

prova⁵ e, ancora, in ordine alla sfera di applicazione delle misure cautelari o al ruolo e allo spazio che l'innovativo istituto della costituzione dell'ente determina, anche con riverberi in merito alla sua effettiva partecipazione al processo, tramite un rappresentante legale, e alla legittimazione a contestare i provvedimenti cautelari. Infine, ampie questioni sono sorte in merito alla valenza e nozione del profitto del reato suscettibile di confisca.

Senza dubbio una sintetica valutazione dei diversi istituto-oggetto di approfondimento lascia emergere la necessità di un indubbio ruolo di ammodernamento del sistema della responsabilità amministrativa che, in più parti pare aver lasciato ampio spazio alla discrezionalità giudiziale.

La ricognizione effettuata si è avvalsa, per la prospettiva *de iure condendo*, della recente proposta di articolato formulata dal "Tavolo tecnico" istituito, presso l'Ufficio di Gabinetto del Ministero della Giustizia, con decreto del 7 febbraio 2024.

Le proposte avanzate nel progetto si focalizzano, in sintesi, sulla "colpa di organizzazione", sulle semplificazioni per le piccole medie imprese e sull'incremento delle condotte riparatorie. Le proposte chiave includono, ancora, la

revisione dell'art. 6 per valorizzare i modelli organizzativi (MOG) e i meccanismi premiali. In particolare, si propone di elevare la colpa di organizzazione a elemento costitutivo, superando l'impostazione del 2001; si avanza la necessità d'introdurre una procedura per estinguere l'illecito se l'ente, dopo un modello carente, adotta misure correttive e risarcisce il danno. Si propongono, ancora, delle misure specifiche per adattare i modelli organizzativi alle piccole imprese; la rimodulazione del sistema sanzionatorio e cautelare⁶ per garantire proporzionalità e continuità aziendale e l'adeguamento del regime della prescrizione dell'illecito a quello della persona fisica: come si comprende si tratta di misure tutte condivisibili e capaci di colmare i molti, ma non tutti⁷, *deficit* normativi riscontrati in sede applicativa e dottrinale.

In questo scenario di crescente attenzione al tema, la rassegna dei contributi scientifici – redatti da attenti e prestigiosi studiosi della disciplina – riportata si fonda sull'esperienza maturata in questi 25 anni di applicazione e si propone di approfondire le principali questioni interpretative che si sono poste all'attenzione degli interpreti, anche ai fine di apprezzarne la possibile riforma.

Profili critici delle indagini preliminari

Alessandro Bernasconi

Scarsa fortuna applicativa e spiccata eterogeneità territoriale delle iscrizioni degli enti nel registro delle notizie di reato rappresentano una costante nella storia venticinquennale del D.Lgs. n. 231/2001; sullo sfondo, l'irrisolta questione dell'obbligatorietà/discrezionalità dell'azione penale e quella dell'esercizio del diritto di difesa costituiscono altrettanti nodi problematici di una normativa che subisce la concorrenza, dall'"esterno", dell'istituto dell'amministrazione giudiziaria del così detto codice antimafia.

Il problema delle mancate annotazioni nella prassi applicativa delle Procure

Si è al cospetto di un provvedimento legislativo la cui applicazione – a venticinque anni dal suo varo – è in forte crisi per ragioni sostanzialmente connesse alle scelte delle procure della Repubblica tra le quali si colloca, da ultimo, l'ardita sperimentazione consistente nel fronteggiare l'illegalità aziendale tramite il ricorso alla misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria, nel cui tronco viene innestato l'istituto elettivo del D.Lgs. n. 231/2001, cioè a dire il modello di organizzazione e di gestione.

Alcune rilevazioni statistiche illustrano – con l'incontrovertibile forza dei numeri – il fenomeno della deflazione dell'impiego dell'arsenale normativo del 2001.

Alto numero di infortuni sul lavoro ed elevata "pericolosità" fiscale sembrano costituire i fattori che, sul territorio del nostro Paese, determinano statisticamente il tasso di probabilità circa l'avvio di procedimenti penali, ai sensi

del D.Lgs. n. 231/2001, da parte delle procure della Repubblica¹. I dati di una approfondita ricerca nazionale² – per quanto non del tutto omogenei dal punto di vista del periodo temporale preso in considerazione – attestano che tra il 2002 e il 2019 le sentenze di condanna nei confronti degli enti hanno riguardato soprattutto i reati, in ordine di scala decrescente, in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro, contro la pubblica amministrazione, di truffa ai danni dello Stato, ambientali e in tema di industria e commercio. Con riferimento, invece, al triennio 2016-2019 la magistratura inquirente ha contestato reati-presupposto (sempre in ordine decrescente) di natura ambientale, connessi alla sicurezza sul lavoro, di truffa ai danni dello Stato, contro l'industria e il commercio nonché contro la pubblica amministrazione³. I ricercatori che hanno estrapolato tali numeri osservano, da un lato, il cambiamento nel contrasto dei reati ambientali (introdotti nel *corpus* della normativa sulla responsabilità da reato degli enti nel 2011 e significativamente ampliati nel 2015)⁴: questi figurano al primo

⁵ V. D. Cimadomo, *Le regole di accertamento dell'illecito amministrativo derivante da reato*, cit.

⁶ V., *infra*, R. Del Coco, *Il "sottosistema cautelare" tra torsioni preventive e tutela dei diritti dell'ente*.

⁷ Cfr., sul punto, A. Caprio, *Le vicende modificative dell'ente*.

¹ Ferro, *L'applicazione del d.lgs. n. 231/2001 sul territorio*, in *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa* a cura di Centonze – Manacorda, Bologna, 2023, 185.

² La ricerca è stata promossa dalla Fondazione Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale (CNDPS); i dati della suddetta sono esposti nei contributi raccolti nel volume *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, cit.

³ Ferro, *L'applicazione del d.lgs. n. 231/2001 sul territorio*, cit., 184-186.

⁴ Il riferimento normativo è all'art. 25-*undecies* del D.Lgs. n. 231/2001.

posto, come numero di iscrizioni nei registri delle notizie di reato ed anche di condanne, a “discapito” di procedimenti penali (e condanne) per gli altri reati-presupposto; dall’altro lato, è emerso che l’irrogazione di sanzioni pecuniarie ha rappresentato la regola – con una media grezza calcolata in 23.000 euro –, al cospetto di sanzioni interdittive relegate ad eccezioni⁵.

Epiloghi dei procedimenti *contra societatem*, *performance* dei singoli tribunali e forma giuridica degli enti coinvolti rappresentano altrettanti fattori degni di nota nella prospettiva della valutazione statistico-applicativa del decreto del 2001. Quanto al primo aspetto è interessante notare che più della metà dei procedimenti avviati si sono conclusi con l’archiviazione (che è disposta direttamente dal pubblico ministero, ai sensi dell’art. 58) o con l’assoluzione dell’ente. Con riferimento alle sedi giudiziarie nelle quali si sono registrati i più alti numeri di condanne spicca il tribunale milanese mentre, sul fronte opposto, si collocano Roma e Napoli⁶. Infine, la società a responsabilità limitata è la forma giuridica *par excellence* degli enti sottoposti a procedimenti penali, seguita – a distanza – dalla società per azioni⁷.

È utile confrontare questa estrapolazione di numeri nazionali con quelli del *Bilancio di responsabilità sociale* della procura della Repubblica di Milano. Sono desumibili – con riferimento all’anno 2017⁸ (e, in termini alquanto incompleti, al biennio 2019-2020) – alcune statistiche di indubbio rilievo circa le prassi applicative. In materia di responsabilità delle persone giuridiche, “nel 2015 risultavano iscritti 38 enti ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001 che salivano a 46 (+ 17%) nel corso del 2016. Al termine del 2017 gli enti iscritti risultano 29, in netta diminuzione rispetto ai due anni precedenti (-37% rispetto al 2016 e -23,7% rispetto al 2015)”. L’assestamento verso il basso del *trend* sembra confermato dal *Bilancio* del 2021, che rileva 30 procedimenti aperti nell’anno solare 2020 e, limitatamente al primo semestre del 2021, 17⁹. I dati forniti da quello che è stato – indubitabilmente – l’avamposto nazionale delle indagini nella materia in oggetto sono dunque espliciti nel testimoniare una forte contrazione dei procedimenti *contra societatem*.

Le rilevazioni fin qui riassunte si offrono ad un triplice ordine di considerazioni.

Un profilo riguarda l’eterogeneità territoriale dell’applicazione del D.Lgs. n. 231/2001; nonostante la sopra citata ricerca nazionale illumini periodi storici non coincidenti (2002-2019 per le sentenze di condanna, 2016-2019 per le contestazioni di reati-presupposto formulate dalle pro-

cure della Repubblica), ciò che emerge è questa caratteristica – connessa alle diversificate visioni di politica criminale che ispirano l’azione dei singoli uffici inquirenti: per taluni di essi i reati “231” vanno contestati (solo) quando il delitto della persona fisica (apicale dell’azienda) rivesta spiccata gravità, per talaltri l’indagine contro gli enti è da intraprendere esclusivamente per particolari *figurae criminis* del catalogo dei reati-presupposto, per altri ancora la normativa del 2001 resta – a ben venticinque anni di distanza dal suo varo – un terreno inesplorato¹⁰.

In via deduttiva si può inoltre sostenere, in accordo con le conclusioni della ricerca condotta a livello nazionale, l’esistenza di una correlazione tra il numero delle condanne, da un lato, e la percentuale di imprese medio-grandi, unitamente al prodotto interno lordo *pro-capite* dei singoli territori, dall’altro (trattasi di due indicatori di attività economiche con forti e reciproche connessioni)¹¹.

Infine, come ebbe a notare la Procura milanese con riferimento all’anno 2017, “la flessione delle iscrizioni degli enti ha diverse motivazioni che rischiano, complessivamente, di portare al fallimento, a 17 anni dall’entrata in vigore della norma un istituto importante e decisivo che ha svolto un indubbio ruolo di ammodernamento del sistema delle imprese”¹².

Quest’ultima osservazione dischiude lo scenario degli interrogativi circa le cause dell’insuccesso applicativo del decreto del 2001.

Viene – anzitutto – in rilievo la sostanziale inefficacia preventiva dei modelli di organizzazione dovuta al “combinato disposto” della imponderabilità dei risultati di contenimento del rischio penale d’impresa e della dissennata proliferazione legislativa dei reati-presupposto (che ha trasformato l’individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi illeciti in un avventuroso attraversamento di una palude senza orizzonte)¹³.

L’esperienza processuale ha corroborato per un lungo periodo la suddetta conclusione; l’approccio metodologico della magistratura giudicante sui requisiti dei *compliance program* non si era rivelato corretto: la violazione (o mancato rispetto) di una qualunque regola cautelare, prevista dai protocolli aziendali, veniva assunta a indice della inidoneità e/o inefficacia del modello; questa interpretazione “draconiana” trascurava di verificare il *nesso causale* tra la riscontrata inadeguatezza della specifica regola preventiva e il reato commesso nel caso concreto; a fine 2021 una lucida – e coraggiosa – sentenza della Corte di cassazione ha stabilito che la valutazione del modello deve compiersi “in concreto, non solo in astratto” e questo controllo “è

⁵ Ferro, *L’applicazione del d.lgs. n. 231/2001 sul territorio*, cit., 164 e segg.

⁶ *Ibidem*, 174.

⁷ *Ibidem*, 169.

⁸ Il documento in oggetto è stato stilato nel 2018 ed è riferito all’anno precedente: Procura Generale della Repubblica presso il Tribunale di Milano – Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni di Milano – Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, *Bilancio di responsabilità sociale 2017*, in *pg-milano.giustizia.it*, 86 e segg. I dati disponibili, relativi all’anno successivo (2018), non menzionavano le iscrizioni di reati-presupposto, mentre quelli del biennio 2019-2020 erano riferiti a due sole famiglie di reati-presupposto con conseguente non fruibilità ai fini di analisi.

⁹ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, *Bilancio di responsabilità sociale 2019-2020*, in *procura.milano.giustizia.it*, 74.

¹⁰ Ferro, *L’applicazione del d.lgs. n. 231/2001 sul territorio*, cit., 188-190.

¹¹ *Ibidem*, 182.

¹² Procura Generale della Repubblica presso il Tribunale di Milano – Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni di Milano – Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, *Bilancio di responsabilità sociale 2017*, cit., 87.

¹³ La sintetica analisi di Fiandaca – Alessandri, *Responsabilità degli enti, serve un “tagliando”*, in *Il Sole 24ORE*, 6 giugno 2016, 19, conserva attualità, nonostante siano trascorsi dieci anni; l’articolo riassume le principali conclusioni di un confronto a porte chiuse, tenutosi presso l’Università di Palermo (a fine aprile 2016), tra taluni magistrati – inquirenti e giudicanti – e professori universitari, particolarmente impegnati, rispettivamente, sui fronti di indagini e processi, nonché in studi sul tema della responsabilità degli enti “da reato”.

sempre limitato alla verifica dell'idoneità del modello a prevenire reati della specie di quello verificatosi, sicché deve escludersi che il controllo giudiziario del compliance [program] abbia una portata 'totalizzante', dovendo essere rivolto, invece, ad escludere la reiterazione degli illeciti già commessi. Il modello organizzativo, cioè, *non viene testato dal giudice nella sua globalità, bensì in relazione alle regole cautelari che risultano violate* [corsivo nostro] e che comportano il rischio di reiterazione di reati della stessa specie"; in conclusione è *"all'interno di questo giudizio che occorre accertare la sussistenza della relazione causale* [corsivo nostro]" tra il reato-presupposto e la violazione dei protocolli di gestione del rischio¹⁴. Seppure parzialmente la Suprema corte ha dunque contribuito a restituire la certezza del diritto alle imprese che decidono di dotarsi di un modello organizzativo.

Altro profilo di criticità concerne la riluttanza di molte grandi aziende a costituire organismi di vigilanza realmente indipendenti; tale dato rappresenta solo uno degli aspetti di criticità di una funzione di controllo *intramoenia* che sconta molteplici difetti del suo corredo cromosomico: l'impossibilità di garantire una *verifica continuativa* sull'applicazione del modello (per fare ciò l'organismo dovrebbe, in teoria, riunirsi in seduta semipermanente)¹⁵ reca con sé l'interrogativo sulla esigibilità di compiti che, con buona probabilità, sono fuori della portata di una funzione (o ufficio che dir si voglia) che non ha riscontri nel panorama del diritto comparato.

Infine, non più di una sintetica riflessione sul mondo delle piccole e medie imprese. La consapevolezza che l'impalcatura normativa del 2001 è stata ritagliata sul paradigma della grande azienda non può esimere dal rilevare che, nel tessuto connettivo dell'economia del nostro Paese (cioè la piccola impresa), gli istituti del modello di organizzazione e dell'organismo di vigilanza non trovano – per naturale impossibilità di innesto – cittadinanza¹⁶; piuttosto che nascondersi dietro ipocriti infingimenti, sarebbe opera di sano realismo estromettere dal panorama dei destinatari del decreto legislativo in questione tali realtà produttive.

Da escludere che il congegno processuale si presti ad interventi riformatori dotati di una incisività tale da promuovere l'incremento dei procedimenti penali contro le società: prevale, infatti, la forza inerziale legata agli schemi della prassi e alle vischiosità culturali degli apparati inquisitori. Che la decisione di annotare l'ente nell'apposito registro non sia peraltro scelta semplice è un dato avvalorato dai seguenti fattori. Il pubblico ministero, acquisita la notizia di un reato-presupposto, si trova ad adempiere a talune incombenze quali: affidare al suo segretario le verifiche presso la banca dati delle imprese per desumere le notizie concernenti l'ente (sede principale, nome del rappresentante legale); incaricare il sottufficiale di polizia giu-

diziaria della propria aliquota di verificare se l'illecito sia stato compiuto nell'interesse o vantaggio della *societas*; ulteriori accertamenti incombono qualora si tratti di una piccola impresa. Il tempo necessario a individuare la sussistenza dei requisiti dell'interesse/vantaggio implica che il quadro dell'indagine si opacizzi ed il risultato finale è la mancata iscrizione dell'ente. Non si sottovaluti, inoltre, una mentalità per la quale nel procedimento penale (con possibili risvolti "231") al pubblico ministero "interessa" più l'accertamento della responsabilità della persona fisica rispetto a quella dell'ente. Infine, è indubitabile che il *simultaneus processus* non presenta la stessa lunghezza per enti e per persone fisiche: di gran lunga maggiore la durata per i primi, con conseguente riluttanza dell'ufficio dell'accusa ad imbastire *anche* un procedimento contro di essi; corollario di questa premessa è che solo in presenza di ragioni investigative forti si procede con l'annotazione e, quindi, con la riunione processuale; ciò non accade nei casi di minore rilevanza, in quanto il rischio percepito dalla magistratura inquirente è di allungare i tempi del processo.

La premialità del sistema

L'analisi statistica dell'applicazione nazionale del decreto "231" – e pure i rilievi formulati a suo tempo della Procura milanese – richiedono di riallacciare i fili della connotazione *premiale* che impregna l'intero sistema del 2001. Il D.Lgs. n. 231/2001 postula la necessità che l'ente si organizzi dall'interno al fine di evitare che l'attività del suo personale possa sfociare nel compimento di determinati illeciti, suscettibili di riverberarsi a vantaggio dell'ente medesimo; di conseguenza, la responsabilità della *societas* è connessa, nell'ottica legislativa, all'attenzione e alla cura dispiagate per regolamentare – secondo canoni prevenzionistici di idoneità ed efficacia – l'azione di chi è coinvolto nell'impresa. In altre parole, all'ente è delegato il compito di concretizzare una politica di legalità del proprio operare; gli si richiede una cooperazione *dal basso* alla prevenzione del rischio penale, rimettendo ad esso la decisione sul se dotarsi di un modello di organizzazione e di gestione i cui lineamenti, generali e funzionali, sono tratteggiati dalla legge. La scelta del legislatore s'inquadra del resto nella tendenza dello Stato moderno – nel campo del diritto penale dell'economia – a prediligere una "parziale delocalizzazione e condivisione del controllo" ovvero "a imporre anche una cooperazione delle imprese nella prevenzione delle attività criminose" che scaturiscono dal ciclo produttivo¹⁷. All'onere di autorganizzazione il decreto fa corrispondere un ampio spettro di benefici. È nota la funzione premiale del *compliance program*, che in buona sostanza consiste – laddove sia stato commesso un reato-presupposto – in un sollievo sanzionatorio. La normativa è disseminata di "oc-

¹⁴ Cass. pen., 11 novembre 2021, Impregilo, n. 23401.

¹⁵ Ciò, a tacere della inadeguatezza sia dei compensi attribuiti ai suoi componenti (tranne poche eccezioni, si tratta di importi ridotti quando non addirittura risibili), sia dei *budget* accantonati per le attività di verifica dell'organismo.

¹⁶ Paradigmatica l'esperienza dell'applicazione del decreto del 2001 nella provincia bresciana, caratterizzata da un'alta densità di piccole (e medie) imprese (circa 117.000: v. Montanari *L'economia bresciana è sempre più terziarizzata*, in *giornaledibrescia.it*, 7 settembre 2025). In un convegno tenutosi il 18 ottobre 2024 presso l'università degli studi di Brescia, con il poco felice titolo – erano decorsi all'epoca

più di 23 anni dall'entrata in vigore del decreto del 2001 – *La responsabilità degli enti e il territorio bresciano: una riflessione iniziale* (si puntualizza che chi scrive non era tra gli organizzatori dell'evento), era emerso, dalle relazioni sia dei magistrati della procura della Repubblica di Brescia, sia di chi aveva il compito di analizzare la giurisprudenza locale in argomento, che la normativa sulla responsabilità degli enti risultava pressoché disapplicata (tant'è che le sentenze citate, in assenza di provvedimenti dei locali uffici giudiziari, furono quelle del... tribunale di Milano).

¹⁷ Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 221.

casioni” offerte all’ente sotto accusa; dall’indagine preliminare alla fase cautelare, dal giudizio fino all’esecuzione, molteplici sono le opportunità di risarcire il danno, riparare le conseguenze del reato, riorganizzarsi secondo schemi di legalità (v. artt. 17, 49, 65 e 78); l’ente che si dimostri virtuoso – scegliendo di allinearsi alle regole di prevenzione dei reati contemplate dalla legge – può scongiurare l’applicazione della sanzione interdittiva (o ottenerne la revoca ove applicata come cautela), lucrare una diminuzione della sanzione pecuniaria, aspirare, anche in fase esecutiva, alla conversione della prima nella seconda. Fuori da ogni infigimento rieducativo, lo scambio tra Stato ed ente-imputato – cioè a dire la (parziale) rinuncia alla pretesa punitiva da parte del primo quale riconoscimento della concreta attuazione di adeguate misure preventive ad opera del secondo – obbedisce ad una consolidata tradizione premiale dell’ordinamento penale. Inaugurata per le persone fisiche, quest’ultima viene adattata, con peculiari meccanismi, alle persone giuridiche. Per gli autori di reato particolarmente gravi la disponibilità a rilasciare dichiarazioni eteroaccusatorie (così detta collaborazione con la giustizia) ha dischiuso, in epoche diverse, un ampio ventaglio di benefici (dai casi di non punibilità a sostanziose riduzioni di pena, dalla fruizione delle misure alternative alla detenzione all’accesso ai programmi di protezione); la logica premiale è quindi rifluita, con significative mutazioni genetiche, nel processo penale d’ispirazione accusatoria, dove le esigenze di deflazione del sistema hanno legittimato un diverso tipo di negoziazione tra Stato e accusato: in cambio della rinuncia del secondo ad avvalersi di un contraddittorio pieno – scegliendo riti alternativi a caratura inquisitoria – l’ordinamento elargisce riduzioni di pena. Dalla collaborazione dell’imputato per fini di contrasto della criminalità a quella volta ad assecondare l’economia del congegno processuale, il rapporto tra pena e “corrispettivo”¹⁸ esibisce intonazioni differenti, ma effetti simmetrici: il risultato è sempre o la rinuncia alla pretesa punitiva o un affievolimento della sanzione. La normativa sulla responsabilità degli enti ricombina, in maniera originale, le suddette logiche. L’ente “non risponde” dell’illecito ascritto qualora dimostri di essersi diligentemente autorganizzato (v. art. 6 1° comma): si è al cospetto di una esimente, per così dire, parziale (in quanto è sempre disposta la confisca del profitto ricavato dal reato). A questa forma di premialità – di matrice “sostanziale” – si affiancano i riti processuali speciali (giudizio abbreviato e applicazione della sanzione su richiesta), al cui epilogo la durata della sanzione interdittiva e l’ammontare di quella pecuniaria subiscono riduzioni. L’adozione del modello organizzativo e la riparazione delle conseguenze del reato (art. 17; cfr. altresì gli artt. 49 e 65) sono istituti che testimoniano un accentuato afflato *prevenzionistico* del sistema; essi costituiscono un’offerta premiale sfruttabile dall’ente anche nella fase di esecuzione della sanzione (art. 78). Ma tale vocazione finalistica comporta un prezzo elevato sul piano delle garanzie. La presunzione di non colpevolezza e il diritto di difesa dell’ente-imputato risultano compromessi; quest’ultimo può infatti trovarsi a un bivio: la scelta a favore delle condotte riparatorie e riorganizzative – mo-

tivata dall’esigenza di sfuggire, in sede cautelare, ad una misura interdittiva – si risolve in un’implicita ammissione di colpevolezza; viceversa, l’esercizio del diritto di negare i fatti – o di avvalersi del silenzio – spesso comporta la sopportazione di provvedimenti interinali anche gravosi. La prassi giudiziaria testimonia una serie di fenomeni le cui costanti sono rinvenibili sotto tre profili.

In primo luogo, l’azione penale nei confronti degli enti – in presenza di un reato-presupposto commesso dal loro personale – viene esercitata in maniera *di fatto* discrezionale e, sovente, tiene conto di valutazioni di politica criminale da parte dell’ufficio della pubblica accusa: se l’obiettivo è il risarcimento del danno, patito dalla collettività a causa del *corporate crime*, conseguenti saranno le pressioni del pubblico ministero sulla *societas* per promuoverne le condotte riparatorie. Ne deriva che l’applicazione del sequestro preventivo è intesa a patrocinare l’adesione dell’ente ai riti premiali (applicazione della sanzione su richiesta); mentre l’entità del profitto da mettere a disposizione – ai fini della confisca o per ottenere il consenso al patteggiamento – è calcolata vuoi per recuperare ingenti somme frutto dell’illecito, vuoi per consentire all’impresa coinvolta di non venire estromessa dal mercato¹⁹; un *modus procedendi* che, in maniera strisciante, si avvicina a dinamiche tipiche del sistema nordamericano (retto, tuttavia, dal principio di discrezionalità dell’azione penale). Secondo aspetto. Il baricentro del processo penale *contra societatem* arretra: non il dibattimento, bensì i riti speciali deflattivi (ancora, e soprattutto, il patteggiamento), quali rimedi – nell’ottica del pubblico ministero – per aggirare la complessità delle investigazioni in materia di criminalità d’impresa. Infine, il *focus* della valutazione giurisdizionale si è – dopo i primissimi anni di esperienza applicativa – spostato: dalla verifica circa l’idoneità e l’efficacia del modello organizzativo adottato dall’ente-imputato *alla individuazione* (e *quantificazione*), in una logica negoziale, *della sanzione* da irrogare. Alla luce di tale fenomenologia, è ben comprensibile come le analisi critiche – in larga parte condivisibili – espresse a suo tempo dalla Procura di Milano patiscano una preterizione: la faretra delle frecce a disposizione dei pubblici ministeri è piena, ma l’arco non è stato più utilizzato per ragioni di politica criminale – mai peraltro esplicitate con trasparenza – dell’ufficio.

Obbligatorietà o discrezionalità dell’azione penale?

La cogenza del principio sancito dall’art. 112 Cost. riposa – come è noto – sul controllo giurisdizionale della richiesta di archiviazione proposta dal pubblico ministero; poichè l’art. 58, D.Lgs. n. 231/2001 dispone che sia l’organo dell’accusa ad emettere il decreto di archiviazione degli atti, appare conseguente la violazione del disposto costituzionale in materia di obbligatorietà dell’azione penale. La *Relazione* aveva giustificato la scelta dell’archiviazione “diretta”, da parte dell’ufficio della pubblica accusa, alludendo a “un illecito amministrativo, per il quale non sussiste l’esigenza di controllare il corretto esercizio dell’azione penale da parte del pubblico ministero”; di conseguenza sarebbe stata “del tutto estranea a questa materia la procedura di archiviazione codicistica”²⁰. L’interpretazione del legisla-

¹⁸ Padovani, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1986, 418.

¹⁹ Ruggeri, *Reati nell’attività imprenditoriale e logica negoziale*, in

Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2017, p. 921 e seg.

²⁰ *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, in La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8*

re anticipava l'inesausta – ma sterile – *querelle* sulla natura della responsabilità dell'ente e dell'illecito che la fonda²¹: non trattandosi di reato ma “soltanto” di illecito amministrativo – questa era l'argomentazione – il controllo giurisdizionale sull'inazione risulterebbe superfluo; come da tempo assodato, un'eventuale soluzione del tema principale non porterebbe molto lontano l'interprete sul problema specifico della necessità (o meno) del vaglio del giudice. Non a caso la dottrina ha censurato la legittimità costituzionale del meccanismo in parola, per contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale²²; rilievo da accogliere, anche in virtù del fatto che il sistema del 2001 non offre appigli per ritenere non applicabile al procedimento *contra societatem* il canone dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Da segnalare tuttavia che la Suprema corte ha stabilito, con una recentissima pronuncia, che “la scelta di procedere o meno nei confronti dell'ente, sempre che se ne ravvisino i presupposti, non è discrezionale, posto che la disciplina introdotta dal d. lgs. n. 231 del 2001, pur contemplando una responsabilità non dichiaratamente penale e, quindi, sottratta al principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112 Cost.*, è pur sempre contemplata in un provvedimento legislativo che, per sua natura, non è suscettibile di applicazione discrezionale”. Argomenta ulteriormente la Cassazione: “Né a diverse conclusioni conduce la circostanza che, nell'ambito del procedimento a carico degli enti, si riconosce direttamente al pubblico ministero il potere di archiviazione dell'illecito amministrativo, ai sensi dell'art. 58, d. lgs. n. 231 del 2001. Tale previsione, infatti, introduce esclusivamente una semplificazione nel procedimento di archiviazione, ritenendo non necessaria l'adozione di un decreto di archiviazione da parte del g.i.p., ma ciò non incide affatto sull'obbligo del pubblico ministero di attivarsi per l'accertamento dell'illecito dell'ente, sia pur al solo fine di disporre la successiva archiviazione, con decisione che è soggetta al controllo del Procuratore generale, cui va comunicato il decreto motivato di archiviazione e che, ove dissenta, può procedere direttamente alla contestazione dell'illecito amministrativo”. Concludono i giudici di legittimità: “deve affermarsi il principio per cui il pubblico ministero che proceda per un reato presupposto della responsabilità degli enti *ex d. lgs. n. 231 del 2001* e disponga di elementi idonei a dar avvio alle indagini nei confronti dell'ente, è obbligato a procedere al relativo accertamento, posto che – pur non applicandosi il principio costituzionale dettato dall'art. 112 Cost. – l'obbligatorietà del perseguimento

degli illeciti da reato degli enti discende *ex se* dalla previsione normativa che ha introdotto tale forma di responsabilità”²³.

Diritto di difesa dell'ente e obbligo di costituzione in fase di indagini: il discutibile approdo delle Sezioni Unite

Era pacifico che all'ente fossero garantite tutte le prerogative difensive a prescindere dalla scelta di costituirsi. L'ente è titolare del diritto di difesa che può esercitare mediante il difensore di fiducia e già con la sua nomina (art. 96 c.p.p.); restano salvi gli atti c.d. personalissimi (art. 99, 1° comma, c.p.p.), impediti al difensore, per i quali si richiede l'atto di costituzione o la nomina di un procuratore speciale *ad acta*. La linearità di tale configurazione non è stata condivisa dalle Sezioni unite della Corte di cassazione che hanno proposto una lettura sistematica del processo *de societate* alquanto opinabile²⁴.

La giurisprudenza si era interrogata più volte sulla questione, cioè se la dichiarazione di costituzione sia condizione per l'esercizio della difesa tecnica: infatti, mentre nessun dubbio si nutre a proposito della necessità che l'ente si costituisca al fine di partecipare al procedimento esplicando pienamente la propria autodifesa, il contrasto ha riguardato la sua possibilità di farsi assistere da un difensore di fiducia a prescindere dalla formale costituzione *ex art. 39*.

L'alternativa si era delineata nei seguenti termini: l'onere di costituzione opera nella sola fase del giudizio²⁵ e, pertanto, nel corso delle indagini preliminari si ammette la facoltà dell'ente di nominare il difensore di fiducia nei modi previsti dall'art. 96 c.p.p.²⁶, oppure, l'atto di costituzione è formalità unica di partecipazione dell'ente poiché di natura collettiva e in forza del dato letterale dell'art. 39, riferito all'intero procedimento; di conseguenza, si considera inefficace la nomina a norma dell'art. 96 c.p.p. del difensore da parte di ente non costituito²⁷.

Il contrasto era stato superato dalle Sezioni unite citate con una soluzione di compromesso che individua la dichiarazione di costituzione quale presupposto per l'esercizio della difesa tecnica. A seguito di questa pronuncia, la partecipazione dell'ente al procedimento resta frutto della sua libera scelta, ma per essa sono inderogabili le formalità procedurali stabilite dall'art. 39, le quali operano già dalla fase delle indagini preliminari. Per fare un esempio ricavabile dalla concreta prassi applicativa, l'ente che, a seguito della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini, intenda depositare al pubblico ministero una memoria

giugno 2001, N. 231 a cura di Presutti, Bernasconi, Fioro, Padova, 2008, 57.

²¹ Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 210 e 247-248.

²² Ferrua, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. e giustizia*, 2001, f. 29, 9.

²³ Cass. pen., Sez. VI, 2 dicembre 2025, n. 1720. Il principio così stabilito produce riflessi in sede di applicazione di misure cautelari: “Ne consegue che” – annota la cit. sentenza – “ove il rischio di reiterazione risulti meglio contenibile mediante l'applicazione di una misura interdittiva nei confronti dell'ente, quest'ultima deve ritenersi di per sé adeguata e sufficiente, rendendo non necessaria l'adozione di ulteriori limitazioni alla libertà dell'autore del reato presupposto. Deve, pertanto, affermarsi il principio in virtù del quale, nel caso di commissione di reati che costituiscono anche il presupposto della responsabilità da reato degli enti, il giudizio di proporzionalità e adeguatezza delle misure deve essere svolto secondo una valutazione

complessiva, sulla cui base stabilire se e quale misura sia idonea a contenere il rischio di reiterazione, al fine di evitare che si addivenga alla non necessaria compressione dei diritti della persona fisica lì dove ciò non è strettamente necessario, essendo maggiormente adeguate le misure cautelari adottabili nei confronti dell'ente [ndr: corsivo dell'A.]. Né il giudizio di adeguatezza può mutare a seconda della scelta compiuta dalla pubblica accusa di non attivarsi per perseguire l'illecito dell'ente e, conseguentemente, adottare le più idonee misure cautelari previste nei suoi confronti. L'omessa attivazione dei poteri di indagine e, quindi, anche delle correlate iniziative cautelari esperibili a carico degli enti, non può legittimare il pubblico ministero a concentrare la risposta repressiva nei soli confronti della persona fisica [ndr: corsivo dell'A.]”.

²⁴ Cass. pen., Sez. un., 28 maggio 2015, n. 33041.

²⁵ Cass. pen., 23 giugno 2006, n. 32627.

²⁶ Cass. pen., 5 novembre 2007, n. 15689.

²⁷ Cass. pen., 9 dicembre 2014, n. 52748.

difensiva, deve preventivamente adempiere le complesse formalità della costituzione, cioè a dire depositare la dichiarazione di cui all'art. 39, dichiarazione che, tra l'altro, richiede (2° comma) l'indicazione del difensore e della relativa procura conferita nelle forme stabilite dall'art. 100 c.p.p. (atto pubblico o scrittura privata autenticata): a questo difensore fiduciario spetta l'assistenza dell'ente nella fase investigativa. La scelta della *societas* di non costituirsi comporta che la sua difesa è affidata al difensore d'ufficio nominato dal pubblico ministero nella informazione sul diritto di difesa a norma dell'art. 369-bis c.p.p.

È noto che nella fase delle indagini preliminari possono essere svolte attività investigative per le quali non si prevede il previo avvertimento al difensore pur essendo consentita la sua presenza: ad esempio, un sequestro preventivo (*ex art. 53*). In queste situazioni l'ente può trovarsi nella impossibilità di costituirsi con le formalità prescritte dall'art. 39, anche per l'eventuale esigenza di un intervento dei suoi organi collegiali deliberativi (per esempio, trovare una soluzione ad un'eventuale incompatibilità del rappresentante legale – qualora indagato per il reato-presupposto – e nominarne uno *ad hoc*, al quale poi spetterà l'incombenza di incaricare un difensore di fiducia: come intuibile, un *iter* non caratterizzato dalla necessaria celerità). Solamente in simili frangenti, e al fine di non compromettere l'effettività del diritto di difesa, si riconosce che l'ente può avvalersi del difensore di fiducia *ex art. 96 c.p.p.*, legittimato ad attivarsi a sua tutela. La sua nomina, tuttavia, è considerata provvisoria e di efficacia circoscritta: viene meno una volta che sia notificata – o comunicata contestualmente alla esecuzione dell'atto investigativo – l'informazione di garanzia (art. 57) la quale contiene l'avvertimento che, per partecipare al procedimento, l'ente deve depositare la dichiarazione di cui all'art. 39. A partire da questo momento, la sua costituzione è *conditio sine qua non* per la partecipazione attiva al procedimento e, in particolare, l'ente che intenda ancora fruire del precedente difensore *ex art. 96 c.p.p.* deve valdarne, confermandola, la nomina con indicazione nello stesso atto di costituzione. All'opposto, per l'ente che scelga di rimanere inerte, l'esercizio del diritto di difesa è affidato al difensore nominato d'ufficio e gli atti eventualmente compiuti da quello fiduciario sono considerati improduttivi di effetti. A prescindere da questa particolare articolazione del rapporto tra formale costituzione ed esercizio della difesa tecnica, come precisato dalle Sezioni unite, l'ente non costituito resta un soggetto indagato e in tale veste è non solo destinatario di tutte le iniziative del pubblico ministero finalizzate all'eventuale attivazione del processo ma anche, ineludibilmente, di tutte le garanzie a lui assicurate. In conclusione, e in virtù di quanto statuito dalle Sezioni unite, l'invio della informazione di garanzia a norma dell'art. 57 contrassegna dunque una distinzione determinante: per le attività che la precedono e caratterizzate da

imprevedibilità e urgenza si ammette per l'ente la facoltà di avvalersi del difensore di fiducia (art. 96 c.p.p.); per la sequenza procedimentale che segue, il mancato adempimento dell'onere di costituzione è considerato frutto di una sua precisa scelta processuale che priva di legittimazione il difensore già nominato al quale subentra quello nominato d'ufficio²⁸. Un'interpretazione – quella esplicitata in sede nomofilattica – che ha (inutilmente) complicato l'esercizio del diritto di difesa dell'ente.

La scorciatoia dell'amministrazione giudiziaria prevista dal "codice antimafia"

La prassi giudiziaria dimostra con frequenza come il pubblico ministero preferisca ricorrere all'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale, piuttosto che intraprendere il complesso *iter* di accertamento previsto dal D.Lgs. n. 231/2001 e avvalersi dei relativi istituti cautelari e sanzionatori. L'organo delle indagini sceglie di non inerparsi sugli irti sentieri della dimostrazione della responsabilità "da reato" dell'ente; specialmente in situazioni in cui la catena produttiva si dipana in una lunga serie di appalti e subappalti – esemplificativo il settore della moda di lusso – si è manifestato il delitto di sfruttamento del lavoro (previsto e punito dall'art. 603-bis c.p.): per fronteggiare questo fenomeno, l'alternativa della misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria si offre in tutta la sua duttilità.

Agevole dimostrarne il presupposto, cioè i *sufficienti indizi* per "ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale" possa "comunque agevolare" l'attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione personale o patrimoniale, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per determinati delitti tra i quali, nella fattispecie qui esemplificata, quello della intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro.

Non arduo superare il vaglio del tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione il quale si riduce spesso a poco più di una formalità, vuoi per l'esigua caratura probatoria dei "sufficienti indizi", vuoi in ragione della natura amorfa del procedimento di prevenzione (non innervato di robuste garanzie per il sottoposto)²⁹, vuoi – infine – a causa della vischiosa prassi applicativa per la quale l'organo giurisdizionale è incline, in questo peculiare procedimento, a recepire costantemente le richieste dell'organo investigativo.

Appagante il risultato ottenuto, in quanto l'ente al quale viene applicata la misura è tenuto a rivedere gli snodi della filiera produttiva (in particolare, i rapporti con le aziende dei fornitori e dei sub-fornitori), ad adottare un modello di organizzazione e di gestione idoneo – ed efficace – a prevenire il reato di cui all'art. 603-bis c.p., a ricalibrare assetto e attività degli organi di controllo interni.

²⁸ Presutti-Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2025, 282-284.

²⁹ Mazzotta, *Procedimento di prevenzione e giusto processo*, Padova, 2025, 199-209.