

**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**Cattedra di Diritto e Procedura Penale degli Enti**

**RAPPRESENTANZA, PARTECIPAZIONE E  
DIFESA DELL'ENTE NEL PROCEDIMENTO  
PENALE**

**RELATORE:**

**Chiar.ma Prof.ssa  
Maria Lucia Di Bitonto**

**CANDIDATA:**

**Serena Ciliberto  
Matr. 097863**

**CORRELATORE:**

**Chiar.mo Prof.  
Paolo Moscarini**

**ANNO ACCADEMICO  
2012-2013**

*In memoria di mia nonna,  
di rosso vestita*

# INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE .....	I
--------------------	---

## Capitolo I

### SOCIETAS DELINQUERE (ET PUNIRI) POTEST

#### Introduzione ai profili sostanziali e processuali

1. Il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. La demitizzazione di un dogma tra sollecitazioni internazionali e nuove frontiere normative .....	1
2. Una responsabilità autenticamente amministrativa? Il problema della natura giuridica.....	7
3. Obiezioni e storiche resistenze al riconoscimento della capacità penale delle persone giuridiche .....	18
4. <i>Societs delinquere potest sed puniri debet.</i> Il nuovo ruolo del diritto penale dinnanzi alle patologie del crimine di impresa.....	26
5. La scelta di un modello processuale e il tramonto dell'architettura antropocentrica del processo penale .....	31
6. La tecnica normativa dell'art. 34. Un monito per l'interprete .....	36
7. Le diverse posizioni processuali dell'ente nel procedimento .....	39

Capitolo II  
LA RAPPRESENTANZA LEGALE DELL'ENTE  
Un inquadramento sistematico

1. La rappresentanza legale come categoria generale .....	43
2. Il rappresentante legale dell'ente.....	46
3. La rappresentanza legale e la difesa tecnica .....	50
4. La rappresentanza necessaria .....	55

Capitolo III  
LE GARANZIE DI UNA “EFFETTIVA PARTECIPAZIONE DELL'ENTE  
AL PROCEDIMENTO”

1. Le indicazioni della legge di delega 27 settembre 2000, n. 300 .....	59
2. La partecipazione dell'ente nella fase preliminare d'indagine .....	61
3. La costituzione	
3.1. Il simultaneo processo .....	69
3.2. Modalità e forme di costituzione .....	75
3.3. Dualità concettuale tra partecipazione e diritto di difesa.....	80
3.4. Le vicende modificative.....	84
3.5. Cenni sulla fase dibattimentale.....	89
4. La contumacia.	
4.1. Presupposti e requisiti della dichiarazione di contumacia .....	91
4.2. Diritti e facoltà dell'ente non costituito .....	96
5. Le notificazioni.	
5.1. Il sistema informativo e il rinvio alle disposizioni codicistiche.....	98
5.2. Irreperibilità, nuove ricerche e sospensione del processo. Un regime derogatorio .....	104
5.3. Le finalità cognitive delle notificazioni nei casi di “patologia” della rappresentanza .....	109

Capitolo IV  
IL DIRITTO DI DIFESA E LE ALTRE GARANZIE PROCESSUALI NEI  
CASI DI “FIBRILLAZIONE” DELLA RAPPRESENTANZA

1. Gli articoli 39 e 44 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Note introduttive.....	115
2. L’incompatibilità del rappresentante legale imputato del reato presupposto.	
2.1. Le ragioni dell’incompatibilità.....	118
2.2. Le soluzioni al conflitto di interessi.....	122
2.3. Le conseguenze alla violazione del divieto.....	128
3. Le incompatibilità con l’ufficio di testimone <i>ex art.</i> 44 d.lgs. n. 231/01.....	134
3.1. L’imputato del reato da cui dipende l’illecito amministrativo.....	135
3.2. Il rappresentante legale dell’ente.....	141
3.3. Il diritto al silenzio nei casi di incompatibilità non espressamente previsti dalla norma.....	144
3.4. Il regime delle dichiarazioni del rappresentante legale .....	155
CONCLUSIONI .....	159
BIBLIOGRAFIA .....	163

# Introduzione

Lo studio ha ad oggetto significativi profili processuali introdotti dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, attinenti ai temi della rappresentanza, della partecipazione e della garanzia del diritto di difesa dell'ente nell'ambito del procedimento penale.

Al pari di ogni percorso di ricerca che origina e si risolve in un'attività di osservazione critica dei fenomeni della realtà contingente, anche tale scelta di trattazione nasce da una riflessione sugli effetti derivanti dall'introduzione del nuovo impianto normativo, ed è volta a comprendere, in ultima istanza, in che misura la metamorfosi delle tradizionali forme di criminalità abbia inciso sulla fisionomia classica del processo penale.

Sebbene si sia privilegiata una prospettiva di osservazione rivolta ai profili processuali della materia, è parso comunque indispensabile analizzare, nella prima parte della disamina, tanto le articolate motivazioni sottese all'introduzione del decreto legislativo in esame, tanto le pregiudiziali ideologiche che, al contrario, per lungo tempo avevano impedito la decostruzione del dogma dell'irresponsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche.

L'esigenza di dare cittadinanza anche nel nostro ordinamento ad una forma di responsabilità diretta dei soggetti collettivi è stata dettata, in primo luogo, dall'ormai improcrastinabile compito di conformare il sistema italiano agli impegni precedentemente assunti in sede internazionale. E' tuttavia doveroso osservare che la principale ragione sottesa all'introduzione di uno statuto della responsabilità degli enti, debba essere individuata nell'urgenza di arginare le degenerazioni patologiche dell'attività d'impresa, predisponendo risposte punitive idonee a fronteggiare un'inedita tipologia di crimine, che origina all'interno di una struttura complessa e nella maggior parte dei casi non risulta più ascrivibile alla singola persona fisica.

In una fase preliminare della trattazione si è scelto di indagare su quell'atteggiamento di tendenziale "prudenza linguistica" che ha indotto il legislatore del 2001 a qualificare il nuovo tipo responsabilità in termini formalmente amministrativi, inserendosi in un retroterra storico-dogmatico in cui, per più di un trentennio, la principale pregiudiziale ideologica al riconoscimento della capacità penale delle persone giuridiche veniva individuata nel cosiddetto duplice livello del principio di personalità di cui all'articolo 27 della Costituzione. La vigenza dell'antico brocardo del *societas delinquere non potest* si ergeva, difatti, sul simulacro del volto costituzionale del reato, immancabilmente riferito al fatto della sola persona fisica, impedendo di immaginare, anche solo a livello concettuale, la possibilità per un soggetto metaindividuale di agire con dolo o con colpa, e dunque di essere destinatario di un rimprovero eticizzante, volto ad orientarne le condotte future in senso conforme all'ordinamento.

La rassicurante qualificazione giuridica fatta propria dal legislatore delegato non è valsa tuttavia ad acquietare il dibattito, lasciando piuttosto trapelare dubbi circa una possibile "frode delle etichette", destinata a dissimulare la natura intrinsecamente penale della nuova forma di responsabilità.

Aderendo a tale ultima ricostruzione, indispensabile è parso dare atto dei profondi mutamenti che l'ingresso di un nuovo soggetto di diritto - il cui agire è spesso connotato da una pernicioso aggressività - ha prodotto, tanto sul fronte degli istituti concettuali della dogmatica penalistica, tanto nell'ambito della dialettica processuale.

Il modello processualpenalistico che la secolare riflessione giuridica ha consegnato alla modernità, ha assunto per lungo tempo una connotazione strettamente antropocentrica e fortemente garantistica, in quanto concepito come contesto fattuale in cui l'accertamento della responsabilità del singolo è presidiato da un metodo di ricerca e di ricostruzione della vicenda umana

pienamente rispettoso dei principi fondamentali di legalità, di separazione delle fasi, del diritto di difesa e della presunzione di innocenza.

Il d.lgs. n. 231 del 2001 scardina l'architettura classica del processo, introducendo un inedito schema di procedura penale d'impresa che prende forma da un autonomo e composito sottosistema normativo in cui la coabitazione tra gli istituti classici del codice di rito e le nuove creazioni normative rimane in sostanza affidata all'interprete, custode e garante della coerenza e della tenuta del sistema.

Il cuore della trattazione risiede, difatti, nell'analisi di alcuni momenti fondamentali del processo che coinvolgono immancabilmente l'ente collettivo e che permettono di cogliere le più significative deviazioni dal modello processuale tradizionale.

Un principale spunto di indagine ha riguardato innanzitutto l'istituto della rappresentanza dell'ente, nella prospettiva dinamica del ruolo svolto nel procedimento dalla persona incaricata di agire in nome e per conto dell'imputato. Si è sottolineato come la figura del legale rappresentante dell'ente sia caratterizzata da una componente di ineliminabile ibridismo, dovuta al fatto che la sua posizione processuale sembra costantemente oscillare tra la parificazione all'imputato e la potenziale assunzione della veste di testimone. Proprio in questo metamorfismo di ruoli è stato possibile cogliere la problematicità profonda che caratterizza un sistema normativo in cui le principali problematiche applicative non possono essere sempre risolte a livello positivo, ma richiedano, come si anticipava, il contributo dell'interprete.

Di fondamentale importanza è stato poi esaminare il ruolo svolto dalla figura del difensore personale dell'ente, preposto a garantirne la piena difesa tecnica. In tale prospettiva, si è ritenuto necessario evidenziare una delle tante peculiarità della nuova disciplina, individuata nella scelta legislativa di prevedere una peculiare forma di rappresentanza necessaria affidata al patrocinante legale in tutti i casi in cui, in seguito all'atto formale di

costituzione, il rappresentante dell'imputato non sia comparso nel processo (art. 39 comma 4). Siffatta scelta di normazione, giustificata alla luce dell'esigenza di garantire una partecipazione non eccessivamente onerosa dell'imputato, scongiurando al contempo il rischio di momenti di stasi processuale, non ha mancato di destare accese critiche dottrinali, in quanto tacciata di aver ritenuto recessiva l'esigenza di garantire il diritto all'autodifesa personale rispetto alle garanzie della sola difesa tecnica.

Un secondo momento di indagine ha poi riguardato la disciplina volta ad assicurare un'adeguata partecipazione dell'ente nelle varie fasi del procedimento di accertamento, conformemente alle indicazioni della legge di delega 29 settembre 2000, n. 300, che imponeva di garantire un sufficiente livello di coinvolgimento dell'imputato sin dalla fase preliminare di indagine. E' proprio in quest'ultimo ambito che è stato possibile cogliere ulteriori e significative differenze rispetto al procedimento *de homine*. Tra tutte si è scelto di dar risalto alla scelta linguistica di utilizzo del termine "accertamento" dell'illecito amministrativo che, legittimando un tendenziale spostamento del baricentro processuale, anticipa la possibilità di esaurire una significativa porzione del contenzioso già in una fase molto precoce, affidando poi all'organo dell'accusa la scelta tra l'esercizio dell'azione penale e l'autonoma emanazione del decreto motivato di archiviazione, senza che su di esso si innesti l'ordinario controllo giurisdizionale.

Antecedentemente all'analisi delle modalità di formale costituzione nel procedimento, si è ritenuto necessario soffermare l'attenzione sull'introduzione dell'inedita regola del simultaneo processo, espressamente prevista dall'articolo 38 del decreto, alla stregua del quale si stabilisce che l'accertamento dell'illecito amministrativo e quello del reato presupposto debbano avvenire nella medesima sede processuale. Di assoluto interesse è stato infatti osservare come la peculiare struttura dell'illecito addebitato all'ente, fattispecie complessa che origina dal medesimo nucleo fattuale del reato presupposto, abbia legittimato l'introduzione di una forma di cumulo

processuale che si pone in netta controtendenza rispetto al principio del *favor separationis* tipico del procedimento a carico delle persone fisiche.

La valutazione sul grado di effettività delle garanzie di una adeguata partecipazione dell'ente al procedimento non poteva poi non tener conto della disciplina relativa alle cosiddette vicende modificative, quei fenomeni di metamorfismo organizzativo che sovente determinano profonde modificazioni della fisionomia strutturale delle società. La riflessione relativa a tale ambito di normazione si è rivelata indispensabile al fine di un corretto inquadramento delle censure dottrinali che hanno rintracciato, proprio nelle disposizioni di cui all'articolo 42, uno dei punti di maggior frizione sul terreno del riconoscimento di una responsabilità autenticamente penale delle società, ritenendo, in sostanza, che la potenziale indiscriminata trasmissibilità delle responsabilità penali dell'ente originario al soggetto derivante dalla modifica strutturale, non fosse totalmente rispettosa del principio di personalità di cui all'articolo 27 della Costituzione.

Poiché la possibilità di prendere parte al procedimento di accertamento costituisce un diritto, per così dire, rinunciabile, e pertanto nulla osta a che l'ente decida di non procedere al deposito dell'atto formale di costituzione, una particolare attenzione è stata poi dedicata alla disciplina della contumacia (art. 41) e alle istanze garantistiche che impongono di assicurare anche all'imputato non costituito tutte le guarentigie e tutte le facoltà previste dal codice di rito che non siano incompatibili con la sua natura di soggetto metaindividuale.

A conclusione della seconda fase di trattazione, indispensabile è parso occuparsi della regolamentazione dei meccanismi di notificazione. La garanzia di una appropriata partecipazione al procedimento risulta essere, infatti, intimamente condizionata dall'effettività di quei meccanismi di informazione che consentono all'ente di "difendersi conoscendo", avendo, in altri termini, celere e tempestiva contezza degli atti e dei provvedimenti adottati nei sui confronti. Sebbene il sistema delle notificazioni all'ente sia strutturato sulle

fondamenta delle regole proprie del codice di rito (con frequente rinvio anche alle disposizioni del codice di procedura civile), anche in tale ambito è stato possibile rinvenire alcuni aspetti di discontinuità rispetto alle regole del procedimento ordinario. Di assoluto interesse è stato osservare come, in tale ambito, le divergenze dalla procedura tradizionale sorgano in funzione di quell'ispirazione pienamente garantistica del decreto legislativo che emerge con assoluta evidenza nella scelta di derogare all'ordinario rito degli irreperibili, introducendo un'inedita causa di sospensione del procedimento (art. 43 comma 4), giustificata dalla preferenza accordata alla conoscenza effettiva del procedimento in luogo di una conoscenza meramente formale dello stesso e funzionale a limitare l'ambito di operatività del procedimento contumaciale ai soli casi in cui la mancata partecipazione dell'imputato sia stata il frutto di una sua scelta consapevole e volontaria.

Una riflessione quanto più possibile esaustiva sulle principali innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 231 del 2001, non poteva trascurare il tema della difesa dell'ente-imputato, intendendo con ciò riferirsi non più esclusivamente agli aspetti attinenti alla difesa tecnica in giudizio, quanto piuttosto alla scrutinio sul grado di effettività del diritto di difesa inteso come diretta emanazione dei canoni del giusto processo.

Tale vaglio è stato condotto nell'ambito di particolari momenti dell'esperienza processuale dell'ente che, con un'espressione di sintesi, si è voluto qualificare come di "fibrillazione" della rappresentanza. Poiché infatti la persona giuridica necessita di un'articolazione personale che gli consenta di materializzarsi nel procedimento, così fruendo delle principali guarentigie difensive normalmente predisposte in favore dell'imputato, è stato innanzitutto necessario interrogarsi su cosa accada in tutti quei casi in cui la persona incaricata di rappresentarlo versi in una situazione di insolubile conflitto di interessi, conseguente al fatto di essere esso stesso coinvolto nella vicenda processuale, sebbene a fronte di un autonomo titolo di responsabilità. Indispensabile è parso qui verificare quali siano state le soluzioni elaborate

dalla giurisprudenza di legittimità, al fine di superare la fase di *empasse* processuale derivante dalla generica clausola dell'articolo 39, garantendo all'ente il diritto di partecipare al procedimento a suo carico ed ovviando così a possibili censure di legittimità costituzionale sotto il profilo della violazione del diritto di difesa.

L'effettività della tutela apprestata all'ente-imputato è stata poi vagliata alla luce della disciplina dettata in materia di incompatibilità testimoniale dall'unica previsione legislativa specificamente attinente al profilo probatorio. L'articolo 44 del decreto, limitandosi ad introdurre specifiche ipotesi di incompatibilità con l'ufficio di testimone, ha prestato il fianco a profonde critiche, motivate dalla supposta incompletezza e laconicità nella trattazione di profili processuali di indubbio rilievo. Più nel dettaglio l'indagine ha riguardato i principali e non peregrini dubbi di una possibile compressione delle garanzie difensive attinenti al diritto al silenzio e al rispetto del principio del *nemo tenetur se detegere*, che hanno investito la lettera *b)* della disposizione in esame, laddove si lascia intuire che l'esenzione dall'obbligo testimoniale si realizzi, per il legale rappresentante dell'ente, solo in costanza dei requisiti richiesti dalla norma.

Nella fase conclusiva della trattazione si è scelto di soffermare l'attenzione proprio su quei tentativi della dottrina più avveduta, volti a verificare la praticabilità dell'estensione delle garanzie derivanti dall'immunità testimoniale anche ad una molteplicità di ipotesi non espressamente regolamentate dal decreto, così individuando delle possibili chiavi di lettura che consentano di conformare il procedimento *de societate* a quei baluardi garantistici che ricevono, nel nostro ordinamento, un pieno riconoscimento costituzionale.

# Capitolo I

## SOCIETAS DELINQUERE (ET PUNIRI) POTEST

Introduzione ai profili sostanziali e processuali

### **1. Il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231**

**La demitizzazione di un dogma tra sollecitazioni internazionali e nuove frontiere normative.**

Il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, introducendo nel nostro ordinamento la “*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*”, segna il definitivo abbandono del dogma dell’irresponsabilità *ex crimine* degli enti collettivi<sup>1</sup>.

La cultura dell’impunità delle persone giuridiche era, storicamente, una diretta filiazione dell’Illuminismo Ottocentesco che, riverberandosi sulle successive codificazioni europee, aveva contribuito a delineare un assetto rigorosamente antropocentrico del sistema penale<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> E’ opportuno precisare che, per ragioni di semplificazione, nel prosieguo della trattazione si utilizzerà l’espressione “*persone giuridiche*”, volendosi includere tanto le società quanto le associazioni pur se prive di personalità giuridica.

<sup>2</sup> In argomento, G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen .ec.*, 2003, p. 943 ss.

Un dogma che ha finito col tempo con lo sclerotizzarsi, rimanendo totalmente avulso dalla mutata realtà economica e sociale della modernità, divenendo una «metarealtà oggetto di credenza più che di conoscenza»<sup>3</sup>.

In termini temporali, al nostro ordinamento è occorso più di un trentennio per arrivare ad introdurre una disciplina legislativa finalizzata a reprimere il crimine d'impresa; un percorso di decostruzione e di demitizzazione del granitico principio del *societas delinquere non potest* che ha avuto la sua simbolica genesi con l'opera di Franco Bricola, primo a denunciare i “costi”, in termini sociali, dell'osservanza pedissequa del principio<sup>4</sup>.

La disciplina normativa introdotta dal d.lgs 8 giugno 2001, n. 231 sembrerebbe costituire il punto d'approdo di quel dibattito giuridico-culturale che, già in tempi remoti, si era sviluppato attorno alla possibilità di dare cittadinanza nel nostro sistema normativo ad una forma di responsabilità diretta degli enti. Invero, l'urgenza di offrire risposte certe alle nuove sfide generate dalla *corporate liability*, la necessità di introdurre discipline atte a responsabilizzare l'ente, il dibattito circa la praticabilità di un meccanismo di imputazione penale applicabile a questo nuovo soggetto di diritto, erano state

---

<sup>3</sup> L'espressione è di P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 46.

<sup>4</sup> F. BRICOLA, *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970, p. 971 ss.

avvertite dapprima a livello internazionale, inducendo la stessa Comunità Europea a farsi portavoce di importanti istanze di intervento<sup>5</sup>.

Già sul finire degli anni Settanta, il Consiglio d'Europa rendeva nota l'opportunità di prevedere strumenti a tutela della leale concorrenza del mercato, sollecitando gli Stati membri a valutare la possibilità di introdurre un sistema di corresponsabilizzazione delle persone giuridiche in materie quali la tutela dei consumatori, la lotta alla criminalità economica, la tutela dell'ambiente. In tale contesto particolare rilevanza assumeva la Raccomandazione adottata dal Consiglio dei ministri il 20 ottobre 1988 che, per la prima volta, pareva militare a favore dell'introduzione di uno strumento sanzionatorio di matrice penalistica.

L'interesse europeista all'introduzione di strumenti di repressione della criminalità d'impresa si manifestava, in tempi decisamente più risalenti, già allorquando, non essendo riconosciuta alla Comunità Europea alcuna competenza in materia penale, l'unica via percorribile veniva individuata nella possibilità di attribuire alla Commissione il potere di irrogare sanzioni pecuniarie non penali<sup>6</sup>.

L'ambito di operatività del modello sanzionatorio di matrice comunitaria, avviato dapprima in materia di concorrenza ed esteso in seguito

---

<sup>5</sup> Per un'analisi dell'evoluzione delle discipline internazionali in materia, si veda G. MARINUCCI, "Societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. trim. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 1193-1213.

<sup>6</sup> Per un approfondimento sul tema, si veda M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, delle società o associazioni: profili generali*, in AA.VV., *Governo delle imprese e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, tomo II, Giuffrè, 2002, p. 1346.

ai settori della pesca, dell'agricoltura e del traffico aereo e marittimo, è stato poi decisamente ridimensionato dal ricorso allo strumento pattizio delle Convenzioni. Il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, ha dato infatti esecuzione ad alcuni atti convenzionali elaborati sulla base dell'articolo K.3 del Trattato sull'Unione Europea.

Nello specifico, gli atti internazionali cui si fa riferimento sono stati: la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (Bruxelles, 26 luglio 1995), il suo primo Protocollo (Dublino, 27 settembre 1996), il Protocollo relativo all'interpretazione, in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee di detta Convenzione, con annessa dichiarazione (Bruxelles, 29 settembre 1996); la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità Europee o degli Stati membri dell'Unione Europea (Bruxelles, 26 maggio 1997); la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, (Parigi, 17 dicembre 1997) la quale espressamente reclamava l'introduzione di una *responsibility of legal person*.

Il succitato articolo K.3 prevedeva poi una delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica, sulla scorta degli impegni convenzionali assunti in precedenza dall'Italia. E' opportuno tuttavia sottolineare che nessuno di questi atti convenzionali vincolava gli Stati membri sulla natura

della responsabilità; le Convenzioni internazionali si limitavano a prescrivere la necessità di predisporre sanzioni *effettive, proporzionate e dissuasive*.

Nel periodo compreso tra la fine degli anni Novanta ed il decennio successivo, l'urgenza di reprimere gli illeciti commessi dagli enti collettivi assurge poi al livello di principio universale, recepito ormai anche nell'ambito dell'O.N.U. e confluito nell'adozione di una serie di atti, tra cui si ricordano: la Convenzione di New York per la repressione dei finanziamenti al terrorismo, la Convenzione sul crimine organizzato transnazionale (Convenzione T.O.C.) e la Convenzione di Merida sulla responsabilità delle *legal persons* per i reati di corruzione, riciclaggio e abuso di funzioni.

Tali strumenti convenzionali, unitamente a numerose altre decisioni quadro adottate dal Consiglio dell'Unione europea sulla base dell'articolo 34 par. 2, lett. *b*) del Trattato, paiono essere sintomatiche di quel processo di evoluzione «del pensiero penalistico e criminologico, ormai maturo a prefigurare una responsabilità penale delle persone giuridiche»<sup>7</sup>.

Nella prospettiva dell'ordinamento interno, il dibattito politico-legislativo sull'opportunità di introdurre forme di responsabilità diretta delle persone giuridiche, appariva inevitabilmente condizionato da una pluralità di esigenze: predisporre, in primo luogo, validi strumenti giuridici a tutela dei beni esposti ai rischi conseguenti alle nuove forme di criminalità d'impresa; individuare inediti meccanismi di imputazione che coinvolgessero

---

<sup>7</sup> G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 9 ss.

direttamente la persona giuridica, assicurando al contempo il doveroso rispetto dei principi costituzionali che governano il nostro sistema di diritto.

Sebbene l'analisi di tali problematiche reclami preventivamente un approfondimento del tema della natura della responsabilità degli enti collettivi, è sin d'ora possibile procedere ad alcune osservazioni. Quanto alle succitate esigenze di tutela, come meglio si vedrà nel prosieguo della trattazione, è prioritario rilevare come il crimine d'impresa presenti una fisionomia non coincidente con quella degli illeciti tradizionali<sup>8</sup>. Le patologie nascenti dalla *corporate governance*, impongono in definitiva un ripensamento della risposta sanzionatoria tradizionale che dovrà ora misurarsi con quelle che sono le inedite sfide proposte dalla cosiddetta «società del rischio»<sup>9</sup>.

Circa il secondo aspetto, è invece necessario osservare come nell'ambito della realtà d'impresa si assista ad un fenomeno di decentramento dei processi decisionali che rende notevolmente ardua l'individuazione del canale di collegamento tra l'evento illecito ed il suo autore. Dinnanzi alla difficile tracciabilità dei comportamenti dei singoli che operano all'intero dell'impresa - difficoltà che reca con sé in il rischio di una vera e propria "polverizzazione" della responsabilità- la risposta dell'ordinamento è consistita, per l'appunto, nell'edificazione di innovativi criteri di imputazione dell'illecito, sperimentando per la prima volta un sistema di

---

<sup>8</sup> Per un approfondimento del tema, v. *infra*, cap. I, par. 4.

<sup>9</sup> L'espressione è di U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carrocci, Roma, 2000, p. 380.

corresponsabilizzazione che coinvolge tanto la persona giuridica, tanto il soggetto persona fisica che ha agito all'interno della struttura societaria<sup>10</sup>.

In conclusione, l'introduzione della disciplina della responsabilità delle persone giuridiche, accolta in letteratura come una vera e propria «rivoluzione copernicana»<sup>11</sup>, ben lungi dall'essere un rassicurante punto di approdo delle discussioni dottrinali e giurisprudenziali, sempre tese tra istanze di responsabilizzazione e storiche resistenze, ha costituito più semplicemente un nuovo punto di partenza da cui ulteriori problematiche e dubbi applicativi hanno avuto modo di dipanarsi con sorprendente celerità.

Un'indagine processualpenalistica sugli effetti che l'introduzione di siffatta normazione ha prodotto nelle dinamiche del processo non può prescindere dall'approfondimento, seppur di estrema sintesi, delle tematiche relative alle ragioni di tale innovazione legislativa e dall'inquadramento sistematico delle notorie resistenze con cui essa ha dovuto misurarsi.

## **2. Una responsabilità autenticamente amministrativa? Il problema della natura giuridica**

I gravi scandali economici degli scorsi decenni, allarmanti spie della perniciosa aggressività del crimine d'impresa, hanno fatto emergere – come si diceva - l'urgenza di interventi legislativi volti a predisporre nuovi strumenti

---

<sup>10</sup> v. *infra*, cap. I, par. 3.

<sup>11</sup> L'espressione è di A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1101.

di tutela di quei beni potenzialmente esposti ai rischi derivanti dalla *corporate liability*.

Nel nostro ordinamento, per lungo tempo restio a dare cittadinanza ad un sistema di corresponsabilizzazione degli enti collettivi, l'introduzione della disciplina normativa dettata dal d.lgs 8 giugno 2001, n. 231 è stata accompagnata da un atteggiamento di tendenziale "prudenza linguistica": il legislatore delegato ha ritenuto infatti opportuno qualificare la responsabilità delle persone giuridiche come "amministrativa", seppur dipendente da reato<sup>12</sup>.

Una ricognizione sistematica della materia – quantunque dalla diversa prospettiva processuale – non può trascurare la necessaria disamina delle problematiche interpretative sviluppatasi attorno al tema della natura giuridica di siffatta responsabilità. I serpeggianti e forse non peregrini dubbi seguiti all'introduzione del decreto in esame circa una possibile "frode delle etichette", impongono di focalizzare l'attenzione tanto sulle questioni accademico-nominalistiche che hanno interessato l'accesa *querelle* dottrinale, tanto sulle conseguenze pratiche e applicative che deriverebbero da un'opzione favorevole o contraria alla configurazione penalistica della nuova responsabilità.

Pur nella consapevolezza che un inquadramento di sintesi di tale problematica costituisca momento imprescindibile per una trattazione

---

<sup>12</sup> Come meglio si vedrà in seguito, l'ente risponde degli illeciti commessi nel suo interesse o vantaggio da soggetti qualificati, inseriti nella struttura organizzativa, allorquando non abbia sperimentato modelli gestionali idonei alla prevenzione di condotte criminose, sempre che siano verificate le condizioni richieste dagli artt. 5 ss. del decreto legislativo.

consapevole di aspetti ulteriori e altrettanto gravidi di implicazioni pratiche, è opportuno avvertire che quando ci si addentra su sentieri imbattuti, soffermandosi ad analizzare tematiche non sorrette da un consenso diffuso o da inconfutabili approdi interpretativi, l'unico obiettivo tendenziale non può che essere quello di tracciare delle coordinate generali, ricercando in definitiva quelli che possono essere solo gli indicatori sintomatici di una connotazione penalistica piuttosto che amministrativa della natura giuridica di detta responsabilità.

Occorre rilevare in primo luogo che il vivace dibattito giuridico in materia ha visto fronteggiarsi diverse posizioni: ad una consistente parte della dottrina schieratasi risolutamente a favore di una certa caratterizzazione penalistica della responsabilità, si è contrapposto un altrettanto nutrito coro di voci fedeli al *nomen juris* del decreto, pertanto militanti nel senso di una coloritura più propriamente amministrativa della stessa. Non può poi tacersi come la stessa Relazione governativa di accompagnamento al decreto, pare aver voluto lasciare aperta la via di un'ulteriore ipotesi interpretativa, aderendo – non senza una certa eco in dottrina– alla tesi del *tertium genus* di responsabilità.

Storicamente, invero, la responsabilità delle persone giuridiche ha da sempre palesato una coloritura civilistica o amministrativa, tanto nei sistemi continentali, tanto nei paesi di *common law*<sup>13</sup>. Nell'ordinamento italiano, ad

---

<sup>13</sup> In tema S. SALARDI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: problemi vecchi e nuovi*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3585.

esempio, la ritrosia nei confronti di una connotazione penalistica della responsabilità si traduceva nella sola possibilità di applicare all'ente sanzioni di natura amministrativa, in chiave di estensione soggettiva della disciplina dettata dall'articolo 197 c.p. e dall'articolo 6 legge 24 novembre 1981, n. 689<sup>14</sup>.

A fronte delle innovazioni apportate dall'introduzione del decreto legislativo in esame, gli interrogativi a cui occorre dar risposta sono molteplici: il *nomen juris* della responsabilità dissimula in realtà una natura sostanzialmente penale della stessa? Le persone giuridiche possono essere destinatarie di sanzioni penali punitive in quanto sensibili alla funzione specialpreventiva e generalpreventiva della pena? Nell'intendere una disciplina legislativa volta a colpire le nuove forme di crimine economico, il legislatore italiano ha tratteggiato i contorni di una figura di illecito parzialmente diverso da quello addebitabile alla persona fisica?<sup>15</sup>

Al fine di fornire risposte quanto più possibile univoche a tali interrogativi, occorre vagliare più nel dettaglio quelle che sono state le alternative interpretative proposte in dottrina.

In primo luogo, inquadrata dall'angolo visuale dei compilatori del decreto, la nuova forma di responsabilità sarebbe ascrivibile ad un inedito

---

Per un approfondimento sull'evoluzione dei sistemi punitivi in ambito comunitario, si vedano: G. GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 1159 ss; K. TIENDMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 617; N. SELVAGGI, *La responsabilità penale della persona giuridica: un dibattito europeo*, in *Cass. pen.* 1999, p. 2778.

<sup>14</sup> Si veda anche G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 2.

<sup>15</sup> G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 306.

*tertium genus*. La Relazione governativa, esortando alla cautela interpretativa, puntualizza infatti che la responsabilità delle persone giuridiche, formalmente qualificata come amministrativa, si pone in realtà in un rapporto di discontinuità rispetto all'illecito amministrativo tipizzato dalla legge 24 novembre 1981, n. 689. Il legislatore delegato, con una scelta dal sapore quasi compromissorio, avrebbe inteso dare i natali ad un ibrido normativo che mutua gli elementi essenziali dell'illecito amministrativo e dell'illecito penale, ma che risulta essere inserito in un sistema sanzionatorio-punitivo caratterizzato da una chiara coloritura penalistica, volta ad assecondare esigenza di massimo garantismo. Agli ineliminabili condizionamenti derivanti dai prototipi di riferimento pare tuttavia fare da contraltare un evidente sforzo legislativo volto a costruire uno statuto della responsabilità del tutto "autonomo" e autosufficiente, sebbene tale auspicata autonomia non possa che incontrare un limite insormontabile nell'impreparazione dell'ordinamento a «costruire una disciplina del tutto lineare e dotata di coerenza sistematica»<sup>16</sup>.

Sull'interpretazione fornita dai compilatori del decreto aleggia il sospetto di un eccesso di prudenza che – a parere di molti – parrebbe svelare una certa tendenza a rifugiarsi in un «comodo agnosticismo»<sup>17</sup>. Vero è che dall'accesso dibattito giuridico che ruota attorno agli aspetti nevralgici della materia e che pare essere ben lungi dal fornire risposte univoche e soluzioni interpretative sorrette da unanimi consensi, emerge con chiarezza

---

<sup>16</sup> L'espressione è di G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 312.

<sup>17</sup> *ibid.*

l'impressione che i tempi non siano ancora maturi per consegnare alla collettività una disciplina normativa caratterizzata da organicità e completezza tanto da legittimare una ricostruzione della responsabilità degli enti in termini di nuovo *genus*.

In quest'ottica si ritiene che di *tertium genus* di responsabilità si sarebbe potuto parlare solo qualora fosse stata configurata un'autonoma categoria di illecito punitivo, distinto tanto dall'illecito penale quanto da quello amministrativo. In mancanza, il concetto di terzietà potrà essere riferito esclusivamente al paradigma sanzionatorio, «intendendosi con ciò che le sanzioni punitive previste per gli enti collettivi si giustappongono, all'interno del (permanente) *primum genus* del diritto penale-criminale, alle pene e alle misure di sicurezza, restando distinte sul piano funzionale sia dalle prime che dalle seconde»<sup>18</sup>.

Occorre domandarsi poi se la scelta normativa compiuta dal legislatore delegato non sia, in realtà, del tutto fedele al *nomen juris* prescelto. A favore di una configurazione pienamente amministrativa della responsabilità delle persone giuridiche militano, oltre ad evidenti argomenti letterali, una serie di fattori di innegabile consistenza. In primo luogo si osserva che, sebbene «la concezione psicologica della colpevolezza appaia ormai recessiva»<sup>19</sup>, la “colpa d'organizzazione” intesa come nuovo paradigma di imputazione soggettiva dell'illecito all'ente, pare non essere riconducibile all'alveo della colpevolezza penalistica. Si tratterebbe, a ben vedere, di un giudizio di

---

<sup>18</sup> G. DE VERO, *op. cit.*, p. 324.

<sup>19</sup> *Relazione Ministeriale* al d.lgs 8 giugno 2001, n. 231.

riconcucibilità del fatto all'autore, basato su criteri squisitamente oggettivi, «riconcucibili all'operato di una moltitudine di soggetti, che non si vede come possano lasciare spazio ai tradizionali elementi psicologici della colpa, ridotti ma esistenti»<sup>20</sup>.

A tali osservazioni si aggiunge poi un ulteriore elemento, certamente non convergente in ordine alla configurazione penalistica della responsabilità in esame, tradizionalmente improntata al rigoroso rispetto del principio di personalità: in specifico riferimento alla disciplina delle vicende modificative dell'ente, si osserva che le scelte legislative operate finirebbero con l'incrinare la necessaria correlazione tra l'autore dell'illecito e il soggetto candidato a sopportarne le conseguenze sanzionatorie<sup>21</sup>. A tal riguardo - pur potendosi aderire alla ricostruzione che subordina l'accertamento del rispetto del principio in esame alla perdurante continuità economico-sostanziale piuttosto che aziendalistico-organizzativa dell'impresa - non può negarsi che la disciplina in esame esibisca un momento di "sofferenza" nella prospettiva di ricostruzione penalistica. Un momento di sofferenza che pure non merita di essere oltremodo enfatizzato, sollecitando piuttosto, nell'ipotesi in cui trovasse riconoscimento la distinta configurazione penalistica della responsabilità in esame, un maggiore rigore interpretativo<sup>22</sup>.

Una decisa coloritura amministrativa sarebbe poi confermata dalle previsioni che il legislatore dedica al procedimento di archiviazione

---

<sup>20</sup> A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 55.

<sup>21</sup> v. *infra*, cap. III, par. 3.4

<sup>22</sup> In tal senso G. DE VERO, *op. cit.*, p. 316.

dell'illecito. Com'è noto infatti, l'articolo 58 del decreto consente al pubblico ministero di emanare autonomamente decreto di archiviazione, senza alcuna necessità di un controllo giurisdizionale, richiedendo esclusivamente la contestuale comunicazione del provvedimento al procuratore generale presso la corte d'appello. La ritenuta incompatibilità della previsione in esame con il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'articolo 112 della Costituzione, pare risentire di quella ricostruzione dottrinale – per certi versi obsoleta – che nega l'equipollenza del controllo gerarchico rispetto al tradizionale controllo giurisdizionale<sup>23</sup>.

Senza anticipare riflessioni riservate all'analisi dei profili processuali della materia, basti per ora osservare che «l'opzione per un controllo gerarchico in materia di modalità dell'archiviazione non significa di per sé cedimento alla forza attrattiva di una qualificazione amministrativa, ma può rivendicare anche una precisa tradizione penalistica, certamente suscettibile di critiche»<sup>24</sup>.

Nel tentativo di fornire risposte univoche circa la praticabilità di un meccanismo di imputazione penale dell'illecito, invece, pare innanzitutto necessario cercare di chiarirsi su cosa si intenda per “responsabilità penale”.

Con una espressione di sintesi, la responsabilità penale può essere definita come «quell'insieme di condizioni normativamente richieste perché una

---

<sup>23</sup> v. *infra*, cap. III, par. 2.

<sup>24</sup> L'espressione è di R. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 233. Per un maggiore approfondimento sul tema del controllo gerarchico in luogo dell'ortodosso controllo giurisdizionale si rinvia al capitolo III, par. 2.

persona sia soggetta a pena»<sup>25</sup>. Le condizioni cui si fa riferimento sono riconducibili, com'è ovvio, ai costrutti concettuali della dogmatica penalistica: l'azione, l'omissione, la capacità penale, la colpevolezza intesa come possibilità di muovere all'agente un rimprovero per un fatto antiggiuridico.

Osservando che le categorie classiche del diritto penale sono da sempre state riferite alla sola persona fisica, non è arduo comprendere come il principale ostacolo al riconoscimento della matrice penalistica della responsabilità sia stato individuato nel principio costituzionale di personalità della stessa<sup>26</sup>.

Senza approfondire tematiche che saranno oggetto di successiva riflessione, è nondimeno necessario evidenziare che, quantunque si ritenesse di non aderire alla critica della presunta “truffa delle etichette”, l'aggettivazione in termini di responsabilità “amministrativa” utilizzata dal legislatore delegato, non potrebbe comunque costituire un'esimente circa il rispetto di quei principi penalistici fondamentali che vengono in considerazione allorché si abbia a che fare con «misure afflittive che incidono, limitandola, sulla sfera del cittadino o dell'ente»<sup>27</sup>.

Ad attrarre la responsabilità degli enti nell'alveo del modello penalistico sono innanzitutto le previsioni di esordio alla parte processuale della disciplina dettata dal decreto ( artt. 34 ss.). Difatti, ad onta del diffuso

---

<sup>25</sup> L'espressione è di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1996, p. 81.

<sup>26</sup> v. *infra*, cap. I, par. 3.

<sup>27</sup> L'espressione è di A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 53.

scetticismo che pur aveva accompagnato la prospettiva di configurare la responsabilità in esame in termini strettamente penalistici, il legislatore delegato imbocca convintamente la via del processo penale come luogo privilegiato di accertamento, affidando al giudice competente a conoscere il reato presupposto il compito di valutare la consistenza degli addebiti mossi all'ente<sup>28</sup>.

Altro potenziale indicatore della matrice penalistica della normativa in esame è poi individuato nella tipologia di illecito per il quale l'ente è chiamato a rispondere: trattasi di un illecito formalmente qualificato come amministrativo, ma pur sempre dipendente dal reato commesso dal soggetto persona fisica. Chi accoglie tale approccio interpretativo rileva come tale illecito presenti una "sostanza criminosa" che nel passaggio dalla dimensione individuale alla dimensione collettiva è inevitabilmente destinato ad arricchirsi di nuovi elementi «deputati ad implementare anche rispetto all'ente collettivo le irrinunciabili esigenze di personalità della responsabilità punitiva»<sup>29</sup>.

Infine, l'attenzione che il legislatore dedica alla costruzione di un inedito meccanismo di imputazione dell'illecito all'ente, nell'ottica del massimo rispetto del principio di personalità, nonché l'evidente finalizzazione specialpreventiva delle sanzioni interdittive disciplinate agli articoli 9 e seguenti del decreto, dovrebbero portare a concludere nel senso di una

---

<sup>28</sup> v. *infra*, cap. I, par. 5.

<sup>29</sup> G. DE VERO, *op. cit.*, p. 13.

verosimile mistificazione delle “etichette”, svelando così la vera essenza penalistica della materia<sup>30</sup>.

In conclusione, pare difficilmente negabile che tanto il modello amministrativo quando quello penale – sebbene per diverse ragioni – appaiano impreparati ad accogliere compiutamente il nuovo edificio normativo. Ciononostante altrettanto indubbio è che i possibili effetti pregiudizievoli derivanti dalla degenerazioni dell’attività d’impresa reclamino una risposta sanzionatoria più vigorosa e consapevole rispetto alle soluzioni proposte fino a questo momento. Come meglio si vedrà in seguito, la tutela dei beni esposti ai rischi derivanti dal *corporate crime* sollecita risposte normative che siano in grado di arginare le deflagrazioni dei fenomeni patologici del mercato, stimolando attraverso la valorizzazione della funzione generalpreventiva della pena, un processo “rieducativo” che favorisca il riespandersi della cultura della legalità, sempre nella consapevolezza che solo a costo di un profondo rinnovamento dei tradizionali istituti penalistici si potranno fornire rassicuranti risposte alle sfide che la “società del rischio” quotidianamente propone.

---

<sup>30</sup> Per una sicura caratterizzazione penale della responsabilità delle persone giuridiche, si veda G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 305 ss.

Una coloritura penalistica della disciplina è poi implicitamente affermata dai compilatori del decreto che, in specifico riferimento al processo penale come luogo di accertamento della responsabilità dell’ente, ne sottolineano l’opportunità in rapporto alla “incisività delle nuove sanzioni, tale da meritare all’ente la stessa disciplina di favore prevista nei confronti dell’imputato persona fisica (Relazione ministeriale al d.lgs 8 giugno 2001, n. 231).

### **3. Obiezioni e storiche resistenze al riconoscimento della capacità penale delle persone giuridiche.**

All'esito dell'analisi sul dibattito dottrinale in materia di natura giuridica della nuova forma di responsabilità, occorre esaminare più nel dettaglio quelle che sono state, nell'ordinamento italiano, le forti riserve al riconoscimento della capacità penale degli enti collettivi.

Il superamento dello storico dogma dell'irresponsabilità *ex crimine* degli enti è stato il frutto di un percorso ostico e gravido di problematiche interpretative, dovute alle notorie resistenze di quella parte della cultura giuridica che individuava il presupposto della responsabilità penale in quell'insieme di «fattori fisiopsichici identificabili solo in capo alle persone fisiche»<sup>31</sup>.

Le difficoltà ad elaborare un modello punitivo che colpisse il crimine d'impresa risiedevano originariamente nel contenuto degli istituti concettuali della dogmatica penalistica: l'azione, l'omissione, la colpevolezza, la capacità penale, da sempre riferiti e riferibili alla sola persona fisica<sup>32</sup>. Una consistente parte della dottrina italiana, aderendo a alla teoria ottocentesca che, in linea di continuità con quella tradizione romanistica che disconosceva soggetti di

---

<sup>31</sup> L'espressione è di M. ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 1036 e ss.

In senso critico rispetto a tali posizioni dottrinali si veda G. MARINUCCI, *Societas puniri ipotest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. trim. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 1193.

<sup>32</sup> K. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 624.

diritto diversi dalle persone fisiche<sup>33</sup>, partendo dall'assunto di matrice giusnaturalistica secondo cui il diritto soggettivo esiste a causa della libertà morale insita in ciascun individuo suo portatore (*trager*), concludeva che "ogni singolo uomo e solo l'uomo singolo" è capace di diritti; la persona giuridica è semplice finzione<sup>34</sup>, priva di quell'*animus* necessario per l'addebito di una responsabilità penale, «propria del singolo individuo, non di un soggetto collettivo; una responsabilità per fatto proprio di un singolo, non di un gruppo»<sup>35</sup>.

Il diritto penale moderno risponderebbe poi alla logica del *choosing system*, ovvero alla logica del riconoscimento in capo al singolo della possibilità di prevedere le conseguenze del proprio agire illegittimo e di determinarsi liberamente in tal senso<sup>36</sup>. Come tali logiche potrebbero riferirsi

---

<sup>33</sup> Si distingueva piuttosto *tra res communia pluribus uti singuli*, diritti e doveri spettanti ai singoli in quanto singoli e *res communia pluribus uti universi*, diritti e doveri spettanti ai singoli in quanto gruppo organizzato.

<sup>34</sup> Ci si riferisce alla cosiddetta *Fiktionstheorie*, elaborata da F. C. VON SAVIGNY nella prima metà del XIX secolo; si rinvia all'opera *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840, nella traduzione italiana a cura di V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1888, tomo II. La *teoria della finzione*, in una prospettiva squisitamente dogmatica, giunge a ritenere che le persone giuridiche non siano in grado di agire colposamente o dolosamente, né possano essere destinatari di un giudizio eticizzante di rimproverabilità che presupporrebbe la capacità del soggetto di percepire la finalità rieducativa della pena.

Fanno riferimento a questa teoria G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d. lgs. 8 giugno 2001, n.231*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002, p.74 ss.; G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà. Il crollo del principio *societas delinquere non potest**, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 944.

<sup>35</sup> M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, delle società o associazioni: profili generali*, cit., p. 1353.

<sup>36</sup> S. SALARDI, *Prospettive interdisciplinari per la giustizia penale* in *Cass. pen.* 2003, p. 3589 cita H. HART, *Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law*, Clarendon Press, 1968, p. 181 secondo cui «*law as a choosing system [...] maximizes the power of the individual to determine*

ad un soggetto di diritto che per “materializzarsi”, per agire nella realtà di mercato così come nel circuito processuale necessita del contributo personale di una persona fisica?

Muovendo dal presupposto secondo cui la fisionomia “costituzionale” del reato sarebbe immancabilmente riferita al fatto della sola persona fisica, il principale ostacolo alla possibilità di criminalizzazione delle condotte degli enti, veniva individuato nel cosiddetto duplice livello del principio di personalità, di cui all’articolo 27 della Costituzione<sup>37</sup>. Nell’affermare che la «responsabilità penale è personale» l’articolo in questione sembrerebbe lanciare un duplice monito all’interprete: non è ammissibile e costituzionalmente compatibile una responsabilità penale per fatto altrui e non è altresì ammissibile una responsabilità penale di tipo oggettivo, scissa da un coefficiente minimo di colpevolezza.

Si trattava dunque di predisporre dei meccanismi tali da permettere alla *societas* di rispondere per fatto proprio, affermando in altre parole la totale identità tra persona autrice del reato e soggetto candidato a sopportarne le conseguenze sanzionatorie.

Funzionale a tali esigenze è stata l’elaborazione della *teoria dell’immedesimazione organica* la quale, assumendo che l’ente possa agire

---

*by his choice his future fate [...], his power to identify in advance the space which will be left open to him free from the law’s interference».*

<sup>37</sup> Si rinvia, per una trattazione dettagliata della problematica, a C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 579 ss; A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 50 ss; F. BRICOLA, *Societas delinquere non potest*, in *Scritti di diritto penale*, tomo II, vol. II, Giuffrè, Milano, 1997, p. 2977.

esclusivamente per mezzo di un soggetto persona fisica che lo rappresenti, attribuisce il reato alla persona giuridica ogni qualvolta sia stato commesso da un soggetto che, per gerarchia e funzioni, esprima una *directing mind* all'interno dell'organizzazione, e sia dunque autorizzato ad esternarne la volontà.

Quanto al cosiddetto “secondo livello del principio di personalità”, che esclude la possibilità di addebitare l’evento lesivo sulla base della mera sussistenza di una causalità materiale ed impone l’individuazione di un coefficiente minimo di colpevolezza, la risposta dell’ordinamento è qui consistita nella creazione di un nuovo paradigma di imputazione soggettiva, plasmato sulle caratteristiche strutturali tipiche della società: una “colpa in organizzazione” (*corporate liability, organizationsverschulden*) che permette di rimproverare all’impresa di non aver sperimentato assetti organizzativi e modelli gestionali in grado di neutralizzare il rischio criminale insito nella tradizionale attività economica.

Altro tradizionale rilievo che si opponeva all’introduzione di una responsabilità penale dell’ente era poi rintracciato nel comma terzo dell’articolo 27 della Costituzione, laddove si legge che «la pena deve tendere alla rieducazione del condannato».

Ci si riferisce, evidentemente, alla radicata obiezione secondo cui l’ente collettivo sarebbe fisiologicamente insensibile alla finalità rieducativa della pena, incapace cioè di interiorizzare il disvalore tipico della condotta sanzionata tanto da essere indotto ad orientare il suo operare futuro in senso

conforme all'ordinamento. Si osservava infatti che la rieducazione del reo, «esigendo sempre di confrontarsi con una personalità strutturata, con una storia di vita reale, con atteggiamenti che siano l'espressione di dinamiche psicologiche effettive»<sup>38</sup>, avrebbe implicato necessariamente un processo di orientamento culturale difficilmente riferibile ad un soggetto a vocazione settoriale ed economico mercantile, «privo del substrato psicologico minimo per una riappropriazione dei valori della legalità»<sup>39</sup>.

Una simile ricostruzione trascura invero di considerare alcune variabili. In primo luogo, nell'esperienza continentale non è infrequente individuare risposte sanzionatorie, dirette alle persone giuridiche, fortemente afflittive ed orientate a scopi di prevenzione generale e speciale che parrebbero pur sempre finalizzate alla neutralizzazione delle inclinazioni criminose dell'impresa<sup>40</sup>. Rinunciando dunque ad una ipercaratterizzazione del concetto di rieducazione e accantonando improbabili istanze di risocializzazione dell'ente, l'identificazione del finalismo rieducativo con il *genus* della prevenzione varrebbe a consentire il superamento di quest'ulteriore riserva<sup>41</sup>.

Pare poi necessario soffermarsi su un ulteriore aspetto, molto spesso negletto nell'indagine interpretativa. E' possibile osservare che, accanto alla tradizionale ricostruzione della pena intesa come "medicina dell'anima", finalizzata cioè alla redenzione morale del reo, l'evoluzione del pensiero

---

<sup>38</sup> L'espressione è di A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 44.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> In argomento, C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest*, cit., p. 583.

<sup>41</sup> In tal senso, G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 51.

giuridico moderno permette di individuare altro obiettivo cui la risposta punitiva dell'ordinamento dovrebbe tendere. Alla funzione di prevenzione generale e speciale si affianca, infatti, la finalità retributiva della sanzione, l'idea cioè che il reo sia chiamato non solo ad orientare la propria condotta futura in senso conforme ai valori dominanti della collettività, quanto piuttosto a compensare il male commesso, consentendo inoltre la riaffermazione dell'autorità della legge.

L'idea che la pena venga applicata *quia peccatum est* – per effetto cioè del reato commesso – assume nell'ottica della criminalità d'impresa, una connotazione peculiare. Le sanzioni pecuniarie ed interdittive, difatti, intervengono direttamente sulla capacità economica della società, privandola del profitto derivante dall'attività illecita, con significative ripercussioni in termini di competitività e di stabilità di mercato<sup>42</sup>.

Aderendo a tale ipotesi ricostruttiva non dovrebbero dunque riscontrarsi ulteriori limiti costituzionali al riconoscimento della capacità penale degli enti collettivi.

In definitiva, dall'osservazione del retroterra storico-culturale che ha preceduto l'introduzione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 emerge con chiarezza che il superamento di siffatte resistenze sia stato giustificato dalla necessità di sperimentare nuovi strumenti di repressione delle patologie dell'impresa, attraverso un modello sanzionatorio in grado di coinvolgere tanto la persona fisica, tanto la persona giuridica.

---

<sup>42</sup> In argomento, C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest*, cit., p. 583.

Nel tentativo di delineare - seppur per grandi linee- l'architettura normativa che presiede alle tecniche di imputazione dell'illecito qui definito amministrativo, pare significativo osservare che il legislatore ha inteso introdurre un inedito paradigma di responsabilità, specificamente modulato sulla fisionomia del nuovo soggetto «raggiunto dalla sanzione generata dal fatto penalmente illecito commesso nel suo interesse o a suo vantaggio»<sup>43</sup>.

Più nel dettaglio, la responsabilità dell'ente sorge solo in dipendenza di specifiche fattispecie di reato che costituiscono un numero chiuso adeguatamente tipizzato dal legislatore agli articoli 24 e seguenti del decreto. Trattasi evidentemente di un catalogo di reati-presupposto intimamente connessi alle manifestazioni più significative della criminalità di impresa laddove, l'originaria scelta minimalista del Governo di non ricomprende in sede di attuazione delle legge di delega fattispecie diverse da quelle lesive di interessi patrimoniali o finanziari degli enti pubblici, fu poi in qualche misura rimeditata attraverso l'inserimento di ipotesi delittuose offensive di beni giuridici senza dubbio eterogenei.

I criteri di imputazione oggettiva della responsabilità, valevoli a soddisfare il principio di personalità nella sua accezione minimale di divieto di responsabilità per fatto altrui, sono enunciati dall'articolo 5 del decreto: «L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di

---

<sup>43</sup> A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 48.

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; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).

2. L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi ».

Trattasi dunque di reati commessi da soggetti apicali o sottoposti che agiscano a vantaggio o nell'interesse dell'ente e che siano in grado di impegnarne la volontà.

I criteri di imputazione soggettiva, idonei a soddisfare il secondo livello del principio di personalità nell'accezione di responsabilità penale colpevole, sono invece individuati dagli articoli 6 e 7 del decreto.

La colpevolezza dell'ente, da intendersi qui come colpevolezza in senso normativo, legata cioè «alla mancata adozione di un'un'adeguata ed efficiente struttura di legalità aziendale, capace di reggere in termini costituzionalmente corretti una responsabilità anche nel caso in cui l'autore del reato non sia stato individuato non sia imputabile»<sup>44</sup>, si attegga diversamente a seconda della posizione rivestita dal soggetto nella compagine societaria.

Relativamente ai soggetti apicali, il legislatore ritiene che il requisito in esame possa essere soddisfatto da una colpa per “politica di impresa” di cui l'apicale dovrebbe essere espressione; s'introduce un'inversione dell'onere probatorio tale che sarà l'ente a dover dimostrare una dissociazione effettiva

---

<sup>44</sup> A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 52.

rispetto alle scelte criminose del singolo, dimostrando dunque la sussistenza di un assetto organizzativo e gestionale “sano” (adozione ed efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quelli verificatisi; predisposizione di un adeguato organo di vigilanza dotato di poteri autonomi; elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione e di gestione)<sup>45</sup>.

La responsabilità dell’ente in relazione al reato posto in essere da un soggetto in posizione subordinata sorge invece solo nel caso in cui sia ravvisabile un *deficit* di direzione e di vigilanza. Le ipotesi previste dall’articolo 7 integrano difatti una responsabilità per *colpa di organizzazione*<sup>46</sup> in senso stretto, strutturata come elemento costitutivo del reato e non causa di esclusione della punibilità. Sarà dunque la pubblica accusa a dover dimostrare che la commissione del fatto di reato sia stata resa possibile dall’inosservanza dei succitati obblighi di controllo.

#### ***4. Societas delinquere potest sed puniri debet***

#### **Il nuovo ruolo del diritto penale punitivo dinnanzi alle patologie del crimine d’impresa**

Esigenze di completezza espositiva impongono di concludere la trattazione intrapresa attorno ai temi della natura della responsabilità delle

---

<sup>45</sup> Evidente è il richiamo all’esperienza statunitense dei *compliance programs*, introdotti con le *Sentencing Guidelines for Organizations* del 1991.

<sup>46</sup> In tema, M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, cit., p. 1363.

persone giuridiche e delle pregiudiziali obiezioni ancorate al principio costituzionale di personalità, con una sintetica riflessione sul nuovo ruolo che il diritto penale è chiamato a svolgere nella società contemporanea e sulla peculiare fisionomia del *corporate crime*.

E' necessario premettere innanzitutto che l'introduzione di una responsabilità penale delle persone giuridiche si spiega e si lascia motivare soltanto «*dando ascolto alla storia*»<sup>47</sup>, prestando cioè preliminare attenzione non tanto e non solo alle tradizionali remore che – come si è detto – vedrebbero nell'introduzione di siffatta responsabilità un inevitabile sovvertimento delle tradizionali categorie dogmatiche del diritto penale, quanto piuttosto volgendo lo sguardo alle necessità politico-criminali contingenti che hanno ispirato questa riforma.

La storia della post-modernità e dei fenomeni che l'hanno accompagnata dimostra, infatti, come la scelta del legislatore del 2001 sia stata niente più che il frutto di una improrogabile ed impellente urgenza di arginare gli effetti pregiudizievoli delle patologie delle *universitates*, stante l'evidente inadeguatezza del diritto penale tradizionale a fronteggiare un crimine sempre più aggressivo quale quello d'impresa<sup>48</sup>.

Entro questi limiti sarà allora ben possibile affermare che l'introduzione di una responsabilità amministrativa dipendente da reato non costituisce

---

<sup>47</sup> G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 445.

<sup>48</sup> Per un approfondimento sul tema del *corporate crime* nell'esperienza statunitense, si veda C. DE MAGLIE, *L'etica ed il mercato. La responsabilità penale delle società*, cit., p. 245 ss.

propriamente, come pure si è sostenuto, una rivoluzione copernicana ma, più semplicemente una fisiologica risposta punitiva al fisiologico mutare dei tempi e dell'agire umano<sup>49</sup>.

Il moderno diritto penale deve cioè fare i conti con i fenomeni patologici nascenti dall'attività d'impresa, realtà dinamica dispensatrice di benessere e progresso, ma al tempo stesso centro di distorsioni criminose<sup>50</sup>; fenomeni dilaganti che producono effetti pregiudizievoli suscettibili di espandersi a largo spettro e che impongono dunque una risposta punitiva consapevole che colpisca direttamente l'impresa, rimuovendo prontamente il vantaggio che alla stessa è derivato dal compimento di attività illecite ed impedendo il reimpiego dei guadagni conseguiti in ulteriori attività di «*money dirtying*» o di «*money laundering*»<sup>51</sup>.

Il *corporate crime* presenta una caratterizzazione non coincidente con quella dei reati ordinari, si inserisce in una struttura complessa, origina dall'impresa e la sua commissione non è quasi mai imputabile al singolo, improbabile *dominus* dell'attività criminosa.

Importanti studi criminologici mettono in evidenza un ulteriore aspetto di particolare allarme sociale, sostenendo autorevolmente che è la struttura stessa della persona giuridica a contenere già in *nuce* gli embrioni di fattori criminogeni connaturati all'essenza dall'attività svolta in forma societaria. Si

---

<sup>49</sup> Sull'esigenza di superamento del principio *societas delinquere non potest*, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 161 ss.

<sup>50</sup> M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni*, cit., p. 1345.

<sup>51</sup> L'espressione è di G. AMATO, *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 347.

pensi a titolo esemplificativo al fenomeno del gruppo, definito come centro di “irraggiamento” del reato d’impresa, laddove la governabilità e la tracciabilità dei comportamenti dei singoli diventano quanto mai problematiche e «l’invisibilità della vittima depotenzia le inibizioni e fomenta l’aggressività»<sup>52</sup>.

L’intervento del diritto punitivo dinnanzi ad eventi patologici non più ascrivibili esclusivamente alla persona fisica impone in primo luogo l’accantonamento delle istanze di una cultura individualistica che imponga di perseguire esclusivamente il *dominus* persona fisica del reato<sup>53</sup>, familiarizzando in secondo luogo con l’idea di *comportamento deviante dell’organizzazione*.

In questa misura una risposta punitiva adeguata a fronteggiare siffatte patologie dell’impresa era dunque doverosa ed improcrastinabile<sup>54</sup> e ciò perché, dinnanzi ad un modello generale di crimine economico basato sulla progettazione razionale in termini di costi-benefici dell’attività delittuosa, percorrere il sentiero di una tutela meno incisiva quale quella civile o amministrativa si sarebbe rivelata una scelta inidonea allo scopo. A ciò si aggiunga che i più gravi casi di *market failure* hanno rivelato una tendenziale

---

<sup>52</sup> G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 4.

<sup>53</sup> In tal senso, A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 38, secondo cui «la persona fisica, l’unica ad essere considerata dal diritto penale tradizionale, non è quasi mai, nella criminalità d’impresa, l’esclusivo autore del fatto; punire solo lui produce costose tensioni sistematiche e consistenti deformazioni degli istituti penalistici (...) e il tutto approda all’inefficace tutela dei beni giuridici tipicamente coinvolti dalla moderna attività economica».

<sup>54</sup> In tal senso anche la stessa Relazione ministeriale al d.lgs 8 giugno 2001, n. 231.

inidoneità degli interventi interni ed esterni di controllo<sup>55</sup>: i meccanismi di autodisciplina non hanno molto spesso prodotto gli effetti sperati e le istanze di vigilanza, svincolate da qualsivoglia afflato eticizzante, hanno evidenziato il carattere d'urgenza della risposta del legislatore.

Che il dilagare della criminalità economica abbia prodotto un snaturamento delle tradizionali categorie dogmatiche del diritto penale è opinione, come accennavamo in precedenza, decisamente diffusa<sup>56</sup> e tuttavia, ostacolare questo fisiologico processo evolutivo del diritto penale non sembra auspicabile in vista di una più plausibile opera di flessibilizzazione di siffatte categorie giuridiche all'innovato ambito di normazione.

Salvo non voler rimanere caparbiamente arroccati su retaggi giuridici ormai obsoleti ed avulsi dalla realtà contemporanea, bisogna riconoscere che il classico binomio di un diritto penale plasmato sulla persona fisica è destinato a perdere di attualità non appena si ammette l'ingresso sulla scena politico-criminale di nuovi autori di reato, il cui agire è connotato spesso da una *perniciosa aggressività*<sup>57</sup>.

Si è in presenza di un fenomeno di allarme sociale che reclama da parte dell'ordinamento, risposte inedite ad inedite necessità: l'assenza di prototipi

---

<sup>55</sup> Circa il "fallimento dei controlli" nelle gravi crisi statunitensi, inglesi ed italiane, si veda A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 567.

<sup>56</sup> Per un'analisi della *querelle* dottrinale si rinvia a A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p.1104 ss.

<sup>57</sup> F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, sul fenomeno della criminalità d'impresa rievoca l'analisi condotta da S.P. SHAPIRO, *Collaring the crime, not the criminal: reconsidering the concept of white collar crime*, in *American Sociological Review*, 1990.

di riferimento già collaudati innegabilmente potrà determinare una qualche “crisi di identità” del ruolo e dell’ambito di intervento del moderno diritto penale e tuttavia, solo a costo di un ripensamento e di un riadattamento dei suoi tradizionali istituti alla mutata realtà contingente potranno salvaguardarsi quei presidi garantistici che la modernità, davanti a tali sfide, comunque reclama.

## **5. La scelta del modello processuale ed il tramonto dell’architettura antropocentrica del processo penale**

Sul versante del modello processuale per l’accertamento della responsabilità dell’ente, la scelta legislativa si presenta chiara: all’articolo 36 del decreto si legge che la responsabilità dell’ente deve essere accertata nel processo penale e l’accertamento è attribuito al giudice penale competente a conoscere del reato presupposto<sup>58</sup>. Un approccio risoluto, le cui ragioni sono lucidamente illustrate dalla Relazione ministeriale<sup>59</sup>, che dovrebbe, come si è detto, porre un punto fermo all’annoso dibattito sulla natura giuridica di tale responsabilità, posto che, se in materia di accertamento la scelta del

---

<sup>58</sup> In tema, G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell’ente al processo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, Milano, 2010, p. 436 ss.

<sup>59</sup> Nella Relazione ministeriale si spiega che «in coerenza con quanto previsto, molto stringatamente, dalla lettera q) dell’articolo 11 della delega, la scelta del Governo è stata, dunque, quella di privilegiare il procedimento penale come luogo di accertamento e di applicazione delle sanzioni, collocando l’ente nella stessa condizione dell’imputato. La ragione di questo intervento è duplice e deriva dalla necessità di coniugare le esigenze di effettività e di garanzia dell’intero sistema»

legislatore appare perentoria, questo approccio inequivoco dovrebbe essere il criterio guida cui far riferimento anche circa tale distinta problematica.

A completamento delle prescrizioni contenute nel primo comma, il secondo comma dell'articolo 36 stabilisce che per il procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente debbano osservarsi le disposizioni sulla composizione del tribunale e le disposizioni processuali collegate, relative ai reati dai quali l'illecito amministrativo dipende.

Invero, il *favor* per il modello processuale penale come sede di accertamento della responsabilità dell'ente<sup>60</sup>, può rintracciarsi già dalle prescrizioni contenute nell'articolo 11 comma 1, lett. q) della legge di delega, 29 settembre 2000, n. 300 laddove si prevedeva che «le sanzioni amministrative a carico degli enti sono applicate dal giudice competente a conoscere del reato e, per il procedimento di accertamento della responsabilità, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale, assicurando l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale».

L'*iter* legislativo di trasposizione delle legge di delega ha visto susseguirsi diverse proposte: nella prima stesura del testo del decreto

---

<sup>60</sup> In tema, C. SANTORIELLO, *Le ipotesi di incompatibilità del giudice penale nel processo alle società*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, p. 124 ss.

Al riguardo, E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 320 ss, sottolinea piuttosto la natura "composita" del modulo di accertamento in cui coesistono sanzioni amministrative, criteri di imputazione ascrivibili al paradigma civilistico della responsabilità oggettiva e disposizioni che, ispirandosi al principio di legalità e al divieto di irretroattività, palesano una sicura derivazione penalistica.

legislativo si era individuato un «modello processuale anfibio»<sup>61</sup> e di non particolar pregio che subordinava l'applicazione delle sanzioni da parte dell'autorità amministrativa ad un preventivo provvedimento di accertamento della responsabilità della persona fisica, di competenza del giudice penale.

Da ultimo è prevalso un diverso approccio che, a fronte di una decisa inversione di tendenza, senza ulteriori margini di opinabilità affida al giudice penale la competenza esclusiva in materia di illecito amministrativo dipendente da reato, superando quel tendenziale scetticismo motivato dal timore di irrigidire eccessivamente il procedimento di accertamento, stante l'evidente assenza di valutazioni di opportunità nell'applicazione della sanzione penale.

Le ragioni di questa scelta di favore per il modello penalistico sono facilmente intuibili e, come si diceva, dettagliatamente illustrate dalla relazione di accompagnamento al decreto legislativo: in primo luogo si è ritenuto che i poteri istruttori attribuiti alla pubblica amministrazione dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 fossero inadeguati a siffatta responsabilità; in secondo luogo, l'applicabilità di misure interdittive molto penetranti e la contiguità tra illecito amministrativo e reato presupposto reclamavano un modello processuale dotato di garanzie forti, quelle garanzie che solo il processo penale avrebbe potuto offrire<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 437.

<sup>62</sup> G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 7. Secondo l'Autore la vera novità del decreto legislativo, non è rappresentata dalla collocazione della

Quantunque l'urgenza di bilanciare esigenze di effettività ed istanze di garanzia abbia fatto apparire quasi come doverosa la scelta del modello penale, l'inserimento nel circuito processuale di un nuovo soggetto di diritto ha inevitabilmente prestato il fianco ad ulteriori problematiche. Si è già detto che, in progresso di tempo, al granitico assunto secondo cui «l'ordinamento può imporre doveri ed attribuire diritti solamente alle persone fisiche, in quanto il concetto di persona giuridica è soltanto una metafora, un'immagine del parlare figurato», si è sostituito un diverso indirizzo interpretativo che giunge ad identificare le persone giuridiche come organismi naturali che al pari dell'uomo vanterebbero i caratteri della giuridicità<sup>63</sup>.

Fino a tale punto della trattazione, tali rilievi e tali problematiche sono state analizzate dall'angolo visuale della prospettiva sostanziale della materia e tuttavia, alla luce di una valutazione più attenta del tema, è agevole osservare che la comparsa di un inedito soggetto processuale ha proiettato problematiche di uguale portata anche sull'architettura complessiva del processo penale.

Difatti, non solo le tradizionali categorie dogmatiche di diritto sostanziale ma anche le complessive dinamiche della fase processuale rispondono (*rectius*, rispondevano) ad una logica che considerava la sola

---

regiudicanda amministrativa nel processo penale ma dall'aver elevato il processo penale «a sede istituzionale dell'accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente».

<sup>63</sup> Si veda anche A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 41.

persona fisica come centro esclusivo di posizioni giuridiche, di diritti, di garanzie, di obblighi<sup>64</sup>.

Poiché tradizionalmente sia il diritto processuale sia il diritto sostanziale assumevano delle coordinate antropomorfe ed antropocentriche, l'ingresso sulla scena penale della modernità di un nuovo soggetto di diritto impone il compimento di un vaglio preliminare di adattabilità del modello al mutato panorama.

E' stato scritto infatti che «sarebbe un finto processo se il pubblico ministero perseguisse fantasmi intellettuali, diavoli ovvero santi, cose inanimate, bestie, persone giuridiche, enti collettivi, cadaveri. Bisogna che l'imputazione evochi una persona fisica che esista o no in carne ed ossa. Stiamo parlando dei presupposti mancando i quali il processo sarebbe pura apparenza»<sup>65</sup>.

Si rende insomma necessario un adattamento del processo così come tradizionalmente concepito, un adattamento che non si traduca tuttavia in un totale snaturamento, che mantenga saldi i baluardi garantistici che lo caratterizzano. Sarà dunque possibile osservare, a titolo esemplificativo, che il procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente vedrà il suo momento centrale non già nella fase dibattimentale, bensì nella fase preliminare di indagine. Risulta evidente infatti che l'obiettivo tendenziale di questo schema processuale è funzionale al recupero dell'ente al circuito della

---

<sup>64</sup> In tema, A. CARMONA, *La responsabilità amministrativa degli enti: reati presupposto e modelli organizzativi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, p. 199 ss.

<sup>65</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 232.

legalità nel più breve tempo possibile, attraverso moduli premiali che accordano una riduzione o una ablazione della sanzione a fronte di condotte riparatorie tipizzate tassativamente dalla legge<sup>66</sup>.

Queste ed altre “deviazioni” dal modello processuale ordinario sono avvertite come doverose e fisiologiche: all’affermazione del declino della struttura antropocentrica del processo non può seguire un frettoloso travaso di istituti, presidi e garanzie pensati e plasmati sulle persone fisiche. Se ciò fosse, la tenuta del sistema sarebbe sicuramente compromessa e una “crisi di rigetto” altrettanto difficilmente scongiurabile.

## **6. La tecnica normativa dell’articolo 34. Un monito per l’interprete.**

Ancor prima di affermare che la responsabilità dell’ente debba essere accertata nel processo penale e che la competenza a conoscere di siffatta responsabilità spetta al giudice investito del reato presupposto, il legislatore compie un passo ulteriore e all’articolo 34 del decreto stabilisce che «per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, si osservano le norme di questo capo nonché, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del decreto legislativo 28 luglio 1989, n.271».

Nel delineare la gerarchia del sistema delle fonti, il legislatore compie una scelta *sui generis* che si lascia motivare alla luce delle considerazioni

---

<sup>66</sup> In tal senso, G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell’ente al processo*, cit., p. 440.

precedentemente svolte: l'ingresso dell'ente-imputato nel processo non ammette un mero travaso legislativo delle norme del codice di procedura penale, ma ne impone un preventivo vaglio di compatibilità che tenga conto della particolare struttura del nuovo imputato e delle finalità cui tale procedimento di accertamento deve tendere.

Rispetto alle possibili scelte di normazione, il legislatore delegato ha scelto il modello garantistico del codice del 1988 pur nella consapevolezza che un certosino lavoro di adattamento sarebbe stato comunque necessario a conformare le regole del processo penale alle particolari caratteristiche della persona giuridica. Il richiamo al codice, infatti, proietta nel procedimento a carico della persona giuridica «quei complessi meccanismi processuali la cui concreta applicabilità dipende pur sempre dalla possibilità di adattamento alla morfologia sistematica della giurisdizione nei confronti degli enti»<sup>67</sup>.

Ne è derivato un microsistema normativo dal carattere composito che, pur conformando il rito *de societate* alle caratteristiche peculiari della persona giuridica, pare caratterizzato da un «polimorfismo considerato indispensabile per soddisfare le vagheggiate esigenze di economia processuale»<sup>68</sup>, sebbene l'integrazione codicistica si presenti come meramente eventuale, subordinata alla verifica di una tendenziale incompletezza della normativa specificamente dettata dal decreto.

---

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 105

A fronte di una legge di delega che imponeva di assicurare «l'effettiva partecipazione e difesa dell'ente nelle diverse fasi del procedimento», il legislatore delegato ha dunque optato per la creazione di un microsistema processuale, articolato in cinquantacinque disposizioni, che si pone in rapporto di specialità rispetto alle disposizioni codicistiche ma che, al tempo stesso e per il tramite della clausola di compatibilità, ammette un'eterointegrazione da parte delle norme di procedura<sup>69</sup>. Accertata l'eventuale lacuna normativa, l'interprete dovrà attingere alla disciplina del codice di rito tenendo conto «dell'assetto vigente all'epoca in cui se ne invoca l'operatività, considerate quindi anche le eventuali modifiche intervenute»<sup>70</sup>.

Il vaglio preliminare richiesto all'articolo 34 del decreto dovrà poi essere effettuato sulla base di un criterio di compatibilità sistematica o funzionale rispetto alle peculiarità proprie del procedimento a carico degli enti collettivi, posto che, qualora tale scrutinio tenesse conto della sola natura del nuovo soggetto, quasi nessuna disposizione codicistica risulterebbe in concreto applicabile. A tale valutazione dovrà poi necessariamente affiancarsi un ulteriore scrutinio, finalizzato questa volta ad individuare la copertura costituzionale della procedura penale degli enti. Si tratterà, in definitiva, di conformare i contenuti della Carta fondamentale alle caratteristiche proprie del

---

<sup>69</sup> Si veda anche, S. LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del d.lgs 8 giugno 2001, n. 231*, in AA.VV., *Percorsi di procedura penale*, a cura di V. Perchinunno, Giuffrè, Milano, 2000, p. 147 ss.

<sup>70</sup> G. GARUTI, *Il processo penale agli enti*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale. Modelli differenziati di accertamento*, tomo II, a cura di G. Garuti, Giappichelli, Torino, 2011, p. 1031.

nuovo rito, offrendo, tra le varie soluzioni prospettabili, quella «più in linea con la salvaguardia del valore tutelato in sede costituzionale»<sup>71</sup>.

In conclusione, questa norma generale di chiusura, oltre ad attribuire alle norme del codice una valenza sussidiaria, pare esortare l'interprete alla prudenza: dinnanzi ad un "ibrido" legislativo di evidente complessità sarà suo compito garantire la coerenza e la tenuta del sistema<sup>72</sup>, senza che tale compito si traduca «in un'operazione creativa destinata ad incidere sulla struttura del procedimento, in aperto contrasto con il principio di legalità processuale»<sup>73</sup>.

## **6. Le diverse posizioni processuali dell'ente nel procedimento**

In conseguenza delle innovazioni normative introdotte dal d.lgs 8 giugno 2001, n. 231, la persona giuridica è potenzialmente chiamata ad incarnare molteplici vesti processuali.

In primo luogo, l'articolo 35 del decreto stabilisce che «all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili»; l'ente insomma assume in primis la veste processuale dell'imputato. La scelta di questa equiparazione risponde alla stessa logica

---

<sup>71</sup> Così, M. L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 61.

<sup>72</sup> In tal senso, G. SPANGHER, *Le ragioni di una scelta, la conseguente tecnica normativa e le prime implicazioni*, in *La Responsabilità amministrativa degli enti*, 2002, p. 62.

<sup>73</sup> L'espressione è di E. M. MANCUSO, *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in AA.VV. *Trattato di procedura penale. Soggetti ed atti*, tomo I, a cura di G. Dean, Giappichelli, Torino, 2009, p. 605.

della scelta del processo penale come luogo di accertamento: l'imputato nel processo penale è soggetto destinatario di un robusto arsenale di garanzie difensive e partecipative che spaziano dalla tutela del *nemo tenetur se detegere* al diritto di tempestiva conoscenza del procedimento in corso.

Se è innegabile che l'assunzione della veste processuali di imputato assuma una connotazione intrinsecamente garantistica sotto il profilo delle prerogative ad esso riconosciute dall'ordinamento, è altresì innegabile che tale stessa equiparazione subisce una vistosa deroga desumibile *a contrario* dalla lettura dell'articolo 44, in virtù del quale «non può essere assunto come testimone la persona imputata del reato da cui dipende l'illecito amministrativo né la persona che rappresenta l'ente indicata nella dichiarazione di cui all'articolo 39, comma 2, che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del reato».

Poiché, infatti, l'esenzione dall'obbligo testimoniale è destinata ad operare solo in presenza delle condizioni prescritte dalla norma, in difetto si dovrà ammettere che il rappresentante legale di nuova nomina - e quindi per suo tramite anche l'ente - possa assumere anche la veste di testimone, con conseguente potenziale compressione dello *jus tacendi*, baluardo delle garanzie difensive del processo penale<sup>74</sup>.

L'ente, da ultimo, può assumere nel processo penale anche l'ulteriore veste di responsabile civile. La clausola di compatibilità contenuta

---

<sup>74</sup> v. *infra*, capitolo IV, par. 3.3

nell'articolo 34 permetterà in tal caso l'applicazione delle disposizioni contenute nell'articolo 84 c.p.p.

Più complessa invece è la possibilità di inserire nel circuito del processo penale l'azione risarcitoria connessa al danno causato dall'illecito amministrativo: difatti, il decreto legislativo non fornisce alcuna indicazione al riguardo e, l'azione risarcitoria cui fa riferimento il codice di rito, è relativa al danno derivante da reato. Due diversi titoli di responsabilità e due diverse ipotesi di legittimazione attiva che non consentirebbero l'innesto sul processo penale dell'azione civile relativa ad danno da illecito amministrativo<sup>75</sup>.

Concludendo, l'ente assume una pluralità di posizioni processuali cui corrispondono diversi moduli operativi e tuttavia, malgrado il superamento delle teorie ottocentesche, esso non esiste della realtà fenomenica esterna se non a fronte del contributo personale del suo rappresentante legale: l'ente-imputato si costituisce, partecipa al processo, è sottoposto ad interrogatorio solo per mezzo di un soggetto persona fisica abilitata ad impegnare la volontà. Questa potenziale pluralità di qualifiche soggettive si riverbera, complicandosi, nei rapporti "interni" tra l'organizzazione e il suo rappresentante, dando adito ad accesi dibattiti dottrinali circa l'effettivo rispetto dei presidi garantistici del processo penale.

---

<sup>75</sup> Sull'ammissibilità dell'azione civile per il danno cagionato dall'illecito amministrativo, M. CERESA GASTALDO, *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2237.

La trattazione di queste problematiche necessita dunque di un'analisi sistematica del ruolo e dei compiti attribuiti alla *longa manus* dell'ente, alla proiezione antropomorfa della *societas*: il suo rappresentante legale.

## Capitolo II

# LA RAPPRESENTANZA LEGALE DELL'ENTE

### Un inquadramento sistematico

#### 1. La rappresentanza come categoria generale

Nella teoria generale del diritto per rappresentanza si intende quell'istituto in forza del quale il rappresentante (parte formale) effettua una dichiarazione della volontà in nome e per conto del rappresentato (parte sostanziale), stipulando un accordo che produce effetti nella sfera giuridica di quest'ultimo. Il nostro ordinamento conosce varie forme di rappresentanza (diretta, indiretta, legale, volontaria, etc.) che tuttavia presentano un elemento comune, riscontrabile nella sussistenza di un fenomeno sostitutivo di un soggetto ad un altro.

La natura giuridica del fenomeno rappresentativo<sup>76</sup> può essere colta più agevolmente, facendo riferimento agli approdi esegetici dei massimi esponenti della Pandettistica tedesca, Windscheid e Jhering<sup>77</sup>. Tali elaborazioni concepiscono il diritto soggettivo del singolo come il frutto della compenetrazione di due elementi, la volontà e l'interesse, normalmente riferibili ad un medesimo soggetto titolare del diritto soggettivo. Nel

---

<sup>76</sup> C. TOMASSETTI, *La rappresentanza in generale*, in AA.VV., *La rappresentanza*, Utet Giuridica, Torino, 2005, p. 3 ss.

<sup>77</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt, 1906, p. 344 ss.; R. JHERING, *Geist des römischen rechts*, Leipzig, 1878, p. 176 ss.

fenomeno rappresentativo, invece, si assiste ad una scissione della titolarità delle due componenti: l'una, l'interesse, propria del rappresentato; l'altra, la volontà, attribuita al rappresentante.

Gli effetti giuridici della rappresentanza si prestano invece ad essere diversamente definiti a seconda che si abbracci l'approccio della teoria sostanziale piuttosto che quello della teoria formale: nel primo caso il fenomeno rappresentativo si risolverebbe in un rapporto di generica cooperazione tra rappresentante e rappresentato; il secondo approccio metodologico invece rinviene nel medesimo fenomeno una forma di sostituzione. Proprio la concezione della rappresentanza in termini di rapporto di sostituzione determina, come si vedrà, alcune oscillazioni interpretative circa la riconducibilità della rappresentanza organica al rapporto rappresentativo disciplinato dal codice civile.

Quando parliamo di *rappresentanza organica*<sup>78</sup> o di immedesimazione organica intendiamo riferirci al rapporto sussistente tra un ente e un suo organo. Malgrado le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali siano giunte a riconoscere pacificamente in capo all'ente la sussistenza di una generica capacità giuridica, è ontologicamente connaturato all'essenza stessa di tale soggetto quel difetto di "fisicità" che impone la necessità di un contributo personale. In definitiva, il rapporto di rappresentanza organica si rende indispensabile nella misura in cui si affermi che l'ente pur avendo personalità giuridica non possieda capacità di agire, né possieda un'attitudine psicologica

---

<sup>78</sup> In tema, C. TOMASSETTI, *La rappresentanza in generale*, cit., p. 79 ss.

alla funzione volitiva. Il rapporto di immedesimazione organica consente di considerare l'organo che agisca per conto dell'ente come *longa manus* dello stesso, tale che gli atti posti in essere da tale soggetto siano da considerarsi atti propri dell'ente.

Come si accennava in precedenza, avallando l'approccio della teoria formale della rappresentanza, nel caso in esame non potrebbe parlarsi di un fenomeno propriamente rappresentativo, posto che mancherebbe quell'alterità di soggetti tale da far parlare di sostituzione dell'uno all'altro. Nella rappresentanza organica, difatti, l'organo si immedesima nell'ente, configurando un unico soggetto di diritto e facendo venir meno la dualità di posizioni <sup>79</sup>.

In realtà, opinioni dottrinali meno recenti, tendono ad ammettere la riconducibilità della rappresentanza organica al rapporto di rappresentanza propriamente detto: se l'ente, dotato di soggettività giuridica, deficiata per sua natura della possibilità di esternare una volontà propria, il ricorso a forme di rappresentanza organica sarà di per sé doveroso.

Anche la giurisprudenza sembra ormai essersi attestata sulle stesse posizioni, ritenendo che al fenomeno della rappresentanza organica possa applicarsi pacificamente, salvo diversa indicazione di legge, la disciplina civilistica degli articoli 1387 ss. del codice civile<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> In questo senso, U. NATOLI, *La rappresentanza*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 31 ss.

<sup>80</sup> Cass. sez. II, civile. 12 Marzo 1973, n. 674.

Anche nelle ipotesi di rappresentanza organica sarà poi necessaria un'investitura di poteri in capo al rappresentante deputato ad esternare la volontà dell'ente: tale investitura si realizzerà col rilascio di apposita procura che definisca la portata dei poteri negozialmente attribuiti allo stesso.

## **2. Il rappresentante legale dell'ente**

L'introduzione di forme di responsabilità delle persone giuridiche presuppone, come più volte si è detto, la necessità di individuare un soggetto che rappresenti nel procedimento gli interessi, le ragioni, le difese dell'entità metaindividuale.

La figura del rappresentante legale dell'ente, pur inquadrandosi nella disciplina generale della rappresentanza organica, assume dei connotati peculiari e molto spesso problematici. La problematicità di cui si parla riguarda, nello specifico, la natura della rappresentanza dell'ente, che necessariamente passa attraverso l'accertamento del ruolo rivestito dalla persona fisica del legale rappresentante<sup>81</sup>.

In primo luogo, l'art. 39 d. lgs n. 231 del 2001 stabilisce che l'ente partecipa al procedimento penale per mezzo del proprio legale rappresentante, individuato dalla legge o dallo statuto societario, salvo il caso in cui questi

---

<sup>81</sup> In argomento, G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 465.

risulti imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. La scelta del legale rappresentante, titolare delle prerogative difensive a vantaggio dell'ente, cadrà presumibilmente su un soggetto che, in quanto inserito nell'organigramma societario, possa disporre di quelle conoscenze tecnico-organizzative indispensabili per una efficace strategia difensiva. La legge richiede inoltre che la persona del legale rappresentante venga individuata nell'atto di costituzione che, a norma del secondo comma dell'articolo 39, dovrà contenere tra le altre indicazioni anche quelle relative alle sue generalità<sup>82</sup>.

La presenza di una persona fisica che agisca per conto dell'ente risulta dunque essere funzionale al superamento di quel difetto di "fisicità" di cui si parlava: solo attraverso il proprio legale rappresentante l'ente potrà azionare quel complesso di diritti, facoltà e obblighi che ne presuppongono una articolazione personale<sup>83</sup>, permettendo così di adattare al procedimento *de societate* quegli istituti, quali ad esempio l'interrogatorio, tipici del processo penale ma plasmati sulle fattezze dell'imputato-persona fisica.

La figura del rappresentante legale, tuttavia, è caratterizzata da una componente di ineliminabile ibridismo<sup>84</sup>: sebbene tale soggetto sia

---

<sup>82</sup> In tema si veda anche A. SCALFATI, *Le norme in materia di prove e di giudizio*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, p. 349.

<sup>83</sup> In tema, A. BASSI, E.T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 532.

<sup>84</sup> In tema, A. BASSI, E.T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 532; A. BASSI, *Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, p. 43 ss., G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza difensiva delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento*

funzionalmente preposto a manifestare la volontà dell'ente, non per questo si assiste ad una totale sovrapposizione di identità. Dall'osservazione dell'architettura dei criteri di imputazione della responsabilità è possibile cogliere un elemento relevantissimo: l'ente risponde, a determinate condizioni e per un titolo proprio di responsabilità, dei fatti posti in essere dai soggetti inseriti nella sua stessa struttura organizzativa.

Il rappresentante legale dunque, potrà, a seconda dei casi, essere assimilato alla figura dell'imputato o alla figura del testimone, posto che è soggetto distinto dall'ente e non totalmente assimilabile ad esso.

Invero, le indicazioni provenienti dalla Relazione ministeriale sembrano far propendere per un'interpretazione che escluda l'assimilazione del rappresentante alla figura dell'imputato: «la parificazione all'imputato» si legge «viene effettuata con riferimento all'ente, non al rappresentante legale, per il quale è comunque previsto un regime peculiare che non lo esclude dalle garanzie dell'imputato, ma in taluni casi lo considera anche un testimone»<sup>85</sup>.

Ciò che la relazione ministeriale si astiene dal chiarire è come si concilino gli obblighi testimoniali con le garanzie riservate all'imputato. Non pare dunque inappropriato ritenere che l'affermazione di cui sopra, oltre a non avere alcuna portata chiarificatrice, risulti in parte ossimorica laddove si

---

*penale*, in AA.VV., *La Responsabilità amministrativa degli enti: d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 233 s.

<sup>85</sup> Per un approfondimento del tema si rinvia al capitolo IV, par. 3.3 ss.

consideri che nel nostro ordinamento lo *status* di testimone e quello di imputato, oltre a non essere sovrapponibili, risultano molto spesso antitetici<sup>86</sup>.

In altri ordinamenti, quali ad esempio quello francese, il problema della qualificazione soggettiva del ruolo del rappresentante legale viene risolto per *tabulas*: gli articoli 706-44 del codice di procedura penale stabiliscono espressamente che la figura del rappresentante è accostata a quella del testimone o, secondo alcune decisioni giurisprudenziali, a quella della persona informata sui fatti.

In questo metamorfismo di ruoli si coglie la problematicità profonda che attiene al tema della rappresentanza e, come si vedrà, solo in via d'interpretazione si potrà cercare di sviluppare un approccio che conduca a privilegiare la soluzione maggiormente garantista. Certo è che nei casi di fibrillazione della rappresentanza, affidare all'interprete l'impegno di mantenere saldi i baluardi garantistici del processo penale, è operazione non scevra di rischi.

---

<sup>86</sup> In argomento, P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G.Garuti, Cedam, Padova 2002, p. 223.

### 3. La rappresentanza legale e la difesa tecnica

La struttura impersonale della società e il suo fisiologico difetto di fisicità impongono, come si diceva, la necessità di un contributo personale che permetta alla stessa di “materializzarsi” nel procedimento a suo carico.

Dalle indicazioni della legge di delega tuttavia è possibile operare una distinzione preliminare tra la partecipazione personale della persona giuridica, sintomatica del diritto di autodifesa ed affidata al rappresentante legale, e la sua assistenza difensiva, affidata sin dalla fase delle indagini preliminari al difensore legale della stessa<sup>87</sup>.

Il nostro ordinamento distingue tradizionalmente l'autodifesa dell'imputato dalla sua difesa tecnica: la prima si esplica attraverso quel complesso di attività, di poteri e di facoltà riconosciuti direttamente alla parte processuale; la seconda spetta al difensore abilitato al patrocinio, dotato di adeguate competenze professionali e non portatore di alcun interesse proprio nel relativo processo. Il diritto alla difesa tecnica garantisce l'effettività del contraddittorio, «opponendo alla capacità dell'accusatore, quella di un soggetto di pari qualificazione che affianchi la parte nell'*iter* processuale»<sup>88</sup>.

Nel procedimento *de societate* la complementarietà tra autodifesa e difesa tecnica involve nello specifico i rapporti tra due diversi soggetti:

---

<sup>87</sup> In argomento G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed “eterointegrazione” giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1385 ss.

<sup>88</sup> L'espressione è di P. FERRUA, *Difesa (diritto di)*, voce in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. III, Utet, Torino, 1989, p. 472.

accanto al rappresentante legale dell'ente, abilitato a compiere tutti quegli atti personalissimi che presuppongono una manifestazione di volontà consapevole, si affianca il difensore tecnico.

S'impone tuttavia una precisazione di carattere generale: l'articolo 35 del decreto, nell'estendere all'ente le garanzie proprie dell'imputato, implicitamente legittima l'affermazione secondo cui la difesa tecnica debba essere assicurata indipendentemente dall'atto formale di costituzione, il cui deposito è invece esclusivamente funzionale alla garanzia dell'autodifesa rimessa al rappresentante legale.

Nell'ipotesi in cui l'ente decida di non intervenire nel procedimento a suo carico, avrà comunque diritto di nominare fino ad un massimo di due difensori, con dichiarazione resa all'autorità procedente o con dichiarazione di nomina trasmessa con raccomandata a norma dell'articolo 96 c.p.p.

A norma dell'articolo 40 del decreto, qualora l'ente non abbia provveduto alla nomina di un difensore di fiducia o ne sia rimasto privo, sarà assistito da un difensore d'ufficio individuato dall'autorità giudiziaria, a norma dell'articolo 29 comma secondo delle disposizioni di attuazione, tra gli iscritti agli albi dei difensori abilitati alla difesa d'ufficio. Siamo dunque in presenza di un atto di nomina evidentemente disgiunto dall'atto di costituzione, posto che altrimenti, la mancata indicazione del difensore rappresenterebbe una causa di inammissibilità dello stesso<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> In argomento *ex plurimis*, A.BASSI, *La costituzione in giudizio dell'ente con specifico riguardo alle procedure incidentali in discussione innanzi al tribunale del riesame*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, p. 33.; G. GARUTI, *La responsabilità delle persone giuridiche. Profili Processuali*, in *Enciclopedia del diritto Treccani*, 2002, p. 3; P. DI GERONIMO,

Di contro, qualora l'ente opti per l'intervento nel processo, l'articolo 39 al comma 3 impone che la nomina del difensore debba avvenire per il tramite di apposita procura speciale che, ai sensi dell'articolo 100 c.p.p., dovrà essere conferita per atto pubblico o scrittura privata autenticata, secondo quanto stabilito dagli articoli 2699 e 2703 del codice civile. L'atto di nomina non potrà essere allegato in calce o a margine della dichiarazione di costituzione, ma dovrà essere contenuto in apposito atto separato da depositarsi presso la segreteria del pubblico ministero o presso la cancelleria del giudice, salva la possibilità di presentazione in udienza dinnanzi all'organo procedente.

Per quanto concerne la scelta del difensore bisogna sottolineare che esiste un apposito albo, istituito a norma della lett. b). del IV comma del r.d.l. 27 dicembre 1933, n. 1578, che comprende avvocati e procuratori degli uffici legali istituiti presso gli enti, abilitati ad occuparsi dei soli affari propri dell'ente presso il quale esercitano la loro attività. Si tratta di una capacità professionale limitata ad un preciso tipo di affari che presuppone il rilascio di apposita procura speciale.

Non risultano applicabili al procedimento *de societate* le disposizioni dettate dalla legge n. 217 del 1990 e dal d.p.r. n. 115 del 2002 in materia di gratuito patrocinio a spese dello stato, posto che i requisiti di reddito richiesti

---

*Gli aspetti processuali del d.lgs 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2002, p.1570.

sarebbero evidentemente incompatibili con le capacità economiche delle imprese<sup>90</sup>.

Compatibili con le prescrizioni in materia di difesa tecnica dell'ente sono invece le disposizioni dettate dall'articolo 106 c.p.p. circa l'impossibilità per il difensore di assumere la difesa di più imputati nel medesimo procedimento, limitatamente all'ipotesi in cui le loro posizioni processuali risultino incompatibili. Nel procedimento a carico dell'ente, l'incompatibilità in esame potrà riguardare la posizione di quest'ultimo rispetto a quella dell'autore individuale del reato o rispetto alla posizione assunta da altro ente chiamato a rispondere nel medesimo procedimento penale, dello stesso illecito o di illeciti ad esso connessi. In tutti questi casi il giudice dovrà provvedere ad assegnare alle parti un termine per la nomina di altro difensore di fiducia, in mancanza del quale si provvederà a norma dell'articolo 97 c.p.p., assegnando l'incarico ad un difensore d'ufficio.

Da ritenersi applicabile è poi l'ipotesi di incompatibilità presunta *ex lege*, contemplata dal comma 4-bis dell'articolo 106, nel caso in cui il difensore abbia assunto il patrocinio di soggetti che abbiano reso dichiarazioni concernenti la responsabilità di altro imputato nel medesimo procedimento o in procedimento connesso o collegato. E' questa una eventualità tutt'altro che remota nei casi in cui il patrocinante abbia assistito amministratori della società indagati per il reato presupposto, tanto nell'ipotesi in cui questo sia

---

<sup>90</sup> A. BASSI, *La costituzione in giudizio dell'ente con specifico riguardo alle procedure incidentali in discussione innanzi al tribunale del riesame*, cit., p. 33.

riunito al procedimento a carico dell'ente, tanto nei casi in cui si proceda separatamente.

In definitiva, anche nel procedimento a carico dell'ente, la difesa tecnica è considerata un' esplicazione del principio del giusto processo che deve svolgersi nel contraddittorio dell'ente-imputato<sup>91</sup> . Un diritto - quello di nominare un proprio difensore di fiducia- riconosciuto e garantito dall'articolo 6, p.3, lett. c) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dall'articolo 15 del Patto dei diritti civili e politici , in ogni stato e grado del procedimento. Vi è da dire, tuttavia, che tale inviolabile diritto potrebbe in qualche misura essere compromesso laddove si accertasse l'incompatibilità del rappresentante legale e la conseguente inefficacia degli atti da lui compiuti. La Suprema Corte , in una recente pronuncia, ha espressamente statuito che l'eventuale atto di nomina, posto in essere da rappresentante incompatibile, sarebbe improduttivo di effetti, sul presupposto che «non essendo la nomina difensiva un atto neutro, questa non possa essere rimessa ad un soggetto in conflitto di interessi»<sup>92</sup>.

Si vedrà in seguito quali sono state le soluzioni elaborate dalla giurisprudenza di legittimità per ovviare ad evidenti vuoti di tutela. Basti per ora osservare come il piano della difesa tecnica e quello dell'autodifesa personale dell'ente si intersechino frequentemente e sollecitino una costante attenzione sotto il profilo delle garanzie processuali dell'ente-imputato.

---

<sup>91</sup> Sulla difesa tecnica si veda anche, G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p.159 ss.

<sup>92</sup> Cass., sez. VI, penale, 19 giugno 2009, n. 41398.

#### 4. La rappresentanza necessaria

Assolutamente peculiare è poi la previsione dell'articolo 39, comma quarto del decreto: « quando non compare il legale rappresentante, l'ente costituito e' rappresentato dal difensore ».

Il carattere *sui generis* di siffatta formulazione investe diversi profili: innanzitutto il legislatore non specifica quali siano i motivi che abbiano potuto determinare la mancata comparizione del legale rappresentante e, in secondo luogo, diversamente da quanto previsto dal codice di procedurale penale, la mancata comparizione del soggetto abilitato a rappresentare l'ente nel procedimento non costituisce presupposto per la dichiarazione di contumacia, né rappresenta un impedimento a comparire<sup>93</sup>.

Se è innegabile che la *ratio* della norma, come si è visto, deve essere individuata partendo dal presupposto che è l'ente, e non il suo legale rappresentante, il soggetto destinatario delle disposizioni processuali previste per l'imputato, non può tacersi la problematicità derivante dalla scelta di affidare una rappresentanza *ex lege*, comprendente la facoltà di compiere atti che importino la disposizione del diritto in contesa, ad un soggetto che in

---

<sup>93</sup> Per un approfondimento di vedano, A. BASSI, *La costituzione in giudizio dell'ente con specifico riguardo per le procedure incidentali in discussione innanzi al tribunale del riesame*, cit., p. 31 ss.; A. BERNASCONI, *La responsabilità amministrativa degli enti*, in *Enciclopedia diritto*, vol. II, tomo. 2, Annali, 2008, p. 988.

origine ha fatto ingresso nelle dinamiche processuali a fronte di una limitata procura speciale<sup>94</sup>.

Ecco dunque che i piani della difesa tecnica e della rappresentanza legale tornano ad intersecarsi e, addirittura, a sovrapporsi, senza però che la norma specifichi quali siano i poteri attribuiti al difensore. Presumibilmente, tenendo conto del fatto che tale soggetto opera a mezzo di apposita procura speciale, si tratterà di una forma di rappresentanza limitata alle sole facoltà da essa conferite, non estesa agli atti personalissimi e non implicante l'obbligo di notifica dell'avviso di deposito della sentenza, con estratto della stessa, tale da consentire anche all'ente l'impugnazione<sup>95</sup>. Alla stregua di queste considerazioni, non sarà dato al difensore di optare per un rito alternativo, quale il patteggiamento o il giudizio abbreviato, considerati atti personalissimi non esercitabili se non inclusi nell'oggetto della procura speciale.

La Relazione ministeriale, nello specificare che siffatta scelta normativa si giustifica alla luce dell'esigenza di garantire «una partecipazione non eccessivamente onerosa per l'ente che potrà scegliere le modalità e i tempi di partecipazione senza rinunciare ad alcuna delle garanzie che gli derivano dalla sua parificazione all'imputato», trascura di prendere posizione circa la natura di tale forma di rappresentanza. Tuttavia, tenendo conto dell'esistenza di apposita procura speciale, si concorda nell'ascriverla al *genus* della

---

<sup>94</sup> In tal senso, G. GARUTI, *Persone giuridiche e "processo" ordinario di cognizione*, in *Diritto penale e processo*, 2003, p. 140.

<sup>95</sup> In tal senso, G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza difensiva delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale*, cit., p. 246.

rappresentanza legale necessaria: trattasi di un particolare tipo di rappresentanza processuale operante nei casi in cui il soggetto processuale non sia abilitato a stare in giudizio se non per mezzo di un procuratore dotato di apposita procura alle liti<sup>96</sup>.

Secondo parte della dottrina la rappresentanza necessaria presenterebbe caratteri simili sia alla rappresentanza legale che a quella volontaria: si distingue dalla prima nella misura in cui presenta un contenuto predeterminato ed individuato nel compimento di quegli atti attraverso i quali si attua il diritto di difesa che la legge attribuisce al difensore ; si discosta dalla seconda in quanto, seppur necessitata, appare libera nei contenuti.

La *ratio* di questa particolare previsione, come si è anticipato, può rinvenirsi da una parte nella necessità di non aggravare eccessivamente *l'iter* processuale, scongiurando il rischio di possibili sospensioni dell'accertamento del reato-presupposto nel caso in cui si procedesse per simultaneo processo , dall'altra nell'esigenza di evitare menomazioni del diritto di difesa dell'ente.

Tale scelta legislativa ha prestato il fianco a numerose critiche che hanno evidenziato la scarsa conciliabilità della stessa con l'esigenza di garantire all'ente il diritto all'autodifesa<sup>97</sup>. E' stato avanzato il dubbio di una confusione concettuale della figura dell'ente con il convenuto nel processo civile che mal si concilierebbe con la configurazione dell'atto costitutivo come

---

<sup>96</sup> In tema, G.GARUTI, *Le procedure per accertare la responsabilità degli enti*, in AA.VV., *Procedura penale* a cura di O. Dominioni, Giappichelli, Torino, 2010, p. 679.

<sup>97</sup> Ci si riferisce all'analisi critica di G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 163.

esclusivamente preordinato all'esercizio della difesa personale: nell'ipotesi in cui, per sua deliberata scelta, l'ente non intenda costituirsi, tutti gli atti riservati in via esclusiva all'imputato dovrebbero essere posti in essere dal difensore già nominato nelle forme ordinarie dell'articolo 96 del codice di rito.

La disciplina in esame sembrerebbe insomma aver ritenuto recessivo il diritto all'autodifesa rispetto alle garanzie della difesa tecnica: ciò costituirebbe una naturale conseguenza dell'aver regolamentato le modalità di partecipazione dell'ente alla stregua delle previsioni dettate dagli articoli 84 ss. del codice di rito, dedicate alle parti private, la cui presenza «è richiesta soprattutto in funzione dell'instaurazione del contraddittorio visto nella sua conformazione processualcivilistica, dando preminente risalto alla sola difesa tecnica»<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> Così, G. DE ROBERTO, *Responsabile civile e processo penale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 144 ss.

### Capitolo III

## LE GARANZIE DI UNA “EFFETTIVA PARTECIPAZIONE DELL’ENTE AL PROCEDIMENTO”

### 1. Le indicazioni della legge delega 29 settembre 2000, n. 300.

Con la legge 29 settembre 2000, n. 300, lo Stato italiano, oltre a ratificare e a dare esecuzione, come si anticipava, ad una serie di Convenzioni internazionali<sup>99</sup>, attribuisce una delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società, delle associazioni o degli enti privi della personalità giuridica che non svolgano funzioni di rilievo costituzionale e con l’esclusione dello Stato e degli enti pubblici esercenti pubblici poteri

Le disposizioni normative che la legge di delega dedica alla fase processuale di accertamento della responsabilità delle persone giuridiche si compendiano nella *laconica genericità*<sup>100</sup> delle previsioni dell’articolo 11, lett. o) e lett. q).

---

<sup>99</sup> Si tratta della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (26 luglio 1995), della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea (26 maggio 1997) e della Convenzione O.C.S.E. sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (17 dicembre 1997).

<sup>100</sup> A. GIARDA, *Procedimento di accertamento della “responsabilità amministrativa degli enti”* (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231), in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di M. Bargis, G. Conso, V. Grevi, Cedam, Padova, 2012, p. 1258.

Il legislatore delegante, a fronte di una dettagliata enunciazione dei “*principi e dei criteri direttivi*” attinenti ai profili di carattere sostanziale della materia, relativamente agli aspetti processuali si limita infatti a prevedere che «le sanzioni di cui alla lettera c (sanzioni interdittive) sono applicabili anche in sede cautelare, con adeguata tipizzazione dei requisiti richiesti», aggiungendo poi che «le sanzioni amministrative a carico degli enti sono applicate dal giudice competente a conoscere del reato e che per il procedimento di accertamento della responsabilità si applicano in quanto compatibili le disposizioni del codice di procedura , assicurando l’effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale».

In presenza di una legge di delega per molti versi deludente sotto il profilo della completezza e della chiarezza normativa, il legislatore delegato compie una scelta di ben altro spessore, edificando al capo III del d.lgs 8 giugno 2001, n. 231, un vero e proprio microcodice del procedimento *de societate*. Al di là della genericità delle indicazioni fornite dal legge n. 300 del 2000, appare evidente che le intenzioni del legislatore fossero quelle di assicurare all’ente l’operatività dei presidi garantistici tipici del processo penale in tutte le fasi dell’inedito rito *de societate*, sin dal momento strettamente procedimentale delle indagini preliminari. Tuttavia, poiché la persona giuridica è fisiologicamente affetta da quel “*deficit* di fisicità” di cui più volte si è parlato, indispensabile risulterà il contributo del suo legale rappresentante. Tale contributo appare determinante ben prima della formale

contestazione degli addebiti e si manifesta in quella molteplicità di atti e di interventi che connotano la fase procedimentale.

L'apporto tecnico-conoscitivo della persona incaricata di rappresentare l'ente potrà diversamente atteggiarsi a seconda delle scelte difensive (*rectius*, autodifensive) dell'imputato; diverso sarà il grado di coinvolgimento e l'incidenza del ruolo svolto a seconda che l'ente opti per una *partecipazione* meramente *passiva* piuttosto che per una *partecipazione attiva*, che assuma come condizione necessaria l'esteriorizzazione della volontà di inserirsi nel circuito processuale attraverso il momento formale della sua costituzione.

## **2. La partecipazione dell'ente nella fase preliminare d'indagine**

Le indicazioni della legge di delega impongono di assicurare un'adeguata partecipazione dell'ente nelle varie fasi del procedimento, predisponendo moduli operativi idonei a coinvolgere la persona giuridica già nella fase preliminare d'indagine, onde garantire alla stessa la possibilità di predisporre un'efficace strategia difensiva ancor prima dell'esercizio dell'azione penale nei suoi confronti.

Dalle disposizioni che il decreto legislativo dedica al segmento procedimentale della fase investigativa è possibile cogliere ulteriori elementi di originalità che connotano l'accertamento della responsabilità della persona giuridica e valgono a tracciare una netta linea di demarcazione rispetto al tradizionale procedimento disciplinato dal codice di rito. Nell'ambito del

procedimento a carico dell'imputato-persona fisica, le disposizioni contenute all'articolo 326 c.p.p. contengono, infatti, un espresso riferimento alle "finalità" delle investigazioni: sebbene la fase di indagine sia immancabilmente orientata all'acquisizione delle «conoscenze necessarie al pubblico ministero per sciogliere l'alternativa tra avvio del processo e archiviazione»<sup>101</sup>, gli esiti conoscitivi della stessa necessitano di essere convogliati nella fase dibattimentale e sottoposti al principio costituzionale di formazione dialettica della prova in contraddittorio tra le parti.

Diversamente, il decreto legislativo utilizza l'espressione "accertamento dell'illecito amministrativo", intendendo evidentemente che l'affermazione della responsabilità dell'ente potrà aversi già all'esito della fase investigativa; consentendo in definitiva al pubblico ministero di operare un'autonoma scelta circa l'esercizio o il mancato esercizio dell'azione penale. Il termine "accertamento" - usualmente utilizzato per richiamare un'attività propria del solo momento del giudizio<sup>102</sup>- cristallizza qui una deroga all'ordinaria disciplina codicistica; deroga giustificata dalla necessità di garantire, già in una fase così precoce, un pronto recupero dell'ente al circuito della legalità.

Alla luce di queste previsioni sarà dunque ben possibile che una significativa porzione del contenzioso possa concludersi già nella fase

---

<sup>101</sup> M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, Milano, 2005, p. 591.

<sup>102</sup> G. DE FALCO, *Le modalità di intervento dell'ente nella fase delle indagini preliminari*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, p.100 ss.

d'indagine; difatti, qualora sia stata applicata una misura interdittiva in sede cautelare, previo contraddittorio anticipato, l'ente potrà richiedere la sospensione della misura ponendo in essere le condotte riparatorie di cui all'articolo 17 del decreto<sup>103</sup> e prospettando in seguito la domanda di definizione del procedimento in via alternativa, con evidenti benefici in termini finanziari e di competitività sul mercato.

A fronte di tale spostamento dell'asse processuale è giocoforza ritenere che un'adeguata partecipazione dell'ente durante la fase investigativa si imponga non già come una mera eventualità, bensì come una *condicio sine qua non* dell'espletarsi del diritto di difesa nei confronti delle iniziative dell'accusa.

E' possibile osservare sin da subito che la disciplina normativa che il decreto legislativo dedica al momento delle indagini preliminari sia per certi versi scarna, ridotta ad un esiguo numero di previsioni contenute agli articoli 55-61 del decreto. Il legislatore si è occupato innanzitutto di regolamentare le modalità di annotazione dell'illecito (art. 55), stabilendo che il pubblico ministero che abbia acquisito la *notizia criminis*, debba annotarla nel registro delle notizie di reato, unitamente all'indicazione degli elementi idonei ad identificare l'ente e il suo legale rappresentante. I termini per l'accertamento

---

<sup>103</sup> L'articolo in esame prevede che, ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, l'ente possa conseguire l'oblazione delle sanzioni interdittive, qualora prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrano le seguenti condizioni: sia stato risarcito integralmente il danno ed eliminate le conseguenze dannose o pericolose del reato; siano state eliminate 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; il profitto conseguito dall'attività illecita sia stato messo a disposizione ai fini della confisca.

dell'illecito decorrono dalla suddetta annotazione e hanno una durata pari a quelli previsti per le indagini preliminari relative al reato presupposto (art.56).

E' infine consentita la comunicazione dell'annotazione all'ente che ne faccia richiesta negli stessi limiti previsti dall'articolo 335 commi 3 e *3bis* c.p.p.

Da ultimo, l'articolo 57 dedicato all'informazione di garanzia contempla l'obbligo di invitare l'ente a dichiarare o eleggere domicilio, con l'avvertimento che l'eventuale partecipazione dovrà avvenire nelle forme dell'articolo 39 comma 2. Si tratta di una disposizione che tuttavia necessita di essere coordinata con le previsioni contemplate dall'articolo 369 c.p.p.<sup>104</sup>, «rispetto al quale si pone in un'ottica integrativa e non alternativa; diversamente, le garanzie dell'ente risulterebbero immotivatamente compresse»<sup>105</sup>. Pertanto, unitamente alle informazioni richieste dal decreto, tale comunicazione dovrà contenere l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate, la data e il luogo del fatto e l'invito a nominare un difensore di fiducia.

Dalla lettura di tale disposizione potrebbe giungersi a ritenere che la partecipazione dell'ente alla fase delle indagini preliminari sia necessariamente subordinata all'atto formale di costituzione. Si tratta tuttavia di un'interpretazione viziata da eccesso di formalismo e dunque sicuramente fallace: come meglio si vedrà in seguito, la scelta dell'ente di non costituirsi

---

<sup>104</sup> Tale necessità è espressamente dichiarata dalla stessa *Relazione ministeriale* al d.lgs 8 giugno 2001, n. 231.

<sup>105</sup> L'espressione è di S. LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche*, cit., p. 158. Si veda anche G. GARUTI, *La responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 7.

non comporterà alcuna menomazione delle garanzie difensive ad esso riconosciute<sup>106</sup>. Difatti, per effetto della clausola di rinvio contenuta all'articolo 34, anche nella fase investigativa troveranno applicazione “in quanto compatibili” le disposizioni dettate dal codice di rito in materia di prove, di mezzi di ricerca della prova, di attività di indagine del pubblico ministero; tutte previsioni che tratteggiano la fisionomia di quei diritti e di quelle facoltà difensive immanenti nel procedimento penale.

La dichiarazione di costituzione presenta un ambito di operatività più ridotto nella fase investigativa; le si attribuisce, in sostanza, una valenza più propriamente informativa, necessaria tanto all'autorità giudiziaria ai fini dell'acquisizione della corretta denominazione della società, tanto alla persona giuridica ai fini della nomina del difensore di fiducia e dell'elezione di domicilio. L'ente dunque, sebbene autorizzato a costituirsi già nella fase preliminare di indagini, sarà ben libero di orientarsi diversamente.

Nondimeno, la mancata costituzione, pur non potendo svilire *in toto* le garanzie difensive ad esso accordate, reca con sé alcune importanti conseguenze. E' infatti possibile distinguere, come si diceva, tra due forme differenti di partecipazione: una partecipazione meramente passiva ed una partecipazione attiva, frutto di una libera iniziativa dell'indagato<sup>107</sup>.

Di partecipazione passiva si parla allorché la persona giuridica si limiti a definire una strategia difensiva modulata sulle scelte investigative

---

<sup>106</sup> v. *infra*, cap. III, par. 3.3

<sup>107</sup> In tal senso, G. DE FALCO, *Le modalità di partecipazione dell'ente nella fase delle indagini preliminari*, cit., p. 102.

dell'organo dell'accusa. Non essendo necessaria una preventiva costituzione, vengono in tal caso in considerazione i principali atti di indagine dell'organo inquirente, eventualmente anche delegati agli organi di polizia giudiziaria: perquisizioni personali o locali, sequestri, ispezioni, accertamenti urgenti cui l'ente, anche se non costituito, avrà diritto di presenziare per mezzo del proprio rappresentante legale e del proprio difensore. Potranno essere disposte nei confronti dell'ente le intercettazioni nelle forme e nei modi previsti dal codice di rito, non essendovi certo ostacoli a ritenere applicabile la relativa normativa codicistica .

Dalle modalità di partecipazione finora esaminate occorre distinguere la diversa ipotesi in cui l'ente abbia deciso di attivarsi direttamente, sulla scorta di autonome determinazioni, per prospettare all'organo titolare delle indagini elementi in proprio favore. Condizione necessaria ai fini dell'esercizio di tali facoltà è che l'ente abbia deciso di inserirsi nel circuito procedimentale a fronte di un atto formale di costituzione. In tale eventualità la persona giuridica potrà essere abilitata a rendere dichiarazioni spontanee per mezzo del proprio rappresentante legale; potrà richiedere lo svolgimento di investigazioni difensive a norma degli articoli 391 *bis* ss. c.p.p.; potrà partecipare all'udienza fissata per l'applicazione delle misure cautelari a norma dell'articolo 47 del decreto legislativo; potrà esercitare tutte le prerogative contemplate dall'articolo 415*bis* c.p.p. , a seguito della comunicazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

Il dettato normativo nulla dice invece circa la possibilità di sottoporre l'ente ad interrogatorio attraverso il suo legale rappresentante sebbene - dalle indicazioni fornite dalla Relazione governativa - emerge chiaramente la possibilità di procedere in tal senso, stante l'equiparazione dell'ente all'imputato. Al rappresentante legale, interrogato "per conto dell'ente", dovrebbero essere riconosciute tutte le garanzie previste dal codice di rito, compresa la facoltà di non rispondere<sup>108</sup>.

Vi è da chiedersi, in realtà, se le disposizioni contemplate dal codice a garanzia delle posizioni della persona sottoposta alle indagini debbano trovare applicazione anche in relazione alla figura dell'ente-indagato. Se è evidente che la previsione dell'articolo 35 del decreto legislativo estende all'ente le garanzie previste per l'imputato e non anche per la persona sottoposta alle indagini, è tuttavia innegabile che l'intera architettura normativa relativa alla responsabilità delle persone giuridiche risponda all'esigenza di assicurare un regime procedimentale pienamente garantista, tale che la risposta affermativa si lascia preferire di gran lunga.

Da ultimo, in riferimento ai possibili esiti delle indagini preliminari, è doveroso evidenziare un ulteriore carattere di discontinuità rispetto ai canoni del procedimento a carico dell'indagato persona fisica. L'articolo 58 del decreto legislativo prevede espressamente che il pubblico ministero possa emanare autonomamente decreto motivato di archiviazione con contestuale

---

<sup>108</sup> Per un approfondimento della problematica si rinvia al capitolo IV, par. 3.3 ss.

obbligo di comunicazione dello stesso al procuratore generale presso la corte d'appello.

La scelta di attribuire al pubblico ministero «un vero e proprio monopolio per quanto concerne le scelte inerenti l'attivazione della fase processuale»<sup>109</sup> non ha mancato di suscitare critiche sotto il profilo del rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Si tratta di critiche che tuttavia non meritano di essere oltremodo enfatizzate: se si ammette che il controllo gerarchico presenta il medesimo grado di incisività dell'ortodosso controllo giurisdizionale<sup>110</sup>, dovrà concludersi che il rispetto del principio di cui all'articolo 112 della Costituzione possa dirsi soddisfatto anche nell'ambito di un sistema che affidi al pubblico ministero un autonomo potere di archiviazione.

Infine, sebbene non possa in via d'ipotesi escludersi l'eventualità di un comportamento arbitrario dell'organo dell'accusa, pare potersi comunque ritenere che «l'eventuale atto arbitrario del pubblico ministero non sarebbe realizzabile senza la connivenza del procuratore generale; ed il che sembra francamente improbabile»<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> S. LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche*, cit., p. 159.

<sup>110</sup> In tal senso, M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 550.

<sup>111</sup> G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 152.

### 3. La costituzione

#### 3.1 Il simultaneo processo

L'ente che intenda prendere attivamente parte al procedimento a suo carico è vincolato agli adempimenti richiesti dall'articolo 39 del decreto legislativo.

Preliminarmente all'analisi delle modalità e delle forme di costituzione è opportuno soffermare l'attenzione su un'altra caratteristica peculiare del procedimento *de societate*, relativa alle previsioni in materia di cumulo processuale di cui all'articolo 38.

La stretta interdipendenza esistente tra l'illecito amministrativo ed il reato presupposto ha fatto sorgere l'esigenza di edificare un ponte processuale tra i due accertamenti, inducendo il legislatore a stabilire che il procedimento per il primo illecito debba essere riunito al procedimento penale instaurato nei confronti dell'autore del reato da cui l'illecito dipende. Siffatta opzione normativa, sublimando la regola della riunione necessaria delle due reg Giudicande, introduce una forma di "cumulo processuale eterogeneo" che, quantomeno apparentemente, pare porsi in netta controtendenza rispetto al principio del *favor separationis* tipico del procedimento a carico delle persone fisiche.

Le ragioni poste a fondamento di tale scelta vengono individuate nella necessità di assecondare intuibili ragioni di «effettività, di omogeneità e di economia processuale»<sup>112</sup>, nell'ambito di un sistema che affidi agli organi

---

<sup>112</sup> Così la Relazione ministeriale al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

inquirenti penetranti poteri di indagine e che assicurino alle parti le ampie garanzie di azione e di difesa tipiche del processo penale<sup>113</sup>. Si vuol dire insomma che la parziale identità dell'oggetto dell'accertamento è ritenuta di per sé sufficiente a giustificare una trattazione unitaria della vertenza, perseguendo al contempo lo scopo di scongiurare i rischi di contraddittorietà tra giudicati e di superflue duplicazioni dell'attività di indagine<sup>114</sup>. Il nucleo fattuale dell'addebito mosso nei confronti della persona fisica è, di fatti, parte integrante di una fattispecie complessa da cui derivano le condizioni di riferibilità all'ente dell'illecito "amministrativo" dipendente da reato. Si potrà allora comprendere come, in realtà, la *ratio* posta a fondamento di tale scelta sia sostanzialmente coincidente con quella che, nel procedimento a carico della persona fisica, milita nel senso di un *favor separationis*: l'unitarietà di una vicenda che produce effetti a carico sia della persona fisica, sia dell'ente, esige, conformemente alla logica accusatoria del nostro modulo processuale, una trattazione contestuale delle due regiudicande, che consenta ad entrambi gli imputati di prendere parte al procedimento volto ad accertarne le rispettive responsabilità<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> A GIARDA, *Procedimento di accertamento della "responsabilità amministrativa degli enti"*, cit., p. 1261 ss. *Contra*, G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 97 il quale rileva invece il rischio di un'estrema complessità della gestione del processo in cui siano fatte confluire entrambe le *res iudicande*.

<sup>114</sup> Così, C. SANTORIELLO, *Le garanzie processuali dell'accertamento e le misure cautelari*, in *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 163.

<sup>115</sup> In tal senso, M. L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., p. 117 ss.

E' opportuno precisare tuttavia che, malgrado il rapporto di tendenziale pregiudizialità tra le due *res iudicande*, la persona giuridica risponde a fronte di un autonomo titolo di responsabilità tale che - come espressamente stabilito dall'articolo 8 del decreto legislativo, in ossequio al principio di autonomia delle due forme di responsabilità - il procedimento a suo carico sarà avviato quantunque l'autore persona fisica non sia stato identificato o non sia imputabile, o il reato si sia estinto per cause diverse dall'amnistia<sup>116</sup>.

La disciplina normativa dettata dal decreto sembra evidentemente derogare sotto diversi aspetti alle previsioni del codice di rito. Pare, ad esempio, che il giudice competente a norma dell'articolo 36 non sia tenuto a verificare - come invece richiede l'articolo 17 c.p.p.- che l'eventuale riunione «non determini ritardo nella definizione degli stessi», quasi inducendo la convinzione che il legislatore abbia ritenuto recessiva la necessità di garantire la celerità del processo dinnanzi alla prioritaria esigenza di completezza nell'accertamento. D'altro canto evidenti sono le difficoltà che, sotto il profilo strettamente applicativo, avrebbe comportato l'operatività del regime di separazione previsto dal codice: gli atti del procedimento penale avrebbero avuto accesso al procedimento *de societate* solo a fronte degli adempimenti richiesti dall'articolo 238 c.p.p.

Sebbene non vi sia totale convergenza tra le indicazioni codicistiche e le previsioni del decreto, un'esigenza di coordinamento appare comunque evidente. A titolo esemplificativo ancora, non sarà possibile dar luogo alla

---

<sup>116</sup> Sul tema dell'autonomia della responsabilità dell'ente si veda anche M. L. DI BITONTO, *op. cit.*, p. 127 ss.

riunione necessaria laddove le cause non presentino un'omogeneità di stato e di grado di definizione, posto che in tale evenienza le ragioni di efficienza e di ottimizzazione dei tempi processuali verrebbero irrimediabilmente sacrificate.

Il principio del simultaneo processo subisce invero alcune importanti eccezioni, espressamente enucleate dal secondo comma dell'articolo 38.<sup>117</sup>

In primo luogo sarà necessario procedere separatamente nell'ipotesi in cui sia stata disposta la sospensione del procedimento a carico della persona fisica a norma dell'articolo 71 c.p.p, nei casi di incapacità dell'imputato a partecipare consapevolmente al giudizio. Per ragioni di economia processuale si ritiene infatti che la momentanea paralisi del procedimento *de homine* non debba determinare ulteriori ritardi nel distinto procedimento a carico dell'ente<sup>118</sup>.

E' necessario evidenziare come il legislatore delegato abbia voluto limitare considerevolmente le ipotesi di separazione conseguenti a casi di sospensione del processo a carico delle persone fisiche. Pertanto la regola del simultaneo processo dovrà essere affermata in tutti quei casi di sospensione contemplati dal codice di rito che, in quanto non richiamati dall'articolo 38, non saranno idonei ad integrare i presupposti per la separazione degli accertamenti.

---

<sup>117</sup> Secondo l'interpretazione di parte della dottrina le previsioni contenute nell'articolo 38 non avrebbero carattere tassativo. In tal senso, G. GARUTI, *Persone giuridiche e "processo" ordinario di cognizione*, cit., p. 138; a parere dell'Autore «la vaghezza della formula richiamata dalla lett. c) induce a ritenere non già assolutamente predeterminati gli spazi operativi della separazione».

<sup>118</sup> Così, G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 459.

La seconda deroga riguarda l'ipotesi in cui taluno dei due procedimenti riuniti sia stato già definito con giudizio abbreviato o con applicazione della pena su richiesta delle parti, ovvero sia stato emesso decreto penale di condanna. Si tratta evidentemente di un caso di non convergenza tra le scelte processuali dell'una e dell'altra parte che sollecita alcune curiose osservazioni: in maniera del tutto singolare, nel primo caso il legislatore ha richiesto che il procedimento sia stato *definito* mentre, in relazione al modulo monitorio, ha ritenuto sufficiente la sola emissione del decreto penale di condanna<sup>119</sup>.

Controversa pare poi la scelta di non includere nell'ambito di applicazione della norma i casi di definizione del processo *de homine* mediante giudizio direttissimo e immediato. In linea tendenziale non pare peregrino ritenere che tali casi di divaricazione dei destini processuali delle parti siano da ascrivere alla distinta ipotesi di cui all'articolo 38 lett. c)<sup>120</sup>.

Da ultimo, con una formula quasi di chiusura, si stabilisce che la separazione opererà ogni volta in cui l'osservanza delle disposizioni processuali lo renda necessario. E' questa una previsione che, stante l'evidente vaghezza, lascia ampio spazio a dubbi applicativi. Ci si potrebbe domandare infatti se le disposizioni processuali cui si fa riferimento debbano essere esclusivamente quelle previste dal codice di rito, o anche le previsioni contenute nel decreto legislativo. Altrettanto problematico pare poi comprendere in quali circostanze l'osservanza di siffatte previsioni sia da intendersi come "necessaria". Nel tentativo di individuare un criterio guida di

---

<sup>119</sup> In argomento, G. GARUTI, *La procedura per accertare la responsabilità degli enti*, cit., p. 678.

<sup>120</sup> Così, M. L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., p. 135 ss.

portata generale, dovrebbe potersi concludere che il caso di separazione in esame sia destinato a trovare applicazione in tutti i casi in cui si assista ad una «divaricazione insuperabile tra lo schema procedimentale relativo alla persona fisica ed il corrispondente paradigma relativo al soggetto collettivo»<sup>121</sup>.

Ciò avverrà, ad esempio, nell'eventualità in cui il pubblico ministero, a conclusione delle indagini preliminari, ritenga di disporre l'archiviazione del procedimento a carico dell'ente, non essendo necessario— come si ricorderà—alcun intervento dell'organo giurisdizionale. L'iter procedimentale di accertamento delle responsabilità degli imputati sarà poi destinato a separarsi anche nella distinta ipotesi in cui l'ente abbia richiesto un termine per provvedere alla riparazione delle conseguenze del reato o, ancora, l'imputato abbia optato per la risoluzione del procedimento a suo carico con le forme proprie del rito immediato.

In conclusione deve poi rilevarsi che, sebbene le ipotesi contemplate dalla norma si riferiscano a «temporanee interruzioni nonché anticipate definizioni»<sup>122</sup> del procedimento penale, laddove fosse il procedimento *de societate* a versare in una fase di stasi, la disciplina della separazione delle reg giudicande dovrebbe trovare comunque applicazione onde consentire al procedimento penale di fare il proprio corso.

---

<sup>121</sup> L'espressione è di M. L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., p. 141.

<sup>122</sup> G. GARUTI, *Persone giuridiche e "processo" ordinario di cognizione*, cit., p. 139.

### 3.2 Modalità e forme di costituzione

Come si diceva, la disciplina in materia di costituzione in giudizio dell'ente è analiticamente enucleata dall'articolo 39 del decreto legislativo. Si stabilisce in primo luogo che l'ente che intenda partecipare al procedimento a suo carico debba farlo per mezzo del proprio legale rappresentante, salvo che questi si trovi ad essere imputato del reato da cui l'illecito amministrativo dipende.

*L'incipit* della norma è denso di risvolti pratici che meritano di essere sinteticamente riassunti.

Pur senza soffermarsi sulla clausola di riserva riferita all'ipotesi di incompatibilità rappresentativa che costituirà argomento di successiva trattazione, si può osservare che la scelta di attribuire i poteri di autodifesa dell'ente al soggetto indicato dalla legge o dallo statuto societario, sia stata giustificata dall'opportunità di coinvolgere nelle dinamiche processuali un individuo dotato di quelle approfondite conoscenze della struttura societaria, tali da consentire la predisposizione di un'efficace strategia di difesa.

In secondo luogo il legislatore delegato utilizza nella disposizione summenzionata la locuzione "procedimento penale", un sintagma usualmente adoperato per designare il procedimento di accertamento a carico della persona fisica autrice del reato presupposto<sup>123</sup>.

---

<sup>123</sup> Circa l'errore di formulazione contenuto nell'articolo 39 si veda anche A. BASSI-T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 535.

Le soluzioni interpretative sviluppatesi attorno a tale tematica sono delle più disparate: accantonata l'ipotesi di una maldestra "svista" linguistica, la dottrina appare equamente divisa tra chi ritiene che la locuzione - intenzionalmente utilizzata- riveli quasi *freudianamente* la reale natura penalistica di tale accertamento e chi sostiene, piuttosto, che tale scelta semantica sia dovuta alla previsione dello svolgimento contestuale ed unitario dei due procedimenti <sup>124</sup>.

Quale che sia l'opzione ermeneutica prescelta, è indubbio che la persona giuridica possa inserirsi nelle dinamiche del procedimento a suo carico solo a fronte di un atto unilaterale con il quale manifesti tale volontà partecipativa<sup>125</sup>. La costituzione dell'ente avviene mediante il deposito presso la cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente di una dichiarazione che, a pena di inammissibilità, deve recare talune indicazioni<sup>126</sup>. In primo luogo, il secondo comma dell'articolo 39 richiede che vengano indicate la denominazione dell'ente e le generalità del suo legale rappresentante.

Il primo requisito presenta una valenza evidentemente informativa che consente al giudice di individuare con esattezza il soggetto del procedimento. Il riferimento alle generalità del legale rappresentante configura invece un adempimento di centrale importanza in quanto volto a designare la persona

---

<sup>124</sup> Così, A. BASSI, *La costituzione in giudizio dell'ente con specifico riguardo alle procedure incidentali in discussione innanzi al tribunale del riesame*, cit., p. 28.

<sup>125</sup> G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 466.

<sup>126</sup> L'atto di costituzione presentato sin da principio è destinato a produrre i propri effetti in via immanente, senza necessità di rinnovazione nelle successivi fasi del giudizio.

che, nell'arco dell'*iter* processuale, si farà portavoce della linea difensiva della società. Quantunque la norma non lo richieda espressamente, la giurisprudenza costante della Suprema Corte di Cassazione ritiene sussistente un ulteriore onere di allegazione della fonte del potere di rappresentanza, *ex lege* o statutaria<sup>127</sup>.

Il successivo adempimento consiste nell'indicazione delle generalità del difensore e della relativa procura *ad litem*. E' opportuno ricordare che gli avvocati e i procuratori iscritti all'elenco speciale annesso all'albo professionale a norma della lettera b del IV comma del R.d.l. 27 dicembre 1933, sono abilitati all'esercizio della professione forense limitatamente agli affari propri dell'ente presso cui prestano la loro opera, avendo una capacità professionale limitata.

La procura, depositata presso la segreteria del pubblico ministero, presso la cancelleria del giudice competente o presentata direttamente in udienza, deve essere conferita nelle forme proprie dell'articolo 100 c.p.p.

Da ultimo, affinché si perfezioni l'atto di costituzione, è necessario allegare la sottoscrizione del difensore unitamente alla dichiarazione o elezione di domicilio. Se la necessità della sottoscrizione del patrocinante pare sintomatica della volontà del legislatore di disciplinare la partecipazione dell'ente alla stregua del convenuto nel processo civile<sup>128</sup>, ulteriori

---

<sup>127</sup> Sull'onere di allegazione della fonte del potere di rappresentanza, *ex plurimis*, Cass., sez. II, civile. 15 novembre 2006, n. 24298; Cass., sez. V, penale, 16 gennaio 1997, n. 1460.

<sup>128</sup> G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale*, cit., p. 244.

considerazioni si rendono invece necessarie in riferimento alla previsione della lettera *d*) dell'articolo 39. Tale disposizione, caratterizzata da evidenti connotati di originalità sia in riferimento alla disciplina ordinariamente prevista per la costituzione dell'imputato, sia in riferimento alle disposizioni processuali dell'articolo 84 c.p.p. dedicate alle parti private, si lascia motivare dalla necessità di evitare dannose sospensioni del procedimento che, a norma dell'articolo 43 comma 4 del decreto, conseguirebbero all'impossibilità di effettuare le notificazioni per carente o insufficiente indicazione di domicilio.

Diversamente, per quanto concerne l'imputato la mancata indicazione del domicilio determinerebbe - salvo quanto previsto dall'articolo 161 comma 4 c.p.p. - l'attivazione delle modalità di notifica previste dall'articolo 157 c.p.p.; per le parti private non costituite l'articolo 154 comma 4 c.p.p. prevede invece che le notificazioni debbano avvenire presso i rispettivi difensori o, in via subalterna, presso il domicilio dichiarato o eletto nel luogo in cui si procede con atto ricevuto dalla cancelleria del giudice competente.

La scelta di disciplinare le modalità di partecipazione dell'ente al procedimento alla stregua di quanto previsto dall'articolo 84 c.p.p. risponde ad esigenze di coerenza sistematica.<sup>129</sup> In primo luogo, infatti, il procedimento *de societate*, nell'ipotesi ordinaria in cui risulti celebrato contestualmente al procedimento di accertamento del reato presupposto, già conosce un imputato, trattasi com'è ovvio della persona fisica presumibilmente responsabile del reato presupposto; in secondo luogo - come stabilisce l'*incipit* dell'articolo 39

---

<sup>129</sup> A. BASSI, T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 537.

- l'ente si materializza nel procedimento a suo carico per mezzo della persona fisica chiamata a rappresentarlo in virtù del rapporto di immedesimazione organica che, però, è soggetto distinto dalla persona giuridica e necessariamente estraneo all'illecito<sup>130</sup>.

I requisiti richiesti dalle lettere *a)*, *b)*, *c)* e *d)* del secondo comma dell'articolo 39 sono previsti a pena di inammissibilità della dichiarazione di costituzione, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento. Sarà onere dell'autorità giudiziaria procedente verificare l'osservanza delle formalità richieste dalla norma, anche allo scopo di impedire ricadute negative a carico dell'ente stesso (a titolo esemplificativo, l'inammissibilità dell'impugnazione proposta dal rappresentante legale non correttamente costituito).

Tuttavia, trattandosi di requisiti meramente formali, qualora l'ente non sia decaduto dal potere di porre in essere l'atto, ben potrà emendare il vizio e riproporre l'istanza in ogni tempo, posto che il decreto legislativo non prevede limiti temporali alla costituzione.

Il legislatore, in definitiva, ha inteso costruire un modulo di partecipazione dell'ente al giudizio funzionale a garantire l'individuazione e l'investitura della persona fisica onerata del difficile compito di rappresentarlo durante l'intero *iter* di un giudizio che - per la prima volta e

---

<sup>130</sup> Così, A. BASSI, *La costituzione in giudizio dell'ente con specifico riguardo alle procedure incidentali in discussione innanzi al tribunale del riesame*, cit., p. 29.

senza soluzioni di continuità- finisce col coinvolgere «un soggetto strutturalmente ingombrante»<sup>131</sup>.

### **3.3 «Dualità concettuale»<sup>132</sup> tra partecipazione e diritto di difesa dell'ente**

L'impianto normativo del decreto legislativo consente - attraverso le previsioni degli articoli 34 e 35 - di convogliare le disposizioni del codice di rito nell'ambito del procedimento *de societate*. Si tratta, all'evidenza, di una tecnica normativa che, seppur supportata da rilevanti esigenze di carattere strutturale, propone costantemente nuove perplessità interpretative.

Prioritario è verificare in che misura l'operatività delle garanzie difensive proprie del procedimento penale risulti essere subordinata agli adempimenti richiesti dall'articolo 39 in riferimento alla costituzione dell'ente. Per accertare se il diritto di difesa abbia o meno «una qualche rilevanza ancor prima della formale costituzione»<sup>133</sup>, occorre stabilire quale sia il rapporto intercorrente tra l'adempimento delle formalità richieste ai fini della costituzione e le garanzie di una effettiva partecipazione dell'ente nel procedimento a suo carico.

---

<sup>131</sup> G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 467.

<sup>132</sup> L'espressione è di G. ALICE, A. DE SANCTIS, *La rappresentanza dell'ente in giudizio: incompatibilità e diritto di difesa*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, p. 151 ss.

<sup>133</sup> P. MOSCARINI, *I principi generali del procedimento penale de societate*, in *Diritto penale e processo*, 2011, p. 1272.

Al riguardo gli orientamenti della Suprema Corte, parsi per molti versi “ondivaghi” ed incerti, hanno inevitabilmente determinato una qualche forma di disorientamento in capo agli interpreti.

La prima vicenda sottoposta al vaglio dei giudici di legittimità ha riguardato l’ammissibilità dell’istanza di riesame avverso un decreto di sequestro, proposta dal rappresentante legale di una società non ancora costituita<sup>134</sup>. In questa occasione la Corte ha avuto modo di chiarire che l’esercizio dei diritti difensivi - nello specifico la legittimazione a proporre impugnazione - non può risultare compromesso dalla mancata osservanza degli adempimenti di cui all’articolo 39; tali diritti spettano anche al difensore della persona giuridica, nominato a norma dell’articolo 96 c.p.p. senza necessità di formale procura *ad litem*.

A distanza di qualche tempo da una pronuncia che appariva condivisibile sotto il profilo del ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, la Suprema Corte giunge a conclusioni di segno opposto. Il secondo caso esaminato dal Collegio riguardava, questa volta, l’ammissibilità di una richiesta di riesame avverso un sequestro probatorio, proposta dal difensore di una s.r.l. il cui rappresentante legale risultava essere incompatibile, in quanto sottoposto ad indagini nel medesimo procedimento e per il reato presupposto dell’illecito amministrativo.

La Corte, alla luce dell’esigenza di impedire elusioni della disciplina dettata in materia di incompatibilità rappresentativa, dichiarava inammissibile

---

<sup>134</sup> Cass., sez. VI, penale, 5 novembre 2007, n. 43642 (*Quisqueyana s.p.a.*).

l'impugnazione proposta, osservando che la mancata subordinazione dell'esercizio delle facoltà difensive alla preventiva costituzione avrebbe consentito in definitiva di aggirare l'ostacolo normativo attraverso la nomina di un difensore di fiducia preposto a tali funzioni. Le conclusioni cui la Corte perviene sembrano voler implicitamente affermare la coincidenza di due istituti sostanzialmente autonomi limitando tra l'altro la possibilità di impugnazione dei provvedimenti cautelari la cui incidenza sull'attività economica della società è tutt'altro che trascurabile<sup>135</sup>.

Il principio affermato in sentenza rischia inoltre di compromettere irrimediabilmente le garanzie tipiche del procedimento penale che il legislatore ha voluto far confluire nel procedimento *de societate*, ponendosi in netta antitesi con le tesi sostenute dalla dottrina prevalente<sup>136</sup>. Non è dunque casuale che, in data 19 giugno 2009, i giudici di legittimità abbiano ritenuto opportuno invertire nuovamente la rotta, affermando che, nei casi di incompatibilità del rappresentante dell'ente, i diritti di difesa potranno essere esercitati per il tramite di un difensore d'ufficio nominato a norma dell'articolo 40 del decreto<sup>137</sup>.

Gli approdi interpretativi di tale evoluzione giurisprudenziale consentono, in ultima sede, di trarre alcune conclusioni. Malgrado lo stretto

---

<sup>135</sup> Così, G. ALICE, A. DE SANCTIS, *La rappresentanza dell'ente in giudizio*, cit., 152 ss.

<sup>136</sup> *Ex plurimis*, G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p., 435 ss. ; A. BASSI, T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 532 ss; G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale*, cit., p. 233 ss.

<sup>137</sup> Cass., sez. VI, pen., 19 giugno 2009, n. 41399 (*Gastronomia Salvò s.r.l.*).

legame intercorrente tra la partecipazione al procedimento e gli adempimenti sottesi alla formalizzazione della costituzione, l'acquisizione della veste di soggetto del procedimento non coincide con il deposito dell'atto costitutivo, ma si acquisisce al momento dell'iscrizione (*rectius*, annotazione) della *notizia criminis* a proprio carico.

Si ripropone insomma una netta divaricazione tra il concetto di difesa tecnica e il distinto riferimento alla difesa personale in giudizio<sup>138</sup>; gli adempimenti richiesti dal decreto sono funzionali a garantire il pieno esercizio dell'autodifesa dell'ente, non anche l'esercizio della difesa tecnica<sup>139</sup>.

Distinguendo quella dualità di posizioni tra ente- soggetto del procedimento ed ente- titolare di facoltà, diritti, oneri e doveri che gli sono attribuiti a prescindere dall'atto di costituzione, nessuna confusione concettuale dovrebbe tollerarsi circa la chiara distinzione tra partecipazione personale e riconoscimento dei diritti difensivi accordati dal codice di rito.

In questo ordine di idee dovrà ritenersi che la mancata costituzione dell'ente non valga ad estrometterlo dal procedimento, atteso che «il diritto all'assistenza del difensore comunque gli garantisce la partecipazione nei

---

<sup>138</sup> In tal senso, G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 468.

<sup>139</sup> Si veda anche, G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale*, cit., p. 241, secondo cui in mancanza dell'atto costitutivo l'ente non potrebbe compiere atti personali come l'accettazione delle remissione, la richiesta di giudizio abbreviato, la rinuncia all'impugnazione.

limiti in cui quest'ultimo può esercitare autonomamente i diritti attribuiti dalle norme processuali alla persona giuridica»<sup>140</sup>.

Al di là delle enunciazioni di principio circa le ragioni della scelta del procedimento penale, il grado di civiltà giuridica di un ordinamento dovrà insomma essere stimato utilizzando come unità di misura l'effettività delle garanzie che esso realmente riconosce alle parti.

### **3.4 Le vicende modificative**

Nell'ambito delle realtà d'impresa non è infrequente assistere a fenomeni di "metamorfismo" organizzativo che, sulla scorta di esigenze economico-produttive connesse alle mutevoli congiunture del mercato, producono profonde modificazioni della fisionomia strutturale dei soggetti meta individuali.

Ci si riferisce, evidentemente, al fenomeno delle vicende modificative alla cui disciplina il legislatore dedica un nutrito novero di disposizioni, volte a regolamentarne tanto gli aspetti sostanziali, tanto le conseguenti ricadute sul piano processuale.

L'articolo 42 del decreto legislativo - proiezione processuale delle disposizioni contenute negli articoli 28 e seguenti - cristallizza la regola della *perpetuatio* della responsabilità dell'ente, stabilendo che, nei casi di

---

<sup>140</sup> L. PISTORELLI, *Le modalità di partecipazione dell'ente al procedimento nell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, p. 179.

trasformazione, fusione o scissione dell'ente originariamente responsabile, il procedimento prosegue nei confronti del soggetto risultante da tali vicende modificative o beneficiario della scissione. In specifico riferimento agli aspetti procedurali, l'articolo in esame prevede che il nuovo soggetto di diritto possa partecipare al processo, intervenendo nello stato in cui esso si trova, a fronte del deposito della dichiarazione di costituzione a norma dell'articolo 39 comma secondo.

Appare chiaro che il legislatore delegato abbia inteso assicurare l'immediato subentro del soggetto risultante da trasformazione, scissione o fusione "*in locum et ius*" dell'ente originario, in tutti quei casi in cui si verificano «riorganizzazioni strutturali che ne mutino, più o meno profondamente, i tratti fisionomici o che addirittura ne provochino la formale scomparsa quale autonomo centro di imputazione di posizioni giuridiche soggettive, in conseguenza dell'assorbimento o della frantumazione in differenti organismi»<sup>141</sup>.

Più nel dettaglio, la trasformazione non determina l'estinzione del soggetto originario ma ne comporta la mera modificazione dell'atto costitutivo, pur senza comprometterne l'identità giuridica. In tale circostanza non sembra destare particolare problematicità, in ordine ai profili attinenti al principio di personalità, la scelta legislativa di mantenere ferma la responsabilità dell'ente trasformato per i reati commessi anteriormente alla vicenda.

---

<sup>141</sup> V. NAPOLEONI, *Le vicende modificative: trasformazione, fusione, scissione e responsabilità degli enti*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, p. 139.

Per fusione deve invece intendersi quell'ipotesi di compenetrazione di più soggetti che da' vita ad un nuovo organismo, destinato ad inglobare le precedenti attività aziendali. Nell'ipotesi di fusione propria, l'ente risultante cumula la responsabilità da reato di tutti i soggetti partecipanti; nella fusione per incorporazione il nuovo soggetto assomma alla propria eventuale responsabilità quella degli incorporati, sia ai fini delle sanzioni interdittive e pecuniarie, sia ai fini del risarcimento del danno.

La scissione, infine, produce un ridimensionamento del patrimonio dell'ente scisso ed un successivo trasferimento in capo all'ente beneficiario dei rapporti obbligatori e delle responsabilità precedentemente assunte<sup>142</sup>. Nello specifico, gli enti beneficiari della scissione risultano essere solidalmente obbligati al pagamento delle sanzioni pecuniarie dovute per fatti commessi anteriormente alla vicenda, nei limiti del valore del patrimonio netto effettivamente trasferito e salvo che non sia stato trasferito il ramo d'azienda in cui venne commesso il fatto.

La scelta legislativa di trasferire in capo al "nuovo" soggetto di diritto anche la pregressa storia processuale, oltre ad assecondare evidenti esigenze di economia processuale, sembra essere preordinata ad evitare che l'ente possa strumentalizzare la prassi delle modificazioni strutturali per eludere la responsabilità da reato di cui al presente decreto<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> Per un approfondimento si vedano: G. GARUTI, *La procedura per accertare la responsabilità degli enti*, cit., p. 680; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 129 ss.

<sup>143</sup> In tal senso, H. BELLUTA, *Commento all'articolo 43*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. lgs 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di A. Presutti, Cedam, Padova, 2008, p. 371.

Ciò premesso vi è da chiedersi in che misura tale opzione normativa assicuri l'effettività della partecipazione e della difesa dell'ente che pure abbia dismesso l'originaria veste strutturale. In quest'ottica appare per molti versi censurabile tanto la mancata previsione di strumenti sospensivi che consentano all'imputato di far fronte alle nuove incombenze, tanto l'omessa previsione della possibilità per l'autorità procedente di assegnare un congruo termine a difesa per il difensore di parte dell'ente<sup>144</sup>.

Non sembra azzardato ritenere che la disciplina dettata dal decreto in esame avrebbe dovuto dedicare maggiore attenzione alla necessità di bilanciamento di due distinte esigenze: da un lato, impedire manovre elusive da parte dell'ente, assecondando obiettivi di effettività del sistema sanzionatorio; dall'altro, salvaguardare la rigorosa osservanza del principio di personalità della responsabilità della persona giuridica, impedendo che una incondizionata trasmissibilità di suddetta responsabilità finisca con l'incidere negativamente su quei "terzi-innocenti" che potrebbero essere i soggetti risultanti dalla vicenda modificativa.

Da tale angolo visuale, l'articolo 42 del decreto legislativo - definito per certi versi «norma brachilogica»<sup>145</sup> - è stato oggetto di penetranti critiche provenienti dalla dottrina più attenta alle esigenze di garantismo del procedimento *de societate*. Si è sottolineato, in primo luogo, come una

---

<sup>144</sup> Così G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale*, cit., p. 252.

<sup>145</sup> L'espressione è sempre di G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale*, cit., p. 251.

presunzione assoluta del rischio di strumentalizzazione delle vicende modificative possa non avere una effettiva rispondenza con la realtà dei fatti; si sottolinea, in altri termini, che la modificazione dei modelli operativi o della veste strutturale è resa spesso necessaria dall'urgenza di conformare le strategie imprenditoriali alle mutate richieste di mercato.

In secondo luogo - come si diceva - non può tacersi il rischio che una siffatta normativa finisca col colpire soggetti ignari ed incolpevoli, i quali, seppur astrattamente legittimati ad intervenire nel procedimento, ne risultino di fatto estromessi a fronte di una tendenziale insufficienza informativa<sup>146</sup>.

Di centrale importanza è poi stabilire cosa avvenga nei casi in cui taluna delle vicende modificative indicate dalla norma sia intervenuta successivamente al deposito dell'originario atto di costituzione. Bisognerà verificare se, in tale evenienza, l'organo procedente sia abilitato a procedere ad una dichiarazione di contumacia qualora il nuovo soggetto non reiteri le formalità richieste dall'articolo 39 comma secondo, o piuttosto, al di là del dettato normativo, se possa affermarsi la perdurante efficacia dell'iniziale dichiarazione. Sebbene la disposizione contenuta nell'articolo 42 appaia perentoria nello stabilire che il nuovo soggetto possa intervenire nel procedimento pendente solo a fronte del deposito di un rinnovato atto di costituzione, sembra comunque preferibile concludere che, in virtù del rinvio alle previsioni degli articoli 420*bis* e seguenti c.p.p., l'autorità procedente sia

---

<sup>146</sup> In tal senso, G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 152 ss.

abilitata a proseguire nelle forme contumaciali solo ove abbia accertato una precisa volontà dell'ente di non partecipare al procedimento, quantunque ciò si verifichi all'esito di una modificazione strutturale dello stesso.

Quale che sia la soluzione interpretativa al riguardo, non può non condividersi l'opinione di quella parte della dottrina che solleva dubbi di compatibilità costituzionale della norma in riferimento ai parametri degli articoli 3, 24 e 111 della Costituzione: se l'intero edificio normativo del decreto legislativo risponde ad esigenze di tutela e di garanzia dell'ente-imputato, non può non auspicarsi un intervento legislativo finalizzato a predisporre puntuali veicoli informativi che consentano la tutela, in termini di effettività, dei diritti partecipativi e difensivi riconosciuti alla persona giuridica<sup>147</sup>.

Solo per tale via sarà possibile, ad esempio, impedire che un'eventuale sentenza di condanna possa spiegare i suoi effetti nei confronti di un soggetto che mai abbia avuto reale conoscenza della precedente esperienza processuale dell'ente realmente responsabile.

### **3.5 Cenni sulla fase dibattimentale**

Qualora l'ente si sia regolarmente costituito sorge la necessità di stabilire quali siano le regole processuali applicabili alla fase dibattimentale. Il decreto legislativo invero si limita a stabilire (art. 65) che l'autorità giudiziaria

---

<sup>147</sup> Sul punto, G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 156 ss.

precedente può sospendere il processo nell'ipotesi in cui l'ente, prima dell'apertura del dibattimento, ponga in essere le condotte riparatorie di cui all'articolo 17, quantificando contestualmente la somma di denaro da versarsi a titolo di cauzione.

Alla luce del fatto che le successive disposizioni si limitano ad enucleare i possibili provvedimenti conclusivi del giudizio, in assenza di ulteriori e specifiche indicazioni, sarà necessario far riferimento alle disposizioni del codice di rito. Risulteranno applicabili le disposizioni relative agli atti preliminari al dibattimento, alla possibilità delle parti di prendere visione dei documenti allegati al fascicolo processuale ed estrarne copie, all'opportunità di depositare proprie liste testimoniali (art. 465 ss. c.p.p.).

Deve inoltre ritenersi applicabile la normativa dettata in materia di proposizione di questioni preliminari e di formulazione di richieste di prova, accordando all'ente anche la facoltà di rendere dichiarazioni spontanee a norma dell'articolo 494 c.p.p., seppur attraverso il rappresentante legale indicato nell'atto costitutivo.

Infine, non sembrano esserci ostacoli nel ritenere compatibili col procedimento *de societate* le disposizioni contenute dagli articoli 512, 512bis e 513 c.p.p. in tema di lettura di atti divenuti irripetibili, lettura di dichiarazioni rese da soggetto residente all'estero, lettura di dichiarazione del contumace<sup>148</sup>.

---

<sup>148</sup> In argomento, G. DE FALCO, *L'ente e il dibattimento: principi generali e problematiche specifiche*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, p. 80 ss.

## 4. La contumacia

### 4.1 Presupposti e requisiti della dichiarazione di contumacia

«Il processo penale è diritto costituzionale applicato; la sua funzione – anzi, la giustificazione stessa della sua esistenza- è quella di garantire i diritti individuali che trovano nella Costituzione il loro principale riconoscimento»<sup>149</sup>. E' questa la premessa metodologica dalla quale occorre prendere le mosse nella trattazione del peculiare regime della contumacia nel procedimento volto ad accertare la responsabilità della persona giuridica.

L'intera logica sistematica e l'intima ispirazione del processo penale, infatti, rispondono all'esigenza di dar tutela alle posizioni dell'imputato - persona fisica o persona giuridica - che si trovi ad essere proiettato nelle dinamiche di un giudizio considerato già di per sé un costo in termini "umani"; costo che può dirsi tollerato e tollerabile solo nella misura in cui si garantiscano all'interessato quei diritti e quelle facoltà che rappresentano il precipitato processuale della disciplina costituzionale.

Ma vi è di più. Le importanti guarentigie della tradizione penalistica sono riconosciute non solo al soggetto che abbia consapevolmente scelto di intervenire nel procedimento, bensì anche a colui il quale, per qualsiasi ragione, abbia ritenuto di rimanerne formalmente estraneo.

La disciplina dettata dal codice di rito in materia di contumacia, disegnando una trama normativa volta a tutelare puntualmente la posizione

---

<sup>149</sup> G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in *Giur. it.*, 2008, p. 522.

dell'imputato, sembra destinata ad operare in due distinti momenti processuali: in via preliminare il legislatore richiede all'autorità giudiziaria procedente di verificare con accuratezza se la mancata costituzione dell'interessato sia frutto di una sua scelta consapevole e volontaria ; solo in un secondo momento e solo a seguito di un esito positivo di tale verifica, il codice di rito garantisce l'operatività di strumenti e di tecniche volte ad assicurare comunque il diritto di difesa dell'imputato contumace.

A fronte di una disciplina dettagliata ed analitica quale quella codicistica, il decreto legislativo si limita a stabilire invece che «l'ente che non si sia costituito nel processo è dichiarato contumace» (art. 41).

Esigenze di completezza e di coerenza sistematica impongono tuttavia di arricchire di contenuti tale laconica previsione, attraverso la tecnica del rinvio alle norme del codice di rito.

In via preliminare è opportuno osservare come, quantunque la declaratoria di contumacia sia atto riservato all'udienza preliminare o al dibattimento, nella fase delle indagini preliminari l'inerzia della persona giuridica non sarà comunque idonea a menomare le garanzie difensive o a precludere la possibilità di accesso ai riti alternativi al dibattimento<sup>150</sup>.

In primo luogo, la declaratoria di contumacia potrà aversi tanto nel caso di mancata costituzione dell'ente, tanto nelle ipotesi di irrivalenza o

---

<sup>150</sup> v. *supra*, cap. III, par. 3.3. Si veda anche A. BASSI, T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 548.

irregolarità<sup>151</sup> dell'atto costitutivo precedentemente depositato. Qualora tale atto sia infatti carente dei requisiti richiesti dall'articolo 39 comma secondo, «l'inammissibilità determinerà in pratica, la irregolare costituzione dell'ente nel procedimento e, al di fuori della fase delle indagini preliminari, la contumacia»<sup>152</sup>. Come è ovvio, sussistendone i presupposti, l'ente potrà emendare il vizio formale e reiterare la dichiarazione di costituzione con atto conforme ai requisiti di legge.<sup>153</sup>

Diversamente, nel caso in cui l'ente si sia costituito ma il suo rappresentante legale non sia intervenuto in udienza, la normativa speciale in luogo della declaratoria di contumacia ritiene attivabile una peculiare forma di rappresentanza necessaria ad opera del difensore di fiducia o d'ufficio<sup>154</sup>.

Come si è anticipato, in virtù del richiamo alle norme del codice di rito, veicolato dagli articoli 34 e 35 del decreto legislativo, per addivenire ad una declaratoria di contumacia non è sufficiente il mancato deposito dell'atto formale di costituzione, ma si richiede piuttosto all'autorità procedente di compiere una serie di accertamenti volti a verificare l'insussistenza di impedimenti contingenti ed indipendenti dalla volontà dell'ente<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> A tal riguardo, H. BELLUTA, *Commento all'articolo 41*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. lgs 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di A. Presutti, Cedam, Padova 2008, p. 377.

<sup>152</sup> G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 422

<sup>153</sup> Così, H. BELLUTA *Commento all'articolo 41*, cit., p. 378.

<sup>154</sup> v. *supra*, cap. II, par. 4.

<sup>155</sup> Si vedano, A. BASSI, T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 546; G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 470.

Non è azzardato ritenere che tale accertamento assuma nel procedimento *de societate* una rilevanza ulteriore; basti infatti osservare che, per effetto delle previsioni dell'articolo 43 comma 4 del decreto, quando non sia stato possibile effettuare le notificazioni a norma di legge e le nuove ricerche non abbiano dato esito positivo, l'autorità giudiziaria su richiesta del pubblico ministero dovrà sospendere il procedimento, «finendo così con il limitare l'ambito operativo del giudizio contumaciale»<sup>156</sup>.

Il giudice procedente dovrà innanzitutto verificare, a norma dell'articolo 420*bis* c.p.p, che l'ente abbia avuto effettiva conoscenza dell'avviso di fissazione dell'udienza. Qualora appaia probabile o provata l'incolpevole ignoranza da parte dell'ente di suddetto avviso, l'autorità giudiziaria dovrà provvedere a reiterarne la notifica salvo che l'eventuale mancata conoscenza sia dovuta a sua colpa e fuori dai casi in cui le notificazioni possano essere effettuate nelle mani del difensore.

In un secondo momento, l'organo procedente dovrà accertare se l'assoluto impedimento a comparire sia stato dovuto a caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento (art. 420*ter* c.p.p.).

Poiché le previsioni contenute nel codice di procedura penale sono destinate ad accedere al rito *de societate* solo a fronte del buon esito di un preventivo vaglio di compatibilità con gli scopi e le modalità del diverso

---

<sup>156</sup> G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 470.

procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente, anche il richiamo alla disciplina codicistica della contumacia impone alcuni adattamenti.

La dottrina prevalente, ad esempio, si è a lungo interrogata su chi sia il soggetto di cui il giudice debba accertare l'effettiva conoscenza dell'avviso di fissazione dell'udienza<sup>157</sup>: il rappresentante legale o l'ente stesso? Ragioni di coerenza rispetto alla normativa in materia di notificazioni che rinvia alle previsioni dell'articolo 154 comma 3 del codice di rito – il quale a sua volta richiama le previsioni del codice di procedura civile – portano a ritenere che tale verifica debba essere condotta nei confronti della stessa persona giuridica.

L'avviso di fissazione dell'udienza potrà essere consegnato dunque al legale rappresentante, alla persona incarica di ricevere le notificazioni o ad altro soggetto addetto alla sede legale; l'ignoranza dell'avviso da parte dell'ente, pur dovendo essere valutata in relazione all'avvenuta individuazione di soggetti abilitati alla ricezione di comunicazioni da parte dell'autorità giudiziaria, impedirà la declaratoria di contumacia nella misura in cui l'ente riesca a dar conto del carattere incolpevole della stessa.

A diversa conclusione dovrà pervenirsi nell'ipotesi di impossibilità di comparire dovuta a caso fortuito o forza maggiore: in tal caso la verifica del legittimo impedimento dovrà essere condotta nei confronti del legale rappresentante, attraverso il quale l'ente partecipa al procedimento a norma dell'articolo 39 comma 1.

---

<sup>157</sup> In argomento, A. BASSI, T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 547.

## 4.2 Diritti e facoltà dell'ente non costituito.

Laddove, risultando adempiuti gli accertamenti posti a carico dell'autorità procedente, si evinca una precisa volontà dell'ente di non prendere parte al procedimento a suo carico, il giudice dovrà dichiararne la contumacia.

La dichiarazione di contumacia è atto destinato a produrre una molteplicità di effetti nella sfera giuridica dell'imputato. In primo luogo, per effetto delle previsioni dell'articolo 420 *quater* comma 2 c.p.p., l'ente non costituito dovrà essere rappresentato dal difensore di fiducia o d'ufficio, il quale, pur non potendo porre in essere atti personalissimi (quali ad esempio la richiesta di interrogatorio) risulterà comunque abilitato a proporre impugnazione avverso i provvedimenti applicativi di misure cautelari, nonché a richiedere la definizione del giudizio tramite moduli alternativi al dibattimento.

In secondo luogo vi è da chiedersi se ne procedimento *de societate* siano destinate a trovare applicazioni le disposizioni che l'articolo 490 c.p.p. dedica all'accompagnamento coattivo, nei casi in cui la presenza dell'imputato sia necessaria per procedere all'assunzione di prove diverse dall'esame (notoriamente incoercibile), quali ispezioni, ricognizioni ed esperimenti giudiziali. La dottrina maggioritaria appare concorde nel dar risposta negativa a tale interrogativo. Si osserva innanzitutto che l'accompagnamento coattivo dovrebbe essere disposto nei confronti del legale rappresentante dell'ente che

finirebbe con l'essere destinatario di misure coercitive pur non essendo il "vero" imputato del procedimento. E' poi agevole notare che, diversamente argomentando, la soluzione che consentisse l'accompagnamento coattivo dell'interessato recherebbe con sé il paradosso di assicurare il coinvolgimento di un mero soggetto "di fatto": poiché, a norma dell'articolo 39, la nomina e l'individuazione del legale rappresentante costituiscono adempimenti da ossequiare in sede di deposito dell'atto costitutivo, la mancata osservanza di tali formalità renderebbe comunque necessaria una sanatoria dell'investitura formale dello stesso. Insormontabile pare poi l'ostacolo che si prospetterebbe nel caso in cui il rappresentante legale fosse raggiunto da una delle cause di incompatibilità conseguenti al fatto di essere imputato del reato presupposto.

Da ritenersi applicabili sono invece le disposizioni dell'articolo 484 c.p.p. che consente all'imputato, prima dell'adozione di uno dei provvedimenti conclusivi dell'udienza preliminare, di rendere dichiarazioni spontanee o di richiedere d'essere sottoposto ad interrogatorio, a condizione che la costituzione sia stata regolarizzata ed il rappresentante legale non risulti incompatibile.

Da ultimo si ritiene che la dichiarazione di contumacia possa essere revocata, in qualsiasi fase processuale, allorché l'imputato richieda di intervenire depositando atto di costituzione. In tali casi lo stato contumaciale si estingue indipendentemente dalla formale pronuncia di revoca *ex art. 420 quater* c.p.p., «allorquando l'imputato compaia in giudizio facendo venir

meno la situazione di fatto che aveva originato la dichiarazione di contumacia»<sup>158</sup>.

## **5. Le notificazioni**

### **5.1 Il sistema informativo e il rinvio alle disposizioni codicistiche**

L'esigenza di garantire un'effettiva partecipazione dell'ente al procedimento si riverbera inevitabilmente anche sulla disciplina dettata dal decreto legislativo in materia di notificazione, ai sensi dell'articolo 43.

La tutela del diritto di difesa, difatti, risulta essere intimamente connessa all'efficienza di quei meccanismi di informazione che consentono alla persona giuridica di "difendersi conoscendo", assicurando cioè la celere ed effettiva conoscibilità degli atti e dei provvedimenti adottati nei suoi confronti.

Il sistema informativo di cui all'articolo 43, ispirato ad evidenti esigenze di massimo garantismo circa l'efficacia del procedimento notificatorio, appare strutturato sulle fondamenta delle regole dettate tanto dal codice di procedura penale, tanto dal codice di procedura civile.

Con specifico riguardo alla prima notificazione all'ente, il primo comma dell'articolo in esame sancisce l'applicabilità delle disposizioni dettate dall'articolo 154 comma 3 c.p.p. che, a sua volta, rinvia alle forme stabilite per il processo civile dagli articoli 144-145 c.p.c., in materia di notificazioni

---

<sup>158</sup> L'espressione è di A. BASSI, T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 549.

alle amministrazioni pubbliche, alle persone giuridiche e agli enti anche privi di personalità giuridica che assumano la veste di persona offesa, di parte civile, di responsabile civile o di civilmente obbligato per la pena pecuniaria.

Il richiamo alla disciplina civilistica limitato alla prima notificazione all'ente si lascia motivare alla luce di due distinte esigenze: assicurare, conformemente a quanto stabilito dall'articolo 39 comma 2, lett. d), il tempestivo adempimento dell'obbligo di dichiarare o eleggere domicilio a pena di inammissibilità dell'atto costitutivo; impedire l'avvio del procedimento nei casi di irreperibilità dell'ente<sup>159</sup>.

E' opportuno ribadire poi che, anche in materia di notificazioni, il decreto legislativo consente una forma di eterointegrazione codicistica, che tuttavia risulta pur sempre subordinata ad una preliminare verifica di compatibilità con gli scopi e con le peculiarità del procedimento *de societate*.<sup>160</sup> Si rende dunque evidente l'urgenza di stabilire in che misura la normativa dettata dal codice di procedura civile possa, per effetto del duplice rinvio, trovare applicazione nei confronti dell'ente-imputato.

In particolare, l'articolo 144 c.p.c. dispone che le notificazioni agli enti pubblici debbano essere effettuate presso l'Avvocatura dello Stato ovvero presso la sede dell'amministrazione destinataria, a chi la rappresenta nel luogo in cui ha sede il giudice procedente, mediante consegna in copia al titolare della sede, alla persona all'uopo incaricata o ad altro soggetto a ciò preposto.

---

<sup>159</sup> In questo senso, A. BASSI, T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 553; G. GARUTI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 3.

<sup>160</sup> G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 171.

Invero, poiché l'articolo 1 comma 3 del decreto esclude dall'ambito di operatività del decreto legislativo tanto lo Stato, tanto gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale, parte della dottrina è orientata a negare l'applicabilità della previsione in esame. Potrebbe nondimeno replicarsi che suddetta previsione sarebbe pur sempre destinata a trovare applicazione nei confronti degli enti economici non territoriali, quali ad esempio le aziende sanitarie pubbliche, le aziende speciali, i consorzi di enti locali nonché qualsiasi altro ente pubblico economico che «agendo *iure privatorum* con i terzi non presenti rischi di indebita ingerenza dell'autorità giudiziaria in decisioni politiche»<sup>161</sup>.

Tale interpretazione appare preferibile in forza della necessità di scongiurare il rischio di ingiustificate zone di impunità, inevitabilmente conseguenti alla mancata applicazione del decreto legislativo.

Minori problematicità presenta il richiamo alle disposizioni dell'articolo 145 c.p.c. che, in riferimento agli enti privati muniti o privi di personalità giuridica, prevede l'obbligo di effettuare le notificazioni presso la sede in cui l'ente svolge in maniera continuativa la propria attività, mediante consegna in copia al rappresentante legale, alla persona incaricata di ricevere le notificazioni o ad altro soggetto a ciò preposto.

---

<sup>161</sup> H. BELLUTA, *Commento all'articolo 43*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. lgs 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di A. Presutti, Cedam, Padova 2008, p. 384.

Qualora non sia possibile procedere in tal senso e a condizione che sia nota la persona del legale rappresentante, le notificazioni verranno eseguite a mani proprie del destinatario (art. 138 c.p.c), presso la sua residenza, dimora o domicilio (art. 139 c.p.c.) ovvero presso il domicilio dichiarato o eletto ( art. 141 c.p.c) <sup>162</sup>. In subordine troveranno applicazione le disposizioni dettate dal codice di procedura civile nei casi di irreperibilità o rifiuto di ricevere l'atto ovvero di residenza, domicilio o dimora non conosciuti (artt. 140 e 143 c.p.c.).

Di assoluta centralità sono poi le indicazioni fornite dal comma terzo dell'articolo 43, nella parte in cui stabilisce che , per l'ente che abbia dichiarato o eletto domicilio nella dichiarazione di costituzione o con altro atto comunicato all'autorità giudiziaria, le notificazioni dovranno essere effettuate a norma dell'articolo 161 del codice di procedura penale.

Acclarato che l'ente ha l'obbligo giuridico, sanzionato a pena di inammissibilità dell'atto di costituzione, di dichiarare o eleggere domicilio, sorge anche qui l'esigenza di stabilire in che misura le disposizioni codicistiche richiamate siano destinate ad operare nell'ambito del sistema di notificazioni all'ente-imputato. In primo luogo, la dottrina maggioritaria appare concorde nel ritenere inapplicabili le disposizioni contenute nel comma terzo dell'articolo in esame, specificamente riferite all'imputato detenuto che debba essere scarcerato o dimesso da un istituto per l'esecuzione di una misura di sicurezza.<sup>163</sup>

---

<sup>162</sup> Tanto dispone l'articolo 145 comma terzo c.p.c a seguito delle modifiche apportate con d.l. 30 dicembre 2005, n. 273.

<sup>163</sup> In questo senso H. BELLUTA, *Commento all'articolo 43*, cit., p. 385.

Certamente compatibili risultano essere invece le previsioni del successivo comma quarto, nella parte in cui stabilisce che, tanto nei casi di sopravvenuta impossibilità di effettuare le notificazioni presso il domicilio dichiarato o eletto, tanto nei casi di inidonea, mancante o insufficiente dichiarazione di domicilio, suddette notificazioni dovranno essere effettuate mediante consegna al difensore.

Maggiori perplessità applicative suscita invece la previsione contenuta nel secondo periodo dello stesso comma; l'articolo in esame, in materia di prima notificazione all'imputato non detenuto ed in materia di notificazioni all'imputato che non abbia comunicato il mutamento di domicilio per caso fortuito o forza maggiore, richiama l'operatività degli articoli 157-159 c.p.p.

La dottrina maggioritaria è orientata a negare la possibilità di dare cittadinanza a tale disposizione, osservando che una siffatta scelta rischierebbe di porsi in netta controtendenza rispetto alle altre indicazioni provenienti dall'articolo 43 che, in materia di irreperibilità, propone una sicura deroga rispetto a quanto stabilito dal codice di rito.

Infine ulteriori remore sono state prospettate in riferimento alla possibilità di dare applicazione alle disposizioni del primo e del secondo comma dell'articolo 161<sup>164</sup>. Senza dubbio problematico è stabilire in che termini possa coniugarsi la disciplina degli inviti contenuta nella disposizione in esame con l'obbligo di eleggere domicilio congiuntamente all'atto di

---

<sup>164</sup> Siamo in presenza di disposizioni specificamente riferite agli inviti, rivolti all'ente, a procedere all'elezione o alla dichiarazione di domicilio.

costituzione e a pena di inammissibilità dello stesso. L'interpretazione più attenta alle esigenze di non contraddizione del sistema, individua nell'articolo 161 una sorta di *norma veicolo*; una norma volta cioè ad «identificare i canali attraverso i quali l'ente viene posto in condizione di dichiarare o eleggere domicilio per le notificazioni»<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> G. GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, p. 296.

## 5.2 Irreperibilità, nuove ricerche e sospensione del processo.

### Un regime derogatorio.

L'interesse a garantire l'operatività di un sistema informativo ispirato a criteri massima efficacia si riflette, nella sua compiutezza, nelle disposizioni del quarto comma dell'articolo 43 del decreto: «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».

Con una decisa inversione di rotta rispetto alla disciplina dettata dal codice di rito nei casi di irreperibilità dell'imputato persona fisica (art. 159 c.p.p.)<sup>166</sup>, sebbene sicuramente in linea con le attuali proposte legislative, il decreto legislativo esclude perentoriamente la possibilità di celebrare un processo in cui la mancata partecipazione dell'ente sia dovuta non già ad una scelta consapevole, quanto piuttosto ad una incolpevole ignoranza dell'iniziativa penale a suo carico<sup>167</sup>.

La disciplina in esame introduce nell'architettura del procedimento a carico delle persone giuridiche una inedita causa di sospensione, frutto della preferenza accordata dal legislatore alla conoscenza effettiva del giudizio piuttosto che ad una conoscenza meramente legale dello stesso. Pare legittimo

---

<sup>166</sup> L'articolo 159 c.p.p. stabilisce che «(...)Qualora le ricerche non diano esito positivo, l'autorità giudiziaria emette decreto di irreperibilità con il quale, dopo aver designato un difensore all'imputato che ne sia privo, ordina che la notificazione sia eseguita mediante consegna di copia al difensore».

<sup>167</sup> In tal senso, C. SANTORIELLO, *Le garanzie processuali dell'accertamento e le misure cautelari*, cit., p. 169.

ritenere che tale opzione normativa finisca con l'erosione notevolmente l'ambito di operatività del procedimento contumaciale, destinato a celebrarsi solo ove la mancata partecipazione dell'ente sia frutto di una scelta consapevole e volontaria<sup>168</sup>.

Invero, sebbene «la scelta di non celebrare il processo a carico dell'irreperibile sembri l'unica in grado di garantire il pieno rispetto del principio del contraddittorio»<sup>169</sup>, non possono tacersi i dubbi di un possibile contrasto con l'articolo 3 della Costituzione sotto il profilo dell'ingiustificata disparità di trattamento che ne deriverebbe rispetto all'imputato persona-fisica, comunque destinatario dell'ordinario regime codicistico<sup>170</sup>.

Ciò premesso, venendo alle indicazioni fornite dalla lettera della norma, risulta evidente che l'autorità giudiziaria sia tenuta a disporre nuove ricerche solo nel caso in cui le notificazioni disposte a norma dei commi precedenti non siano andate a buon fine. Tali ricerche potranno riguardare tanto la persona giuridica, tanto il suo legale rappresentante e, stante il generico riferimento all'autorità giudiziaria, potranno essere demandate sia al giudice, sia al pubblico ministero.

Laddove suddette ricerche non diano esito positivo, il giudice potrà procedere alla dichiarazione di sospensione del processo solo a fronte della preventiva richiesta della pubblica accusa. Proprio sull'inedito ruolo assegnato

---

<sup>168</sup> Così, H. BELLUTA, *Commento all'articolo 43*, cit., p. 386; G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 484.

<sup>169</sup> L'espressione è di F. CAPRIOLI, "Giusto processo" e rito degli irreperibili, in *Legisl. pen.*, 2004, p. 590.

<sup>170</sup> Si veda anche H. BELLUTA, *Commento all'articolo 43*, cit., p. 386.

al pubblico ministero è opportuno focalizzare l'attenzione: non potendosi dubitare del fatto che questi conservi un sicuro interesse alla prosecuzione dell'attività investigativa, la circostanza che la sospensione del procedimento presupponga una sua esplicita iniziativa non ha mancato di suscitare alcune perplessità circa la compatibilità con l'ordinario regime processuale. Si tratta tuttavia di osservazioni che non meritano di essere oltremodo enfatizzate: ricorrendo i presupposti richiesti dalla norma infatti, è da escludere la sussistenza di margini di discrezionalità in capo al pubblico ministero il quale avrà il dovere - non già la mera facoltà - di attivarsi, dismettendo temporaneamente il proprio fisiologico potere di contestazione<sup>171</sup>.

Siffatta causa di sospensione è potenzialmente idonea ad operare sin dalla fase delle indagini preliminari, quantunque la sede naturale di attuazione del disposto sia presumibilmente la fase del giudizio o il momento conclusivo delle indagini a seguito «dell'infruttuoso tentativo di notificare l'avviso di conclusione ex art. 415*bis* c.p.p.»<sup>172</sup>.

La sospensione del procedimento *de societate*, inoltre, non comporterà una paralisi del procedimento contro la persona fisica: l'autorità giudiziaria sarà tenuta infatti a disporre la separazione dei giudizi eventualmente riuniti, a norma dell'articolo 38 comma 2 lett. c).

Il carattere innovativo della disciplina e la momentanea assenza di indicazioni certe da parte della giurisprudenza, sollecitano ulteriori

---

<sup>171</sup> G. GARUTI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 4.

<sup>172</sup> G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 487.

interrogativi. In via preliminare non ci si può esimere dall'osservare come la norma in esame, non prevedendo un termine finale di operatività della sospensione (salvo l'applicabilità degli art. 22 e 60 d.lgs 231/2001 in materia di prescrizione dell'illecito amministrativo e dell'azione), faccia apparire tutt'altro che infondati i dubbi circa il rischio di una permanente quiescenza del procedimento a carico dell'ente<sup>173</sup>.

S'impone dunque una ricognizione di ordine sistematico al fine di verificare quali siano gli strumenti legislativi maggiormente idonei a scongiurare indebite strumentalizzazioni della disciplina da parte di un ente che miri ad assicurarsi quell'impunità inevitabilmente derivante da una sospensione *sine die* del procedimento a proprio carico. Il codice di rito, a ben vedere, contempla un'ipotesi di sospensione del procedimento ordinario che sembra condividere con la previsione di cui all'articolo 43 alcuni elementi; si tratta evidentemente dalla normativa stabilita dall'articolo 71 c.p.p., la quale parimenti legittima la momentanea paralisi del giudizio, allorquando sia accertata l'impossibilità dell'imputato di partecipare consapevolmente al processo. Certamente diversi sono i presupposti applicativi, posto che il decreto legislativo individua la legittimazione alla sospensione del processo nella «mancanza della prova che l'assenza dell'imputato sia dovuta a sua colpa»<sup>174</sup>; certamente comune è tuttavia la *ratio* ispiratrice della disciplina,

---

<sup>173</sup> Così, G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 485; H. BELLUTA, *Commento all'articolo 43*, cit., p. 386; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 175.

<sup>174</sup> In tal senso G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 486.

individuabile, in entrambi i casi, nell'esigenza di garantire l'effettiva e consapevole partecipazione delle parti nel processo a loro carico.

Non paiono dunque ravvisarsi ostacoli a ritenere applicabile al procedimento *de societate*, la normativa dettata dal codice di rito che, coordinata con la previsione dell'articolo 43 del decreto, impone all'autorità giudiziaria di richiedere lo svolgimento di nuove ricerche «a ogni successiva scadenza di sei mesi, qualora il procedimento non abbia ripreso il suo corso»<sup>175</sup> (art. 72 comma 1 c.p.p.). Il provvedimento di sospensione, nel silenzio della norma, dovrà assumere forza di ordinanza.

Circa le attività esperibili in tale fase di quiescenza, pare plausibile ritenere operante la previsione dell'articolo 392 c.p.p. che consente l'assunzione di prove in incidente probatorio quando vi sia pericolo nel ritardo, fermo restando che la pubblica accusa sarà abilitata a differire la richiesta di sospensione ove si tratti di assumere una prova urgente.

Il provvedimento di sospensione dovrà essere revocato allorquando, all'esito delle successive ricerche, sia stato accertato che l'ente ha avuto conoscenza del procedimento.

Quanto alla possibilità di impugnare l'ordinanza che dispone la sospensione, si osserva che, sebbene la Suprema Corte di Cassazione sia propensa ad accogliere una nozione ampia di "sentenza" che includa qualsiasi provvedimento di natura decisoria, risulta evidente che il provvedimento in esame non presenti i requisiti richiesti, non essendo idoneo ad acquisire

---

<sup>175</sup> H. BELLUTA, *Commento all'articolo 43*, cit., p. 387.

l'autorità di cosa giudicata. Pertanto, in omaggio al principio di tassatività delle impugnazioni la risposta a tale interrogativo dovrebbe essere negativa.<sup>176</sup>

### **5.3 Le finalità cognitive delle notificazioni nei casi di “patologia” della rappresentanza.**

Il “difetto di fisicità” dei soggetti metaindividuali, di cui a lungo si è detto, sollecita una costante attenzione nei confronti di quelli che sono i meccanismi che il legislatore delegato ha predisposto al fine di sopperire a tale carenza, garantendo al contempo un'adeguata partecipazione processuale dell'ente-imputato.

La centralità del contributo a tali fini prestato dal rappresentante legale si manifesta nuovamente nell'ambito del sistema di notificazione di dell'articolo 43 al comma secondo, nella parte in cui testualmente stabilisce che «sono comunque valide le notificazioni eseguite mediante consegna al legale rappresentante, anche se imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo». Al rappresentante legale, quantunque coinvolto a proprio titolo nella vicenda processuale, si consente di partecipare attivamente a quel procedimento notificatorio volto a rendere edotto l'ente delle pendenze a suo carico.

---

<sup>176</sup> G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 486.

Una siffatta previsione, giustificata dall'esigenza di «evitare disfunzioni nelle notifiche»<sup>177</sup>, assecondando al contempo obiettivi di celerità processuale, sembra destinata ad operare sin dalla fase preliminare di indagine, prescindendo dall'avvenuta costituzione dell'ente nelle forme dell'articolo 39 comma secondo. Parte della dottrina ritiene infatti che la regola indicata dal secondo comma dell'articolo 43 debba trovare applicazione esclusivamente in relazione alle ipotesi di notificazioni antecedenti la costituzione nel procedimento<sup>178</sup>.

Ciò premesso, non possono tacersi le perplessità da molti manifestate circa le possibili conseguenze derivanti dal conflitto di interessi in vista di una verosimile contrapposizione processuale della posizione dell'ente rispetto a quella del suo legale rappresentante imputato del reato da cui l'illecito amministrativo dipende<sup>179</sup>.

Poiché, come più volte affermato dal Giudice delle Leggi, l'esatta portata di una disposizione di legge non può desumersi dal solo dato positivo ma involve in una valutazione del suo concreto atteggiarsi nella prassi applicativa, appare indispensabile verificare quali siano stati al riguardo gli orientamenti giurisprudenziali più recenti.

---

<sup>177</sup> In tal senso la *Relazione ministeriale* al d.lgs 8 giugno 2001, n. 231.

<sup>178</sup> Così G. GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, cit., p. 296.

<sup>179</sup> Si veda G. GARUTI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 3; A. BASSI, T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 554.

E' proprio la stessa Corte Costituzionale ad essere intervenuta di recente su tale tematica, tentando di porre fine all'accesa *querelle* sviluppatasi sull'argomento.

Il Giudice delle leggi, con declaratoria di inammissibilità, ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 43 comma secondo, in relazione agli articoli 3-24-76 e 111 della Costituzione e all'articolo 6 della CEDU, prospettata dal Tribunale di Salerno – giudice remittente – che si faceva portavoce di tutta una serie di perplessità interpretative già in precedenza manifestate tanto dalla giurisprudenza di merito, tanto dalla dottrina<sup>180</sup>. A parere del rimettente, la norma censurata sarebbe stata affetta da palese irragionevolezza nella parte in cui individuava nella persona del legale rappresentante il soggetto incaricato di garantire il buon esito della procedura di notificazione, quantunque questi risultasse raggiunto da una presunzione *iuris et de iure* di incompatibilità. Nella prospettiva del remittente, la necessità di garantire la massima espansione del diritto al contraddittorio, avrebbe subito un'indebita compressione a causa di un regime informativo incompatibile con la tutela apprestata dal decreto nei casi di conflitto di interessi. Un regime informativo che, in definitiva, avrebbe

---

<sup>180</sup> Cort. Cost., sentenza 27 luglio 2011, n. 249.

Si veda anche, A. MARANDOLA, *Sulla validità costituzionale del regime delle notificazioni all'ente effettuate al rappresentante legale imputato del medesimo reato* (Nota a sentenza, Corte cost., 27 luglio 2011, 249, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p. 3207.

immolato le esigenze di tutela del diritto di “difendersi conoscendo”, sull’altare di imprecisate ragioni di efficienza amministrativa<sup>181</sup>.

Nel declinare la prospettata questione di legittimità costituzionale, il Giudice delle Leggi muove da una premessa di ordine sistematico: la disciplina dei presupposti e dei relativi rimedi ad un possibile conflitto di interessi tra l’ente ed il suo legale rappresentante attiene esclusivamente al piano della legittimazione processuale, non già al diverso sistema dei meccanismi di notificazione a favore dell’ente: «il rimettente, muovendo dall’erroneo presupposto interpretativo circa la ratio e la portata normativa delle due disposizioni, trasferisce sul piano della forma della notificazione una questione di sostanza, concernente l’eventuale attivazione degli strumenti previsti dall’ordinamento per rimuovere il contrasto di interessi, ravvisabile tra ente e legale rappresentante».

Premessa l’assoluta autonomia dei due piani, la Corte Costituzionale specifica che «la finalità cognitiva sottesa alla notificazione non è necessariamente pregiudicata dall’eventuale divaricazione degli interessi da far valere nel procedimento», concludendo che il meccanismo di notificazione di cui al secondo comma dell’articolo 43 «muove dalla non irragionevole previsione che questi ( il legale rappresentante), nel fedele esercizio del proprio mandato, ponga gli altri organi dell’ente a conoscenza dell’atto notificato e permetta loro di valutare l’opportunità di far costituire l’ente con un diverso rappresentante».

---

<sup>181</sup> Ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale n. 120 del 2011.

Non potendosi tuttavia escludere l'eventualità di una condotta infedele dello stesso – sebbene definita “*eccezionale*” e “*patologica*” – la Corte si premura di chiarire che, ove ciò accadesse, la soluzione ottimale dovrebbe individuarsi nella possibilità di nominare un curatore speciale a norma dell'articolo 78 comma 2 c.p.c., così come d'altronde prospettato dallo stesso giudice rimettente.

Nondimeno il Giudice delle Leggi esclude di dover, in via preliminare, procedere ad una declaratoria di illegittimità costituzionale dell'articolo 43 comma secondo, non condividendosi la prospettazione del Tribunale di Salerno nella parte in cui qualificava l'eventuale curatore, non già in come mero intermediario, bensì in un soggetto preposto ad interagire medio tempore con gli organi dell'ente, sicché «la sua nomina e la sua funzione non si inserirebbero nel procedimento di notificazione ma ne sarebbero un presupposto»<sup>182</sup>.

La Corte Costituzionale, concludendo nel senso dell'inammissibilità della questione prospettata, propone un'ulteriore osservazione: qualora, per effetto di future modifiche legislative, si dovesse trasferire la disciplina dell'incompatibilità rappresentativa nell'ambito del procedimento di notificazione, la questione di costituzionalità dovrebbe investire l'articolo 39 comma 1 del decreto, non già l'articolo 43 comma secondo che del primo «*costituisce solo una derivazione*».

---

<sup>182</sup> Ordinanza di rimessione alla Cort. Cost. n. 120 del 2011.

In conclusione, premettendo che la prospettazione della Corte Costituzionale nella parte in cui traccia una netta linea di demarcazione tra la prospettiva formale del procedimento di notificazione e la prospettiva sostanziale della rappresentanza in giudizio presenta rilevanti aspetti di criticità, non ci si può poi esimere dall'osservare come, in un contesto normativo inedito ed innovativo quale quello delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001, una eventuale eterogenesi di piani e di prospettive rappresenti un rischio difficilmente scongiurabile.

A fronte di un sistema processuale che dovrebbe essere orientato a ridurre al minimo le possibili ricadute pregiudizievoli sul diritto di difesa dell'imputato, l'aver previsto tale deroga al divieto di rappresentanza nei casi di incompatibilità, genera inevitabilmente una "crisi di disorientamento" cui , però, soltanto il concreto divenire della prassi applicativa futura potrà fornire adeguate soluzioni.

## Capitolo IV

# IL DIRITTO DI DIFESA E LE ALTRE GARANZIE PROCESSUALI NEI CASI DI “FIBRILLAZIONE” DELLA RAPPRESENTANZA

### **1. Gli articoli 39 e 44 d.lgs 8 giugno 2001, n. 231. Note introduttive**

Nella tradizione delle democrazie contemporanee il processo penale è considerato come luogo di garanzia oltre che di applicazione della pena, il contesto normativo in cui è assicurata l’operatività di quelle regole destinate ad essere «gli antidoti meno imperfetti per contrastare il rischio di prevaricazione cui è esposta la libertà degli individui»<sup>183</sup>, siano essi persone fisiche o persone giuridiche.

Affermare che le imprese rispondono dinnanzi al giudice penale - e con le forme proprie del procedimento penale- degli illeciti commessi nel loro interesse o vantaggio, significa dunque privilegiare l’approccio maggiormente garantista, promuovendo una risposta punitiva che non abbia esclusivamente carattere afflittivo, ma che sia finalizzata ad incentivare un virtuoso processo di recupero dell’ente ad una prospettiva di legalità.

Ciononostante, la disciplina normativa introdotta con il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 presenta elementi di indubbia problematicità

---

<sup>183</sup> L’espressione è di M. L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d’impresa*, cit., p. 11.

allorquando affida all'interprete il compito di adeguare le dinamiche proprie del processo penale al nuovo soggetto di diritto.

In tale prospettiva prioritario è verificare quale sia - al di là delle enunciazioni di principio - il tasso di effettività delle garanzie riconosciute alla persona giuridica sottoposta al procedimento.

La necessità di tale vaglio pare ancora più impellente in riferimento a quell'ambito di disciplina delineato dalle previsioni contenute agli articoli 39 e 44 del decreto. Si è in presenza di due norme topograficamente distinte ma che malgrado la diversa collocazione sistematica, paiono presentare un elemento in comune, rintracciabile in una situazione di "fibrillazione" della rappresentanza.

Più nel dettaglio, ai sensi dell'articolo 39 del decreto in esame, all'ente è preclusa la possibilità di costituirsi per mezzo del proprio rappresentante legale qualora questi risulti essere imputato per il reato da cui dipende l'illecito amministrativo. Occorrerà qui accertare quali siano le soluzioni normative o esegetiche volte a superare questa fase di *empasse* processuale, consentendo in definitiva la partecipazione dell'imputato al procedimento a suo carico, alla luce della duplice esigenza di sottrarre la norma ad una possibile patente di illegittimità costituzionale<sup>184</sup> e di scongiurare al contempo il rischio di indebite ingerenze giudiziarie nell'assetto organizzativo dell'ente.

---

<sup>184</sup> L'art. 39 è stato sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale per la ritenuta violazione dell'articolo 24 Cost., nella parte in cui non garantisce una efficace difesa dell'ente, mediante il superamento del conflitto. La Corte, con ordinanza 12 giugno 2007, n. 186, si è espressa nel senso della manifesta inammissibilità, a causa di gravi carenze nella descrizione della fattispecie che avevano determinato un difetto di motivazione sulla rilevanza della questione.

Sebbene la previsione di una forma di incompatibilità rappresentativa in capo al soggetto imputato del reato presupposto sia giustificata dalla necessità di arginare possibili contaminazioni delle relative linee processuali, il grado di effettività della tutela apprestata deve essere vagliato anche alla luce dell'interpretazione della disciplina dettata in materia di incompatibilità testimoniale.

L'articolo 44 del decreto prevede due distinti limiti all'assunzione della veste di testimone: non potrà incarnare tale ruolo la persona imputata del reato da cui dipende l'illecito amministrativo, né potrà essere chiamato a rendere testimonianza il rappresentante legale indicato nell'atto di costituzione, che rivestisse tale ruolo al momento della commissione del fatto di reato.

Quanto a quest'ultima ipotesi, la dottrina maggioritaria si è adoperata al fine di garantire l'operatività della preclusione in esame ai casi non espressamente tipizzate dalla norma. Come meglio si vedrà in seguito, le insidie interpretative di siffatta previsione si annidano in ciò che "la legge non dice", dovendosi verificare se, nei casi non espressamente regolamentati, possano scorgersi indebite compressioni delle garanzie tipiche del processo penale. Difatti, alla luce di quella componente di ineliminabile ibridismo che connota la figura del rappresentante legale – che talvolta "sfiora" la veste di imputato, talaltra viene assimilato alla figura del testimone – sarà necessario individuare il più adeguato contemperamento tra l'interesse ad assicurare l'operatività delle garanzie proprie del *nemo tenetur se detegere* e la non meno

rilevante esigenza di impedire «un prosciugamento delle fonti di conoscenza all'interno dell'organizzazione»<sup>185</sup>.

## **2. L'incompatibilità del rappresentante legale imputato del reato presupposto**

### **2.1 Le ragioni dell'incompatibilità**

L'istituto della rappresentanza processuale dell'ente-imputato presenta una natura bipartita in quanto destinato ad operare su due distinti piani. Come si è già anticipato, l'intervento del legale rappresentante che agisce in nome e per conto della persona giuridica è in primo luogo preordinato a consentire a quest'ultima di porre in essere tutti quegli atti di “autodifesa” che presuppongono un'articolazione personale e che sono di norma riconosciuti alla figura dell'imputato. In secondo luogo, al rappresentante legale è demandando l'ulteriore compito di provvedere, sempre per conto dell'ente, alla nomina del difensore abilitato ad esercitare in giudizio tutte le attività rientranti nell'alveo della difesa tecnica<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> Così G. FIDELBO, *La testimonianza: casi di incompatibilità*, cit., p. 498.

<sup>186</sup> Così, S. BELTRANI, *L'incompatibilità nel procedimento a carico dell'ente del rappresentante imputato del reato presupposto* (Commento a Cass. pen., sez. VI, 31.5.-26.7.2011, n. 29930, *Ingresso Levante s.p.a.*, C.E.D. Cass., n. 250432), in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, p. 250.

L'organo munito di poteri di rappresentanza – abilitato ad impegnare la volontà dell'ente – è dunque lo strumento di imputazione che consente di riferire a quest'ultimo gli atti posti in essere nel procedimento a suo carico.

La sovrapposibilità delle posizioni dell'uno e dell'altro soggetto non è tuttavia totale: poiché il rappresentante legale preserva una posizione di terzietà in quanto soggetto fisicamente distinto dalla persona giuridica, sarà astrattamente possibile che questi possa trovarsi in una situazione di inidoneità ad agire in nome e per conto dell'ente, qualora sia verificata l'esistenza di interessi configgenti rispetto a quelli del soggetto collettivo<sup>187</sup>.

L'articolo 39 del decreto legislativo stabilisce, infatti, che l'ente partecipa al procedimento penale per mezzo del proprio rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo.

La clausola di salvezza della norma in esame lascia intendere che il rapporto di immedesimazione organica che lega l'ente al proprio rappresentante legale - e che consente al primo di prendere parte al procedimento istaurato a suo carico- è destinato ad incrinarsi ogni qual volta quest'ultimo risulti essere coinvolto, a fronte di un autonomo titolo di responsabilità, nella vicenda processuale<sup>188</sup>.

Siffatta previsione rappresenta la logica proiezione processuale delle disposizioni contenute agli articoli 5 e seguenti del decreto: il rappresentante

---

<sup>187</sup> In tal senso, H. BELLUTA, *Partecipazione e difesa dell'ente nel "suo" processo: primi (parziali) approdi interpretativi*, in *Le società*, Ipsoa, 2010, p. 999.

<sup>188</sup> Così, P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, p. 223 ss.

legale, qualora risultasse imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo, verserebbe infatti in una condizione di insuperabile conflitto di interessi rispetto alla posizione della persona giuridica, certamente interessata a dimostrare che la violazione sia stata commessa nell'interesse esclusivo della persona fisica o di terzi ovvero attraverso l'elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione e di gestione. Salvo non ritenere plausibile l'eventualità che il rappresentante imputato possa avere interesse ad "autoaccusarsi", sollevando l'ente da qualsivoglia responsabilità, risulta evidente che, in tali circostanze, le linee difensive delle parti siano destinate a collidere, finendo col pregiudicare i normali equilibri processuali<sup>189</sup>.

Tuttavia, il legislatore delegato si è limitato ad introdurre una presunzione *juris et de jure* di incompatibilità, «funzionale ad assicurare la piena garanzia del diritto di difesa del soggetto collettivo imputato»<sup>190</sup>, tacendo però su quali possano essere i rimedi più idonei a superare tale situazione di *empasse*, onde consentire alla persona giuridica di costituirsi nel procedimento penale a suo carico<sup>191</sup>.

Quella che potrebbe apparire come una vera e propria lacuna normativa, è invero una precisa scelta legislativa, giustificata dalla necessità di evitare « forme di invadenza giudiziaria all'interno dell'organizzazione

---

<sup>189</sup> In tal senso, A. DIDI, *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 1168.

<sup>190</sup> Cass., sez. VI, pen., 28. 10.2009, n. 41398 (*Caporello*).

<sup>191</sup> Nell'esperienza processuale francese, cui la sentenza in esame sembrerebbe far riferimento, il conflitto di interesse è risolto con la nomina di un mandatario di giustizia, effettuata a norma degli articoli 706 ss del codice di procedura penale, dal presidente del Tribunale di Grande Istanza.

della persona giuridica, rimettendo a quest'ultima ogni decisione a riguardo» al fine «di evitare di imporre all'ente un rappresentante di nomina esterna, sia pure solo per la partecipazione al procedimento penale»<sup>192</sup>.

Nel silenzio della norma dovrebbe dunque ritenersi che debba essere l'ente stesso, avvalendosi degli strumenti previsti dalla legge o dallo statuto societario, ad individuare la soluzione più idonea al superamento della situazione di conflitto<sup>193</sup>.

Sebbene la volontà legislativa deponga nel senso di affidare esclusivamente alla persona giuridica il compito di verificare la praticabilità di rimedi alternativi, in un ordinamento che erige il diritto di difesa a diritto inviolabile, la dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto di non potersi esimere dal compito di indicare le soluzioni normative più adeguate a tutelare la posizione processuale dell'imputato, ponendo così l'articolo 39 al riparo da possibili censure di legittimità costituzionale<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> Cass., sez. VI, pen., 28 ottobre 2009, n. 41398 (*Caporello*).

<sup>193</sup> Così, G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 477.

<sup>194</sup> L'art. 39 è stato sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale per la ritenuta violazione dell'articolo 24 Cost., nella parte in cui non garantisce una efficace difesa dell'ente, mediante il superamento del conflitto. La Corte, con ordinanza 12 giugno 2007, n. 186, si è espressa nel senso della manifesta inammissibilità, a causa di gravi carenze nella descrizione della fattispecie che avevano determinato un difetto di motivazione sulla rilevanza della questione.

## 2.2 Le soluzioni al conflitto d'interessi

In presenza di un divieto rappresentativo assoluto - che non ammette deroghe in quanto funzionale ad assicurare il diritto di difesa dell'ente-imputato - i rimedi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità sembrano essere preordinati, quantomeno negli intenti, a scongiurare possibili compromissioni dei principi del giusto processo<sup>195</sup>.

«Privilegiando una soluzione che attribuisca all'ente la scelta di chi debba rappresentarlo, avvalendosi degli strumenti previsti all'interno della compagine organizzativa, quali lo statuto o il proprio atto costitutivo», la Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto di poter individuare tre distinte opzioni volte al superamento della situazione di conflitto di interesse. Qualora si verificano i presupposti richiesti dalla clausola di salvezza dell'articolo 39, l'ente potrà decidere di rimanere inerte, non provvedendo ad alcuna sostituzione, e dunque non partecipando al procedimento; potrà designare un nuovo rappresentante legale ovvero limitarsi a nominare un rappresentante *ad processum*.

---

<sup>195</sup> Si farà specifico riferimento alle conclusioni fatte proprie dalla suprema Corte di Cassazione, Sez., VI, 28 ottobre 2009, n. 41398 (*Caporello*). Nella vicenda in esame il ricorrente chiedeva di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'articolo 39 del d.lgs 8 giugno 2001, n. 231, in quanto la norma non avrebbe consentito alla società indagata di difendersi efficacemente nel caso in cui il suo rappresentante legale fosse risultato indagato del reato presupposto, non prevedendo alcun meccanismo processuale in grado di ovviare alla situazione di incompatibilità prevista dalla suddetta disposizioni, in tal modo violando l'art. 24 Cost. sul diritto di difesa, nonché gli articoli 3 e 111 Cost., in relazione ai principi di uguaglianza e del giusto processo.

Le conclusioni cui pervengono i giudici di legittimità in tale occasione risultano poi fatte proprie dalla successiva pronuncia Cass., sez. VI, pen., 31 maggio 2011, n. 29939 (*Ingrass Levante S.p.a*).

La prima soluzione, individuata nella scelta dell'ente di non provvedere ad alcuna modifica della struttura rappresentativa, determinerà come inevitabile conseguenza una declaratoria di contumacia, ai sensi dell'articolo 41 del decreto. Limitatamente alla fase processuale, pare potersi condividere l'affermazione della Corte laddove ricorda che, nei casi di mancata costituzione in udienza preliminare o in giudizio, dovrà ritenersi operante l'ordinaria disciplina codicistica che attribuisce la rappresentanza al difensore di fiducia o, in mancanza, al difensore nominato d'ufficio. Certamente più problematiche sono le conseguenze che una siffatta opzione produrrebbe nella fase delle indagini preliminari, laddove il regime contumaciale non è destinato a trovare applicazione.

Difatti, a fronte della sopravvenuta incompatibilità rappresentativa, la scelta dell'ente - astrattamente abilitato a costituirsi già nella fase d'indagine - di non provvedere ad alcuna sostituzione, produrrà rilevanti conseguenze processuali tanto sul piano della relativa strategia difensiva, tanto in riferimento alle scelte investigative della pubblica accusa. A titolo esemplificativo, non sarà infatti possibile procedere ad interrogatorio, né l'ente sarà abilitato a richiedere di rendere dichiarazioni spontanee o a presenziare all'udienza camerale per l'applicazione delle misure cautelari.

Di tale evidente contrazione delle garanzie difensive sembra essere ben consapevole la Suprema Corte, la quale tuttavia chiarisce che gli atti "personalissimi" di pertinenza dell'imputato non possono ritenersi ricompresi nel novero della difesa tecnica, né possono essere lasciati alle determinazioni

di un soggetto che versi in una situazione di conflitto. Nondimeno, a parere dei giudici di legittimità, non pare comunque potersi ravvisare alcun profilo di illegittimità costituzionale della norma, nella misura in cui risulta comunque assicurata la possibilità per l'ente di essere assistito da un difensore d'ufficio che, a norma dell'articolo 369 *bis* c.p.p., dovrà essere nominato dal pubblico ministero sin dal primo atto per il quale è prevista la sua presenza e al quale verranno riconosciute tutte le prerogative difensive non ascrivibili al novero degli atti personalissimi. L'attenuazione delle garanzie previste per il procedimento penale è qui giustificata sulla base del costante insegnamento della Corte Costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo cui il pieno esercizio del diritto di difesa risulta essere pur sempre condizionato dalle scelte processuali dell'imputato: qualora questi, a fronte di una scelta libera e consapevole, decida di non partecipare al procedimento a suo carico, alcuna violazione delle disposizioni costituzionali potrà dirsi perpetrata.

Invero, nella pronuncia in esame, i giudici di legittimità trascurano di considerare un profilo di preliminare importanza: la scelta dell'ente di non costituirsi presuppone pur sempre che questi abbia avuto conoscenza dell'esistenza di un procedimento penale pendente in capo al proprio rappresentante legale, e dunque della conseguente situazione di incompatibilità. A tal riguardo occorre rilevare che la disciplina dettata in materia di informazione di garanzia dall'articolo 369 del codice di rito e richiamata dall'articolo 57 del decreto, non include, tra i dati oggetto di

comunicazione, l'indicazione delle generalità della persona fisica cui è addebitato il reato presupposto. Si vuol dire, in altre parole, che una reale compromissione delle prerogative difensive non deriverebbe *tout court* dall'impossibilità per l'ente che non abbia provveduto a sostituire il rappresentante in conflitto di prendere parte al procedimento a proprio carico, quanto piuttosto dall'insufficienza di strumenti informativi atti a consentire alla persona giuridica di essere resa edotta della sussistenza di una situazione di conflitto di interessi già in una fase preliminare d'indagine, così consentendole di definire tempestivamente la propria strategia difensiva<sup>196</sup>.

Pare potersi concludere che, in specifico riferimento alla prima soluzione prospettata dalla giurisprudenza di legittimità, le finalità garantistiche del divieto di cui all'articolo 39 siano destinate ad operare solo successivamente all'avviso di conclusione delle indagini preliminari, a seguito del quale l'ente potrà valutare il profilarsi di una situazione di incompatibilità rappresentativa ed eventualmente porvi rimedio.

La seconda soluzione prospettata dalla Corte consiste invece nella possibilità per l'ente di provvedere alla nomina di un nuovo rappresentante legale. Rimangono valide, anche in tale eventualità, le considerazioni finora svolte circa la necessità di predisporre meccanismi idonei ad informare l'ente dell'eventuale situazione di conflitto onde consentirgli di sperimentare soluzioni difensive alternative. Il profilo problematico di tale ricostruzione riguarda tuttavia un aspetto parzialmente diverso, specificamente attinente ai

---

<sup>196</sup> In tal senso, F. PUGLIESE, *Divieti di partecipazione al processo degli enti e tentativi di interpretazioni creative di una norma incostituzionale*, in *Giustizia Penale*, 2008, p. 126.

profili organizzativi della compagine societaria. Assai complessa pare infatti l'operazione volta ad assicurare un adeguato bilanciamento tra la tutela del diritto di difesa dell'imputato e la rilevante necessità di preservare una certa continuità e stabilità gestionale dell'impresa. I giudici di legittimità omettono di considerare, in sostanza, che l'opzione proposta implicherebbe una redistribuzione organizzativa di vertice molto difficoltosa tanto nelle società di piccole dimensioni, tanto nella realtà delle grandi società per azioni.<sup>197</sup> In specifico riferimento a quest'ultimo caso, dovrà osservarsi che il potere di rappresentanza è attribuito, ai sensi dell'articolo 2384 c.c., a ciascuno degli amministratori indicati dallo statuto o dall'atto di convocazione dell'assemblea o del consiglio di sorveglianza. La sussistenza di una situazione di incompatibilità dovrebbe dunque essere valutata sia nei riguardi dei singoli amministratori, sia nei confronti dell'organo collegiale, con la conseguente urgenza di provvedere in tempi molto stringenti alla necessaria convocazione dell'assemblea<sup>198</sup>. In tali circostanze, la possibilità di incrinare o compromettere i delicati equilibri interni alla compagine sociale è un rischio tutt'altro che trascurabile.

L'ultima soluzione indicata dalla Corte consiste infine nella possibilità di provvedere alla nomina di un rappresentante *ad litem* con poteri limitati alla sola partecipazione al processo, al quale spetterà comunque il compito di

---

<sup>197</sup> In tal senso, G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 482.

<sup>198</sup> Così, G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed eterointegrazione giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1391.

manifestare la volontà degli organi deliberativi dell'ente. Tale rimedio, accolto da parte della dottrina come quello maggiormente idoneo a contemperare le esigenze partecipative e la necessità di scongiurare complessi riassetto societari<sup>199</sup>, non pare tuttavia esente da profili di problematicità.

In primo luogo, l'unica indicazione legislativa militante nel senso dell'ammissibilità della soluzione in esame si rinviene nelle indicazioni della Relazione governativa, laddove si stabilisce che, qualora si verifichi la situazione di incompatibilità di cui all'articolo 39, l'ente potrà provvedere alla nomina di un rappresentante *ad processum*. E' stato osservato che la praticabilità di siffatta soluzione sarebbe tuttavia da ammettersi solo a costo di una forzatura del dettato della norma in esame. L'articolo 39, infatti, nello stabilire che nella dichiarazione di costituzione debbano essere indicate le generalità del rappresentante legale, non pare prevedere la possibilità di conferire una procura speciale limitata alla sola partecipazione processuale. Non è dunque infondato ritenere che l'individuazione all'interno della compagine societaria di un individuo dotato di autonoma capacità gestionale idonea a tutelare in termini di effettività la posizione processuale dell'ente, possa rivelarsi un'operazione quanto mai difficoltosa<sup>200</sup>.

A ciò si aggiungono ulteriori elementi di criticità. Aderendo infatti all'interpretazione restrittiva del tenore letterale dell'articolo 39 che esclude la

---

<sup>199</sup> Così, G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 482.

<sup>200</sup> In tal senso, P. DI GERONIMO, *Aspetti processuali del d.lg n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1568.

possibilità di nomina di un rappresentante processuale, si dovrebbe concludere che per l'ente che intenda prendere parte al procedimento, residuerebbe un'unica opzione. La nomina di un nuovo rappresentante legale si presenterebbe cioè come una scelta obbligata, e ciò in aperto contrasto rispetto all'approccio manifestato dalla giurisprudenza di legittimità che, in linea astratta, esclude perentoriamente la possibilità di una rappresentanza imposta *ope judicis*<sup>201</sup>.

### 2.3 Le conseguenze della violazione del divieto

La Suprema Corte, nella pronuncia precedentemente analizzata, ritiene di poter individuare molteplici meccanismi processuali idonei al superamento della situazione di conflitto d'interessi<sup>202</sup>, così superando i possibili dubbi di compatibilità dell'articolo 39 con le disposizioni della Legge Fondamentale.

I giudici di legittimità precisano inoltre che il conflitto d'interessi posto alla base dell'ipotesi di incompatibilità in esame, è oggetto di una presunzione *juris et de jure*, operante anche nel caso in cui il rappresentante legale risulti essere semplicemente indagato del reato presupposto, e ciò allo scopo di evitare possibili "contaminazioni" della fase preliminare di indagine, momento

---

<sup>201</sup> F. PUGLIESE, *Divieti di partecipazione al processo degli enti e tentativi di interpretazioni creative di una norma incostituzionale*, cit., p. 125.

<sup>202</sup> Si tratta della nomina di un nuovo rappresentante legale, della nomina di un rappresentante *ad litem* o della possibilità per l'ente di rimanere contumace.

«di fondamentale importanza per le acquisizioni richieste per gli atti propulsivi del procedimento»<sup>203</sup>.

L'estensione dell'operatività del divieto alla fase procedimentale è resa possibile dalle previsioni contenute all'articolo 61 c.p.p., nella parte in cui assicura alla persona sottoposta alle indagini l'applicabilità delle garanzie previste per il soggetto imputato. Diversamente argomentando, d'altronde, l'articolo 39 sarebbe esposto ad una inevitabile censura di illegittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza e del diritto di difesa dell'ente, «la cui piena estrinsecazione risulterebbe ostacolata dal conflitto di interessi esistente in relazione alla posizione processuale del suo legale rappresentante»<sup>204</sup>.

Il carattere perentorio del divieto di rappresentanza sarebbe poi confermato dal fatto che l'unica deroga, espressamente prevista dal decreto, è costituita dalle previsioni dell'articolo 43 nella parte in cui fa salva l'efficacia delle notifiche eseguite mediante consegna al rappresentante legale, anche se imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo.

Ciò premesso, il vero *punctum dolens* delle conclusioni cui perviene la Corte attiene più propriamente alle conseguenze processuali dell'eventuale violazione del divieto. La scelta di ricollegare alla violazione del divieto in esame, la sanzione dell'inefficacia non è infatti esente da profili di problematicità.

---

<sup>203</sup> Cass., sez. VI, penale, 5 febbraio 2008, n. 15689 (*A.R.I. International s.r.l.*).

<sup>204</sup> Così, S. BELTRANI, *L'incompatibilità nel procedimento a carico dell'ente del rappresentante legale imputato del reato presupposto*, cit., p. 251.

In primo luogo, in ossequio a quanto affermato dalla Corte, dovrà ritenersi che tanto l'eventuale nomina del difensore da parte del rappresentante in conflitto, tanto la proposizione di qualsivoglia impugnazione, saranno da ritenersi attività improduttive di effetti giuridici.

Quanto alla prima ipotesi si osserva che «il conflitto d'interessi deflagrerebbe in tutta la sua virulenza ove fosse consentito al legale rappresentante dell'ente, imputato del reato costituente presupposto della responsabilità amministrativa contestata all'ente, di designare il difensore destinato a patrocinare l'ente, fornendogli assistenza difensiva tecnica»<sup>205</sup>. A parere della Corte, la nomina del difensore, poiché preordinata all'instaurazione di un rapporto fiduciario tra le parti, non può considerarsi atto "neutro" e pertanto deve presentare i caratteri di una libera autodeterminazione, che non risulti in alcun modo inquinata dalla situazione di conflitto che riguarda la persona del legale rappresentante.

A ciò si aggiunga l'ulteriore rilievo per cui il vizio di rappresentanza sembrerebbe destinato a "contaminare" qualsiasi successiva attività processuale posta in essere in violazione del divieto, risultando ad esempio preclusa persino la possibilità di proporre istanza di riesame, in quanto «segmento di una strategia difensiva che deve essere con certezza apprestata nel solo interesse dell'ente, del che potrebbe fondatamente dubitarsi, ove

---

<sup>205</sup> L'espressione è di S. BELTRANI, *Il diritto di difesa degli enti nel processo penale*, cit., p. 145 ss.

fosse consentita la nomina del difensore al legale rappresentante che versi nell'anzidetta situazione di incompatibilità»<sup>206</sup>.

Invero, il ragionamento attraverso il quale la Corte perviene a siffatte conclusioni, pare essere in parte viziato da una certa confusione concettuale dei piani di indagine. Si ricorderà infatti che, premessa l'alterità di posizioni tra ente- soggetto del procedimento ed ente-titolare delle garanzie difensive, la dottrina maggioritaria è orientata a distinguere il segmento della partecipazione personale dell'ente al procedimento dalla sua assistenza tecnica. Ebbene, l'eventuale patologia del potere di rappresentanza costituisce un limite al solo intervento dell'imputato nel procedimento a suo carico, attraverso l'atto formale di costituzione, non già un ostacolo all'estrinsecazione dei diritti riconducibili al novero della difesa tecnica.

In altre parole, la preclusione individuata dalla Suprema Corte, imponendo alla persona giuridica di provvedere alla nomina di un nuovo rappresentante legale ovvero di un rappresentante *ad processum* che sia legittimato a designare il difensore tecnico, introduce un limite non previsto all'esercizio delle prerogative difensive<sup>207</sup>.

A parere dei giudici di legittimità, l'impossibilità per il rappresentante legale in conflitto di provvedere alla nomina del difensore non avrebbe invero alcuna ricaduta costituzionale, in quanto, a norma dell'articolo 369*bis* c.p.p.,

---

<sup>206</sup> L'espressione è di S. BELTRANI, *L'incompatibilità nel procedimento a carico dell'ente del rappresentante legale imputato del reato presupposto*, cit., p. 251.

Si veda anche, Ordinanza Trib. Milano, 01.12.2006, circa l'inammissibilità dell'istanza di riesame posta in essere da difensore nominato dal rappresentante legale indagato del reato presupposto.

<sup>207</sup> In tal senso, G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico*, cit., p. 1393 ss.

l'assistenza tecnica dell'imputato sarebbe comunque affidata ad un difensore nominato d'ufficio dal pubblico ministero. Tale soluzione, tuttavia, non può dirsi totalmente condivisibile alla luce di quanto previsto dall'articolo 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e dall'articolo 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che espressamente escludono la possibilità di imporre limitazioni al diritto dell'imputato-indagato di scegliere il proprio difensore, quantunque tali limitazioni siano volte ad impedire la deflagrazione di una situazione di conflitto d'interessi<sup>208</sup>.

Parafrasando il pensiero della Corte, le "preoccupazioni pratiche" volte a garantire l'intervento del difensore di fiducia dell'ente, appaiono prioritarie – e non già recessive – proprio perché funzionali ad assicurare il pieno ed effettivo diritto di difesa dell'imputato.

D'altro canto, le norme interne al nostro ordinamento sarebbero già di per sé idonee ad arginare eventuali ricadute pregiudizievoli sul piano della difesa tecnica, di una situazione di conflittualità processuale. Mutuando l'insegnamento statunitense relativo alle problematiche della cosiddetta *organisation as a client*<sup>209</sup>, si potrà innanzitutto sostenere che «il vero cliente del difensore, seppure nominato dal rappresentante incompatibile, è la persona

---

<sup>208</sup> Così, G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 166 ss.

<sup>209</sup> Si rinvia alla disciplina prevista dalla *Rule 1.13* delle *Model rules of professional conduct* e dalla *Rule 307* del *Sarbanes Oxley Act* in tema di *professional responsibility for attorneys*. In estrema sintesi, in base a queste norme si arriva a sostenere che il legale dell'*organisation* è tenuto, per una scelta di fedeltà nei confronti di quest'ultima, a denunciare il *corporate fraud* agli organi di controllo.

giuridica»<sup>210</sup> e, pertanto, la linea difensiva adottata dovrà tener conto esclusivamente della posizione processuale di quest'ultima. Laddove, in concreto e mai sulla base di un ragionamento presuntivo, il difensore dell'ente ravvisasse la sussistenza di una situazione di conflitto tra chi ha provveduto alla sua nomina e l'ente, sarebbe pur sempre abilitato ad avvalersi dello strumento di cui all'articolo 107 c.p.p., rinunciando all'incarico conferito e consentendo di provvedere alla nomina di un difensore d'ufficio a norma dell'articolo 40 del decreto. Ancora, allorquando sia l'autorità giudiziaria a verificare l'insistenza di una situazione di incompatibilità tra le difese delle parti, dovrebbe ritenersi operante la disciplina dell'articolo 106 c.p.p., che permette di accordare un termine per la rimozione dell'incompatibilità in esame o, in via subalterna, di provvedere a norma dell'articolo 97 del codice di rito. Infine, nei casi di "patologia" della difesa, qualora il difensore venisse meno al proprio dovere di fedeltà nei confronti dell'assistito, in via di *extrema ratio* dovrebbe farsi riferimento alle previsioni di cui all'articolo 380 c.p. che sussume in una specifica ipotesi di reato la condotta del patrocinatore resosi infedele ai propri doveri professionali <sup>211</sup>.

---

<sup>210</sup> In tal senso G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 168.

<sup>211</sup> In argomento, G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 168 ss.

### **3. Le incompatibilità con l'ufficio di testimone ex art. 44 d.lgs n. 231 del 2001**

La comparsa sulla scena processuale di un nuovo soggetto di diritto e l'introduzione di un'ipotesi di illecito dalla fisionomia del tutto inedita, hanno inevitabilmente influito anche sulla disciplina probatoria.

Invero, valorizzando la tecnica di etero integrazione codicistica, il legislatore delegato ha ritenuto opportuno introdurre una sola norma in materia di prove, limitandosi ad individuare - nell'articolo 44 - delle peculiari ipotesi di incompatibilità a testimoniare. Tale scelta normativa è stata oggetto di forti critiche, in quanto tacciata di affrontare i maniera parziale e contraddittoria profili di indubbio rilievo processuale <sup>212</sup>. Peraltro, come meglio si vedrà nel proseguo della trattazione, seppur sulla base di percorsi argomentativi differenti, le obiezioni mosse dalla dottrina nei riguardi delle previsioni di cui alla lettera *b*) dell'articolo 44, hanno fatto apparire come non del tutto peregrina l'idea di addivenire persino ad una *interpretatio abrogans* della norma in questione.

Certo è che da una ricognizione sistematica della disciplina in esame risulta evidente che l'intera regolamentazione della materia probatoria rimane in sostanza affidata al codice di rito, per il tramite della clausola contenuta all'articolo 34 del decreto, in conseguenza di una scelta legislativa che tuttavia trascura di considerare il fisiologico limite alla compatibilità delle norme

---

<sup>212</sup> Così, G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 379.

codicistiche, dato dalla non totale corrispondenza tra la figura di imputato-persona fisica e quella di imputato-persona giuridica <sup>213</sup>.

### **3.1 L'imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo**

L'articolo 44 lett. a) del d.lgs n. 231 del 2001 stabilisce in primo luogo che non potrà essere assunto come testimone la persona imputata del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. E' questa l'ipotesi di incompatibilità che, pur non essendo totalmente esente da profili di criticità, appare certo meno problematica.

Le ragioni poste a fondamento di tale preclusione sono evidenti. Come si è già avuto modo di sottolineare, infatti, l'illecito amministrativo per il quale l'ente è chiamato a rispondere presenta un nucleo fattuale tendenzialmente coincidente con quello posto alla base del fatto di reato, un nucleo embrionale di imputazione che nel passaggio dalla dimensione individuale a quella collettiva si arricchisce di elementi ulteriori, quali i fattori di imputazione oggettivi e soggettivi indicati dagli articoli 5 e seguenti del

---

<sup>213</sup> In tal senso, A. GIARDA, *Societas delinquere potest: o no?*, cit., p. 188.

decreto. E' evidente dunque che l'autore del reato presupposto non può dirsi estraneo all'addebito mosso nei confronti dell'ente<sup>214</sup>.

Lo scopo della norma è dunque, in primo luogo, impedire che tale soggetto, sentito in ordine ai profili di responsabilità dell'ente, possa incorrere in dichiarazioni *contra se*, in palese violazione del principio del *nemo tenetur se detegere*<sup>215</sup>. Stante la sostanziale coincidenza del fatto storico posto alla base del reato e al contempo presupposto della responsabilità dell'ente, il legislatore ha inteso evitare che l'imputato persona fisica potesse essere assoggettato ad un obbligo *de veritate* nell'ambito di un procedimento – quello a carico della persona giuridica – intimamente connesso con il proprio<sup>216</sup>.

Peraltro, non può trascurarsi il fatto che, in tali circostanze, l'imputato del reato presupposto verrebbe a trovarsi in una situazione di evidente conflitto di interessi rispetto alla posizione dell'ente, tant'è vero che, qualora l'imputazione gravasse in capo al legale rappresentante, a questi risulterebbe preclusa non solo la possibilità di rendere testimonianza, ma anche la rappresentanza processuale.

La sussistenza di una situazione di conflitto di interessi determinerebbe poi la perdita di uno dei requisiti essenziali della testimonianza, ovvero la

---

<sup>214</sup> In tal senso, A. BASSI, E. T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 639; G. GARUTI, *Persone giuridiche e "processo" ordinario di cognizione*, in *Diritto penale e processo*, 2003, p. 142.

<sup>215</sup> In tema, A. BASSI, E. T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 639; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 379.

<sup>216</sup> Così, BASSI, E. T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 639.

posizione di terzietà del dichiarante<sup>217</sup> e, inoltre, potrebbe potenzialmente indurre l'imputato del reato presupposto a «scaricare la responsabilità su altri addetti dell'ente ovvero a coinvolgere più pesantemente la persona giuridica, evidenziandone profili di responsabilità amministrativa»<sup>218</sup>.

Come si è anticipato, neppure la previsione in esame è stata immune da critiche. Si è difatti osservato come tale ipotesi di incompatibilità potesse già desumersi in via d'interpretazione dalle previsioni dell'articolo 197 c.p.p., così lasciando in sostanza trasparire il dubbio della tendenziale superfluità della previsioni dell'articolo 44 lett. a) del decreto legislativo. Il codice di rito prevede, in effetti, un'autonoma ipotesi di incompatibilità a testimoniare in capo al soggetto che risulti essere imputato di un reato connesso o collegato rispetto a quello per il quale è richiesta la deposizione. Sulla scorta dello stretto legame intercorrente tra l'illecito amministrativo ed il reato presupposto, aderendo ad una lettura di tale schema di responsabilità in termini di "fattispecie a concorso necessario", si è ritenuto plausibile individuare nell'ipotesi in esame un rapporto di connessione tale da legittimare l'applicabilità del regime codicistico<sup>219</sup>.

E' tuttavia indispensabile stabilire quale sia la tipologia di connessione o di collegamento che intercorre tra le tue ipotesi di illecito. Da tale

---

<sup>217</sup> In tal senso, P. DI GIRONIMO, *Gli aspetti processuali del d.lg. n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato*, cit., p. 1574.

<sup>218</sup> L'espressione è di A. BASSI, E. T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 639.

<sup>219</sup> Così, A. BERNASCONI, H. BELLUTA, *Commento all'articolo 44*, in AA. VV., *Commentario articolo per articolo del d.lgs 8 giugno 2001, n.231*, Cedam, Padova, 2008, p.389.

preliminare valutazione derivano infatti conseguenze di sicuro rilievo, in quanto, a seconda che si ritenga operante un regime di connessione c.d. forte (art. 197 lett. *a*), piuttosto che di connessione c.d. debole ( art. 197 lett. *b*), muta la disciplina applicabile alle eventuali dichiarazioni rese dall'imputato.

Difatti, qualora si propenda per assimilare l'imputato del reato presupposto all'imputato del medesimo reato o di un procedimento connesso o collegato ai sensi dell'articolo 12 comma 1 lett. *a*), il regime di incompatibilità opererà sin tanto che non sia intervenuta una sentenza irrevocabile; nel secondo caso, invece, laddove si ritenga operante il regime previsto per l'imputato in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 comma 1 lett. *c*) o collegato ai sensi dell'articolo 371 comma 2 lett. *b*), sarà ben possibile acquisire la testimonianza dell'imputato, preventivamente alla definizione del procedimento, a condizione che siano stati dati gli avvisi di cui all'articolo 63 comma 3 lett. *c*) del codice di rito.

Certamente difficoltoso è ammettere la configurabilità di una connessione c.d. teleologica, ai sensi dell'articolo 12 comma 1, lett. *c*), posto che, stante il rapporto di stretta correlazione tra i due illeciti, sarebbe difficilmente ipotizzabile che l'uno possa essere stato commesso per occultare o eseguire l'altro<sup>220</sup>.

Pur rimanendo astrattamente ipotizzabile un'ipotesi di collegamento *ex* art. 371 comma 3 lett. *b*) – nei casi in cui, ad esempio, le condotte siano state commesse le une in occasione delle altre o vi sia una comunanza dei profili

---

<sup>220</sup> A. BASSI, E. T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 641.

probatori – la dottrina prevalente appare concorde nell’individuare nel caso in esame un vincolo connettivo forte, in virtù della stretta dipendenza intercorrente tra le due fattispecie<sup>221</sup>. Ne consegue che, in forza del dato codicistico, l’imputato del reato presupposto sarà assistito da un’incompatibilità testimoniale assoluta, destinata a perdurare - per quanto l’art. 44 nulla dica al riguardo- sin tanto che non sia intervenuta una pronuncia definitiva di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti. Diversamente argomentando, la mancata previsione di un termine finale di durata del regime di incompatibilità, determinerebbe una sospensione *sine die* della generale capacità di testimonianza, incentivando strategie elusive da parte dell’ente che ben potrebbe «fare fuori un testimone prezioso, solo preconstituendo a suo carico una falsa *notitia criminis*»<sup>222</sup>.

Ulteriori diversità di disciplina si avranno poi a seconda che la celebrazione dei due procedimenti avvenga contestualmente ovvero in distinte sedi processuali. Posto che il regime di incompatibilità di cui all’articolo 197 c.p.p. cessa solo allorquando il procedimento a carico del potenziale testimone sia stato definito con sentenza passata in giudicato, nei casi di simultaneo processo l’autore del reato presupposto non potrà mai essere assunto come testimone, salvo che in pendenza di giudizio non sia sopraggiunta una causa di separazione delle regiudicande o di definizione anticipata della sua posizione processuale. Nell’ipotesi in cui si proceda separatamente, invece, l’imputato

---

<sup>221</sup> Così, A. BASSI, E. T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 641; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 380; A. BERNASCONI, H. BELLUTA, *Commento all’articolo 44*, cit., p. 389.

<sup>222</sup> L’espressione è di A. BASSI, E. T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 642.

potrà essere sentito alle condizioni richieste dall'articolo 197 c.p.p., allorquando cioè il procedimento a suo carico sia stato definito con sentenza definitiva di condanna, di proscioglimento o di applicazione della pena su richiesta delle parti, fermo restando che «non potrà comunque essere obbligato a deporre sui fatti per i quali è stata pronunciata in giudizio sentenza di condanna nei suoi confronti, se nel procedimento aveva negato la propria responsabilità ovvero non aveva reso alcuna dichiarazione» ( art. 197bis, commi 4 e 5) e che le sue dichiarazioni dovranno essere valutate unitamente ad altri elementi che ne confermino l'attendibilità (art. 192 comma 3).

Da ultimo occorre verificare se il regime di incompatibilità in esame operi solo nei confronti dell'imputato del medesimo reato da cui dipende l'illecito amministrativo ovvero anche in riferimento all'imputato di un reato connesso o collegato al reato presupposto. Per un verso dovrà osservarsi che la disciplina dettata dal codice di rito ai sensi dell'articolo 197, così come quella prevista dall'articolo 44 del decreto, ha carattere eccezionale e tassativo, in quanto deroga alle regole generali in materia di capacità a testimoniare, e pertanto non dovrebbe essere suscettibile di applicazioni estensive. Tuttavia, stante l'identità di *ratio* delle ipotesi in questione, un'interpretazione restrittiva dell'ambito di operatività della preclusione in esame apparirebbe certamente in contrasto con i canoni costituzionali ove escludesse l'imputato del reato connesso o collegato dalle garanzie previste dal codice di rito. Ammessa dunque in termini generali l'applicabilità del regime di esenzione dall'obbligo testimoniale, rilevanti differenze di

disciplina si avranno a seconda del tipo di connessione intercorrente tra il reato presupposto ed il reato ascritto al soggetto di cui si sarebbe dovuta acquisire la testimonianza. Anche in tale frangente, qualora si tratti di un vincolo connettivo c.d. forte ai sensi dell'articolo 12 comma 1 lett. a), l'incompatibilità permarrà fino alla definizione del procedimento con sentenza coperta da autorità di cosa giudicata; nei casi di connessione c.d. debole - *ex art. 12 comma 1 lett. c) e 371 comma 2 lett. b)* - sarà invece possibile procedere all'assunzione della testimonianza anche prima dell'intervento della statuizione definitiva, sempre che siano stati dati gli ammonimenti di cui all'art. 64 comma 3 e alla stregua dei criteri di valutazioni richiesti dall'articolo 192 comma 3 del codice di rito<sup>223</sup>.

### **3.2 Il rappresentante legale dell'ente**

Uno degli snodi normativi più intricati e complessi della disciplina introdotta dal decreto legislativo n. 231 del 2001 è senza dubbio rappresentato dalle disposizioni dell'articolo 44 lett. b), laddove, individuando la seconda ipotesi di incompatibilità, si esclude che possa essere assunto come testimone

---

<sup>223</sup> In tema, A. BERNASCONI, H. BELLUTA, *Commento all'articolo 44*, cit., p. 390; A. BASSI, E. T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 646; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 380.

il rappresentante legale dell'ente indicato dall'atto di costituzione, che rivestisse tale funzione anche al *tempus commissi delicti*.

Come meglio si vedrà in seguito, appare evidente che in assenza delle due condizioni richieste dalla norma, l'ordinamento implicitamente ammette la possibilità che la persona incaricata di rappresentare l'ente possa assumere la veste di testimone, contribuendo con ciò ad alimentare le incertezze interpretative sulla norma in esame.

E' peraltro preliminare osservare che il grado di effettività della tutela accordata dal decreto al soggetto collettivo imputato, che si manifesta ad esempio nella previsione di una espressa ipotesi di incompatibilità tra la qualifica di imputato e il ruolo di legale rappresentante (art. 39) , è in buona misura condizionato dall'interpretazione della disciplina dedicata alla materia probatoria.

Sebbene la norma in esame pare escludere espressamente la possibilità per il legale rappresentante di essere sentito come testimone, occorre verificare quale sia, nella realtà applicativa, lo *status* processuale da attribuire a tale soggetto. Dalle indicazioni fornite dalla Relazione governativa emerge chiaramente "l'obiettiva difficoltà a considerare il rappresentante legale come testimone" alla luce del fatto che la sua posizione parrebbe essere "più vicina a quella dell'imputato", in virtù del rapporto di immedesimazione organica che lo lega all'ente. In realtà, tuttavia, si tratterebbe di un imputato *sui generis* in quanto "la parificazione all'imputato viene effettuata con riferimento all'ente, non al rappresentante legale, per il quale è previsto un regime peculiare che

non lo esclude dalle garanzie riservate all'imputato, ma in taluni casi lo considera anche un testimone". La Relazione governativa, attraverso passaggi argomentati quantomeno incompleti e in parte contraddittori, pur avendo escluso una piena assimilazione con la figura dell'imputato, conclude che la persona incaricata della rappresentanza processuale dell'ente potrà tuttavia essere sottoposta ad interrogatorio per conto di quest'ultimo, con tutte le garanzie e i diritti riconosciuti al soggetto raggiunto da un'ipotesi di reato.

L'unico dato certo è dunque l'esistenza di un doppio regime processuale applicabile al legale rappresentante dell'ente, mentre non del tutto chiare appaiono le dinamiche del «passaggio dall'area delle garanzie riservate all'imputato al perimetro degli obblighi in capo al testimone»<sup>224</sup>.

Pur in presenza di argomentazioni non del tutto lineari, la *ratio* dell'incompatibilità in esame pare potersi individuare in una molteplicità di esigenze. Per un verso, il legale rappresentante dell'ente, stabilmente inserito nell'organigramma societario e potenzialmente non alieno alla commissione dell'illecito, è soggetto fortemente esposto al rischio di dichiarazioni autoincriminatorie.

Pertanto, quantunque questi sia un sicuro «conoscitore di fatti e circostanze utili ai fini dell'accertamento e, quindi, portatore teorico di un dovere testimoniale»<sup>225</sup>, l'ordinamento ritiene necessario assicurargli le garanzie proprie del diritto al silenzio.

---

<sup>224</sup> L'espressione è di A. BERNASCONI, H. BELLUTA, *Commento all'articolo 44*, cit., p. 391.

<sup>225</sup> L'espressione è di G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 382.

Per altro verso, non può trascurarsi il fatto che, in tali circostanze, le posizioni processuali della persona fisica e del soggetto collettivo possano essere verosimilmente configgenti: l'ente-imputato potrebbe infatti avere interesse a dimostrare, per andare esente da responsabilità, che il fatto sia stato commesso nell'interesse esclusivo della persona fisica<sup>226</sup>.

In conclusione, l'esigenza di acquisire l'apporto probatorio fornito dal legale rappresentante appare recessiva rispetto alla necessità di garantire a quest'ultimo una piena tutela del diritto di difesa, attraverso il riconoscimento del c.d. *privilege against self-incrimination*.

Proprio in considerazione di ciò, la scelta di non estendere l'ipotesi di incompatibilità in esame a qualunque rappresentante legale denoterebbe una tendenziale «mancanza di coraggio»<sup>227</sup> del legislatore del 2001, le cui scelte di normazione potrebbero comportare, come si vedrà, una non trascurabile compressione delle garanzie proprie del giusto processo.

### **3.3 Il diritto al silenzio nei casi di incompatibilità non previsti dalla norma**

Come si anticipava, il legale rappresentante dell'ente è un soggetto al quale l'ordinamento riconosce una duplice veste processuale, assimilandolo, a

---

<sup>226</sup> Così A. BASSI, E. T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 650.

<sup>227</sup> Così G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 380.

seconda dei casi , talora alla figura dell'imputato - sebbene *sui generis*- , talaltra a quella del testimone.

L'esenzione dal dovere di rendere testimonianza si realizza, difatti, solo in costanza della duplice condizione contemplata dall'articolo 44 lett. *b*), sicché, nell'ipotesi in cui la persona incaricata di rappresentare l'ente non cumuli le due qualifiche richieste, non sussisterà alcuna preclusione alla possibilità acquisirne le dichiarazioni nelle forme proprie della testimonianza.

Tuttavia, aderendo ad una interpretazione fedele al dato testuale della norma in esame, risulterebbe estromessa dall'area di incompatibilità una variegata casistica di situazioni soggettive, in riferimento alle quali evidente apparirebbe il rischio di una compressione dell'ambito di operatività delle garanzie proprie del diritto al silenzio. Così argomentando, si osserva, si consentirebbe in definitiva che il rappresentante legale divenga «il principale accusatore dell'ente, essendo obbligato, in qualità di testimone, a rispondere e a dire la verità»<sup>228</sup>.

E' questo uno dei temi più controversi della disciplina introdotta dal d. lgs n. 231 del 2001, uno snodo normativo da cui traspare con chiarezza la profonda problematicità insita nella dialettica tra «diritti delle persone e garanzie della *societas*»<sup>229</sup>.

In via preliminare occorre rilevare che, come si è osservato, « sarebbe derisorio, lesivo del diritto di difesa se, dopo aver riconosciuto all'ente le

---

<sup>228</sup> H. BELLUTA, *Partecipazione e difesa dell'ente nel "suo" processo*, cit., p. 1003.

<sup>229</sup> L'espressione è di E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 332.

garanzie dell'imputato, si costringesse a testimoniare chi lo personifica e gli dà voce nel processo» poiché «concettualmente, equivarrebbe ad obbligare l'imputato a deporre contro se stesso sul fatto di reato»<sup>230</sup>. Al contrario, è principio di civiltà giuridica acquisito da tutti gli ordinamenti democratici quello secondo cui, nel procedimento penale, la persona incolpata di un reato non possa essere obbligata ad *edere contra se*.

La garanzia del *nemo tenetur se detegere* ed il conseguente riconoscimento dello *jus tacenti* costituiscono principi consacrati già sul piano internazionale, dall'articolo 14 comma 3 lett. g) del Patto internazionale sui diritti civili e politici ed implicitamente desumibile dalle regole sul giusto processo di cui all'articolo 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo. Sul piano del diritto interno, il riconoscimento del diritto al silenzio dell'imputato, già rintracciabile in diverse previsioni del codice di procedura penale, assume poi uno specifico rilievo costituzionale, in quanto estrinsecazione dei principi di inviolabilità della difesa e della presunzione di innocenza<sup>231</sup>.

Alla luce di tali considerazioni occorre stabilire quali siano le situazioni soggettive “a rischio”, verificando in un secondo momento la praticabilità

---

<sup>230</sup> L'espressione è di P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, cit., p. 238 ss.

<sup>231</sup> Sul tema del diritto al silenzio si veda anche P. MOSCARINI, *Diritto al silenzio dell'imputato*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, Vol. III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 1079 ss; M. L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., p. 79-84.

delle soluzioni prospettate dalla dottrina al fine di «non vanificare il diritto al silenzio di chi sia – o sia stato – rappresentante legale dell'ente»<sup>232</sup>.

In primo luogo, poiché l'articolo 44 lett. b) richiede, ai fini dell'operatività dell'esenzione dall'obbligo testimoniale, che il legale rappresentante sia stato indicato nella dichiarazione di costituzione, è necessario innanzitutto stabile cosa avvenga nell'ipotesi in cui l'ente abbia deciso di non prendere parte al procedimento. Va al riguardo precisato che la scelta dell'imputato di rimanere contumace riguarda un aspetto, per così dire, esterno, che si pone in una relazione di tendenziale alterità ed autonomia rispetto ai rapporti interni intercorrenti tra l'ente ed il proprio rappresentante.

Ciò a dire che la scelta degli organi societari di non prendere parte al procedimento a carico dell'ente non dovrebbe poter pregiudicare la garanzia dell'immunità alla testimonianza per il soggetto chiamato a rappresentare l'imputato. Certamente problematiche sarebbero poi le conseguenze derivanti dalla scelta di ritenere utilizzabili le dichiarazioni rese dal legale rappresentante, nel caso in cui l'ente decida di costituirsi solo in una fase successiva. La dottrina prevalente non sembra in grado di prospettare soluzioni univoche e pienamente condivisibili in quanto, a voler considerare inutilizzabili le dichiarazioni assunte in violazione di uno specifico divieto, seppure sopravvenuto, evidente sarebbe il rischio di dispersione del contributo probatorio fornito dalla persona fisica; di contro, ritenendo legittimamente acquisita al fascicolo del dibattimento la relativa dichiarazione, di non

---

<sup>232</sup> Così H. BELLUTA, *Partecipazione e difesa dell'ente nel "suo" processo*, cit., p. 1002.

trascurabile rilievo sarebbe il configurarsi di una irragionevole disparità rispetto al trattamento riservato all'imputato che si sia costituito sin da principio<sup>233</sup>.

Il secondo requisito richiesto dall'articolo 44 lett. b) consiste nella necessità che il legale rappresentante rivestisse tale funzionale anche al *tempus commissi delicti*. Difatti, si osserva che «nessuna incompatibilità è prevista per il “nuovo” rappresentante legale, che cioè tale non era al tempo della commissione del fatto»<sup>234</sup>. Appare evidente che la scelta di far gravare sull'attuale rappresentante un obbligo penalmente sanzionato di rendere testimonianza finisce col mortificare le garanzie insite nel c.d. *privilege against self-incrimination*.

Per altro verso, un'interpretazione estensiva dell'incompatibilità in esame, oltre ad essere inibita dal carattere tassativo ed eccezione delle deroghe alla regola sulla generale capacità di testimonianza, comporterebbe anche in tale evenienza un «prosciugamento delle fonti di conoscenza dall'interno dell'organizzazione, paralizzando l'attività di acquisizione probatoria»<sup>235</sup>.

Diverse le ricostruzioni interpretative. Parte della dottrina ritiene che, in virtù del rapporto di immedesimazione organica, anche il nuovo rappresentante legale dovrebbe essere considerato alla stregua dell'imputato o,

---

<sup>233</sup> In tema, A. BASSI, *Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, p. 57.

<sup>234</sup> Così G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 447.

<sup>235</sup> L'espressione è di A. BASSI, E. T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 658.

nel procedimento a carico dell'autore del reato, dell'imputato di un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 comma 1 lett. a), beneficiando così del regime di incompatibilità con l'ufficio di testimone.

E' stata inoltre prospettata la possibilità di introdurre, *de iure condendo*, una specifica forma di "testimonianza volontaria", atta a consentire al legale rappresentante di scegliere tra l'esercizio del diritto al silenzio, la possibilità di rendere dichiarazioni spontanee o, infine, di deporre come testimone e con gli obblighi per quest'ultimo previsti<sup>236</sup>.

Si noterà poi che la disciplina dell'ipotesi in esame potrebbe, in talune circostanza, intrecciarsi con le previsioni contenute in altra disposizione legislativa, a seconda delle motivazioni che abbiano indotto l'ente a provvedere alla nomina di un nuovo legale rappresentante. Sarà ben possibile che il soggetto collettivo abbia ritenuto di sostituire l'originario rappresentante in quanto questi risultasse imputato del reato presupposto. Tale ultima circostanza, a norma dell'articolo 39 del decreto, preclude all'ente la possibilità di costituirsi nel procedimento a proprio carico, con la conseguenza che, laddove gli organi sociali decidessero di confermare la fiducia nel legale rappresentante comunque coinvolto nella vicenda processuale, potrebbe ritenersi che «l'ente, come soggetto autonomo, non ha interesse a fornire la prova impeditiva della propria estraneità»<sup>237</sup>, non potendosi però dolere dell'impossibilità di costituirsi in giudizio.

---

<sup>236</sup> In argomento, A. BASSI, E. T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 658.

<sup>237</sup> L'espressione è di A. DIDI, *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Diritto penale e processo*, 2005, p. 1168.

Ritornando alla posizione del rappresentante di nuova nomina, da una prospettiva più squisitamente probatoria bisogna distinguere a seconda del fatto che questi sia entrato a conoscenza di fatti o circostanze rilevanti ai fini del giudizio prima dell'assunzione della carica, ovvero in un momento successivo. Nel primo caso, osservando che il legale rappresentante sarebbe stato comunque un potenziale testimone, la dottrina prevalente ritiene non applicabile il regime di incompatibilità di cui all'articolo 44 del decreto. A tale ricostruzione, tuttavia, pare possibile opporre alcune critiche. Difatti, anche nell'ipotesi in cui il rappresentante legale sia venuto a conoscenza di carenze organizzative a lui non imputabili, in quanto risalenti ad una fase precedente all'assunzione della carica, dovrebbe comunque considerarsi che, nell'attualità, sussistendo un rapporto di immedesimazione organica, potrebbero comunque individuarsi precipue esigenze di tutela nei confronti dell'ente-imputato. In altri termini, pur non configurandosi il rischio di deposizioni pregiudizievoli per la persona fisica investita del potere di rappresentanza, nondimeno la garanzia del *nemo tenetur se detegere* dovrebbe comunque essere accordata a protezione della stessa persona giuridica.

Nella seconda ipotesi, al contrario, essendo tale soggetto chiamato a rappresentare l'ente in virtù del rapporto di immedesimazione organica ed assumendo dunque la qualità di parte, dovrebbe essergli garantita piena tutela contro eventuali dichiarazioni autoincriminatorie<sup>238</sup>.

---

<sup>238</sup> In tal senso, A. DIDI, *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, cit., p. 1168; A. BERNASCONI, H. BELLUTA, *Commento all'articolo 44*, cit., p. 394.

Un ulteriore caso problematico passato al vaglio degli interpreti attiene all'ipotesi in cui il legale rappresentante, pur essendo tale al momento del fatto, abbia successivamente dismesso il proprio incarico. In tali circostanze, stando alla lettera della norma, l'originario rappresentante non godrebbe delle garanzie derivanti dall'immunità testimoniale, in quanto «farebbe difetto nell'attualità il rapporto di immedesimazione organica con la persona giuridica che potrebbe giustificare tale estensione»<sup>239</sup>. Salvo che non si tratti di un legale rappresentante che risulti essere imputato del reato presupposto – nel qual caso l'esenzione dall'obbligo testimoniale deriverebbe dalle disposizioni della lett. a) dell'articolo 44 –, non sussisterebbe in tale evenienza nessuna preclusione all'obbligo di deporre secondo verità.

Tuttavia, poiché la persona fisica sarebbe qui chiamata a deporre su fatto proprio, con conseguente obbligo di fornire indicazioni circa eventuali inefficienze organizzative a lui stesso imputabili, anche in tale ipotesi si dovrebbe concludere nel senso dell'operatività del regime di esenzione dalla testimonianza<sup>240</sup>.

Parallelamente a quanto si è detto in relazione all'ipotesi di incompatibilità di cui alla lettera a) dell'articolo 44, circa la posizione dell'imputato di un reato connesso o collegato al reato presupposto<sup>241</sup>, occorre domandarsi quale sia la disciplina applicabile nel caso in cui suddetto

---

<sup>239</sup> L'espressione è di A. BASSI, E. T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 659.

<sup>240</sup> Così, DIDI, *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, cit., p. 1169; A. BERNASCONI, H. BELLUTA, *Commento all'articolo 44*, cit., p. 394.

<sup>241</sup> v. *supra*, Cap. IV, par. 3.1

imputato ricopra al contempo la funzione di legale rappresentante della persona giuridica. Il rapporto di connessione in oggetto potrebbe invero riguardare tanto gli illeciti amministrativi, tanto i reati presupposto. In quest'ultimo caso, laddove a norma dell'articolo 38, comma 1 del decreto, risultino riuniti i procedimenti relativi ad illeciti amministrativi del tutto autonomi ma dipendenti da reati in concorso o continuazione *ex art. 12, lett. b) c.p.p.*, non sussistendo alcuna interrelazione tra i primi, sarà ben possibile che ciascun legale rappresentante venga sentito come testimone nel procedimento a carico dell'altro ente-imputato. Di contro, allorquando il rapporto di connessione riguardi più illeciti amministrativi, la dottrina maggioritaria ritiene di poter individuare un nesso rilevante ai sensi dell'articolo 197 c.p.p., tale da estendere le ipotesi di incompatibilità codicistica anche al soggetto incaricato di rappresentare l'ente ed imputato del relativo illecito connesso o collegato a quello per il quale si procede<sup>242</sup>.

Da ultimo deve essere considerata la situazione del legale rappresentante che abbia definito la propria posizione processuale con sentenza definitiva. In tale frangente, ribadita l'operatività del regime di incompatibilità a testimoniare previsto dal codice di rito, si dovrà ritenere che le eventuali dichiarazioni potranno essere acquisite solo alle condizioni previste dall'articolo 197*bis* c.p.p.

---

<sup>242</sup> Per un approfondimento del tema relativo alle possibili situazioni di connessione intercorrenti tra più illeciti, si veda A. BASSI, *Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica*, cit., p. 61.

All'esito di questa sintetica disamina appare chiara la diffusa tendenza dottrinale ad estendere, per via interpretativa, il regime di incompatibilità a testimoniare ben oltre il dato testuale dell'articolo 44 lett. b), e ciò malgrado si osservi che il *trend* legislativo introdotto con la legge n. 63 del 2001 vada nel senso di una tendenziale restrizione degli spazi processuali riservati al diritto al silenzio.

Diversi sono tuttavia i percorsi esegetici attraverso i quali si addivene a tali conclusioni. In via di principio si osserva che, qualora il legislatore avesse assecondato fino in fondo l'ispirazione garantistica del nuovo sistema, si sarebbe potuto ovviare con minori difficoltà al problema della potenziale violazione del diritto al silenzio. Difatti, così come affermato dalla dottrina prevalente, laddove l'articolo 35 del decreto fosse stato concepito in maniera tale da legittimare una piena parificazione della figura del legale rappresentante con quella dell'imputato<sup>243</sup>, «non si sarebbero resi necessari artifici esegetici per “isolare” i momenti in cui la persona è rappresentante legale e, come tale, titolare dei diritti tipicamente riferibili alla figura dell'imputato, dalle ipotesi nelle quali assume gli oneri testimoniali»<sup>244</sup>.

---

<sup>243</sup> Anche la giurisprudenza di legittimità sembra aderire a tale prospettazione. Si ricorda l'ordinanza 6 giugno 2012 del Tribunale di Verbania che ritiene manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 44 d.lgs n. 231 del 2001, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., in quanto «in forza della parificazione dell'ente all'imputato prevista dall'articolo 35, un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata della norma porta a ritenere che il rappresentante dell'ente, che non fosse tale al momento della commissione del reato, non debba essere esaminato come testimone, bensì nelle forme previste dall'articolo 44, comma 2».

<sup>244</sup> L'espressione è di A. BERNASCONI, H. BELLUTA, *Commento all'articolo 44*, cit., p. 395.

E' tuttavia innegabile che l'interpretazione che porta ad ampliare considerevolmente l'ambito di operatività del regime di incompatibilità a testimoniare, rischia di tradursi in una evidente forzatura della lettera della norma. Come osservato da accorta dottrina, una miglior soluzione potrebbe, invece, essere rinvenuta nelle disposizioni del codice di rito, pur in mancanza di un'espressa parificazione della figura del legale rappresentante a quella dell'imputato. L'articolo 198 comma 2 c.p.p. stabilisce, infatti, che nessuno può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere la propria responsabilità penale, cristallizzando in tal modo la regola del *privilege against self-incrimination*.

E' questo uno dei principi cardine del nostro sistema processualpenalistico, un principio di civiltà giuridica frutto della preferenza accordata alla tutela della libertà del singolo in luogo di indiscriminate esigenze di repressione del crimine. L'assoluta rilevanza di questa garanzia può agevolmente cogliersi nel fatto che essa viene riconosciuta a qualsiasi soggetto processuale, sia esso imputato, indagato o testimone.

La norma in oggetto potrebbe dunque essere canalizzata nel rito *de societate* a norma dell'articolo 34 del decreto e declinata a vantaggio della nuova figura dell'ente-imputato. Il preliminare vaglio di compatibilità avrebbe infatti sicuro esito positivo, trattandosi di una disposizione pienamente coerente con le finalità proprie dell'accertamento della responsabilità del soggetto collettivo.

Per tale via, scongiurando il rischio di eccessive forzature ermeneutiche e di possibili interpretazioni abrogatrici, si consentirebbe di “importare” nel procedimento *de societate* quei presidi garantistici che ricevono nel nostro ordinamento un pieno riconoscimento costituzionale<sup>245</sup>.

### **3.4 Il regime delle dichiarazioni del legale rappresentante ex art. 44 comma 2**

L’articolo 44 comma 2, da ultimo, stabilisce che il legale rappresentante dell’ente, non potendo essere escusso in qualità di testimone, dovrà essere interrogato o esaminato nelle forme, con i limiti e con gli effetti previsti dall’articolo 210 c.p.p.<sup>246</sup>, vale a dire secondo le modalità proprie dell’interrogatorio e dell’esame dell’imputato in un procedimento connesso.

Sebbene al rappresentante legale, sentito nelle forme proprie del codice di rito, sarà riconosciuto il diritto di rimanere silente, certamente inedita e, per così dire, originale è la scelta di introdurre un’ipotesi di interrogatorio effettuato “per conto di un altro”, ossia per conto dell’ente-imputato.

Le indicazioni che la Relazione governativa fornisce al riguardo appaiono ancora una volta lacunose e in parte contraddittorie in quanto, dopo

---

<sup>245</sup> In tal senso, M. L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d’impresa*, cit., p. 83 ss.

<sup>246</sup> Salvo l’obbligo di presentarsi dinanzi al giudice, la persona imputata in un procedimento connesso potrà essere esaminata solo alla presenza del proprio difensore ( o, in mancanza, del difensore d’ufficio) e, ad eccezione dell’obbligo di fornire le proprie generalità, potrà avvalersi della facoltà di non rispondere.

aver premesso che «il legale rappresentante sarà sottoposto ad interrogatorio per conto dell'ente, con tutte le facoltà e i diritti riconosciuti all'imputato», conclude osservando che, poiché la veste di imputato è riservata esclusivamente alla persona giuridica, il legale rappresentante, che fosse tale anche al momento del fatto, non potrà essere assunto come testimone, ma la sua posizione dovrà essere equiparata a quella «dell'imputato di procedimento connesso e pertanto potrà essere sentito ed esaminato negli stessi casi e con i medesimi effetti di questi».

Le disposizioni del decreto non specificano poi quale sia la tipologia di connessione operante nel caso in esame. Rimangono valide anche in tale frangente le considerazioni critiche prospettate dalla dottrina: se il legislatore avesse infatti assimilato *expressis verbis* il legale rappresentante all'imputato nel medesimo procedimento, non si sarebbero resi necessari ulteriori sforzi interpretativi sul punto. In mancanza tuttavia, facendo leva ancora una volta sul rapporto di immedesimazione organica, si giunge a ritenere operante il regime di connessione c.d. forte *ex* artt. 197 comma 1 e 210 comma 1 c.p.p., sebbene tale soluzione rechi con sé il rischio di possibili strategie elusive da parte dell'ente che, al fine di assicurarsi l'operatività di tale disciplina, impedendo l'assunzione di un importantissimo contributo probatorio, ben potrebbe determinarsi a mantenere in carica il rappresentante legale del *tempus commissi delicti*<sup>247</sup>.

---

<sup>247</sup> In tema, A. BASSI, *Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica*, cit., p. 54.

Il regime delle dichiarazioni del legale rappresentante e, segnatamente, l'applicabilità delle previsioni del secondo comma dell'articolo 44 comma 2, risultano essere condizionati dalle dinamiche dei due procedimenti, quello a carico dell'ente e quello a carico dell'autore del reato-presupposto.

Come si anticipava (sebbene in relazione alle dichiarazioni rese dal rappresentante legale di nuova nomina), nell'ipotesi in cui i due procedimenti risultino riuniti *ab origine* troverà applicazione il regime previsto dagli articoli 197 comma 1 e 210 comma 1 c.p.p., e così anche nel caso in cui in sede amministrativa sia emersa la sussistenza del corrispondente reato-presupposto, tale da attrarre l'accertamento del primo illecito nell'ambito del procedimento penale.

Di contro, qualora l'accertamento delle responsabilità avvenga in sedi separate, bisognerà verificare se il regime codicistico sia destinato ad operare esclusivamente nell'ambito del giudizio *de societate*, ovvero anche nel procedimento a carico dell'autore del reato presupposto.

Osservando che - come più volte ribadito - i due illeciti partecipano della medesima natura e condividono il medesimo nucleo fattuale, si è portati a ritenere che il legale rappresentante dell'ente debba essere equiparato all'imputato di procedimento connesso anche nel giudizio sull'accertamento della responsabilità della persona fisica.

Da ultimo necessita di essere considerata l'ipotesi in cui il legale rappresentante abbia reso dichiarazioni, in qualità di testimone, nell'ambito del separato procedimento di accertamento del reato presupposto. Secondo

l'interpretazione maggioritaria, quantunque tali dichiarazioni siano state rese in presenza del difensore dell'ente e del legale rappresentante, così realizzando le condizioni richieste dall'articolo 238 comma 2 *bis* c.p.p. per l'acquisizione del verbale del distinto procedimento, il carattere perentorio dell'incompatibilità di cui alla lettera *b*) dell'articolo 44 imporrebbe comunque all'autorità procedente di disporre la nuova audizione dell'originario dichiarante, nei limiti e con le garanzie previste dall'articolo 210 comma 1 del codice di rito. E' tuttavia opportuno domandarsi se tale causa di incompatibilità debba ritenersi operante anche nell'ipotesi in cui le dichiarazioni siano state rese nel corso del procedimento a carico dell'autore del reato alla presenza del difensore che assista sia il legale rappresentante che l'ente o nell'ulteriore ipotesi di consenso della persona giuridica all'acquisizione del verbale. Sebbene, al ricorrere di tali presupposti, l'articolo 238 commi 2*bis* e 4 consentirebbe l'acquisizione del verbale del procedimento a carico dell'autore del reato, vi è da chiedersi se il carattere perentorio dell'articolo 44 non sia comunque da ostacolo all'utilizzazione del precedente atto istruttorio. La dottrina più accorta, tenuto conto del principio espresso dall'articolo 526, certamente operante anche nel rito *de societate*, in forza del quale si vieta di utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle acquisite nel dibattimento, è orientata a privilegiare una soluzione di segno negativo, richiedendo dunque la reiterazione della deposizione con le forme di cui all'articolo 210 del codice di rito<sup>248</sup>.

---

<sup>248</sup> In argomento, A. BASSI, E. T. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 654.

## Conclusioni

All'esito della presente disamina si rende necessario tentare di fornire risposte più consapevoli, sebbene del tutto personali, agli interrogativi proposti nella parte iniziale del lavoro.

Preliminarmente alla trattazione dei profili della disciplina legislativa oggetto di indagine, ci si è domandati se ed in quale misura il mutare delle forme di criminalità abbia inciso sull'architettura classica del processo, e ciò al fine di stabilire, in ultima istanza, se anche la nuova procedura penale d'impresa rivendichi quella copertura costituzionale già propria del procedimento *de homine*.

Il complesso percorso che, a partire dagli anni Settanta, ha condotto alla demistificazione dello storico dogma dell'irresponsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche, si è innestato all'interno di un retroterra storico-politico del tutto peculiare, caratterizzato cioè da un *humus* fortemente favorevole all'emersione di inedite e sempre più aggressive forme di criminalità.

Lo sviluppo economico, la rapida integrazione dei mercati, l'abbattimento delle barriere commerciali, ma anche l'inadeguatezza del sistema dei controlli e l'assenza di una valida cornice di regolamentazione hanno infatti profondamente modificato la fisionomia classica del reato.

Nell'era globale, il crimine ha perso la propria tradizionale connotazione antropomorfa, non è più concepito come il fatto antiggiuridico e colpevole del singolo, ma si inserisce e si sviluppa all'interno di strutture complesse, nelle quali la tracciabilità e la governabilità dei comportamenti diviene assai problematica e «l'invisibilità della vittima depotenzia le inibizioni e fomenta l'aggressività»<sup>249</sup>.

---

<sup>249</sup> G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 4.

In questa misura è dunque possibile affermare che le nuove forme di criminalità d'impresa non sono altro che uno dei sottoprodotti della modernità. Ma vi è di più. Non è solo il "volto" dell'autore del reato a mutare, ma anche la stessa dimensione del fenomeno criminoso, sempre più tendente a trascendere la dimensione strettamente statale per proiettarsi ben oltre i confini nazionali. L'esponentiale crescita delle forme di criminalità transfrontaliera, d'altro canto, è stata avvertita come fenomeno di tale allarme sociale da sollecitare, in tempi recenti, persino la sperimentazione di strumenti di cooperazione in materia penale tra gli Stati appartenenti all'Unione Europea.

Alla luce di ciò, rispondendo al primo degli interrogativi proposti, è possibile affermare con convinzione che la comparsa di inedite categorie di autori del reato e l'ipertrofica espansione del fenomeno criminoso – filiazioni dirette della metamorfosi della fisionomia dell'illecito – hanno inevitabilmente intaccato la tradizionale struttura del processo. Sia in tal senso sufficiente osservare come, l'ingresso sulla scena processuale di un soggetto metaindividuale smentisca uno degli aspetti cardine del sistema di giustizia penale, quello per cui unico protagonista delle dinamiche del giudizio cui l'ordinamento riconosce diritti, garanzie, oneri e facoltà, è da sempre la sola persona fisica. L'introduzione di uno statuto della responsabilità degli enti collettivi impone poi un ripensamento delle caratteristiche proprie della stessa pena che, non potendo più consistere nella limitazione della libertà personale di alcuno, dovrà essere adattata alle fattezze proprie del nuovo destinatario, limitandone semmai la capacità economica e di mercato.

Occorre ora tentare di fornire una risposta quanto più possibile adeguata al secondo degli interrogativi proposti, verificando dunque se, nell'ambito del rito *de societate*, sia pienamente garantita l'operatività di quella cornice di principi costituzionali che storicamente presiedono all'accertamento della responsabilità penale.

Anche sotto questo diverso profilo la risposta non può che essere affermativa, e ciò per il solo fatto che la scelta di avocare alla giurisdizione

penale l'accertamento della responsabilità delle persone giuridiche si rivelerebbe assolutamente priva di significato se poi si limitasse l'operatività di quei principi garantistici di emanazione costituzionale che governano questo tipo di processo.

A tale riguardo pare tuttavia doveroso osservare come la disciplina legislativa introdotta dal decreto esibisca dei rilevanti momenti di "sofferenza", allorquando - a titolo di esempio - non contempla la possibilità di estendere il regime di immunità dall'obbligo testimoniale a qualunque soggetto che, in un determinato momento della vita dell'ente, sia chiamato a rappresentarlo, immedesimandosi con esso. E' questa una scelta di normazione che reca con sé il non trascurabile rischio di svuotare di contenuti l'intimo significato del diritto al silenzio accordato all'imputato, comprimendo così una garanzia qualificabile come proiezione processuale dei principi costituzionali dell'inviolabilità della difesa e della presunzione di innocenza.

E' evidente, tuttavia, che, così come l'applicazione delle disposizioni del codice di rito nell'ambito del procedimento alle società non possa essere il frutto di un acritico travaso legislativo, ma necessiti di essere valutata in funzione delle peculiarità proprie del nuovo sistema, così anche lettura della cornice costituzionale di riferimento dovrà essere rivisitata in chiave evolutiva.

Le conclusioni di tale disamina paiono, infine, essere il luogo più adeguato per alcune riflessioni personali e, per determinati aspetti, metagiuridiche.

L'esperienza normativa inaugurata con il decreto legislativo n. 231 del 2001 è stata accolta, in dottrina e in giurisprudenza, come una vera e propria "rivoluzione copernicana" che, come si è detto, profondamente ha inciso sulla struttura classica del diritto penale, sostanziale e processuale. L'introduzione di uno statuto della responsabilità delle *societas* è stata accompagnata da un atteggiamento di diffuso disorientamento interpretativo ed applicativo, in larga misura dovuto al carattere granitico del precedente divieto di assoggettamento a pena criminale delle condotte dei soggetti metaindividuali. La portata di un determinato fenomeno, sia esso giuridico o naturalistico, deve però cogliersi

all'interno del contesto storico in cui si colloca. Il fenomeno giuridico, più nel dettaglio, è un fenomeno intrinsecamente "sociale" in quanto si sviluppa là dove esiste un'aggregazione umana ed è preordinato a garantirne la conservazione, attraverso l'individuazione di regole destinate ad orientare le condotte dei consociati. In tale ambito, scopo primario del diritto penale è intervenire reprimendo quelle condotte che, in un dato contesto storico, la coscienza sociale avverte come offensive di interessi e di beni meritevoli di protezione. La selezione dei beni oggetto di tutela, così come l'individuazione delle modalità di aggressione degli stessi, non conducono ad approdi definitivi ed immutabili, ma sono piuttosto il frutto di valutazioni transeunti e strettamente influenzate dai costumi del momento.

La comparsa di un'inedita tipologia di crimine d'impresa dimostra come la modernità sia caratterizzata da esperienze dinamiche ed in continuo divenire, bisognose di una cornice di regolamentazione positiva che, anche allorquando si ponga in rapporto di discontinuità rispetto alle precedenti esperienze di normazione, non merita di essere enfaticamente inquadrata come una "rivoluzione copernicana", ma s'impone piuttosto come una fisiologica risposta al fisiologico mutare dei tempi e dell'agire umano.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, 534.

ALESSANDRI A., *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, 33.

ALICE G., DE SANCTIS A., *La rappresentanza dell'ente in giudizio. Incompatibilità e diritto di difesa*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, 151.

AMARELLI G., *Mito giuridico ed evoluzione della realtà. Il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2003, 941.

AMATO G., *Finalità, applicazione prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Cassazione penale*, 2007, 346.

AMODIO E., *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità*, in *Cassazione penale*, 2005, 320.

BASSI A. - EPIDENDIO E. T., *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, Milano, 2006.

BASSI A., *Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 43.

BASSI A., *La costituzione in giudizio dell'ente con specifico riguardo alle procedure incidentali in discussione innanzi al tribunale del riesame*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, 25.

BECK U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carroci, Roma, 2000.

BELLUTA H., *Partecipazione e difesa dell'ente nel "suo" processo: primi (parziali) approdi interpretativi*, in *Le società*, Ipsoa, vol. 29, fascicolo 8., 998.

BELLUTA H., *Commento agli articoli 39-44*, in AA. VV., *Commentario articolo per articolo del d.lgs 8 giugno 2001, n.231*, Cedam, Padova, 2008, 39.

BELTRANI S., *L'incompatibilità nel procedimento a carico dell'ente del rappresentante legale imputato del reato presupposto. Commento a Cass. pen., sez. VI, 31.5-26.07.2011, n. 29930, Ingross Levante s.p.a., C.E.D. Cass., n. 250432*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 245.

BELTRANI S., *Il diritto di difesa degli enti nel processo penale. Commento a Cass. Pen., sez. VI, n. 15689 del 2008*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2009, 145.

BERNASCONI A., (voce) *La responsabilità amministrativa degli enti*, in *Enciclopedia diritto, Annali, Vol. II, tomo 2*, 2008, 995.

BERNASCONI A., PRESUTTI A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2013.

BIELLI D., *Il delitto, il processo, la pena*, Nuove edizioni romane, Roma, 1995, 11.

BRICOLA F., *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1970, 951.

BRICOLA F., *Societas delinquere non potest*, in *Scritti di diritto penale*, Vol. II, tomo 2, Giuffrè, Milano, 1997, 2977.

CAPRIOLI F., “*Giusto processo*” e rito degli irreperibili, in *Legislazione penale*, 2004, 589.

CARMONA A., *La responsabilità amministrativa degli enti: reati presupposto e modelli organizzativi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 199.

CERESA GASTALDO M., *Il processo alle società nel d.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Giappichelli, Torino, 2002.

CERESA GASTALDO M., *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*, in *Cassazione penale*, 2009, 2232.

CORDERO F., *Procedura penale*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2006.

CORVI P., *La disciplina delle notificazioni all'ente*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, a cura di A. Alessandri, Ipsoa, Milano, 2002, 262.

DAL FERRO G., *La globalizzazione della criminalità*, in *Bulletin européen*, n. 636, 2003, 1.

D'AVIRRO A., DI AMATO A., *La responsabilità da reato degli enti*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Di Amato, Vol. X, Cedam, Padova, 2009, 599.

DE FALCO G., *L'ente e il dibattito: principi generali e problematiche specifiche*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, 74.

DE FALCO G., *Le modalità di intervento dell'ente nella fase delle indagini preliminari*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 98.

DE FRANCESCO G. A., *Enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti di precetti normativi*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, 753.

DE ROBERTO G., *Responsabile civile e processo penale*, Giuffrè, Milano, 1990, 144.

DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002.

DE SIMONE G., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, 74.

DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008.

DI BITONTO M. L., *Le indagini e l'udienza preliminare*, in AA.VV. *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs 8 giugno 2001 n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, Milano, 2005, 533.

DI BITONTO M. L., *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

DI GIRONIMO P., *Gli aspetti processuali del d.lg. n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, in *Cassazione penale*, 2002, 1564.

DIDDI A., *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Diritto penale e processo*, 2005, 1166.

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1996, 81.

FERRUA P. *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, 223.

FERRUA P., *Difesa (diritto di)*, voce in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. III, Utet, Torino, 1989, 472.

FERRUA P., *Le insanabili contraddizioni nelle responsabilità dell'impresa*, in *Diritto e Giustizia*, 2001, 8.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Bologna, 2009, 161.

FIDELBO G., *La testimonianza: casi di incompatibilità*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, Milano, 2010, 489.

FIDELBO G., *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, Milano, 2010, 435.

GARUTI G., *Il processo penale agli enti a dieci anni dalla nascita*, in *Diritto penale e processo*, 2001, 789.

GARUTI G., *La procedura per accertare la responsabilità degli enti*, in AA.VV., *Procedura Penale* a cura di O. Dominioni, Giappichelli, Torino, 2010, 675.

GARUTI G., (voce) *Responsabilità delle persone giuridiche*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. 27, 2002, 8.

GARUTI G., *Il processo penale agli enti*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale. Modelli differenziati di accertamento*, a cura di G. Garuti, Giappichelli, Torino, 2011, 1031.

GARUTI G., *Persone giuridiche e “processo” ordinario di cognizione*, in *Diritto penale e processo*, 2003, 137.

GARUTI G., *I profili soggettivi del procedimento*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2008, 271.

GENNAI S., TRAVERSI A., *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Commento al d.lgs 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, Milano, 2001.

GIARDA A., *Societas delinquere potest: o no?*, in AA.VV, *La Responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milano, 2002, 183.

GIARDA A., *Procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa degli enti ( d.lgs. 8 giugno 2001, n.231)*, in *Compendio di procedura penale* a cura di G. Conso, V. Grevi, M. Bargis, Cedam, Padova, 2012, 1257.

GIOSTRA G., *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive*, in *Politica del Diritto*, 1997, 147.

GRASSO G., *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1995, 1159.

GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001

GUERRINI R., *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Giuffrè, Milano, 2006, 233.

ILLUMINATI G., *Costituzione e processo penale*, in *Giurisprudenza italiana.*, 2008, 522.

LORUSSO S., *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del d.lgs 8 giugno 2001, n. 23*, in AA.VV., *Percorsi di procedura penale*, a cura di V. Perchinunno, Giuffrè, Milano, 2000, 147.

MAIELLO V., *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/02: una truffa delle etichette davvero innocua?*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, 884.

MANCUSO E. M., *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in AA.VV. *Trattato di procedura penale. Soggetti ed atti*, a cura di G. Dean, Giappichelli, Torino, 2009, 605.

MANNA A., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cassazione penale* 2003, 1101.

MARANDOLA A., *Sulla validità costituzionale del regime delle notificazioni all'ente effettuate al rappresentante legale imputato del medesimo reato (nota a sentenza, Corte cost., 27 luglio 2011, n. 249, in Giurisprudenza costituzionale, 2011, 3207*

MARINUCCI G., *La responsabilità delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura penale*, 2007, 445.

MARINUCCI G., *Societas Puniri potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura penale*, 2002, 1193.

MONGILLO V., *Il trasferimento di posizioni di garanzia nell'impresa tra diritto penale e processo*, in *Cassazione penale*, 2005, 3978.

MOSCARINI P., *I principi generali del procedimento penale de societate*, in *Diritto penale e processo*, 2011, 1268

MOSCARINI P., *Diritto al silenzio dell'imputato*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, Vol. III, Giuffrè, Milano, 2010, 1079.

NAPOLEONI V., *Le vicende modificative: trasformazione, fusione, scissione e responsabilità degli enti*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, 140.

PALIERO E., *Il d.lgs 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corriere Giuridico*, 2001, 845.

PAOLOZZI G., *Vademecum per gli enti sotto processo*, Giappichelli, Torino, 2006.

PASSAS N., *Globalizzazione, asimmetrie criminogene e criminalità economica*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2000, 247.

PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest. La fine tardiva di un dogma*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, 571.

PISTORELLI L., *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*, Ipsoa, Milano, 2002, 299.

PISTORELLI L., *Le modalità di partecipazione dell'ente al procedimento nell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, 175.

PRESUTTI A., BERNASCONI A., FIORIO C., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Cedam, Padova, 2008.

PUGLIESE F., *Divieti di partecipazione al processo degli enti e tentativi di interpretazioni creative di un norma incostituzionale*, in *Giustizia Penale*, 2008, 122.

ROMANO M., *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, 1036.

ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in AA.VV., *Governo delle imprese e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2002, 1345.

SALARDI S., *La responsabilità penale delle persone giuridiche, problemi vecchi e nuovi*, in *Cassazione penale*, 2005, 3584.

SANDRELLI G. G., *La responsabilità amministrativa degli enti*, in AA.VV., *Le nuove S.p.a.*, a cura di O.Cagnasso, L. Panzani, Bologna, 2010, 1047.

SANTORIELLO C., *Le ipotesi di incompatibilità del giudice penale nel processo alle società*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 124.

SANTORIELLO C., *Le garanzie processuali dell'accertamento e le misure cautelari*, in AA.VV., *I modelli organizzativi ex. d.lgs 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, a cura di C. Monesi, Giuffrè, Milano, 2005, 158.

SCALFATI A., *Le norme in materia di prova e di giudizio*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, 349.

SELVAGGI N., *La responsabilità penale della persona giuridica: un dibattito europeo*, in *Cassazione penale*, 1999, 2778.

SPANGHER G., *Le incursioni di regole speciali nella disciplina del rito ordinario*, in AA.VV., *La Responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milano, 2002, 55.

SPANGHER G., *Le ragioni di una scelta, la conseguente tecnica normativa e le prime implicazioni*, in *La Responsabilità amministrativa degli enti*, 2002, 62.

STELLA F., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1998, 459.

TIENDMANN, K., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, 617.

TOMASSETTI C., *La Rappresentanza in generale*, in AA.VV., *La rappresentanza*, Utet giuridica, Torino, 2005, 3.

VARRASO G., *La partecipazione e l'assistenza delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale*, in AA.VV., *La Responsabilità amministrativa degli enti: d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, Milano, 2002, 233.

VARRASO G., *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed eterointegrazione giurisprudenziale*, in *Cassazione penale*, 2010, 1383.

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

VENUTA E. S., *La rappresentanza legale*, in *La rappresentanza*, Utet, Torino, 2005, 159.

VOLK K., *La responsabilità penale degli enti collettivi*, in *Critica del diritto*, 2002, 22.

# RINGRAZIAMENTI

*Grazie,  
alla Professoressa Maria Lucia Di Bitonto per avermi insegnato che la curiosità e  
l'entusiasmo sono il motore essenziale di ogni percorso di ricerca;*

*Grazie,  
al Professor Paolo Moscarini, per la gentilezza e la disponibilità a me dimostrate;*

*Grazie,  
alla Dottoressa Rosa Ruggiero per il prezioso contributo alla redazione di questo  
lavoro;*

*Grazie,  
a mio padre per avermi insegnato che l'onestà, l'impegno e la cura delle cose sono  
obblighi morali, prima ancora d'essere virtù;*

*Grazie,  
a mia madre per la tenerezza mascherata dal rigore con cui mi ha preparato alle  
sfide della vita.*