione non sia stato definito²⁰⁵. Interrogativi di maggior peso si presentano nel caso in cui il pubblico ministero di primo grado, prima che intervenisse il decreto di avocazione, abbia compiuto degli atti indagine fuori tempo massimo. Stante la perentoria formulazione letterale dell'articolo 407 comma 3 c.p.p., si dovrebbero ritenere tali atti inutilizzabili²⁰⁶. Tuttavia, come si è fatto notare in letteratura²⁰⁷, è molto concreto il rischio di atteggiamenti strumentali da parte del pubblico ministero di primo grado.

Dall'altra parte, ai sensi dell'articolo 413 c.p.p., l'intervento del pubblico ministero di secondo grado può essere sollecitato dalla persona offesa dal reato e dalla persona sottoposta alle indagini. Tuttavia, in tal caso, il termine di trenta giorni di cui sopra inizia a decorrere dalla data di presentazione della richiesta. Tale previsione è stata oggetto di apprezzamenti in dottrina per il suo attribuire un ruolo attivo a soggetti

²⁰² L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 607.

²⁰³ In senso critico: M. M. MONACO, voce *Avocazione delle indagini*, cit., 67.

²⁰⁴ Nel senso che il pubblico ministero di secondo grado possa assumere le proprie determinazioni anche oltre il termine di 30 giorni: A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 719. In totale disaccordo: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 312.

²⁰⁵ In argomento: G. GIOSTRA, voce *Archiviazione* cit., 6; M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione* cit., 72; DEAN, FONTI, voce *Archiviazione (nel nuovo codice del 1988)*, cit., 42.

²⁰⁶ Vd. Cass. pen., Sez. III, 19 novembre 1992, De Laurenti, in *Foro italiano*.

²⁰⁷ G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 53 s.

che, per motivi distinti, sono interessati a che la fase d'indagini sia definita in tempi rapidi²⁰⁸.

Per concludere, non resta che dedicare alcune riflessioni sull'effettiva applicazione della disciplina nella realtà quotidiana della giustizia italiana. Difatti, l'esiguità di mezzi e personale di cui soffrono gli uffici del pubblico ministero di secondo grado impedisce che si possa far largo uso dello strumento dell'avocazione²⁰⁹. In secondo luogo, se si disponesse l'avocazione per ogni caso di ritardo del pubblico ministero nell'assumere determinazioni in materia di azione penale, tale istituto si tramuterebbe da regola ad eccezione²¹⁰. Per tale motivo una pronuncia della giurisprudenza di legittimità²¹¹ ed una risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura²¹² si riferiscono all'avocazione in termini di mero potere escludendo ogni forma di automatismo applicativo²¹³.

5.3 L'avocazione facoltativa.

Per quanto concerne, invece, la seconda ipotesi di avocazione delle indagini preliminari, è necessario un richiamo a quanto solamente accennato in precedenza. Esponendo la procedura camerale di archiviazione²¹⁴, si è fatto riferimento alla necessità che della fissazione dell'udienza fosse reso edotto anche il procuratore generale presso la Corte d'Appello²¹⁵. Tale adempimento consente a quest'ultimo,

²⁰⁸ Così: G. DEAN - A. V. SEGHETTI, voce *Avocazione delle indagini preliminari* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 1992, 483.

²⁰⁹ Nel senso che la recente riforma legislativa in materia di avocazione non sarà particolarmente efficace: L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza*, cit., 2018.

²¹⁰ In argomento: C. ANGELILLIS, *L'istituto dell'avocazione: prassi applicative e questioni aperte*, cit., 3. A scopo esemplificativo, l'Autore, a pagina 5 del medesimo elaborato, segnala come, nel solo distretto di Corte d'Appello di Brescia, sono oltre 60.000 i procedimenti che richiederebbero l'avocazione.

²¹¹ Vd. Cass. pen., Sez. VI, 9 maggio 2009, n°19833 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

²¹² Vd. Risoluzione del 16 maggio 2018: Nuova disciplina dell'avocazione ex artt. 412 e 407 co. 3 bis c.p.p. Risoluzione in attuazione dell'art. 21 della circolare sulle Procure: profili ordinamentali, assetti degli uffici requirenti e misure organizzative.

²¹³ Per quanto sia evidente la distanza di tale opzione interpretativa dalla formulazione letterale della norma letterale, non può trascurarsi il fatto che, diversamente opinando, il pubblico ministero di primo grado potrebbe essere costretto, per evitare l'avocazione delle indagini, a conclusioni affrettate e prive di solidi elementi a suo sostegno. Sul punto: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 308.

²¹⁴ Vd. *supra*: 3.3.

²¹⁵ Nel senso che l'ordinanza d'archiviazione sia affetta da nullità nel caso in cui sia stata omessa la comunicazione al pubblico ministero di secondo grado: Cass. pen., Sez. VI, 29 maggio 2002, in *Foro italiano*. In senso opposto: Cass. pen., Sez. IV, 15 aprile 2008, n° 40890 Alberighi in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

ai sensi dell'articolo 412 comma 2 c.p.p., di disporre l'avocazione delle indagini²¹⁶. Ciò premesso, sono molteplici gli aspetti problematici di tale norma.

In primo luogo, per dissipare sospetti di illegittimità costituzionale²¹⁷ è necessaria la presenza di un comportamento inerte del pubblico ministero. Tuttavia, se con riferimento all'ipotesi dell'avocazione obbligatoria si era evidenziato un comportamento meramente omissivo del pubblico ministero, in questo caso occorre attribuire al termine inerzia un altro significato. Difatti, in dottrina e giurisprudenza si concorda su fatto che il procuratore generale presso la Corte d'Appello, di fronte ad una richiesta di archiviazione presentata tempestivamente²¹⁸, possa sindacare l'esaustività delle indagini e la corretta valutazione, da parte del pubblico ministero, delle relative risultanze²¹⁹. Non sempre la fissazione dell'udienza camerale rende necessario un intervento del pubblico ministero di secondo grado e per questo motivo si definisce il controllo di tale soggetto come meramente eventuale²²⁰.

Inoltre, il fatto che il legislatore ordinario non abbia in alcun modo specificato i criteri decisionali che possano orientare determinare l'esercizio o meno del potere di avocazione indica molto chiaramente il carattere facoltativo dell'istituto in commento²²¹. Tuttavia, sebbene sia singolare che si tuteli il principio di obbligatorietà dell'azione penale con un tale strumento, non esistono motivi per dubitare della sua legittimità costituzionale. Difatti, da un lato, si è già avuto modo di indicare come il principio di cui all'articolo 112 non ponga al bando qualunque profilo di discrezionalità²²². Dall'altro lato, l'obbligo, in capo al pubblico ministero di secondo grado, di disporre l'avocazione ogni volta si celebri l'udienza camerale

²¹⁶ Per una precisa analisi delle varie prassi adottate, nei diversi uffici giudiziari, per aumentare la precisione di tale comunicazione e rendere maggiormente agevole l'esercizio del potere di avocazione: C. ANGELILLIS, *L'istituto dell'avocazione: prassi applicative e questioni aperte*, cit., 4.

²¹⁷ Vd. l'articolo 2 comma 1 n°43 della legge n°81/1987 con cui il legislatore delegante ha previsto in modo inequivoco che il procuratore generale presso la Corte d'Appello possa procedere con l'avocazione solo in caso d'inerzia del pubblico ministero.

²¹⁸ Altrimenti ci troveremmo nel campo d'applicazione del primo comma dell'articolo 412 c.p.p. Sul punto: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 316.

²¹⁹ In argomento: L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 608 s.; DEAN, FONTI, voce *Archiviazione (nel nuovo codice del 1988)*, cit., 49; G. DEAN - A. V. SEGHETTI, voce *Avocazione delle indagini preliminari*, cit., 482. In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. I, 11 gennaio 1991, Agnolucci, in *Cass. pen.*, 1991, II, 251; Corte Cost. n°253/1991 in <https://www.giurcost.org/>.

²²⁰ Cfr. M. L. DI BITONTO, voce *Avocazione*, cit., 121; M. M. MONACO, voce *Avocazione delle indagini*, cit., 67.

²²¹ Così: M. L. DI BITONTO, voce *Avocazione*, cit., 115.

²²² Vd. *supra*: Cap. I. 4.

sarebbe inesigibile²²³ e talvolta, in base a quanto appena visto, privo di fondamento. Data quindi la natura altamente discrezionale del provvedimento in questione, si ritiene che esso debba assumere la veste del decreto motivato²²⁴. Difatti, sarebbe difficilmente giustificabile se un obbligo motivazionale fosse previsto solo in relazione alle ipotesi in cui l'esercizio del potere è più vincolato e dunque più prevedibile.

Mutando argomento, si è già anticipato che, con l'esercizio del potere in commento, il soggetto avocante si sostituisce, in tutto e per tutto, al soggetto avvocato²²⁵. Un dubbio, in quest'ambito, concerne la possibilità per il procuratore generale presso la Corte d'Appello di revocare la richiesta di archiviazione presentata in precedenza dal pubblico ministero. Per quanto il silenzio normativo sul punto possa far sorgere dei dubbi, appare preferibile esprimersi in senso positivo. Difatti, attribuire ad un soggetto un potere di controllo sarebbe inefficace se, insieme ad esso, non si riconoscesse un potere di correzione delle determinazioni ritenute errate²²⁶. Ne deriva che il giudice per le indagini preliminari, a fronte di una richiesta di restituzione degli atti da parte del pubblico ministero di secondo grado, non può, a pena di abnormità, disporre l'archiviazione²²⁷. Infine, non è da escludere che il procuratore generale presso la Corte d'Appello, all'esito di un'eventuale attività d'indagine suppletiva, si convinca anch'esso della non necessità dell'esercizio dell'azione penale. In tal caso il quesito è se il giudice per le indagini preliminari

²²³ In argomento: M. L. DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, cit., 59.

²²⁴ Sul punto: G. DEAN - A. V. SEGHETTI, voce *Avocazione delle indagini preliminari*, cit., 482.

²²⁵ Vd. *supra*: 5.1.

²²⁶ Cfr.: D. CULTRERA, *Avocazione delle indagini preliminari e revoca della richiesta di archiviazione* in *Cassazione Penale*, fasc. I, 2005, 86. Nel senso che l'avocazione delle indagini preliminari abbia la funzione di prevenire l'emanazione, da parte del giudice per le indagini preliminari, delle ordinanze di cui all'articolo 409 comma 4 e 5: V. GREVI, *L'archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1304.

²²⁷ Vd. in giurisprudenza: Cass. pen., Sez. V, 11 gennaio 1991, Agnolucci, in *Cass. pen.*, 1991, II, 251; Cass. pen., Sez. VI, 3 febbraio 2000, Chiappa in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Cass. pen., Sez. VI, 9 marzo 2000, in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. VI, 10 marzo 2003, n° 19052, Riccio in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>. In dottrina: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 322; M. L. DI BITONTO, voce *Avocazione* in *Enc. Dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, 125. In senso difforme: M. L. DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, cit., 104 ss. In quest'ultimo elaborato, l'Autrice suggerisce, come soluzione alternativa, di non fare ricorso alla categoria dell'abnormità e ritiene possibile, in tal caso, un successivo esercizio dell'azione penale senza che sia necessaria l'autorizzazione di cui all'articolo 414 c.p.p.

sia o meno obbligato a disporre l'archiviazione. Sul punto, una pluralità di autori²²⁸, supportati da una parte della giurisprudenza²²⁹, si esprimono in senso positivo. Da un lato, infatti, che anche il procuratore generale presso la Corte d'Appello sia giunto alle medesime conclusioni del pubblico ministero rassicura sulla legittimità della definizione anticipata del procedimento penale. Dall'altro lato, nulla vieta che, esperita la procedura che vedremo a breve, si riaprano le indagini in relazione a quel determinato fatto storico.

6. La riapertura delle indagini: due esigenze in contrasto tra loro

Finora si è esposta la procedura che conduce all'emanazione di un provvedimento di archiviazione. A questo punto, occorre chiedersi se ed a che condizioni sia possibile una riapertura delle indagini. A tale problematica il legislatore delegato, dando seguito alle indicazioni contenute nella legge delega²³⁰, in verità ha fornito, con l'articolo 414 c.p.p., risposte soltanto parziali²³¹.

Tuttavia, in tale sede ciò che importa è segnalare quanto fosse arduo il compito che attendeva il legislatore: difatti, alla base di tale disciplina si intravede un equilibrio la cui fragilità deriva dalla necessità di contemperare delle esigenze che, per quanto tutte di valido fondamento, risultano a prima vista inconciliabili.

Da un lato, l'articolo 112 Cost, sebbene sia da negare che tracci una relazione binaria tra la ricezione di una *notitia criminis* e la celebrazione di un processo²³², sarebbe stato scarsamente compatibile con un perpetuo divieto di svolgere indagini in capo all'organo dell'accusa²³³.

²²⁸ In argomento: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 323 s.; V. GREVI, *L'archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1305.

²²⁹ Vd.: Cass. pen., Sez. I, 24 ottobre 1995, Laureti in *Foro Italiano*. Nel senso che, invece, il giudice predibattimentale possa imporre al pubblico ministero di secondo grado la formulazione dell'imputazione: Cass. pen., Sez. I, 26 settembre 1991, Angrisani in *Foro Italiano*.

²³⁰ Cfr. articolo 2 comma 1 n°56 l. 81/1987 in cui fa riferimento alla necessità che il legislatore delegato preveda « i presupposti per l'esercizio dell'azione penale per fatti precedentemente oggetto di provvedimento di archiviazione ».

²³¹ Nel senso che la norma si contraddistingua per «una sciatta lacunosità»: G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 94.

²³² Vd. *supra*: 1.

²³³ Nel senso che, mediante la riapertura delle indagini, si assicuri l'interesse pubblico al promovimento dell'azione penale: Cass. pen., Sez. Un., 6 novembre 1992, n° 17, Bernini, in *Foro italiano*.

Dall'altro lato, non limitare in alcun modo il potere investigativo del pubblico ministero, a fronte di un provvedimento di archiviazione, non poteva essere un'opzione da prendere seriamente in considerazione. In primo luogo, come autorevolmente segnalato in dottrina, non avrebbe avuto senso imporre stringenti limiti temporali all'attività investigativa per poi consentire all'organo dell'accusa una loro facile elusione chiedendo l'archiviazione e riaprendo subito dopo una nuova fase di indagine²³⁴. Inoltre, non può negarsi che sarebbe alquanto iniquo se un privato cittadino, già oggetto di una più o meno approfondita ed incisiva attività d'indagine²³⁵, riacquisisse lo *status* di persona indagata in assenza di una valevole ragione. A tale aspetto si fa riferimento quando si evidenzia la funzione dell'istituto in commento di tutelare un soggetto di fronte a reiterate iniziative da parte dell'organo dell'accusa²³⁶.

Fornite tali informazioni di contesto, è possibile dedicarsi alla trattazione dell'articolo 414 c.p.p. soffermandosi sugli interrogativi ermeneutici che una norma di compromesso inevitabilmente cela.

6.1 La disciplina codicistica della riapertura delle indagini

Passando dunque ad esaminare come l'ordinamento penale tratti il tema della riapertura delle indagini, il punto di partenza non può che essere l'articolo 414 dell'attuale codice di rito. Ai sensi di tale disposizione, difatti, una nuova fase investigativa, in relazione ad un fatto già oggetto di un provvedimento di archiviazione, può aprirsi solamente in seguito ad un'autorizzazione *ad hoc* del giudice dibattimentale²³⁷. Tale atto, necessariamente un decreto motivato, è sempre

²³⁴ In argomento: L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 609; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 95; T. CAVALLARO, voce *Riapertura delle indagini preliminari* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 2005, 1. In senso contrario: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 326. Secondo tale Autore, l'articolo 414 c.p.p. sarebbe finalizzato a stemperare l'eccessivo rigore che contraddistingue la disciplina della durata massima delle indagini preliminari.

²³⁵ Si rinvia alla nota 13

²³⁶ Sul punto: DEAN, FONTI, voce *Archiviazione (nel nuovo codice del 1988)*, cit., 54; A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 727; R. KOSTORIS, voce *Riapertura delle indagini*, cit., 353.

²³⁷ Nel senso che da ciò si dedurrebbe una forza preclusiva, seppur limitata, in capo al provvedimento di archiviazione: T. CAVALLARO, voce *Riapertura delle indagini preliminari*, cit., 1; A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto* cit., 2744; R. KOSTORIS, voce *Riapertura delle indagini*, cit., 356.

preceduto da un'esplicita richiesta da parte dell'organo dell'accusa. In altre parole, non sussiste in capo al giudice per le indagini preliminari alcun potere di revocare *ex officio* il provvedimento di archiviazione precedentemente emanato²³⁸. In aggiunta, si deve negare, in quest'ambito, ogni posizione di rilievo in capo alla persona offesa: essa, difatti, può esclusivamente esortare il pubblico ministero a chiedere la riapertura delle indagini²³⁹.

Per quanto riguarda, invece, quali siano gli elementi in presenza dei quali diviene necessaria l'autorizzazione giudiziale per riaprire le indagini, la norma si limita a fare riferimento ad un «*provvedimento di archiviazione emesso a norma degli articoli precedenti*»²⁴⁰ e ad una generica «*esigenza di nuove investigazioni*».

Con riferimento al primo elemento, il tenore letterale della disposizione suggerisce che essa possa avere una portata universale. Tuttavia, più di qualche dubbio è sorto in dottrina sull'applicabilità dell'articolo in commento nel caso in cui sia stata disposta l'archiviazione per la mancanza di una condizione di procedibilità, per essere il reato estinto o il fatto non previsto dalla legge come reato. Nel primo caso, infatti, il pubblico ministero, ai sensi dell'articolo 345 c.p.p., può, sopravvenuta la condizione di cui sopra o avendo una diversa qualificazione giuridica del fatto mutato il regime di procedibilità, esercitare l'azione penale non trovando

Nega tale parallelismo: E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 761. Critica aspramente tale opzione legislativa: CORDERO, *Procedura penale*, cit., 434. Secondo tale Autore, alla base della disciplina in commento vi sarebbe l'erronea equiparazione di due manifestazioni di volontà, in realtà, molto dissimili tra loro: la richiesta di archiviazione e l'intenzione di tornare ad indagare.

²³⁸ In giurisprudenza: Corte Cost. n°270/1992 in www.cortecostituzionale.it in cui si è ritenuto pienamente conforme a Costituzione che non sia consentito al giudice predibattimentale di ordinare la riapertura delle indagini; Sentenza della Corte Cost. n° 455/1994 in www.cortecostituzionale.it in cui si nega che il giudice, concessa l'autorizzazione per la riapertura delle indagini, si trovi in uno stato d'incompatibilità; Sentenza della Corte di Cassazione, Sezione VI, 25 gennaio 2011, n°3414. In dottrina, *ex multis*: N. GALANTINI, voce *Riapertura delle indagini preliminari* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 1997, 1; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 95 s. In senso opposto: Cass. pen., Sez. V, 28 settembre 2010, n°45161 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; GIP Pretura di Verona, 11 maggio 1991, Trevenzoli, in *Foro italiano*.

²³⁹ Vd. Sentenza della Corte di Cassazione, Sezione VI, 26 settembre 1996, Sancin in *Foro italiano*. Nel senso che, in caso di inerzia del pubblico ministero di fronte all'istanza della persona offesa, non sia possibile un'avocazione delle indagini del pubblico ministero si può richiamare la sentenza con cui si sancisce il principio di tassatività dei casi di avocazione: Cass. pen., Sez. IV, 4 novembre 2002, Cocciantè, n°18175 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

²⁴⁰ Nel senso che debba trattarsi di un provvedimento d'archiviazione, a nulla rilevando che se si presenti come un decreto o come un'ordinanza, di carattere definitivo: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, Giuffrè, Milano, 2005, 333.

applicazione il principio del *ne bis in idem*²⁴¹. Se ciò è vero, è da escludersi che l'organo dell'accusa abbia bisogno di un'autorizzazione giudiziale per espletare gli atti d'indagine funzionali alla formulazione dell'imputazione²⁴². Con riguardo, invece, al caso dell'archiviazione per estinzione del reato o per non mancata definizione del fatto come reato, si ritiene applicabile la procedura in commento solo qualora l'obiettivo sia una diversa qualificazione giuridica del fatto che precluda l'utilizzo di tali formule archiviate²⁴³.

Con riferimento all'esigenza di nuove investigazioni, essa rappresenta l'elemento della norma su cui maggiormente si è concentrato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Nella Relazione al progetto preliminare si afferma la possibilità che le indagini siano riaperte « *anche quando non siano emersi nuovi elementi e l'organo dell'accusa si limiti a prospettare al giudice un nuovo piano di indagine che può scaturire dalla diversa interpretazione degli elementi già acquisiti*»²⁴⁴. Tuttavia, nonostante non siano mancate in dottrina e giurisprudenza voci dissenzienti²⁴⁵, si preferisce non adottare tale opzione ermeneutica. Essa, probabilmente, amplierebbe eccessivamente l'ambito di applicazione di tale istituto tramutandolo in qualcosa di simile ad una rimessione in termine in favore dell'accusa²⁴⁶. Chiarito, dunque, che sia necessario un qualche elemento di novità, un *quid novi*, perché il giudice per le indagini preliminari possa disporre la riapertura delle indagini, ciò non significa che occorra l'emersione di ulteriori fonti

²⁴¹ P. MOSCARINI, *Il titolo dell'esecuzione penale* in P. BALDUCCI- A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2020, 29 s.

²⁴² In argomento: N. GALANTINI, voce *Riapertura delle indagini preliminari*, cit., 4; T. CAVALLARO, voce *Riapertura delle indagini preliminari*, cit., 5 s.; G. DEAN, R. FONTI, voce *Archiviazione (nel nuovo codice del 1988)*, cit., 54. In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. IV, 7 febbraio 2007, Laupp in *Foro italiano*.

²⁴³ Sul punto: G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 92 s. Per un'opinione discordante: R. KOSTORIS, voce *Riapertura delle indagini*, cit., 352. Secondo tale Autore, l'articolo 129 c.p.p. osterebbe a che, verificatasi una causa d'estinzione del reato, possa esservi un seguito di tipo processuale.

²⁴⁴ Cfr. Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale, in Gazz. Uff., 24 ottobre 1988, n. 250, 101.

²⁴⁵ Nel senso che sia possibile la riapertura delle indagini in caso di quadro investigativo rimasto invariato: F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 439. In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. V, 1 ottobre 2002, n° 32793, in *Foro italiano*.

²⁴⁶ In argomento: N. GALANTINI, voce *Riapertura delle indagini preliminari*, cit., 3; G. DEAN, R. FONTI, voce *Archiviazione (nel nuovo codice del 1988)*, cit., 54; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 96.

di prova²⁴⁷. In primo luogo, ogni volta che il legislatore ordinario ha voluto far riferimento a tali elementi si è espresso esplicitamente in tal senso. In secondo luogo, non deve dimenticarsi che l'arricchimento del quadro probatorio può essere un obiettivo da perseguire e non il presupposto per tornare ad indagare²⁴⁸. Ad ogni modo, tali elementi, non necessariamente nuove fonti di prova, devono poter porre in discussione la precedente valutazione d'insostenibilità dell'accusa in giudizio²⁴⁹. Assumendo il punto di vista del giudice per le indagini preliminari, egli dovrebbe autorizzare la riapertura delle indagini tutte le volte che gli elementi a lui presentati, se conosciuti in precedenza, lo avrebbero portato a disporre, *ex* articolo 409 comma 4 c.p.p., le indagini coatte²⁵⁰.

Tuttavia, esistono anche degli elementi che, sebbene non siano menzionati dal testo della norma, sono definiti in dottrina come presupposti impliciti dell'istituto in commento²⁵¹. Essi sono l'identità del procedimento e la medesimezza degli uffici giudiziari che interagiscono tra di loro. Per quanto riguarda il primo elemento, è abbastanza pacifico che non sia precluso per il pubblico ministero esercitare l'azione, in assenza dell'autorizzazione *de qua*, in relazione ad un fatto autonomo dal punto di vista penalistico²⁵². Maggiori dubbi si presentano nel momento di comprendere cosa s'intenda con tale espressione. Attualmente l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale con maggior seguito è nel senso di porre al centro dell'analisi il fatto criminoso: due procedimenti possono essere definiti identici quando coincidono il soggetto che si ritiene abbia commesso il fatto, la condotta, l'evento eventualmente presente ed il relativo nesso causale²⁵³. Dall'altro lato, a

²⁴⁷ L'espressione è da intendersi in senso atecnico in quanto ci si trova ancora in una fase predibattimentale

²⁴⁸ Sul punto, anche in riferimento al capoverso precedente: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 348 s.

²⁴⁹ Cfr.; T. CAVALLARO, voce *Riapertura delle indagini preliminari* cit., 2; M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., 61; R. KOSTORIS, voce *Riapertura delle indagini*, cit., 353. Quest'ultimo Autore, tuttavia, evidenzia il rischio che si assottiglino eccessivamente le differenze tra la richiesta di rinvio a giudizio e la richiesta di riapertura delle indagini.

²⁵⁰ Così: G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 97; : N. GALANTINI, voce *Riapertura delle indagini preliminari*, cit., 4.

²⁵¹ In argomento: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 334 ss.;

²⁵² Sul punto: A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 727.

²⁵³ Sull'argomento L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 335; T. CAVALLARO, voce *Riapertura delle indagini preliminari*, cit., 3. In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. I, 2 maggio 1996, n° 2948, Carfora in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Cass. pen., Sez. I, 6 giugno 1996, Morici in *Foro italiano*; Cass. pen. Sez. VI, 14 febbraio 1997, Zagari *ivi*; Cass. pen., Sez. I, 18 ottobre 2000, n° 12101, Sampugna in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>. In senso

sostegno della tesi che l'efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione limiti soltanto il raggio d'azione del pubblico ministero che l'ha richiesto ed il giudice per le indagini preliminari che lo ha emanato²⁵⁴ possono addursi due argomenti: il decreto con cui si dispone la riapertura delle indagini, vanificando il precedente provvedimento di archiviazione, ha delle marcate analogie con un provvedimento di revoca ed è dunque consequenziale che a provvedervi debba essere il giudice che lo ha materialmente redatto²⁵⁵; se è vero che l'emanazione del provvedimento di archiviazione ha un effetto estintivo sui poteri procedimentali del pubblico ministero, è logico desumere che tale effetto non possa prodursi in relazione a chi non ha esercitato alcun potere²⁵⁶.

Il giudice per le indagini preliminari delibera, con decreto motivato, sulla riapertura o meno delle indagini in assenza di contraddittorio. Difatti, non è previsto che il soggetto in precedenza sottoposto alle indagini possa far valere le proprie ragioni ed autorevole dottrina ha manifestato, in relazione a ciò, le proprie perplessità²⁵⁷. Alla base di tale opzione legislativa vi è la seguente intenzione: assicurare che il supplemento investigativo abbia un fruttuoso esito. Tuttavia, nel caso di disposizione di indagini coatte *ex* articolo 409 comma 4 c.p.p., la scelta del legislatore è stata diversa e tale differenza di trattamento non sembra avere delle valide giustificazioni²⁵⁸. Allo stesso modo, non risulta dal testo normativo che il soggetto nei cui confronti sono riaperte le indagini debba esserne reso edotto²⁵⁹.

contrario: Cass. pen., Sez. VI, 3 giugno 1997, Teruzzi in *Foro italiano*; Cass. pen. Sez. V, 5 ottobre 1999, n° 12893 Calvisi in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>. In queste ultime pronunce si afferma che ad essere rilevante, per l'applicabilità o meno dell'articolo 414 c.p.p., è la notizia di reato e non il fatto criminoso

²⁵⁴ Vd: Cass. pen., Sez. VI, 5 agosto 1997, n° 3156 Audino in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Cass. pen., Sez. IV, 18 dicembre 1998, Bruno in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. Un., 22 marzo 2000, n° 9, Finocchiaro, in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>. Si precisa, comunque, che la relazione d'identità è da intendersi a livello di uffici giudiziari e non a livello soggettivo.

²⁵⁵ Vd.: Cass. pen., Sez. VI, 12 luglio 1996, n° 8511, Taglieri in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>

²⁵⁶ Sul punto, anche in relazione al passaggio precedente: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 336 s.; G. DEAN, R. FONTI, voce *Archiviazione (nel nuovo codice del 1988)*, cit., 55;

²⁵⁷ Nel senso che tale previsione, prima che non condivisibile, sia iniqua: F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 437.

²⁵⁸ Per un'opinione critica circa tale caso di mancanza di coerenza legislativa: G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 97; R. KOSTORIS, voce *Riapertura delle indagini*, cit., 354.

²⁵⁹ Cfr.: E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 762. Esprimono preoccupazione, tenendo conto dell'attuale disciplina in materia di informazione di garanzia: vd. nota precedente. Ritiene, invece, che esso sia un « prezzo da pagare,

Inoltre, si ritiene che non sia possibile impugnare il decreto motivato di cui sopra in quanto a ciò osterebbe il principio di tassatività delle impugnazioni di cui all'articolo 568 c.p.p. e delle nullità di cui all'articolo 177 c.p.p.²⁶⁰. Anche la possibilità di ricorrere alla categoria dell'abnormità sembra essere escluso. Come ha recentemente ricordato la Corte di Cassazione²⁶¹, può, infatti, essere definito abnorme soltanto l'atto adottato in assenza di alcun potere oppure che cagioni un irrimediabile stasi procedimentale. Subordinare, difatti, lo svolgimento di una serie di attività procedurali alla concessione di un'autorizzazione da parte di un giudice implica la possibilità per quest'ultimo di rigettare la richiesta di riapertura delle indagini²⁶²; in aggiunta, al fine di evitare definitivi divieti d'indagine, si ritiene che il pubblico ministero possa reiterare la richiesta di riapertura delle indagini²⁶³.

Ottenuta l'autorizzazione, il pubblico ministero procede con una nuova iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro avendo, in tal modo, inizio un nuovo procedimento penale con decorrenza *ex novo* dei termini di durata massima delle indagini preliminari²⁶⁴. Tuttavia, per quanto il procedimento archiviato e quello che ha appena avuto origine siano formalmente ben distinti, la giurisprudenza ritiene che debbano essere intesi come un *unicum*²⁶⁵.

Infine, non rimane che riflettere su cosa avvenga nel caso in cui il pubblico ministero eserciti l'azione in assenza della rituale autorizzazione. Fermo restando che sia necessario un qualche tipo di sanzione ed essendo insufficiente un rimedio

se si vogliono garantire più generali esigenze di sistema, peraltro sottoposte al vaglio e al prudente apprezzamento di un giudice terzo, indipendente e imparziale»: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 333.

²⁶⁰ In argomento: T. CAVALLARO, voce *Riapertura delle indagini preliminari* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 2005, 4; E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 761. Individua come eccezione il caso in cui vi sia stata una violazione del principio della domanda: A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 728. In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. V, 26 giugno 2008, Lerda in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Cass. pen., Sez. VI, 12 giugno 2001, Cuomo in *Foro italiano*. A rigore, il decreto di riapertura delle indagini potrebbe essere dichiarato nullo e quindi impugnabile se fosse mancante la motivazione. Tuttavia, non sembra un qualcosa che possa verificarsi frequentemente.

²⁶¹ Vd.: Cass. pen., Sez. I, 29 maggio 2018, n°29562 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

²⁶² Vd.: Cass. pen., Sez. I, 1 giugno 1990, Vianello in *Foro italiano*. In senso opposto: Cass. pen., Sez. II, 5 febbraio 1991, Ventrilla, in *Rivista penale*, 1992, 82 ss.

²⁶³ L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 360.

²⁶⁴ Sul punto, evidenziando la differenza di trattamento rispetto al caso della revoca della sentenza di non luogo a procedere: R. KOSTORIS, voce *Riapertura delle indagini*, cit., 355; N. GALANTINI, voce *Riapertura delle indagini preliminari*, cit., 1

²⁶⁵ Vd.: Cass. pen., Sez. VI, 16 ottobre 1995, Pulvirenti, in *Cass. pen.*, 1997, 1436; Cass. pen., Sez. I, 30 ottobre 1996, Ligato in *Foro italiano*.

meramente disciplinare sulla base dell'articolo 124 c.p.p., il punto di partenza non può che essere una pronuncia di capitale importanza della Corte Costituzionale: la sentenza n°27/1995. In tale sede i giudici della Consulta hanno affermato che l'autorizzazione del giudice costituisce una condizione per la legittima apertura del procedimento penale. Ne deriva, conseguentemente, che in assenza di tale elemento sia precluso, nei termini più assoluti, al pubblico ministero l'esercizio dell'azione. Sebbene non siano mancate delle voci dissenzienti²⁶⁶, la maggioranza della dottrina concorda sul punto²⁶⁷. Con riferimento, invece, ad eventuali atti d'indagine posti in essere dal pubblico ministero in assenza di autorizzazione la sanzione non può che essere l'inutilizzabilità ai sensi dell'articolo 191 c.p.p. Difatti, l'articolo 414 c.p.p., sia pur implicitamente, sancisce un divieto di svolgere indagini che può venir meno solo con l'intervento giudiziale²⁶⁸.

7. Modelli peculiari di archiviazione

Finora, con il commento e l'analisi degli articoli 408 e seguenti dell'attuale codice di rito, l'attenzione è stata focalizzata sulla disciplina, per così dire, ordinaria del procedimento di archiviazione. Tuttavia, esistono dei casi in cui non si può far a meno di apportare delle modifiche procedurali, in ragione di particolari qualità del fatto che viene in rilievo. Nelle pagine che seguiranno si tratterà del caso in cui il fatto sia di particolare tenuità o il presunto autore sia sconosciuto. Infine, un cenno sarà riservato al tema delle pseudonotizie di reato.

7.1 L'archiviazione per particolare tenuità del fatto

L'archiviazione per particolare tenuità del fatto è uno strumento che l'ordinamento ha predisposto al fine di tutelare il principio di offensività in concreto e di soddisfare

²⁶⁶ Nel senso che una tale preclusione avrebbe bisogno di una norma che la sancisca espressamente: M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., 81; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 433 ss.

²⁶⁷ G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 102; L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 372; P. MOSCARINI, *Il titolo dell'esecuzione penale*, cit., 16. In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. I, 30 aprile 1996, Zara in *Cassazione penale*, 1997, 2515; Cass. pen., Sez. III, 24 novembre 2000, Puppo in *Foro italiano*.

²⁶⁸ Sul punto: G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 103; R. KOSTORIS, voce *Riapertura delle indagini*, cit., 355.

esigenze di deflazione processuale. Essa è un'innovazione piuttosto recente: infatti ha fatto ingresso, nell'attuale codice di rito²⁶⁹, con il dl.gs 28/2015.

In realtà, la Corte Costituzionale, sin dagli ultimi decenni del secolo scorso, si era già espressa nel senso che fosse compito dei giudici assicurare che fosse rispettato, nei singoli casi, il principio di offensività²⁷⁰. Allo stesso modo, l'idea che si potessero aumentare, con finalità deflattiva, i casi di archiviazione non costituisce un'assoluta novità. Difatti, non è mancato in dottrina²⁷¹ chi ha rilevato come fosse da evitare la persecuzione ed eventualmente l'inflizione di sanzioni penali per fatti connotati da un livello minimo di rilevanza sociale. Costoro, con argomenti validi ancora oggi, negavano che un tale strumento potesse porsi in contrasto con l'articolo 112 Cost, a patto di non interpretare tale norma in modo eccessivamente rigido. Anzi, uno strumento in grado di alleggerire il carico giudiziario è in grado di garantire una migliore effettività del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

A questo punto, occorre comprendere cosa s'intenda per particolare tenuità del fatto. Essa può essere definito come una causa di esclusione della punibilità²⁷² che si verifica ogni qualvolta si realizzino le condizioni indicate dal legislatore ordinario nell'articolo 131 *bis* c.p.²⁷³. Il fatto che possa essere dichiarata in sede

²⁶⁹ Si ricordi gli interventi più risalenti nell'ambito del procedimento penale minorile e dinnanzi al giudice di pace.

²⁷⁰ Vd.: Corte Cost. n° 62/1986 in <https://www.giurcost.org/>; Corte Cost. n° 360/1995, *ivi*. In tali pronunce i giudici costituzionali tratteggiano nitidamente la differenza tra il principio di offensività in astratto ed in concreto. Il primo impone, a livello costituzionale, al legislatore di perseguire penalmente solamente condotte, in astratto, connotate da un certo disvalore: il secondo si riferisce alla necessità che la singola condotta oggetto di sindacato giudiziale abbia effettivamente leso il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice.

²⁷¹ Sul punto: I. FRIONI, *Le diverse forme di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 568 ss.; M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 123 ss. Quest'ultimo, anche facendo riferimento a discipline straniere, impiega, alla pagina 125, l'espressione «opportunità controllata»: pur escludendosi che l'organo dell'accusa sia titolare di una qualche forma di arbitrio incontrollato, il sistema assumerebbe connotati più elastici per fronteggiare con più efficace la microcriminalità. Più recentemente: F. BARDELLE, *L'archiviazione per particolare tenuità del fatto: vuoti di tutela per l'indagato* in *Questione giustizia: bimestrale promosso da Magistratura Democratica*, 2016, 1 s.

²⁷² Nel senso che, in quanto causa di esclusione della punibilità, si applichi l'articolo 59 comma 4 c.p.: A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 686. Nel senso che, in quanto norma di diritto penale sostanziale favorevole, possa essere oggetto di applicazione retroattiva: Cass. pen., Sez. III, 8 aprile 2015, Mazzarotto, n° 15449 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

²⁷³ Ai sensi di tale articolo, per il reato non deve essere prevista una pena superiore nel massimo a cinque anni; il fatto, per le modalità della condotta, l'esiguità del danno o del pericolo arrecato, deve essere di particolare tenuità ed il comportamento non deve essere abituale.

preprocessuale è una soluzione dalle marcate finalità deflattive: se si fosse comunque imposta la celebrazione del processo in relazione a tali notizie di reato esse sarebbero state in larga parte vanificate²⁷⁴. Tuttavia, desta perplessità che accertamenti sul fatto così delicati abbiano luogo in una fase procedimentale in cui, in linea di massima, non si raccolgono prove ed il cui provvedimento conclusivo non è impugnabile nel merito²⁷⁵.

Passando all'analisi degli aspetti procedurali della disciplina, le principali differenze rispetto al modello ordinario si spiegano con le particolarità della causa di non punibilità in commento. Difatti l'applicazione di tale formula archiviativa presuppone aver accertato la sussistenza del fatto, la sua commissione del fatto da parte del soggetto indagato, la mancanza di ogni causa di estinzione del reato o di altre cause di non punibilità²⁷⁶. Perciò, è previsto, nell'iter procedimentale, il coinvolgimento della persona sottoposta alle indagini²⁷⁷ oltre che, come di consueto, della persona offesa. Essi hanno diritto ad essere avvisati, senza che sia necessaria una loro richiesta in tal senso, della richiesta di archiviazione per il caso in commento. Da tale adempimento decorre un termine di dieci giorni²⁷⁸ per la presentazione dell'opposizione. L'esiguità del suddetto termine è tale che risulta fondato il rischio che non assicuri all'indagato il tempo necessario per la preparazione di una difesa appropriata ed efficace. Un rimedio per evitare profili di contrasto con l'articolo 24 Cost e con la normativa sovranazionale²⁷⁹ potrebbe essere ritenere il termine prima indicato come meramente ordinario. Nell'atto di opposizione il soggetto indagato e la persona offesa dal reato sono chiamati ad esprimere unicamente le ragioni del loro dissenso. Presentata un'opposizione da parte di tali soggetti, la procedura si articola secondo le regole ordinarie sia per

²⁷⁴ Sul punto: G. P. VOENA, *Atti*, cit., 194.

²⁷⁵ In argomento: F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto* in *Diritto Penale Contemporaneo*, n°2, 2015, 100.

²⁷⁶ Nel senso, secondo autorevole dottrina, che tale pronuncia, formalmente di archiviazione, in realtà sia avvicini molto ad un riconoscimento di responsabilità penale: G. P. VOENA, *Atti*, cit., 195.

²⁷⁷ Si ritiene che il soggetto indagato debba essere informato del suo diritto a nominare un difensore d'ufficio oppure, ove rimanga inerte, della nomina di un difensore d'ufficio. Allo stesso modo, il soggetto indagato dovrebbe essere reso edotto del fatto che il provvedimento di archiviazione potrebbe essere iscritto nel casellario giudiziale. In argomento: F. BARDELLE, *L'archiviazione per particolare tenuità del fatto: vuoti di tutela per l'indagato*, cit., 2.

²⁷⁸ Si segnala che, in tale ambito, non si applica l'aumento fino a venti o trenta giorni per le persone offese sancito dall'ultimo intervento legislativo in materia.

²⁷⁹ Ci si riferisce all'articolo 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

quanto concerne il concreto svilupparsi del contraddittorio sia per quanto riguarda i provvedimenti conclusivi²⁸⁰. Inoltre, ai sensi dell'articolo 410 *bis* comma 1 c.p.p., il decreto di archiviazione è nullo se è stato emanato in assenza dell'avviso di cui si è sopra trattato. Per gli altri casi di nullità, in assenza di un espresso richiamo a quest'ultima norma nel testo dell'articolo 411 *bis* c.p.p., se ne dovrebbe negare l'applicabilità stante il principio di tassatività delle nullità²⁸¹. Tuttavia, anche ammettendo che assuma rilievo la disciplina generale in materia, permarrebbe l'incontestabilità nel merito del provvedimento d'impugnazione e, stante la particolarità della statuizione in questione, potrebbe sostenersi la presenza di un vuoto di tutela per la persona sottoposta alle indagini²⁸².

Infine, è abbastanza pacifico in dottrina che il giudice per le indagini preliminari, ricevuta una richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto possa optare per una diversa formula archiviativa²⁸³. Maggiori cautele richiede l'ipotesi inversa: il giudice predibattimentale può disporre l'archiviazione per particolare tenuità del fatto solo qualora sia stato assicurato il diritto al contraddittorio della persona indagata²⁸⁴.

²⁸⁰ Si rinvia a 3.3. e a 3.4. Si ritiene, difatti, che sia stata una mera svista del legislatore aver inserito, nel comma 1 *bis* dell'articolo 411 c.p.p., le espressioni: « *dopo aver sentito le parti* » e « *eventualmente provvede ai sensi dell'articolo 409 commi 4 e 5* ». Sul punto: F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., 101 s.; L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 600.

²⁸¹ Per un'opinione critica: A. MARANDOLA, *Le nuove disposizioni in tema di archiviazione*, cit., 558. Nel senso che il decreto di archiviazione debba ritenersi nullo ogni volta che non sia stata rispettata la procedura prescritta dall'articolo 411 comma 1 *bis* c.p.p.: Cass. pen., Sez. V, 7 luglio 2016, n°36857 in <https://www.giurisprudenzapenale.com/>.

²⁸² In argomento: F. BARDELLE, *L'archiviazione per particolare tenuità del fatto: vuoti di tutela per l'indagato*, cit., 3.

²⁸³ Cfr.: L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare* cit., 600; F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., 102; E.A.A DEI CAS, *Sull'archiviazione per particolare tenuità del fatto in Processo penale e giustizia*, fasc. I, 2017, 2 s.

²⁸⁴ Vd. nota precedente per i riferimenti bibliografici.

7.2 L'archiviazione per essere ignoto l'autore del fatto

L'ipotesi che, all'esito di attività investigative più o meno approfondite²⁸⁵, l'organo dell'accusa non sia riuscito ad identificare il presunto autore di un certo fatto di reato è disciplinata dall'articolo 415 c.p.p.²⁸⁶.

L'eccentricità di tale caso comporta necessariamente delle deviazioni rispetto alla disciplina ordinaria²⁸⁷. Tuttavia, il legislatore ha cercato di garantire, nei limiti del possibile, una certa uniformità: difatti, ai sensi del terzo comma dell'articolo 415 c.p.p., trovano applicazione, per quanto compatibili, le norme contenute nell'ottavo titolo del libro quinto del codice di rito²⁸⁸.

In caso di una natura ignota dell'autore del reato, il pubblico ministero, trascorsi sei mesi dalla registrazione della notizia di reato, si rivolge al giudice per le indagini preliminari richiedendo l'archiviazione oppure l'autorizzazione a proseguire l'attività investigativa. Il criterio che, in tale frangente, orienta la scelta del pubblico ministero è la fiducia circa il fatto che un prolungamento dell'attività d'indagine possa apportare un qualche effetto benefico²⁸⁹. Nel caso in cui ciò sia impossibile, la superfluità di ogni approfondimento dibattimentale rende pressoché obbligata la richiesta di archiviazione²⁹⁰. Trovando applicazione secondo la giurisprudenza prevalente i principi generali in materia, di tale atto deve essere resa edotta la persona offesa dal reato e deve, altresì, esserle riconosciuto una facoltà di opposizione²⁹¹.

²⁸⁵ Talvolta, ogni iniziativa investigativa è preclusa dal fatto che la notizia di reato non fornisce alcuno spunto in tal senso: si pensi al caso di un danneggiamento di un'automobile posteggiata in un'area isolata.

²⁸⁶ Ad essere più precisi, può applicarsi la disciplina in questione quando non sia identificato ed identificabile il presunto autore del reato. Sul punto: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 196. Tale Autore fa l'esempio di una notizia di illecito che sia attribuita ad un legale rappresentante ancora sconosciuto di una società già individuata. In tal caso, conoscere l'identità del soggetto è particolarmente agevole e non vi è dunque necessità di iscrivere la notizia nel registro ignoti (modello 44). Per un'interpretazione piuttosto rigida del concetto di identificazione: Cass. pen., Sez. VI, 1 giugno 1995, PiTrecconi, Romallo in *Foro italiano*.

²⁸⁷ In argomento, *ex multis*: G. DEAN, R. FONTI, voce *Archiviazione (nel nuovo codice del 1988)*, cit., 46.

²⁸⁸ Sul punto, prima che intervenisse nel 1999 il legislatore ordinario: Corte Cost. n°409/1990 in <https://www.giurcost.org/>.

²⁸⁹ Cfr.: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 204 s.

²⁹⁰ A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 693.

²⁹¹ Nel senso che anche nel procedimento a carico di soggetti ignoti debba esservi un coinvolgimento della persona offesa: A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto* cit., 2754; E. APRILE, *La*

Dall'altro lato, esistono dei profili di novità per quanto riguarda i compiti che il giudice predibattimentale è chiamato ad assolvere in tale ambito procedurale. Difatti, fermo restando la necessità che il giudice verifichi che non vi siano violazioni del principio di obbligatorietà dell'azione penale, egli è tenuto a controllare che effettivamente l'identità dell'autore del reato sia sconosciuta. Infatti, ai sensi dell'articolo 405 comma 3 c.p.p., il momento da cui inizia a decorrere il termine di durata massima delle indagini preliminari è l'iscrizione del nome del soggetto cui il fatto è stato attribuito nel registro delle notizie di reato²⁹². Al fine, dunque, di evitare illegittime elusioni dei termini massimi di durata delle indagini preliminari, il giudice può ordinare, con un decreto motivato, che sia iscritto il nome di un soggetto già individuato nel registro delle notizie di reato. Tale potere è da intendersi come di natura eccezionale e, perciò, il giudice per le indagini preliminari ne deve fare un uso parsimonioso²⁹³.

Emanando, anche in questo caso, un decreto motivato egli può accogliere la richiesta di archiviazione oppure di prosecuzione delle indagini. In aggiunta, il legislatore, con l'introduzione del comma 2 bis nell'articolo 415 c.p.p., ha stabilito che il termine di sei mesi entro cui il pubblico ministero è tenuto ad assumere determinazioni in materia di azione penale inizia a decorrere con il provvedimento del giudice.

Dall'altro lato, il giudice può non accogliere la richiesta di archiviazione instaurando, in tal modo, la procedura camerale²⁹⁴. Essa può concludersi con l'emanazione di un'ordinanza di archiviazione o con la disposizione di indagini coatte²⁹⁵. Si tende, invece, ad escludere che il giudice possa imporre la formulazione

durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini, cit., 729 s. In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. I, 22 gennaio 1997, n° 352, Arbia in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. VI, 7 giugno 1994, n° 2715, Ferretti, *ivi*.

²⁹² Anche con riferimento al capoverso precedente, vd.: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 198 s.

²⁹³ Nel senso che non sia consentito al giudice predibattimentale l'ordine di iscrizione del nome nel registro delle notizie di reato e di formulare l'imputazione nei confronti di costui: E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 728 s. In giurisprudenza: Sentenza della Corte di Cassazione, Sezione IV, 12 dicembre 2002, ignoti.

²⁹⁴ In argomento: M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., 79; L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 610. In senso contrario: G. DEAN, R. FONTI, voce *Archiviazione (nel nuovo codice del 1988)*, cit., 47.

²⁹⁵ Sul punto: A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziali di rigetto in Cassazione Penale*, cit., 2754. In

dell'imputazione²⁹⁶. Allo stesso modo, è da ritenere che il giudice sia titolare del potere di respingere la richiesta di prosecuzione delle indagini preliminari²⁹⁷. Come nel caso del sindacato giurisdizionale sulla richiesta di riapertura delle indagini²⁹⁸, è da negare che il legislatore abbia, allo stesso tempo, attribuito un potere decisionale ad un soggetto e concepito una sola opzione ammissibile²⁹⁹. Per l'impugnabilità di tale atto, conviene un rinvio alle considerazioni già effettuate in relazione al provvedimento con cui il giudice nega la riapertura delle indagini³⁰⁰.

Inoltre, al quarto comma dell'articolo in commento è prevista una forma, per così dire, cumulativa di archiviazione. Infatti, il pubblico ministero può presentare al giudice predibattimentale un'unica richiesta di archiviazione in relazione a tutte le denunce a carico di soggetti ignoti che la polizia giudiziaria trasmette, con cadenza settimanale, all'organo dell'accusa. Tale previsione, finalizzata al conseguimento di un risparmio di tempo e risorse, presenta profili di contrasto con l'articolo 112 Cost dal momento che è molto arduo che il giudice possa esercitare un effettivo controllo sull'inazione del pubblico ministero³⁰¹.

Infine, si ritiene che il pubblico ministero non sia tenuto a richiedere un'autorizzazione al giudice nel caso in cui volesse tornare ad indagare sul fatto per cui in precedenza è stato emanato un provvedimento d'archiviazione ai sensi dell'articolo 415 c.p.p. In primo luogo, l'articolo 414 fa riferimento ai provvedimenti di archiviazione emanati ai sensi degli articoli precedenti. In secondo luogo, l'esigenza di garantire il soggetto previamente sottoposto ad

giurisprudenza: Cass. pen., Sez. I, 3 maggio 1993, ignoti, in *Archivio della nuova procedura penale*, 1994, 266 ss.

²⁹⁶ Vd.: Cass. pen., Sez. IV, 26 gennaio 1996, ignoti, in *Foro italiano*. Nel senso che il giudice per le indagini preliminari possa imporre la formulazione dell'imputazione solamente nei confronti di soggetti che già detengono lo *status* di persona sottoposta alle indagini.

²⁹⁷ In senso scettico circa la possibilità per il giudice di motivare una tale decisione: F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 433.

²⁹⁸ Vd. *supra*: 6.1.

²⁹⁹ Sul punto e negando che abbiano un valore decisivo gli argomenti che fanno leva sul contrasto di tale decisione con l'articolo 112 della Costituzione: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 226 ss.

³⁰⁰ Vd. *supra* 6.1.

³⁰¹ In argomento: M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., 79. Nel senso, tuttavia, che nel caso del procedimento contro persone ignote può essere tollerato che il controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero sia meno stringente: M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 134.

indagini da reiterate iniziative da parte dell'organo dell'accusa non può trovare luogo in quest'ambito³⁰².

7.3 L'archiviazione delle pseudonotizie di reato

Sia nella disciplina ordinaria che nelle ipotesi peculiari appena analizzate si è individuato, come elemento comune, la presenza di una relazione dialettica tra l'organo dell'accusa e il giudice predibattimentale. Occorre ora chiedersi se tale modello procedimentale possa applicarsi anche di fronte ad una notizia di reato solo apparente: la cosiddetta pseudonotizia di reato. Essa può essere definita come l'atto il cui contenuto evidentemente non integri alcuna fattispecie criminosa oppure che descriva un fatto d'impossibile verificaione³⁰³.

Il pubblico ministero, venuto a conoscenza di tale atto privo di rilevanza penale, procede alla sua iscrizione nel registro degli atti non costituenti reato (modello 45). Si evidenzia, dunque, in capo all'organo dell'accusa il potere di selezionare, tra le informative che giungono al proprio ufficio, quali possano essere considerate notizie di reato³⁰⁴. Una conferma, in tal senso, la si può rinvenire nell'articolo 109 disp. att. coord in cui l'iscrizione del pubblico ministero di un atto nel registro delle notizie di reato (modello 21) è definita come soltanto eventuale³⁰⁵. Allo stesso

³⁰² Sul punto: L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 611; A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, cit., 2753; T. CAVALLARO, voce *Riapertura delle indagini preliminari* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 2005, 6. In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. I, 11 febbraio 2003, Carelli in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. I, 3 marzo 2003, n° 11997 Bidognetti in *Cass. pen.*, 2004, 1286. Nel senso che, sebbene a rigore non possa trovare applicazione l'articolo 414, occorra comunque un'autorizzazione del giudice perché possano riaprirsi le indagini: R. KOSTORIS, voce *Riapertura delle indagini*, cit., 352; N. GALANTINI, voce *Riapertura delle indagini preliminari*, cit., 4 s.

³⁰³ Sul punto: E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 732; M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., 71; A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 196. Tale ultimo autore propone i seguenti casi a titolo di esempio: vicende condominiali prive di rilevanza penalistica, un tentato suicidio in assenza di altrui istigazione oppure una prossima invasione degli alieni. Nel senso che, invece, non si applichi la disciplina in questione nel caso pervenga una notizia di illecito manifestamente infondata: E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 733; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 45.

³⁰⁴ In argomento: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 47; A. FERRARO, *Archiviazione e potere di destinazione del pubblico ministero* in *Foro Italiano*, n° 1, 1991, 355.

³⁰⁵ Cfr.: M. L. DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, cit., 116 s.

modo, è ben possibile che il pubblico ministero muti intendimento circa la rilevanza penale di un fatto: in tal caso, è possibile il transito dal modello 45 al 21³⁰⁶ ma non viceversa³⁰⁷.

Per il resto, il silenzio del legislatore non consente di determinare con chiarezza quale sia la disciplina procedurale in presenza di una pseudonotizia di reato. Per quanto riguarda i limiti temporali della fase investigativa, non trova applicazione l'articolo 407: difatti, il presupposto di tale norma è che vi sia una notizia di reato³⁰⁸. In secondo luogo, sebbene non sia mancata una voce contraria in dottrina³⁰⁹, il pubblico ministero può autonomamente disporre la trasmissione all'archivio degli atti³¹⁰. Tale provvedimento, essendo privo di natura giurisdizionale, non può essere oggetto d'impugnazione³¹¹. Tuttavia, qualora il pubblico ministero dovesse irrispettivamente presentare una richiesta di archiviazione in relazione ad una notizia di reato apparente, il giudice per le indagini non potrebbe, a pena d'abnormità, rifiutarsi di esprimersi su essa³¹².

Alla luce di quanto si è appena visto, è concreto il pericolo che, tramite lo strumento in questione, il pubblico ministero possa eludere la disciplina in materia di durata massima delle indagini preliminari o il principio di obbligatorietà dell'azione³¹³.

³⁰⁶ Vd. Cass. pen., Sez. VI, 23 gennaio 1991, Fabbri in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. Un., 22 novembre 2000, *ivi*.

³⁰⁷ Vd.: Cass. pen., Sez. II, 14 giugno 1991 in *Foro italiano*.

³⁰⁸ Sul punto: A. ZAPPULLA, voce *Notizia di reato* in *Enc. Dir.*, Annali IV, Giuffrè, Milano, 2012, 919; A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 197. In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. VI, 20 agosto 1992, Panigritti in *Foro italiano*.

³⁰⁹ Nel senso che anche in questo caso debba ritenersi indefettibile il controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 52 s.

³¹⁰ In argomento: A. FERRARO, *Archiviazione e potere di destinazione del pubblico ministero*, cit., 356; A. ZAPPULLA, voce *Notizia di reato*, cit., 919.

³¹¹ Vd.: G. DEAN, R. FONTI, voce *Archiviazione (nel nuovo codice del 1988)*, cit., 45; A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 724. In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. V, 29 maggio 1997, n° 2683, Bove in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Cass. pen., Sez. VI, 6 maggio 2009, n° 31278, *ivi*; Cass. pen., Sez. VI, 8 aprile 2015, n° 27532, *ivi*.

³¹² In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. I, 21 ottobre 2009, n° 42884 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Cass. pen., Sez. V, 2 marzo 2006 in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. Un., 22 novembre 2000 *ivi*; Cass. pen., Sez. VI, 11 febbraio 1991, n° 535, Loffredo in *Cassazione penale*, 1991, 574. In senso contrario: Cass. pen., Sez. V, 25 gennaio 1991, Boschetti, *ivi*, 577.

³¹³ Nel senso che, disponendo l'archiviazione, non vi sia alcuna violazione dell'articolo 112 Cost. dal momento che tale provvedimento ha ad oggetto un fatto privo di rilevanza penale: M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., 71. Nel senso che, «in caso di grave violazione di legge o travisamento del fatto derivanti da ignoranza o negligenza», vi possano portare sanzioni di tipo disciplinare o penale: A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 726.

Inoltre, non essendo particolarmente netto il confine tra una notizia di reato effettiva ed una pseudonotizia di reato, potrebbe sostenersi la presenza di un potere discrezionale molto ampio in capo al pubblico ministero³¹⁴. Tali rischi, sebbene siano stato attenuati dall'introduzione del registro degli atti non costituenti notizie di illecito³¹⁵, rendono auspicabile un impiego parsimonioso dell'istituto in questione³¹⁶: si ritiene, dunque, preferibile, nelle situazioni di dubbio, optare per il modello 21³¹⁷.

Infine, il dettato letterale dell'articolo 333 comma 3 c.p.p.³¹⁸ ha indotto l'unanimità della dottrina a ritenere sussistente la titolarità di un potere di destinazione in capo al pubblico ministero nel caso di denunce anonime.³¹⁹

³¹⁴ Vd.: G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 45.

³¹⁵ Nel senso che, grazie all'introduzione di tale registro, sia più agevole controllare la correttezza dell'operato del pubblico ministero: G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 46; A. ZAPPULLA, voce *Notizia di reato*, cit., 921.

³¹⁶ In argomento: A. FERRARO, *Archiviazione e potere di destinazione del pubblico ministero*, cit., 355.

³¹⁷ Sul punto: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 48.

³¹⁸ Articolo 333 comma 3 c.p.p.: « *Delle denunce anonime non può essere fatto alcun uso, salvo quanto disposto dall'articolo 240*».

³¹⁹ Cfr.: E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini*, cit., 732; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 43; L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 55.

CAPITOLO III

L'ARCHIVIAZIONE DELLA NOTIZIA DI ILLECITO AMMINISTRATIVO DIPENDENTE DA REATO

Sommario: 1. La responsabilità amministrativa degli enti – 1.1 Il procedimento penale *de societate*: le norme processuali – 2. Le indagini preliminari nel procedimento *de societate* – 3. L'esercizio dell'azione nel procedimento amministrativo dipendente da reato – 4. L'archiviazione nel procedimento nei confronti degli enti: i casi – 4.1 La decadenza dalla contestazione – 5. La procedura di archiviazione – 6. La legittimità costituzionale dell'archiviazione nel procedimento *de societate* – 7. Il rapporto tra il procedimento *de societate* e quello nei confronti della persona fisica

1. La responsabilità amministrativa da reato degli enti

Con l'espressione responsabilità amministrativa da reato degli enti si fa riferimento, in via generale, alla possibilità che un ente sia ritenuto responsabile per un fatto di reato che sia stato commesso al proprio interno e nel suo interesse¹.

La sua introduzione nel nostro ordinamento, con l'entrata in vigore del decreto legislativo n° 231/2001, ha avuto un effetto dirompente², perché ha significato il tramonto dell'irresponsabilità penale delle persone giuridiche e del principio del «*societas delinquere non potest*»³, da secoli consolidato nella tradizione continentale⁴.

¹ Così, secondo la seguente autorevole dottrina: A. BERNASCONI, *Societas delinquere (et puniri) potest* in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018, 1.

² Definisce tale fase come di « *di azzeramento culturale dalle implicazioni non totalmente prevedibili*»: A. GIARDA, *Societas delinquere potest: o no?!* in A.A., VV., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231*, IPSOA, Milano, 2002, 184.

³ In argomento, senza pretese di esaustività: G. VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti* in G. LATTANZI – P. SEVERINO (A CURA DI), *Responsabilità da reato degli enti (Vol. II)*, Giappichelli, Torino, 2020, 3 s.; A. GIARDA, *Procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa degli enti (d. lgs 8 giugno 2001, n°231)* in M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2018, 1259; M. L. DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, cit. 189 s.

⁴ Nel senso che esso abbia avuto origine insieme al diritto penale moderno al termine del diciottesimo secolo: A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina* in A. A., V.V.,

Come la traduzione letterale del brocardo suggerisce, «*societas delinquere non potest*» riassume l'inammissibilità di alcuna forma di responsabilità penale diretta in capo a persone giuridiche, sulla scorta di un'incompatibilità di siffatta responsabilità con un'interpretazione particolarmente rigorosa dell'articolo 27 Cost. e dal principio di personalità della responsabilità penale che scaturisce dalla disposizione costituzionale.

Infatti, l'ente, ontologicamente incapace di compiere alcuna azione, sarebbe ritenuto penalmente responsabile in relazione a condotte che, in realtà, altri soggetti hanno commesso⁵. Inoltre, essendo l'ente privo di qualità intellettive, non è possibile rinvenire nel suo operato profili di dolo o colpa che, in base ad una fondamentale sentenza della Corte Costituzionale⁶, occorrono perché possa sussistere una responsabilità penale⁷.

D'altra parte, aver sancito, in sede civile, la riconducibilità all'ente dell'agire lecito dei propri organi impone di adottare un'analogia soluzione anche con riferimento all'agire illecito sotto il profilo penale⁸. Inoltre, negare una responsabilità penale in capo agli enti recherebbe il rischio di esiti applicativi in contrasto con lo stesso

La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231, IPSOA, Milano, 2002, 33. Nel senso, invece, che tale principio abbia avuto origine durante il papato di Innocenzo IV (tredicesimo secolo): G. MARINUCCI, *Societas puniri potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. IV, 2002, 1195.

⁵ In argomento: G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Torino, 2018, 173.

⁶ Vd: sentenza della Corte Costituzionale n°364/1988.

⁷ Nondimeno, a tali obiezioni di carattere costituzionale si potrebbe replicare facendo riferimento ad un particolare modello di attribuzione della responsabilità penale: la teoria dell'immedesimazione organica, sulla base della quale l'atto posto in essere da un soggetto inserito nella struttura istituzionale di un ente sarebbe direttamente riconducibile a quest'ultimo. In argomento, A. M. CASTELLANA, *Diritto penale dell'Unione Europea e principio societas delinquere non potest* in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1996, 787 ss.; M. ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. IV, 1995, 1037; D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. II, 2002, 422. Secondo questi Autori, l'introduzione di una responsabilità propriamente penale in capo alle persone giuridiche condurre ad uno stravolgimento del diritto penale classico.

⁸ Sul punto, oltre ai riferimenti bibliografici di cui alla nota precedente, si rinvia ad un passaggio della sentenza con cui, negli Stati Uniti, si riconobbe l'ammissibilità di una responsabilità penale in capo ad un ente: « *Se per esempio quell'invisibile impalpabile entità che noi definiamo come persona giuridica può spianare le montagne, colmare gli avvallamenti, costruire ferrovie, e farvi correre sopra le locomotive, significa che ha la volontà di porre in essere queste azioni, e che può perciò comportarsi sia malvagiamente che virtuosamente*». Tale estratto è stato riportato da: C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest. Riflessioni sul recente (contrastato) superamento di un dogma* in *Questione giustizia: bimestrale promosso da Giustizia Democratica* n°5/2002, 1088 s.

articolo 27 Cost⁹. Difatti, tale petizione di principio potrebbe condurre, in presenza di un atto illecito, a sanzionare penalmente gli organi apicali in base ad una mera responsabilità di posizione.

Dall'altro lato, introdurre una forma di responsabilità penale in capo agli enti rispondeva all'esigenza, universalmente riconosciuta, di contrastare con maggiore efficacia la criminalità d'impresa¹⁰, sostenuta da numerose spinte sovranazionali (ad esempio, la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione del 1997 e la Convenzione di New York per la – repressione del finanziamento del terrorismo del 1999) perché si procedesse in tal senso¹¹. Tuttavia, a quest'ultime non può attribuirsi una portata decisiva: la previsione di una responsabilità penale delle persone giuridiche, non obbligando a ciò gli atti normativi prima menzionati¹², può essere definita una scelta autonoma del legislatore nazionale¹³.

⁹ Difatti, tale petizione di principio potrebbe condurre, in presenza di un atto illecito, a sanzionare penalmente gli organi apicali in base ad una mera responsabilità di posizione Sul punto: C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest. Riflessioni sul recente (contrastato) superamento di un dogma*, cit.,1093; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit.,172.

¹⁰ Nel senso che limitarsi a sanzionare penalmente l'operato delle persone fisiche non sia assolutamente sufficiente: L. EUSEBI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit.,132 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Diritto penale "minimo" e nuove forme di criminalità in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. III, 1996, 776 s.; A. M. CASTELLANA, *Diritto penale dell'Unione Europea e principio societas delinquere non potest*, cit.,753 s.; G. MARINUCCI, *Societas puniri potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, cit.,1201. Per un'analisi dell'effetto criminogeno della concorrenza nei contesti societari si rinvia a: E. H. SUNDERLAND, *White collar crimes*, Yale University Press, Binghampton, 1983, 246 s.

¹¹ In argomento: A. GIARDA, *Procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa degli enti (d. lgs 8 giugno 2001, n°231)*, cit.,1259; M. L. DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, cit., 190; C. CESARI, *Il procedimento sugli illeciti amministrativi dipendenti da reato* in A. CAMON – M. DANIELE – D. NEGRI – C. CESARI – M. L. DI BITONTO – P. P. PAULESCU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, 1015; A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, cit., 37.

¹² Vd.: articolo 2 della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione del 1997: « Ciascuna Parte deve adottare le misure necessarie, secondo i propri principi giuridici, per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche in caso di corruzione di un pubblico ufficiale straniero»; articolo 5 comma 1 della Convenzione di New York del 1999: «Ogni Stato Parte, conformemente ai propri principi giuridici, deve adottare le debite misure per rendere una persona giuridica, situata sul suo territorio o organizzata secondo le sue leggi, responsabile nel caso in cui una persona cui fa capo la gestione o il controllo di quella persona giuridica ha, in quel ruolo, commesso un reato previsto dall'articolo 2. Tale responsabilità può essere penale, civile o amministrativa».

¹³ Sul punto: A. GIARDA, *Un sistema ormai a triplo binario: la giurisdizione penale si amplia In A.A., VV., La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231*, IPSOA, Milano, 2002, 193; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, Giappichelli, Torino, 2006, 20. Nel senso che una i tempi erano ormai maturi per l'introduzione di una responsabilità penale degli enti: G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito dipendente da reato* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. IV, 2001, 1127.

Invero, sebbene il legislatore, nel 2001, abbia formalmente qualificato la responsabilità dell'ente dipendente da reato come amministrativa, molteplici aspetti della disciplina inducono a considerare tale forma di responsabilità come sostanzialmente penale. In particolare si fa riferimento allo stretto collegamento con la verifica di un fatto di reato, la particolare afflittività delle sanzioni e l'opzione del procedimento penale come sede del suo accertamento¹⁴.

Con riferimento all'ambito di applicazione del dl.gs 231/2001, la disposizione legislativa rilevante in materia è l'articolo 1 del dl.gs 231/2001. Da un lato, difatti, tale disposizione equipara, nei limiti di quanto rileva in tale sede, gli enti forniti e sforniti di personalità giuridica¹⁵. Tuttavia, tale equiparazione può aver luogo solo nella misura in cui l'associazione o la società priva di personalità giuridica sia dotata di un patrimonio comune: difatti, ai sensi dell'articolo 27 dl.gs. 231/2001, solo facendo ricorso ad esso l'ente può procedere al pagamento della pena pecuniaria¹⁶. Per quanto riguarda, le società a carattere unipersonale, sebbene si riscontri sul punto un contrasto giurisprudenziale, si ritiene preferibile escludere

¹⁴ Per un maggiore approfondimento: G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 311 ss.; A. TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d.lgs. 231/2001: prime considerazioni di tipo amministrativo* in *Le Società* n°11/2011, 1305; C. E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest* in *Corriere Giuridico* n°7/2001, 845; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest. Riflessioni sul recente (contrastato) superamento di un dogma*, cit.,1103; T. EPITENDIO, *I principi costituzionali e internazionali e la disciplina punitiva degli enti* in A. BASSI – T. E. EPITENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, Milano, 2006, 456; P. MOSCARINI, *I principi generali del procedimento penale de societate* in *Diritto penale e processo*, n°10/2011, 1268 s.; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista* in *Cassazione Penale*, fasc. III, 2003, 1103. In senso contrario: A. BERNASCONI, *Societas delinquere (et puniri) potest*, cit.,11 s.; G. MARINUCCI, *Societas puniri potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, cit., 1201 ss. Tali Autori ritengono che osti alla qualifica della responsabilità *de qua* in termini penalistici la disciplina in materia di vicende modificative dell'ente e di prescrizione dell'illecito.

¹⁵ Al fine di impedire che possa applicarsi la disciplina in commento anche in relazione ad enti di minima rilevanza, la Relazione ministeriale al dl.gs 231/2001 (pagina 3) indica come si sia voluto far riferimento esclusivamente agli enti che siano comunque in grado di conseguire la personalità giuridica. Nel senso che, rientrando nella generica definizione di enti, i comitati possano essere inclusi nell'ambito applicativo della normativa in commento: G. R. CROCE, *Aspetti sostanziali* in G. R. CROCE – C. CORATELLA, *Guida alla responsabilità da reato degli enti*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2008, 5; C. PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità* in A.A., V.V., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231*, IPSOA, Milano, 2002, 70 s. In senso contrario: G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit.,122 s.

¹⁶ In argomento: T. E. EPITENDIO, *L'illecito dipendente da reato* in A. BASSI – T. E. EPITENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, Milano, 2006, 58; G. R. CROCE, *Aspetti sostanziali*, cit., 4 s.; D. VOZZA, *Art. 27- profili penalistici* in AA. V.V., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 742.

che ad esse possa applicarsi la disciplina in commento: in tal caso, infatti, non è possibile distinguere tra la persona fisica autrice materiale del reato e la persona giuridica nel cui interesse o vantaggio essa ha compiuto la condotta illecita¹⁷.

Dall'altro lato, l'articolo 1 comma 3 dl.gs 231/2001 esclude che le disposizioni in materia di responsabilità dipendente da reato dell'ente possano applicarsi: «*allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionali*». Ne deriva, ragionando a contrario, che possa riconoscersi la responsabilità in commento in capo agli enti pubblici economici: essi, difatti, pur mantenendo un'organizzazione di tipo pubblicistico, sono caratterizzati da un'attività di tipo imprenditoriale svolta mediante strumenti di diritto privato¹⁸. Alla base di tale opzione legislativa si può porre la ridotta efficacia dell'applicazione sanzioni interdittive e pecuniarie di cui agli articoli 9 dl.gs 231/2001 e seguenti¹⁹; l'assenza di profili lucrativi nei fatti illeciti che coinvolgono un ente pubblico. Con riferimento, invece, agli enti pubblici che svolgono funzioni di carattere costituzionali, non è mancato in dottrina chi ha evidenziato il carattere generico ed impreciso di tale espressione²⁰. Tuttavia, seguendo le indicazioni sul punto della relazione ministeriale al decreto legislativo in rilievo²¹, si ritiene che possano rientrare in tale categoria soggetti come partiti

¹⁷ Vd.: Cass. pen., Sez. VI, 16 maggio 2012, n°30085 in *Foro italiano*; Cass. pen., Sez. VI, 3 marzo 2004, Ditta Rivera, *ivi*. In letteratura: C. CESARI, *Il procedimento sugli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit.,1016; M. CERESA – GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Giappichelli, Torino, 2015, 4 s.; G. AMARELLI, *Art. 1* in AA. V.V., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 30 ss. Tuttavia, tale autore evidenzia, come elemento di perplessità, la natura tassativa del comma 3 dell'articolo 1 dl.gs 231/2001 che indica i soggetti estranei alla disciplina in rilievo. In senso difforme: Cass. pen., Sez. VI, 25 luglio 2017, n° 49056 in *Foro italiano*.; Cass. pen., Sez. III, 15 dicembre 2010, n° 15657, *Impresa individuale Sferrazza, ivi*.

¹⁸ In argomento: M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2019, 342. Nel senso che decisivo, nel distinguere tra un ente pubblico economico e non economico, sia la disciplina legale o statutaria con riferimento agli scopi dell'ente piuttosto che la sua attività: Cass. Civ., Sez. Un., 11 luglio 2006, n°15661 in *Foro italiano*.

¹⁹ Tali sanzioni avrebbero, difatti, in entrambi i casi effetti sfavorevoli per la comunità sociale: si rinvia, per maggiori approfondimenti alla Relazione ministeriale al dl.gs 231/2001 (pagina 4). In senso conforme: A. TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d.lgs. 231/2001: prime considerazioni di tipo amministrativo*, cit.,1306; M. E. OGGERO, voce *Responsabilità della società e degli enti collettivi (profili sostanziali)* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 2010, 2.

²⁰ Cfr.: S. VINCINGUERRA, *La struttura dell'illecito* in S. VINCINGUERRA – M. CERESA – GASTALDO – A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, CEDAM, Padova, 2004, 7; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 50 s. Tali Autori pongono in luce l'assenza di un'indicazione legislativa circa il significato di tale espressione e la difficoltà di negare che tale qualifica possa non essere attribuita allo Stato o agli enti pubblici territoriali.

²¹ Vd.: pagina 3.

politici e sindacati²². Molto probabilmente l'intenzione del legislatore era tutelare soggetti il cui operato assume caratteri fondamentali nei moderni Stati democratici²³.

Aderendo, per quanto concerne la struttura della responsabilità dell'ente, all'orientamento giurisprudenziale e dottrinale sul punto²⁴, l'illecito amministrativo dipendente da reato può essere definita come una fattispecie complessa. Infatti, perché essa possa considerarsi totalmente integrata, occorre: che sia stato commesso un fatto di reato presupposto, che tale illecito sia stato posto in essere da un soggetto in posizione apicale, anche di fatto, oppure da un soggetto sottoposto all'altrui direzione o vigilanza; che il fatto penalmente illecito sia stato commesso da costoro nell'interesse o a vantaggio dell'ente, che sia rinvenibile una colpa d'organizzazione in capo a quest'ultimo.

Quanto alla tipologia di reati da cui può scaturire la responsabilità amministrativa dipendente da reato, essi sono limitati a quelli espressamente previsti dal decreto legislativo 231/2001²⁵. Difatti l'articolo 2 dl.gs 231/2001 sancisce il carattere tassativo dei reati presupposto²⁶ e, dunque, l'operatività del principio di legalità in tale ambito²⁷. Strettamente correlato a tale disposizione è l'articolo 3 dl.gs 231/2001

²² In senso critico: A. TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d.lgs. 231/2001: prime considerazioni di tipo amministrativo*, cit., 1306.

²³ In argomento: G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 124; F. NUZZO, *Primi appunti sugli aspetti probatori e sulle decisioni finali concernenti l'illecito amministrativo dipendente da reato* in *Archivio della nuova procedura penale*, 2001, 455.

²⁴ Vd.: Cass. pen., Sez. VI, 5 ottobre 2010, n°2251 in *Foro italiano*; Corte Cost. n°218/2014 in <https://www.cortecostituzionale.it/>. In dottrina: S. VINCINGUERRA, *La struttura dell'illecito*, cit., 5 s.; G. DE SIMONE, *Art 5 – Profili penalistici* in AA. V.V., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 95; C. CESARI, *Il procedimento sugli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., 1016; M. CERESA – GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 12.

²⁵ Per un'analitica elencazione di tutti i reati presupposto si rinvia agli articoli 24 e seguenti.

²⁶ Nel senso che l'ente non possa essere ritenuto responsabile per un fatto non costituente reato presupposto al momento della consumazione del reato: Cass. pen., Sez. VI, 20 marzo 2007, n° 11641 in <https://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>. Escludono che una normativa regionale possa assurgere a ruolo di fonte della responsabilità degli enti: A. BERNASCONI, *Le fonti* in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018, 33; M. GUERNELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale- amministrativo interno dopo il dl.gs 8 giugno 2001, n°231 (parte I)* in *Studium Iuris*, 287.

²⁷ In argomento: C. PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, 76; M. CERESA – GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 8; G. AMARELLI, *Art. 2* in AA. V.V., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 55.

grazie al quale il principio del *favor rei* è riconosciuto anche all'ente²⁸. Tale norma dalla pronunciata finalità di garanzia disciplina, al primo comma, l'ipotesi in cui, per un determinato fatto, non sia più possibile riconoscere una responsabilità: si ritiene che ciò possa avvenire sia nel caso di abrogazione o depenalizzazione della fattispecie di reato presupposto sia nel caso si proceda ad escludere la responsabilità dell'ente per un fatto dall'invariata rilevanza penale²⁹. Al secondo comma, invece, è presa in considerazione l'eventualità che sopraggiunga una modifica della disciplina in senso favorevole per l'ente: quest'ultimo ne potrà beneficiare a patto che non sia già stata pronunciata una sentenza irrevocabile di condanna. Sebbene non vi sia unanimità sul punto in letteratura³⁰, tali mutamenti possono attenersi sia al dl.gs 231/2001 che la disciplina penalistica di riferimento: può, difatti, avvenire che modifiche di quest'ultima apportino dei benefici all'ente sottoposto a procedimento penale³¹. In aggiunta, ai sensi del comma 3 dell'articolo 2 dl.gs 231/2001, il disposto dei due commi precedenti non si applica nel caso di leggi temporanee ed eccezionali³².

Rispetto, invece, ai soggetti i quali, mediante la commissione di un fatto di reato presupposto, possono far sorgere una responsabilità da reato in capo all'ente, si tratta, ai sensi dell'articolo 5 comma 1 lettera a e b dl.gs 231/2001, di «*persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso*» e di «*persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza*» di uno dei soggetti di cui sopra. Tuttavia, la commissione, da parte di tali soggetti, di una condotta di carattere

²⁸ In argomento: G. AMARELLI, *Art. 3 in AA. V.V., Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 59; G. R. CROCE, *Aspetti sostanziali*, cit., 9.

²⁹ Sul punto: A. BERNASCONI, *Principi generali* in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018, 47; G. AMARELLI, *Art. 3*, cit., 59. Sull'applicazione della disciplina in questione nel caso in cui il legislatore, abrogato un reato e reintrodotta con modificazioni in una diversa sede normativa, abbia omissso di aggiornare il catalogo dei reati presupposto: Cass. pen., Sez. Un., 23 giugno 2011, n°34476 in *Foro italiano*.

³⁰ Cfr.: C. PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, cit., 78 sulla base della Relazione ministeriale al dl.gs 231/2001 (pagina 5).

³¹ Vd.: G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 141. Tale Autore fa l'esempio dell'impatto che ha una modifica dell'apparato sanzionatorio penalistico sulla prescrizione del reato presupposto e, dunque, sulla causa di improcedibilità di cui all'articolo 60.

³² Per una definizione di tali concetti si rinvia a: G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 109.

criminosa può essere imputata all'ente solo ed in quanto essa sia stata commessa, ai sensi dello stesso articolo 5 dl.gs 231/2001, «*nel suo interesse o a suo vantaggio*». Seguendo le indicazioni della Relazione ministeriale al dl.gs 231/2001³³, il secondo avrebbe una connotazione oggettiva da rilevare *ex post*, il primo una veste finalistica da accertare *ex ante*. Dunque, da un'analisi letterale della disposizione appena citata si rileva una relazione d'alternatività tra i due criteri oggettivi d'imputazione. Tuttavia, l'esclusione, ai sensi del secondo comma dell'articolo 5 dl.gs 231/2001, della responsabilità dell'ente nel caso in cui la persona fisica abbia agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi e la mera riduzione di pena, *ex* articolo 12 comma 1 lettera a dl.gs 231/2001, nel caso in cui l'ente abbia conseguito un vantaggio nullo o minimo dal fatto di reato, induce a ritenere un'endiadi tale espressione. Con ciò s'intende che, a dispetto del dato letterale, l'unico elemento rilevante ai fini della responsabilità dell'ente sia l'interesse da intendersi in senso oggettivo e, dunque, come riconducibilità dell'attività criminosa nella sfera istituzionale dell'ente³⁴.

Oltre ai criteri oggettivi d'imputazione indicati dall'articolo 5 dl.gs 231/2001, nelle due disposizioni successive il legislatore ha introdotto un criterio soggettivo d'attribuzione della responsabilità ritagliato sulle peculiari caratteristiche della persona giuridica: la colpa d'organizzazione. Essa può essere definita come l'omissione dell'ente di predisporre degli strutturali elementi in grado di prevenire la commissione di fatti di reato all'interno della propria sfera organizzativa³⁵. Tale criterio e, di converso la possibilità di escludere la responsabilità dell'ente, si atteggia diversamente a seconda che il fatto di reato sia stato commesso da un soggetto apicale o subordinato. Nel primo caso, l'articolo 6 dl.gs 231/2001, nella

³³ Vd. Relazione ministeriale al dl.gs. 231/2001 (pagina 7).

³⁴ Sul punto: D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, cit., 423; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 161. In senso contrario: M. A. PASCULLI, voce *Responsabilità penale degli enti* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 2018, 2 s.; R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020, 314.

³⁵ Sul punto: C. E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, cit., 846; F. NUZZO, *Primi appunti sugli aspetti probatori e sulle decisioni finali concernenti l'illecito amministrativo dipendente da reato*, cit., 456. *De iure condendo*, si esprimeva criticamente nei confronti di tale soluzione: A. M. CASTELLANA, *Diritto penale dell'Unione Europea e principio societas delinquere non potest*, cit., 781. Per un approfondimento sul punto: G. DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?* in *Diritto penale e processo* n°6/2005, 753 ss.

sua formulazione letterale, richiede all'ente di adempiere un onere probatorio piuttosto gravoso³⁶: esso, difatti, deve dimostrare che, da un lato, vi sia stata l'adozione e l'attuazione di un modello di organizzazione la cui osservanza e funzionamento sono stati affidati ad un organismo *ad hoc*; dall'altro, che vi sia stata una fraudolenta elusione di tale modello senza che vi fosse un'omessa o carente vigilanza dell'organismo di cui sopra. Nel secondo caso, invece, il comma 2 dell'articolo 7 dl.gs 231/2001 dispone che l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza, condizione necessaria ai sensi del comma precedente perché l'ente possa essere ritenuto responsabile, è esclusa in caso di tempestiva adozione ed attuazione di un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

1.1 Il procedimento penale *de societate*: le regole processuali

Il decreto legislativo 231/2001 codifica una vera e propria procedura penale d'impresa³⁷, ossia di un corpo di norme processuali dettate *ad hoc* per il procedimento *de societate*.

Questo micro-codice di rito, tuttavia, non è di per sé autosufficiente³⁸: le norme del decreto legislativo 231/2001 tratteggiano soltanto alcuni aspetti di questo procedimento penale contro gli enti, rimandando alle regole già previste in via ordinaria dal codice di procedura penale³⁹, che rimane così il paradigma fondamentale per tutto quanto non sia espressamente regolamentato dal decreto 231/2001. La disciplina speciale del decreto si completa così con le norme

³⁶ In senso critico, per tutti: P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità d'impresa in Diritto e giustizia*, n°29/2001, 80.

³⁷ L'espressione è tratta dal seguente testo cui si rinvia: M.L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 33 ss.

³⁸ In argomento: P. CORVI–G. VARRASO, *Art. 34 in AA. V.V., Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 855; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, Giappichelli, cit., 98; M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit., 114; A. BERNASCONI, *Il procedimento di accertamento dell'illecito: le disposizioni generali* in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018, 242; A. BERNASCONI, *voce Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)* in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 2008, 986; E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale e modelli integrati di responsabilità degli enti in Cassazione Penale*, fasc. II, 2005, 320

³⁹ Nel senso che tale rinvio sia da intendersi in senso aperto e quindi comprenda le successive modifiche legislative: G. GARUTI–G. SOLA, *Art. 34 in A. CADOPPI–G. GARUTI–P. VENEZIANI (A CURA DI)*, *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Torino, 2010, 516.

processuali dettate per il procedimento a carico delle persone fisiche, che in forza dell'art. 34 d.lgs. 231/2001, si applicano in quanto compatibili⁴⁰.

Questa scelta legislativa, non aderendo perfettamente alle indicazioni provenienti dalla legge delega⁴¹, ha sollevato dubbi di illegittimità costituzionale⁴², fugati anzitutto dall'assenza di un pregiudizio ai danni dell'ente⁴³.

D'altra parte, una difformità tra la legge delega ed il decreto legislativo non costituisce, di per sé, motivo di incompatibilità con l'articolo 76 Cost. Difatti, come segnalato dalla giurisprudenza di merito richiamando talune pronunce della Corte Costituzionale⁴⁴, tale norma non osta a che il legislatore delegato emani «*norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante*».

In base al disposto dell'articolo 34 dl.gs 231/2001 risulta così fondamentale individuare quando una disposizione del c.p.p. possa essere definita compatibile con il procedimento *de societate* e quindi, laddove un aspetto della procedura di accertamento della responsabilità da reato dell'ente non sia oggetto di specifica disciplina, applicabile al fine di colmare tale lacuna normativa.

Ragionando in termini astratti, due potrebbero essere le soluzioni astrattamente ipotizzabili: all'ente devono essere applicate esclusivamente le norme del codice di rito non facenti riferimento all'imputato o indagato quale persona fisica; oppure

⁴⁰ Tale soluzione legislativa non costituisce un *unicum* nel nostro ordinamento giuridico. Analogie, infatti, possono individuarsi tra tale disposizione e gli articoli 549 c.p.p. e 2 del dl.gs 274/2000 facenti, rispettivamente, riferimento al procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e al giudice di pace.

⁴¹ Cfr. articolo 11 lettera q della l. 300/2000: «... per il procedimento di accertamento della responsabilità si applichino, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale, assicurando l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale». Evidenzia la particolare ermeticità di tale indicazione legislativa: G. VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti*, cit.,6; A. GIARDA, *Procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa degli enti (d. lgs 8 giugno 2001, n°231)*, cit.,1260.

⁴² Esprimono perplessità nei confronti della decisione di attribuire un ruolo sussidiario alle norme del c.p.p.: A. GIARDA, *Un sistema ormai a triplo binario: la giurisdizione penale si amplia*, cit.,195 s.; M. CERESA – GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 45; G. GARUTI – G. SOLA, *Art. 34*, cit., 515 s.; H. BELLUTA, *Art. 34* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008, 350.

⁴³ Sul punto: G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 99.

⁴⁴ Vd.: Trib. Milano, Sez. I, 18 dicembre 2008, Barachini ed altri in *Foro italiano* in cui si rinvia a: Corte Cost. n°426/2006 in <https://www.giurcost.org/> e Corte Cost. n°341/2007, *ivi*.

devono ritenersi compatibili esclusivamente le norme che si possano conciliare con le peculiarità del procedimento in questione. Al fine di non restringere eccessivamente l'ambito di applicazione dell'articolo 34 dl.gs 231/2001, la dottrina largamente maggioritaria ritiene preferibile la seconda impostazione di principio⁴⁵.

Tuttavia, perché una norma del codice di rito possa essere applicata nel procedimento a carico degli enti non è sufficiente riconoscerne la compatibilità in linea generale. Difatti, è necessario, mediante una non sempre agevole operazione di carattere ermeneutico, adattare i contenuti della norma alla natura non antropomorfica delle persone giuridiche⁴⁶.

In ciò si rinviene uno degli aspetti maggiormente caratteristici della procedura penale d'impresa: la centralità del ruolo del giudice che, nell'effettuare il vaglio di compatibilità sopra descritto, svolge la funzione d'individuare la norma procedimentale rilevante nel caso concreto⁴⁷.

Talvolta l'incompatibilità di taluni istituti di procedura penale tradizionale è stata agevolmente riconosciuta: si pensi, a titolo esemplificativo, alla disciplina concernente il rito immediato custodiale⁴⁸. In altri casi, come ad esempio per l'ammissibilità di una costituzione di parte civile nel procedimento *de societate*, è difficile esprimersi in termini di certezza⁴⁹.

⁴⁵ In argomento: M.L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., 59 ss.; M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit.,114; A. BERNASCONI, *Il procedimento di accertamento dell'illecito: le disposizioni generali*, cit., 243. Pongono in luce l'incertezza di tale espressione legislativa: G. SPANGHER, *Le incursioni di regole speciali nella disciplina del rito ordinario* in A.A., V.V., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231*, IPSOA, Milano, 2002, 62; P. CORVI – G. VARRASO, *Art. 34*, cit., 856; G. VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti*, cit.,14. In senso contrario: A. GIARDA, *Societas delinquere potest: o no?!*, cit.,186.

⁴⁶ In tal senso: M.L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., 59 s.; G. VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti*, cit., 14.

⁴⁷ Sul punto, oltre ai riferimenti bibliografici di cui alla precedente nota: M.L. DI BITONTO, *Giudice e bugie* in *Cassazione penale*, fasc. XII, 4067.

⁴⁸ Vd. articolo 453 comma 1 bis del c.p.p.: « Il pubblico ministero richiede il giudizio immediato... per il reato in relazione al quale la persona sottoposta alle indagini si trova in stato di custodia cautelare, salvo che la richiesta pregiudichi gravemente le indagini». In argomento: M. CERESA – GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit.,181.

⁴⁹ Nel senso che una costituzione di parte civile nel procedimento *de societate* non sia ammissibile: A. GIARDA, *Procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa degli enti (d. lgs 8 giugno 2001, n°231)*, cit., 1268; A. BERNASCONI, *Soggetti, la giurisdizione e la competenza* in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018, 273 s.; G. GARUTI, *Aggiornamenti in tema di responsabilità degli enti* in AA. VV., *Il libro dell'anno del diritto 2016*, Treccani, Roma, 2016, 597 s; A. VALSECCHI, *Sulla costituzione di parte civile contro*

Dall'altro lato, il successivo articolo 35 dl.gs 231/2001 traccia un parallelismo, anche in questo caso nei limiti della compatibilità, tra la figura dell'imputato e l'ente sottoposto al procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa dipendente da reato⁵⁰. In aggiunta, alla luce di quanto dispone l'articolo 61 c.p.p., dottrina unanime reputa che tale relazione d'identità trovi spazio anche nella fase preprocessuale⁵¹.

Sebbene l'analogia della disposizione in commento con l'articolo 34 dl.gs 231/2001 sia stata oggetto di osservazioni critiche in letteratura⁵², è possibile sostenerne la sua autonomia concettuale ponendo in evidenza la sua pronunciata portata valoriale⁵³. Infatti, l'articolo 35 dl.gs 231/2001 svolge la funzione di assicurare che nel procedimento in questione trovino applicazione le garanzie del processo

l'ente imputato ex dl.gs 231/2001 in Diritto penale contemporaneo, 2010, 1 ss; M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit., 106 ss. In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. VI, 22 gennaio 2011, Fenu in *Foro italiano.*; Cass. pen., Sez. IV, 27 gennaio 2015, n°3786 in <https://pluriscedam.utetgiuridica.it/>; Corte Cost. n°214/2018 in <https://www.giurcost.org/> dove si ammette la possibilità della citazione come responsabile civile dell'ente; CGUE, Sez. II, 12 luglio 2012, Giovanardi, C-79/11 in cui si ritiene compatibile con il diritto dell'Unione Europea l'esclusione di una costituzione di parte civile nel *procedimento de societate*. Alla base di impostazione di principio si individuano le seguenti argomentazioni: nel testo del decreto legislativo 231/2001 non si fa alcuna menzione della parte civile; le disposizioni del c.p.p. in materia di parte civile sono da intendersi come eccezionali e per questo insuscettibili di applicazione analogica; i danni di cui la parte civile vorrebbe avere ristoro derivano esclusivamente dal reato. Tuttavia, tale orientamento non può considerarsi esente da considerazioni critiche. Difatti, il disposto dell'articolo 34 non consente di attribuire una portata decisiva alle lacune normative; l'individuazione del processo penale come sede in cui un soggetto possa far valere le proprie ragioni di natura civilistica aventi origine dal fatto di reato fa da secoli parte della nostra tradizione giuridica; gli articoli 5 e seguenti producono l'effetto di addebitare all'ente la commissione del fatto di reato e tale illecito può costituire, ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, fonte di un obbligo risarcitorio. In argomento per maggiori approfondimenti: M. L. Di Bitonto, *Disciplina dei soggetti e degli atti: peculiarità* in G. Lattanzi – P. Severino (A cura di), *Responsabilità da reato degli enti (Vol. II)*, Giappichelli, Torino, 2020, 59 ss.; M. T. M. Rubera, *La costituzione di parte civile nel processo a carico degli enti in Diritto penale e processo*, n° 2/2014, 233 ss. In giurisprudenza: Trib. Trani, Sez. Unica, 7 maggio 2019 in <https://olympus.uniurb.it/>.

⁵⁰ *De iure condendo*, auspicava tale soluzione normativa pur essendo conscio delle sue difficoltà applicative: G. FIDELBO, *Introduzione di un sistema di responsabilità penale (o amministrativa) delle persone giuridiche e ricadute sul piano processuale in Cassazione Penale*, fasc. XI, 3286.

⁵¹ Sul punto: P. CORVI, *Art. 35 in AA.VV., Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 873; G. SOLA, *Art. 35 in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (A CURA DI), Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Torino, 2010, 525; G. PAOLOZZI, voce *Processo penale agli enti in Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 2005, 34; A. GIARDA, *Un sistema ormai a triplo binario: la giurisdizione penale si amplia*, cit., 186.

⁵² Vd.: M. CERESA – GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 54.

⁵³ Cfr.: S. LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del dl.gs 8 giugno 2001, n°231 in Cassazione Penale*, fasc. VII- VIII, 2002, 2525; E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., 331.

penale⁵⁴. Tuttavia, tale articolo non può, per molteplici ragioni, essere interpretato in senso eccessivamente letterale.

In primo luogo, le strutturali ed evidenti differenze tra una persona fisica ed un ente impediscono una totale equiparazione delle due figure⁵⁵. Sulla base di ciò taluni sostengono che ad essere oggetto di tutela debba essere, nonostante il tenore letterale della disposizione, il rappresentante processuale dell'ente⁵⁶. Altri, invece, riducono l'ambito di applicazione della norma: le norme del codice di rito cui essa rinvia sono solo quelle che si riferiscono all'imputato solo in qualità di parte e non di soggetto dotato di corporeità⁵⁷.

In secondo luogo, possono individuarsi diversi aspetti della disciplina procedurale in rilievo non perfettamente compatibili con la qualifica di imputato attribuita all'ente dall'articolo 35 dl.gs 231/2001. Si pensi, a titolo di esempio, all'articolo 39 comma 2 dl.gs 231/2001 il quale indica quale sia la modalità con cui l'ente si costituisce in giudizio. Il fatto che, a pena di inammissibilità, la dichiarazione, da depositare nella cancelleria dell'autorità giudiziaria, debba contenere la sottoscrizione di un difensore munito di procura speciale sembra equiparare l'ente

⁵⁴ In argomento, in conformità con la Relazione ministeriale al dl.gs 231/2001 (pagina 29): G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 102; C. CORATELLA, *Aspetti processuali in G. R. CROCE – C. CORATELLA, Guida alla responsabilità da reato degli enti*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2008, 104; M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit.,121 s.; A. MARANDOLA, *Il diritto di difesa dell'ente* in G. LATTANZI – P. SEVERINO (A CURA DI), *Responsabilità da reato degli enti (Vol. II)*, Giappichelli, Torino, 2020, 74. Quest'ultima Autrice ritiene anche che la finalità della norma sia ribadire la natura penalistica della responsabilità in questione. In giurisprudenza: Ordinanza del giudice delle indagini preliminari di Torino, 11 giugno 2004. Per maggiori approfondimenti sul punto: vd. *infra* 6.

⁵⁵ Sul punto: P. CORVI, *Art. 35* in AA.VV., cit., 873; G. SOLA, *Art. 35*, cit.,525; E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., 331.

⁵⁶ In tal senso: M. CERESA – GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit.,55; G. VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti*, cit., 22; M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit.,122; H. BELLUTA, *Art. 35* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008, 353; P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità d'impresa*, cit., 82; P. FERRUA, *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni in Diritto penale e processo*, n°12/2001, 1485. In senso difforme: A. BERNASCONI, *Il procedimento di accertamento dell'illecito: le disposizioni generali*, cit., 244. Tuttavia, si pone in uno stato di incompatibilità rispetto a tale presa di posizione l'articolo 44 dl.gs 231/2001 il quale, se interpretato in senso letterale, sembra assoggettare agli obblighi testimoniali il rappresentante legale dell'ente che non ricopriva tale funzione al momento del fatto.

⁵⁷ Cfr.: A. MARANDOLA, *Il diritto di difesa dell'ente*, cit.,74; A. GIARDA, *Procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa degli enti (d. lgs 8 giugno 2001, n°231*, cit.,1267; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit.,102 s.; A. GIARDA, *Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative in Cassazione penale*, supplemento n° 6/2003, 115.

alla figura del convenuto in sede civile⁵⁸ o di una parte privata⁵⁹. Di natura civilistica sembra, inoltre, essere il quarto comma dell'articolo 39 dl.gs 231/2001: in base al tale disposizione, in caso di mancata comparizione del legale rappresentante, l'ente validamente costituito è rappresentato dal proprio difensore⁶⁰.

2. Le indagini preliminari nel procedimento *de societate*

Nella procedura penale dettata per le persone fisiche, le indagini preliminari sono definite come la fase procedimentale i cui estremi sono, da un lato, la ricezione di una notizia di illecito e, dall'altro, la determinazione del pubblico ministero circa l'istaurazione o meno di un processo in relazione ad un dato fatto⁶¹.

Nel procedimento a carico delle persone giuridiche, invece, si riconosce alla fase investigativa una funzione in parte distinta ed autonoma⁶². Difatti, le indagini preliminari non rivestono una natura meramente preparatoria rispetto alla deliberazione del Pubblico Ministero sull'esercizio dell'azione penale⁶³. In tale

⁵⁸ In argomento: G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza delle persone giuridiche, delle società, delle associazioni nel procedimento penale* in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231*, IPSOA, Milano, 2002, 242; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 104; A. BERNASCONI, *I soggetti, la giurisdizione e la competenza* in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018, 258.

⁵⁹ Sul punto: G. GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento* in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, Padova, 2002, 283; P. CORVI, *Art. 35 in AA.VV., Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 874; G. SOLA, *Art. 35*, cit., 525; G. GARUTI, voce *Processo agli enti* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 2014, 7.

⁶⁰ Cfr.: G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 104; A. BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali*, cit., 32.

⁶¹ Sul punto, tra gli altri: L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare* in M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2018, 484; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2017, 511; A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, Giuffrè, Milano, 2017, 3; F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁶² Ritiene, in senso contrario, che anche in questo caso l'attività investigativa sia finalizzata a consentire al pubblico ministero di assumere, con maggiore cognizione di causa, una decisione in merito alla contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato: M. BARESI, *Art. 56* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008, 493; L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato* in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231*, IPSOA, Milano, 2002, 304.

⁶³ In argomento: M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare* in G. LATTANZI (A CURA DI), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al dl.gs 231/2001*, Giuffrè, Milano, 2010, 592 ss.; G. GALLUCCIO MEZIO, *Indagini preliminari* in G. LATTANZI – P. SEVERINO (A CURA DI),

fase, invero, viene perseguita la finalità di ricondurre *in bonis* la persona giuridica coinvolta nel procedimento inducendola a porre rimedio alle disfunzioni organizzative che hanno favorito la commissione del reato presupposto⁶⁴. A tale obiettivo è improntata la disciplina delle misure cautelari e, in particolare, la possibilità che tali misure siano sospese nel caso in cui l'ente richieda, ai sensi dell'articolo 49 dl.gs 231/2001, di riparare le conseguenze dannose o pericolose scaturite dalla condotta illecita o di eliminare le carenze del modello organizzativo. Inoltre, dall'applicabilità, durante la fase investigativa, di misure cautelari interdittive può dedursi che già in questa sede avvenga un riconoscimento della responsabilità dell'ente. Infatti, si può tracciare un parallelismo tra il giudizio prognostico avente ad oggetto il pericolo di reiterazione dell'illecito – richiesto dall'art. 45 dl.gs 231/2001 ai fini dell'intervento cautelare – da parte della persona giuridica e la disfunzione organizzativa che il legislatore ha posto alla base della responsabilità amministrativa da reato dell'ente⁶⁵. Perciò, può essere giustificato l'impiego, da parte del legislatore, del termine accertamento nell'articolo 56 dl.gs 231/2001 che, come vedremo in seguito, disciplina i termini massimi di durata delle indagini preliminari nel procedimento *de societate*⁶⁶.

A conferma della centralità del ruolo che in tale ambito assumono le indagini preliminari può farsi riferimento alla natura residuale del ricorso al dibattimento proprio di questo modello giurisdizionale. Infatti, ai sensi dell'articolo 17 dl.gs 231/2001, l'aver riparato alle conseguenze del reato⁶⁷, precludendo l'applicazione

Responsabilità da reato degli enti (Vol. II), Giappichelli, Torino, 2020, 203 ss. In senso critico nei confronti di tale sovrapposizione tra misure cautelari e sanzioni: G. PAOLOZZI, *Modelli atipici a confronto. Nuovi schemi per l'accertamento della responsabilità degli enti (I)* in *Diritto penale e processo*, n°1/2006, 109; F. PERONI, *Il sistema delle cautele* in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, Padova, 2002, 260.

⁶⁴ Esprime perplessità in relazione a tale impostazione di principio della disciplina: M. L. DI BITONTO, *Lineamenti generali del procedimento a carico degli enti* in G. LATTANZI – P. SEVERINO (A CURA DI), *Responsabilità da reato degli enti (Vol. II)*, Giappichelli, Torino, 2020, 50 ss.

⁶⁵ In argomento, si rinvia ai riferimenti bibliografici di cui alla nota 64.

⁶⁶ Sull'argomento si rinvia ai riferimenti bibliografici di cui alla nota 64. Nel senso che da ciò si dedurrebbe la natura amministrativa della responsabilità dell'ente: L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit., 300 s.

⁶⁷ Più precisamente, ai sensi della summenzionata norma l'ente è tenuto a: risarcire integralmente il danno ed eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è adoperato in tal senso; eliminare le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; mettere a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

di sanzioni interdittive, consente all'ente una definizione in via alternativa del procedimento a proprio carico. Infatti, il tratto comune delle disposizioni del dl.gs 231/2001 in materia di procedimenti speciali è che essi non possano trovar spazio qualora sia applicabile una sanzione interdittiva, definitiva nel caso del giudizio abbreviato (art. 62 dl.gs 231/2001) e dell'applicazione della pena su richiesta delle parti (art. 63 dl.gs 231/2001) e anche temporanea nel caso del procedimento per decreto (art. 64 dl.gs 231/2001)⁶⁸.

Analizzando la disciplina in materia di indagini preliminari, si può evidenziare la compresenza di aspetti peculiari, oggetto di specifiche norme all'interno del decreto legislativo in commento, e rinvii, per mezzo degli articoli 34 e 35 dl.gs 231/2001, alle norme codicistiche di riferimento. Con riferimento a quest'ultimi, si ritiene che trovino applicazione le disposizioni del codice di rito circa le attività e reciproche relazioni dell'organo dell'accusa e della polizia giudiziaria⁶⁹. Allo stesso modo, sembrerebbe ammissibile un'attività investigativa da parte del difensore⁷⁰.

Le indagini preliminari, nel procedimento penale *de societate*, hanno inizio con la ricezione della notizia di illecito, acquisita, ai sensi del primo comma dell'articolo 55 dl.gs 231/2001, secondo le regole ordinarie⁷¹. Il pubblico ministero, una volta ricevuta, provvede immediatamente alla sua annotazione nel registro delle notizie di reato. Quanto al contenuto di tale atto, la natura complessa della fattispecie fondante la responsabilità *ex crimine* dell'ente determina la necessità di comprendere elementi ulteriori rispetto a quelli indicati dall'articolo 335 c.p.p.:

⁶⁸ Esprimono perplessità nei confronti di tale opzione legislativa: M. CERESA – GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 147 s.; P. MOSCARINI, *Art. 49* in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (A CURA DI), *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Torino, 2010, 606. In senso contrario: M. DE GIORGIO, *Art. 49* in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 1019.

⁶⁹ Sul punto: G. GALLUCCIO MEZIO, *Indagini preliminari*, cit., 207; A. BERNASCONI, *Indagini ed udienza preliminare* in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018, 310.

⁷⁰ Cfr.: G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 135; C. CORATELLA, *Aspetti processuali*, cit., 105; P. CORVI – G. VARRASO, *Art. 34*, cit., 860; L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit., 299.

⁷¹ Nel senso che, come nella procedura tradizionale, sia il pubblico ministero che la polizia giudiziaria possano raccogliere le notizie di illecito: M. BARESI, *Art. 55* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008, 488; P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti* in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n.2/2012, 92.

oltre all'indicazione del fatto di reato presupposto, si richiede l'annotazione degli elementi la cui presenza è necessaria ai fini dell'attribuzione della responsabilità amministrativa dipendente da reato (interesse o vantaggio, commissione del fatto illecito da parte di soggetti inseriti nella sfera organizzativa dell'ente e colpa di organizzazione)⁷². Inoltre, la necessaria indicazione degli elementi identificativi dell'ente, ragionando *a contrario*, preclude la possibilità di procedere in tal senso quando quest'ultimo sia ignoto⁷³. Con l'annotazione, costituendo essa il *dies a quo* per il computo dei termini di durata massima della fase investigativa, ha inizio il procedimento giurisdizionale nei confronti dell'ente⁷⁴.

Sebbene, tuttavia, l'annotazione della notizia d'illecito amministrativo dipendente da reato abbia, come presupposto logico e giuridico, la ricezione della notizia di reato presupposto e lo stesso impiego del termine annotazione – al posto di iscrizione – possa attribuire un carattere di accessorietà a tale passaggio procedimentale, la dottrina unanime riconosce all'annotazione della notizia di illecito amministrativo una natura pienamente autonoma⁷⁵. Da un lato, infatti, depone in tal senso la previsione dell'obbligo di annotare il reato da cui dipende l'illecito⁷⁶; dall'altro, alla luce della natura complessa della fattispecie fondante la responsabilità *ex crimine* dell'ente, si esclude che vi sia una qualche forma di automatismo tra l'iscrizione di una notizia di un reato presupposto e l'annotazione in rilievo⁷⁷. A tal proposito, sembra preferibile evitare di subordinare, come

⁷² In argomento: A. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti* in A. BASSI – T. E. EPITENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, Milano, 2006, 569 s.

⁷³ *Ex plurimis*, vd.: M. BARESI, *Art. 55*, cit., 490; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti dipendenti da reato*, Giuffrè, Milano, 2012, 274; A. BERNASCONI, *Indagini ed udienza preliminare*, cit., 312.

⁷⁴ Sul punto: G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 126; M. CERESA – GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 148; G. RUTA, *Art. 55 in AA.VV., Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 1103.

⁷⁵ In argomento: M. BARESI, *Art. 55*, cit., 488; P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 92.

⁷⁶ Qualora, difatti, l'annotazione *de qua* avesse effettivamente natura sussidiaria, non vi sarebbe bisogno di tale indicazione. In argomento: M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 599. La stessa Autrice suggerisce l'idea che il legislatore abbia impiegato il termine annotazione al solo fine di evitare una confusione lessicale.

⁷⁷ In argomento: G. PAOLOZZI, voce *Processo penale agli enti*, cit., 7; C. CORATELLA, *Aspetti processuali*, cit., 167; A. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, cit., 560.

suggerito da taluni⁷⁸, l'avvio del procedimento alla presenza di un *fumus* di responsabilità in capo all'ente: ai fini dell'iscrizione della notizia dell'illecito contro l'ente, è necessario che l'informazione appaia plausibile, ed abbia così un contenuto sufficientemente concreto e specifico nel tratteggiare i profili della fattispecie complessa⁷⁹, quale condizione minima essenziale mutuata dalla disciplina dettata in via ordinaria per l'iscrizione di una notizia di reato⁸⁰.

Una volta che la notizia è giunta all'ufficio del Pubblico ministero, questi è tenuto a procedere alla sua annotazione⁸¹. Infatti, nessun profilo di discrezionalità, dunque, può assumere rilevanza in tale ambito: il principio di legalità, unitamente al principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, osta a che il pubblico ministero possa assumere determinazioni dall'effetto così dirompente sull'incedere procedimentale sulla base di criteri opportunistici⁸².

Quanto ai termini massimi di durata della fase investigativa, l'articolo 56 dl.gs 231/2001 dispone un rinvio alle norme codicistiche di riferimento⁸³. A fronte dell'ermeticità di tale disposizione, l'interrogativo circa l'applicabilità in tale ambito dell'articolo 406 c.p.p. in materia di proroga del termine per la conclusione delle indagini ha ricevuto unanime risposta positiva da parte della dottrina⁸⁴, anche

⁷⁸ In tal senso: G. RUTA, *Art. 55*, cit., 1104; L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit., 302.

⁷⁹ Sul punto: P. SILVESTRI, *La notizia di reato e le condizioni di procedibilità* in: E. APRILE (A CURA DI) - P. SILVESTRI, *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, Giuffrè, Milano, 2011, 30; I. DI LALLA, voce *Notizia di reato* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 1994, 2 s.; P. P. PAULESCU, voce *Notizia di reato* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 2011, 1; A. ZAPPULLA, voce *Notizia di reato* in *Enc. Dir.*, Annali IV, Giuffrè, Milano, 2012, 891.

⁸⁰ Vd.: M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 603.

⁸¹ Sul punto: G. SPANGHER, *Le incursioni di regole speciali nella disciplina del rito ordinario*, cit., 58; C. SANTORIELLO, *La procedura di archiviazione nel processo nei confronti degli enti collettivi in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n°3/2010, 146; M. PELISSERO – G. FIDELBO, *La “nuova” responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (dl.gs 8.6.2001 n°231)* in *La legislazione penale*, fasc. III, 597. In senso contrario ponendo in luce la sistematica omissioni, da parte degli organi dell'accusa, a procedere con l'annotazione *de qua*: O. MAZZA, *Conclusioni delle indagini e udienza preliminare* in G. LATTANZI – P. SEVERINO (A CURA DI), *Responsabilità da reato degli enti (Vol. II)*, Giappichelli, Torino, 2020, 226.

⁸² In argomento: V. D'ACQUARONE – R. ROSCINI – VITALI, *Responsabilità penale dell'ente: tra mito e realtà* in *Rivista Sistema 231*, n°1/2020, 33 s. Ritene che per il pubblico ministero sia un aggravio investigativo a fronte di una censurabile soluzione opposta: G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 125.

⁸³ Nel senso che tale disposizione sia superflua alla luce dell'articolo 34 dl.gs 231/2001 e del principio del *simultaneus processus*: G. GALLUCCIO MEZIO, *Indagini preliminari*, cit., 212. Deduce da tale disposizione l'accessorietà del procedimento *de societate*: M. BARESI, *Art. 56*, cit., 493.

⁸⁴ Sul punto: P. DI GERONIMO, *Aspetti processuali del dl.gs 231/2001 sulla responsabilità degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni* in *Cassazione Penale*, fasc. IV, 2002, 1575; M. CERESA

in relazione all'applicabilità della correlata sanzione dell'inutilizzabilità gli atti investigativi raccolti tardivamente⁸⁵.

Il legislatore ha individuato, agli articoli 55 comma 2 e 57 dl.gs 231/2001, quali siano gli strumenti con cui l'ente può giungere a conoscenza della pendenza di un procedimento a proprio carico e, dunque, preparare un'adeguata difesa⁸⁶. Muovendo le mosse dalla prima delle due norme citate, si prevede che l'ente o il suo difensore possano, salvo i limiti di cui all'articolo 335 comma 3 e 3 *bis* del codice di rito⁸⁷, richiedere che sia data comunicazione dell'avvenuta annotazione a proprio carico di un illecito amministrativo. L'articolo 57 dl.gs 231/2001, invece, disciplina il tema dell'informazione di garanzia da notificare secondo le modalità di cui all'articolo 43 dl.gs 231/2001⁸⁸. Esso prescrive soltanto che l'ente sia invitato ad eleggere o dichiarare domicilio e che sia avvisato che per partecipare al procedimento è necessario presentare la dichiarazione di cui all'articolo 39 comma 2 dl.gs 231/2001.

– GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 148 s.; C. CESARI, *Il procedimento sugli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., 1025; M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit., 148; A. BERNASCONI, *Indagini ed udienza preliminare*, cit., 314; L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit., 304 s. In senso parzialmente difforme: M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 600 s.; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti dipendenti da reato*, cit., 277 s. Secondo tali Autori, difatti, la proroga della durata delle indagini nei confronti dell'ente è ammissibile nella misura in cui si sia adottata la medesima determinazione nel procedimento a carico della persona fisica.

⁸⁵ Si rinvia alla nota precedente per i riferimenti bibliografici.

⁸⁶ Nel senso che l'ente possa porre in essere le attività riparatorie di cui all'art. 17 dl.gs 231/2001 traendone i relativi benefici solamente essendo giunto a conoscenza tempestivamente della pendenza del procedimento: M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit., 149.

⁸⁷ Ai sensi di tali disposizioni, l'informazione di cui trattasi è preclusa nel caso in cui sia stato commesso un reato di cui agli articoli 25 *quater* (delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico) e 25 *quinquies* (delitti contro la finalità individuale); il reato sia stato commesso avvalendosi delle condizioni di cui al 416 *bis* c.p. oppure al fine di agevolare l'attività di tali organizzazioni criminali oppure il pubblico ministero, alla presenza di specifiche esigenze investigative, abbia, con decreto motivato e per un termine non rinnovabile non superiore a tre mesi, disposto il segreto sulle iscrizioni.

⁸⁸ Di tale disposizione si riporta il testo: « Per la prima notificazione all'ente si osservano le disposizioni dell'articolo 154, comma 3, del codice di procedura penale. Sono comunque valide le notificazioni eseguite mediante consegna al legale rappresentante, anche se imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. Se l'ente ha dichiarato o eletto domicilio nella dichiarazione di cui all'articolo 39 o in altro atto comunicato all'autorità giudiziaria, le notificazioni sono eseguite ai sensi dell'articolo 161 del codice di procedura penale. Se non è possibile eseguire le notificazioni nei modi previsti dai commi precedenti, l'autorità giudiziaria dispone nuove ricerche. Qualora le ricerche non diano esito positivo, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sospende il procedimento». Per un'analisi di tale disciplina con considerazioni critiche, vd.: P. CORVI, *La disciplina delle notificazioni all'ente* in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231*, IPSOA, Milano, 2002, 259 ss.

Tuttavia, sebbene manchi un esplicito rinvio all'articolo 369 c.p.p., è pacifico in dottrina che a tale norma debba farsi riferimento con finalità integratrice⁸⁹. Più nel dettaglio, l'informazione di garanzia dovrà essere trasmessa ogni qualvolta si renda necessario compiere un atto al quale il difensore abbia il diritto di assistere e dovrà contenere l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate, la data, il luogo del fatto e l'invito a nominare un difensore di fiducia.

Non sembra, invece, che, in base al tenore letterale delle due norme rilevanti in materia, sia necessaria l'indicazione del nome, ove sia noto, della persona fisica cui provvisoriamente si addebita il fatto di reato presupposto⁹⁰. Ciò può essere giustificato sulla base della disciplina prevista dall'articolo 8 dl.gs 231/2001 in base alla quale la responsabilità dell'ente prescinde dalla responsabilità della persona fisica. Infatti è possibile procedere nei confronti della persona giuridica anche nell'ipotesi in cui sia ignoto l'autore del reato presupposto, che comunque deve essere individuato nei suoi profili essenziali, essendo quest'ultimo necessario all'integrazione della fattispecie complessa che definisce la responsabilità amministrativa⁹¹. Non manca, nondimeno, in dottrina chi, intenzionato a tutelare in massima parte il diritto di difesa dell'ente⁹², propone di porre rimedio a tale lacuna in via interpretativa⁹³.

⁸⁹ In argomento: L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit.,307; A. GIARDA, *Procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa degli enti (d. lgs 8 giugno 2001, n°231)*, cit.,1269; G. RUTA, *Art. 57 in AA.VV., Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 1114; P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 97; S. LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del dl.gs 8 giugno 2001, n°231*, cit.,2532 s.

⁹⁰ Sul punto: M. BARESI, *Art. 57*, cit.,498; M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare in G. LATTANZI (A CURA DI), Reati e responsabilità degli enti. Guida al dl.gs 231/2001*, Giuffrè, Milano, 2010, 598 s.; G. PAOLOZZI, voce *Processo penale agli enti*, cit.,8.

⁹¹ Vd.: G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 205; M. L. DI BITONTO, *Lineamenti generali del procedimento a carico degli enti*, cit., 46.

⁹² Ai sensi dell'articolo 39 comma 1, la qualifica di rappresentante legale dell'ente non può essere assunta da chi è imputato in relazione al fatto di reato presupposto. Da ciò si deduce il pieno interesse dell'ente ad essere tempestivamente a conoscenza dell'identità fisica del soggetto indagato. Inoltre, la posizione processuale dell'ente assume distinte fattezze a seconda della natura apicale o subordinata della persona fisica che ha posto in essere la condotta criminosa. Vd.: A. BERNASCONI, *Indagini ed udienza preliminare*, cit., 315; M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit.,149 s.

⁹³ In argomento: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, Torino, 2018, 71; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti dipendenti da reato*, cit., 279; M. CERESA – GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 148 ss.

3. L'esercizio dell'azione nel procedimento amministrativo dipendente da reato

Ai sensi dell'articolo 59 dl.gs 231/2001, il pubblico ministero, qualora non ritenga di disporre con proprio decreto l'archiviazione all'esito della attività investigativa, procede alla contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato. Quanto alle funzioni svolte all'interno del procedimento giurisdizionale di riferimento⁹⁴, è possibile tracciare un parallelismo tra tale atto e l'imputazione: cagionando l'instaurazione della fase processuale, entrambi delimitano il *thema decidendum* e consentono all'ente di esercitare pienamente il proprio diritto di difesa⁹⁵.

Sebbene l'articolo 59 dl.gs 231/2001 non menzioni l'avviso di conclusione delle indagini di cui all'articolo 415 *bis* c.p.p., vi è un diffuso consenso⁹⁶ circa la necessità che l'atto di contestazione *de quo* sia preceduto dalla notifica del suddetto avviso. Difatti, in primo luogo, suggerisce tale soluzione la generale applicabilità, ai sensi

⁹⁴ Nel senso che la contestazione *de qua*, in quanto atto di natura recettizia, è necessario che sia notificata all'ente perché possa produrre degli effetti giuridici: C. CORATELLA, *Aspetti processuali*, cit.,177; C. SANTORIELLO, "Torsioni" interpretative della giurisprudenza nella ricostruzione della disciplina in tema di processo agli enti collettivi ovvero dal rimando alla disciplina del codice di procedura penale alla ricostruzione di un processo a la carte in *Osservatorio sulla responsabilità penale degli enti*, n°1/2019, 20 ss. In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. VI, 12 febbraio 2015, n°18257 in *Foro italiano*. *Contra*: Cass. pen., Sez. II, 20 giugno 2018, n°41012, *ivi*.

⁹⁵ Sul punto, in conformità con quanto indicato dalla Relazione ministeriale al dl.gs 231/2001 (pagina 35): E. A. MANCUSO, *Art. 59 in AA.VV., Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 1141; C. CESARI, *Il procedimento sugli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit.,1026 s.; O. MAZZA, *Conclusione delle indagini e udienza preliminare*, cit.,229; M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit.,155; M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 637.

⁹⁶ Sulla generale applicabilità, nel procedimento *de societate*, dell'articolo 415 *bis* e sulle relative argomentazioni a sostegno di tale tesi: M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 610 ss.; A. BERNASCONI, *Indagini ed udienza preliminare*, cit., 318; C. CESARI, *Il procedimento sugli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit.,1027; M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*,cit.,155; A. GIARDA, *Procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa degli enti (d. lgs 8 giugno 2001, n°231)*, cit.,1270; L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit., 315 s.; R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit.,62 s.; A. BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, cit., 999 s.; G. PAOLOZZI, voce *Processo penale agli enti*, cit., 17; G. GARUTI, voce *Processo agli enti*, cit., 18; P. DELL'ANNO, *Art. 59 in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008, 509 s.; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti dipendenti da reato*, , cit.,306; G. GARUTI, *Art. 59 in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (A CURA DI), Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Torino, 2010, 664; P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit.,100; A. DIDDI, *Art. 61 in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008, 518.

dell'articolo 35 dl.gs 231/2001 e nei limiti in precedenza esposti⁹⁷, all'ente delle garanzie procedurali assicurate alla persona fisica sottoposta ad indagini preliminari o imputata. In secondo luogo, sebbene di regola i procedimenti a carico dell'ente e della persona fisica siano trattati in via congiunta⁹⁸, sussistono delle ipotesi in cui la trattazione degli stessi avviene separatamente⁹⁹: da ciò deriva l'esigenza di assicurare, in via diretta, all'ente un catalogo di garanzie difensive il più possibile ampio. Infine, qualora il pubblico ministero non avesse posto in essere alcun atto investigativo che rendesse necessaria la notifica dell'informazione di garanzia, l'avviso di conclusione delle indagini sarebbe l'unico elemento mediante il quale l'ente possa divenire edotto della sussistenza di un procedimento a proprio carico prima che il pubblico ministero, *ex* articolo 59 dl.gs 231/2001, contesti l'illecito. L'avviso di conclusione delle indagini preliminari dovrà così essere notificato all'ente ed al suo difensore, e dovrà necessariamente contenere gli elementi indicati dal secondo comma dell'articolo 415 *bis*¹⁰⁰, tra i quali rientra l'invito per l'imputato a rendere l'interrogatorio innanzi al pubblico ministero sull'addebito formulato nel capo di incolpazione. Proprio la possibilità di procedere ad interrogatorio nei confronti dell'ente ha destato talune perplessità, che si fondano sulla concreta possibilità per un ente di rilasciare dichiarazioni o sottoporsi ad un interrogatorio. Infatti, l'interrogatorio postula una corporeità che non può appartenere ad un soggetto di diritto. Tuttavia, il disposto dell'articolo 39 dl.gs 231/2001 secondo cui l'ente prende parte al procedimento per mezzo del proprio rappresentante legale indica in modo univoco che sia quest'ultimo ad interloquire con l'organo dell'accusa¹⁰¹.

⁹⁷ Vd. *supra* 1.2.

⁹⁸ Vd. *infra*. 7.

⁹⁹ Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui l'identità della persona fisica autrice del fatto di reato presupposto sia ignota.

¹⁰⁰ Secondo comma dell'articolo 415 *bis*: « L'avviso contiene la sommaria enunciazione del fatto per il quale si procede, delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo del fatto, con l'avvertimento che la documentazione relativa alle indagini espletate è depositata presso la segreteria del pubblico ministero e che l'indagato e il suo difensore hanno facoltà di prenderne visione ed estrarne copia».

¹⁰¹ In argomento: M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit.,612; A. BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, cit.,1000; G. PAOLOZZI, voce *Processo penale agli enti*, cit., 17; G. GARUTI, voce *Processo agli enti*, cit.,18. In termini dubitativi: L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit.,299 s.

Con riferimento, invece, alle modalità di esercizio dell'azione da parte dell'organo dell'accusa, l'articolo 59 dl.gs 231/2001 fa un esplicito riferimento al primo comma dell'articolo 409 c.p.p., suggerendo la generale applicabilità di quanto ordinariamente previsto nel procedimento per le persone fisiche in tema di richiesta di rinvio a giudizio, atti introduttivi, giudizio immediato, giudizio direttissimo¹⁰² e procedimento per decreto. Non essendo compresa in tale elencazione, non è chiaro se sia possibile includervi in via interpretativa la citazione diretta a giudizio¹⁰³. A tale interrogativo sembra doversi dare una risposta positiva: il secondo comma dell'articolo 36 prescrive, difatti, l'osservanza nel procedimento *de societate* «delle disposizioni del codice di rito in materia di composizione del tribunale e le disposizioni processuali collegate ai reati dai quali l'illecito amministrativo dipende». In aggiunta, tra i reati presupposto se ne possono individuare taluni¹⁰⁴ per cui è previsto che si proceda con tale modalità di esercizio dell'azione¹⁰⁵.

Quanto al contenuto dell'atto di contestazione dell'illecito amministrativo, il secondo comma dell'articolo 59 dl.gs 231/2001 indica, in analogia con l'articolo 417 c.p.p., «gli elementi identificativi dell'ente, l'enunciazione in forma chiara e precisa del fatto che può comportare l'applicazione delle sanzioni amministrative, con l'indicazione del reato da cui l'illecito dipende e dei relativi articoli di legge e delle fonti di prova».

¹⁰² Nel senso che nel procedimento *de societate* possa trovare applicazione il rito direttissimo solo nel caso di confessione nel corso di un interrogatorio entro il termine massimo previsto dal quinto comma dell'articolo 449 (trenta giorni): G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 240; G. PIZIALI, *Procedimenti speciali* in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231*, IPSOA, Milano, 2002, 346.

¹⁰³ Per una definizione di tale modalità di esercizio dell'azione penale si rinvia alla nota n°154 del primo capitolo.

¹⁰⁴ Si pensi, a titolo esemplificativo, al delitto di frode informatica oppure al delitto di false comunicazioni sociali.

¹⁰⁵ Sull'applicabilità di tale modalità di esercizio dell'azione nel procedimento a carico degli enti in piena conformità con quanto si può leggere nella Relazione ministeriale al dl.gs 231/2001 (pagina 35): R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 62; P. DELL'ANNO, *Art. 59*, cit., 510; S. LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del dl.gs 8 giugno 2001, n°231*, cit., 2534; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti dipendenti da reato*, cit., 305; M. CERESA – GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 158; P. DI GERONIMO, *Aspetti processuali del dl.gs 231/2001 sulla responsabilità degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, cit., 1575; ; P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 100; A. BERNASCONI, *Indagini ed udienza preliminare*, cit., 318 s.; L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit., 313 s.

In assenza degli elementi contenutistici prescritti dall'art. 59 d.lgs. 231/2001, l'atto di contestazione dell'illecito dovrebbe a rigore essere sanzionato con la nullità, stante il difetto dei presupposti di un atto che afferisce all'esercizio dell'azione penale, e quindi alle nullità assolute *ex art. 178 comma 1 lettera b c.p.p.*¹⁰⁶. Tuttavia, le Sezioni Unite, espresse circa i casi in cui possa essere affetta da nullità la richiesta di rinvio a giudizio presentata dal pubblico ministero, si sono espresse definendo abnorme il provvedimento con cui il giudice dell'udienza preliminare, in caso di imputazione generica o indeterminata, abbia restituito gli atti al pubblico ministero senza avergli prima chiesto di precisarla¹⁰⁷. Nel caso, invece, sia assente la descrizione di uno degli elementi essenziali che compongono la fattispecie di reato (la condotta, l'oggetto materiale del reato, il nesso causale, l'evento e l'elemento psicologico) la richiesta di rinvio a giudizio deve ritenersi affetta da nullità¹⁰⁸. A margine dei vizi derivanti dall'indeterminatezza contenutistica del capo di incolpazione, dall'applicabilità dell'art. 415 *bis* c.p.p. al procedimento *de societate* deriva che sia affetta da nullità l'iniziativa del pubblico ministero che non sia stata preceduta dall'invio dell'avviso di conclusione delle indagini e dall'invito a rendere interrogatorio, anche nel caso in cui il soggetto indagato ne abbia fatto tempestivamente richiesta¹⁰⁹.

4. L'archiviazione nel procedimento nei confronti degli enti: i casi

Come nel procedimento a carico delle persone fisiche, la fase investigativa può concludersi, alla luce di quanto dispone l'articolo 58 dl.gs 231/2001, con l'archiviazione della notizia di illecito amministrativo.

¹⁰⁶ In argomento, *ex plurimis*: M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 637 s.; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti dipendenti da reato*, cit., 309.

¹⁰⁷ Vd.: Cass. pen., Sez. Un., 20 dicembre 2007, Battistella, n°5307 in *Foro italiano*.

¹⁰⁸ In tal senso: O. MAZZA, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. III, 2008, 1373.

¹⁰⁹ Vd.: Cass. pen., Sezione IV, 4 maggio 2018, Società Tecna Group, n°31641 in *Foro italiano*. Non condividono le perplessità circa una possibile violazione del principio di tassatività delle cause di nullità: L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit., 316; P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 100.

In via introduttiva, l'art. 58 d.lgs. 231/2001 non individua espressamente tutte le condizioni in presenza delle quali l'organo dell'accusa è titolare del potere/dovere¹¹⁰ di procedere con l'archiviazione¹¹¹.

Da ciò deriva che a tale lacuna si debba porre rimedio in via interpretativa facendo riferimento alla disciplina in materia del codice di rito¹¹², in quanto compatibili. Per questo è da escludere che possa trovare applicazione l'articolo 415 c.p.p. in materia di procedimento a carico di soggetti ignoti¹¹³: da un lato, l'articolo 8 dl.gs 231/2001 prevede che la responsabilità dell'ente non sia esclusa dalla mancata identificazione¹¹⁴ o dalla mancanza di imputabilità¹¹⁵ della persona fisica autrice del fatto di reato presupposto; dall'altro lato, la possibilità che ad essere ignota sia la persona giuridica non è contemplata dall'ordinamento giuridico¹¹⁶.

¹¹⁰ Sull'obbligo del pubblico ministero di procedere, in presenza delle condizioni stabilite *ex lege*, con l'archiviazione: vd. supra. Cap. I, 4.

¹¹¹ Sulla singolarità della tecnica normativa di subordinare la possibilità di procedere alla contestazione all'impossibilità di archiviare la notizia di illecito e viceversa senza aver delineato i presupposti di nessuno dei due sviluppi procedurali: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 72 s.

¹¹² In argomento: M. L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 103; E. A. MANCUSO, *Art.58 in AA., Vv., Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluver, Milano, 2019, 1134 s.; L. PADULA, *L'archiviazione nel procedimento per «gli illeciti amministrativi dipendenti da reato» ascrivibili agli enti in Cassazione Penale*, fasc. IX, 2005, 2803; A. BERNASCONI, *Profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare in AA. Vv., Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, Padova, 2002, 308;

¹¹³ Sul punto, *ex plurimis*: A. BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali*, cit., 999; G. GARUTI, voce *Processo agli enti*, cit., 17; M. BARESI, *Art. 58 in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008, 504; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti dipendenti da reato*, cit., 297; S. LORUSSO, *Art. 58 in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (A CURA DI), Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Torino, 2010, 658 s.

¹¹⁴ Per una compiuta analisi circa la *ratio* di tale introduzione legislativa e sulle relative problematiche applicative si rinvia a: G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente a processo in G. LATTANZI (A CURA DI), Reati e responsabilità degli enti. Guida al dl.gs 231/2001*, Giuffrè, Milano, 2010, 449 ss.; A. BERNASCONI, *L'autonomia della responsabilità dell'ente in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018, 79 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008, 204 ss.. Sulla necessità che sia comunque identificata la categoria di appartenenza dell'autore del fatto di reato la cui siano ignote le generalità: Cass. pen., Sez. VI, 10 novembre 2015, n°28299.

¹¹⁵ La Relazione ministeriale al dl.gs 231/2001 (pagina 11) definisce tale ipotesi come «dal sapore più teorico che pratico».

¹¹⁶ *Ex plurimis*, vd.: M. BARESI, *Art. 55*, cit., 490; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti dipendenti da reato*, Giuffrè, Milano, 2012, 274; A. BERNASCONI, *Indagini ed udienza preliminare*, cit., 312.

In termini generali, è possibile suddividere le cause di archiviazione in due categorie¹¹⁷: da un lato, quelle che attengono direttamente alla fondatezza della notizia di illecito amministrativo dipendente da reato e che, quindi, possiamo qualificare come cause dirette di archiviazione; dall'altro, quelle concernenti il reato presupposto e che, dunque, possono considerarsi come cause di archiviazione di natura derivata.

Quanto alle cause derivate di archiviazione¹¹⁸, esse consistono nelle ipotesi dell'infondatezza, ai sensi dell'articolo 408 c.p.p., della notizia di reato presupposto e nelle ipotesi di cui all'articolo 411 c.p.p., riguardanti la mancanza di una condizione di procedibilità, l'estinzione del reato, la mancata previsione del fatto come reato da parte della legge e, infine, la non punibilità del soggetto sottoposto ad indagini in ragione della particolare tenuità del fatto commesso.

Con riguardo all'infondatezza della notizia di reato, si tratta, più precisamente, dei casi in cui il fatto di reato presupposto non sussista, non sia stato commesso dal soggetto indagato¹¹⁹, non costituisca reato¹²⁰.

Le ipotesi riconducibili al 411 c.p.p. – salvo il caso della mancata previsione del fatto come reato da parte della legge, sulla cui applicabilità al procedimento *de societate* vi è un ampio consenso¹²¹ – pongono talune questioni di carattere interpretativo.

¹¹⁷ Sul punto: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, Giuffrè, Milano, 2005, 289 ss.; A. BERNASCONI, *Indagini ed udienza preliminare*, cit., 317; G. GARUTI, voce *Processo agli enti*, cit., 16; S. LORUSSO, *Art. 58*, cit., 657.

¹¹⁸ Per un'analisi approfondita circa le singole cause di archiviazione si rinvia al Cap. II. 2.1.

¹¹⁹ Nel senso che tale formula archiviativa non abbia, al sussistere degli altri elementi che compongono la responsabilità degli enti, un'efficacia preclusiva: F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1329; A. BERNASCONI, *L'autonomia della responsabilità dell'ente*, cit., 90. In giurisprudenza, seppur riferendosi al sussistere della responsabilità dell'ente a fronte di un'assoluzione della persona fisica per non aver commesso il fatto: Cass. pen., Sez. V, 4 aprile 2013, n°20060 in *Foro italiano*.

¹²⁰ Sulla possibilità di includere tale formula assolutoria all'interno del concetto di infondatezza della notizia di reato di cui all'articolo 408 c.p.p.: vd. supra. Cap. II, 2.2.

¹²¹ In argomento: M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 610 ss.; A. BERNASCONI, *Indagini ed udienza preliminare*, cit., 318; C. CESARI, *Il procedimento sugli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., 1027; M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit., 155; A. GIARDA, *Procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa degli enti* (*d. lgs 8 giugno 2001, n°231*), cit., 1270; L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit., 315 s; R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 62 s.; A. BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, cit., 999 s; G. PAOLOZZI, voce *Processo penale agli enti*, cit., 17; G. GARUTI, voce *Processo agli enti*, cit., 18; P. DELL'ANNO, *Art. 59* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008, 509 s.; G. VARRASO, *Il*

Iniziando con l'archiviazione per estinzione del reato¹²², tale causa di archiviazione deve essere coordinata con il dettato letterale dell'articolo 8 dl.gs 231/2001 il quale prevede che la responsabilità dell'ente persista anche al verificarsi di una causa di estinzione del reato presupposto diversa dall'amnistia¹²³. Tuttavia, ai sensi del terzo comma dell'articolo 8 dl.gs 231/2001, all'ente è data la possibilità di rinunciare all'amnistia al fine di poter eventualmente dimostrare, in sede processuale, la propria estraneità ai fatti¹²⁴. Tale opzione non produce alcun effetto sul procedimento a carico della persona fisica e viceversa. Altrimenti l'ente o la persona fisica coinvolta nel procedimento diverrebbe arbitra del destino processuale altrui¹²⁵.

Con riferimento, invece, all'archiviazione per mancanza di una condizione di procedibilità, alla luce di quanto dispone l'articolo 37 dl.gs 231/2001, non è possibile procedere all'accertamento della responsabilità dell'ente tutte le volte in cui l'azione penale nei confronti della persona fisica autrice del reato presupposto è preclusa per la mancanza di una condizione di procedibilità¹²⁶. Tale disposizione, introducendo un'eccezione al principio di autonomia della responsabilità dell'ente *ex* articolo 8 dl.gs 231/2001¹²⁷, è finalizzata alla salvaguardia di interessi di

procedimento per gli illeciti dipendenti da reato, cit.,306; G. GARUTI, *Art. 59* in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (A CURA DI), *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Torino, 2010, 664; P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit.,100; A. DIDI, *Art. 61* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008, 518.

¹²² Per il caso della maturazione della prescrizione prima che il pubblico ministero abbia contestato l'illecito: vd. *infra* 3.1.

¹²³ Nel senso che tale disposizione si applichi nel caso di cause di estinzione del reato di portata generale e speciale: R. PASCARELLI, *Art. 8* in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (A CURA DI), *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Torino, 2010, 150. Nel senso, oltre allo stesso Autore nella pagina successiva, che si faccia riferimento esclusivamente alla cosiddetta amnistia propria: DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità cd. amministrativa degli enti* in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, Padova, 2002, 117; A. BERNASCONI, *L'autonomia della responsabilità dell'ente*, cit., 91; E. A. MANCUSO, *Art.8 – Profili processuali* in AA., VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 356.

¹²⁴ Vd.: Sentenza della Corte Costituzionale, n°175/1971 .

¹²⁵ In tal senso: DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità cd. amministrativa degli enti*, cit., 117.

¹²⁶ È rimasta isolata in dottrina l'opinione secondo cui la mancanza di una condizione di procedibilità potrebbe rilevare solo a seguito di una sentenza di proscioglimento o di un decreto di archiviazione: G. GARUTI, *Persone giuridiche e "processo" ordinario di cognizione* in *Diritto penale e processo*, n°2/2003, 138.

¹²⁷ In argomento: F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1330; E. A. MANCUSO, *Autonomia di accertamento e simultaneus processus* in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*:

economia procedimentale: difatti, l'instaurazione del processo nei confronti dell'ente non potrebbe condurre ad alcun risultato a causa dell'impossibilità di accertare eventuali profili di responsabilità in capo alla persona fisica sottoposta ad indagini¹²⁸. Assumendo un'altra prospettiva, l'articolo 37 dl.gs 231/2001 pone in risalto il collegamento molto stretto tra la responsabilità amministrativa dell'ente e la responsabilità penale della persona fisica autrice del reato presupposto¹²⁹.

Per quanto concerne, infine, la possibilità che il procedimento *de societate* sia archiviato per particolare tenuità del fatto, la giurisprudenza di legittimità si è espressa sostenendo che il giudice, riconosciuta alla persona fisica tale causa di esclusione della punibilità, non possa esimersi dall'accertare in modo autonomo la responsabilità amministrativa dell'ente¹³⁰. In base a tale pronuncia, si esclude che l'articolo 411 comma 1 *bis* possa rilevare in questo contesto giurisdizionale¹³¹.

Passando, invece, a trattare delle cause dirette di archiviazione, il pubblico ministero è tenuto a disporre l'archiviazione in tutti quei casi in cui la notizia di illecito amministrativa risulti infondata, sulla scorta del parametro valutativo di cui all'articolo 125 disp. att. coord.¹³². Risulta, in primo luogo, riconducibile a tale ipotesi il caso in cui l'ente sottoposto ad indagini sia – in quanto ente pubblico di carattere non economico, ente pubblico territoriale o ente che svolge funzioni di rilievo costituzionale – estraneo all'ambito soggettivo di applicazione del dl.gs 231/2001. In secondo luogo, determina la prematura definizione del procedimento il fatto che la persona fisica autrice della condotta illecita non sia inserita nella sfera istituzionale dell'ente oppure abbia agito nel proprio esclusivo interesse. Parimenti, assume rilievo l'assenza, ai sensi degli articoli 6 e 7 dl.gs 231/2001, di alcuna colpa d'organizzazione in capo all'ente. In aggiunta, non può instaurarsi la fase

Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231, IPSOA, Milano, 2002, 213. In senso contrario: G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente a processo*, cit., 454.

¹²⁸ Sul punto: E. A. MANCUSO, 37 in AA., VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 902; M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit., 118.

¹²⁹ Cfr.: S. LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del dl.gs 8 giugno 2001, n°231*, cit., 2529 s.; G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente a processo*, cit., 455.

¹³⁰ Vd.: Cass. pen., Sez. III, 17 novembre 2017, n°9072 in *Foro italiano*.

¹³¹ In argomento: E. A. MANCUSO, *Art.58*, cit., 1136.

¹³² In argomento: M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 622 s.; P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 98. In senso contrario: E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., 333.

processuale ove il reato oggetto del procedimento *de societate* in corso non sia compreso, anche in seguito di un'innovazione legislativa, nel catalogo dei reati presupposto¹³³. Infine, l'organo dell'accusa, stante il disposto dell'articolo 22 dl.gs 231/2001, non può procedere alla contestazione dell'illecito qualora sia maturata la prescrizione delle sanzioni amministrative per essere trascorsi più di cinque anni dalla commissione del reato presupposto e qualora – nei casi di alcuni delitti commessi all'estero¹³⁴, dei delitti perseguibili a querela della persona offesa commessi in danno del Capo dello Stato ed infine i reati menzionati nel quarto comma dell'articolo 314 del c.p.¹³⁵ – non sia stata presentata la richiesta del ministro della Giustizia¹³⁶ nei confronti dell'ente¹³⁷.

4.1 La decadenza dalla contestazione

Un caso particolare di archiviazione è disciplinato dall'articolo 60 dl.gs 231/2001. Ai sensi di tale disposizione, infatti, il pubblico ministero non può procedere alla contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato qualora per il reato presupposto sia già maturata la prescrizione.

Tale istituto presenta, rispetto alle condizioni di procedibilità, degli elementi di analogia e distonia che ne rendono disagevole l'esatta classificazione dogmatica.

Da un lato, l'eventuale irrituale iniziativa del pubblico ministero avrebbe come esito l'emanazione di una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere

¹³³ In argomento: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 291 ss.; L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit., 311 s.; E. A. MANCUSO, *Art.58*, cit.,1135; R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 76; A. BERNASCONI, *voce Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, cit., 999; G. GARUTI, *voce Processo agli enti*, cit., 16; M. BARESI, *Art. 58*, cit., 503 s.; C. SANTORIELLO, *La procedura di archiviazione nel processo nei confronti degli enti collettivi*, cit.,143

¹³⁴ Ci si riferisce ai delitti politici commessi all'estero, da cittadino italiano o straniero, che non siano contro la personalità dello Stato (articolo 8 c.p.); al delitto comune del cittadino all'estero (articolo 9 c.p.) e ai delitti comuni dello straniero all'estero (articolo 10 c.p.). In relazione a queste ultime due tipologie di delitti sono previste delle limitazioni di pena perché possa applicarsi la disciplina in questione.

¹³⁵ Si tratta dei reati di cui all'articolo 296 c.p. (offesa alla libertà dei Capi di Stato esteri) e all'articolo 299 c.p. (offesa alla bandiera o di un altro emblema di uno Stato estero).

¹³⁶ Nel senso che tale previsione abbia la funzione di conciliare l'interesse dello Stato a perseguire i fatti di reato perseguiti all'estero e valutazioni di politica estera: G. DI VETTA, *Art. 4 in AA., VV., Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 67.

¹³⁷ Per i riferimenti bibliografici si rinvia alla nota n° 183.

a seconda che sia prevista o meno la celebrazione di un'udienza preliminare¹³⁸. Dall'altro lato, tuttavia, le condizioni di procedibilità sono caratterizzate dal consistere in iniziative, ad opera di soggetti di natura pubblica o privata¹³⁹ estranei dall'organizzazione giudiziaria, atte a consentire l'instaurazione della fase processuale¹⁴⁰. In ragioni di tale differenza, si è proposto di inquadrare l'istituto in commento all'interno della categoria, inedita nel nostro ordinamento, delle «*cause speciali di decadenza dalla potestà sanzionatoria amministrativa*»¹⁴¹.

Ad ogni modo, tale previsione non costituisce un'assoluta novità all'interno del nostro ordinamento giuridico: marcati sono i tratti similari con l'articolo 14 l. 689/1981 il quale prescrive, qualora sia impossibile una contestazione immediata dell'illecito al trasgressore e al solidamente obbligato al pagamento della sanzione pecuniaria, che la notifica della violazione avvenga, a pena di estinzione dell'obbligazione di pagamento della somma dovuta, entro i termini stabiliti *ex lege*¹⁴².

La scelta del legislatore di prevedere, nel procedimento a carico degli enti, un termine entro cui procedere alla contestazione dell'illecito di maggiore durata rispetto alla summenzionata disciplina amministrativa ha una duplice giustificazione: prevedere un termine eccessivamente breve avrebbe comportato la difficoltà per il pubblico ministero di condurre indagini sufficientemente approfondite; imporre al medesimo soggetto di procedere alla contestazione dell'illecito ed alla relativa *discovery* degli atti investigativi fino a quel momento raccolti avrebbe potuto impedire un esito fruttuoso dell'attività d'indagine nel

¹³⁸ In argomento: O. MAZZA, *Conclusioni delle indagini e udienza preliminare*, cit., 232; M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 629 s.; G. RANALDI, *Art. 60* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008, 516; A. BERNASCONI, *Indagini ed udienza preliminare*, cit., 320.

¹³⁹ Per approfondimenti, vd. Cap I, 4.1.

¹⁴⁰ In argomento: G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti dipendenti da reato*, cit., 299; G. GARUTI, *Art. 60* in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (A CURA DI), *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Torino, 2010, 666. Ritiene, in contrario, che ci si trovi di fronte ad una causa d'improcedibilità della sanzione amministrativa: G. RANALDI, *Art. 60*, cit., 516.

¹⁴¹ L'espressione è tratta dai seguenti testi cui si rinvia: G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 181; A. BERNASCONI, *Profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, cit., 312. In senso conforme: M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 628; P. DELL'ANNO, *Art. 59*, cit., 508.

¹⁴² Novanta o trecentosessanta giorni a seconda che il soggetto risieda nel territorio dello Stato o all'estero. Per approfondimenti: F. VALENTINI, *Contestazioni e notificazioni* in AA. VV., *La vigilanza e la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2021, 643 ss.

procedimento penale a carico della persona fisica¹⁴³. Dall'altro lato, tuttavia, occorre anche evitare che, in ragione di quanto dispone l'articolo 22 dl.gs 231/2001 in materia di prescrizione delle sanzioni amministrative¹⁴⁴, l'ente potesse essere chiamato a rendere conto di condotte troppo risalenti nel tempo con la relativa difficoltà di esercitare a pieno il proprio diritto di difesa¹⁴⁵. La necessità di conciliare, dunque, queste esigenze contrapposte ha condotto all'individuazione di tale soluzione intermedia della cui conformità con il principio, ex articolo 8 dl.gs 231/2001, di autonomia della responsabilità dell'ente si dubita, in quanto tale ultima disposizione consente che possa riconoscersi la responsabilità amministrativa da reato in capo all'ente a nulla rilevando l'estinzione del reato presupposto¹⁴⁶.

Infine, stante il silenzio del legislatore sul punto, non è chiaro quale sia la conseguenza della rinuncia della persona fisica alla prescrizione che sia maturata prima che l'organo dell'accusa abbia contestato l'illecito all'ente e viceversa. Al fine di poter fornire una risposta a tale interrogativo, risulta fondamentale comprendere se l'articolo 8 dl.gs 231/2001 abbia o meno natura eccezionale. Solo nel secondo caso, difatti, potrebbe trovare applicazione, in via analogica, in materia di rinuncia all'amnistia¹⁴⁷. Sebbene non vi sia un consenso in letteratura circa la natura di principio generale del disposto dell'articolo 8 dl.gs 231/2001¹⁴⁸, una tale opzione ermeneutica sembra da preferirsi in quanto l'estendere all'ente la rinuncia

¹⁴³ In argomento: Relazione ministeriale al dl.gs 231/2001 (pagina 35). Nel senso che tale disposizione sia coerente con la struttura dell'illecito amministrativo in rilievo: C. CORATELLA, *Aspetti processuali*, cit., 179.

¹⁴⁴ Ai sensi del terzo comma di tale norma, ad ogni atto interruttivo corrisponde l'inizio di un nuovo periodo di prescrizione senza che sia previsto un limite temporale massimo. Nel senso che vi sia il rischio di una dilatazione incontrollata dei tempi del procedimento *de societate*: G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 254; N. FOLLA, *Le sanzioni pecuniarie* in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231*, IPSOA, Milano, 2002, 116.

¹⁴⁵ Sul punto: M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 629; G. GARUTI, *Art. 60*, cit., 665; G. RANALDI, *Art. 60*, cit., 514.

¹⁴⁶ Si esprimono in senso critico nei confronti di tale opzione legislativa: F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1330 s.; G. PAOLOZZI, voce *Processo penale agli enti*, cit., 17; S. LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del dl.gs 8 giugno 2001, n°231*, cit., 2535; M. CERESA – GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 161. *Contra*: C. CORATELLA, *Aspetti processuali*, cit., 179.

¹⁴⁷ Vd. *supra* 3

¹⁴⁸ In tal senso: F. CONSULICH, *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. Prospettive di riforma dell'art. 8* in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n°4/2018, 211; G. AMATO, *Autore ignoto e responsabilità dell'ente* in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n°4/2015, 226. *Contra*: O. DI GIOVINE, *Sicurezza sul lavoro, Malattie professionali e responsabilità degli enti* in *Cassazione Penale*, fasc. III, 2009, 1335.

alla prescrizione da parte della persona fisica, e viceversa, sarebbe una conseguenza abnorme da evitare nei limiti del possibile¹⁴⁹.

5. La procedura di archiviazione

Quanto alla disciplina di carattere procedurale, l'archiviazione della notizia di illecito amministrativo dipendente da reato costituisce uno degli aspetti in cui il procedimento *de societate* si discosta maggiormente dalla procedura penale tradizionale¹⁵⁰.

Difatti nel procedimento a carico degli enti il legislatore delegato ha optato – mediante l'attribuzione, in tale ambito, di un potere di carattere monopolistico in capo al pubblico ministero¹⁵¹ – per un procedimento semplificato di archiviazione. Ai sensi dell'articolo 58 dl.gs 231/2001, quest'ultimo, qualora non ritenga di procedere con la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato, dispone l'archiviazione mediante l'emanazione di un decreto motivato. La previsione di un obbligo di motivazione in capo al pubblico ministero in relazione a tale provvedimento – i cui estremi, *ex* articolo 4 del decreto ministeriale n°101/2001, devono essere iscritti nello spazio del registro delle notizie di reato riservato alle richieste di archiviazione – è un elemento molto rilevante. Invero, dall'obbligo di esporre le ragioni fattuali e giuridiche che hanno indotto il pubblico ministero di primo grado a non esercitare l'azione può dedursi l'impossibilità che quest'ultimo assuma determinazioni sulla base del proprio imperscrutabile volere¹⁵². Dall'altro lato, l'adempimento di un tale obbligo motivazionale da parte

¹⁴⁹ Sul punto: G. GARUTI, *Art. 60 dl.gs 231/2001* in A. GIARDA – G. SPANGHER (A CURA DI), *Codice di procedura penale commentato*, IPSOA, Milano, 2017, 1875.

¹⁵⁰ Sul punto, *ex multis*: M.L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., 100; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 176; C. CORATELLA, *Aspetti processuali*, cit., 174.

¹⁵¹ Nel senso che il pubblico ministero sia titolare, in questo ambito, di un potere di destinazione diretta: S. LORUSSO, *Art. 58*, cit., 665; L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit., 309; M. BARESI, *Art. 58*, cit., 58. Per un'analisi circa cosa s'intenda, in via generale, per potere di destinazione del pubblico ministero: vd. supra. Cap. II. 7.3. Nel senso che nel procedimento a carico degli enti si assista ad « un'autocertificazione controllata»: G. SPANGHER, *Le incursioni di regole speciali nella disciplina del rito ordinario*, cit., 62.

¹⁵² In tal senso: P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 89. Per ulteriori motivazioni in ragione delle quali il pubblico ministero non possa determinarsi per l'inazione sulla base di valutazioni di mera opportunità: vd. *infra*. 6.

del pubblico ministero rende possibile la verifica della legittimità della propria inazione¹⁵³.

Circa, tuttavia, quale sia il soggetto cui sia stato attribuito il potere di operare un tale sindacato, emerge con evidenza la dissonanza tra la disciplina prevista per il procedimento a carico degli enti e quella prevista per il procedimento a carico delle persone fisiche. Difatti, nel procedimento *de societate* non si rinviene alcuna relazione dialettica tra l'organo dell'accusa e il giudice predibattimentale, elemento cardine della disciplina codicistica della procedura di archiviazione¹⁵⁴: l'articolo 58 dl.gs 231/2001, prevedendo un controllo di natura gerarchica sul decreto di archiviazione¹⁵⁵, prescrive che quest'ultimo sia comunicato al procuratore generale presso la Corte d'Appello.

Si esclude, altresì, che nel procedimento a carico degli enti possa esservi il controllo, seppur *sui generis*, operato dalla persona offesa dal reato¹⁵⁶. Infatti, l'articolo 58 dl.gs 231/2001 menziona esclusivamente il pubblico ministero ed il procuratore generale presso la Corte d'Appello e vi è un largo consenso¹⁵⁷ circa la natura tassativa di tale elencazione: l'assenza della commissione di un fatto di reato in senso stretto¹⁵⁸ e la mancanza di un intervento giurisdizionale – con la

¹⁵³ In argomento, seppur con riferimento al tema della verifica della legittimità del decreto che dispone l'avocazione delle indagini preliminari: M. L. DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, cit., 94.

¹⁵⁴ Vd. *supra*. Cap II. 3.

¹⁵⁵ Sul punto: M. CERESA – GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Giappichelli, Torino, 2015, 155.

¹⁵⁶ Circa la rilevanza che nel procedimento a carico delle persone fisiche assume la persona offesa dal reato nell'impedire elusioni del principio di obbligatorietà dell'azione penale: vd. *supra*. Cap. II. 3.2.

¹⁵⁷ Cfr.: M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 616; L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit., 313; A. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti* in A. BASSI – T. EPITENDIO – F. D'ARCANGELO (A CURA DI), *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente*, Giuffrè, Milano, 2020, 623; L. PADULA, *L'archiviazione nel procedimento per «gli illeciti amministrativi dipendenti da reato» ascrivibili agli enti*, cit., 2805 s.; P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 99. In forza di ciò, ritengono sarebbe stato opportuno prevedere un controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero: P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento* in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, Padova, 2002, 225; S. LORUSSO, *Art. 58*, cit., 656; M. GUERNELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo interno dopo il dl.gs 8 giugno 2001, n°231 (parte II)* in *Studium Iuris*, 440; A. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti* in A. BASSI – T. E. EPITENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, Milano, 2006, 583.

¹⁵⁸ Si rinvia ai riferimenti bibliografici di cui alla precedente nota.

conseguente impossibilità che, in sede camerale, s'instauri il contraddittorio circa la legittimità dell'inazione dell'organo dell'accusa¹⁵⁹ – escludono ogni possibile coinvolgimento della persona offesa dal reato in questo ambito.

Ebbene, la scelta, per quanto inusuale, di escludere un controllo giurisdizionale sulla legittimità dell'inazione dell'organo dell'accusa¹⁶⁰ non costituisce una novità assoluta nella storia del nostro ordinamento giuridico. Si può, infatti, richiamare alla mente la prima formulazione dell'articolo 74 comma 3 del previgente codice di rito¹⁶¹.

Dall'altro lato, il legislatore ha tratto ispirazione dall'articolo 18 l. 689/1981: l'autorità competente, ricevuto un rapporto in relazione ad una violazione amministrativa, qualora non ritenga fondati gli addebiti, emette un'ordinanza motivata di archiviazione¹⁶². In relazione alla congruità di tale analogia normativa sono sorti dei dubbi non totalmente fugati dalla formale qualifica come amministrativa della responsabilità dipendente da reato dell'ente. Difatti il legame indissolubile, presente in questo ambito, tra la commissione di un fatto di reato presupposto e la responsabilità dell'ente costituisce, rispetto al diritto amministrativo in senso stretto, un elemento tanto rilevante da giustificare un'opzione legislativa differente¹⁶³. Allo stesso modo, si evidenzia l'incoerenza

¹⁵⁹ Sul punto: G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti dipendenti da reato*, cit., 295.

¹⁶⁰ Nel senso che, almeno per quanto concerne il caso dell'archiviazione per infondatezza della notizia di reato presupposto, il controllo *de quo* sia assicurato nel procedimento a carico delle persone fisiche che proceda congiuntamente: E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., 334.

¹⁶¹ Di tale norma si riporta il testo in forma parziale: «Quando il pubblico ministero ritiene che non si debba procedere per la manifesta infondatezza del rapporto, del referto, della denuncia, della querela o dell'istanza, e non ha già fatto richiesta per l'istruzione formale o per il decreto di citazione a giudizio, ordina la trasmissione degli atti all'archivio...». Tracciano tale parallelismo: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 286; M. BARESI, *Art. 58*, cit., 501; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1330. Nel senso che la norma attualmente vigente si differenzia per il fatto di prevedere un onere motivazionale in capo all'organo dell'accusa: S. LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del dl.gs 8 giugno 2001, n°231*, cit., 2533.

¹⁶² Sul punto, in conformità con quanto contenuto nella Relazione ministeriale al dl.gs 231/2001 (pagina 35): M. CERESA – GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 155; C. SANTORIELLO, *La procedura di archiviazione nel processo nei confronti degli enti collettivi*, cit., 143; M.L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., 100 s.

¹⁶³ In argomento: A. BERNASCONI, *Profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, cit., 307; R. BRICCHETTI, *La società al debutto nel registro degli indagati in Guida al Diritto*, n°26/2001, 103; S. LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del dl.gs 8 giugno 2001, n°231*, cit., 2533; S. LORUSSO, *Art. 58*, cit., 654; C. SANTORIELLO, *La procedura di archiviazione nel processo nei confronti degli enti collettivi*, cit., 144 s.; L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 207. Questi ultimi due Autori evidenziano, inoltre, come nel procedimento *de societate* l'autorità che applica la sanzione non è, a

sistematica nell'individuare nel procedimento penale la sede dell'accertamento della responsabilità in commento e diversamente introdurre una disposizione tanto divergente da tale modello giurisdizionale¹⁶⁴.

Tornando alla figura del procuratore generale presso la Corte d'Appello, l'articolo 58 dl.gs 231/2001 è particolarmente ermetico, attribuendogli esclusivamente il potere di svolgere gli accertamenti indispensabili per poi, entro sei mesi, procedere all'eventuale contestazione dell'illecito.

Non è ben chiaro quale significato si debba attribuire al termine « *potere* ». Da un lato si potrebbe ritenere che, grazie a tale norma, il pubblico ministero di secondo grado possa decidere se attivarsi o meno sulla scorta di valutazioni di mera opportunità¹⁶⁵. Il fatto che nella norma non siano esplicitate le condizioni che rendono doveroso l'intervento del pubblico ministero potrebbe indurre a condividere tale linea ermeneutica¹⁶⁶. Tuttavia, la necessità di non svilire il potere di controllo attribuito al pubblico ministero di secondo grado suggerisce una diversa soluzione interpretativa: che tale disposizione normativa sia finalizzata ad equiparare, quanto a opzioni procedurali tra cui poter scegliere, il giudice predibattimentale ed il procuratore generale presso la Corte d'Appello¹⁶⁷. Come il primo ha la possibilità di indicare all'organo dell'accusa di primo grado gli atti investigativi idonei a colmare una lacuna investigativa¹⁶⁸, allo stesso modo può agire, ex articolo 58, il secondo nel procedimento *de societate*¹⁶⁹.

differenza di quanto avviene nel diritto amministrativo, l'autorità che ha proceduto all'accertamento della violazione.

¹⁶⁴ Sul punto, oltre agli Autori di cui alla precedente nota: A. BERNASCONI, *voce Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, cit., 999; M. BARESI, *Art. 58*, cit., 501; L. IANDOLO PISANELLI, *Ipotesi di specialità nel procedimento di archiviazione: vincolo del giudicato cautelare e autonomia del pubblico ministero a confronto con il modello ordinario in Diritto penale e processo*, n°8/2007, 1101.

¹⁶⁵ Nel senso che il procuratore generale presso la Corte d'Appello abbia solo la facoltà di intervenire nel procedimento *de societate*: S. LORUSSO, *Art. 58*, cit., 659; R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 84; G. GARUTI, *voce Processo agli enti*, cit., 17; V. D'ACQUARONE – R. ROSCINI – VITALI, *Esigenze e prospettive di modulazione dell'obbligatorietà dell'azione penale nel procedimento de societate in La responsabilità amministrativa della società e degli enti*, n°4/2018, 121; M. BARESI, *Art. 58*, cit., 505.

¹⁶⁶ In argomento: M. L. DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, cit., 201.

¹⁶⁷ Vd. l'Autrice di cui alla nota precedente alla pagina 204.

¹⁶⁸ Per un'analisi circa la fisionomia di tale potere in capo al giudice per le indagini preliminari, si rinvia a: Cap. II. 3.4.

¹⁶⁹ Nel senso che il giudice predibattimentale ed il procuratore generale presso la Corte d'Appello siano titolari, in questo ambito, dei medesimi poteri: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del*

Con riferimento, invece, alla possibilità per il pubblico ministero di secondo grado di contestare l'illecito nei confronti dell'ente, si reputa preferibile non attribuire al termine, previsto *ex lege*, di sei mesi natura perentoria. Se nella procedura penale tradizionale, difatti, è pacifico che ad essere limitata temporalmente è solo l'attività d'indagine e non la possibilità di esercitare l'azione¹⁷⁰, non vi sono motivi per escludere che detto principio si applichi nel procedimento a carico delle persone giuridiche¹⁷¹. Per quanto concerne, invece, la veste formale che deve assumere l'atto con cui il procuratore generale presso la Corte d'Appello si ingerisce nel procedimento, si esclude che il decreto, costituendo l'atto di esercizio dell'azione, debba essere motivato¹⁷². Difatti appartiene alla nostra tradizione giuridica che, al fine di preservare l'imparzialità del giudice dibattimentale, il pubblico ministero, a differenza dell'attore in sede civile, non esponga le motivazioni che lo hanno indotto ad assumere l'iniziativa penale¹⁷³.

Infine, il pubblico ministero di secondo grado recita un ruolo di rilievo nel porre rimedio a problemi di coordinamento tra il procedimento a carico dell'ente e della persona fisica. Si pensi al caso in cui, in relazione ad un dato fatto, sia stata disposta l'archiviazione del pubblico ministero *ex* articolo 58 dl.gs 231/2001 e si sia formulata l'imputazione come risultato della procedura camerale di archiviazione nel procedimento a carico della persona fisica: due esiti completamente opposti di fronte ad uno stesso fatto storico. Al fine di prevenire una tale contraddizione, il pubblico ministero di primo grado potrebbe attendere che si concluda l'articolata procedura di archiviazione nel procedimento a carico delle persone fisiche prima di disporre l'archiviazione nei confronti dell'ente¹⁷⁴. Tuttavia, una tale soluzione, per

pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti, cit., 84; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti dipendenti da reato*, cit., 301; E. A. MANCUSO, *Art.58*, cit., 1136.

¹⁷⁰ Vd. *supra*: Cap. II. 2.2. Per riferimenti bibliografici e giurisprudenziali si rinvia alle note 60 e 62 del summenzionato capitolo.

¹⁷¹ Oltre agli Autori di cui alla penultima nota, ritengono che il suddetto termine sia di natura ordinatoria: L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., 288; R. BRICCHETTI, *La società al debutto nel registro degli indagati*, cit., 102. *Contra*: F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1330; M. BARESI, *Art. 58*, cit., 505; S. LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del dl.gs 8 giugno 2001, n°231*, cit., 2534.

¹⁷² Sul punto: M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 631. Per un confronto con la disciplina in materia di avocazione: vd. *supra*. Cap II. 5.1.

¹⁷³ In tal senso, ID., *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 631.

¹⁷⁴ In argomento: G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti dipendenti da reato*, cit., 304; R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 74.

quanto apprezzabile, difficilmente potrebbe avere un alto grado di efficacia stante l'assenza di sanzioni per il pubblico ministero che non decida di aderirvi¹⁷⁵. Sembra, invece, maggiormente condivisibile porre l'accento sulla possibilità del procuratore generale presso la Corte d'Appello di avocare le indagini, ex articolo 412 comma 2 c.p.p.¹⁷⁶, oppure, come si è appena visto, di contestare l'illecito amministrativo dipendente da reato¹⁷⁷.

Emanato da parte del pubblico ministero il decreto motivato di archiviazione, la norma rimane silente circa la possibilità o meno per costui di riaprire le indagini senza dover prima richiedere, ex articolo 414 c.p.p., l'autorizzazione al giudice per le indagini preliminari. Tuttavia, è universalmente riconosciuto¹⁷⁸ che aver escluso un controllo giurisdizionale sull'inerzia del pubblico ministero sia scarsamente compatibile con la procedura indicata nell'articolo del codice di rito di cui sopra. Allo stesso modo, permangono delle perplessità di fronte al rischio che il pubblico ministero possa, disponendo strumentalmente l'archiviazione per poi riaprire le indagini, eludere la disciplina in materia di termini massimi di durata delle indagini preliminari¹⁷⁹.

Infine, trovando applicazione l'articolo 300 del codice di rito, all'archiviazione della notizia di illecito dipendente da reato dovrebbe conseguire l'estinzione delle misure cautelari in precedenza disposte¹⁸⁰. Sennonché, si evidenzia la singolarità di

¹⁷⁵ M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 625.

¹⁷⁶ Vd. *supra*. Cap II, 5.3.

¹⁷⁷ Vd.: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 75; M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 625.

¹⁷⁸ In argomento, M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit., 153; L. PADULA, *L'archiviazione nel procedimento per «gli illeciti amministrativi dipendenti da reato» ascrivibili agli enti*, cit., 2806 s.; A. GIARDA, *Procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa degli enti (d. lgs 8 giugno 2001, n°231)*, cit., 1271; E. A. MANCUSO, *Art.58 in AA., Vv., Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 1137; A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, cit., 723; A. BERNASCONI, *Indagini ed udienza preliminare*, cit., 317 s.; P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., 99; C. SANTORIELLO, *La procedura di archiviazione nel processo nei confronti degli enti collettivi*, cit., 146; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti dipendenti da reato*, cit., 302 ss.; S. LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del dl.gs 8 giugno 2001, n°231*, cit., 2534; G. GARUTI, voce *Processo agli enti*, cit., 17. *Contra*: A. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, cit., 584.

¹⁷⁹ Per i riferimenti bibliografici si rinvia alla precedente nota.

¹⁸⁰ Sul punto: R. BRICCHETTI, *Le misure cautelari* in AA. Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231*, IPSOA, Milano, 2002, 290; R. BRICCHETTI, *Anticipo sulla "pena" con il sequestro preventivo* in *Guida al Diritto*, n°26/2001, 101; A. PRESUTTI, *Le misure cautelari interdittive* in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018, 321; G. FIDELBO – P. SILVESTRI, *Le cautele interdittive: fisionomia e*

riconoscere una tale funzione al provvedimento di archiviazione e, dall'altro lato, attribuire, *ex* articolo 47 dl.gs 231/2001, al giudice la competenza in materia di modifica e revoca delle misure cautelari. Difficilmente, difatti, il pubblico ministero si rivolgerà al giudice affinché egli revochi una misura cautelare quando può, disponendo l'archiviazione, ottenere il medesimo risultato¹⁸¹.

6. La legittimità costituzionale dell'archiviazione nel procedimento *de societate*

L'elisione del controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero costituisce l'elemento di maggiore novità nella procedura di archiviazione della notizia di illecito amministrativo dipendente da reato. Circa la compatibilità con l'articolo 112 Cost. di tale soluzione normativa, tuttavia, si è sollevato in letteratura un acceso dibattito. Difatti, si sostiene che l'assenza di adeguati controlli sull'operato del pubblico ministero¹⁸² possa consentirgli di eludere il principio di obbligatorietà dell'azione¹⁸³. Tali perplessità possono essere giustificate ponendo in luce il tradizionale orientamento secondo cui il sindacato del giudice predibattimentale sull'inazione del pubblico ministero sia lo strumento maggiormente in grado di assicurare il principio di obbligatorietà dell'azione penale¹⁸⁴. D'altra parte, un tale controllo è nel nostro ordinamento di pronunciata

procedimento applicativo in G. LATTANZI – P. SEVERINO (A CURA DI), *Responsabilità da reato degli enti* (Vol. II), Giappichelli, Torino, 2020, 179 s.

¹⁸¹ Si esprimono in senso critico nei confronti di tale disciplina: L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit.,309 s.; R. BRICCHETTI, *La società al debutto nel registro degli indagati*, cit.,104; M. BARESI, *Art. 56*, cit., 505 s.; M. CERESA – GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit.,156; E. A. MANCUSO, *Art.58*, cit.,1138. Nel senso che , in tal caso, non debba trovare applicazione l'articolo 47: S. LORUSSO, *Art. 58*, cit.,660.

¹⁸² Ritengono, difatti, insufficiente il controllo operato dal pubblico ministero di secondo grado: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 83 ss.; L. IANDOLO PISANELLI, *Ipotesi di specialità nel procedimento di archiviazione: vincolo del giudicato cautelare e autonomia del pubblico ministero a confronto con il modello ordinario*, cit.,1101 s.; V. D'ACQUARONE – R. ROSCINI – VITALI, *Esigenze e prospettive di modulazione dell'obbligatorietà dell'azione penale nel procedimento de societate*, cit., 121; S. LORUSSO, *Art. 58*, cit., 659. Riconosce un potere di tipo monopolistico in capo al pubblico ministero di primo grado ma esclude che, grazie al potere di controllo in capo al procuratore generale presso la Corte d'Appello, possa assumere determinazioni arbitrarie: G. PAOLOZZI, voce *Processo penale agli enti*, cit., 16.

¹⁸³ In senso critico: P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, cit., 225; A. BERNASCONI, *Indagini ed udienza preliminare*, cit.,316 s.; M. BARESI, *Art. 55*, cit., 501.

¹⁸⁴ Sul punto, *ex plurimis*: G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, Torino, 1994, 10; L. PADULA, *Responsabilità amministrativa degli enti*:

portata storico-valoriale, poiché la sua introduzione, unitamente all'abolizione della pena capitale, costituì la prima modifica che si apportò al sistema penale una volta terminata l'esperienza dittatoriale fascista¹⁸⁵.

Tuttavia, perché possa discorrersi di contrasto dell'articolo 58 dl.gs 231/2001 con l'articolo 112 Cost., occorre definire applicabile tale parametro costituzionale nel procedimento *de societate*. Sebbene non esista un consenso unanime in letteratura¹⁸⁶, si preferisce esprimersi in senso positivo. Non sembra, infatti, opportuno attribuire alla formale qualificazione come amministrativa della responsabilità in capo agli enti una portata decisiva¹⁸⁷.

Da un lato, scegliere il procedimento penale come sede dell'accertamento della responsabilità degli enti ed il codice di rito come *corpus* normativo di riferimento comporta necessariamente che trovino applicazione i principi di garanzia cui è improntato il processo penale¹⁸⁸. D'altra parte, secondo un consolidato

*il discutibile «monopolio» in capo al pubblico ministero in Guida al Diritto, n°24/2005, 119; A. BERNASCONI, Profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare, cit., 308; L. PISTORELLI, Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato, cit.,308; R. BONSIGNORI, voce Archiviazione in Enc. Dir., Agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, 119; F. SIRACUSANO, La completezza delle indagini nel processo penale, Giappichelli, Torino, 2005, 214 s. G. CONSO, Il provvedimento di archiviazione in Rivista Italiana di diritto penale, 1950, 327 s. In giurisprudenza: Corte Cost. n°88/1991 in <https://www.giurcost.org/>; Corte Cost. n°84/1979 in *ivi*.*

¹⁸⁵ Si fa riferimento all'articolo 6 del decreto luogotenenziale n°288/1944. In argomento: M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., 617.

¹⁸⁶ Sulla base, rispettivamente, della natura civilistica dei criteri di imputazione e delle peculiarità della procedura archiviativa, ritengono non obbligatoria l'azione nel contesto giurisdizionale in commento: E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., 333 s.; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 176. Preferiscono impiegare, al posto di azione penale, l'espressione « azione punitiva come enunciazione di una duplice imputazione-contestazione»: G. GARUTI, *Art. 59 dl.gs 231/2001*, cit.,1868; E. A. MANCUSO, *Art. 59*, cit., 1141.

¹⁸⁷ Nel senso che i dubbi di illegittimità costituzionale dell'articolo 58 non possano essere fugati dalla circostanza che nel procedimento a carico degli enti non si accerti una responsabilità penale in senso stretto: A. GIARDA, *Procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa degli enti (d. lgs 8 giugno 2001, n°231)*, cit.,1270; M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit.,151; S. LORUSSO, *Art. 58*, cit.,655; P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, cit.,225. *Contra*: P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit.,98 il quale desume (alla pagina 89) l'obbligo per il pubblico ministero di esercitare l'azione dalla normativa di rango primario; A. M. CASTELLANA, *Diritto penale dell'Unione Europea e principio societatis delinquere non potest*, cit.,795 ss. Quest'ultima Autrice, sebbene riferendosi alla disciplina di cui alla l. 689/1981, si esprime nel senso che il diritto amministrativo e penale siano da considerare come due sistemi autonomi tra di loro con la conseguente inapplicabilità al primo delle disposizioni costituzionali in materia penale. Sulla natura sostanzialmente penale, a dispetto della lettera del dettato normativo, si rinvia alla nota n°15 del presente capitolo.

¹⁸⁸ In argomento: P. MOSCARINI, *I principi generali del procedimento penale de societate*, cit.,1269; P. FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti in Diritto penale e processo*, n°6/2016, 705; M.L. DI

orientamento della Corte di Strasburgo¹⁸⁹, un illecito definito dalla legge nazionale come amministrativo, deve, in caso di particolare afflittività delle relative sanzioni, essere inteso come sostanzialmente penale con le dovute conseguenze sul piano costituzionale¹⁹⁰.

Dall'altro lato, l'articolo 59 dl.gs 231/2001, quanto alle modalità di esercizio dell'azione, rinvia all'articolo 405 comma 1 c.p.p. e comprende tra gli elementi costitutivi di tale atto, in conformità con quanto previsto dall'articolo 417 c.p.p., l'enunciazione in forma chiara e precisa dell'addebito mosso dal pubblico ministero. Sulla base di tali analogie, diviene possibile definire penale l'azione del pubblico ministero con la conseguente applicabilità dell'articolo 112 Cost.¹⁹¹.

Ciò detto, perché possa sancirsi la legittimità costituzionale della disciplina in commento, è necessario escludere che l'articolo 112 Cost. esiga un controllo da parte del giudice per le indagini preliminari sull'operato del pubblico ministero. Per quanto non si voglia negare che la soluzione adottata dal legislatore ordinario sia in taluni punti contestabile sul piano del merito¹⁹², si preferisce ritenere che essa sia legittima sul piano costituzionale.

In primo luogo, l'assunto secondo cui il sindacato del giudice sia in grado di garantire l'effettività del principio di obbligatorietà dell'azione penale non può essere totalmente condiviso¹⁹³: nella procedura penale tradizionale, nonostante il controllo giurisdizionale sull'inerzia del pubblico ministero, non è stato eliminato

BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit.,58 s; A. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, cit., 583.

¹⁸⁹ Vd.: Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel e altri vs Olanda in <https://hudoc.echr.coe.int/>; Corte EDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri vs Italia in *ivi*.

¹⁹⁰ Per ulteriori approfondimenti sull'applicabilità dei principi costituzionali in materia penale nell'ambito del diritto amministrativo punitivo si rinvia a: H. SATZGER, *International and European criminal law*, C.H. Beck, 2018, 195 s.; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti dipendenti da reato*, cit., 20 ss.; R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit.,77.

¹⁹¹ Sul punto, anche con riguardo al capoverso precedente: L. PADULA, *L'archiviazione nel procedimento per «gli illeciti amministrativi dipendenti da reato» ascrivibili agli enti*, cit., 2800; R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 77 s.; P. DELL'ANNO, *Art. 59*, cit.,507.

¹⁹² Si pensi alla disciplina in materia di riapertura delle indagini o di estinzione delle misure cautelari precedentemente disposte. Vd. *supra* 4.

¹⁹³ Nel senso che, nel procedimento a carico delle persone fisiche, il principio di obbligatorietà dell'azione penale sia un valore solamente tendenziale: E. MARZADURI, *Azione IV in Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1996, 20; M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit.,619; M. DEVOTO, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale. Ruolo del P.M. in Cassazione Penale*, fasc. VI, 1996, 2039 ss.; G. ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale italiano in Politica del diritto*, fasc. II, 1999, 309.

ogni profilo di discrezionalità nell'espletamento delle funzioni del pubblico ministero¹⁹⁴; inoltre, il carico giudiziario è tanto gravoso da rendere *de facto* impossibile un sindacato attento e puntuale, da parte del giudice per le indagini preliminari, della legittimità di ogni richiesta di archiviazione presentata dal pubblico ministero¹⁹⁵. In secondo luogo, l'attuale indipendenza del pubblico ministero dal potere esecutivo¹⁹⁶ e l'assenza di ogni relazione gerarchica tra gli uffici del pubblico ministero di primo e secondo grado¹⁹⁷ rendono meno pressante l'esigenza di un controllo del giudice sull'inerzia dell'organo dell'accusa¹⁹⁸. Infine, si potrebbe sostenere che i principi del processo accusatorio, introdotti nel nostro ordinamento con la stesura del codice di rito attualmente in vigore, mal si concilino con il sindacato *de quo*¹⁹⁹: difatti, risulta contraddittorio disciplinare il procedimento penale prendendo a modello il processo *adversary* – i cui elementi fondamentali sono lo status di *dominus* dell'attività investigativa in capo al pubblico

¹⁹⁴ Circa il persistere, nel procedimento nei confronti della persona fisica, di profili discrezionali nell'espletamento delle sue funzioni da parte del pubblico ministero: I. FRIONI, *Le diverse forme di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale in Rivista italiana di diritto e procedura italiana*, fasc. II, 2002, 542 ss.; G. D'ELIA, *Art. 112 in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (A CURA DI), Commentario alla Costituzione (vol. III)*, Utet Giuridica, Torino, 2008, 2135. Per approfondimenti sul punto si rinvia alle considerazioni di cui al Cap. I. 3.

¹⁹⁵ Sul punto e sulla possibilità di impiegare, come strumento al fine di ridurre il carico pendente sugli uffici giudiziari, della redazione di criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale: vd. Cap. I. 3.1.

¹⁹⁶ In argomento: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 80; P. MOSCARINI, *I principi generali del procedimento penale de societate*, cit., 1276

¹⁹⁷ Sul punto: L. IANDOLO PISANELLI, *Ipotesi di specialità nel procedimento di archiviazione: vincolo del giudicato cautelare e autonomia del pubblico ministero a confronto con il modello ordinario*, cit., 1096; M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, CEDAM, Padova, 1995, 79 s.

¹⁹⁸ Vd.: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 80; P. MOSCARINI, *I principi generali del procedimento penale de societate*, cit., 1276; L. IANDOLO PISANELLI, *Ipotesi di specialità nel procedimento di archiviazione: vincolo del giudicato cautelare e autonomia del pubblico ministero a confronto con il modello ordinario*, cit., 1096. In senso contrario esprimendo perplessità circa la possibilità che un soggetto politicamente irresponsabile quale il pubblico ministero di secondo grado possa condurre «una politica della giustizia con raggi d'incidenza particolarmente vasti»: M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, CEDAM, Padova, 1995, 80.

¹⁹⁹ Sul punto: M. L. DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, cit., 196; M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit., 152; G. TRANCHINA, *Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale in L'indice penale*, fasc. III, 1989, 621; G. TRANCHINA, *Nostalgie inquisitorie nel « sistema accusatorio » del nuovo codice di procedura penale in La legislazione penale*, fasc. III, 1989, 392. Nel medesimo senso: F. CORDERO, *Linee di un processo accusatorio in AA. VV., Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1965, 75 s

ministero e la disponibilità dell'accusa da parte di quest'ultimo²⁰⁰ – e prevedere, ai commi 4 e 5 dell'articolo 409 c.p.p.²⁰¹, la possibilità per il giudice per le indagini preliminari, qualora non ritenga di emanare un decreto motivato di archiviazione, di indicare nuovi atti investigativi oppure imporre la formulazione dell'imputazione con ordinanza²⁰². Infine, a fronte di un dettato costituzionale dal significato criptico²⁰³, il ruolo di criterio ermeneutico non può essere assunto da un'opzione legislativa di rango primario, per quanto radicata nella nostra tradizione giuridica²⁰⁴.

Ad ogni modo, affermare l'inapplicabilità dell'articolo 112 Cost. nel procedimento a carico degli enti non significherebbe, di per sé, riconoscere in capo all'accusa un potere di esercitare o meno l'azione sulla scorta di imperscrutabili valutazioni di carattere personale. Difatti, il pubblico ministero, in quanto soggetto pubblico, sarebbe comunque tenuto, *ex* articolo 97 Cost., ad espletare le proprie funzioni nel rispetto del principio di buon andamento ed imparzialità²⁰⁵.

7. Il rapporto tra il procedimento *de societate* e quello nei confronti della persona fisica

Operando una soluzione di continuità rispetto alla disciplina delineata dal codice di rito²⁰⁶, l'articolo 38 dl.gs 231/2001 stabilisce che i procedimenti a carico della

²⁰⁰ In argomento: F. RUGGIERI, voce *Azione penale* in *Enc. Dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, 138; P. MOSCARINI – M.L. DI BITONTO, *Introduzione alla procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2018, 11.

²⁰¹ Per un'analisi circa il contenuto di tali provvedimenti si rinvia a: Cap. II. 3.4.

²⁰² Nel senso che l'ordinanza impositiva della formulazione dell'imputazione costituisca una deviazione dall'astratto modello accusatorio: Corte Cost. n°263/1991 in <https://www.giurcost.org/>.

²⁰³ Per un'analisi circa il contenuto di tale norma e gli interrogativi ermeneutici che essa pone si rinvia a: Cap. I. 2.

²⁰⁴ Cfr.: M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., 79.

²⁰⁵ In argomento: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 58; G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo*, cit., 525; S. LORUSSO, *Art. 58*, cit., 656; P. DELL'ANNO, *Art. 59*, cit., 507.

²⁰⁶ Ai sensi degli articoli 17 e 18 c.p.p., da un lato la riunione delle *res iudicandae* può essere disposta salvo che ciò non cagioni un ritardo nella loro definizione; dall'altro lato, la separazione dei processi può avvenire salvo che il giudice ritenga assolutamente necessaria la loro riunione per l'accertamento dei fatti. Per un'analisi della disciplina codicistica e della relativa *ratio* si rinvia a: G. NEPPI MODENA, *Il processo cumulativo nel nuovo codice di procedura penale* in *Cassazione penale*, fasc. V, 1988, 940 ss.

persona giuridica e della persona giuridica, fatte salve le tassative eccezioni di cui al comma 2 del medesimo articolo, siano trattati congiuntamente.

Varie sono le ragioni che hanno indotto il legislatore delegato ad introdurre tale previsione. In primo luogo, si può fare riferimento al legame indissolubile tra la responsabilità amministrativa in capo all'ente e la responsabilità penale in capo alla persona fisica materialmente autrice del fatto di reato²⁰⁷. In secondo luogo, optare per la trattazione disgiunta delle due *res iudicandae* avrebbe comportato inconvenienti di non poco rilievo: perché i verbali di dichiarazioni potessero essere impiegati contro il soggetto imputato nell'altro procedimento si sarebbero dovute verificare le condizioni di cui ai commi 2 *bis*, 3 e 4 dell'articolo 238 c.p.p.²⁰⁸; vi sarebbe stato il rischio di pronunce giurisdizionali discordi in relazione al medesimo fatto storico²⁰⁹. Infine, il principio del *simultaneus processus*, disponendo la riunione delle regiudicande penali nei confronti dell'ente e della persona fisica cui temporaneamente si addebita la commissione del fatto di reato presupposto, costituisce l'unico strumento mediante il quale è possibile estendere all'ente l'accertamento di responsabilità penale in capo alla persona fisica inserita nella sua sfera organizzativa, elemento facente parte della fattispecie complessa fondante la responsabilità da reato dell'ente. Difatti, il giudicato penale, a differenza di quanto avvenga in sede civile ai sensi dell'articolo 2909 del codice civile²¹⁰, non ha un'efficacia *ultra vires*: esso può produrre i propri effetti esclusivamente nei

²⁰⁷ Sul punto: C. CESARI, *Il procedimento sugli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., 1019; A. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, cit., 513; A. BERNASCONI, *I soggetti, la giurisdizione e la competenza*, cit., 248; P. DI GERONIMO, *Aspetti processuali del dl.gs 231/2001 sulla responsabilità degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, cit., 1576; M. CERESA – GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 50.

²⁰⁸ Ai sensi delle disposizioni summenzionate, il verbale di dichiarazioni può essere utilizzato contro l'imputato il cui difensore non ha partecipato all'assunzione della prova solo in caso di irripetibilità dell'atto o di prestazione del consenso da parte dell'imputato.

²⁰⁹ In argomento: H. BELLUTA, *Art. 38* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008, 361; G. GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, cit., 276; G. PAOLOZZI, voce *Processo penale agli enti*, cit., 3; P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità d'impresa*, cit., 9.

²¹⁰ Difatti in tale ambito, ai sensi dell'articolo 2909 del codice civile, «l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa». Per un approfondimento: N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Giuffrè, Milano, 2013, 393 ss.

confronti di quei soggetti cui sia stata data la possibilità di partecipare al relativo procedimento²¹¹.

L'articolo 38 dl.gs 231/2001 non indica quale sia il momento a partire dal quale i due procedimenti debbano essere riuniti e quali siano le condizioni che rendano ciò doveroso, e non è dunque chiaro se tale lacuna legislativa possa essere colmata facendo riferimento, grazie all'articolo 34 dl.gs 231/2001, alla disciplina codicistica rilevante in materia di cui all'articolo 17 del codice di rito. Quest'ultimo prevede che la riunione delle regiudicande possa aver luogo, una volta che sia stata instaurata la fase processuale, se ed in quanto sussistano le seguenti condizioni: i procedimenti devono trovarsi nel medesimo stato e grado; la trattazione congiunta dei due procedimenti non deve nuocere alla speditezza dell'incedere processuale²¹². Con riferimento alla questione relativa al momento a partire dal quale si possa procedere alla riunione, si ritiene in via maggioritaria che essa possa avvenire solamente una volta che si sia instaurata la fase processuale²¹³. Quanto alla necessità di una verifica circa il nocimento alla speditezza del procedimento, non sembra che l'applicazione della disciplina in commento sia subordinata alla sussistenza di una tale condizione²¹⁴. Maggiori perplessità concernono, invece, l'interrogativo circa la necessità che, ai fini della riunione, i due procedimenti si trovino al medesimo stato e grado. Il favore per il cumulo operante, sulla base del primo comma dell'art. 38 dl.gs 231/2001, nel procedimento a carico degli enti – a differenza del procedimento nei confronti delle persone fisiche, che è improntato ad un *favor separationis*²¹⁵ –

²¹¹ Sull'efficacia solamente negativa del giudicato penale, *ex multis*: M. L. DI BITONTO, *Lineamenti generali del procedimento a carico degli enti*, cit., 32; P. MOSCARINI, *Il titolo dell'esecuzione penale* in P. BALDUCCI- A. MACRILLÒ (A CURA DI), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2020, 8 s.; S. RUGGERI, voce *Giudicato penale* in *Enc. Dir.*, Annali III, 2010, 436.

²¹² In argomento: F. DELLA CASA - G. P. VOENA, *Soggetti* in M. BARGIS (A CURA DI), *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2018, 25 s.

²¹³ In argomento: G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, Giappichelli, Torino, 2006, 112; H. BELLUTA, *Art. 38*, cit., 362; G. M. BACCARI, *Art. 38* in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (A CURA DI), *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Torino, 2010, 537; M. TIRELLI, *Procedimenti speciali* in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, Padova, 2002, 325; C. CORATELLA, *Aspetti processuali*, cit., 118. In senso contrario: M.L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., 121; G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente a processo*, cit., 459; E. A. MANCUSO, *Autonomia di accertamento e simultaneus processus*, cit., 221.

²¹⁴ Sul punto: G. GARUTI, *Persone giuridiche e "processo" ordinario di cognizione*, cit., 138; F. NUZZO, *Primi appunti sugli aspetti probatori e sulle decisioni finali concernenti l'illecito amministrativo dipendente da reato*, cit., 457; BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, cit., 514.

²¹⁵ Vd. nota n°206.

potrebbe suggerire una risposta negativa al suddetto quesito²¹⁶. Tuttavia, sul piano pratico una tale soluzione interpretativa potrebbe portare a conseguenze difficilmente accoglibili: si pensi al caso in cui possibili profili di responsabilità di un ente emergano quando il procedimento a carico della persona fisica si trova già in grado d'appello. In tale ipotesi, la riunione dei procedimenti provocherebbe uno stravolgimento di tale giudizio d'impugnazione e, di fatto, la perdita, da parte dell'ente, di un grado di giudizio²¹⁷. Sulla base di ciò, si preferisce escludere che possa disporsi la riunione di due procedimenti quando si trovino in due stati o gradi diversi²¹⁸. Tuttavia, un tale stato di cose si presenterebbe in un numero esiguo di casi qualora si aderisse alla teoria minoritaria secondo cui le *res iudicandae* dovrebbero essere riunite sin dalla fase preprocessuale²¹⁹.

Al secondo comma della norma in commento il legislatore delegato ha individuato le eccezioni al principio del *simultaneus processus*. Si tratta di ipotesi, da intendersi come tassative²²⁰, che sono volte a garantire l'effettività del canone della ragionevole durata del processo²²¹ e conformi alla natura autonoma della responsabilità dell'ente²²². Ciò lo si può dedurre dall'impiego, nel testo della disposizione in commento, del termine «*soltanto*» e dalla rilevanza del ruolo che il canone della ragionevole durata esplica in questo modello procedimentale²²³. Qualora si dovesse verificare la separazione dei procedimenti, il giudice competente a deliberare circa il sussistere o meno della responsabilità amministrativa dell'ente dipendente da reato si troverebbe a pronunciarsi, in ragione della natura complessa

²¹⁶ In argomento: M. L. DI BITONTO, *Lineamenti generali del procedimento a carico degli enti*, cit., 34. Nel senso che non sia necessario che l'articolo 17, nella sua interezza, non trovi applicazione nel procedimento a carico degli enti: M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit., 119; I. TRICOMI, *Violazioni amministrative: il giudice fa il pieno in Guida al Diritto*, n°26/2001, 85; G. GARUTI, voce *Processo agli enti*, cit., 4.

²¹⁷ Cfr.: E. A. MANCUSO, *Autonomia di accertamento e simultaneus processus*, cit., 221 s.; H. BELLUTA, *Art. 38*, cit., 362; G. M. BACCARI, *Art 38*, cit., 537.

²¹⁸ In argomento, oltre agli Autori di cui alla precedente nota: A. BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, cit., 987; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 113; P. DI GERONIMO, *Aspetti processuali del dl.gs 231/2001 sulla responsabilità degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, cit., 1577.

²¹⁹ Vd.: M. L. DI BITONTO, *Lineamenti generali del procedimento a carico degli enti*, cit., 34.

²²⁰ Sul punto: M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit., 120; C. CORATELLA, *Aspetti processuali*, cit., 118; . TRICOMI, *Violazioni amministrative: il giudice fa il pieno*, cit., 86; G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente a processo*, cit., 457.

²²¹ In argomento: P. DI GERONIMO, *Aspetti processuali del dl.gs 231/2001 sulla responsabilità degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, cit., 1576; G. M. BACCARI, *Art 38*, cit., 537.

²²² Vd. Relazione ministeriale al dl.gs 231/2001 (pagina 29).

²²³ Cfr.: M.L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., 130 s.

della fattispecie fondante la responsabilità dell'ente, sulla responsabilità penale della persona fisica autrice del fatto di reato presupposto. Tuttavia, tale statuizione, sulla base della natura meramente preclusiva del giudicato penale, si considera emessa *incidenter tantum*. Con ciò si intende che essa non può produrre alcun effetto nel procedimento penale a carico della persona fisica²²⁴.

Per quanto concerne la prima ipotesi di separazione delle *res iudicandae*, la lettera a del secondo comma dell'articolo 38 dl.gs 231/2001 dispone che si proceda in tal senso quando il procedimento nei confronti della persona fisica è sospeso in quanto lo stato mentale dell'imputato non gli consente, seppur in modo reversibile, una cosciente partecipazione al procedimento²²⁵. Alla base di tale previsione si può rinvenire, da un lato, l'indeterminatezza della durata di una tale sospensione e, inoltre, la possibilità, *ex* articolo 8 dl.gs 231/2001, che l'ente sia punito anche in caso di mancanza di imputabilità della persona fisica alla quale è addebitato il fatto di reato presupposto della responsabilità amministrativa²²⁶.

Allo stesso modo, la separazione delle regiudicande è altresì prevista, *ex* lettera b del secondo comma dell'articolo 38 dl.gs 231/2001, nel caso in cui il procedimento a carico della persona fisica sia stato definito con il rito abbreviato, con l'applicazione della pena su richiesta delle parti oppure sia stato emesso il decreto penale di condanna²²⁷. In relazione a tale lettera, due sono gli interrogativi di maggior rilievo: cosa s'intenda per definizione del procedimento e se l'elenco dei riti speciali cui tale disciplina si applica sia o meno tassativa. In relazione alla prima questione, l'opinione maggioritaria si è espressa nel senso che il legislatore intendesse far riferimento alle sentenze divenute irrevocabili: fino ad allora il procedimento a carico degli enti rimane sospeso in attesa della definizione del

²²⁴ Sul punto: G. M. BACCARI, *Art 38*, cit., 537 s.; G. PAOLOZZI, voce *Processo penale agli enti*, cit., 2; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1330.

²²⁵ Nel senso che la disposizione non si applichi nel caso in cui tale inabilità riguardi il legale rappresentante dell'ente regolarmente costituito e che, in tal caso, si potrebbe procedere con la nomina di un curatore speciale: G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 116; M. GUERNELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale- amministrativo interno dopo il dl.gs 8 giugno 2001, n°231 (parte II)*, cit., 438.

²²⁶ In argomento: G. GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, cit., 278; H. BELLUTA, *Art. 38*, cit., 363; A. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, cit., 522.

²²⁷ Nel senso che la disposizione si applichi, a dispetto del dato letterale, anche nel caso in cui sia stato l'ente, ove possibile, ad optare per un rito alternativo: H. BELLUTA, *Art. 38*, cit. 364; I. TRICOMI, *Violazioni amministrative: il giudice fa il pieno*, cit., 86; M. CERESA – GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 51.

procedimento a carico della persona fisica²²⁸. Con riguardo alla seconda questione, è da escludere che, in caso di instaurazione del rito direttissimo e immediato, possa avere luogo la separazione dei procedimenti. La natura eccezionale della disciplina in commento osta a interpretazioni di tipo analogico; in secondo luogo, lo stato di evidenza probatoria, più o meno qualificata a seconda che il procedimento speciale in rilievo sia il giudizio direttissimo o immediato, sarà molto probabilmente presente in entrambi i procedimenti con la necessità di una trattazione congiunta²²⁹. Infine, la lettera c del secondo comma dell'articolo 38 dl.gs 231/2001 si limita a disporre la separazione delle *res iudicandae* nel caso in cui ciò sia necessario per osservare la disciplina processuale. In ragione della vaghezza del dettato letterale di tale norma, si è sostenuto che con essa venga meno il principio di tassatività delle cause di separazione dei procedimenti²³⁰. Tuttavia, sembra maggiormente accoglibile un'interpretazione restrittiva di tale disposizione: essa potrà trovare applicazione solamente nei casi in cui il divario tra le due diverse discipline procedurali è tanto ampio da non potersi porre rimedio in via interpretativa²³¹. A titolo esemplificativo, si pensi alla procedura di archiviazione, al caso in cui l'identità della persona fisica autrice del fatto di reato presupposto sia ignota oppure

²²⁸ G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente a processo*, cit., 461; G. GARUTI, *Persone giuridiche e "processo" ordinario di cognizione*, cit. 139. Contra: M. L. DI BITONTO, *Lineamenti generali del procedimento a carico degli enti*, cit. 39. Secondo tale Autrice, per definizione dovrebbe intendersi l'emanazione di una sentenza di patteggiamento o di rito abbreviato non necessariamente divenuta irrevocabile.

²²⁹ In argomento, anche con riferimento al capoverso precedente: A. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, cit., 523 s.; C. CORATELLA, *Aspetti processuali*, cit., 121; M.L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., 137; C. CORATELLA, *Società "imputata"? Niente rito alternativo. Non c'è simultaneus processus per l'azienda ed il dipendente in Diritto e Giustizia*, n°47/2004, 91. Contra: G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 119; G. GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, cit. 279. In giurisprudenza: Trib. Milano, 5 ottobre 2004 in *Diritto e Giustizia*, n°47/2004, 89 ss.

²³⁰ Si esprimono in senso critico nei confronti di tale norma: F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1330; S. LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del dl.gs 8 giugno 2001, n°231*, cit., 2530; P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità d'impresa*, cit., 9;

²³¹ Nel senso che, in tale ambito, non vi sia alcuno spazio per valutazioni discrezionali del giudice e che debba farsi un uso oculato di tale disposizione: A. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, cit., 525 s.; I. TRICOMI, *Violazioni amministrative: il giudice fa il pieno*, cit., 86; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 118 s.; E. A. MANCUSO, *Autonomia di accertamento e simultaneus processus*, cit., 226 s.; M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit., 120 s.; G. M. BACCARI, *Art 38*, cit., 541 s.; H. BELLUTA, *Art. 38*, cit., 367 s.

all'ipotesi in cui il procedimento a carico degli enti debba essere sospeso a causa dell'impossibilità di eseguire le notificazioni previste *ex lege*²³².

²³² Per ulteriori casi di separazione, riguardanti sia il procedimento *de societate* che il procedimento a carico di persone fisiche si rinvia ai riferimenti bibliografici di cui alla nota precedente.

CAPITOLO IV

LA DISCREZIONALITÀ DELL'ORGANO DELL'ACCUSA IN MATERIA DI *CORPORATE LIABILITY*: IL MODELLO STATUNITENSE

Sommario: 1. La capacità penale degli enti negli U. S. A. – 2. L'esercizio discrezionale dell'azione penale da parte del *public prosecutor* – 2.1 – La *prosecutorial discretion* nel procedimento a carico degli enti – 3. La giustizia negoziata nel procedimento penale statunitense: profili generali – 3.1 I *non prosecution agreements* ed i *deferred prosecution agreements*.

1. La capacità penale degli enti negli U.S.A

A differenza di quanto sia avvenuto nel nostro ordinamento giuridico, negli Stati Uniti d'America il principio *societas delinquere non potest* è stato superato in epoca piuttosto risalente¹. Difatti, testi legislativi che prevedono la responsabilità di un ente in relazione a fatti illeciti commessi all'interno della propria sfera istituzionale e la possibilità di infliggere a costoro delle sanzioni di tipo pecuniario possono rinvenirsi sin dai primi anni dello scorso secolo².

La genesi della *corporate liability* statunitense è tradizionalmente ricondotta alla pronuncia della Corte Suprema nel caso *New York Central & Hudson River Railroad Company v. United State*: l'accusa per la società operante nel settore ferroviario e il suo *assistant traffic manager* consisteva nell'aver concesso uno sconto ad imprese produttrici di zucchero per il trasporto di tale bene e, di conseguenza, aver agevolato il rafforzamento di una posizione monopolistica nella porzione di mercato di riferimento. Una tale condotta si poneva in contrasto con quanto previsto dall'*Elkins Act* il quale, mirando ad impedire che si verificassero

¹ Per un'analisi circa le origini della *corporate liability*: A. GRASSO, "No bodies to kick or souls to damn": *political origins of corporate criminal liability* in *Studies in American Political Development*, Vol. 35/2021, 57 ss; D. PATAMIA, *Corporate crime trial: il processo penale a carico degli enti nell'esperienza anglosassone. Una nuova prospettiva di comparazione – Parte II* in *Rivista* 231, 2007, 1

² Si fa riferimento all'*Elkins Act* e al *Clayton Antitrust Act* i quali sono entrati in vigore, rispettivamente, nel 1903 e nel 1914.

fenomeni di concorrenza sleale, imponeva la pattuizione di condizioni uniformi nelle relazioni commerciali interstatuali. In quell'occasione, la Corte Suprema, esprimendosi circa la costituzionalità delle sanzioni pecuniarie applicabili all'ente, evidenziò la centralità che le persone giuridiche avevano assunto nella conduzione di attività imprenditoriali e la preoccupazione che, escludendo costoro dall'ambito di applicazione del diritto penale, non si potesse adeguatamente contrastare la criminalità economica³.

A seguito dell'affermazione di principio contenuta nella sentenza citata, il legislatore e la giurisprudenza si sono occupati di individuare i confini della *corporate liability*. Con riferimento alla nozione di ente, essa è intesa, ex articolo 1 dello *United States Code*, in senso particolarmente estensivo⁴ giungendo a comprendere tutte le realtà sovraindividuali di natura privatistica che svolgono attività potenzialmente rilevanti dal punto di vista penalistico⁵. A differenza di quanto avvenga nel nostro ordinamento, in cui la responsabilità dell'ente è limitata ad un catalogo tassativo di reati presupposto individuati dalla legge⁶, negli Stati Uniti la *corporate criminal liability* è concepita in senso generalizzato: essa, infatti, è prevista in relazione a qualunque condotta ritenuta penalmente illecita ottenendosi, in tal modo, la repressione della criminalità d'impresa sotto ogni suo aspetto. Depone in tal senso il disposto letterale dello stesso articolo 1 dello *United States Code*, il quale dispone che le successive norme trovino applicazione, salvo che sia esplicitamente previsto il contrario, indifferentemente alle persone fisiche ed agli enti. Tale estensione della *corporate criminal liability*, peraltro, assicura un più efficace perseguimento di una delle principali finalità cui mira la previsione di una responsabilità *ex crimine* dell'ente: rendere più agevole la persecuzione della criminalità d'impresa sul piano individuale mediante la raccolta, nel procedimento

³ In argomento: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, Torino, 2018, 88 s.; G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, CEDAM, Milano, 2018, 2 s. Per ulteriori riferimenti bibliografici circa la necessità di prevedere una responsabilità *ex crimine* degli enti al fine di contrastare la criminalità economica si rinvia alla nota n°11 del secondo capitolo.

⁴ Art. 1 dello *United States Code*: « *In determining the meaning of any Act of Congress, unless the context indicates otherwise [...] the words "person" and "whoever" include corporations, companies, associations, firms, partnerships, societies, and joint stock companies, as well as individuals.* ».

⁵ Sul punto: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 20.

⁶ Per un'analisi di tale disciplina si rinvia a: Cap. III. 1.

penale *de societate*, di materiale investigativo da poter impiegare in un successivo o contestuale procedimento penale a carico delle persone giuridiche⁷.

Quanto alle condizioni che devono sussistere affinché ad un ente possa essere attribuita la responsabilità penale in relazione ad un determinato fatto criminoso, la Corte Suprema, nel caso *New York Central & Hudson River Railroad Company v. United State* prima citato, pose a fondamento della *corporate criminal liability* il principio del *respondeat superior*. In forza di tale principio, l'ente può essere ritenuto responsabile per un fatto di reato commesso da un soggetto inserito nella propria sfera organizzativa nella misura in cui quest'ultimo abbia agito nell'ambito delle proprie funzioni (*within the scope of employment*) e con fine di recare un beneficio all'ente (*the intent to benefit the corporation*)⁸. Il criterio di imputazione oggettiva del *respondeat superior* venne adeguato – attraverso il *Model Penal Code*, un atto di *soft law* redatto dall'*American Law Institute* – al principio di personalità della responsabilità penale⁹, con l'introduzione della colpa di organizzazione¹⁰: un coefficiente soggettivo di imputazione totalmente ritagliato sulle peculiari fattezze della persona giuridica.

Più precisamente, nella *section 2.07* del *Model Penal Code* è stato introdotto un sistema tripartito in base al quale la colpa di organizzazione dell'ente si atteggia

⁷ In argomento: E. B. DISKANT, *Comparative corporate liability: exploring the uniquely American doctrine through comparative criminal procedure* in *Yale New Journal*, Vol. 118, n°1/2008, 132. Difatti, alcuni istituti della procedura penale d'impresa – come la rinuncia all'*attorney client privilege*, il diritto in capo ad un soggetto di rifiutarsi di riferire all'autorità competente le informazioni confidenziali scambiate con il proprio difensore e di impedire che lo facciano altri soggetti, ed alla *work product protection*, il diritto di potersi rifiutare di consegnare la documentazione di cui si è in possesso alle autorità competenti – sono finalizzati ad assicurare al *public prosecutor* un fruttuoso esito delle indagini preliminari e, più in generale, del procedimento penale a carico della persona fisica.

⁸ Sul punto: V. S. KHANNA, *Corporate criminal liability: What purpose does it serve?* in *Harvard Law Review*, Vol. 109, n°7/1996, 1489; P. H. BUCY, *Corporate ethos: a standard for imposing corporate criminal liability* in *Minnesota Law Review*, Vol. 75, n°4/1991, 1102; E. GIGLIOLI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche negli Stati Uniti: pene pecuniarie e modelli di organizzazione e gestione* (“Compliance Programs”) in *Cassazione penale*, supplemento n° 6/2003, 48 s. Nel senso che l'ente possa essere ritenuto responsabile per un fatto illecito commesso da un soggetto inserito nella propria sfera organizzativa quand'anche tale condotta fosse contraria alle *corporate policies*: U.S. v. *Automated Medical Laboratories, Inc.*, 770 F.2d 399 (4th Cir. 1985) in <https://casetext.com/>; *United States v. Basic Const. Co.*, 711 F.2d 570 (4th Cir. 1983) in *ivi*.

⁹ In argomento: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 17.

¹⁰ Cfr.: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 90; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008, 82.

diversamente a seconda della tipologia di fatto criminoso verificatosi nel caso concreto¹¹. Nel caso in cui si tratti di un reato contravvenzionale (*violation*) o un fatto di reato in relazione al quale una legge speciale preveda la responsabilità penale dell'ente, il modello di riferimento, alla luce di quanto dispone la *Subsection* 1 lettera a della *Section* di cui sopra, rimane il principio del *respondeat superior*: la condotta criminosa, perché possa essere imputata alla *corporation*, è necessario che sia stata posta in essere da un soggetto agente nell'ambito delle proprie funzioni e nell'interesse dell'ente. Tuttavia, salvo che la legge applicabile al caso concreto preveda diversamente, la punibilità dell'ente è esclusa, *ex Subsection* 5 della *Section* 2.07 dell'atto di *soft law* prima menzionato, qualora egli dimostri in giudizio che il soggetto in posizione apicale abbia adottato le misure idonee, sulla base del criterio della *due diligence*, a prevenire la commissione del fatto illecito. Nel caso, invece, in cui il comportamento criminoso consista in un contegno omissivo di fronte ad uno specifico obbligo previsto *ex lege*, si introduce alla lettera b della *Subsection* 1 dell'atto in commento un modello di *strict liability*: l'ente, difatti, è responsabile senza che possa rilevare la causa di esclusione di cui alla *Subsection* 5 prima esposta o l'ottenimento o meno di un beneficio da tale fatto criminoso da parte della *corporation*. Infine, qualora sia stato commesso un fatto di reato introdotto dal *Model Penal Code* o in relazione al quale non sia prevista una diretta responsabilità dell'ente, la lettera c della *Subsection* 1 della *Section* in commento dispone, come norma di chiusura, che la punibilità della *corporation* sia subordinata al fatto che la condotta illecita sia stata autorizzata, richiesta, ordinata o colposamente tollerata dai vertici della società o da un soggetto in posizione apicale a vantaggio della società e nell'ambito delle proprie funzioni.

Sebbene al *Model Penal Code* debba riconoscersi il merito di aver tentato di introdurre un modello di *corporate liability* maggiormente conforme ai canoni di natura costituzionale in materia penale¹², esso non ottenne un particolare

¹¹ Cfr.: R. HEFENDEHL, *Corporate Criminal Liability: Model Penal Code Section 2.07 and the Development in Western Legal Systems* in *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 4, n°1/2000, 291 ss.

¹² Vd.: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 92.

successo¹³: la complessità del sistema tripartito pocanzi esposto ed il prevedere, in relazione ai reati omissivi, una disciplina così stringente possono esserne la causa¹⁴.

Tuttavia, l'esigenza di conformare maggiormente la *corporate criminal liability* al principio di personalità della responsabilità penale, alla base della redazione del *Model Penal Code*, non è stata totalmente ignorata nel panorama giuridico statunitense. Sebbene attualmente il predominante criterio di imputazione ad un ente di un fatto penalmente illecito sia il *respondeat superior*¹⁵, si possono, difatti, rinvenire pronunce giurisprudenziali in cui si richiede, perché possa riconoscersi una responsabilità penale della *corporation* in relazione ad un determinato fatto, una sua ratifica (*ratification*)¹⁶ o una qualche forma di colpa collettiva (*collective knowledge*)¹⁷.

Quanto all'apparato sanzionatorio nell'ambito della *corporate criminal liability*, un atto di *soft law*¹⁸ da porre in evidenza è il *Federal Sentencing Guidelines Manual*, il cui ottavo capitolo è interamente dedicato al tema della criminalità d'impresa¹⁹.

¹³ Nel senso che la quasi totalità degli Stati americani non abbiano recepito la disciplina del *Model Penal Code* in materia di *corporate liability*: D. PATAMIA, *Corporate crime trial: il processo penale a carico degli enti nell'esperienza anglosassone. Una nuova prospettiva di comparazione – Parte II*, cit., 2.

¹⁴ In argomento: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 91. Sebbene rilevando elementi di criticità nella disciplina, evidenzia l'influenza che il *Model Penal Code* ha esercitato sull'operato di molti ordinamenti statali: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 17 s.

¹⁵ In tal senso: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 92.

¹⁶ Sul punto: *Continental Baking Company v. United States*, 281 F.2d 137 (6th Cir. 1960) in <https://casetext.com/>; *United States v. Phelps Dodge Industries, Inc.*, 589 F. Supp. 1340 (S.D.N.Y. 1984), *ivi*. Di entrambe si riporta il medesimo estratto: «*There is an officer or agent of a corporation with broad express authority, generally holding a position of some responsibility, who performs a criminal act related to the corporate principal's business. Under such circumstances, the courts have held that so long as the criminal act is directly related to the performance of the duties which the officer or agent has the broad authority to perform, the corporate principal is liable for the criminal act also, and must be deemed to have 'authorized'*».

¹⁷ Vd.: *U.S. v. Bank of New England, N.A.*, 821 F.2d 844 (1st Cir. 1987) in <https://casetext.com/>. ove si legge, con riferimento all'ente, che: «*its knowledge is the sum of the knowledge of all of the employees*».

¹⁸ Nel senso che tale atto non abbia natura vincolante: *United States v. Booker*, 543 U.S. 220, 125 S. Ct. 738 (2005) in <https://casetext.com/>. Per un commento di tale pronuncia: V. FANCHIOTTI, *U.S. v. Booker: verso lo smantellamento del sentencing system federale?* in *Diritto penale e processo*, n°7/2005, 903 ss.

¹⁹ In merito alle difficoltà nel redigere un tale documento a causa dell'assenza di norme di diritto sostanziale in materia di responsabilità delle persone giuridiche: L. ORLAND, *Beyond organizational guidelines: toward a model federal corporate criminal code* in *Washington University Law Quarterly*, Vol. 71, n°2/1993, 358.

In termini generali esso, fornendo precisi criteri per la commisurazione della pena, può essere definito come lo strumento mediante il quale l'ordinamento statunitense si pone come fine la riduzione della discrezionalità giudiziale in quest'ambito²⁰.

Più nel dettaglio, il *Federal Sentencing Guidelines Manual* introduce un arsenale sanzionatorio piuttosto variegato nei confronti degli enti condannati per un illecito: obblighi di carattere restitutorio (*restitutions*), obblighi in favore della comunità (*community service*), nonché l'obbligo di rendere edotta la vittima della condotta illecita dell'avvenuta condanna (*order to notice to victims*), l'obbligo di porre rimedio alle conseguenze lesive del reato (*remedial order*) e, infine, la pena pecuniaria²¹.

In relazione a quest'ultima, si introduce un sistema complesso di calcolo. Determinata, difatti, la pena base avuto riguardo del profitto conseguito o del danno arrecato in conseguenza del reato, essa può essere aumentata o diminuita sulla base dell'intensità del grado di colpevolezza in capo all'ente²². Perciò, aver predisposto un *compliance program* idoneo a prevenire la commissione di ulteriori illeciti, sebbene non comporti l'esclusione della responsabilità, garantisce un'attenuazione del trattamento sanzionatorio²³.

²⁰ Si esprime positivamente in relazione a tale novità legislativa: I.H. NAGEL, *Structuring sentencing discretion: the new federal sentencing guidelines* in *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 80, n°4/1990, 883. Si esprime circa l'inefficacia di un tale strumento evidenziando come – in ragione della relazione dialettica tra la giuria, organo deputato ad esprimersi circa la colpevolezza dell'imputato ed il giudice che, talvolta nei mesi successivi, è chiamato a commisurare il trattamento sanzionatorio – non sia possibile eliminare del tutto una fisiologica disarmonia di giudizi nei diversi casi: E. GIGLIOLI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche negli Stati Uniti: pene pecuniarie e modelli di organizzazione e gestione* (“Compliance Programs”), cit., 49.

²¹ In argomento: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 94

²² Per un'analisi maggiormente approfondita di quali siano le ipotesi che comportano l'aumento o la diminuzione dell'ammontare della pena pecuniaria: E. GIGLIOLI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche negli Stati Uniti: pene pecuniarie e modelli di organizzazione e gestione* (“Compliance Programs”), cit., 50 s. In senso critico: J. S. PARKER – R. A. ATKINS, *Did the corporate criminal sentencing guidelines matter? Some preliminary empirical observations* in *The Journal of Law and Economics*, Vol. 47, n°1/1999, 433 ss.; J. ARLEN, *The failure of the Organizational Sentencing Guidelines* in *University of Miami Law Review*, Vol. 66, n°2/2012, 321 s.

²³ Sul punto, evidenziando comunque la rilevanza dell'adozione tempestiva di un *compliance program* nell'escludere una responsabilità civile in capo agli amministratori di una persona giuridica: E. GIGLIOLI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche negli Stati Uniti: pene pecuniarie e modelli di organizzazione e gestione* (“Compliance Programs”), cit., 52 ss.

2. L'esercizio discrezionale dell'azione penale da parte del *public prosecutor*

Ponendo a confronto la disciplina in materia di procedimento penale vigente nel nostro Paese e negli Stati Uniti, in entrambi gli ordinamenti un punto in comune può essere rinvenuto nel potere in capo al pubblico ministero di dirigere l'attività investigativa e di esercitare, in via monopolistica, l'azione penale²⁴. Tuttavia, per quanto concerne l'inquadramento istituzionale ed i criteri che guidano l'organo dell'accusa nell'esercizio dell'azione penale, possono rinvenirsi delle radicali divergenze.

Quanto al primo aspetto, nel diritto statunitense – a differenza di quanto avvenga nell'ordinamento italiano, in cui l'acquisizione della qualifica di pubblico ministero presuppone il conseguimento del titolo di magistrato mediante il superamento di una prova di carattere concorsuale²⁵ – il *public prosecutor* si contraddistingue per la sua estraneità dal potere giudiziario. Tuttavia, le modalità di nomina variano a seconda che ci si stia riferendo alla figura del *public prosecutor* a livello statale o federale. Nel secondo caso, il potere di nomina è attribuito a Presidente, previa ratifica da parte del Senato (*advice and content*). Dal punto di vista formale, le proposte vengono formulate dall'*U.S. General Attorney*. Soggetto anche quest'ultimo di nomina presidenziale – essendo in tal modo garantita la sua indipendenza dal *U. S. Department of Justice* – costui svolge la funzione di rappresentare l'accusa federale di fronte alla Corte Suprema e, tramite la nomina degli *U.S Attorney* distrettuali, di garantire un'armoniosa amministrazione della giustizia a livello periferico²⁶. Nel caso invece dei *public prosecutor* statali – salvo talune eccezioni in cui il potere di nomina è in capo al governatore (*New Jersey*), allo *State Attorney General* (*Alaska, Rhode Island e Delaware*) e ad un organo di natura giudiziaria (*Connecticut*) – è prevista l'elezione diretta da parte dei cittadini. Sebbene sia presente, in tale ambito, la figura dello *State Attorney General* con funzione di supervisione e controllo sull'operato dei *public prosecutor* statali, la natura elettiva della loro carica e la conseguente relazione molto stretta con

²⁴ Sul punto: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A*, cit., 26. Con riferimento alla figura del pubblico ministero nel nostro Paese si rinvia a: Cap. I. 2.1.

²⁵ In tal senso: F. DELLA CASA - G. P. VOENA, *Soggetti* in M. BARGIS (A CURA DI), *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2018, 52.

²⁶ In argomento: R. G. MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, cit., 26 ss.

l'elettorato di riferimento garantisce l'impermeabilità dei *public prosecutor* statali da pressioni provenienti dal potere esecutivo²⁷.

Strettamente correlato all'inquadramento istituzionale del *public prosecutor* è la titolarità in capo a costui di un potere discrezionale nell'esercizio dell'azione penale (*prosecutorial discretion*)²⁸, che vale tanto nei procedimenti a carico tanto delle persone fisiche quanto di quelle giuridiche. Con riferimento al *public prosecutor* in ambito statale, la sua legittimazione elettorale legittima le valutazioni di opportunità in ordine alla cernita dei casi meritevoli di essere perseguiti²⁹; quanto, invece, a quello federale, è l'incardinamento funzionale nell'esecutivo a giustificare l'ampia discrezionalità nell'esercizio dell'azione che l'ordinamento accorda al rappresentante dell'accusa³⁰.

Inoltre, l'opzione a favore della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale è finalizzata alla salvaguardia del principio della separazione dei poteri: sebbene, difatti, non sia stato totalmente eliso il controllo giurisdizionale sull'operato del *public prosecutor*³¹, attribuire un potere monopolistico a quest'ultimo in materia di esercizio dell'azione penale impedisce che il potere giudiziario possa ingerirsi nell'attività definita di *law enforcement*³².

²⁷ Per approfondimenti: vd. nota precedente.

²⁸ Sul principio di opportunità dell'azione penale negli Stati Uniti: L. L. STEVENSON, *Working outside the rules: the undefined responsibilities of federal prosecutors* in *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 26, n°3/1999, 553 ss.; W. R. LAFAYE, *The prosecutor's discretion in the United States* in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 18, n°3/1970, 532 ss. In giurisprudenza: *United States v. Batchelder*, 442 U.S. 114 (1979) in <https://supreme.justia.com/>; *U.S. v. Giannattasio*, 979 F.2d 98 (7th Cir. 1992) in <https://casetext.com/>.

²⁹ Sul punto: R. G. MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, Giappichelli, Torino, 1994, 30 s.; G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 26 s.

³⁰ Sul punto evidenziando gli elementi di criticità di tale sistema: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 96 ss. Per un parallelismo circa il principio di obbligatorietà dell'azione penale e l'indipendenza della figura del pubblico ministero: vd. *supra*. Cap. I. 2.2.

³¹ Difatti, è previsto che vi sia un sindacato giurisdizionale nei limitati casi in cui l'iniziativa del *public prosecutor* abbia alla base delle motivazioni discriminatorie (*discriminatory intent*) e che sia in grado di produrre, nel caso concreto, delle conseguenze discriminatorie (*discriminatory effect*). *Amplius*: R. G. MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, cit., 1994, 37 ss. In giurisprudenza: *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886) in <https://supreme.justia.com/>; *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448 (1962), *ivi*.

³² In argomento: F. RUGGIERI, voce *Imputazione in diritto processuale comparato* in *Dig. disc. pen.*, Agg. I, Utet Giuridica, Torino, 1992, 3. In giurisprudenza: *Inmates of Attica Correctional Facility v. Rockefeller*, 477 F.2d 375 (2d Cir. 1973) in <https://law.justia.com/>.

Infine, la soluzione in commento è funzionale ad ovviare alla moltiplicazione dei procedimenti penali dovuta al sovrapporsi della legislazione statale e federale³³ nonché alla scarsa determinatezza delle fattispecie incriminatrici, con effetti in punto di complessiva tenuta del sistema giudiziario potenzialmente deflagranti³⁴. Peraltro, il potere di esercitare l'azione penale sulla base di valutazioni discrezionali si risolve, *de facto*, in un potere di depenalizzazione³⁵ in relazione a talune condotte cui la legge attribuisce una rilevanza penale ma che, ad esempio, non sono più avvertite dalla coscienza sociale come meritevoli di essere perseguite in sede penale³⁶.

Tuttavia, il principio di opportunità nell'azione penale non significa, di converso, attribuire all'organo dell'accusa una piena disponibilità in relazione all'iniziativa accusatoria già avviata con l'atto di *indictment*³⁷. Difatti, tenendo in debita considerazione l'eventuale interesse dell'imputato a che un giudice si pronunci circa il fatto storico oggetto dell'imputazione e volendo impedire abusi persecutori da parte del *public prosecutor*, si è previsto un controllo giurisdizionale circa la legittimità dell'intenzione di quest'ultimo di ritrattare l'azione penale già esercitata. Qualora, invece, si sia già instaurato il dibattimento, oltre ad un esito positivo di tale sindacato è previsto l'assenso del soggetto imputato.

Inoltre, nonostante l'assenza di un controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero, esistono degli strumenti idonei ad orientarne, in una certa

³³ In argomento: V. FANCHIOTTI, *Riflessioni sulla giustizia penale negli U.S.A.* in *Cassazione Penale*, fasc. I, 1998, 317.

³⁴ In argomento e per un approfondimento circa il peculiare significato che, nell'ordinamento degli U.S.A., assume il principio di legalità in materia penale: M. PAPA, *Considerazioni sui rapporti tra previsioni legali e prassi applicative nel diritto penale federale statunitense (a proposito del reato di mail fraud)* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. IV, 1997, 1284 ss.

³⁵ In tal senso: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 28 s.; M. PAPA, *Considerazioni sui rapporti tra previsioni legali e prassi applicative nel diritto penale federale statunitense (a proposito del reato di mail fraud)*, cit., 1295.

³⁶ Cfr.: R. G. MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, cit., 30 s. Circa la non sempre frequente corrispondenza, nel diritto statunitense, tra il disposto della legge penale e il sentimento comune: N. ABRAMS, *Internal policy: guiding the exercise of prosecutorial discretion* in *University of California, Los Angeles Law Review*, Vol. 19, n° 1, 3.

³⁷ Sul punto: F. RUGGIERI, voce *Imputazione in diritto processuale comparato*, cit, 3; G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 28; J. C. ROBERTS, *Nolle prosequi* in *JAG Journal*, 1948, 13 ss. In giurisprudenza: *Rinaldi v. United States*, 434 U.S. 22 (1977) in <https://supreme.justia.com/>.

misura, l'operato³⁸. Da un lato, un ruolo rilevante è recitato dalla vittima la quale potrebbe, nel caso in cui nutra un interesse a che vi sia l'instaurazione del processo³⁹, indurre il pubblico ministero ad esercitare l'azione. Dall'altro lato, un controllo, seppur *sui generis*, è esercitato dall'opinione pubblica. Ciò si spiega in ragione della natura elettiva della carica, a livello statale, di *public prosecutor* e della natura pubblica dei fondi destinati a consentire il funzionamento del sistema giudiziario⁴⁰.

2.1 La *prosecutorial discretion* nel procedimento a carico degli enti

Nel sistema della giustizia penale statunitense l'accertamento della *corporate liability* è condotto sulla scorta dei medesimi schemi procedimentali dettati per il procedimento a carico delle persone fisiche, improntati al criterio della discrezionalità.

Il *Prosecutor* orienta tuttavia la sua attività sulla scorta di specifiche linee guida emanate dall'esecutivo e modellate *ad hoc* per la *corporate liability*, che servono ad orientare, e limitare, la *prosecutorial discretion* in queste materie. Nello specifico, si tratta delle linee guida elaborate dal *Department of Justice* (DOJ)⁴¹. Note con il nome di *Principles of Federal Prosecutions of Business Corporation*, esse costituiscono un capitolo dello *United States Attorneys' Manual*. Stante la diretta emanazione di tale atto da parte di un organo del potere esecutivo, molto probabilmente vi sarà un'analogia tra il contenuto di tali linee guida e gli indirizzi generali della politica criminale statunitense, quantomeno a livello federale⁴².

³⁸ In argomento: W. T. PIZZI, *Una tempesta perfetta: la discrezionalità del prosecutor negli Stati Uniti d'America* in *Archivio Penale*, fasc. II, 2012, 553 ss.

³⁹ Si pensi al caso in cui tale soggetto abbia riportato, in conseguenza dell'atto criminoso, dei danni senza che vi sia stata un'adeguata soddisfazione extraprocessuale. In argomento: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 101. In senso contrario, sminuendo il ruolo della persona offesa dal reato nell'attuale processo penale: V. FANCHIOTTI, *Origini e sviluppo della "giustizia contrattata" nell'ordinamento statunitense* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. I, 1984, 93 ss.

⁴⁰ In argomento: V. FANCHIOTTI, *Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.*, cit., 18 ss. In giurisprudenza: *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980) in <https://supreme.justia.com/>.

⁴¹ Sul punto: D. PATAMIA, *Corporate crime trial: il processo penale a carico degli enti nell'esperienza anglosassone. Una nuova prospettiva di comparazione – Parte II*, cit., 4.

⁴² In argomento: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 102.

A ben vedere, in realtà, l'efficacia di tali direttive non può essere sopravvalutata: in primo luogo, essendo il contenuto di tale atto piuttosto elastico, permane un margine di significativa discrezionalità in capo al singolo titolare dell'ufficio⁴³; in secondo luogo, trattandosi di indicazioni aventi mera valenza interna, non sono previste conseguenze significative per il *public prosecutor* eventualmente inadempiente né alcuna forma di verifica giurisdizionale rispetto all'effettiva osservanza di tali dettami⁴⁴.

Ad ogni modo, i *Principles of Federal Prosecutions of Business Organizations*, definita come una priorità la persecuzione della criminalità d'impresa ed individuati gli interessi generali che mediante essa si intende preservare⁴⁵, indicano quali siano gli elementi di cui il *public prosecutor* dovrebbe tener conto al momento della decisione circa l'esercizio o meno dell'azione penale nei confronti di un ente.

Tali fattori, peraltro simmetrici a quelli vevoli nel caso in cui il procedimento penale sia a carico di persone fisiche, sono i seguenti: la natura e la gravità dell'offesa calcolata in base alla capacità dell'atto criminoso di ledere interessi generali della collettività; il grado di coinvolgimento dei soggetti in posizione apicale nell'attività illecita e, dunque, quanto pronunciata fosse la «*pervasiveness of wrongdoing within the corporation*»⁴⁶; la presenza o meno di precedenti violazioni della legge da parte del medesimo ente nel passato; in parziale analogia

⁴³ Vd.: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A*, cit., 29.

⁴⁴ In tal senso, richiamandosi alla pronuncia della Corte Suprema secondo cui non possano essere dichiarate inutilizzabili le prove raccolte non attenendosi a linee guida di tipo interno (United States v. Caceres, 440 U.S. 741 (1979) in <https://supreme.justia.com/>: E. S. PODGOR, *Prosecution guidelines in the United States* in AA. VV., *The prosecutor in a transnational perspective*, Oxford University Press, Oxford, 17; L. E. DERVAN, *Corporate criminal liability, moral culpability, and the Yates Memo* in *Stetson Law Review*, Vol. 46, n°1/2016, 116. Nel senso che il procedimento, in massima parte, rimanga tra le mani dell'organo inquirente: F. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreement: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area angloamericana* in *Indice penale*, n°2/2013, 747.

⁴⁵ All'esordio del documento *de quo*, §9-28.200, si può leggere che: « *The prosecution of corporate crime is a high priority for the Department of Justice. By investigating allegations of wrongdoing and bringing charges where appropriate for criminal misconduct, the Department promotes critical public interests. These interests include, among other things: (1) protecting the integrity of our economic and capital markets by enforcing the rule of law; (2) protecting consumers, investors, and business entities against competitors who gain unfair advantage by violating the law; (3) preventing violations of environmental laws; and (4) discouraging business practices that would permit or promote unlawful conduct at the expense of the public interest.* ».

⁴⁶ Vd.: *Principles of Federal Prosecutions of Business Organizations*, 9- 28-300.

con quanto previsto nell'ambito del *Federal Sentencing Guidelines Manual*⁴⁷, un ruolo di rilievo è riservato all'aver predisposto un *compliance program* idoneo a prevenire la commissione d'illeciti; la presenza o meno di condotte dell'ente finalizzate a ridurre o, quando ciò sia possibile, ad eliminare le conseguenze dannose della condotta penalmente illecita; il fatto che l'instaurazione del processo cagioni o meno un effetto sproporzionato nell'ambito socio-economico in cui l'ente svolge la propria attività d'impresa; come già evidenziato, il sussistere di un interesse della vittima del reato a che si proceda oltre con l'accertamento delle responsabilità penali in relazione ad un dato fatto; la capacità dell'esercizio dell'azione penale nei confronti della sola persona fisica a soddisfare gli interessi pubblici di cui si è prima fatta menzione e l'insufficienza di rimedi alternativi di natura civile o amministrativo. Infine, si prende in considerazione l'eventualità che l'ente abbia, volontariamente e tempestivamente, segnalato l'illecito alle autorità competenti e assunto un atteggiamento collaborativo durante le indagini⁴⁸.

L'integrazione di tale ultimo requisito è stato in molti casi riferito alla rinuncia, da parte della *corporation*, all'*attorney-client privilege* ed alla *work production protection*: con il primo atto si intende l'autorizzazione ai legali interni aziendali a fornire, senza che ciò costituisca violazione del loro segreto professionale, tutte le informazioni di cui essi siano venuti a conoscenza in ragione del loro ufficio; con il secondo, invece, si fa riferimento alla consegna alle autorità investigative, da parte dell'ente, dell'intera documentazione di cui si sia in possesso⁴⁹.

Tuttavia, sebbene tali attività possano fornire un'effettiva indicazione circa il ravvedimento dell'ente e la non necessità di procedere all'instaurazione della fase processuale, vi è il concreto rischio che un soggetto, persona fisica o giuridica, risulti penalizzato semplicemente per non aver assecondato le richieste dell'organo dell'accusa o per essere in disaccordo con esso⁵⁰.

⁴⁷ In tal caso, infatti, l'adozione di un modello di organizzazione e gestione dotato di tali caratteristiche aveva solamente l'effetto di ridurre la sanzione pecuniaria e non di escludere la punibilità.

⁴⁸ Per un'analisi maggiormente approfondita di tale elencazione si rinvia a: E. DERVAN, *Corporate criminal liability, moral culpability, and the Yates Memo*, cit., 115.

⁴⁹ In argomento: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 104.

⁵⁰ Sul punto: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A*, cit., 41.

In forza di ciò, per quanto la Corte Suprema abbia costantemente negato che all'ente potesse applicarsi il principio del *nemo tenetur se detegere*⁵¹, una pronuncia di merito ha definito costituzionalmente illegittimo subordinare il mancato esercizio dell'azione penale da parte del *public prosecutor* al fatto che la *corporation* abbia agevolato l'attività investigativa dell'organo dell'accusa nel modo prima indicato⁵². Dunque – alla luce di quanto prevedono i *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* (9-28.710), come modificati dal *Memorandum* del *Department of Justice* (*DOJ*) del 28 agosto del 2008, conosciuto come *Filip Memo* – è rimasta la possibilità per l'ente di assumere l'atteggiamento collaborativo da esso ritenuto più idoneo ma è precluso al *public prosecutor* presentare all'ente una richiesta perché esso rinunci all'*attorney-client privilege* o alla *work product protection* incidendo, in tal modo, sulla libera determinazione della *corporation* circa la propria strategia difensiva⁵³. Tuttavia, sebbene il *Filip Memo* si autodefinisca come un atto in grado di vincolare l'operato dei *public prosecutors* («*The revised Principles will be set forth the first time in the United States Attorneys' Manual and will be binding on all federal prosecutors within the Department of Justice*»), la disposizione sopra tratteggiata deve intendersi – sulla base di quanto può leggersi nei *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* (9- 27.150)⁵⁴ – come un atto di *soft law* di mera rilevanza interna con il conseguente sorgere di dubbi in relazione all'efficacia in concreto di esso⁵⁵.

⁵¹ Nel senso che, essendo l'ente una creazione artificiale del legislatore, sia pienamente nelle sue facoltà disciplinarne i poteri ed i diritti: *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906) in <https://supreme.justia.com/>. Pone, invece, alla base della tesi in commento l'esigenza di reprimere efficacemente la *corporate crime*: *United States v. White*, 322 U.S. 694 (1944), *ivi*.

⁵² *Vd.*: *U.S. v. Stein*, 435 F. Supp. 2d 330 (S.D.N.Y. 2006) in <https://casetext.com/>.

⁵³ In argomento: N. A. GOLD, *Corporate criminal liability: cooperate, and you won't be indicted* in *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 8, n°1/2010, 161; V. P. NANDA, *Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?* in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 58, 2010, 619 ss.

⁵⁴ *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* (9- 27.150): « *These principles, and internal office procedures adopted pursuant to them, are intended solely for the guidance of attorneys for the government. They are not intended to create a substantive or procedural right or benefit, enforceable at law, and may not be relied upon by a party to litigation with the United States*».

⁵⁵ In tal senso: M. J. STEIN – J. A. LEVINE, *The Filip Memorandum: does it go far enough?* in *New York Law Journal*, Vol. 4, n°4, 2008, 5 s.; M. GIDEON, *The Yates Memorandum* in *University of California, Davis Law Review*, Vol. 51, n°4, 2018, 1602; D. J. BLOCK – M. A. EPSTEIN, *The Corporate Counsellor's Deskbook*, Wolters Kluwer, New York, 2020, 1-92.3.

3. La giustizia negoziata nel procedimento penale statunitense: profili generali

Un altro elemento caratteristico dell'ordinamento statunitense, strettamente correlato al principio di opportunità nell'esercizio dell'azione, è la giustizia negoziata⁵⁶. In termini generali, essa può essere definita come il fenomeno per cui l'organo dell'accusa ed il soggetto imputato si accordano affinché il secondo ammetta la propria responsabilità penale (*guilty plea*) in relazione ad un dato fatto ottenendo, da parte del primo, un mitigato trattamento sanzionatorio⁵⁷. Sebbene, affinché tale negoziazione sia formalizzata di fronte all'autorità giudiziaria, sia prevista un'apposita udienza da celebrare in forma pubblica (*arraignment*)⁵⁸, lo svolgersi in assenza di pubblicità delle precedenti trattative induce a dubitare dell'effettiva trasparenza di tale modello procedurale⁵⁹.

Dichiarata risolutivamente conforme a Costituzione dalla Corte Suprema nel 1970⁶⁰, la giustizia negoziata ha avuto una diffusione tanto capillare da poter essere ritenuta la modalità ordinaria di definizione delle pendenze penali negli Stati Uniti: sebbene non sia possibile distinguere con assoluta certezza i casi in cui un *guilty plea* sia o meno frutto di un precedente accordo tra le parti⁶¹, una percentuale intorno al 97% dei procedimenti penali negli Stati Uniti si conclude, nella fase preliminare al giudizio (fase *pretrial*), con una dichiarazione di colpevolezza dell'imputato⁶².

Le ragioni di un così frequente impiego di una tale modalità di amministrazione della giustizia sono molteplici: in primo luogo, l'incremento, dal XIX secolo in avanti, delle garanzie difensive in capo al soggetto imputato, mediante l'opzione di

⁵⁶ Pone in luce lo stretto legame tra questi due elementi procedurali: V. FANCHIOTTI, voce *Processo penale nei paesi di Common Law* in *Dig. disc. pen.*, 1995, 2.

⁵⁷ In argomento: R. G. MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, cit., 42.

⁵⁸ Sulla necessaria pubblicità di tale udienza: V. FANCHIOTTI, *Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.*, cit., 20.

⁵⁹ Definisce la giustizia negoziata «*procedura invisibile*»: E. AMODIO, *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo* in *Cassazione Penale*, fasc. X, 3409.

⁶⁰ Vd.: *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970) in <https://supreme.justia.com/>. In senso conforme: *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971), *ivi*.

⁶¹ In tal senso: V. FANCHIOTTI, *La giustizia negoziata negli U.S.A.* in *Diritto penale e processo*, n°7/1995, 870 ss.

⁶² Cfr.: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 225.

un modello procedimentale connotato da un maggiore formalismo⁶³, ha cagionato un nocimento alla speditezza dell'accertamento dei fatti con la necessità di ricorrere a strumenti di deflazione processuale⁶⁴. In secondo luogo, la giustizia negoziata è percepita come il principale strumento con cui porre rimedio all'eccessiva severità delle pene previste dalle norme penali⁶⁵ ed evitare la celebrazione di un dibattimento il cui esito, in ragione della presenza della giuria come organo giudicante⁶⁶ e dell'indeterminatezza delle fattispecie incriminatrici⁶⁷, presenta rilevantissimi margini di imprevedibilità⁶⁸. Infine, il raggiungimento di un accordo circa la colpevolezza del soggetto imputato costituisce un esito del procedimento cui ognuno, sebbene in misura diversa, guarda con interesse. Il pubblico ministero, allo stesso tempo, adempie al proprio compito di contrastare la criminalità in modo efficiente e mantiene la percentuale delle pronunce di condanna abbastanza elevata da poter dare un seguito alla propria carriera professionale⁶⁹. L'imputato, dal canto suo, ottiene un'attenuazione del trattamento sanzionatorio e,

⁶³ Pone come esempi di aspetti formalizzati della procedura la disciplina in materia di prove e di selezione dei membri della giuria: R. G. MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, cit., 43.

⁶⁴ Sul punto: R. G. MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, cit., 43; A. S. BURKE, *Prosecutorial passion, cognitive bias, and plea bargaining in Marquette Law Review*, Vol. 91, n° 1/2007, 183. Nel senso che, invece, la giustizia negoziata sia finalizzata a ridurre il carico di lavoro dei *public prosecutor*, piuttosto che l'arretrato giudiziario: A. W. ALSCHULER, *Plea bargaining and its history in Law & Society Review*, Vol. 13, n° 2/1979, 236. In senso fortemente critico, in ambito giurisprudenziale: *People v. Byrd*, 12 Mich. App. 186, 162 N.W.2d 777 (Mich. Ct. App. 1968) in <https://casetext.com/> di cui si riporta il seguente estratto: «*The present state of affairs was brought about by willingness to reduce standards of justice to conform to the resources made available for its administration. I suggest the time has come for the judiciary to start moving in the other direction, and to insist on a return to first principles as quickly as possible*».

⁶⁵ In argomento: V. FANCHIOTTI, *La giustizia negoziata negli U.S.A.*, cit., 871.

⁶⁶ Per una compiuta analisi del ricorso sempre più raro al *jury trial* e dei motivi per cui ciò avviene: S. SEIDMAN – DIAMOND – J. M. SALERNO, *Reasons for the disappearing jury trial: perspective from attorneys and judges in Louisiana Law Review*, Vol. 81, n° 1/2020, 120 ss.; M. GALENTER, *The vanishing trial: an examination of trials and related matters in Federal and State Courts in Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 1, Issue 3, 2004, 517 s. Pone in luce, invece, la possibilità di trarre benefici da un *jury trial*: B. G. MERRITT, *Does a Business Ever Want a Jury?* in *Litigation*, Vol. 16, n° 3/1990, 27 ss.

⁶⁷ Sul punto: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 239. Circa l'effetto che ha la trattativa negoziale delle parti sull'attività d'interpretazione delle norme giuridiche: M. PAPA, *Considerazioni sui rapporti tra previsioni legali e prassi applicative nel diritto penale federale statunitense (a proposito del reato di mail fraud)*, cit., 1297.

⁶⁸ Si rinvia, per i riferimenti bibliografici, alle due note precedenti.

⁶⁹ In argomento: A. W. ALSCHULER; *The prosecutor's role in plea bargaining in University of Chicago Law Review*, Vol. 36, 1968, 52 s. R. G. MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, cit. 45. Quest'ultimo Autore, nelle pagine successive, espone quali siano gli espedienti di natura psicologica di cui si serve il *public prosecutor* al fine di indurre l'imputato a dichiarare la propria colpevolezza in relazione agli addebiti a lui mossi.

aspetto molto rilevante nel caso in cui non si trovi in condizioni economiche particolarmente floride, il risparmio delle spese necessarie a far fronte al *trial*⁷⁰.

Quanto, invece ai poteri di controllo del giudice in tale ambito, essi sono limitati all'accertamento, da un lato, che il soggetto imputato, assistito da un difensore⁷¹, si sia dichiarato colpevole in relazione agli addebiti a proprio carico volontariamente e consapevolmente; dall'altro lato, stante quanto dispongono le *Federal Rules of Criminal Procedure*, che sussista il «*factual basis for the plea*»⁷². Cosa s'intenda con quest'ultima espressione non è perfettamente chiaro. Tuttavia, si esclude che l'accertamento di tale presupposto possa rappresentare una mera formalità o, al contrario, consistere in un sindacato eccessivamente puntiglioso. Nel primo caso, difatti, non sarebbe possibile porre rimedio alle situazioni di abuso del proprio potere da parte dell'organo dell'accusa; nel secondo caso, verrebbe meno il carattere della speditezza che caratterizza la procedura in commento⁷³.

3.1 I non prosecution agreements ed i deferred prosecution agreements

Il procedimento *de societate*, al pari di quello nei confronti delle persone fisiche, prevede dei meccanismi, a base consensuale, volti a definire prematuramente i procedimenti penali.

La loro diffusione, pressoché totalitaria nella giurisdizione federale⁷⁴, può essere giustificata dall'esigenza di evitare che dal mero esercizio dell'azione penale da

⁷⁰ In argomento: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 240 s.; F. H. ESTERBROOK, *Plea bargaining as compromise* in *Yale Law Journal*, Vol. 101, n°8/1992, 1975.

⁷¹ Nel senso che la dichiarazione di colpevolezza dell'imputato non possa avvenire prima che gli sia assicurata l'assistenza di un difensore: *McGill v. United States*, 348 F.2d 791, 121 U.S. App. D.C. 179 (D.C. Cir. 1965) in <https://casetext.com/>. Nel senso che in tale ambito siano frequenti comportamenti disonesti da parte del difensore: A. W. ALSEHULER, *The defense attorney's role in plea bargaining* in *The Yale Law Journal*, Vol. 84, n°6/1975, 1198.

⁷² Sul punto: R. G. MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, cit., 48 s. il quale tuttavia, evidenzia quanto l'escludere di un coinvolgimento del giudice nel corso delle trattative riduca sensibilmente la rilevanza del successivo sindacato *de quo*.

⁷³ In tal senso: M. F. MCDONALD, *Judicial supervision of the guilty plea process: a study of six jurisdictions* in *Judicature*, Vol. 70, n°4/1987, 210.

⁷⁴ La percentuale, difatti, di procedimenti penali contro gli enti definiti mediante il ricorso alla giustizia si attesta intorno al 97.7 per cento con un totale di sanzioni comminate che può essere quantificato in decine di miliardi. Vd.: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 248; B. L. GARRETT, *The public interest in corporate settlements* in *Boston College Law Review*, Vol. 58, 2017, 1485.

parte del *public prosecutor* possano derivare delle conseguenze eccessivamente gravose (*collateral consequences*) per l'ente sottoposto a procedimento penale con rilevanti ripercussioni sul contesto sociale ed economico di riferimento⁷⁵. Nel concetto di *collateral consequences* possono, in primo luogo, ricondursi i pregiudizi di carattere reputazionale⁷⁶ derivanti dall'atto di *indictment*⁷⁷ e, in secondo luogo, le sanzioni comminate da autorità amministrative le quali, sulla base di meccanismi di carattere presuntivo, sono applicate – in assenza, tuttavia, di ogni automatismo – in seguito all'esercizio dell'azione penale⁷⁸. Con riferimento al tema delle *collateral consequences*, una pietra miliare nella storia giurisprudenziale statunitense è rappresentata dal Caso Andersen.

Quest'ultima era una società di revisione contabile la quale forniva i propri servizi, tra gli altri, al gruppo Enron, un colosso del settore energetico il cui fallimento aveva suscitato scalpore nell'opinione pubblica statunitense. L'accusa nei confronti della Arthur Andersen LLP consisteva nell'aver ostacolato l'attività investigativa delle autorità inquirenti mediante la distruzione della documentazione concernente il gruppo Enron. Dal rifiuto della società in rilievo di ammettere la propria responsabilità penale in relazione agli addebiti ad essa mossi ebbe origine un'articolata vicenda processuale: l'Arthur Andersen LLP, condannata nei primi due gradi di giudizio, fu riconosciuta innocente dalla Corte Suprema sulla base della vaghezza delle indicazioni fornite alla giuria in grado di appello⁷⁹. Tuttavia, un tale

⁷⁵ Sul punto: F. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreement: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area angloamericana*, cit., 741; A. B. HELLER, *Corporate death penalty: prosecutorial discretion and the indictment of SAC capital in George Mason Law Review*, Vol. 22, n°3/2015, 770. Secondo tale Autore, « *a mere indictment can destroy a company and result in collateral damage to many uninvolved parties*».

⁷⁶ Si pensi, a titolo esemplificativo, a possibili condotte di disinvestimento da parte degli azionisti di una società quotata sul mercato azionario oppure al sentimento di sfiducia da parte dei consumatori nel caso in cui il procedimento penale attenga alla qualità o alla sicurezza dei prodotti di una certa impresa.

⁷⁷ Per un'approfondita analisi su cosa s'intenda per sanzione reputazionale e quali siano i suoi effetti sull'attività d'impresa di una *corporation*: R. SHAPIRA, *A reputational theory of corporate law in Stanford Law & Policy Review*, Vol. 26, n°1/2015, 7 ss.

⁷⁸ Sul punto: H. L. BROWN, *Corporate director's compliance oversight responsibility in the post Caeremark Era in Delaware Journal of Comparative Law*, Vol. 26, n°1, 99. *Contra*, nel senso che per l'applicazione di tali sanzioni amministrative si richiede usualmente un supplemento istruttorio da parte delle autorità competenti: B. D. SHANNON, *The Government-wide debarment and suspension regulations after a decade - a Constitutional framework - yet, some issues remain in transition in Military Law Review*, Vol. 134, 1991, 5.

⁷⁹ Vd.: *Arthur Andersen LLP v. United States*, 544 U.S. 696 (2005) in <https://supreme.justia.com/>.

verdetto assolutorio fu emanato quando la *corporation* era, a causa della svalutazione dei propri titoli sul mercato azionario e dell'allontanamento della propria clientela, già al collasso dal punto di vista economico. Tale caso giurisprudenziale assunse, nell'ambito oggetto di esposizione, una tale rilevanza che venne coniata l'espressione *Andersen effect*: l'instaurazione di un processo penale a carico di un ente produce, a nulla rilevando quale sia il suo esito, conseguenze esiziali per la *corporation* che ne sia coinvolta⁸⁰. Dall'altro lato, l'ingente influenza esercitata dal caso Andersen nella disciplina della procedura penale d'impresa negli Stati Uniti è testimoniata dal fatto che nel 2003, l'anno immediatamente successivo al fallimento dell'Arthur Andersen LLP., i *Principles of Federal Prosecutions of Business Organizations* furono modificati mediante l'introduzione della possibilità per i *public prosecutor* di concludere accordi con gli enti per non agire, a determinate condizioni, in giudizio nei loro confronti⁸¹.

Tali pattuizioni, la cui origine è da rinvenire nell'ambito della giustizia penale minorile⁸², sono noti con il nome di *non prosecution agreement* e *deferred prosecution agreement*. Il primo può essere definito come l'accordo con cui il *public prosecutor* si astiene dal perseguire penalmente una *corporation* a patto,

⁸⁰ In argomento: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 294. Per un'analisi circa la possibilità che iniziative investigative malcondotte possano cagionare un nocumento alla tutela della concorrenza: M. L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 106 s. In senso contrario evidenziando come, in realtà, nel primo decennio degli anni 2000 nessuna *public corporation* sia stato vittima dell'Andersen effect ponendo, dunque, in dubbio la sua esistenza: G. MARKOFF, *Arthur Andersen and the myth of the corporate death penalty: corporate criminal convictions in the twenty-first century* in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 15, n°3, 2013, 827.

⁸¹ Pone in relazione questi due elementi: D. M. UHLMANN, *Deferred prosecution and no prosecution agreements and the erosion of corporate criminal liability* in *Maryland Law Review*, vol. 72, n°4/2013, 1310 s. Sull'origine della giustizia negoziata nel procedimento penale statunitense a carico degli enti: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 106.

⁸² Negli anni 30 dello scorso secolo, difatti, fu introdotto un innovativo mezzo di contrasto alla criminalità giovanile: il *Brooklyn Plan*. Il *public prosecutor*, individuati degli elementi tali da ritenere altamente probabile la rieducazione dell'adolescente (assenza di precedenti penali, non particolare gravità del fatto criminoso commesso e disponibilità di una stabile dimora) rinunciava ad esercitare l'azione penale a patto che il giovane superasse positivamente un periodo di *probation*. Per maggiori approfondimenti: S. L. RACKMILL, *Printzlien's legacy, the Brooklyn Plan, A.K.A. deferred prosecution* in *Federal Probation*, Vol. 60, n°2/1996, 8 ss.

tuttavia, che costei si impegni ad intraprendere un percorso che la riconduca nel sentiero della legalità⁸³.

Quanto al *deferred prosecution agreement*, la sua peculiarità consiste nel fatto che l'organo dell'accusa, alla stessa condizione summenzionata, si limita a rinviare il momento dell'esercizio dell'azione a fronte di un procedimento penale già instaurato⁸⁴. Nella prassi quest'ultimo modello procedurale risulta favorito dal *public prosecutor* in quanto, comportando una mera dilazione temporale dell'emanazione dell'atto di *indictment*, rende maggiormente probabile l'adempimento, da parte dell'ente, degli obblighi assunti⁸⁵. Nondimeno, il diritto della *corporation* di veder definito, in tempi rapidi e certi, il procedimento penale incontra delle rilevanti limitazioni⁸⁶: Lo *Speedy Act* del 1974 (*title* n°18, *chapter* n°208, *section* §3161) dispone, infatti, che il tempo necessario per la conclusione di un accordo tra il *public prosecutor* e l'imputato, da sottoporre all'approvazione di un giudice, non sia computato nei limiti temporali massimi per la conclusione di una fase procedimentale.

Inoltre, nel caso le parti abbiano adottato per un *deferred prosecution agreement*, è necessaria un'autorizzazione da parte del giudice perché esso possa produrre i propri effetti⁸⁷. Tuttavia, a causa di un silenzio normativo sul punto, non è chiaro come si atteggi, in concreto, tale controllo giurisdizionale. Come risposta a tale interrogativo, si è proposta in letteratura la *wait and see doctrine*: il giudice, sebbene

⁸³ Sul punto: R. A. RUGGIERO, *Non prosecution agreement e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 s; G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 252.

⁸⁴ In argomento, oltre all'Autrice di cui alla precedente nota: F. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreement: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area angloamericana*, cit., 742.

⁸⁵ Sulle differenze tra le due tipologie di accordi preprozessuali che rendono preferibile, per l'ente sottoposto ad indagini, la conclusione di un *no prosecution agreement*: E. PAULSEN, *Imposing limits on prosecutorial discretion in corporate prosecution agreements* in *New York University Law Review*, Vol. 82, n°5/2007, 1438.

⁸⁶ In tal senso: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 256; R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 109.

⁸⁷ Cfr.: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 256; F. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreement: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area angloamericana*, cit., 743.

non possa ingerirsi nel merito delle scelte discrezionali operate dalle parti⁸⁸, recita un ruolo di mediatore imparziale non concedendo l'autorizzazione nei casi di abuso di potere da parte del *public prosecutor* e tutelando, in tale maniera, anche quei soggetti⁸⁹ che, sebbene assenti in questa fase procedimentale, nutrano degli interessi nei confronti della pendenza penale⁹⁰.

Quanto al contenuto di questi due modelli procedurali a base consensuale, nella generalità di casi potrà rinvenirsi una dichiarazione stragiudiziale in cui la *corporation* ammette la propria responsabilità penale in relazione al fatto oggetto di pattuizione (*statements of facts*) e manifesta esplicitamente il suo consenso a che tale confessione possa essere impiegata in giudizio avverso di lei; l'obbligo di pagare una somma pecuniaria a titolo di sanzione e di risarcimento del danno arrecato; l'obbligo di adottare un modello organizzativo idoneo a prevenire la futura commissione di reati⁹¹. Infine, in base ai *Principles of Federal Prosecutions of Business Organizations* (9-28.700)⁹², perché sia possibile la stipulazione di un accordo preprocessuale tra il *public prosecutor* ed un ente è necessario che quest'ultimo fornisca tutte le informazioni necessarie all'individuazione delle persone fisiche responsabili dell'atto penalmente illecito. In ciò s'intravede la volontà, da parte del *Department of Justice* statunitense, di privilegiare la

⁸⁸ Costituiscono, difatti, delle eccezioni i casi in cui il giudice si sia rifiutato di concedere l'autorizzazione in presenza di *deferred prosecution agreements* in cui fosse assente un riconoscimento della responsabilità da parte dell'ente in relazione agli addebiti ad essa mossi o un mutamento drastico della struttura manageriale dell'ente. Rispettivamente: U.S. Securities and Exchange Commission v. Citigroup Global Markets Inc., No. 1:2011cv07387 - Document 33 (S.D.N.Y. 2011) in <https://law.justia.com/>; United States v. Fokker Servs. B.V., 79 F. Supp. 3d 160 (D.D.C. 2015) in <https://casetext.com/>.

⁸⁹ Si pensi, a titolo di esempio, agli azionisti della *corporation*.

⁹⁰ In argomento: B. M. GREENBLUM, *What happens to a prosecution deferred? Judicial oversight of corporate deferred prosecution agreements* in *Columbia Law Review*, Vol. 105, n°6/2005, 1899 s. Nel senso che il controllo giurisdizionale in tale ambito sia particolarmente modesto: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 256; M. WILT, *Who Watches the Watchmen? Accountability in Federal Corporate Criminal Prosecution Agreements* in *American Journal of Criminal Law*, Vol. 43, Issue 1, 2016, 85.

⁹¹ In argomento: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 252; F. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreement: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area angloamericana*, cit. 742; L. K. GRIFFIN, *Compelled cooperation and the new corporate criminal procedure* in *New York University Law Review*, Vol. 82, n°2/2007, 321 ss.

⁹² Di seguito si riporta, in forma parziale, il testo di tale atto di *soft law*: « *In order for a company to receive any consideration for cooperation under this section, the company must identify all individuals substantially involved in or responsible for the misconduct at issue, regardless of their position, status or seniority, and provide to the Department all relevant facts relating to that misconduct*».

persecuzione delle responsabilità penali individuali attribuendo al procedimento *de societate* una funzione strumentale rispetto al perseguimento di tale obiettivo. Tuttavia, dubbi sono sorti in relazione all'efficacia di tale previsione: difatti, solamente il 30 per cento dei *deferred prosecution agreements* ed il 45 per cento dei *no prosecution agreements* hanno reso possibile, con la loro conclusione, l'individuazione e la formulazione dell'imputazione (*indictment*) nei confronti delle persone fisiche responsabili⁹³. La ragione di tale ritrosia da parte delle *corporation* di fornire una tale cooperazione all'attività investigativa può essere individuata nella possibile coincidenza tra i soggetti mediante i quali l'ente, sul piano materiale, interagisce con il *public prosecutor* e coloro che, ricoprendo posizioni apicali nell'ente, condividono profili di responsabilità in relazione al fatto criminoso⁹⁴. Un tale stato di conflitto d'interesse potrebbe venire meno solamente laddove, successivamente al verificarsi della condotta illecita ed all'apertura del procedimento penale a carico dell'ente, vi fosse un mutamento radicale della struttura manageriale dell'ente⁹⁵.

Affinché vi sia una verifica maggiormente puntuale dell'effettivo adempimento da parte dell'ente degli obblighi assunti, il *public prosecutor* ha la possibilità, ingerendosi nella conduzione dell'attività d'impresa⁹⁶, di nominare un supervisore – una persona fisica o una società che abbia le necessarie competenze in materia economica e finanziaria – dell'attività dell'ente (*monitor*)⁹⁷. Tale soggetto, senza essere legato da vincoli di natura gerarchica o funzionale nei confronti della *corporation*, ha il potere di prendere visione di ogni documento attinente alla sua

⁹³ In tal senso: L. ORLAND, *The transformation of corporate criminal law* in *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, Vol.1, Issue 1, 2006, 75.

⁹⁴ In argomento: S. ODED, *Coughing up executives or rolling the dice: individual accountability for corporate corruption* in *Yale Law & Policy Review*, Vol. 35, Issue 1, 75 ss.

⁹⁵ Così: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 130. Per un'analisi circa gli effetti che l'apertura di un procedimento *de societate* produce sulla classe apicale di tale organizzazione: B. L. GARRETT – N. LI – S. RAJGOPAL, *Do heads roll? An empirical analysis of CEO turnover and pay when the corporation is federally prosecuted* in *Virginia Law and Economics Research Paper No. 2017-11*, *Columbia Business School Research Paper No. 17-54*, 2018, 1 ss.

⁹⁶ In senso critico: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 116.

⁹⁷ Sul punto: F. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreement: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area angloamericana*, cit. 748..

attività e di redigere relazioni che il *public prosecutor* tiene in debita considerazione al momento di determinarsi circa l'esercizio o meno dell'azione penale⁹⁸.

Con riguardo ai contenuti degli *agreements* in commento, si evidenzia la gravosità delle condizioni che sono imposte all'ente al fine di evitare l'esercizio dell'azione penale da parte del *public prosecutor*⁹⁹. Sulla base di ciò, potrebbe sorgere l'interrogativo circa le motivazioni che inducono la *corporation* a concludere tali accordi. Ebbene, la conclusione di un *non prosecution agreement* o un *deferred prosecution agreement* apporta diversi benefici all'ente. In primo luogo, le sanzioni applicate tramite gli accordi preprocessuali sono spesso meno severe rispetto a quelle che potrebbe comminare il giudice dibattimentale; in secondo luogo, giungendo ad un'intesa con il *public prosecutor*, l'ente definisce la totalità delle pendenze a proprio carico precludendo che, in relazione ad un dato fatto, possano esservi conseguenze pregiudizievoli di carattere amministrativo che, altrimenti, potrebbero aggiungersi a quelle di tipo penale; infine, il fatto che tali accordi non siano di dominio pubblico consente all'ente di vedere conclusa la propria vicenda procedimentale limitando al massimo il rischio di danni reputazionali¹⁰⁰.

Qualora il *public prosecutor* dovesse accorgersi di una violazione dell'accordo da parte dell'ente, non vi sarebbe per lui altra scelta che esercitare l'azione penale¹⁰¹. Tuttavia, l'esito di tale procedimento penale può essere agevolmente previsto – avendo l'ente, al momento della conclusione dell'*agreement* con il *public prosecutor*, già riconosciuto i propri addebiti (*statement of facts*) e collaborato all'attività di accertamento dei fatti mediante la fornitura di materiale investigativo – nel senso di un riconoscimento della responsabilità penale della *corporation*¹⁰². A tal proposito, desta delle perplessità l'assenza di uno strumento, di tipo

⁹⁸ Vd.: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 253; C. E. NELSON, *Corporate compliance monitors are not superheroes with unrestrained power: a call for increased oversight and ethical reform* in *Georgetown journal of legal ethics*, Vol. 27, n°3/2014, 729 ss.

⁹⁹ In argomento: R. A. RUGGIERO, *Non prosecution agreement e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, cit., 11.

¹⁰⁰ Cfr.: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 121 s.

¹⁰¹ Cfr.: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 257.

¹⁰² In argomento: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 119 s.

preventivo, con cui l'ente possa porre rimedio ad abusi di potere da parte del *public prosecutor*: esso, tuttalpiù, può sollevare una *pre-trial motion* al fine di far rilevare l'improcedibilità dell'azione¹⁰³.

Nonostante un *non prosecution agreement* ed un *deferred prosecution agreement* condividano con il *plea bargaining*¹⁰⁴ il carattere negoziale, da esso si distinguono per l'assenza dell'emanazione, da parte del giudice dibattimentale, di un formale provvedimento di condanna¹⁰⁵. Ciò spiega il motivo per cui la conclusione di un *deferred prosecution agreement* o di un *non prosecution agreement* non possa essere qualificata giuridicamente come un precedente penale a tutti gli effetti¹⁰⁶. In aggiunta, non è escluso che la medesima *corporation* possa far più volte ricorso alla medesima procedura con le relative perplessità circa l'effettiva capacità di tali strumenti di rieducare, per quanto possibile¹⁰⁷, la persona giuridica¹⁰⁸.

¹⁰³ Vd.: G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., 257; R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 119 s. In giurisprudenza: *Stolt-Nielsen v. U.S.*, 442 F.3d 177 (3d Cir. 2006) in <https://casetext.com/> in cui si afferma che «*non-prosecution agreements of the sort involved in this case protect against the risk of conviction and punishment, not trial*» con commento di: H. W. GOLDSTEIN, *When the government ends a deferred prosecution pact in New York Law Journal*, Vol. 236, n°86/2006, 1 s.

¹⁰⁴ Vd.: *supra*. 3.

¹⁰⁵ Sul punto: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 125. *Contra*: J. ARLEN – C. R. ALEXANDER, *Does Conviction Matter? The Reputational and Collateral Effects of Corporate Crime in NYU Law & Economics Research Papers Series*, n°17- 24/2017, 51. Secondo tali Autori, difatti, «*Prosecutors can impose the same formal sanctions through DPAs as through guilty pleas: the same charges, statements of fact, monetary sanctions, and mandates*».

¹⁰⁶ In argomento: R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 125.

¹⁰⁷ Per considerazioni generali attinenti all'impossibilità che le sanzioni comminate all'ente possano svolgere una funzione di prevenzione generale in senso positivo (indurre, mediante l'applicazione della pena, il soggetto che ha commesso un atto penalmente illecito a riacquisire i valori della civile convivenza) e che quindi la massima ed unica aspirazione da parte dell'ordinamento possa essere evitare la recidiva dell'ente: G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, cit., 49 ss.

¹⁰⁸ Sull'inefficacia di tali strumenti nell'eliminare i comportamenti penalmente illeciti all'interno degli enti: M. H. BAER, *Governing corporate compliance in Boston College Law Review*, Vol. 50, n°4/2009, 949 ss.; K. D. KRAWIEC, *Cosmetic compliance and the failure of negotiated governance in Washington University Law Quarterly*, Vol. 81, n°2/2003, 541 s; W. L. LAUFER, *Corporate liability, risk shifting, and the paradox of compliance in Vanderbilt Law Review*, Vol. 52, 1999, 1408.

CONCLUSIONI

Al ricorrere del ventennale dall'entrata in vigore del decreto legislativo n. 231 del 2001, si è ritenuto meritevole di riflessioni uno degli aspetti maggiormente controversi del procedimento penale *de societate*: l'archiviazione della notizia di illecito dipendente da reato. Difatti, il legislatore, all'articolo 58 del testo normativo sopramenzionato, ha attribuito al pubblico ministero di primo grado il potere di disporre, con decreto motivato, l'archiviazione ed al procuratore generale presso la Corte d'Appello di verificare, essendogli stato comunicato il decreto d'archiviazione, la legittimità dell'operato del pubblico ministero di primo grado.

L'opzione di escludere, dunque, un controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero in relazione ad una data notizia di illecito ha suscitato perplessità sul piano del merito e della legittimità costituzionale.

Sebbene il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sia lungi dal trovare una definizione, i dubbi concernenti l'opportunità di tale scelta del legislatore ordinario risultano fondati. Ammettendo che non sia l'unico consentito dall'articolo 112 della Costituzione, il sindacato del giudice per le indagini preliminari sulla richiesta di archiviazione presentata dal pubblico ministero è lo strumento maggiormente idoneo a verificare che non vi sia un'elusione del principio di obbligatorietà dell'azione penale: l'esiguità dei mezzi e del personale di cui dispongono gli uffici del pubblico ministero di secondo grado rendono impossibile un controllo capillare in relazione ad ogni caso di mancato esercizio dell'azione penale. In aggiunta, il controllo meramente interno sulla fondatezza dell'inerzia del pubblico ministero di primo grado garantisce un minore grado di rigore ed intransigenza rispetto al sindacato di natura esterna operato dall'autorità giurisdizionale.

Inoltre, la decisione del legislatore delegato in totale discontinuità con la nostra tradizione giuridica poteva essere accolta favorevolmente solamente laddove si fosse introdotta una compiuta ed esauriente disciplina della materia. Tuttavia, ciò non è avvenuto in quanto al tema dell'archiviazione è riservato esclusivamente una norma, l'articolo 58, connotato da una pronunciata ermeticità. In taluni casi, la possibilità di colmare le lacune normative facendo riferimento, mediante il rinvio di cui all'articolo 34 del dl.gs 231/2001, alla disciplina codicistica prevista per il

procedimento a carico delle persone fisiche è stata riconosciuta senza particolari problemi interpretativi: si pensi alla possibilità per il procuratore generale presso la Corte d'Appello di disporre l'avocazione delle indagini, ai presupposti che legittimano l'inerzia del pubblico ministero di primo grado oppure al criterio decisorio che guida le determinazioni di tale soggetto circa l'esercizio o meno dell'azione penale. In altri casi, invece, non risulta possibile porre rimedio alle mancanze del legislatore delegato senza essere costretti ad operare talune forzature di carattere sistematico: da un lato, la disciplina codicistica è la diretta conseguenza di aver, a monte, previsto un controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero e, per tale ragione, dovrebbe essere ritenuta incompatibile con il procedimento *de societate* e, quindi, inapplicabile ad esso in ragione del disposto dell'articolo 34 dl.gs 231/2001; dall'altro lato, non colmare in via interpretativa tale lacuna comporterebbe a soluzioni incompatibili con principi garantistici che fanno stabilmente parte della nostra tradizione giuridica in ambito penale. A titolo esemplificativo, si pensi all'interrogativo circa la necessità o meno che il pubblico ministero si rivolga al giudice per le indagini preliminari perché quest'ultimo autorizzi la proroga dei tempi massimi di durata delle indagini o la riapertura delle indagini in relazione ad un fatto per cui in precedenza sia stato emanato un provvedimento di archiviazione. In relazione a tali materie sarebbe, perciò, più che auspicabile un intervento del legislatore affinché tali dubbi possano trovare delle risposte in via definitiva.

D'altra parte, l'articolo 58 dl.gs 231/2001 si pone in contrasto anche con altre norme del medesimo testo legislativo. Ad esempio, sebbene l'articolo 47 dl.gs 231/2001 attribuisca all'autorità giurisdizionale la competenza di revocare misure cautelari, risulta difficile negare che nel procedimento nei confronti dell'ente sia applicabile l'articolo 300 del codice di procedura penale secondo cui con l'archiviazione si estinguono tutte le misure cautelari previamente applicate. Da tale sovrapposizione di competenze si può plausibilmente prevedere che alla procedura descritta dall'articolo 47 si farà raramente ricorso: il pubblico ministero, infatti, difficilmente si rivolgerà al giudice per la revoca di una data misura cautelare se può ottenere, emanando in prima persona il decreto di archiviazione, il medesimo risultato.

Tuttavia, la soluzione adottata dall'art. 58 dl.gs. 231/2001 – pur non essendo pienamente condivisibile sul piano del merito – non risulta incompatibile con quanto prevede l'articolo 112 della Costituzione, di cui deve riconoscersi l'applicabilità nel procedimento a carico degli enti: optare per il procedimento penale come sede dell'accertamento della responsabilità amministrativa dipendente da reato postula che trovino spazio i principi che connotano tale modello giurisdizionale. Ebbene, l'articolo 58 dl.gs. 231/2001 potrebbe ritenersi costituzionalmente illegittimo solo laddove si volesse interpretare l'articolo 112 della Costituzione nel senso che imponga un controllo giurisdizionale sull'inerzia del pubblico ministero. Nondimeno, una tale linea ermeneutica non può essere condivisa: in primo luogo, nonostante il controllo giurisdizionale *de quo* sia già stato definito come il più efficace per impedire elusioni della regola costituzionale, sarebbe errato affermare che, nel procedimento a carico delle persone fisiche, il principio di obbligatorietà dell'azione penale non pecchi talvolta d'ineffettività; in secondo luogo, si potrebbe sostenere la presenza di un difetto di coordinamento tra i principi del processo accusatorio ed il controllo giurisdizionale in commento con la conseguente possibilità di un superamento di quest'ultimo; infine, una determinazione del legislatore ordinario, quale quella contenuta nel codice di rito attualmente vigente, non può assurgere a criterio ermeneutico privilegiato di una norma costituzionale a ciò vietando il principio di gerarchia delle fonti del nostro ordinamento.

In conclusione, seppure non sia sostenibile un'illegittimità costituzionale dell'articolo 58 dl.gs. 231/2001, le criticità ravvisate suscitano preoccupazione, anche in ragione della possibilità che tale opzione legislativa possa in futuro trovare applicazione anche nel procedimento penale nei confronti della persona fisica.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina* in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231*, IPSOA, Milano, 2002.
- A. ANDRONIO, *Articolo 111* in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (A CURA DI), *Commentario alla Costituzione (vol. III)*, Utet Giuridica, Torino, 2008
- A. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti* in A. BASSI – T. E. EPITENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, Milano, 2006.
- A. BASSI, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare* in A. BASSI – T. EPITENDIO – F. D'ARCANGELO (A CURA DI), *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente*, Giuffrè, Milano, 2020.
- A. BERNASCONI, *I soggetti, la giurisdizione e la competenza* in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018.
- A. BERNASCONI, *Il procedimento di accertamento dell'illecito: le disposizioni generali* in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018.
- A. BERNASCONI, *Indagini ed udienza preliminare* in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018.
- A. BERNASCONI, *L'autonomia della responsabilità dell'ente* in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018.
- A. BERNASCONI, *Le fonti* in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018.
- A. BERNASCONI, *Profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare* in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, Padova, 2002.
- A. BERNASCONI, *Societas delinquere (et puniri) potest* in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018.
- A. BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)* in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 2008, 957 ss.

- A. DI LERNIA – G. LOSAPPIO, *La riforma epocale della giustizia. L'obbligatorietà dell'azione penale nella prospettiva del diritto penale* in AA. VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Cacucci, Bari, 2012.
- A. DIDI, *Art. 61* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008.
- A. FERRARO, *Archiviazione e potere di destinazione del pubblico ministero* in *Foro Italiano*, n°1, 1991, 353 ss.
- A. GIARDA, *Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative* in *Cassazione penale*, supplemento n° 6/2003, 111 ss.
- A. GIARDA, *Procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa degli enti (d. lgs 8 giugno 2001, n°231)* in M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2018.
- A. GIARDA, *Societas delinquere potest: o no?!* in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231*, IPSOA, Milano, 2002.
- A. GIARDA, *Un sistema ormai a triplo binario: la giurisdizione penale si amplia* in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231*, IPSOA, Milano, 2002.
- A. GRASSO, “*No bodies to kick or souls to damn*”: *political origins of corporate criminal liability* in *Studies in American Political Development*, Vol. 35/2021, 57 ss.
- A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, Giuffrè, Milano, 2017.
- A. M. CASTELLANA, *Diritto penale dell'Unione Europea e principio societas delinquere non potest* in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1996, 747 ss.
- A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto* in *Cassazione Penale*, fasc. X, 1998, 2741 ss.
- A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista* in *Cassazione Penale*, fasc. III, 2003, 1101 ss.
- A. MARANDOLA, *Il diritto di difesa dell'ente* in G. LATTANZI – P. SEVERINO (A CURA DI), *Responsabilità da reato degli enti (Vol. II)*, Giappichelli, Torino, 2020,

- A. MARANDOLA, *Le nuove disposizioni in tema di archiviazione* in AA.VV., *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2018.
- A. ORTOLANI, voce *Giappone (diritto moderno)* in *Dig. disc. priv.*, Utet Giuridica, Torino, 2012.
- A. PETRELIS, *Azione* in *Nuovo Digesto Italiano*, Vol. II, Utet, Torino, 1937, 92 ss.
- A. PRESUTTI, *Le misure cautelari interdittive* in A. BERNASCONI – A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018.
- A. S. BURKE, *Prosecutorial passion, cognitive bias, and plea bargaining* in *Marquette Law Review*, Vol. 91, n°1/2007, 183 ss.
- A. TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d.lgs. 231/2001: prime considerazioni di tipo amministrativo* in *Le Società* n°11/2011, 1305 ss.
- A. VALSECCHI, *Sulla costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex dl.gs 231/2001* in *Diritto penale contemporaneo*, 2010, 1 ss.
- A. W. ALSCHULER, *Plea bargaining and its history* in *Law & Society Review*, Vol. 13, n°2/1979, 211 ss.
- A. W. ALSCHULER; *The prosecutor's role in plea bargaining* in *University of Chicago Law Review*, Vol. 36, 1968, 50 ss.
- A. W. ALSEHULER, *The defense attorney's role in plea bargaining* in *The Yale Law Journal*, Vol. 84, n°6/1975, 1179 ss.
- A. ZAPPULLA, voce *Notizia di reato* in *Enc. Dir.*, Annali IV, Giuffrè, Milano, 2012, 889 ss.
- B. G. MERRITT, *Does a Business Ever Want a Jury?* in *Litigation*, Vol 16, n°3/1990, 27 ss.
- B. L. GARRETT, *The public interest in corporate settlements* in *Boston College Law Review*, Vol. 58, 2017, 1484 ss.
- B. M. GREENBLUM, *What happens to a prosecution deferred? Judicial oversight of corporate deferred prosecution agreements* in *Columbia Law Review*, Vol. 105, n°6/2005, 1863 ss.
- C. ANGELILLIS, *L'istituto dell'avocazione: prassi applicative e questioni aperte* in *Questione giustizia: bimestrale promosso da Magistratura Democratica*, 2017.
- C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2005.

- C. CESARI, *Azione ed inazione* in A. CAMON – M. DANIELE – D. NEGRI – C. CESARI – M. L. DI BITONTO – P. P. PAULESCU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluver, Milano, 2020.
- C. CESARI, *Il procedimento sugli illeciti amministrativi dipendenti da reato* in A. CAMON – M. DANIELE – D. NEGRI – C. CESARI – M. L. DI BITONTO – P. P. PAULESCU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluver, Milano, 2020.
- C. CORATELLA, *Aspetti processuali* in G. R. CROCE – C. CORATELLA, *Guida alla responsabilità da reato degli enti*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2008.
- C. CORATELLA, *Società “imputata”? Niente rito alternativo. Non c'è simultaneous processus per l'azienda ed il dipendente* in *Diritto e Giustizia*, n°47/2004, 89 ss.
- C. E. NELSON, *Corporate compliance monitors are not superheroes with unrestrained power: a call for increased oversight and ethical reform* in *Georgetown journal of legal ethics*, Vol. 27, n°3/2014, 723 ss.
- C. E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest* in *Corriere Giuridico* n°7/2001, 845 ss.
- C. PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità* in AA.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231*, IPSOA, Milano, 2002.
- C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest. Riflessioni sul recente (contrastato) superamento di un dogma* in *Questione giustizia: bimestrale promosso da Giustizia Democratica* n°5/2002, 1087 ss.
- C. SANTORIELLO, *“Torsioni” interpretative della giurisprudenza nella ricostruzione della disciplina in tema di processo agli enti collettivi ovvero dal rimando alla disciplina del codice di procedura penale alla ricostruzione di un processo a la carte* in *Osservatorio sulla responsabilità penale degli enti*, n°1/2019, 1 ss.
- C. SANTORIELLO, *La procedura di archiviazione nel processo nei confronti degli enti collettivi* in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n°3/2010, 141 ss.
- D. CULTRERA, *Avocazione delle indagini preliminari e revoca della richiesta di archiviazione* in *Cassazione Penale*, fasc. I, 2005, 84 ss.

D. PATAMIA, *Corporate crime trial: il processo penale a carico degli enti nell'esperienza anglosassone. Una nuova prospettiva di comparazione – Parte II* in *Rivista* 231, 2007, 1 ss.

D. PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri di imputazione* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. II, 2002, 415 ss.

D. VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112: un tentativo di razionalizzazione* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc I-II, 2003, 251 ss.

D. VOZZA, *Art. 27- profili penalistici* in AA., VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluver, Milano, 2019.

E. A. MANCUSO, 37 in AA., VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluver, Milano, 2019.

E. A. MANCUSO, *Art. 59* in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluver, Milano, 2019.

E. A. MANCUSO, *Art.58* in AA., VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluver, Milano, 2019.

E. A. MANCUSO, *Art.8 – Profili processuali* in AA., VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluver, Milano, 2019.

E. A. MANCUSO, *Autonomia di accertamento e simultaneous processus* in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231, IPSOA*, Milano, 2002.

E. AMODIO, *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo* in *Cassazione Penale*, fasc. X, 3406B ss.

E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale e modelli integrati di responsabilità degli enti* in *Cassazione Penale*, fasc. II, 2005, 320 ss.

E. APRILE, *La durata delle indagini preliminari, l'archiviazione, l'avviso della conclusione delle indagini* in E. APRILE (A CURA DI) - P. SILVESTRI, *le indagini preliminari e l'archiviazione*, Giuffrè, Milano, 2011.

E. GIGLIOLI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche negli Stati Uniti: pene pecuniarie e modelli di organizzazione e gestione (“Compliance Programs”)* in *Cassazione penale*, supplemento n° 6/2003, 47 ss.

- E. H. SUNDERLAND, *White collar crimes*, Yale University Press, Binghampton, 1983.
- E. MARZADURI, *Azione IV* in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1996.
- E. MARZADURI, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale* in A. PACE - S. BARTOLE - R. ROMBOLI (A CURA DI), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Jovene, Napoli, 2010.
- E. S. PODGOR, *Prosecution guidelines in the United States* in AA. VV., *The prosecutor in a transnational perspective*, Oxford University Press, Oxford.
- E.A.A DEI CAS, *Sull'archiviazione per particolare tenuità del fatto* in *Processo penale e giustizia*, fasc. I, 2017, 99 ss.
- F. BARDELLE, *L'archiviazione per particolare tenuità del fatto: vuoti di tutela per l'indagato* in *Questione giustizia: bimestrale promosso da Magistratura Democratica*, 2016, 1 s.
- F. BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale fenomeno societario* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1970, 951 ss.
- F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto* in *Diritto Penale Contemporaneo*, n°2, 2015, 82 ss.
- F. CONSULICH, *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. Prospettive di riforma dell'art. 8* in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n°4/2018, 197 ss.
- F. CORDERO, *Linee di un processo accusatorio* in AA. VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1965.
- F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012.
- F. CORDERO, voce *Archiviazione* in *Enc. Dir.*, Annali II, Giuffrè, Milano, 1958.
- F. DELLA CASA - G. P. VOENA, *Soggetti* in M. BARGIS (A CURA DI), *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2018.
- F. H. ESTERBROOK, *Plea bargaining as compromise* in *Yale Law Journal*, Vol. 101, n°8/1992, 1969 ss.
- F. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreement: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area angloamericana* in *Indice penale*, n°2/2013, 737 ss.

- F. NUZZO, *Primi appunti sugli aspetti probatori e sulle decisioni finali concernenti l'illecito amministrativo dipendente da reato* in *Archivio della nuova procedura penale*, 2001, 455 ss.
- F. PERONI, *Il sistema delle cautele* in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, Padova, 2002.
- F. RUGGIERI, voce *Azione penale* in *Enc. Dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, 129 ss.
- F. RUGGIERI, voce *Imputazione in diritto processuale comparato* in *Dig. disc. pen.*, Agg. I, Utet Giuridica, Torino, 1992.
- F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2005.
- F. VALENTINI, *Contestazioni e notificazioni* in AA. VV., *La vigilanza e la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2021.
- G. AMARELLI, *Art. 1* in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluver, Milano, 2019.
- G. AMARELLI, *Art. 2* in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluver, Milano, 2019.
- G. AMARELLI, *Art. 3* in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluver, Milano, 2019.
- G. AMATO, *Autore ignoto e responsabilità dell'ente* in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n°4/2015, 221 ss.
- G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, Zanichelli, Bologna, 1903.
- G. CONSO, *Il provvedimento di archiviazione* in *Rivista Italiana di diritto penale*, 1950, 320 ss.
- G. D'ELIA, *Art. 112* in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (A CURA DI), *Commentario alla Costituzione (vol. III)*, Utet Giuridica, Torino, 2008.
- G. DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?* in *Diritto penale e processo* n°6/2005, 753 ss.
- G. DE SIMONE, *Art 5 – Profili penalistici* in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluver, Milano, 2019.

- G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità cd. amministrativa degli enti* in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, Padova, 2002.
- G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008.
- G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito dipendente da reato* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. IV, 2001, 1126 ss.
- G. DEAN – A.V. SEGHETTI, voce *Avocazione delle indagini preliminari* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 1992, 478 ss.
- G. DEAN, R. FONTI, voce *Archiviazione (nel nuovo codice del 1988)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. I, Utet Giuridica, Torino, 2005, 36 ss.
- G. DI VETTA, *Art. 4* in AA., VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019.
- G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Torino, 2018.
- G. FIDELBO – P. SILVESTRI, *Le cautele interdittive: fisionomia e procedimento applicativo* in G. LATTANZI – P. SEVERINO (A CURA DI), *Responsabilità da reato degli enti (Vol. II)*, Giappichelli, Torino, 2020.
- G. FIDELBO, *Introduzione di un sistema di responsabilità penale (o amministrativa) delle persone giuridiche e ricadute sul piano processuale* in *Cassazione Penale*, fasc. XI, 3283 ss.
- G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente a processo* in G. LATTANZI (A CURA DI), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al dl.gs 231/2001*, Giuffrè, Milano, 2010.
- G. GALLUCCIO MEZIO, *Indagini preliminari* in G. LATTANZI – P. SEVERINO (A CURA DI), *Responsabilità da reato degli enti (Vol. II)*, Giappichelli, Torino, 2020.
- G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, CEDAM, Milano, 2018.
- G. GARUTI – G. SOLA, *Art. 34* in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (A CURA DI), *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Torino, 2010.
- G. GARUTI, *Aggiornamenti in tema di responsabilità degli enti* in AA. VV., *Il libro dell'anno del diritto 2016*, Treccani, Roma, 2016.

G. GARUTI, *Art. 59 dl.gs 231/2001* in A. GIARDA – G. SPANGHER (A CURA DI), *Codice di procedura penale commentato*, IPSOA, Milano, 2017.

G. GARUTI, *Art. 59* in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (A CURA DI), *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Torino, 2010.

G. GARUTI, *Art. 60 dl.gs 231/2001* in A. GIARDA – G. SPANGHER (A CURA DI), *Codice di procedura penale commentato*, IPSOA, Milano, 2017.

G. GARUTI, *Art. 60* in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (A CURA DI), *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Torino, 2010.

G. GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento* in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, Padova, 2002.

G. GARUTI, *Persone giuridiche e “processo” ordinario di cognizione* in *Diritto penale e processo*, n°2/2003, 137 ss.

G. GARUTI, voce *Processo agli enti* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 2014.

G. GIOSTRA, *L’archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, Torino, 1994.

G. GIOSTRA, voce *Archiviazione* in *Enc. Dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 1991.

G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo* in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, 521 ss.

G. ILLUMINATI, *Giudizio* in M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2018.

G. ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale italiano* in *Politica del diritto*, fasc. II, 1999, 301 ss.

G. LEONE, voce *Azione penale* in *Enc. Dir.*, IV, Giuffrè, Milano 1959, 851 ss.

G. M. BACCARI, *Art 38* in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (A CURA DI), *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Torino, 2010.

G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Diritto penale “minimo” e nuove forme di criminalità* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. III, 1996, 776 ss.

G. MARINUCCI, *Societas puniri potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. IV, 2002, 1193 ss.

G. NEPPI MODENA, *Il processo cumulativo nel nuovo codice di procedura penale* in *Cassazione penale*, fasc. V, 1988, 940 ss.

- G. P. VOENA, *Atti* in M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2018.
- G. PAOLOZZI, *Modelli atipici a confronto. Nuovi schemi per l'accertamento della responsabilità degli enti (I)* in *Diritto penale e processo*, n°1/2006, 108 ss.
- G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, Giappichelli, Torino, 2006.
- G. PAOLOZZI, voce *Processo penale agli enti* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 2005.
- G. PIZIALI, *Procedimenti speciali* in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231*, IPSOA, Milano, 2002.
- G. R. CROCE, *Aspetti sostanziali* in G. R. CROCE – C. CORATELLA, *Guida alla responsabilità da reato degli enti*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2008.
- G. RANALDI, *Art. 60* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008.
- G. RUTA, *Art. 55* in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019.
- G. RUTA, *Art. 57* in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019.
- G. SOLA, *Art. 35* in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (A CURA DI), *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Torino, 2010.
- G. SPANGHER, *Le incursioni di regole speciali nella disciplina del rito ordinario* in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231*, IPSOA, Milano, 2002.
- G. TRANCHINA, *Nostalgie inquisitorie nel « sistema accusatorio» del nuovo codice di procedura penale* in *La legislazione penale*, fasc. III, 1989, 387 ss.
- G. TRANCHINA, *Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale* in *L'indice penale*, fasc. III, 1989, 615 ss.
- G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale (Vol. I)*, Giuffrè, Milano, 2017.
- G. UBERTIS, voce *Azione (II) Azione penale* in *Enc. Giur*, Treccani, Roma, 1988.
- G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti dipendenti da reato*, Giuffrè, Milano, 2012.

- G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza delle persone giuridiche, delle società, delle associazioni nel procedimento penale* in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231*, IPSOA, Milano, 2002.
- G. VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti* in G. LATTANZI – P. SEVERINO (A CURA DI), *Responsabilità da reato degli enti (Vol. II)*, Giappichelli, Torino, 2020.
- H. BELLUTA, *Art. 34* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008.
- H. BELLUTA, *Art. 35* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008.
- H. BELLUTA, *Art. 38* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008.
- H. SATZGER, *International and European criminal law*, C.H. Beck, Monaco, 2018.
- I. FRIONI, *Le diverse forme di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale* in *Rivista italiana di diritto e procedura italiana.*, fasc. II, 2002, 538 ss.
- I. TRICOMI, *Violazioni amministrative: il giudice fa il pieno* in *Guida al Diritto*, n°26/2001, 84 ss.
- I.H. NAGEL, *Structuring sentencing discretion: the new federal sentencing guidelines* in *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 80, n°4/1990, 883 ss.
- J. ARLEN – C. R. ALEXANDER, *Does Conviction Matter? The Reputational and Collateral Effects of Corporate Crime* in *NYU Law & Economics Research Papers Series*, n°17- 24/2017, 1 ss.
- J. ARLEN, *The failure of the Organizational Sentencing Guidelines* in *University of Miami Law Review*, Vol. 66, n°2/2012, 321 ss.
- J. C. ROBERTS, *Nolle prosequi* in *JAG Journal*, 1948, 13 ss.
- J. S. PARKER – R. A. ATKINS, *Did the corporate criminal sentencing guidelines matter? Some preliminary empirical observations* in *The Journal of Law and Economics*, Vol. 47, n°1/1999, 423 ss.

- K. D. KRAWIEC, *Cosmetic compliance and the failure of negotiated governance in Washington University Law Quarterly*, Vol. 81, n°2/2003, 487 ss.
- L. BORSARI, *Della azione penale*, Società l'unione tipografico-editrice, Torino, 1866.
- L. E. DERVAN, *Corporate criminal liability, moral culpability, and the Yates Memo in Stetson Law Review*, Vol. 46, n°1/2016, 111 ss.
- L. EUSEBI, *Politica criminale e riforma del diritto penale in Democrazia e diritto*, fasc. II, 2000, 114 ss.
- L. GIULIANI, *Indagini preliminari ed udienza preliminare in M. BARGIS, Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2018.
- L. IANDOLO PISANELLI, *Ipotesi di specialità nel procedimento di archiviazione: vincolo del giudicato cautelare e autonomia del pubblico ministero a confronto con il modello ordinario in Diritto penale e processo*, n°8/2007, 1095 ss.
- L. K. GRIFFIN, *Compelled cooperation and the new corporate criminal procedure in New York University Law Review*, Vol. 82, n°2/2007, 311 ss.
- L. L. STEVENSON, *Working outside the rules: the undefined responsibilities of federal prosecutors in Fordham Urban Law Journal*, Vol. 26, n°3/1999, 553 ss.
- L. ORLAND, *Beyond organizational guidelines: toward a model federal corporate criminal code in Washington University Law Quarterly*, Vol. 71, n°2/1993, 357 ss.
- L. PADULA, *L'archiviazione nel procedimento per «gli illeciti amministrativi dipendenti da reato» ascrivibili agli enti in Cassazione Penale*, fasc. IX, 2005, 2799 ss.
- L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, Giuffrè, Milano, 2005.
- L. PADULA, *Responsabilità amministrativa degli enti: il discutibile «monopolio» in capo al pubblico ministero in Guida al Diritto*, n°24/2005, 116 ss.
- L. PEPINO, *Ancora sulla obbligatorietà dell'azione penale. Qualche spunto per una riflessione realistica in Questione giustizia: bimestrale promosso da Magistratura Democratica* n°2/2011, 102 ss.
- L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato in AA. VV., La*

responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231, IPSOA, Milano, 2002.

L. SURACI, *Il reclamo avverso il provvedimento d'archiviazione in Penale. Diritto e procedura*, 2020.

M. A. PASCULLI, voce *Responsabilità penale degli enti* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 2018.

M. BARESI, *Art. 55* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008.

M. BARESI, *Art. 56* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008.

M. BARESI, *Art. 56* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008.

M. BARESI, *Art. 57* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008.

M. BARESI, *Art. 58* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008.

M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione* in *Enc. Dir.*, Annali II, Giuffrè, Milano, 2008, 59 ss.

M. CERESA – GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito* in S. VINCINGUERRA – M. CERESA – GASTALDO – A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, CEDAM, Padova, 2004.

M. CERESA – GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Giappichelli, Torino, 2015.

M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, CEDAM, Padova, 1995.

M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2019.

M. D'AMICO, *Una riforma costituzionale sulla giustizia* in AA. VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Cacucci, Bari, 2012.

- M. DAMASKA, *The reality of prosecutorial discretion– Comments on a German monography*, American Journal of Comparative Law, Volume 29, 1981, 119 ss.
- M. DANIELE, *La disciplina costituzionale* (paragrafo XI) in A. CAMON – M. DANIELE – D. NEGRI – C. CESARI – M. L. DI BITONTO – P. P. PAULESCU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluver, Milano, 2020.
- M. DANIELE, *La modifica dell'addebito* in A. CAMON – M. DANIELE – D. NEGRI – C. CESARI – M. L. DI BITONTO – P. P. PAULESCU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluver, Milano, 2020.
- M. DE GIORGIO, Art 49 in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluver, Milano, 2019.
- M. DEVOTO, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale. Ruolo del P.M.* in *Cassazione Penale*, fasc. VI, 1996, 2024 ss.
- M. E. OGGERO, voce *Responsabilità della società e degli enti collettivi (profili sostanziali)* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 2010.
- M. F. MCDONALD, *Judicial supervision of the guilty plea process: a study of six jurisdictions* in *Judicature*, Vol. 70, n°4/1987, 203 ss.
- M. FABBRI, *Discrezionalità e modalità di azione del pubblico ministero nel procedimento penale* in *Polis*, fasc. II, 1997, 171 ss.
- M. GALENTER, *The vanishing trial: an examination of trials and related matters in Federal and State Courts* in *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 1, Issue 3, 2004, 459 ss.
- M. GUERNELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo interno dopo il dl.gs 8 giugno 2001, n°231 (parte I)* in *Studium Iuris*, n°3/2002, 281 ss.
- M. GUERNELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo interno dopo il dl.gs 8 giugno 2001, n°231 (parte II)* in *Studium Iuris*, n°3/2002, 425 ss.
- M. H. BAER, *Governing corporate compliance* in *Boston College Law Review*, Vol. 50, n°4/2009, 949 ss.
- M. L. DI BITONTO, *Disciplina dei soggetti e degli atti: peculiarità* in G. LATTANZI – P. SEVERINO (A CURA DI), *Responsabilità da reato degli enti (Vol. II)*, Giappichelli, Torino, 2020.

- M. L. DI BITONTO, *Giudice e bugie in Cassazione penale*, fasc. XII, 4062 ss.
- M. L. DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, Giappichelli, Torino, 2006.
- M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare* in G. LATTANZI (A CURA DI), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al dl.gs 231/2001*, Giuffrè, Milano, 2010.
- M. L. DI BITONTO, *Lineamenti generali del procedimento a carico degli enti* in G. LATTANZI – P. SEVERINO (A CURA DI), *Responsabilità da reato degli enti (Vol. II)*, Giappichelli, Torino, 2020.
- M. L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012.
- M. L. DI BITONTO, voce *Avocazione* in *Enc. Dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, 104 ss.
- M. M. MONACO, voce *Avocazione delle indagini* in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, Utet Giuridica, Torino, 2010, 63 ss.
- M. MAZZA, *Le istituzioni giudiziarie cinesi: dal diritto imperiale all'ordinamento repubblicano e alla Cina popolare*, Giuffrè, Milano, 2010.
- M. PAPA, *Considerazioni sui rapporti tra previsioni legali e prassi applicative nel diritto penale federale statunitense (a proposito del reato di mail fraud)* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. IV, 1997, 1258 ss.
- M. PELISSERO – G. FIDELBO, *La “nuova” responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (dl.gs 8.6.2001 n°231)* in *La legislazione penale*, fasc. III, 575 ss.
- M. ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. IV, 1995, 1031 ss.
- M. T. M. RUBERA, *La costituzione di parte civile nel processo a carico degli enti* in *Diritto penale e processo*, n° 2/2014, 233 ss.
- M. TIRELLI, *Procedimenti speciali* in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, Padova, 2002.
- M. WILT, *Who Watches the Watchmen? Accountability in Federal Corporate Criminal Prosecution Agreements* in *American Journal of Criminal Law*, Vol. 43, Issue 1, 2016, 62 ss.

N. A. GOLD, *Corporate criminal liability: cooperate, and you won't be indicted* in *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 8, n°1/2010, 147 ss.

N. FOLLA, *Le sanzioni pecuniarie* in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231, IPSOA, Milano, 2002.

N. GALANTINI, voce *Riapertura delle indagini preliminari* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 1997.

N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

O. DI GIOVINE, *Sicurezza sul lavoro, Malattie professionali e responsabilità degli enti* in *Cassazione Penale*, fasc. III, 2009, 1325 ss.

O. DOMINIONI, voce *Azione penale* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 1987,

O. MAZZA, *Conclusione delle indagini e udienza preliminare* in G. LATTANZI – P. SEVERINO (A CURA DI), *Responsabilità da reato degli enti (Vol. II)*, Giappichelli, Torino, 2020.

O. MAZZA, *Imputazione e “nuovi” poteri del giudice dell’udienza preliminare* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. III, 2008, 1372 ss.

P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, CEDAM, Padova, 1939.

P. CIRIELLO, *A proposito di obbligatorietà dell’azione penale* in AA. VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Cacucci, Bari, 2012.

P. CORVI – G. VARRASO, *Art. 34* in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019.

P. CORVI, *Art. 35* in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019.

P. CORVI, *La disciplina delle notificazioni all’ente* in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231, IPSOA, Milano, 2002.

P. DELL’ANNO, *Art. 59* in A. BERNASCONI – C. FLORIO – A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, Padova, 2008.

P. DI GERONIMO, *Aspetti processuali del dl.gs 231/2001 sulla responsabilità degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni* in *Cassazione Penale*, fasc. IV, 2002, 1564 ss.

P. FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti* in *Diritto penale e processo*, n°6/2016, 705 ss.

- P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento* in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, Padova, 2002.
- P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità d'impresa* in *Diritto e giustizia*, n°29/2001, 8 – 79 ss.
- P. FERRUA, *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni* in *Diritto penale e processo*, n°12/2001, 1479 ss.
- P. H. BUCY, *Corporate ethos: a standard for imposing corporate criminal liability* in *Minnesota Law Review*, Vol. 75, n°4/1991, 1096 ss.
- P. MOSCARINI – M.L. DI BITONTO, *Introduzione alla procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2018.
- P. MOSCARINI, *Art. 49* in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (A CURA DI), *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Torino, 2010.
- P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti* in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n.2/2012, 87 ss.
- P. MOSCARINI, *I principi generali del procedimento penale de societate* in *Diritto penale e processo*, n°10/2011, 1268 ss.
- P. MOSCARINI, *Il titolo dell'esecuzione penale* in P. BALDUCCI- A. MACRILLÒ (A CURA DI), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2020.
- P. MOSCARINI, *Lineamenti del sistema istruttorio penale*, Giappichelli, Torino, 2017.
- P. P. PAULESCU in *La disciplina costituzionale (Paragrafo IX)* in A. CAMON – M. DANIELE – D. NEGRI – C. CESARI – M. L. DI BITONTO – P. P. PAULESCU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluver, Milano, 2020.
- P. SILVESTRI, *La fase delle indagini preliminari: funzione e caratteristiche* in E. APRILE (A CURA DI) – P. SILVESTRI, *le indagini preliminari e l'archiviazione*, Milano, 2011.
- P. SILVESTRI, *La notizia di reato e le condizioni di procedibilità* in. E. APRILE (A CURA DI)- P. SILVESTRI, *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, Giuffrè, Milano, 2011.
- P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2017.

- R. A. RUGGIERO, *Non prosecution agreement e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico* in *Diritto Penale Contemporaneo*.
- R. A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, Torino, 2018.
- R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020.
- R. BONSIGNORI, voce *Archiviazione* in *Enc. Dir.*, Agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, 119 ss.
- R. BRICCHETTI, *Anticipo sulla "pena" con il sequestro preventivo* in *Guida al Diritto*, n°26/2001, 87 ss.
- R. BRICCHETTI, *La società al debutto nel registro degli indagati* in *Guida al Diritto*, n°26/2001, 99 ss.
- R. BRICCHETTI, *Le misure cautelari* in in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs. 8 giugno 2001 n° 231*, IPSOA, Milano, 2002.
- R. G. MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, Giappichelli, Torino, 1994.
- R. HEFENDEHL, *Corporate Criminal Liability: Model Penal Code Section 2.07 and the Development in Western Legal Systems* in *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 4, n°1/2000, 283 ss.
- R. KOSTORIS, voce *Riapertura delle indagini*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, 350 ss.
- R. PASCARELLI, *Art. 8* in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (A CURA DI), *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Torino, 2010.
- S. ANASTASIA, *Obbligatorietà della norma: effettività della norma, efficacia del principio* in *Democrazia e diritto*, fasc. II, 2005, 32 ss.
- S. CATALANO, *Rimedi maggiori dei mali: sui criteri di priorità nell'azione penale* in *Quaderni costituzionali*, fasc. I, 2008, 65 ss.
- S. L. RACKMILL, *Printzlien's legacy, the Brooklyn Plan, A.K.A. deferred prosecution* in *Federal Probation*, Vol. 60, n°2/1996, 8 ss.
- S. LORUSSO, *Art. 58* in A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI (A CURA DI), *Enti e responsabilità da reato*, Utet Giuridica, Torino, 2010.

- S. LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del dl.gs 8 giugno 2001, n°231 in Cassazione Penale*, fasc. VII- VIII, 2002, 2522 ss.
- S. PANIZZA, *Fondamento ed attualità per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale*, in A. PACE - S. BARTOLE - R. ROMBOLI (A CURA DI), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Jovene, Napoli, 2010.
- S. RUGGERI, voce *Giudicato penale* in *Enc. Dir.*, Annali III, 2010, 433 ss.
- S. SEIDMAN – DIAMOND – J. M. SALERNO, *Reasons for the disappearing jury trial: perspective from attorneys and judges* in *Louisiana Law Review*, Vol. 81, n°1/2020, 120 ss.
- S. VINCINGUERRA, *La struttura dell'illecito* in S. VINCINGUERRA – M. CERESA – GASTALDO – A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, CEDAM, Padova, 2004.
- S. VUOTO, *art. 109* in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (A CURA DI), *Commentario alla Costituzione (vol. III)*, Utet Giuridica, Torino, 2008.
- T. CAVALLARO, voce *Riapertura delle indagini preliminari* in *Dig. disc. pen.*, Utet Giuridica, Torino, 2005.
- T. E. EPIDENDIO, *L'illecito dipendente da reato* in A. BASSI – T. E. EPITENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, Milano, 2006.
- T. EPITENDIO, *I principi costituzionali e internazionali e la disciplina punitiva degli enti* in A. BASSI – T. E. EPITENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, Milano, 2006.
- V. D'ACQUARONE – R. ROSCINI – VITALI, *Esigenze e prospettive di modulazione dell'obbligatorietà dell'azione penale nel procedimento de societate* in *La responsabilità amministrativa della società e degli enti*, n°4/2018, 115 ss.
- V. D'ACQUARONE – R. ROSCINI – VITALI, *Responsabilità penale dell'ente: tra mito e realtà* in *Rivista Sistema* 231, n°1/2020, 12 ss.
- V. FANCHIOTTI, *La giustizia negoziata negli U.S.A.* in *Diritto penale e processo*, n°7/1995, 870 ss.
- V. FANCHIOTTI, *Origini e sviluppo della "giustizia contrattata" nell'ordinamento statunitense* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. I, 1984, 56 ss.

- V. FANCHIOTTI, *Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A* in *Cassazione Penale*, fasc. I, 1998, 314 ss.
- V. FANCHIOTTI, U.S. v. Booker: *verso lo smantellamento del sentencing system federale?* in *Diritto penale e processo*, n°7/2005, 903 ss.
- V. FANCHIOTTI, voce *Processo penale nei paesi di Common Law* in *Dig. disc. pen.*, 1995.
- V. GREVI, *Appello del pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale* in *Cassazione Penale*, fasc. IV, 2007, 1414 ss.
- V. GREVI, *L'archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. IV, 1990, 1274 ss.
- V. GREVI, *Un'occasione perduta (o forse solo rinviata) dalla Corte costituzionale in tema di uso distorto della richiesta di rimessione del processo* in *Cassazione Penale*, fasc. II, 1996, 451 ss.
- V. S. KHANNA, *Corporate criminal liability: What purpose does it serve?* in *Harvard Law Review*, Vol. 109, n°7/1996, 1477 ss.
- V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino, 2018.
- W. R. LAFAVE, *The prosecutor's discretion in the United States* in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 18, n°3/1970, 532 ss.
- W. T. PIZZI, *Una tempesta perfetta: la discrezionalità del prosecutor negli Stati Uniti d'America* in *Archivio Penale*, fasc. II, 2012, 553 ss.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione

- Cass. pen., Sez. III, 30 giugno 1984
- Cass. pen., Sez. IV, 30 maggio 1990
- Cass. pen., Sez. I, 1 giugno 1990
- Cass. pen., Sez. VI, 23 gennaio 1991
- Cass. pen., Sez. I, 11 gennaio 1991
- Cass. pen., Sez. V, 25 gennaio 1991
- Cass. pen., Sez. II, 5 febbraio 1991
- Cass. pen., Sez. VI, 11 febbraio 1991, n° 535
- Cass. pen., Sez. II, 14 giugno 1991
- Cass. pen., Sez. V, 6 novembre 1991
- Cass. pen., Sez. V, 8 gennaio 1992
- Cass. pen., Sez. V, 13 gennaio 1992
- Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 1992
- Cass. pen., Sez. I, 23 marzo 1992
- Cass. pen., Sez. VI, 20 agosto 1992
- Cass. pen., Sez. Un., 6 novembre 1992, n° 17
- Cass. pen., Sez. III, 19 novembre 1992
- Cass. pen., Sez. VI, 8 marzo 1993
- Cass. pen., Sez. I, 3 maggio 1993
- Cass. pen., Sez. VI, 7 giugno 1994, n° 2715
- Cass. pen., Sez. III, 14 giugno 1994
- Cass. pen., Sez. VI, 11 ottobre 1994
- Cass. pen., Sez. IV, 18 aprile 1995
- Cass. pen., Sez. VI, 18 maggio 1995
- Cass. pen., Sez. V, 23 maggio 1995, n° 1208
- Cass. pen., Sez. V, 31 maggio 1995, n° 1506
- Cass. pen., Sez. VI, 1 giugno 1995
- Cass. pen., Sez. VI, 3 ottobre 1995
- Cass. pen., Sez. VI, 16 ottobre 1995

Cass. pen., Sez. I, 24 ottobre 1995
Cass. pen., Sez. IV, 26 gennaio 1996
Cass. pen., 2 febbraio 1996
Cass. pen., Sez. Un., 14 febbraio 1996, n° 2
Cass. pen., Sez. II, 12 marzo 1996
Cass. pen., Sez. I, 30 aprile 1996
Cass. pen., Sez. I, 2 maggio 1996, n° 2948
Cass. pen., Sez. I, 6 giugno 1996
Cass. pen., Sez. VI, 17 giugno 1996
Cass. pen., Sez. I, 18 giugno 1996, n° 2948
Cass. pen., Sez. III, 9 luglio 1996
Cass. pen., Sez. VI, 12 luglio 1996, n° 8511
Cass. pen., Sez. V, 7 ottobre 1996
Cass. pen., Sez. VI, 21 ottobre 1996
Cass. pen., Sez. I, 30 ottobre 1996
Cass. pen., Sez. I, 22 gennaio 1997, n° 352
Cass. pen. Sez. VI, 14 febbraio 1997
Cass. pen., Sez. VI, 28 aprile 1997
Cass. pen., Sez. V, 29 maggio 1997, n° 2683
Cass. pen., Sez. VI, 3 giugno 1997
Cass. pen., Sez. VI, 5 agosto 1997, n° 3156
Cass. pen., Sez. I, 23 settembre 1997, n° 5206
Cass. pen., Sez. II, 30 settembre 1997
Cass. pen., Sez. II, 8 aprile 1998, n°1787
Cass. pen., Sez. VI, 11 novembre 1998
Cass. pen., Sez. IV, 17 novembre 1998, 3266
Cass. pen., Sez. VI, 25 novembre 1998
Cass. pen., Sez. VI, 14 dicembre 1998, n° 6792
Cass. pen., Sez. IV, 18 dicembre 1998
Cass. pen., Sez. V, 17 febbraio 1999, n° 6131
Cass. pen., Sez. V, 12 aprile 1999, n° 1623
Cass. pen. Sez. V, 5 ottobre 1999, n° 12893

Cass. pen., Sez. VI, 3 febbraio 2000
Cass. pen., Sez. I, 8 febbraio 2000, n°6999
Cass. pen., Sez. VI, 9 marzo 2000
Cass. pen., Sez. Un., 22 marzo 2000, n° 9
Cass. pen., Sez. V, 31 marzo 2000
Cass. pen., Sez. I, 7 giugno 2000, n°3191
Cass. pen., Sez. I, 18 ottobre 2000, n° 12101
Cass. pen., Sez. Un., 22 novembre 2000
Cass. pen., Sez. III, 24 novembre 2000
Cass. pen., Sez. VI, 14 febbraio 2001, n° 19128
Cass. pen., Sez. VI, 12 giugno 2001
Cass. pen., Sez. IV, 12 febbraio 2002, n° 20547
Cass. pen., Sez. VI, 21 febbraio 2002
Cass. pen., Sez. VI, 21 marzo 2002
Cass. pen., Sez. VI, 29 maggio 2002
Cass. pen., Sez. VI, 6 giugno 2002,
Cass. pen., Sez. III, 9 luglio 2002, n° 37565
Cass. pen., Sez. V, 10 luglio 2002
Cass. pen., Sez. V, 1 ottobre 2002, n° 32793
Cass. pen., Sez. VI, 4 novembre 2002, n° 18175
Cass. pen., Sez. VI, 14 gennaio 2003
Cass. pen., Sez. VI, 31 gennaio 2003, n° 8871
Cass. pen., Sez. VI, 5 febbraio 2003
Cass. pen., Sez. I, 11 febbraio 2003
Cass. pen., Sez. I, 3 marzo 2003, n° 11997
Cass. pen., Sez. VI, 10 marzo 2003, n° 19052
Cass. pen., Sez. V, 25 marzo 2003, n°26480
Cass. pen., Sez. II, 28 aprile 2003, n° 31430
Cass. pen., Sez. I, 13 gennaio 2004
Cass. Pen., Sez. VI, 3 marzo 2004,
Cass. pen., Sez. Un., 30 giugno 2004
Cass. pen., Sez. V, 2 marzo 2006

Cass. pen., Sez. II, 4 aprile 2006, n° 21805
Cass. civ., Sez. Un., 11 luglio 2006, n°15661
Cass. pen., Sez. VI, 31 gennaio 2007
Cass. pen., Sez. IV, 7 febbraio 2007
Cass. pen., Sez. VI, 20 marzo 2007, n° 11641
Cass. pen., Sez. II, 18 aprile 2007, n° 18774
Cass. pen., Sez. V, 2 luglio 2007
Cass. pen., Sez. IV, 20 dicembre 2007, n°57884
Cass. pen., Sez. Un., 20 dicembre 2007, n°5307
Cass. pen., Sez. IV, 15 aprile 2008, n° 40890
Cass. pen., Sez. III, 8 maggio 2008, n° 25203
Cass. pen., Sez. I, 21 maggio 2008, n° 31456
Cass. pen., Sez. V, 26 giugno 2008
Cass. pen., Sez. VI, 30 settembre 2008, n°40601
Cass. pen., Sez. III, 14 gennaio 2009, n° 9184
Cass. pen., Sez. VI, 13 febbraio 2009
Cass. pen., Sez. VI, 6 maggio 2009, n°31278
Cass. pen., Sez. VI, 9 maggio 2009, n°19833
Cass. pen., Sez. I, 21 ottobre 2009, n° 42884
Cass. pen., Sez. II, 22 dicembre 2009
Cass. pen., Sez. III, 25 marzo 2010, n°17196
Cass. pen., Sez. V, 6 maggio 2010, n° 21937
Cass. pen., Sez. I, 12 maggio 2010, n°21060
Cass. pen., Sez. V, 31 marzo 2010, n° 19584
Cass. pen., Sez. V, 31 marzo 2010, n°23721
Cass. pen., Sez. V, 28 settembre 2010, n°45161
Cass. pen., Sez. VI, 5 ottobre 2010, n°2251
Cass. pen., Sez. III, 15 dicembre 2010, n° 15657
Cass. pen., Sez. VI, 22 gennaio 2011
Cass. pen., Sez. Un., 23 giugno 2011, n°34476
Cass. pen., Sez. VI, 16 maggio 2012, n°30085
Cass. pen., Sez. V, 4 aprile 2013, n°20060

Cass. pen., Sez. VI, 22 ottobre 2014, n°45126
Cass. pen., Sez. I, 12 dicembre 2014, n°5697
Cass. pen., Sez. VI, 22 dicembre 2014, n. 53420
Cass. pen., Sez. IV, 27 gennaio 2015, n°3786
Cass. pen., Sez. VI, 12 febbraio 2015, n°18257
Cass. pen., Sezione V, 3 marzo 2015, n° 9305
Cass. pen., Sez. III, 8 aprile 2015, n° 15449
Cass. pen., Sez. VI, 8 aprile 2015, n°27532
Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 2015, n°4065
Cass. pen., Sez. VI, 10 novembre 2015, n°28299
Cass. pen., Sez. Un., 29 gennaio 2016, n°10959
Cass. pen., Sez. IV, 24 febbraio 2016, n° 17385
Cass. pen., Sez. II, 24 giugno 2016
Cass. pen., Sez. V, 7 luglio 2016, n°36857
Cass. pen., Sez. VI, 25 luglio 2017, n° 49056
Cass. pen., Sez. III, 17 novembre 2017, n°9072
Cass. pen., Sez. VI, 21 marzo 2018, n°40146
Cass. pen., Sez. VI, 23 marzo 2018, n°17535
Cass. pen., Sezione IV, 4 maggio 2018, n°31641
Cass. pen., Sez. I, 29 maggio 2018, n°29562
Cass. pen., Sez. II, 20 giugno 2018, n°41012,
Cass. pen., Sez. III, 3 luglio 2018, n° 29877
Cass. pen., Sez. V, 9 luglio 2018, n° 40127

Corte Costituzionale

Corte Cost. n° 22/1959
Corte Cost. n° 94/1963
Corte Cost. n° 154/1963
Corte Cost. n°61/1967
Corte Cost. n° 105/1967
Corte Cost. n° 110/1968
Corte Cost. n° 114/1968
Corte Cost. n° 123/1970

Corte Cost. n°190/1970
Corte Cost. n° 14/1971
Corte Cost. n°175/1971
Corte Cost. n° 177/1971
Corte Cost. n° 209/ 1971
Corte Cost. n° 84/ 1979
Corte Cost. n° 62/1986
Corte Cost. n° 275/1990
Corte Cost. n° 284/1990
Corte Cost n° 409/1990
Corte Cost. n°529/1990
Corte Cost. n° 88/1991
Corte Cost. n° 253/1991
Corte Cost. n°263/1991
Corte Cost. n°353/1991
Corte Cost. n°417/1991
Corte Cost. n°436/1991
Corte Cost. n°270/1992
Corte Cost. n° 432/1992
Corte Cost. n°157/1993
Corte Cost. n° 319/1993
Corte Cost. n°478/1993
Corte Cost. n° 455/1994
Corte Cost. n° 50/1995
Corte Cost. n° 280/1995
Corte Cost. n° 360/1995
Corte Cost. n° 530/1995
Corte Cost. n° 281/1996
Corte Cost. n°95/1997
Corte Cost. n° 96/1997
Corte Cost. n° 155/1997
Corte Cost. n°95/1998

Corte Cost. n°26/1999
Corte Cost. n°109/1999
Corte Cost. n°186/2000
Corte Cost. n° 115/2001
Corte Cost. n° 491/2002
Corte Cost. n°54/2003
Corte Cost. n°77/2003
Corte Cost. n° 178/2003
Corte Cost. n° 24/2004
Corte Cost. n°426/2006
Corte Cost. n°26/2007
Corte Cost. n°341/2007
Corte Cost. n° 121/2009
Corte Cost. n°237/2012
Corte Cost. n°286/2012
Corte Cost. n°218/2014
Corte Cost. n°273/2014
Corte Cost. 206/2017
Corte Cost. n°214/2018

Corte europea dei diritti dell'uomo

Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel e altri vs Olanda.
Corte EDU, 25 settembre 1992, Pham Hoang vs Francia.
Corte EDU, 7 ottobre 1998, n° 10519/83, Salabiaku vs Francia
Corte EDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri vs Italia

Corte di Giustizia dell'Unione Europea

CGUE, Sez. II, 12 luglio 2012, Giovanardi, C-79/11

Tribunali

Tribunale di Perugia, 11 ottobre 1995
Trib. Milano, 5 ottobre 2004
Trib. Milano, Sez. I, 18 dicembre 2008
Trib. Trani, Sez. Unica, 7 maggio 2019

Preture

Pretura di Venezia, 6 marzo 1990

GIP Pretura di Verona, 11 maggio 1991

U.S. Supreme Court

Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356 (1886)

Hale v. Henkel, 201 U.S. 43 (1906)

New York Central R.R. v. United States, 212 U.S. 481, 29 S. Ct. 304 (1909)

United States v. White, 322 U.S. 694 (1944)

Oyler v. Boles, 368 U.S. 448 (1962)

Brady v. United States, 397 U.S. 742 (1970)

Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971)

Rinaldi v. United States, 434 U.S. 22 (1977)

United States v. Caceres, 440 U.S. 741 (1979)

United States v. Batchelder, 442 U.S. 114 (1979)

Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980)

United States v. Booker, 543 U.S. 220, 125 S. Ct. 738 (2005)

Arthur Andersen LLP v. United States, 544 U.S. 696 (2005)

U.S. Court of Appeals

Continental Baking Company v. United States, 281 F.2d 137 (6th Cir. 1960)

McGill v. United States, 348 F.2d 791, 121 U.S. App. D.C. 179 (D.C. Cir. 1965)

People v. Byrd, 12 Mich. App. 186, 162 N.W.2d 777 (Mich. Ct. App. 1968)

Inmates of Attica Correctional Facility v. Rockefeller, 477 F.2d 375 (2d Cir. 1973)

U.S. v. Bank of New England, N.A., 821 F.2d 844 (1st Cir. 1987)

U.S. v. Giannattasio, 979 F.2d 98 (7th Cir. 1992)

Stolt-Nielsen v. U.S., 442 F.3d 177 (3d Cir. 2006)

United States v. Fokker Servs. B.V., 79 F. Supp. 3d 160 (D.D.C. 2015)

U. S. District Courts

United States v. Phelps Dodge Industries, Inc., 589 F. Supp. 1340 (S.D.N.Y. 1984)

U.S. v. Stein, 435 F. Supp. 2d 330 (S.D.N.Y. 2006)

U.S. Securities and Exchange Commission v. Citigroup Global Markets Inc., No. 1:2011cv07387 - Document 33 (S.D.N.Y. 2011)