

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto e Procedura Penale degli Enti

**L'APPLICABILITÀ DELLE NORME DEL CODICE DI
PROCEDURA PENALE NEL PROCEDIMENTO PENALE
DE SOCIETATE**

RELATORE
Chiar.mo Prof.
Maria Lucia Di Bitonto

CANDIDATA
Claudia Caminiti
Matr. 111513

CORRELATORE
Chiar.mo Prof.
Elisa Scaroina

ANNO ACCADEMICO 2013/2014

INDICE

Introduzione	pag. 1
---------------------------	--------

CAPITOLO I

DISPOSIZIONI GENERALI DEL PROCESSO A CARICO DELL'ENTE

1. Le sollecitazioni <u>sovrnazionali</u>	pag. 3
2. La legge delega n. 300 del 2000.....	pag 10
3. Caratteri generali dell'illecito: sussidiarietà e compatibilità della disciplina del codice.....	pag. 18
4. Cenni comparatistici.....	pag. 25

CAPITOLO II

L'APPLICAZIONE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI AL D.LGS. 231/2001

1. I principi costituzionali nel d.lgs. 231 del 2001.....	pag. 29
2. Il principio di non colpevolezza.....	pag. 33
3. Il diritto al silenzio.....	pag. 41
4. Il principio di legalità e del contraddittorio nella formazione della prova.....	pag. 49
5. Principio di obbligatorietà dell'azione penale.....	pag. 52

CAPITOLO III

VAGLIO DI COMPATIBILITÀ NEL PROCEDIMENTO A CARICO DELL'ENTE

1. Indagini preliminari e udienza preliminare	pag. 55
2. Misure cautelari	pag. 71
3. Giudizio ordinario	pag. 87
4. Costituzione di parte civile	pag. 90
5. Procedimenti speciali	pag. 96
Conclusioni	pag. 101
Bibliografia	pag. 103

Introduzione

Il d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 ha introdotto la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica in attuazione dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000 n. 300.

Il d.lgs. 231/2001 è strutturato in due parti, una di carattere sostanziale e l'altra contenente norme di natura processuale.

Le norme di carattere processuale sono numericamente superiori rispetto a quelle sostanziali: tuttavia tale superiorità numerica non si è dimostrata sinonimo di efficienza e completezza.

Le norme che regolano il procedimento *de societate* pongono numerosi problemi interpretativi e il compito di dirimerli è inevitabilmente affidato all'interprete.

Il presente lavoro intende analizzare le diverse problematiche da più punti di vista.

Il primo capitolo, partendo dalle ragioni che hanno determinato l'introduzione nel nostro ordinamento della responsabilità amministrativa degli enti, anche attraverso un confronto con altri ordinamenti europei (in particolare Francia ed Inghilterra), analizza specificatamente l'art. 34 del d.lgs. 231 del 2001. Tale articolo disciplina il rapporto tra le norme del d.lgs. 231/2001 e quelle del codice di procedura penale, applicabili al procedimento a carico degli enti in quanto compatibili.

Il secondo capitolo si pone l'obiettivo di analizzare il modo in cui sono rispettati i principi costituzionali nel procedimento a carico dell'ente. In primo luogo si analizza il principio di non colpevolezza,

sia come regola di trattamento sia come regola di giudizio, e si propone una possibile interpretazione del principio per renderlo applicabile nel procedimento disciplinato nel d.lgs. 231 del 2001. In secondo luogo si affronta il diritto al silenzio e le problematiche ipotesi di incompatibilità a testimoniare disciplinate dall'art. 44 del d.lgs. 231/2001. Si prosegue con l'analisi del principio di legalità e del contraddittorio nella formazione della prova.

Infine si conclude con un riferimento al procedimento di archiviazione, in cui emergono significative differenze rispetto al rito ordinario, e al rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Nel terzo capitolo si analizzano le fasi più rilevanti del procedimento penale a carico degli enti.

Si evidenziano le lacune normative del d.lgs. 231/2001 e si valutano, attraverso la tecnica di etero-integrazione prevista dall'art. 34, le possibili applicazioni delle norme del codice di procedura penale al d.lgs. 231/2001, in quanto compatibili.

Infine viene trattata la questione riguardante l'ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente, riportando l'ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinale, nonché i recenti approdi ermeneutici della Corte di Cassazione.

Capitolo I

DISPOSIZIONI GENERALI DEL PROCESSO A CARICO DELL'ENTE.

1. Le sollecitazioni sovranazionali. – 2. La legge delega n. 300 del 2000. – 3. Caratteri generali dell'illecito: sussidiarietà e compatibilità della disciplina del codice. – 4. Cenni comparatistici.

1. Le sollecitazioni sovranazionali.

L'introduzione nel nostro ordinamento della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, disciplinata con il d.lgs. 8 giugno 2001 n.231, ha segnato il definitivo superamento del principio *societas delinquere et puniri non potest*.¹

L'emanazione del decreto 231/2001 nasce dall'esigenza di prevedere una responsabilità per gli enti che delinquono attraverso una normativa dettagliata e puntuale capace di denunciare l'esistenza di pratiche criminali dell'ente.

¹ Bricola, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. e proc. Pen.*, 1970, p. 951 ss; De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso- Padovani- Pagliaro, Giuffrè, 2008; De Maglie, *L'etica e il mercato*, Giuffrè, 2002, p. 303 ss; 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 *A.A. V.V. Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Cedam, 2002, p.73 ss; Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni*, in *Riv. Soc.*, 2002, p. 393 ss;

Spesso gli amministratori di una società sono solo esecutori materiali di una politica d'impresa criminale, privi di autonoma volontà e ogni qual volta vengono scoperti durante la condotta illecita vengono rimossi e la condotta illecita successivamente viene reiterata dal nuovo amministratore in carica. Pertanto un sistema di criminalità delle imprese improntato solo sulla persona fisica si presentava totalmente inefficace.

Il sistema punitivo tradizionale della responsabilità individuale era inadeguato soprattutto per la frequente separazione tra chi è titolare nella società di poteri decisionali e chi esegue le mansioni esecutive².

Le resistenze ideologiche sul tema sono state superate negli ultimi anni. Nei decenni precedenti vi era una forte opposizione sul tema, in primo luogo perché si sosteneva l'impossibilità per l'ente di subire una pena afflittiva, in secondo luogo perché sarebbe derivata una violazione del principio di personalità della responsabilità penale inteso sia come divieto di responsabilità per fatto altrui sia come responsabilità penale colpevole.

Per un primo orientamento (*teoria della finzione*) i diritti soggettivi nascono dalla libertà morale dell'uomo e soltanto la persona fisica è capace di diritti, mentre la persona giuridica è una mera finzione giuridica e non è capace di commettere reati³.

Un secondo orientamento⁴ proponeva la c.d. *tesi della realtà*, spesso denominata teoria *organica*, secondo cui la persona giuridica non sarebbe una finzione, ma al pari della persona fisica sarebbe

² Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in A.A. V.V. *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010, p. 6.

³ Per un maggiore approfondimento De Maglie, *L'etica e il mercato*, cit. p. 305 ss; Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito amministrativo*, cit., p. 20 ss.

⁴ De Maglie, *L'etica e il mercato*, cit., p.308 ss.

capace di diritti. I rappresentanti sono organi che esprimono la volontà dell'ente, così come con la bocca la persona fisica esprime la le sue idee⁵.

A quest'ultima teoria va riconosciuto un merito storico, in quanto il legislatore del d.lgs. 231/2001 infatti ha ripreso questa teoria nella disciplina dell'art. 5 escludendo la responsabilità dell'ente quando il reato non viene commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Una possibile soluzione a questo problema si sarebbe potuta individuare applicando la disciplina dell'art. 197 c.p.

L'art. 197 c.p. prevede che gli enti forniti di personalità giuridica sono obbligati al pagamento di una pena pecuniaria in caso di insolvibilità del condannato. La norma individua come autore materiale del reato i rappresentanti, gli amministratori, i dipendenti dell'ente che svolgono funzioni formali, cioè funzioni che rispettano i requisiti formali e sostanziali previsti dalla legge. Il reato deve costituire violazione degli obblighi inerenti alla qualità ricoperta dal colpevole o deve essere commesso nell'interesse della persona giuridica.

Tuttavia la dottrina si è mostrata perplessa in quanto la norma prevede solo una responsabilità sussidiaria e solidale. L'ente è responsabile solo dopo che sia stata accertata la incapacità economica della persona fisica al pagamento dell'obbligazione. Si tratta di un modello diverso rispetto ad una forma di responsabilità diretta delle persone giuridiche⁶.

La necessità di introdurre nel nostro ordinamento una forma di responsabilizzazione delle persone giuridiche, anche non

⁵ Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito amministrativo*, cit., p. 21.

⁶ Per un maggiore approfondimento De Maglie, *L'etica e il mercato*, cit., p. 320 ss.

necessariamente penale, è derivata anche da sollecitazioni internazionali che hanno accelerato una presa di coscienza normativa altrimenti ancora più lenta.

Il d.lgs. 231/2001 è stato infatti emanato in attuazione della legge delega 300/2000 la quale aveva ratificato la Convenzione OCSE (Convenzione sulla lotta contro la corruzione dei funzionari pubblici stranieri nelle transazioni commerciali internazionali) che, all'art.2, obbligava gli Stati aderenti ad assumere «le misure necessarie a stabilire la responsabilità delle persone morali» per i reati attinenti alla materia che la Convenzione stessa disciplinava, ossia la corruzione di un funzionario pubblico straniero⁷.

Si è evidenziato come, ad eccezione della Convenzione OCSE, nessuno degli atti ratificati dalla l. 300/2000 vincolasse gli Stati ad apprestare una responsabilità delle persone giuridiche.

La Convenzione in esame lasciava un ampio margine di scelta in ordine ai criteri di attribuzione della responsabilità all'ente, alla definizione dei soggetti e alla disciplina del concorso tra la responsabilità della persona fisica e la responsabilità della persona giuridica.

In realtà una forma di responsabilità diretta delle persone giuridiche era prevista anche dal II Protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (P.I.F.),

⁷ In particolare questa legge ha ratificato: la Convenzione sulla tutela finanziaria delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995; il Primo Protocollo della stessa, fatto a Dublino il 27 settembre 1996; il Protocollo concernente l'interpretazione in via stragiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996; la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997;

firmato a Bruxelles il 19 giugno 1997, il quale però non è stato oggetto di attuazione da parte della l. 300/2000.

Tuttavia il legislatore italiano, nell'introdurre tale forma di responsabilità, si è ispirato alla Convenzione P.I.F, la quale stabiliva in modo dettagliato all'art. 3 i presupposti della responsabilità dell'ente per i reati in essa contemplati⁸; indicava all'art. 4 le misure che gli Stati aderenti erano chiamati ad adottare per la punizione delle persone giuridiche a seconda dell'autore del reato. Pertanto il sistema sanzionatorio prevedeva in primo luogo, l'applicazione di sanzioni pecuniarie per gli illeciti commessi da soggetti apicali e in secondo luogo l'applicazione di sanzioni, la cui scelta viene rimandata alla discrezionalità dei legislatori nazionali, per i reati commessi da soggetti sottoposti⁹.

Precedentemente già la Raccomandazione n. (88) 18 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 20 ottobre 1988 prevedeva una

⁸ Art. 3 Convenzione P.I.F. : "Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili della frode, della corruzione attiva e del riciclaggio del denaro commessi a loro beneficio da qualsiasi persona che agisca individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica che detenga un posto dominante in seno alla persona giuridica basati – sul potere di rappresentanza di detta persona giuridica, o – sull'autorità di prendere decisioni per conto della persona giuridica, o – sull'esercizio del controllo in seno a tale persona giuridica, nonché della complicità, dell'istigazione a commettere tale frode, corruzione attiva o riciclaggio di denaro o del tentativo di commettere tale frode. Oltre ai casi già previsti al paragrafo 1, ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili quando la carenza di sorveglianza o controllo da parte di uno dei soggetti di cui al paragrafo 1 abbia reso possibile la perpetrazione di una frode, di un atto di corruzione attiva o di riciclaggio di denaro a beneficio della persona giuridica da parte di una persona soggetta alla sua autorità. La responsabilità della persona giuridica ai sensi dei paragrafi 1 e 2 non esclude l'azione penale contro le persone fisiche che siano autori, istigatori o complici della frode, della corruzione attiva o del riciclaggio".

⁹ Quando è stata adottata la legge 300 il Protocollo non era ancora stato perfezionato, in quanto mancava la relazione di accompagnamento; tuttavia è indubbio che il legislatore italiano ne abbia tenuto conto nell'introduzione della responsabilità delle persone giuridiche, poiché sono palesi le analogie con la disciplina italiana.

forma di responsabilità delle persone giuridiche, la quale pur non avendo valore vincolante per il nostro paese, da tempo aveva manifestato la necessità dell'introduzione di una responsabilità per le persone giuridiche che assumono un comportamento criminale.

È opportuno, inoltre, ricordare il *Corpus Juris*, importante documento approvato dal Parlamento europeo con la supervisione della Commissione dell'Unione europea finalizzato all'armonizzazione del diritto penale degli Stati membri dell'Unione europea per creare uno "spazio giuridico europeo".

Il documento strutturato in due sezioni (la prima dedicata al diritto penale, la seconda alla procedura penale) prevede all'articolo 13 la disciplina della responsabilità penale degli enti. Il termine "persona giuridica" viene inteso in un'ampia accezione dove carattere decisivo risulta essere la presenza di un patrimonio autonomo dell'ente.

La responsabilità dell'ente è riflesso di quella delle persone fisiche¹⁰.

Oltre gli atti internazionali non devono essere sottovalutati gli impulsi provenienti dalla dottrina e i progetti di riforma in materia, come quello elaborato dalla Commissione Grosso per la riforma del codice penale.

Quest'ultimo, in particolare, individuava, nella parte dedicata alla questione della responsabilità delle persone giuridiche, gli argomenti a favore della criminalizzazione dell'ente, scelta necessaria ai fini del

¹⁰ Art. 13 del *Corpus Juris*: "Sono responsabili dei reati sopra definiti anche gli enti che possiedono la personalità giuridica, così come quelli che possiedono la qualità di soggetti di diritto e che sono titolari di un patrimonio autonomo, quando il reato è stato realizzato per conto dell'ente da un organo, da un rappresentante o da qualunque persona che abbia agito in nome dell'ente o che abbia un potere di decisione, di diritto o di fatto".

coordinamento con gli altri ordinamenti europei e non incompatibile con i principi fondamentali dello Stato di diritto¹¹.

Alla luce di queste considerazioni si può ritenere che il legislatore italiano in tema di responsabilità amministrativa degli enti abbia agito nel rispetto degli impegni europei e che le scelte prese in ambito sostanziale e processuale della legge-delaga n. 300 siano «figlie del solo potere legislativo interno dello Stato italiano»¹².

¹¹Il testo del progetto è consultabile in www.giustizia.it. V. a commento INSOLERA, *La riforma del codice penale. Qualche riflessione in margine al progetto Grosso*, in *Quest. Giust.*, 2001, 6.; De Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, cit., p. 326.

¹² Giarda, *Un sistema ormai a triplo binario: la giurisdizione penale si amplia*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, 2002, p. 193.

2. Legge delega 300 del 2000.

La legge delega n. 300 del 2000 contiene una regolamentazione sostanziale piuttosto articolata (art. 11 comma 1 lettera a-n). Prevede un elenco dei reati presupposto dell'illecito amministrativi, l'indicazione dei soggetti che agiscono all'interno delle società a cui attribuire la responsabilità, i criteri di attribuzione della responsabilità e infine un articolato apparato sanzionatorio.

Sulla base delle precise indicazioni della legge delega n. 300 del 2000, il legislatore del d.lgs. 231/2001 ha previsto un adeguato sistema sostanziale, il quale prevede una parte generale dedicata ai principi generali, ai criteri di attribuzione della responsabilità e alle sanzioni (artt. 1-23) e una parte speciale dedicata ai reati presupposto dell'illecito amministrativo che è in continua evoluzione (artt. 24 ss).

L'ente diviene responsabile quando i soggetti apicali o sottoposti commettono uno dei reati presupposto, indicati all'art. 24 ss. d.lgs. 231/2001, nell'interesse o vantaggio delle stesso ente.

L'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente è un'operazione complessa.

Sul piano oggettivo, è necessario che la persona fisica che rivesta una posizione apicale o sottoposta all'altrui direzione abbia commesso un reato, compreso nell'elenco dei reati catalogati nel d.lgs. 231/2001, nell'interesse o vantaggio dell'ente. L'ente è esente da responsabilità, *ex art. 5 d.lgs. 231/2001*, ogni volta che dimostri che tali soggetti abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

Sul piano soggettivo, l'art. 6 del d.lgs. 231 del 2001 dispone che se il reato è commesso da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o da

persone che esercitano il controllo e la gestione «l'ente non risponde se prova che» siano stati adottati ed attuati efficacemente, prima della commissione del fatto, modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire il reato.

L'art. 7 del d.lgs. 231/2001 prevede che se il reato è stato commesso da soggetti sottoposti all'altrui direzione, l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza di obblighi di direzione o vigilanza. Tuttavia la responsabilità è esclusa se prima della commissione del reato, l'ente ha adottato ed attuato efficacemente un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati uguali a quelli verificatosi (comma 2).

L'art. 8 del d.lgs. 231/2001 prevede che l'ente è comunque responsabile quando l'autore del reato non è stato identificato, non è imputabile o ancora quando il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia.

Per quanto riguarda le tematiche processuali l'art. 11, lett. *q* della legge n. 300 del 2000 prevedeva che: «le sanzioni amministrative a carico degli enti sono applicate dal giudice competente a conoscere del reato e che 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'art. 11, lettera *o*, in materia cautelare, prevedeva che: «le sanzioni di cui alla lettera *l* sono applicabili anche in sede cautelare, con adeguata tipizzazione dei requisiti richiesti».

Sono due disposizioni processuali, entrambe laconiche¹³, da cui emerge la scelta di affidare al giudice penale, nel processo penale, l'accertamento dell'illecito dell'ente.

Il legislatore, in tal modo, ha disposto che non sia il giudice amministrativo ad applicare le sanzioni ma il giudice penale.

Si è ritenuto così che il giudice penale possa offrire strumenti di accertamento più incisivi e penetranti rispetto ai poteri istruttori contemplati nella legge 24 novembre 1981 n. 689 in materia di sanzioni amministrative. Inoltre nel processo penale l'ente può usufruire di tutte le garanzie riconosciute all'imputato.

I poteri istruttori nel procedimento amministrativo non sono assolutamente assimilabili ai poteri riconosciuti al P.M. e al giudice penale (in tema di indagini del P.M. e della P.G. e in tema di istruttoria dibattimentale)¹⁴. Il libro V nei Titoli IV e V del c.p.p. prevede rispettivamente una dettagliata disciplina delle attività a iniziativa della polizia giudiziaria (artt. 348-357) e una disciplina delle attività del pubblico ministero (artt. 358-378) prevedendo sempre il rispetto del principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Nel processo penale, poi, in primo luogo con l'art. 38 delle disposizioni di attuazione e successivamente con la l. 7 dicembre 2000, n. 397 che ha stato inserito il Titolo VI-bis nel V libro del codice, vengono riconosciuti poteri investigativi alla difesa, e tali atti difensivi possono anche essere inseriti nel fascicolo del dibattimento, se riguardano l'accertamento di atti irripetibili (art 391- decies comma 2 c.p.p.). Gli atti difensivi, quando costituiscono dichiarazioni, possono essere usati per le contestazioni (art 391- decies comma 1

¹³ Fidelbo, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in A.A. V.V. *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010, p.436

¹⁴ Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2006, p.493

c.p.p.). Gli atti difensivi hanno lo stesso valore degli atti formati dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria e perciò sono suscettibili di acquisire valore di prova. Nel processo penale vi sono maggiori opportunità per l'ente per far valere le proprie ragioni.

La scelta è derivata da un'esigenza garantista di difesa dell'ente: il procedimento penale offre maggiori garanzie considerata l'afflittività delle sanzioni e la struttura complessa dell'illecito amministrativo.

Inizialmente erano state manifestate perplessità sulla scelta del processo penale quale sede di accertamento della responsabilità dell'ente, evidenziandosi sia la "rigidità" del processo decisionale sia l'esclusione, in tale sede, di ogni forma di valutazione sulla necessità della sanzione, laddove l'autorità amministrativa può invece ponderare e bilanciare diversi interessi, compiere valutazioni discrezionali e dare prevalenza all'interesse pubblico. Si evidenziava come attraverso il modello di accertamento di natura amministrativa si sarebbero potute effettuare valutazioni di opportunità sull'applicazione di una sanzione amministrativa eccessivamente grave per le condizioni economiche della società ed evitare per tanto la chiusura della stessa società non in grado di sopportare una sanzione troppo gravosa. Pertanto per esigenze di questo tipo non sarebbe stata adeguata la l. n. 689/1981, che indica un sistema di applicazione delle sanzioni rigido, ispirato al principio di legalità propriamente di tipo penalistico. Si sarebbe dovuto creare un diritto amministrativo nuovo, *ad hoc* per valutare e ponderare gli interessi collettivi collegati alle società e alle imprese che rappresentano la risorsa principale dell'economia.

Il modello amministrativo puro era inadeguato per due ragioni: 1) scarsa efficienza della pubblica amministrazione; 2) deficit di garanzie presenti all'interno del procedimento amministrativo¹⁵.

Soprattutto quest'ultima ragione ha portato il legislatore a scegliere il modello processuale penale.

L'ente, accusato di un illecito, viene sottoposto a processo contemporaneamente alla persona fisica autore del reato davanti allo stesso giudice penale e a tutela dell'ente sono riconosciute le stesse garanzie dell'imputato o delle altre parti private previste nel codice di procedura penale.

La soluzione del procedimento penale per l'accertamento di una responsabilità denominata dal legislatore come amministrativa è ritenuta anomala¹⁶, tale da costringere gli interpreti e i cultori della materia ad interrogarsi sulla natura giuridica di questa responsabilità formalmente amministrativa, ma di fatto penale.

La natura giuridica della responsabilità degli enti non è un problema solo strettamente accademico, come sostenuto da autorevoli autori¹⁷, ma è destinato ad assumere una notevole importanza di rilievo applicativo.

Questo sulla base di due ragioni¹⁸, in primo luogo si afferma che l'adesione alla tesi amministrativa o penale può determinare effetti sulla tenuta costituzionale della disciplina del d.lgs 231/2001. La tesi

¹⁵ Fidelbo, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p.439

¹⁶ Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p.499

¹⁷ Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti: criteri di imputazione*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2002, p. 415 ss; ritiene sterile la discussione sulla natura giuridica della responsabilità dell'ente perché "rischia di scambiare per problemi dogmatici, di sostanza, problemi di mera costituzione del linguaggio della scienza giuridica".

De maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, cit., p.328

¹⁸ Garofoli, *Manuale di diritto penale*, Nel diritto Editore, 2011, p. 409

che sostiene la natura penale della responsabilità reca con sé l'esigenza di verificare se siano rispettati i principi costituzionali quali il principio di personalità della responsabilità penale, di presunzione di non colpevolezza, di obbligatorietà dell'azione penale. Questa valutazione di compatibilità con i principi fondamentali non sarebbe necessaria se fosse accolta la tesi della natura amministrativa della responsabilità dell'ente.

In secondo luogo, il rilievo applicativo della questione della natura giuridica della responsabilità dell'ente sorge perché nella disciplina del decreto vi sono molte lacune che vengono necessariamente colmate dall'interprete, il quale quando agisce è tenuto a servirsi, come parametro interpretativo, di elementi che dipendono dalla natura giuridica della responsabilità *ex d.lgs. n.231/2001*.

Su quest'ultimo punto per esempio la giurisprudenza si è trovata ad analizzare la questione problematica relativa all'ammissibilità della costituzione di parte civile.

Sintetizzando le due tesi proposte, la tesi amministrativa poggia su specifici punti:

1) la natura amministrativa è testimoniata, in primis, dal *nomen iuris* adottato dal legislatore, il quale parla propriamente di responsabilità amministrativa e all'articolo 9 di sanzioni amministrative.

2) optando per la diversa tesi di qualificazione penale della responsabilità si rischierebbe di entrare in contrasto con i principi della Carta Costituzionale.

Si incorrerebbe nel rischio di illegittimità costituzionale con riferimento:

- al meccanismo dell'inversione dell'onere della prova *ex* articolo 6 d.lgs.231/2001 che sarebbe in contrasto con il principio di presunzione di non colpevolezza di cui all'articolo 27, co. 2 Cost;

- al procedimento di archiviazione *ex* articolo 58 d.lgs 231/2001 che configgerebbe con il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'articolo 112 Cost;

- alla disciplina delle modifiche soggettive degli enti, non conforme con il principio di cui all'articolo 27 Cost.

La contrapposta tesi penale si basa, invece, su tre principali argomenti :

1) Nonostante il *nomes iuris*, ci si ritrova dinnanzi ad “una frode di etichette”, si qualifica come amministrativa una responsabilità i cui contenuti sono specificatamente penali;

2) Il brocardo *societas delinquere non potest* è stato superato con la qualificazione della colpa d'organizzazione;

3) La responsabilità penale è collegata alla commissione di un reato, accertato dal giudice penale e consegue l'applicazione di sanzioni afflittive;

La prevalente dottrina predilige la tesi della natura penale della responsabilità dell'ente e afferma che dalla scelta di affidare la competenza al giudice penale ne derivi inevitabilmente il cumulo degli accertamenti.

Ormai il sistema penale non è più improntato sul doppio binario, sostanziale e processuale, ma su un terzo binario volto ad accertare, nell'ambito del procedimento penale, i presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dalla l. n. 300 e dal d.lgs.

231/2001¹⁹. Il giudice è oggi chiamato ad accertare il fatto di reato, i presupposti di pericolosità criminale e i presupposti per l'applicazione della sanzione penali ai sensi del d.lgs. 231/2001.

¹⁹ Giarda, *Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative*, in AA. VV. *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse: atti del convegno di Roma, 30 novembre- 1 dicembre 2001*, Giuffrè, 2003.

3. Caratteri generali dell'illecito: sussidiarietà e compatibilità della disciplina del codice.

Una volta compiuta la scelta di affidare al giudice penale la cognizione degli illeciti amministrativi dipendenti da reato, rispettando così le indicazioni della l. n. 300 del 2000, il legislatore ha attuato in modo non pienamente condivisibile la legge-delega con riferimento alla seconda parte dell'art. 11, lettera *q*, la quale conteneva il vincolo per cui «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».

La legge delega richiedeva espressamente l'applicazione delle norme del codice di procedura penale, compatibilmente con il tipo di responsabilità, tenendo in conto che nel processo penale si dovrà accertare anche la responsabilità di una persona giuridica.

Dalla lettura dell'art. 34 d.lgs. 231/2001 si evince quale sia stata la scelta del legislatore delegato.

Difatti tale articolo, aprendo il Capo III rubricato «Disposizioni processuali applicabili» recita: «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».

Il legislatore delegato con riferimento alla parte processuale ha dettato una serie di norme (artt. 34-82), che costituiscono un "microsistema" che necessariamente si deve integrare con le norme del codice di procedura penale.

Risulta così evidente che mentre la legge-delega indicava soltanto il codice di procedura penale quale fonte di disciplina del procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa, il legislatore ha invece, individuato una regolamentazione specifica per l'ente, giustificata proprio dalla sua particolare natura, a cui si aggiunge l'applicazione delle norme del codice di procedura penale, in quanto compatibili.

Dubbi di legittimità costituzionale per violazione degli articoli 76 e 77 della Costituzione sarebbero infondati dal momento che la legge delega non ha indicato, nelle due norme dedicate al processo, “principi e criteri direttivi”, mentre manca nel decreto qualsiasi riferimento al divieto di seguire regole diverse da quelle indicate nel codice di procedura penale²⁰. Ma soprattutto sarebbe una conclusione troppo eccessiva considerato che l'ente non subisce pregiudizi qualora vengano applicate in via primaria le norme del d.lgs. 231/2001 e solo in via secondaria le norme del c.p.p. in quanto compatibili²¹.

Tuttavia, potrebbe essere sollevata questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 76 e 77 perché non era nel potere del Governo (sarebbe stato cioè esercitato un potere senza delega) redigere un autonomo Capo (il III), il quale dà vita ad un “microcosmo codicistico” che crea molteplici problemi interpretativi e di coordinamento²².

²⁰ Giarda , *Accertamento della responsabilità amministrativa degli enti*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2012, p. 1258.

²¹ Come affermato da Cordero: “nell’universo deontico il legislatore è onnipotente, dove non incombono vincoli metalegislativi”. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, 2003, p.1349.

²² Garuti, *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda, Spangher, Ipsoa, 2010, p. 9632.

Per un'interpretazione corretta del principio di sussidiarietà, indicato dall'art 34 d.lgs. 231/2001 occorre chiarire se il rinvio operato dalla norma sia un rinvio "chiuso" o "aperto".²³

Se si trattasse di un rinvio "chiuso", ciò comporterebbe che le disposizioni richiamate dovrebbero essere applicate nella versione originaria, escludendosi il recepimento di eventuali interventi di modifica sulle stesse; nel caso di rinvio "aperto" il richiamo farebbe riferimento alla norma vigente al tempo in cui se ne richiede l'applicazione, con l'inclusione dunque dei successivi interventi di modifica.

Il continuo collegamento tra il procedimento ordinario e il procedimento degli enti appare condivisibile alla luce delle comuni origini culturali e politiche.

Se non fosse così vi sarebbero due procedimenti che si muoverebbero lungo discipline divergenti con conseguenti problemi non solo sistematici ma soprattutto costituzionali.

Il principio di sussidiarietà opera al sussistere di due presupposti:²⁴

- Mancanza di una disciplina specifica nel d.lgs. 231/2001 e necessità di colmare la lacuna;
- Compatibilità della norma del c.p.p. e delle disposizioni di attuazione con l'ente-imputato.

In primo luogo, dunque, l'interprete deve verificare l'esistenza nel Capo III del d.lgs. 231 del 2001 di una norma che disciplini un determinato profilo o in grado di risolvere una data questione e in mancanza, utilizzare, per colmare la lacuna, la fonte codicistica.

²³ Giarda, *Il processo "penale" agli enti*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. VII Utet Giuridica, 2011, p. 1030.

²⁴ Approfondimento in: Garuti-Sola, *sub art. 34*, in *Enti e responsabilità da reato*, diretto da Cadoppi, Garuti, Veneziani, Utet Giuridica, 2010, p. 515 ss.

L'espressione «si osservano (...) in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271» permette all'interprete di evitare un'automatica operatività delle norme e di sfuggire ad eventuali discordanze applicative. Non si esclude che, anche in assenza di una specifica disposizione nel d.lgs. 231/2001, la norma codicistica non sia applicabile nel processo *de societate*. Non vi è una presunzione assoluta di compatibilità delle norme del c.p.p. con la normativa "speciale"²⁵.

Tale clausola di salvezza non indica quale sia il criterio adatto per valutare il grado di compatibilità. Questo compito è affidato all'interprete che di volta in volta, in presenza della lacuna, dovrà verificare l'applicabilità della norma, che il legislatore ha previsto per la persona fisica, all'ente.

L'art 34 pur collocato in apertura del capo dedicato alle disposizioni processuali, è norma di chiusura; il d.lgs. 231 del 2001 prevede numerosi richiami specifici alle norme del c.p.p.: alcune volte si tratta di richiami vincolanti, come per esempio nell'art. 35 rubricato "estensione della disciplina relativa all'imputato; negli artt. 53 e 54 rispettivamente riguardanti il "sequestro preventivo" e "sequestro conservativo"; negli artt. 62, 63 e 64 aventi ad oggetto "giudizio abbreviato", "applicazione della sanzione su richiesta" e "procedimento per decreto"; nell'articolo 73 rubricato "revisione delle sentenze" e infine, nell'articolo 74 rubricato "giudice dell'esecuzione". Altre volte tali richiami sono non "condizionati"

²⁵ Ceresa-Gastaldo, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, 2002, p.10; Fidelbo, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in A.A. V.V. *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010, p. 447.

quindi applicabili direttamente senza essere sottoposti al vaglio del giudizio di compatibilità. Per esempio l'articolo 36 in materia di composizione del tribunale; l'articolo 43 in materia di notificazioni; e l'articolo 61 sui casi di pronuncia della sentenza di non luogo a procedere²⁶.

Le lacune all'interno del *corpus* del d.lgs. 231 del 2001 sono numerose, sia nella fase delle indagini preliminari, sia in quella dell'udienza preliminare, dei procedimenti speciali, del giudizio, delle impugnazioni. È agevole affermare questo se si pensa che le disposizioni processuali all'interno del d.lgs. sono poche decine, a fronte di oltre 700 articoli presenti nel codice di rito.

La tecnica dell'integrazione tra fonti utilizzata dal legislatore, in realtà non è nuova; viene ripresa dal procedimento penale di competenza del tribunale in composizione monocratica²⁷ (art. 549 c.p.p.) e dal procedimento davanti al giudice di pace (art. 2 d.lgs. n. 274 del 2000)²⁸.

²⁶ Ceresa-Gastaldo, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 10.

²⁷ Garuti, *Il procedimento per citazione diretta a giudizio davanti al tribunale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Giulio Ubertis e Giovanni Paolo Voena, vol XXXVI.1 Giuffrè, 2003, p. 65 ss.

Art 549 c.p.p. sostituito inizialmente dall'art 191 d.lgs. n.51 del 1998 e in seguito dall'art 44 della legge n. 479 del 1999, recita: " Nel procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica, per tutto ciò che non è previsto nel presente libro o in altre disposizioni, si osservano le norme contenute nei libri che precedono, in quanto compatibili". Il legislatore discostandosi dalle indicazioni della legge delega n. 103 richiama in via sussidiaria le norme dettate dal c.p.p., si tratta di un rinvio non chiuso ma in linea di continuità, volto a mantenere un collegamento costante tra i due sistemi. Il meccanismo presuppone sia l'omissione di una disciplina specifica e la necessità di colmare la lacuna, sia la compatibilità delle norme del c.p.p. al procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica.

²⁸ Marzaduri, *Procedimento penale davanti al giudice di pace*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Bargis, Cedam 2012, p.1207 ss.

L'art 2 del d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 stabilisce che: «Nel procedimento davanti al giudice di pace, per tutto ciò che non è previsto dal presente decreto, si osservano, in quanto applicabili, le norme contenute nel codice di procedura penale e nei titoli I e II del decreto legislativo 28 luglio 1989 n. 271, (...)».

Diversa è la tecnica adoperata, invece, nel processo minorile perché nell'art. 1 del d.P.R. n. 488 del 1988 manca la clausola di salvezza “ in quanto compatibili”²⁹.

Nel complesso il legislatore delegato ha creato un collegamento tra il d.lgs. 231 del 2001 e il codice di rito, con l'obiettivo di garantire completezza e organicità al nuovo sistema.

L'art 34 d.lgs. 231 del 2001 rinvia all'osservanza delle disposizioni del codice di procedura penale e alle norme di attuazione dello stesso, in quanto compatibili, per la soluzione di questioni interpretative senza permettere rinvii a norme comprese in leggi speciali.

Ma la “clausola di salvezza” , contenuta nell'art 34, non può essere utilizzata per risolvere problemi interpretativi attraverso «operazioni creative destinate ad incidere sulla struttura dell'accertamento, in aperto contrasto con il principio di legalità processuale»³⁰. In generale non si possono non rispettare i principi del giusto processo.

È difficile affermare che l'intenzione di realizzare un sistema completo ed organico sia stato raggiunto, perché la disciplina fa sorgere numerosi interrogativi; ed invero le maggiori difficoltà ed incertezze nascono da problemi irrisolti, più che sul piano processuale, sul piano sostanziale. Si pensi, per esempio all'irrisolto problema circa la natura giuridica della responsabilità dell'ente dalla cui precisazione scaturisce, per esempio, una diversa soluzione circa l'ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo agli enti.

²⁹ Giostra, *Commento all'art 1 d.P.R. 488/1988*, in AA. VV. *Il processo penale minorile*, a cura di Giostra, Giuffrè, 2001, p. 10

³⁰ Mancuso, *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol I, *Soggetti e atti*, a cura di Dean, Utet, 2009, p. 605

L'Italia aveva atteso molti anni per l'introduzione di una forma di responsabilità a carico delle persone giuridiche e probabilmente sarebbe stata necessaria l'elaborazione di una commissione *ad hoc* istituita per un'analisi preventiva del testo in modo da dare al legislatore delegante l'opportunità di indicare criteri e principi più specifici che sarebbero, poi, stati attuati dal legislatore delegato³¹.

In realtà in materia di processo penale non è la prima volta che il legislatore procede con decisioni affrettate in base ad una logica di intervento legislativo destinato ad essere seguito da modifiche dettate dalle esigenze riscontrate in concreto dagli operatori del diritto.

Probabilmente certi interrogativi potranno trovare risposta solo al termine di un periodo di sperimentazione, presumibilmente non breve dato che ormai da più di un decennio trova ormai applicazione il sistema di responsabilità degli enti delineato dal d.lgs. 231 del 2001 è applicato da più di 10 anni.

³¹ Giarda, *L'accertamento: disposizioni generali*, in A.A. V.V. *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di Giarda-Mancuso-Spangher-Varraso, Ipsoa, 2007, p.296

4. Cenni comparatistici .

È opportuno svolgere un rapido esame alla disciplina degli altri ordinamenti in materia di responsabilità amministrativa degli enti, in quanto al giorno d'oggi le realtà economiche sono sempre più globali e le società italiane spesso si trovano a cooperare con società straniere.

L'analisi comparatistica si incentrerà in particolare sull'ordinamento francese e su quello inglese.

L'ordinamento francese ha provveduto all'introduzione di una responsabilità penale diretta delle persone giuridiche con l'approvazione del nuovo codice penale, il codice del 1994, il quale ha sostituito lo storico e celebre *Code pénal napoléonien* del 1810³².

L'idea dell'introduzione di una responsabilità penale delle persone giuridiche è stata sostenuta da quasi tutti i partiti politici presenti in Parlamento, ovviamente per motivi diversi.

Questa forma di responsabilità, in realtà, non era totalmente sconosciuta nel sistema penale francese, ve ne era traccia in tre ordinanze con valore di legge, emanate dal Governo francese nel 1945.

La prima del 5 maggio 1945 riguardante la repressione di reati di stampa commessi dalle imprese durante la prima guerra mondiale. L'articolo 5, sul piano processuale, affidava la competenza alla *Cour de justice* del luogo in cui era fissata la sede dell'ente o del luogo di commissione del reato; l'azione penale era esercitata nei confronti dei rappresentanti legali fin dall'apertura del procedimento³³.

³² Approfondimento in De Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, cit., p. 187 ss.

³³ Simili regole sono presenti oggi nel Codice di procedura penale.

La seconda del 30 maggio 1945, era relativa alla repressione delle irregolarità in materia di cambi.

Infine, la terza del 30 giugno 1945 riguardava violazioni della legislazione economica e prevedeva la possibilità di applicare interdizioni, temporanee o definitive, quando fosse commesso un reato³⁴.

Queste Ordinanze, però hanno un valore solo storico perché non determinarono una significativa modifica della prassi degli uffici del pubblico ministero.

Solo nella seconda metà del secolo scorso, la dottrina francese ha avvertito la necessità di favorire l'introduzione della responsabilità penale delle persone giuridiche.

Per quanto riguarda l'aspetto procedurale, diversamente dal nostro ordinamento, le disposizioni processuali relative all'ente sono state inserite nello stesso codice di procedura penale.

La disciplina è descritta all'interno del titolo XVIII composto da soli cinque articoli (artt. da 706-41 a 706-46).

In particolare l'articolo 706-42 afferma che salva l'applicazione di regole particolari, la competenza viene attribuita al procuratore della Repubblica e al giudice del luogo in cui è stato commesso il reato o del luogo in cui ha sede l'ente.

L'azione penale viene esercitata dalla persona che al momento dell'apertura del procedimento sia il legale rappresentante, ma l'ente può farsi rappresentare anche da una persona da lui delegata purché la nomina avvenga nel rispetto della legge e dello statuto (art 706-43, comma 2).

³⁴ De Simone, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. Ital. Dir. Proc. Penale* – 1/1995, p. 190 ss.

Il Presidente della Corte d'Appello dispone la nomina di un *mandataire de justice* sia nel caso in cui il legale rappresentante sia assoggettato a procedimento penale per gli stessi fatti o per fatti connessi, sia nel caso in cui il soggetto indicato dall'ente, per mezzo di sua delega, non sia in possesso dei requisiti richiesti dalla legge o dallo statuto (art 706-43 ultimo comma).

L'art 706-45 prevede che il giudice istruttore debba richiedere alcune misure di controllo giudiziario, quali l'obbligo di deposito di una cauzione, di garanzie a favore della vittima e alcune misure interdittive, la cui violazione comporterà l'applicazione all'ente delle pene previste dall'articolo 434-47 c.p.

Infine è prevista la costituzione di un casellario giudiziale in cui vengono scritte le condanne pronunciate nei confronti delle persone giuridiche. Questa creazione è sembrata necessaria per rendere più agevole, ai fini della recidiva, la ricostruzione dei precedenti penali delle imprese sottoposte a procedimento³⁵.

L'ordinamento inglese prevede la responsabilità penale delle persone giuridiche, ma si è trattato di un risultato raggiunto con difficoltà.

³⁵ Il *casier judiciaire* è diviso in due Bollettini: il primo, denominato B1, raggruppa le sentenze di condanna delle persone giuridiche, escluse le sentenze di condanna a pena pecuniaria (art 768-1 c.p.p.), può essere consultato solo dalla magistratura oppure dai rappresentanti della persona giuridica; il secondo, denominato B2, contiene solo alcune sentenze di condanna, ne sono escluse quelle con contravvenzione di polizia, quelle con pene pecuniarie estinte dalla sospensione condizionale, quelle pronunciate da giurisdizioni straniere. Questo casellario può essere consultato esclusivamente dalle autorità amministrative e giudiziarie, dalle autorità che controllano la regolarità dei mercati e dalle organizzazioni professionali.

Soprattutto negli ultimi anni sono state sollevate numerose critiche sui criteri di imputazione e sul sistema sanzionatorio che prevede la sola sanzione pecuniaria.

La disciplina britannica presenta alcune affinità con l'ordinamento italiano. Per esempio la rimproverabilità dell'ente si basa, come nell'ordinamento italiano, sulla mancanza di modelli organizzativi di prevenzione del reato.

Tuttavia, a differenza di quanto avviene nel d.lgs. 231/2001, non è presente una distinzione tra soggetti apicali e soggetti sottoposti; in più l'individuazione dell'autore materiale del reato nell'ordinamento inglese è un elemento fondamentale, afferma la *Guidance* che "ove l'accusa non possa provare oltre ogni ragionevole dubbio che uno dei reati di cui alle sezioni 1 o 6 sia stato commesso, il reato di cui alla sezione 7 non potrà essere perseguito". Sotto questo aspetto l'ordinamento inglese si distacca notevolmente dall'ordinamento italiano che dispone all'articolo 8 del d.lgs. 231/2001 l'autonomia delle responsabilità dell'ente.

Alla luce dei differenti regimi adottati dai paesi analizzati, emerge che sarebbe opportuno a livello europeo un maggiore coordinamento tra gli Stati delle responsabilità amministrative delle persone giuridiche.

Capitolo II

L'APPLICAZIONE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI AL D.LGS. 231/2001.

1. I principi costituzionali nel d.lgs. 231 del 2001. – 2. Il principio di non colpevolezza. – 3. Il diritto al silenzio. – 4. Il principio di legalità e del contraddittorio nella formazione della prova. 5- Principio di obbligatorietà dell'azione penale.

1. I principi costituzionali nel d.lgs. 231 del 2001.

Nel d.lgs. 231 del 2001 non vi è alcuna norma contenente l'elenco delle fonti di disciplina della responsabilità degli enti: per quanto concerne il profilo sostanziale trovano, infatti, applicazione le sole disposizioni del d.lgs. 231/2001. Per quanto riguarda la disciplina processuale, invece, l'art. 34 del medesimo decreto stabilisce le disposizioni applicabili, individuate nelle norme del decreto dettate nel Capo III specificamente per il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative, nonché quelle del codice di procedura penale, in quanto compatibili.

Si rende, pertanto, necessario stabilire che “ruolo” svolgano le norme costituzionali nel processo agli enti tenuto conto che le norme della Costituzione, segnatamente quelle che sanciscono i diritti fondamentali, sono state scritte avendo riguardo alla persona fisica.

Tutti i principi fondamentali sono incentrati sulla persona fisica: ad esempio l'art. 27 Cost. parla di responsabilità penale personale; ancora al comma 2 fa riferimento all'imputato.

Orbene, se è pacifico che nel sistema delle fonti le norme di legge ordinaria (e parimenti quelle contenute nei decreti legislativi) debbano rispettare le norme costituzionali gerarchicamente sovra-ordinate, tuttavia è necessario riflettere sul modo in cui le disposizioni costituzionali che contemplano i diritti fondamentali, e che sono state pensate con riferimento alla persona fisica, possano trovare applicazione anche nei confronti dell'ente.

Secondo parte della dottrina, la responsabilità degli enti è di tipo amministrativo e, non penale, cosicché non si porrebbero problemi di compatibilità della relativa disciplina con i principi costituzionali. In particolare, sul piano processuale non vi sarebbe alcun problema con riferimento alle tradizionali garanzie dell'inviolabilità del diritto di difesa (art 24 comma 2 Cost.), del giusto processo (art. 111 commi 2 e 4 Cost.) e dell'obbligatorietà dell'azione penale (art 112 Cost.). A diversa conclusione, secondo taluni, dovrebbe giungersi ove si considerasse la responsabilità di natura penale.

In realtà, al di là della natura penale o amministrativa della responsabilità si può ribadire che, avendo il legislatore scelto la sede del processo penale per l'accertamento della responsabilità dell'ente, non si può non considerare la gerarchia delle fonti, che riconosce la Costituzione come norma gerarchicamente sovraordinata rispetto al d.lgs. 231/2001.

Occorre, pertanto, vedere come le garanzie costituzionali, quali il diritto di difesa e il diritto del contraddittorio, si configurano nel d.lgs.231 del 2001 tenendo in considerazione che l'art. 35 dello stesso

decreto estende all'ente la disciplina dell'imputato in quanto compatibile³⁶.

Si impone così una rilettura delle norme costituzionali “pensate” per la persona fisica ed applicabili nel processo a carico delle persone fisiche.

Il discorso deve essere condotto alla luce della complessità del sistema nel quale oggi opera il giudice nazionale chiamato ad interpretare non solo le norme del diritto interno, ma anche quelle derivanti da fonti sovranazionali.

Sul punto, riveste fondamentale importanza la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo la quale ha più volte ribadito la necessità del rispetto dei principi del *fair trial* anche nei confronti delle persone giuridiche al di là del *nomen juris* che si riconosce alla responsabilità³⁷.

Peraltro data la natura afflittiva delle sanzioni applicate all'ente non si possono non applicare anche alla persona giuridica le garanzie costituzionali riconosciute alla persona fisica.

Nei paragrafi successivi si analizzerà il modo in cui i principi di non colpevolezza, il diritto al silenzio, il principio di legalità e del contraddittorio nella formazione della prova nonché il principio di obbligatorietà dell'azione penale trovano applicazione nel

³⁶ Sul tema della estensione all'ente delle disposizioni relative all'imputato in quanto compatibili si pongono numerosi dubbi interpretativi, quali per esempio in ambito di interrogatorio o di partecipazione al processo. Vedi sul tema: Fidelbo, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in A.A. V.V. *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2010, p. 465 ss; Ceresa-Gastaldo, *Il “processo alle società” nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, 2002, p. 11 ss;

³⁷ Cass., Sez. I, 22 settembre 2005, n. 35616, Cat Berro, in *Cass. pen.*; Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, n. 32678, Somogy, in *Cass. pen.*; Cass., Sez. I, 1 dicembre 2006, n. 2800, Dorigo, in *Cass. pen.*;

procedimento di accertamento della responsabilità degli enti
disciplinato dal d.lgs. 231 del 2001.

2. Il principio di non colpevolezza.

Come è noto l'art. 27 comma 2 Cost., secondo cui l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva, contempla la fondamentale garanzia della presunzione di non colpevolezza, riconosciuta anche da numerose fonti sovranazionali.

Tale principio è contenuto:

nell'art. 11 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo, proclamata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea delle Nazioni Unite, dove si afferma che «Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a che la sua colpevolezza non sia stata legalmente stabilita nel corso di un pubblico giudizio in cui le siano state assicurate tutte le garanzie necessarie per la sua difesa»;

nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 6 § 2) ove si legge che: «Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata»;

nel Patto internazionale sui diritti civili e politici che all'art 14 § 2 così: «Ogni individuo accusato di un reato ha il diritto di essere presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente».

Ancora la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la c.d. Carta di Nizza (art. 48) e l'art. 108 del progetto della Costituzione europea prevedono il principio di non colpevolezza dell'imputato.

Infine lo Statuto della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, durante la Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite, all'art. 66 prevede che: «Chiunque è presunto innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata dimostrata dinanzi alla Corte» e «al procuratore spetta l'onere di provare la colpevolezza

dell'imputato» e «per condannare l'imputato la Corte deve accertarne la colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio».

Un esplicito riconoscimento di questo principio è presente anche nelle conclusioni del X Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei trasgressori.

In tale principio si manifesta la scelta politica di riconoscere spazi di libertà all'individuo e di evitare possibili abusi dell'autorità. Esso peraltro rappresenta uno dei principi cardine della giurisdizione penale, unificando le più importanti garanzie poste a tutela del *fair trial*: diritto di difesa, contraddittorio e terzietà del giudice.

Solitamente si riconosce all'art. 27 comma 2 Cost. una duplice funzione: regola di trattamento e regola di giudizio³⁸.

Questi due modi di intendere la presunzione d'innocenza originano da tradizioni storiche-culturali differenti, rispettivamente l'egualitarismo illuminista e il pragmatismo giudiziario anglosassone. Il legame tra i due modi di intendere la presunzione d'innocenza è tuttavia evidente perché considerare l'imputato innocente sino alla condanna definitiva significa da un lato che la sanzione deve essere applicata solo in seguito ad una sentenza irrevocabile di condanna e dall'altro che la colpevolezza deve essere dimostrata secondo quanto stabilito dalla legge. Dalla costruzione dell'art. 27 comma 2 sembra però emergere solo il significato di regola di trattamento dell'imputato; tuttavia è più esatto intendere il principio in parola nella sua accezione più estesa riconoscendo adesso anche la funzione di regola di giudizio.

³⁸ Paulesu, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Digesto*, IV ed., Utet, 1995, p. 674 ss; Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, 1979, p. 28 ss.

Quale regola di trattamento, l'art 27 comma 2 fa riferimento alla condizione dell'imputato durante il processo. Il soggetto sottoposto a processo penale deve essere considerato innocente fino alla pronuncia di una sentenza definitiva di condanna che dimostri la sua colpevolezza.

Importante è il rapporto tra l'art. 27 comma 2 e l'art. 13 della Cost. che sancisce riconosce l'invulnerabilità della libertà personale. Nel corso del processo penale infatti potrebbe esser necessario applicare misure coercitive che, tuttavia, non possono essere considerate come anticipazione della pena che sarà irrogata soltanto con l'accertamento definitivo della responsabilità individuale, proprio in virtù della presunzione di cui al comma 2 dell'art. 27 Cost.

In tali termini la regola di trattamento non è volta ad impedire l'applicazione di misure restrittive della libertà personale dell'imputato, ma mira a che siano applicate le misure cautelari personali coercitive solo in presenza dei presupposti richiesti dalla legge quali *il fumus commissi delicti e il periculum libertatis*.

Come regola di giudizio la presunzione d'innocenza si spiega con riferimento alla struttura del processo e al metodo di accertamento del fatto. Nel nostro sistema accusatorio è l'accusa a dover fornire le prove della responsabilità dell'imputato, il quale non è tenuto a provare la sua innocenza.

In particolare il pubblico ministero deve dimostrare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie penale incriminatrice, nel quale si sussume il fatto attribuito all'imputato, per poterne provare la relativa responsabilità penale.

Solo quando il pubblico ministero ha adempiuto al suo onere probatorio, l'imputato potrà fornire prove a discarico che contrastino

quelle esibite dall'accusa. Si è evidenziata la differenza tra l'accusa e l'imputato: mentre il pubblico ministero, fin dalla fase iniziale del procedimento, gode sia del diritto alla prova sia dell'onere di provare perché in caso contrario la sua attività probatoria potrebbe produrre effetti a lui svantaggiosi, diversamente l'imputato nella prima fase gode solo del diritto alla prova e non anche dell'onere in quanto la sua inerzia in questa fase iniziale non produce conseguenze sfavorevoli. Solo dopo quando l'accusa avrà fornito prove a suo carico avrà l'onere di provare elementi a discarico per evitare una condanna.

Nei casi dubbi, in cui non si riesca a raggiungere la prova della responsabilità dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione.

Quanto a quest'ultimo aspetto circa l'onere della prova emergono significative differenze tra il processo a carico delle persone fisiche e il rito *de societate*³⁹.

Come ricordato in precedenza nel procedimento disciplinato dal d.lgs. 231/2001 l'accertamento della responsabilità del soggetto collettivo è un'operazione complessa che presuppone la realizzazione di un illecito penale commesso da una persona fisica.

Sul piano oggettivo l'art. 5 del d.lgs. 231/2001 esclude la responsabilità dell'ente ogni volta che i soggetti apicali o quelli sottoposti dimostrino di aver agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi e sul piano soggettivo l'art. 6 dello stesso d.lgs. esclude la responsabilità dell'ente qualora dimostri che siano stati adottati ed attuati efficacemente modelli organizzativi, prima della commissione del fatto, idonei a prevenire il reato.

³⁹ Moscarini, *I principi generali del procedimento penale de societate*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 1268 ss.

Secondo lo schema delineato da quest'ultimo articolo non è l'accusa a dover dimostrare che non siano stati adottati i modelli organizzativi e gestionali, ma è l'ente a dimostrare di aver adottato ed attuato efficacemente modelli organizzativi prima della commissione del reato idonei a prevenire il reato e di aver vigilato sul corretto funzionamento e aggiornamento degli stessi. Infine l'ente è inoltre chiamato a dimostrare che le persone che hanno commesso il reato hanno fraudolentemente eluso i modelli di organizzazione e gestione e che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo, la c.d. "colpa di organizzazione" (art 6 lettera c e d).

È evidente l'inversione dell'onere della prova rispetto al rito ordinario: è sull'ente che grava il rischio di essere incriminato per non aver fornito la prova. Alcuni autori parlano di una vera e propria *probatio diabolica* in capo all'ente⁴⁰.

La *revelatio ab onere probandi* in capo all'accusa non si rinviene nel caso in cui il reato presupposto sia stato commesso nell'interesse o vantaggio dell'ente da un soggetto sottoposto all'altrui direzione o vigilanza (soggetti di cui all'art. 5 comma 1 lett. b): l'art 7 del d.lgs. 231 del 2001 stabilisce che in questo caso l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza.

Non vi è pertanto un'inversione dell'onere della prova poiché sarà il pubblico ministero a dover dimostrare l'esistenza di un nesso causale tra la commissione del fatto e l'inosservanza degli obblighi di vigilanza o di direzione, a provare che l'ente abbia adottato un

⁴⁰ Rischio evidenziato da Paolazzi, *Vademecum per gli enti sotto processo*, Giappichelli, 2001, p.195 ss.

modello inidoneo a prevenire la commissione del fatto che nel caso di specie si è verificato.

L'ente in questo caso dovrà limitarsi a dimostrare solo di aver adottato, prima della commissione del fatto, un modello organizzativo volto a prevenire il tipo di illecito che si è realizzato.

Dall'analisi degli artt. 6 e 7 sembrerebbe dunque che solo con riferimento all'art. 6 vi sia un contrasto con la regola di giudizio di cui all'art. 27 comma 2 Cost.

Una possibile soluzione sarebbe quella di ritenere che i principi costituzionali ed internazionali, come nel caso di specie la presunzione di non colpevolezza, debbano essere rispettati solo con riferimento alla persona fisica, e che la loro applicazione nel procedimento *de societate* sia rimessa alla discrezionalità del legislatore⁴¹. Tuttavia questa soluzione non può essere accolta in quanto a livello europeo si è affermato che le garanzie costituzionali riconosciute per la responsabilità penale debbano essere riconosciute anche per la responsabilità amministrativa⁴².

Non è, pertanto, possibile ritenere che le garanzie di cui all'art 27 comma 2 Cost. non operino nel processo *de societate*.

La Corte di Strasburgo, peraltro, ha espressamente ribadito la necessità del rispetto della presunzione d'innocenza non solo all'interno del processo penale ma anche in tutti i procedimenti consequenziali all'esito di quest'ultimo ogni qual volta tra le due procedure ci sia un nesso fattuale⁴³; per ciò dato lo stretto legame tra il

⁴¹ Moscarini, *I principi generali del procedimento penale de societate*, cit., p.1268

⁴² Nel senso che la presunzione d'innocenza opera anche nei confronti dell'ente v. Amodio, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 333

⁴³ Corte eur. Dir. Uomo, 27 settembre 2007, Vassilios Stravropoulos c. Grecia, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1643 ss.

fatto di reato e l'illecito amministrativo dipendente da reato, anche quando si volesse inquadrare la responsabilità degli enti come amministrativa e non penale, la presunzione in parola dovrebbe comunque operare.

Alla luce di queste considerazioni si rende necessaria un'interpretazione del principio di non colpevolezza stabilito dall'art. 27 comma 2 Cost. al fine di poterne fare corretta applicazione nel procedimento a carico degli enti.

Quanto alla regola di trattamento, nel procedimento *de societate*, ove imputato è una persona giuridica e non una persona fisica, sono applicabili misure interiettive, aventi il medesimo *nomen juris* e la stessa funzione delle sanzioni, al punto da apparire quasi come pene anticipate rispetto alla sentenza definitiva di condanna.

Quanto invece alla regola di giudizio, la scelta del legislatore della sede penale per l'accertamento della responsabilità da reato nel rispetto dei principi e delle regole del procedimento penale non può non indurre ad affermare che la presunzione di non colpevolezza vada riconosciuta anche nel procedimento degli enti.

Questa conclusione è anche avallata dalla Corte di Lussemburgo⁴⁴ che riconosce il principio di non colpevolezza come uno dei principi fondamentali dell'ordinamento europeo.

In realtà la stessa Corte Costituzionale ha affermato che non contrastano con tale presunzione le norme che richiedono all'imputato l'onere di fornire specifiche circostanze fattuali⁴⁵.

⁴⁴ C. giust., 17 dicembre 1970; C. giust., 12 novembre 1969, Stauder, C-29/69; C. giust., 13 dicembre 1979, Hauer, C-44/79.

⁴⁵ C. cost., sent. 29 gennaio 1971 n. 14, in *Giur. cost.*, 1971, p. 109 ss. Il Giudice delle leggi ha affermato che quando le disposizioni penalistiche richiedono di giustificare situazioni fattuali si limitano "a pretendere una attendibile e circostanziata spiegazione,

Per risolvere il contrasto tra l'inversione dell'onere della prova previsto dall'art. 6 d.lgs. 231 del 2001 e l'art. 27 comma 2 della Cost. si potrebbe riconoscere alla norma del d.lgs. 231 natura di norma sostanziale e non processuale.

Secondo tale opinione l'art. 6 prevedrebbe, in particolare, una causa di giustificazione speciale; lo stesso orientamento esclude la natura processuale dell'art. 6 poiché al suo interno non si riconosce una regola di giudizio, la quale sarebbe necessaria per risolvere la situazione di dubbio.

La norma processuale rilevante a tal fine è l'art. 530 comma 3 c.p.p. dove è previsto che, nei casi in cui vi sia il dubbio sull'esistenza di una esimente, il giudice pronunci sentenza di assoluzione.

Più in generale, sul piano sostanziale è possibile che il legislatore disponga un'inversione dell'onere della prova tra accusa e difesa; tuttavia nel caso di specie qualora l'ente non fornisca la prova dell'estraneità al fatto di reato, da ciò non discenderà una diretta responsabilità con conseguente condanna poiché sarà il pubblico ministero a dover fornire la prova della responsabilità della persona giuridica.

Per essere assolto l'ente dovrebbe insinuare il dubbio riguardo al fatto di aver adottato un modello idoneo a prevenire il reato poi verificatosi.

L'ente-imputato dovrebbe essere condannato solo quando si riesca a dimostrare una prova di colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio *ex art 533 comma 1 c.p.p.*

da valutarsi in concreto nelle singole fattispecie, secondo i principi della libertà delle prove e del libero convincimento”.

3. Il diritto al silenzio.

Lo *ius tacendi* costituisce una garanzia riconosciuta alla persona accusata di un fatto previsto dalla legge come reato. Tale diritto è consacrato a livello internazionale nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (Patto ONU II) del 16 dicembre 1966⁴⁶, il quale all'art. 14 n. 3 lettera g dispone che: «Ogni individuo accusato di un reato ha diritto (...) a non essere costretto a deporre contro se stesso ed a confessarsi colpevole».

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali , adottata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia con la l. 4 agosto 1955 n. 848, non prevede questo diritto; tuttavia la Corte di Strasburgo ha affermato che lo stesso può essere desunto dall'art. 6 C.e.d.u. (diritto ad un processo equo), sulla base di due argomentazioni. In primo luogo i giudici europei hanno affermato che l'art. 6 esclude l'utilizzo di misure coercitive volte ad acquisire dichiarazioni dall'imputato, soprattutto se sfavorevoli alla sua posizione processuale e da usare a suo carico; in secondo luogo l'art. 6 comma 2 prevede che la persona accusata di reato sia considerata innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia legalmente accertata. In tal modo è l'accusa a dover fornire le prove della colpevolezza dell'imputato e non riconoscere il diritto al silenzio porterebbe, inevitabilmente, a costringere l'imputato a deporre come teste⁴⁷.

⁴⁶ Reso esecutivo in Italia con la l. 25 ottobre 1977, n. 881

⁴⁷ Moscarini, *Silenzio dell'imputato (diritto al)*, in *Enc. Dir.*, Annali vol. III, Giuffrè, p. 1081.

Sulla base di questo ragionamento la Corte di Strasburgo⁴⁸ riconosce che il diritto al silenzio è desumibile dall'art. 6 C.e.d.u.

Nella nostra Carta Costituzionale tale diritto non è espressamente riconosciuto, tuttavia la dottrina e la giurisprudenza ritengono che il fondamento dello stesso sia da ricercarsi negli artt. 2, 13, 24 comma 2, 27 comma 2 e 111 della Costituzione.

Si ritiene infatti che la formula dell'art 2 ("La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo") sia una clausola aperta che ricomprende al suo interno la garanzia dello *ius tacendi*.

La libertà morale tutelata dall'art 13 (secondo cui: «è punita ogni violenza [...] morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni della libertà») è una premessa ed una base solida per il riconoscimento delle garanzie processuali dell'imputato, tra cui il diritto al silenzio.

Nel riconoscere l'invulnerabilità del diritto di difesa, l'art. 24 comma 2 Cost. fa riferimento sia al diritto a ricevere un'assistenza legale sia al diritto di difendersi da sé. L'individuo gode del diritto di autodeterminazione, tra cui anche il diritto di tacere di fronte a qualsiasi domanda.

Il diritto al silenzio viene anche desunto dalla presunzione d'innocenza (art. 27 comma 2): l'accusa ha l'onere di provare la colpevolezza dell'imputato e la necessità di riconoscere all'imputato il diritto al silenzio discende dall'esigenza di non capovolgere l'onere della prova. Sotto questo aspetto sono evidenti le analogie con l'interpretazione della Corte di Strasburgo circa il riconoscimento di tale garanzia attraverso l'art 6 C.e.d.u.

⁴⁸ C. eur. dir. uomo 11 giugno 2006, Jalloh c. Germania; C. eur. dir. uomo 2 agosto 2005, Kalu c. Turchia; C. eur. dir. uomo 8 aprile 2004, Wah c. Austria; C. eur. dir. uomo 21 dicembre 2000, Heaney e Mc Guinness c. Irlanda.

La garanzia è infine desunta dall'art. 111, in particolare dal comma 1 e dal comma 2.

Anche se si volesse disconoscere la possibilità di rinvenire in tali norme il fondamento del diritto al silenzio l'art. 14 n.3 lettera g del Patto ONU II contempla tale garanzia con la conseguenza che, in forza dell'art. 117 comma 1 della Costituzione, essa sarebbe comunque riconosciuto all'interno dell'ordinamento italiano.

Il diritto al silenzio è riconosciuto all'indagato nella fase delle indagini preliminari, e all'imputato nel corso dell'udienza preliminare e durante il dibattimento⁴⁹.

Con riferimento al diritto al silenzio il d.lgs.231 del 2001 sembra discostarsi dalla disciplina dettata dal codice di procedura penale.

Invero, l'unica norma in materia di prove (art. 44), recante la disciplina dell'incompatibilità con l'ufficio di testimone stabilisce al comma 1 che non può essere assunta come testimone: a) la persona imputata del reato da cui dipende l'illecito amministrativo; b) la persona che rappresenta l'ente indicata nella dichiarazione di cui all'articolo 39 comma 2 e che rivesta tale funzione anche al momento della commissione del reato.

⁴⁹ Durante l'interrogatorio investigativo la persona sottoposta alle indagini deve essere avvertita della facoltà di non rispondere ad alcuna domanda (art. 64 comma 2 lettera b c.p.p.) e nel caso in cui tale avviso non venga rispettato le eventuali dichiarazioni rese dall'indagato sono inutilizzabili (art. 64 comma 3 bis).

Queste norme si applicano durante l'interrogatorio effettuato dal pubblico ministero durante le indagini preliminari, durante l'interrogatorio del giudice per le indagini preliminari, durante la fase delle sommarie informazioni ad opera della polizia giudiziaria, durante l'interrogatorio richiesto dall'imputato nell'udienza preliminare e durante l'interrogatorio richiesto nel corso del giudizio abbreviato.

Nella fase del giudizio il soggetto può difendersi lasciando dichiarazioni spontanee oppure chiedendo di essere sottoposto ad esame. In questa sede potrà esercitare il diritto al silenzio non chiedendo di essere sottoposto ad esame oppure rifiutandosi di rispondere nel caso in cui sia l'altra parte a richiedere l'esame. Tuttavia nel caso in cui l'imputato chiede di essere sottoposto ad esame o ne dà consenso perde la possibilità di usufruire del proprio diritto al silenzio perché è egli stesso che vi rinuncia.

La tecnica legislativa adottata è per certi aspetti problematica e necessita spesso di essere integrata con la disciplina codicistica in virtù del disposto dell'art. 34 del d.lgs. 231 del 2001.

La lettera *a)* dell'art. 44 del d.lgs. 231 del 2001 pone meno problemi rispetto alla lettera *b)* dello stesso articolo.

Come nel rito ordinario, in virtù di una incompatibilità ontologica, l'imputato non può assumere la veste di testimone nel proprio procedimento e su un fatto proprio, allo stesso modo la persona imputata del reato da cui dipende l'illecito amministrativo non può essere sentita come testimone. È una regola di garanzia che proietta la sua efficacia nel procedimento contro la persona fisica.

Infatti le ragioni dell'incompatibilità a testimoniare dell'imputato sono facilmente giustificate, in primo luogo, dal fatto che il legislatore ha voluto garantire il diritto al silenzio al soggetto apicale o dipendente, il quale avendo commesso il reato nell'interesse o vantaggio dell'ente, nel rendere dichiarazioni sulla responsabilità della persona giuridica, potrebbe danneggiare la propria posizione.

In secondo luogo, il legislatore ha eliminato il rischio che il testimone mediante le sue dichiarazioni possa manifestare interessi propri in conflitto a quelli dell'ente, addossando in tal modo la responsabilità sull'ente, e mettendo in evidenza ad esempio aspetti di responsabilità organizzativa.

Più problematica è la previsione della lett. *b)* dove il legislatore ha previsto un'ipotesi di incompatibilità con l'ufficio di testimone per la persona che rappresenta l'ente indicata nella dichiarazione di cui all'art 39, comma 2 e «che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del reato».

Il secondo periodo della lettera *b* rappresenta il punto nevralgico della disciplina.

Si fa riferimento ad una incompatibilità testimoniale per il rappresentante legale dell'ente (non anche al rappresentante *ad processum*)⁵⁰ attuale che rivestiva tale ruolo anche all'epoca della commissione del reato presupposto.

Dalla norma sembrerebbe emergere *a contrario* che possa testimoniare sia il rappresentante dell'ente, indicato nell'atto di costituzione, che non rivestiva tale ruolo al momento della commissione dell'illecito, sia il rappresentante *ad processum*⁵¹.

Questo è un aspetto dirimente perché la regola generale è che l'interrogato ha diritto di tacere, non ha nessun obbligo di rispondere e prima che l'interrogatorio abbia inizio deve essere avvertito di ciò. Diverso, invece, è lo statuto del testimone, che ha l'obbligo di presentarsi e deve rispondere alle domande secondo verità.

Dalla lettura dell'art. 44 sembrerebbe desumersi che il rappresentante dell'ente, qualora non sia lo stesso del tempo in cui è stato commesso il reato, debba assumere l'ufficio di testimone, con l'obbligo di dire la verità.

Dal combinato disposto degli artt. 39 e 44 del d.lgs. 231/2001 emerge come quasi sempre il rappresentante legale dell'ente sia in

⁵⁰ Il rappresentante *ad processum* viene nominato ogni volta che il rappresentante legale, che risulta dallo statuto societario o dalla legge, attraverso cui l'ente partecipa al processo sia "imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo" (art. 39). L'incompatibilità e la necessità di nominare un nuovo rappresentante *ad processum* con procura speciale è giustificata dall'esistenza di un conflitto di interessi tra la persona giuridica e il rappresentante. L'ente per escludere la propria responsabilità dovrebbe provare che il soggetto apicale ha agito nell'interesse proprio o di terzi o che abbia eluso fraudolentemente i modelli organizzativi e di gestione realizzati per prevenire il reato poi verificatosi.

⁵¹ Di Bitonto, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale scientifica, 2012, p. 80 ss.

conflitto di interessi, e perciò diviene necessario nominare un nuovo rappresentante *ad processum* il quale dal tenore dell'art. 44 potrebbe essere assoggettato ad obblighi testimoniali.

Il problema fondamentale è quello di valutare se in capo al rappresentante legale dell'ente possa essere riconosciuto o meno il diritto al silenzio qualora venga chiamato ad assumere gli obblighi testimoniali.

La prima soluzione è di rimozione⁵². Gli studiosi hanno suggerito un'interpretazione abrogatrice dell'art. 44 lettera *b*. I sostenitori di questa tesi evidenziano come il riconoscimento di obblighi testimoniali in capo al rappresentante legale dell'ente sia frutto di un *argumentum a contrario*, la norma infatti non prevede in modo esplicito obblighi testimoniali in capo ad esso.

Questo ragionamento *a contrario* poggia su basi fragili in quanto l'art. 35 estende la disciplina dell'imputato all'ente e pertanto risulterebbe «derisorio, lesivo del diritto di difesa se, dopo aver riconosciuto all'ente le garanzie dell'imputato, si costringesse a testimoniare chi lo personifica e gli dà voce nel processo»⁵³.

Pertanto per evitare incompatibilità sarebbe necessario non ragionare in termini di *argumentum a contrario*. In questo modo al rappresentante legale dell'ente verrebbe riconosciuto il suo diritto al silenzio e non potrebbe essere soggetto ad obblighi testimoniali

⁵² Escludono che in capo al rappresentante legale dell'ente si possano riconoscere obblighi testimoniali a prescindere dal fatto che il rappresentante dell'ente ricoprisse o meno tale qualifica al momento della commissione del reato: Ceresa-Gastaldo, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, 2002, p. 30; Ferrua, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze ed anomalie nelle regole di accertamento*, in A.A. V.V. *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Cedam, 2002, p. 239.

⁵³ Ferrua, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze ed anomalie nelle regole di accertamento*, cit., p. 238.

indipendentemente dal fatto di rivestire tale qualifica al momento della commissione dell'illecito⁵⁴.

Tuttavia questa ricostruzione non è soddisfacente perché rischia di scontrarsi con il dato normativo; stando alla lettera della norma l'obbligo testimoniale può essere escluso solo quando concorrano congiuntamente le due condizioni di cui parla l'art 44 lettera *b* (infatti la norma utilizza la locuzione «e»). Negli altri casi non vi è incompatibilità con l'ufficio testimoniale.

La seconda soluzione prospettata evidenzia come non possano disconoscersi in capo al rappresentante legale obblighi testimoniali.

Tuttavia occorre temperare questa regola con l'esigenza di salvaguardare la difesa dell'imputato.

Secondo un orientamento recente⁵⁵ la possibilità di far coesistere la regola scritta dell'art.44 del d.lgs. 231/2001 con quella anch'essa scritta secondo cui l'imputato gode del diritto al silenzio può derivare dall'art. 198 comma 2 c.p.p. secondo cui: «il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale». Mediante questa disposizione si riconoscerebbe la possibilità al testimone di rifiutare di rispondere e di dire la verità tutte le volte in cui dalle sue risposte possano emergere elementi di prova a carico dell'ente.

Sulla base dell'art. 34 del d.lgs. 231 del 2001, l'art. 198 comma 2 c.p.p. sarebbe applicabile nel procedimento *de societate* in tal modo non incompatibile con il principio costituzionale del diritto al silenzio.

⁵⁴ L'utilizzo dell'*argumentum a contrario* è rischioso perché come sostiene Cordero: «l'*argumentum a contrario* presuppone un legislatore che non commette errori, ed è ciò che il legislatore non è».

⁵⁵ Di Bitonto, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., p. 83 ss.

Tuttavia per rendere applicabile l'art. 198 comma 2 all'ente occorre effettuare un'operazione ermeneutica di adattamento del contenuto della norma del codice di rito al d.lgs. 231/2001: in particolare, la locuzione “ sua responsabilità penale” deve essere interpretata come “ la responsabilità da reato dell'ente”.

Così alla luce dell'art. 44 lettera *b*, nel caso in cui vi fosse un obbligo di testimonianza in capo al rappresentante che non rivestiva tale funzione al momento della commissione del fatto, verrebbe comunque rispettato il diritto al silenzio in capo al testimone.

Anche con riferimento al riconoscimento del diritto al silenzio l'interprete deve ragionare in termini di raccordo tra la disciplina del codice di rito e le norme del d.lgs. 231/2001.

4. Il principio di legalità e del contraddittorio nella formazione della prova.

La l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, come noto, ha inserito nell'art 111 Cost. i principi del c.d. "giusto processo".

Con riferimento, in primo luogo, al principio del giusto processo⁵⁶ occorre verificare come possa trovare attuazione nel processo *de societate*.

Premessa la sicura applicabilità della disposizione di cui all'art 111 comma 1 Cost. al processo a carico degli enti, tuttavia sorgono dei problemi interpretativi sulle concrete applicazioni dei principi del c.d. giusto processo, che possono essere risolti solo dall'interprete.

Il comma 4 sancisce il principio del contraddittorio nella formazione della prova disponendo inoltre che la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore⁵⁷.

Lo scopo primario del comma 4 è quello di riconoscere un ruolo centrale alla fase del dibattimento. La prova per essere utilizzabile deve essere assunta davanti al giudice nel contraddittorio delle parti.

⁵⁶ Per giusto processo alcuni ritengono che si faccia riferimento ai principi che sono disciplinati all'interno dell'art. 111 Cost, altri invece ritengono che ci si riferisce ad un'idea utopistica di Giustizia esistente prima della legge.

⁵⁷ Il giudizio è di tipo accusatorio quando la formazione della prova avviene nel contraddittorio delle parti dinanzi al giudice a cui è affidata la decisione nel merito. Diversamente, nel giudizio di tipo inquisitorio le prove vengono raccolte fuori dall'udienza pubblica dallo stesso organo che svolge le funzioni di indagine e la partecipazione della difesa è solo occasionale: Illuminati, *Giudizio*, in A.A. V.V *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2012, p. 766.

La Costituzione prevede però tre eccezioni a questa regola, quando vi sia il consenso dell'imputato, in caso di impossibilità di natura oggettiva e di provata condotta illecita⁵⁸.

Se si paragona la struttura del processo ordinario con la struttura del processo a carico degli enti emergono significative differenze.

Nel rito ordinario infatti il baricentro dell'accertamento processuale è rappresentato dal dibattimento mentre nella fase delle indagini preliminari il pubblico ministero svolge le attività investigative al fine di determinarsi in ordine all'esercizio dell'azione penale.

Nel procedimento *de societate* invece, la fase centrale è quella delle indagini preliminari, nel corso della quale è frequente l'applicazione delle misure interdittive che mirano a recuperare alla legalità l'ente nel più breve tempo possibile.

Nonostante tale differenze, è pacifico che anche nel processo a carico degli enti, la prova dovrà formarsi nel contraddittorio delle parti, giusto il disposto dell'art. 111 comma 4 Cost.

La risoluzione della controversia nella fase anteriore al giudizio attraverso la riparazione delle conseguenze del reato è frutto della volontà del soggetto sottoposto a procedimento e rientra nei casi in cui si riconosce la possibilità di derogare al principio di formazione della prova nel contraddittorio. Più precisamente rientra nel consenso dell'imputato riconosciuto dall'art. 111 comma 5.

⁵⁸ La prima deroga si riferisce principalmente ai procedimenti speciali consensuali che comportano la rinuncia al contraddittorio e all'utilizzo di prove raccolte nella fase delle indagini preliminari.

La seconda deroga riguarda l'acquisizione come prova di atti non ripetibili in dibattimento, mentre la terza si riferisce ai casi in cui dichiarazioni rese nel corso della fase delle indagini, che non sono state acquisite nel contraddittorio delle parti, cui provengono da soggetti vittime di violenza, minaccia, promessa o offerta di denaro per ritrattarle o modificarle in senso difforme a quelle precedentemente rese.

Generalmente è la stessa impresa a preferire la conclusione del processo anticipato, sacrificando il diritto al contraddittorio riconosciuto nel giudizio dibattimentale perché oltre all'aspetto economico del processo che grava sull'ente, è altresì significativo il danno di immagine, di concorrenza e di attendibilità.

5. Principio di obbligatorietà dell'azione penale.

L'art 112 Cost. stabilisce il principio di obbligatorietà dell'azione penale, proiezione sul piano processuale del principio di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge.

A fronte di una notizia di reato il pubblico ministero ha l'obbligo di procedere e di chiedere al giudice di pronunciarsi a riguardo.

Nel codice di rito è il giudice per le indagini preliminari a pronunciarsi sulla richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero, nei casi previsti dal codice stesso (infondatezza della notizia di reato, mancanza di condizione di procedibilità, estinzione del reato, etc.). Proprio perché il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale, per espressa previsione costituzionale, è previsto un controllo da parte di un giudice terzo su rispetto di tale principio, onde evitare che con la richiesta di archiviazione, il pubblico ministero possa eludere l'obbligo previsto dall'art. 112 Cost.

Nel d.lgs. 231 del 2001 l'art. 58 prevede invece, che il pubblico ministero, accertata la mancanza dei presupposti per la contestazione dell'illecito, «emette decreto motivato di archiviazione degli atti, comunicandolo al procuratore generale presso la corte d'appello. Il procuratore generale può svolgere gli accertamenti indispensabili e, qualora ritenga ne ricorrano le condizioni contesta all'ente le violazioni amministrative conseguenti al reato entro sei mesi dalla comunicazione».

Come si vede, nel procedimento *de societate*, è il pubblico ministero che direttamente, senza alcun controllo giurisdizionale dispone l'archiviazione con decreto motivato. Questa scelta del

legislatore è stata oggetto di numerose critiche⁵⁹. Per alcuni autori sussisterebbero dubbi di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 112 Cost., non superabili facendo leva sulla natura amministrativa dell'illecito. Proprio perché non vi è un soggetto interessato ad opporsi all'archiviazione sarebbe opportuno prevedere un controllo giudiziario.

Secondo altri autori⁶⁰ non vi è nessun contrasto tra l'art. 112 Cost. e l'art 58 del d.lgs. 231 del 2001.

In primo luogo la scelta della sede del processo penale per l'accertamento dell'illecito amministrativo comporta inevitabilmente il rispetto dei principi costituzionali tra cui, ovviamente, il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

In secondo luogo non è condivisibile l'idea secondo cui il principio di obbligatorietà dell'azione penale possa essere garantito solo affidando al giudice il potere di disporre l'archiviazione. L'assenza del controllo del giudice non è necessariamente lesiva dell'art. 112 Cost., potendo restare obbligatorio l'esercizio dell'azione penale anche quando sia riconosciuto il potere di disporre l'archiviazione al solo pubblico ministero⁶¹.

⁵⁹ Ferrua, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, cit, p. 225; Pisanelli, *Ipotesi di specialità nel procedimento di archiviazione: vincolo del giudicato cautelare e autonomia del pubblico ministero a confronto con il modello ordinario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 1100 ss; Bassi, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, in A.A. V.V. *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2006, p. 582.

⁶⁰ Di Bitonto, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in A.A. V.V. *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010, p. 617.

⁶¹ A sostegno di ciò non è mai stato sollevato un dubbio di legittimità costituzionale quando Franco Cordero ha affermato che si devono distinguere le sfere dell'azione e della decisione e quindi si deve affidare la pronuncia del provvedimento di archiviazione al procuratore della Repubblica, assoggettabile al sindacato del procuratore generale presso la Corte d'appello. V. Cordero, *Linee di un processo accusatorio*, in A.A. V.V., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, 1965, p. 67 ss

Infine l'esperienza giudiziaria dà prova del fatto che l'art. 112 della Cost. rappresenta solo un'aspirazione ideale, non riuscendo il controllo del giudice a garantire una piena applicazione del principio costituzionale.

Quotidianamente nelle procure della Repubblica vengono prese decisioni sull'esercizio o meno dell'azione penale sulla base di criteri non univoci e secondo alcuni si sarebbe realizzato un graduale ed implicito passaggio verso l'esercizio discrezionale dell'azione penale.

Alla luce di queste osservazioni la scelta del legislatore di prevedere una procedura di archiviazione semplificata nel d.lgs. 231 del 2001 rispetto alla procedura prevista nel rito ordinario non è in contrasto con l'art. 112 della Costituzione, ma rappresenta solo una scelta di speditezza e dinamicità della procedura.

Capitolo III

VAGLIO DI COMPATIBILITA' NEL PROCEDIMENTO A CARICO DELL'ENTE.

1. Indagini preliminari e udienza preliminare. – 2. Misure cautelari. – 3. Giudizio ordinario. – 4. Costituzione di parte civile. – 5. Procedimenti speciali.

1. Indagini preliminari e udienza preliminare.

All'interno del decreto 231, il legislatore ha dettato poche disposizioni in materia di indagini preliminari e udienza preliminare per l'accertamento della responsabilità amministrativa degli enti (artt. 55-61), rimandando per il resto alle norme del codice di rito in quanto compatibili (art 34 d.lgs. 231/2001).

Il rinvio al codice di rito penale crea non pochi problemi di adattamento delle norme in esso contenute al procedimento a carico degli enti. In particolare il primo problema riguarda il differente ruolo della fase preliminare del procedimento a seconda che si effettui un accertamento nei confronti della persona fisica o nei confronti della persona giuridica⁶².

Nel primo caso, infatti, durante le indagini preliminari il pubblico ministero raccoglie tutti gli elementi necessari per determinarsi in ordine all'esercizio dell'azione penale, effettuando attività di indagine a tal fine. Diversamente avviene nel secondo caso, dove la fase iniziale del processo sembra essere quella più importante e decisiva anche in virtù della possibilità di applicare misure cautelari

⁶² Di Bitonto, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010, p. 591.

particolarmente incisive, volte al recupero della legalità dell'ente in una fase - va rimarcato - anteriore all'instaurazione del processo vero e proprio ⁶³.

Tuttavia la fase delle indagini preliminari nei confronti dell'ente segue nelle linee principali lo schema delineato nel codice di rito per il procedimento a carico della persona fisica.

Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie ai fini della determinazione inerente all'esercizio dell'azione penale secondo quanto disposto negli artt. 326 e 327 del c.p.p.

Sono estendibili al processo a carico dell'ente anche le norme riguardanti le modalità di acquisizione delle notizie di reato disciplinate negli artt. 330-334 c.p.p.: il pubblico ministero o la polizia giudiziaria acquisiscono di propria iniziativa la notizia dell'illecito dipendente da reato.

Per quanto riguarda i mezzi di indagine si applicano anche nel procedimento *de societate* i mezzi di ricerca della prova ordinari disciplinati nel terzo libro del codice di procedura penale (artt. 244-265). Secondo parte della dottrina⁶⁴ non si possono effettuare, con riguardo all'accertamento dell'illecito amministrativo, attività di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni perché gli artt. 266 e 267 c.p.p. richiedono rigorosi presupposti tra cui per esempio l'autorizzazione del giudice qualora sussistano gravi indizi di reato, secondo quanto previsto dallo stesso art. 266 c.p.p., che però non

⁶³ Evidenziano le finalità preventive e riparatorie delle misure cautelari: Peroni, *Il sistema delle cautele*, in A.A. V.V. *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Cedam, 2002, p. 243 ss; Moscarini, *Le cautele interdittive penali contro gli enti*, in Riv. dir. proc., 2003, p. 1109 ss.

⁶⁴ Bassi, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Bassi-Epidendio, Giuffrè, 2006, p. 562 ss.

ricomprende l'illecito amministrativo, che pur può aver origine da uno dei reati rientranti nel catalogo di quelli per i quali è possibile procedere ad intercettazioni di comunicazioni e conversazioni.

Secondo altra parte della dottrina⁶⁵, invece, non è necessario distinguere tra procedimento contro la persona fisica e procedimento contro la persona giuridica, essendo in entrambi i casi applicabile la disciplina delle intercettazioni purché si stia procedendo in relazione ad un reato ricompreso tra quelli per i quali l'art. 266 c.p.p. consente le operazioni di intercettazione (al ricorrere degli altri presupposti previsti).

Ugualmente applicabili al procedimento *de societate* sono le disposizioni in tema di investigazioni difensive. Tali disposizioni sono particolarmente significative in quanto il d.lgs. 231/2001 ha riconosciuto notevoli spazi di applicazione di misure cautelari⁶⁶ e ciò avviene sempre nel contraddittorio tra le parti in udienza dove il difensore dell'ente è legittimato a svolgere attività investigative per poter dimostrare l'insussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito, o di aver adottato ed attuato modelli organizzativi idonei, al fine di neutralizzare gli elementi forniti dalla controparte per l'applicazione di misure cautelari⁶⁷.

Le norme contenute nel d.lgs. 231/2001 in materia di indagini preliminari e udienza preliminare contengono invece delle deroghe alle corrispondenti disposizioni del codice di rito penale.

La prima deroga è prevista nell'art. 55 del decreto 231, concernente l'annotazione dell'illecito amministrativo.

⁶⁵ Di Bitonto, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 595.

⁶⁶ Fidelbo, *Le misure cautelari*, in A.A. V.V. *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010, p.503 ss.

⁶⁷ Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2006, p. 566 ss.

Il pubblico ministero, acquisita la *notitia criminis*, annota immediatamente l'illecito amministrativo nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., indicando gli elementi identificativi dell'ente e quando possibile le generalità del legale rappresentante e il reato da cui dipende l'illecito.

Nel processo *de societate* si può procedere all'annotazione dell'illecito amministrativo anche contro soggetti ignoti. L'unica condizione richiesta per procedere all'annotazione è che sia stata acquisita la notizia di reato da cui dipende la responsabilità amministrativa dell'ente. Tuttavia parte della dottrina non condivide questa scelta e dubita della possibilità di riconoscere la responsabilità amministrativa dell'ente quando il soggetto attivo-persona fisica è ignoto per diverse ragioni: in primo luogo perché l'individuazione del soggetto attivo è un presupposto fondamentale per il riconoscimento della responsabilità amministrativa dell'ente secondo quanto stabilito nell'art. 5 del d.lgs. 231/2001 e nell'art. 11 della legge delega 300 del 2000⁶⁸; in secondo luogo perché se si riconoscesse la responsabilità amministrativa dell'ente anche nel caso di un soggetto attivo ignoto si violerebbe il principio di colpevolezza⁶⁹; infine perché è necessario ai fini dell'integrazione dell'illecito amministrativo un qualificato rapporto tra il soggetto attivo del reato e l'ente, perciò anche se non identificato nelle sue precise generalità il soggetto attivo deve pur

⁶⁸ Sostiene tale argomentazione Forlenza, *Con l'avvicinamento tra persone fisiche e giuridiche un primo passo verso il completamento della delega*, in *Guida dir.*, 2001, n.66, p. 66.

⁶⁹ Avalla questa ragione Bernasconi, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Cedam, 2002, p. 301.

sempre essere individuato al fine di valutare l'appartenenza alla categoria degli apicali o dei sottoposti⁷⁰.

L'art. 55 è più generico rispetto all'art. 335 c.p.p., che indica la fonte della notizia di reato usando l'espressione "notizia di reato che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa" e ribadisce l'obbligo di iscrizione della notizia "contestualmente o dal momento in cui risulta". Queste precisazioni non sono presenti nell'art. 55 del d.lgs. 231/2001: tuttavia non vi sono ragioni ostative all'estensione della disciplina dell'art. 335 del c.p.p. al processo agli enti⁷¹.

Il legislatore poi ha avuto cura di parlare con riferimento all'ente non di iscrizione, come nel codice di rito penale, ma di annotazione, onde evitare confusione ed incertezza riguardo l'illecito imputabile all'ente⁷².

Come disposto nell'art. 335 c.p.p., se nel corso delle indagini preliminari muta la qualificazione giuridica del fatto o questo risulta diversamente circostanziato, il pubblico ministero cura l'aggiornamento delle annotazioni senza procedere a nuove annotazioni.

Come l'iscrizione della *notitia criminis*, l'annotazione dell'illecito amministrativo svolge una duplice funzione. Per un verso, indica il *dies a quo* dal quale decorre il termine per la conclusione delle indagini preliminari secondo i limiti cronologici stabiliti, per altro verso permette all'ente che ne faccia richiesta di venire a conoscenza di un procedimento a proprio carico⁷³.

⁷⁰ Bassi, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, cit., p. 571.

⁷¹ Bassi, *ult. op. cit.*, p. 568.

⁷² La giurisprudenza dimostra però come questi due termini (iscrizione-annotazione) siano usati come sinonimo.

⁷³ Di Bitonto, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 600.

Quanto alla prima funzione l'art. 56 del d.lgs. 231/2001 disciplina i termini per l'accertamento dell'illecito amministrativo nel corso delle indagini preliminari equiparandoli agli stessi termini previsti per le indagini preliminari relative al reato da cui dipende l'illecito stesso (art. 56 comma 1). Il legislatore, così disponendo, ha introdotto uno stretto legame tra l'accertamento relativo alla persona fisica e l'accertamento riguardante la persona giuridica. L'art. 56 del d.lgs. 231/2001 non fa alcun riferimento alla disciplina della proroga dei termini di durata delle indagini preliminari.

La relazione allo schema del decreto legislativo menziona, anche se rapidamente, l'ipotesi di proroga disponendo che "dall'annotazione decorre il termine per l'accertamento dell'illecito amministrativo, che l'art. 56 individua in relazione al termine per lo svolgimento delle indagini del reato da cui l'illecito stesso dipende, comprese le proroghe"⁷⁴.

L'intenzione del legislatore è avallata dalla clausola generale dell'art. 34 del d.lgs.231/2001 che consente l'applicazione, in quanto compatibili, delle norme del codice di procedura penale. Secondo alcuni autori, la disciplina della proroga prevista nel c.p.p. sarebbe perfettamente compatibile nel processo *de societate*, il pubblico ministero può chiedere al g.i.p. una proroga nei casi previsti dall'art. 406 c.p.p.⁷⁵.

Altri⁷⁶, invece, ritengono che occorre distinguere tra il caso del *simultaneus processus* e il caso di accertamento autonomo.

⁷⁴ Massimo Ceresa-Gastaldo, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231*, Giappichelli, 2002, p. 175.

⁷⁵ Bassi, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, cit., p. 578 ss.; Bernasconi, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, cit., p. 304;

⁷⁶ Di Bitonto, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 601.

Nell'ipotesi in cui il procedimento nei confronti della persona fisica e quello nei confronti della persona giuridica siano trattati simultaneamente non vi è dubbio sul fatto che la proroga riconosciuta per il procedimento nei confronti della persona fisica valga anche per il procedimento a carico dell'ente. Diverso invece nel caso in cui si proceda autonomamente: in tale ipotesi i termini investigativi decorrono autonomamente e la proroga può riguardare anche il solo procedimento concernente il soggetto collettivo.

In entrambi i casi è opportuno estendere l'ambito applicativo dell'art. 406 comma 3 c.p.p., la richiesta di proroga del pubblico ministero deve essere notificata alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa dal reato che abbia chiesto di esserne informata⁷⁷.

Gli atti di indagine effettuati dopo la scadenza del limite cronologico stabilito sono inutilizzabili così come previsto nel codice di rito penale, mentre nel caso in cui vi sia un ritardo di annotazione dell'illecito amministrativo non è prevista alcuna esplicita sanzione⁷⁸.

Quanto alla seconda funzione dell'annotazione, cioè la possibilità per l'ente di venire a conoscenza di un procedimento a proprio carico, il comma 2 dell'art. 55 prevede che sia comunicata l'annotazione all'ente e al suo difensore che ne faccia richiesta con gli stessi limiti previsti per la comunicazione dell'iscrizione della notizia di reato.

⁷⁷ Bassi, *La fase delle indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 579.

⁷⁸ Sul punto si contrappongono due diversi indirizzi giurisprudenziali: il primo (Cass., 8 aprile 2008, Bruno, in *C.E.D. Cass.*, n. 240491; Cass., 10 ottobre 2007, Genovese, in *Riv. pen.*, 2008, p. 822) esclude che sia competenza del giudice l'apprezzamento della mancata tempestività dell'annotazione dell'illecito e prevede nel caso di ritardo una sanzione disciplinare, il secondo (Cass., 21 settembre 2007, Boscarato, in *C.E.D. Cass.*, n. 236029) invece sostiene che il giudice quando rilevi che sia stato annotato in modo tardivo l'illecito possa nuovamente rideterminare il termine iniziale di decorrenza delle indagini, in modo da rendere inutilizzabili gli atti di indagine compiuti fuori tempo.

Inizialmente, nel catalogo dei reati-presupposto della responsabilità amministrativa degli enti non rientravano quelli indicati nell'art. 407 comma 2 lettera *a* c.p.p., con la conseguenza che di norma l'annotazione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. era comunicabile. Successivamente con l'ampliamento del catalogo dei reati-presupposto (in particolare si vedano artt. 25 *quater* e 25 *quinquies*) si applica anche nei confronti del soggetto collettivo, in tali ipotesi, il divieto di comunicazione previsto nell'art. 335 comma 3 c.p.p. In questi casi in cui è riconosciuto un divieto di comunicazione, come nel caso in cui si procede contro una persona fisica, si assiste inevitabilmente ad una lesione del diritto di difesa per l'ente; tuttavia appare condivisibile la scelta di uniformare la disciplina della conoscibilità del procedimento senza alcuna distinzione tra procedimento nei confronti della persona fisica o nei confronti della persona giuridica.

Meno condivisibile è la scelta di escludere che l'annotazione indichi le mansioni svolte dal soggetto a cui è addebitato l'illecito, dato che dalla diversa qualifica di soggetto apicale o sottoposto mutano i criteri per addebitare la responsabilità⁷⁹.

Per assicurare il diritto di difesa all'ente, unitamente alla conoscibilità dell'annotazione, il legislatore ha mutuato l'istituto dell'informazione di garanzia (art. 57 d.lgs. 231/2001). L'informazione di garanzia deve contenere l'invito a dichiarare o eleggere domicilio per le notificazioni e l'avvertimento che si partecipa al procedimento mediante una dichiarazione ai sensi dell'art 39 comma 2 del d.lgs. 231/2001. La norma non deve essere interpretata come sostitutiva dell'art. 369 c.p.p. ma come norma

⁷⁹ Di Bitonto, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 605.

integrativa. Con riferimento agli aspetti non disciplinati nell'art. 57, si applicano le norme di cui agli artt. 369 c.p.p. e 369 *bis* c.p.p.. L'art. 369 c.p.p. dispone che quando si devono compiere atti ai quali il difensore ha diritto ad assistere, il pubblico ministero invia un'informazione di garanzia contenente le norme che si assumono violate, la data e il luogo del fatto e l'invito all'esercizio della facoltà di nominare un difensore di fiducia.

La disciplina dell'art. 57 d.lgs. 231/2001 è stata oggetto di diverse critiche. In particolare ci si è interrogati sulla possibile applicazione nel processo all'ente di questo istituto anche quando dovesse essere svolta una perquisizione personale o locale, un sequestro o un'apertura di un plico, così come dispone il codice di rito. I dubbi si basavano sul fatto che l'art. 35 del d.lgs. 231/2001 equipara l'ente all'imputato, non l'ente all'indagato. Tuttavia questa obiezione è facilmente superabile se si pensa che il legislatore ha scelto il giudice penale per l'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente, perciò non essendovi alcuna espressa deroga alle garanzie riconosciute nella fase preliminare non si possono che riconoscere all'ente le stesse facoltà e gli stessi diritti riconosciuti alla persona fisica.

Anche se non espressamente previsto nel d.lgs. 231/2001, si applica la disciplina dell'avviso di conclusione delle indagini di cui all'art. 415-bis.

Al termine delle indagini preliminari il pubblico ministero deve scegliere se esercitare l'azione penale o archiviare la notizia di reato.

La disciplina dell'archiviazione nel d.lgs. 231/2001 (art. 58) si distingue notevolmente rispetto a quella del codice di rito. L'art. 58 presenta notevoli analogie con l'art. 18 della l. 24 novembre 1981 n. 689 secondo cui l'autorità, a cui perviene rapporto di violazione di una

norma amministrativa, che ritiene non fondato l'accertamento di tale violazione emette ordinanza motivata di archiviazione.

Nel procedimento *de societate* è il pubblico ministero che emette decreto motivato di archiviazione degli atti, dando comunicazione al procuratore generale presso la corte d'appello, ogni qual volta i risultati delle indagini non lo inducono a ravvisare elementi per contestare l'illecito amministrativo. Il procuratore generale può svolgere accertamenti necessari ed entro 6 mesi dalla comunicazione può contestare all'ente l'illecito amministrativo se ritiene che ne ricorrono i presupposti ⁸⁰.

La disciplina delineata dall'art. 58 del d.lgs. 231/2001, a differenza di quella ordinaria, esclude ogni tipo di controllo giurisdizionale⁸¹.

I presupposti dell'archiviazione nel processo concernente il soggetto collettivo non si distinguono notevolmente da quelli previsti nel processo penale. Il d.lgs. 231/2001 non enuncia in modo specifico i casi di archiviazione ma in virtù dell'art. 34 del d.lgs. 231 del 2001 si applicano in quanto compatibili le norme del codice di procedura penale.

L'unica differenza, però, riguarda il caso in cui l'autore del reato resti ignoto. Mentre nel procedimento a carico della persona fisica questa situazione rappresenta un caso classico di archiviazione (art. 415 c.p.p.), nel procedimento a carico della persona giuridica non costituisce un'ipotesi di archiviazione perché si procede ad annotazione dell'illecito amministrativo anche quando il soggetto

⁸⁰ L'utilizzo del verbo "può" è usato non in termini di facoltatività, ma come un potere eventuale che il procuratore generale deve esercitare nell'eventualità che siano necessari accertamenti indispensabili, in questo senso v. Di Bitonto, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 634 ss.

⁸¹ Sugli aspetti del controllo giurisdizionale e sui dubbi di violazione dell'art. 112 Cost vedi *supra* capitolo II, paragrafo 5.

attivo è ignoto e infine perché ai sensi dell'art. 8 comma 1 lettera *a* la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato.

Al di fuori di questa ipotesi gli altri casi di archiviazione corrispondono in entrambi i procedimenti: il pubblico ministero dispone l'archiviazione quando la notizia dell'illecito è infondata, quando manca una condizione di procedibilità nei confronti del reato presupposto, quando vi è un'ipotesi di estinzione della sanzione amministrativa (per esempio quando viene concessa amnistia per il reato da cui dipende la responsabilità dell'ente e l'ente non abbia rinunciato) ed infine quando è maturato il termine di prescrizione della sanzione da reato.

Viene disposta l'archiviazione per l'infondatezza dell'addebito nei confronti dell'ente quando gli elementi probatori raccolti non sono in grado di dimostrare l'interesse o vantaggio dell'ente o il ruolo ricoperto dai soggetti facenti parte dell'organizzazione dell'ente⁸².

Un'ipotesi particolare di archiviazione è disciplinata nell'art. 60 del d.lgs. 231/2001 (decadenza dalla contestazione).

Secondo tale norma deve essere disposta l'archiviazione quando il reato da cui dipende l'illecito amministrativo dell'ente è estinto per prescrizione. Questa norma riduce l'ambito applicativo dell'art. 8 del d.lgs. 231/2001 secondo cui la responsabilità dell'ente sussiste anche quando il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia. L'estinzione del reato comporta l'archiviazione solo se ciò si verifica nella fase delle indagini preliminari, non anche nella fase successiva.

⁸² Di Bitonto, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 623.

Questa norma intende ridurre il rischio di abusi e che si possa iniziare un procedimento a carico dell'ente sulla base di condotte risalenti nel tempo⁸³.

L'art. 60 garantisce da un lato l'efficienza del procedimento a carico della persona giuridica e dall'altro assicura garanzie difensive all'ente escludendo che si possa instaurare un procedimento sulla base di remoti fatti.

Nel caso in cui non venga rispettata questa norma il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere a seconda della fase in corso.

Se non ricorrono i presupposti per l'archiviazione, il pubblico ministero, secondo quanto previsto dall'art. 59 d.lgs. 231/2001, procede con la contestazione dell'illecito amministrativo con uno degli atti di cui all'art. 405 c.p.p., ciò presentando richiesta di rinvio a giudizio o chiedendo un rito alternativo (applicazione della pena su richiesta, giudizio immediato, procedimento per decreto, giudizio direttissimo).

Complicato è il coordinamento tra la contestazione dell'illecito amministrativo e il giudizio direttissimo. La disciplina del giudizio direttissimo prevede che l'arrestato in flagranza di reato sia presentato in giudizio per la convalida e il contestuale giudizio direttissimo, con contestazione dell'imputazione, in forma orale, in udienza. Nell'ipotesi di imputato non *in vinculis* il pubblico ministero cita l'imputato a comparire per il giudizio direttissimo⁸⁴. Nel

⁸³ Di Bitonto, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 629; Bernasconi, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, cit., p.310 ss; Massimo Ceresa-Gastaldo, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231*, cit., p.68.

⁸⁴ Orlandi, *Procedimenti speciali*, in AA. VV. *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi-Bargis, Cedam, 2012, p. 733 ss.

procedimento agli enti l'adozione di questo rito è possibile solo per citazione diretta da parte del pubblico ministero. Questo sia nel caso in cui si accerti la sola responsabilità dell'ente, sia nel caso in cui si accerti sia la responsabilità dell'ente che quella della persona fisica simultaneamente e nei confronti di quest'ultima vi sia un presupposto per l'instaurazione del direttissimo.

L'art. 59 d.lgs. 231/2001 richiama solo gli atti di cui all'art. 405 c.p.p. senza alcun riferimento alla citazione diretta in giudizio dinnanzi al Tribunale in composizione monocratica, anche se molti reati richiamati nel d.lgs. agli artt. 24 ss. prevedono la pena della reclusione non superiore a quattro anni e dunque di competenza del Tribunale monocratico⁸⁵. Tuttavia questa lacuna può essere colmata sulla base dell'art. 34 e dell'art. 36 comma 2 del d.lgs. 231/2001 in forza del quale trovano applicazione nel procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo le disposizioni sulla composizione del tribunale e le disposizioni processuali collegate ai reati dai quali dipende l'illecito amministrativo.

Il comma 2 dell'art. 59 dispone che la contestazione deve contenere gli elementi identificativi dell'ente, l'enunciazione del fatto, in forma chiara e precisa, l'indicazione del reato da cui dipende l'illecito e i relativi articoli di legge e delle fonti di prova.

La contestazione dell'illecito svolge la stessa funzione dell'imputazione e pertanto è fondamentale che sia chiara e precisa perché in tal modo si determina il *thema decidendi* su cui si pronuncerà il giudice e perché l'ente viene a conoscenza nel dettaglio

⁸⁵ Bassi-Epidendio, *La fase delle indagini preliminari*, cit., p. 592; Bernasconi, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, cit., p. 310.

dell'imputazione formulata dall'accusa su cui elaborare un'adeguata difesa.

Qualora la contestazione dell'illecito non avvenga in forma chiara e precisa, grazie alla possibile applicazione delle disposizioni del codice di rito, in quanto compatibili, al procedimento a carico dell'ente (art. 34), si verifica una nullità assoluta per violazione degli artt. 178 comma 1 lett. *b* e 179 comma 1 c.p.p.

Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto che nel caso in cui non vi sia un'enunciazione chiara e precisa del fatto il giudice possa sollecitare il pubblico ministero a formulare una imputazione più precisa⁸⁶.

Ciò dovrebbe valere anche nel processo a carico degli enti⁸⁷.

La tecnica del rinvio al codice di rito trova particolare applicazione nella fase dell'udienza preliminare. Va notato, infatti, che il d.lgs. 231 del 2001 riserva a questa fase solo una disposizione, l'art. 61, con rinvio, tramite l'art. 34 del decreto 231, alle disposizioni del c.p.p.

Gli atti introduttivi dell'udienza preliminare non presentano differenze rispetto alla disciplina ordinaria. Nel caso in cui l'ente sia straniero, gli atti riguardanti tale fase devono essere tradotti in una lingua conosciuta dall'ente⁸⁸.

⁸⁶ Cass., Sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p.1363.

⁸⁷ Di Bitonto, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 639.

⁸⁸ Sul punto si ricorda il Trib. Milano, ord. 2 febbraio 2010 in *Il corriere di merito*, 2010, fasc. 4, p. 415 ss, con commento di Mancuso, *Diritto alla traduzione degli atti e tutela del diritto di difesa dell'ente straniero*. L'ordinanza del Giudice dell'udienza preliminare di Milano afferma, sulla base del meccanismo di eterointegrazione normativo disciplinato dall'art. 34 d.lgs. 231/2001 e sulla base dell'equiparazione dell'ente all'imputato di cui all'art. 35 dello stesso d.lgs., che nel procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente si applica la disciplina della traduzione degli atti (art. 143 c.p.p.). Questa garanzia opera, però, solo quando si accerti la mancata conoscenza della lingua italiana da parte dell'ente straniero, inteso in tutte le sua "articolarioni operative e funzionali, anche mediante il ricorso a fatti storici e processuali che possano dimostrare, in maniera non equivoca, l'effettiva compressione dell'idioma".

Il giudice, a norma dell'art. 420 comma 2 c.p.p., procede con i rituali avvisi. Come nel procedimento ordinario, il giudice dispone la rinnovazione dell'avviso sempre che è provato o appare probabile che l'ente non ne abbia avuto conoscenza effettiva per cause non a lui attribuibili (art. 420-bis). Ovviamente questo controllo avviene con riferimento al rappresentante della società, soggetto tramite il quale l'ente partecipa al procedimento (art. 39). Tuttavia è fondamentale che il rappresentante abbia manifestato in modo espresso questa intenzione (art. 39 comma 2), in caso contrario per le notificazioni all'ente si osservano le disposizioni dell'art. 154 comma 3 c.p.p.⁸⁹.

Le disposizioni ordinarie relative all'udienza preliminare necessitano degli aggiustamenti circa la disciplina della declaratoria di contumacia, la quale viene disciplinata nell'art. 41 in deroga alla disciplina codicistica e circa gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti da cui emerge un impedimento a comparire⁹⁰.

La fase dell'udienza segue la disciplina degli artt. 421- 421-bis- 422- 423 c.p.p.

L'art. 61 del d.lgs. 231/2001, nel prevedere i casi in cui il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere, riprende le ipotesi dell'art. 425 c.p.p.: estinzione o improcedibilità della sanzione amministrativa, insussistenza dell'illecito, insufficienza, contraddittorietà o non idoneità degli elementi acquisiti a sostenere la responsabilità in giudizio.

Qualora non ricorrano queste ipotesi, il g.u.p. emette il decreto che dispone il giudizio il quale, ai sensi del comma 2 dell'art. 61 d.lgs. 231/2001, contiene a pena di nullità la contestazione dell'illecito,

⁸⁹ Ceresa-Gastaldo, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001*, n. 231, cit., p. 26

⁹⁰ Di Bitonto, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 641; Paolazzi, *Vademecum per gli enti sotto processo*, Giappichelli, 2006, p. 216.

l'enunciazione in forma chiara e precisa del fatto, gli elementi identificativi dell'ente, l'indicazione del reato presupposto e le fonti di prova⁹¹.

⁹¹ Manifesta dubbi sull'applicazione della nullità anche alle fonti di prova V. Bernasconi, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, cit. p. 318

2. Misure cautelari.

Il legislatore del d.lgs. 231/2001 ha dedicato grande attenzione alla disciplina delle misure cautelari (artt. 45-54).

Tale disciplina presenta pochi punti di contatto con la disciplina prevista nel rito ordinario, in quanto le misure cautelari nel d.lgs.231/2001 non svolgono una funzione strumentale al processo ma una funzione di anticipo di alcuni effetti della futura decisione finale⁹².

L'art. 11 comma 1, lett. o della legge delega n. 300 del 2000 prevede che, in sede cautelare, si applichino le sanzioni indicate nella lett. l dello stesso decreto. Il decreto 231 ha dato attuazione alla indicazione della legge delega e ha previsto all'art. 45 del d.lgs. 231/2001 che «il pubblico ministero può chiedere l'applicazione quale misura cautelare di una delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2»⁹³.

Il sistema cautelare non replica la natura binaria (sanzioni interdittive – sanzioni pecuniarie) propria delle sanzioni definitive, prevedendo soltanto misure interdittive⁹⁴.

Non è riprodotta in sede cautelare la sanzione della pubblicazione della sentenza perché ritenuta «inidonea ad essere utilizzata per

⁹² Fidelbo, *Le misure cautelari*, in A.A. V.V. *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010, p. 504

⁹³ Art. 9 comma 2: Le sanzioni interdittive sono: a) l'interdizione dall'esercizio dell'attività; b) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; c) il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

⁹⁴ Fidelbo, *Le misure cautelari*, cit., p. 506.

esigenze cautelari a causa della forte valenza afflittiva e stigmatizzante della condotta»⁹⁵.

Sarebbe necessario che tale giudizio di idoneità sulla sanzione fosse applicato con riferimento a tutte le sanzioni interdittive richiamate dall'art. 45 d.lgs.231/2001 a scopo cautelare, in modo da evitare ogni tipo di conseguenza irreversibile per la vita dell'ente⁹⁶.

Sotto questo aspetto non sorgono problemi con i provvedimenti indicati nell'art. 9 comma 2 lett. *a*, *c* ed *e*; discorso diverso va fatto, invece, con riferimento alle lett. *b* e *d*. Queste ultime riguardano sanzioni definitive, quali la revoca dalle autorizzazioni, licenze o concessioni, ipotesi di esclusione e la revoca di finanziamenti, contributi o sussidi, le quali, proprio per il loro carattere irreversibile, difficilmente sono conciliabili con le finalità cautelari. Tuttavia la giurisprudenza⁹⁷ ha elaborato un'interpretazione che rende possibile l'applicazione delle lett. *b* e *d* art. 9 comma 2 in ambito cautelare.

Quanto alla lett. *b* si è affermato che l'unica misura cautelare applicabile è quella della sospensione di autorizzazioni, licenze o concessioni mentre l'applicazione della revoca di tali provvedimenti, dato il loro carattere irreversibile, risulta esclusa in sede cautelare.

Quanto alla lett. *d*, invece, la stessa giurisprudenza ha evidenziato la struttura complessa della sanzione, la quale a differenza di quella prevista alla lett. *b* non prevede due distinte sanzioni in termini di alternatività (sospensione o revoca) ma una sanzione unitaria che esclude agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi in modo

⁹⁵ V. *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*.

⁹⁶ Ceresa-Gastaldo, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit. p. 42; Fidelbo, *Le misure cautelari*, cit., p. 507.

⁹⁷ G.i.p. Trib. Ivrea, 12 maggio 2005, *Sooc. Coop. Forum*, in *Foro it.*, 2005, p. 527; G.i.p. Trib. Vibo Valentia, 20 aprile 2004, *Soc. O.*, in *Foro It.*, 2005, p. 23; G.i.p. Trib. Salerno, ord. 28 maggio 2003, *Soc. Ivam*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 266.

temporaneo e prevede in modo eventuale con una sanzione quasi accessoria una revoca qualora tali contributi fossero già stati concessi.

L'art. 45 del d.lgs. 231/2001, parafrasando in parte gli artt. 273 e 274 c.p.p., indica quali presupposti per l'applicazione delle misure cautelari il *fumus commissi delicti* e il *periculum libertatis*.

Quanto al primo presupposto la norma richiede la sussistenza di gravi indizi sulla responsabilità dell'ente. I gravi indizi non devono essere in grado di dimostrare al di là di ogni ragionevole dubbio la responsabilità, tuttavia devono portare a sostenere una qualificata probabilità di colpevolezza⁹⁸.

Il richiamo alla disciplina del codice di rito penale porta ad affermare che trova applicazione nel d.lgs. 231/2001 anche il comma 1-*bis* dell'art. 273, il quale dispone che nella valutazione dei gravi inizi di colpevolezza si applicano le disposizioni sulle valutazioni delle dichiarazioni dei coimputati e imputati in un procedimento connesso (art. 192 comma 3 e 4 c.p.p.), quelle sulla indicazione della fonte della dichiarazione (art. 195 comma 7 c.p.p.), quelle sul divieto di utilizzo delle dichiarazioni degli informatori della polizia giudiziaria (art. 203 c.p.p.), quelle infine, sulla inutilizzabilità delle intercettazioni eseguite senza l'osservanza delle disposizioni indicate dal legislatore o eseguite nei casi non consentiti dalla legge (art. 271 comma 1 c.p.p.).

⁹⁸ Sul punto si veda la ricca elaborazione giurisprudenziale sui gravi indizi di colpevolezza: ad esempio, Cass., Sez. un., 21 aprile 1995, Costantino e a., in *Cass. pen.*, 1995, p. 2837 ss., che li definisce «elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, che, contenendo *in nuce* tutti o soltanto alcuni degli elementi strutturali della corrispondente prova, non valgono, di per sé, a provare oltre ogni dubbio la responsabilità dell'indagato e tuttavia consentono, per la loro consistenza, di prevedere che, attraverso la futura acquisizione di ulteriori elementi, saranno idonei a dimostrare tale responsabilità, fondando, nel frattempo (...) una qualificata probabilità di colpevolezza».

La valutazione dei gravi indizi di responsabilità dell'ente si presenta più articolata rispetto a quella compiuta dal giudice per le indagini preliminari ai fini dell'applicazione della misura cautelare nei confronti della persona fisica⁹⁹. In particolare, il giudice a differenza di quanto avviene nel rito ordinario dovrà valutare anche la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi (artt. 5-7 d.lgs. 231/2001) che concorrono a configurare l'imputazione della responsabilità amministrativa dell'ente.

Ciò significa che anche nella fase cautelare sono rilevati i diversi criteri di imputazione a seconda che il reato presupposto sia stato commesso da un soggetto apicale (art. 5 lett. *a*) o da un soggetto sottoposto (art. 5 lett. *b*).

Come precedentemente ricordato, nel primo caso la condotta posta da un soggetto apicale viene attribuita all'ente sulla base del rapporto di immedesimazione organica, tuttavia l'art. 6, disponendo un'ipotesi di inversione dell'onere della prova, riconosce all'ente la possibilità di non rispondere del reato se dimostra di aver adottato ed attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati del tipo di quelli verificatosi.

Nel secondo caso, invece, sarà l'accusa a dover dimostrare che l'ente è responsabile per non aver osservato gli obblighi di direzione e vigilanza o ancora responsabile per non aver adottato ed attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione.

Pertanto quando l'illecito è commesso da un soggetto sottoposto l'attività investigativa del pubblico ministero è più complessa, quando invece, l'illecito è commesso da un soggetto apicale il pubblico

⁹⁹ Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 396; Moscarini, *Le cautele interdittive penali contro gli enti*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 1112 ss; Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 148

ministero dovrà solo provare, su base indiziaria, l'interesse o vantaggio dell'ente, sarà l'ente poi, per essere esente da responsabilità, a dover dimostrare la tempestiva adozione ed attuazione dei modelli organizzativi e di gestione.

Se si fosse previsto, come avviene di regola sulla base dell'art. 291 c.p.p. ss, che il giudice potesse decidere sull'applicabilità della misura in virtù della sola richiesta del pubblico ministero (principio della domanda cautelare), questo meccanismo, soprattutto quello riferito ai soggetti apicali, avrebbe generato seri problemi per l'ente imputato.

Per tale motivo l'art. 47 disciplina un procedimento cautelare speciale, nel quale è previsto un contraddittorio anticipato rispetto all'emanazione del provvedimento cautelare. In tal modo viene riconosciuta all'ente la possibilità di provare, dinanzi al giudice e prima della sua decisione sulla richiesta del P.M., di aver adottato i modelli organizzativi idonei.

La valutazione dei gravi indizi coinvolge inoltre l'accertamento della possibile applicazione delle misure interdittive alla luce dell'art. 13 comma 1 lett. *a* e *b*. Questa disposizione esige in via alternativa che:

a) l'ente ha tratto dal reato un profitto¹⁰⁰ di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione, quando in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative;

¹⁰⁰ Sulla nozione di profitto, non definita dal d.lgs. 231/2001, la giurisprudenza si è a lungo soffermata. Da ultimo viene intesa in "senso dinamico" come un vantaggio economico che può realizzarsi con effetti non necessariamente immediati alla realizzazione dell'illecito V. Cass., 23 giugno 2006, La Fiorita S.r.l., in *Cass. Pen.*, 2007, p. 84.

b) l'ente ha reiterato gli illeciti.

Solo in presenza di uno di questi fatti il giudice può applicare le sanzioni previste dall'art. 9 comma 2. Nel caso in cui questa norma non venga rispettata ne consegue l'illegittimità dell'ordinanza.

Il secondo presupposto per l'applicazione delle misure cautelari è il *periculum libertatis*, ovvero la presenza di fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede.

Con riferimento a questo presupposto si registrano notevoli differenze rispetto alla disciplina ordinaria¹⁰¹.

Dal confronto col l'art. 274 c.p.p. emerge una riduzione dei casi che giustificano la richiesta di applicazione di misure cautelari. Nella disciplina del d.lgs. 231/2001 non si fa riferimento all'esigenza cautelare del c.d. inquinamento delle prove (art. 274 lett. a), né a quella del pericolo di fuga dell'indagato/imputato (art. 274 lett. b). L'art. 45 del d.lgs. 231 del 2001 contempla solo l'ipotesi prevista nella lett. c dell'art. 274 c.p.p.

Il legislatore del d.lgs. 231/2001 ha optato per un modello "monofunzionale" delle misure cautelari rivolte a soddisfare non esigenze investigative quanto piuttosto esigenze di tutela della società¹⁰².

La valutazione del pericolo nell'art. 274 lettera c c.p.p. si basa su un elemento oggettivo quale le modalità e circostanze del fatto, ed un elemento soggettivo, ossia la personalità dell'imputato.

L'art. 45 del d.lgs. 231/2001 non fa espresso riferimento a questi due elementi, richiamando soltanto "fondati e specifici elementi" che

¹⁰¹ Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p.149.

¹⁰² Fidelbo, *Le misure cautelari*, cit., p. 529.

fanno ritenere concreto il pericolo di reiterazione dell'illecito della stessa indole di quello per cui si procede. Tuttavia si ritiene che anche con riferimento alla persona giuridica la valutazione del pericolo si debba basare sui due elementi indicati nella norma codicistica. Ovviamente la valutazione della personalità dell'ente farà riferimento alla politica d'impresa adottata e dai precedenti illeciti commessi.

L'art. 46 disciplina i criteri di scelta delle misure cautelari con piccole differenze rispetto all'art. 275 c.p.p.¹⁰³.

Il primo comma prevede il principio di adeguatezza imponendo al giudice di tener conto della idoneità della misura in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari del caso concreto. La norma fa riferimento, a differenza del codice di rito, alla sola ipotesi di pericolo di reiterazione non anche al pericolo di inquinamento probatorio e di fuga in quanto questi ultimi non sono contemplati nel d.lgs. 231.

Il secondo comma contempla il principio di proporzionalità affermando che la misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che si vuole applicare all'ente. Questo criterio impone che dinanzi ad un fatto di scarsa entità non possa essere applicata una sanzione eccessivamente afflittiva.

Il terzo comma prevede il principio di gradualità secondo cui si applica la misura più grave solo quando strettamente necessario.

Infine l'ultimo comma dispone che le misure cautelari interdittive non sono applicabili congiuntamente.

I profili applicativi delle misure cautelari sono disciplinati sul modello del c.p.p. con alcune differenze. Come nel codice di rito,

¹⁰³ Fidelbo, *Le misure cautelari*, cit., p. 533; Moscarini, *Le cautele interdittive penali contro gli enti*, cit., p. 1119 ss; Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit. p. 152 ss.

l'art. 45 affida al pubblico ministero il potere di richiedere al giudice l'adozione di misure cautelari in virtù del principio della domanda cautelare. L'accusa deve presentare al giudice gli elementi su cui si fonda la richiesta, compresi quelli a favore dell'ente e le eventuali delucidazioni e memorie difensive già depositate. La disposizione riprende l'art. 291 c.p.p., tuttavia nel procedimento cautelare a carico delle persone giuridiche è privo di rilevanza il riferimento alla presentazione di deduzioni e memorie difensive già depositate perché nel procedimento *de societate* la misura viene disposta in udienza nel contraddittorio delle parti e la difesa potrà sia depositare memorie sia contraddire l'accusa.

A norma dell'art. 47 è competente il giudice che procede. Sull'argomento parte della dottrina si interroga sulla possibile applicazione dell'art. 291 comma 2 c.p.p. al d.lgs. 231/2001 sulla base del rinvio operato dell'art. 34 d.lgs.231/2001 alle norme del c.p.p., in quanto compatibili. Più nello specifico l'art. 291 comma 2 c.p.p. dispone che il giudice, se riconosce la propria incompetenza, può comunque disporre, quando ne ricorrono le condizioni, la misura cautelare nei casi di urgenza. In virtù dell'art. 34 pare che tale previsione sia applicabile al procedimento *de societate*, tuttavia dato che l'art. 45 prevede solo il pericolo di reiterazione del reato sarà applicata in casi molto rari. Il giudice sulla base del procedimento disciplinato dall'art. 47 potrà rilevare la propria incompetenza prima dell'udienza. L'art. 291 comma 2 potrà trovare applicazione nei rari casi in cui il giudice riscontri la propria incompetenza durante lo svolgimento dell'udienza¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Fidelbo, *Le misure cautelari*, cit., p. 537.

Se la richiesta di applicazione della misura cautelare è presentata fuori dall'udienza, il giudice fissa la data dell'udienza in camera di consiglio dando avviso al pubblico ministero, all'ente e ai difensori ai quali deve essere dato avviso circa la possibilità di esaminare la richiesta del pubblico ministero e gli elementi su cui questa si fonda (art. 47 comma 2).

Nell'udienza camerale si applicano i commi 1,2,3,5,5,6 e 10 dell'art. 127. Rilevante è il comma 4 che prevede il rinvio dell'udienza per legittimo impedimento dell'imputato o condannato. La norma non fa alcun riferimento al legittimo impedimento del difensore, si pensa sulla base di un'interpretazione fedele al testo dell'art. 127 che il legittimo impedimento del difensore dà luogo a rinvio solo nel dibattimento. Però nel contraddittorio previsto dall'art. 47 la presenza del difensore è necessaria. Probabilmente la giurisprudenza in futuro adotterà un'interpretazione meno fedele al testo dell'art. 127 comma 4 e riconoscerà anche al difensore il diritto di rinvio dell'udienza nell'ipotesi di legittimo impedimento¹⁰⁵.

La scelta del contraddittorio anticipato nel procedimento per l'applicazione delle misure cautelari interdittive è molto significativa¹⁰⁶.

Nel processo ordinario si distinguono due fasi per l'applicazione delle misure cautelari, interdittive e coercitive. La prima si svolge fuori dal contraddittorio delle parti, il pubblico ministero richiede l'applicazione della misura cautelare e il giudice decide, senza alcuna

¹⁰⁵ Fidelbo, *Le misure cautelari*, cit., p. 539; Varraso, *Le misure cautelari*, in A.A. V.V. *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di Garuti-Mancuso-Spangher-Varraso, Ipsoa, 2007, p. 390.

¹⁰⁶ Avalla la scelta del contraddittorio anticipato Ceresa-Gastaldo, *Il "processo" alle società nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 47.

instaurazione del contraddittorio, ciò in quanto l'effetto di tali misure sarebbe vanificato dalla preventiva conoscenza di un possibile e vicina applicazione delle stesse. Le garanzie del contraddittorio vengono assicurate in parte nella seconda fase, nella quale il giudice per le indagini preliminari effettua l'interrogatorio di garanzia dell'indagato sottoposto alla misura cautelare, alla presenza obbligatoria del difensore. Se il giudice accerta la mancanza delle condizioni per applicare le misure provvede alla revoca o sostituzione della misura precedentemente applicata.

Nel procedimento *de societate* invece il contraddittorio non è differito, ma anticipato, in quanto l'ente non può sottrarsi preventivamente all'applicazione della misura, ad esempio rendendosi irreperibile, come potrebbe accadere nel caso di persona fisica. In tal modo si assicurano le garanzie difensive e si riconosce al giudice la possibilità di elaborare un proprio convincimento solo dopo aver sentito entrambi le parti in contraddittorio ed in una posizione di parità.

La garanzia offerta dal contraddittorio anticipato comporta che non sia necessario che nel d.lgs.231/2001 si applichi la disposizione dell'art. 294 c.p.p.. L'art. 294 c.p.p. prevede come detto l'interrogatorio di garanzia volto ad accertare i presupposti di cui agli artt. 273, 274, 275 c.p.p. che si giustifica sulla base della considerazione che nel procedimento ordinario non vi è alcun contraddittorio anticipato per l'applicazione delle misure: si vuole pertanto riconoscere all'imputato una garanzia difensiva che non gli è stata offerta prima. Ma nel procedimento di cui all'art. 47 il riconoscimento del contraddittorio anticipato appare più garantista (l'ente partecipa al contraddittorio con la piena conoscenza della domanda cautelare richiesta dal pubblico

ministero e degli elementi che la sostengono) e il successivo interrogatorio (art. 294 c.p.p.) è superfluo. L'esigenza di assicurare una nuova valutazione sul mantenimento della misura cautelare applicata viene soddisfatta dall'art. 50 del d.lgs. 231/2001 che impone al giudice un obbligo di revocare, anche d'ufficio, la misura quando non ricorrono più i presupposti.

Il giudice provvede sulla richiesta con ordinanza e si osservano le disposizioni dell'art. 292 c.p.p. (art. 45 comma 2). Il d.lgs. 231/2001 rimanda esplicitamente alla disciplina codicistica; tuttavia sono necessarie alcune precisazioni perché, per esempio, non tutte le disposizioni del comma 2 sono compatibili con il procedimento a carico degli enti mentre altre necessitano di alcuni adattamenti.

L'art. 292 comma 2 lett. *a* indica la necessità (a pena di nullità) che l'ordinanza indichi le generalità dell'imputato e si ritiene che nel procedimento *de societate* la norma debba essere interpretata come la necessità di indicare le generalità dell'ente e del suo rappresentate, sulla base dell'art. 35 d.lgs. 231/2001 che estende la disciplina dell'imputato all'ente in quanto compatibile¹⁰⁷.

Nessun problema applicativo circa le lett. *b* e *c* dell'art. 292 comma 2 che indicano la necessità di esporre il fatto, le specifiche esigenze cautelari e gli indizi.

¹⁰⁷ Cass., 23 giugno 2006, La Fiorita S.r.l., in *Cass. pen.*, 2007, p. 84 ha affermato che l'omessa indicazione nell'ordinanza di cui all'art.45 comma 2 del rappresentante legale dell'ente non dà luogo a nullità. Questo perché nell'art 45 del d.lgs. 231/2001 non si specifica la necessità di indicare il rappresentante legale, vi è solo un richiamo all'applicazione della disposizione dell'art. 292 c.p.p. Si rileva inoltre come la disposizione codicistica indica solo l'esigenza che nell'ordinanza vi sia un riferimento per l'identificazione del destinatario della sanzione. Pertanto se l'ordinanza di cui all'art. 45 comma 2 indica solo l'ente e non il rappresentante legale non vi sarà l'applicazione del regime della nullità perché la sola indicazione dell'ente è sufficiente per identificare il destinatario della misura cautelare.

Incompatibile è invece la lett. *c-bis* dello stesso articolo che richiede l'esposizione dei motivi per i quali le esigenze della misura cautelare non può essere soddisfatta con misure diverse dalla custodia cautelare in carcere. Allo stesso modo è incompatibile la lett. *d* che impone la fissazione di una data di scadenza della misura per evitare i pericoli cautelari indicati nella lett. *a* dell'art. 274, non contemplati quali esigenze cautelari nel d.lgs.231/2001.

La revoca e la sostituzione delle misure sono disciplinate nell'art. 50 del d.lgs. 231/2001 e sotto alcuni aspetti questa disposizione necessita di essere integrata con la disposizione del codice di rito (art. 299 c.p.p.), in quanto compatibile, sulla base dell'art. 34.

La revoca, ai sensi del comma 1 dell'art. 50, viene disposta anche d'ufficio quando risultano mancanti le condizioni di applicabilità della misura cautelare previste dall'art. 45 ovvero quando risultano realizzate le condotte riparatorie indicate dall'art. 17.

La sostituzione della misura, invece, viene concessa su richiesta del pubblico ministero o dell'ente quando le esigenze cautelari risultano attenuate ovvero quando la misura applicata non risulta più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere applicata in via definitiva.

L'art. 50 per quanto riguarda il procedimento di revoca o sostituzione prevede solo che la revoca può essere concessa anche d'ufficio e che la sostituzione può essere disposta solo su impulso del pubblico ministero o dell'ente. Con riferimento a questo procedimento non si fa alcun riferimento al modello del contraddittorio anticipato. L'articolo in esame non replica la prescrizione dell'art. 299 comma 3-*bis* c.p.p. secondo cui il giudice deve chiedere, prima di decidere in ordine alla richiesta di sostituzione o di revoca proposta dall'imputato,

un parere al pubblico ministero. Tuttavia non vi sono ragioni per ritenere che questa norma non possa trovare applicazione anche nel procedimento regolato dal d.lgs. 231/2001¹⁰⁸.

Sulla base dell'art. 34 si ritiene applicabile al procedimento *de societate* anche il comma 4-bis dell'art. 299 c.p.p. che dispone che se la richiesta di revoca o sostituzione da parte dell'imputato non è presentata in udienza si dia la comunicazione al pubblico ministero il quale entro i due giorni successivi deve formulare le proprie richieste.

Complessa è invece l'applicazione del comma 4 dell'art. 299 c.p.p., questo articolo prevede che quando le esigenze cautelari risultano aggravate il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sostituisce la misura con un'altra più grave o ne dispone l'applicazione con una modalità più gravosa. Questa disposizione non menziona alcun coinvolgimento dell'imputato. Se questo risulta condivisibile nel procedimento ordinario, non lo è nel procedimento a carico dell'ente perché in quest'ultimo l'applicazione delle misure cautelari avviene nel rispetto del contraddittorio delle parti. Appare quindi che l'art. 299 comma 4 c.p.p. non sia applicabile, perché incompatibile, nel procedimento a carico della persona giuridica¹⁰⁹.

L'art. 51 prevede che la misura non possa superare il termine di un anno. Il d.lgs. 231/2001 nulla dispone, a differenza del codice di rito penale, sulla sospensione, sul congelamento o sulla proroga dei termini o sulla rinnovazione delle misure e la dottrina maggioritaria¹¹⁰ ritiene che non possano trovare applicazione, attraverso l'art. 34., gli artt. 303, 304, 305 e 308 c.p.p.. Questo perché l'art. 34 consente di

¹⁰⁸ Bassi-Epidendio, *Le misure cautelari*, cit. p. 444.

¹⁰⁹ Fidelbo, *Le misure cautelari*, cit., p. 569.

¹¹⁰ Ceresa-Gastaldo, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p.50; Fidelbo, *Le misure cautelari*, cit., p. 570.

colmare i vuoti normativi del d.lgs. 231/2001 con le disposizioni del c.p.p. solo quando questo sistema non stravolge la fisionomia del procedimento disciplinato nel d.lgs. 231. Nel caso in discussione non vi è dubbio che la previsione di casi di sospensione o proroga dei termini del titolo cautelare significherebbe contraddire l'art. 51 in quanto tale articolo ha l'obiettivo di disciplinare in modo puntuale e preciso il termine della misura.

L'art. 52 d.lgs. 231/2001 disciplina due mezzi di impugnazione dei provvedimenti cautelari: l'appello e il ricorso per Cassazione. Non è previsto il mezzo di impugnazione del riesame per intuitive ragioni: il procedimento garantito che precede l'emissione del provvedimento cautelare rende superfluo prevedere tale mezzo di impugnazione che, nel procedimento ordinario disciplinato dal codice di rito, assicura un efficace e penetrante controllo successivo sulla misura cautelare. Se si fosse previsto anche la possibilità del riesame si sarebbe creato un sistema con un surplus di garanzie, superiori anche rispetto al procedimento cautelare avente ad oggetto la libertà personale.

Sono legittimati a proporre appello, contro tutti i provvedimenti in materia di misure cautelari, sia il pubblico ministero che l'ente per mezzo del suo difensore indicando contestualmente i motivi. Quanto alle disposizioni sul procedimento l'art. 52 rimanda all'art. 322-*bis* comma 1-*bis* e 2 c.p.p.. L'art. 322-*bis* comma 2 a sua volta rinvia all'art 310 c.p.p.. Attraverso questa tecnica di rinvii prende forma il procedimento di impugnazione.

Qualche problema si pone per l'impugnazione proposta dal difensore perché il d.lgs. 231/2001 non prevede espressamente che venga data comunicazione al difensore dell'ordinanza cautelare: tuttavia in virtù del rinvio dell'art. 34 si potrebbe affermare

l'applicabilità dell'art. 293 comma 3 c.p.p. che prevede che il difensore venga avvisato del deposito dell'ordinanza cautelare.

Contro il provvedimento emesso dal giudice dell'appello si può ricorrere per cassazione per violazione di legge. Oggetto dell'impugnazione è il provvedimento del giudice dell'appello non l'ordinanza cautelare pertanto non è ammesso il ricorso *per saltum*.

Quanto alle disposizioni sul procedimento si richiama l'art. 325 c.p.p. ma, sulla base dell'art. 34, sono applicabili solo i commi 3 e 4¹¹¹.

Questo perché il comma 1 è inapplicabile in quanto prevale l'art. 52 comma 2, norma speciale.

Il comma 2 è inapplicabile perché regola il termine per proporre impugnazione nell'ipotesi del ricorso *per saltum* il quale non trova applicazione nel procedimento a carico dell'ente.

Il comma 3, invece, è applicabile perché richiama l'art. 311 comma 3 e 4, norma importante in materia cautelare.

Trova applicazione, infine, il comma 4 secondo cui la presentazione del ricorso non sospende l'esecuzione dell'ordinanza impugnata.

Infine gli ultimi due articoli della sezione IV del capo III (artt. 53 e 54) disciplinano le cautele reali. Questi articoli indicano la funzione delle misure reali in questione e rinviano espressamente all'applicazione delle norme del c.p.p., in quanto compatibili.

L'adozione delle cautele reali richiede sempre l'esistenza dei presupposti del *periculum libertatis* e del *fumus commissi delicti*.

L'art. 53 del d.lgs.231/2001 dispone che il giudice può disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca e richiama le

¹¹¹ Per un maggiore approfondimento V. Fidelbo, *Le misure cautelari*, cit., p. 578.

disposizioni degli artt. 321 comma 3, 3-*bis*, 322, 322-*bis* e 323 c.p.p., in quanto applicabili.

Questo rinvio espresso alle norme del c.p.p. conduce a ritenere che debbano essere applicate le sole disposizioni richiamate e non quelle dettate per le misure interdittive.

Il richiamo agli artt. 318 e 322 del c.p.p. operato sia dall'art. 53 sia dall'art. 54 porta a sostenere che contro il provvedimento del giudice si possa proporre riesame e non appello.

La scelta di prevedere l'appello per le misure cautelari e il riesame per le cautele reali è una conseguenza logica derivata dal diverso procedimento applicativo. Le misure interdittive sono disposte in udienza nel contraddittorio delle parti, le cautele reali, invece in *inaudita altera parte*.

Nella norma non si richiama l'art. 325 c.p.p., pertanto prima dell'intervento delle Sezioni Unite si dubitava circa la possibilità o meno di proporre ricorso per cassazione o ricorso *per saltum* contro il provvedimento. Le Sezioni Unite¹¹² hanno ritenuto applicabile l'art. 325 c.p.p. anche se non espressamente richiamato dall'art. 53 sulla base dell'art. 34 del d.lgs. 231/2001.

L'art. 54 del d.lgs.231/2001 prevede che nel caso di pericolo di dispersione delle garanzie per il pagamento della sanzione pecuniaria può essere disposto dal giudice il sequestro conservativo dei beni dell'ente o delle somme o cose ad esso dovute.

Anche il questo caso il legislatore ha previsto il rinvio a norme del c.p.p. espressamente previste (artt. 316, 317, 318, 319 e 320 c.p.p.).

¹¹² Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, in *Cass. pen.*, 2008.

3. Giudizio ordinario.

Il d.lgs. 231 del 2001 dedica solo poche norme alla fase del giudizio, in particolare gli artt. 65-70; per il resto trovano applicazione le norme del codice di rito penale, in quanto compatibili, ai sensi dell'art. 34.

Il legislatore del d.lgs. 231/2001 ha scelto di dettare poche norme partendo dal presupposto che l'illecito amministrativo deve essere accertato, quasi sempre, in una sede giudiziaria unitaria a quella che riguarda la responsabilità penale¹¹³.

Tuttavia non si può non ricordare che la riunione tra procedimenti non si realizza sempre e che la responsabilità amministrativa dell'ente deve essere accertata anche quando il soggetto attivo del reato è ignoto, non è imputabile o quando il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia (art. 8 d.lgs. 231/2001). Questo testimonia come la fase del giudizio nel procedimento a carico dell'ente possa essere slegata dal procedimento volto all'accertamento della responsabilità penale dell'autore.

Inoltre la scelta di prevedere poche norme in materia di giudizio è ulteriormente problematica se si pensa che il legislatore del d.lgs. 231/2001 non ha previsto una perfetta coincidenza tra l'ente e il rappresentante: difatti l'art. 35 estende le disposizioni dell'imputato all'ente, non anche al rappresentante legale.

Alla luce di queste riflessioni appare innegabile che sarebbe stata necessaria qualche previsione più specifica sulla fase in questione. L'utilizzo della clausola generale di cui all'art. 34 non è risolutorio, in

¹¹³ Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 612; Scalfati, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, in A.A. V.V. *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Cedam, 2002, p. 355.

quanto restano numerosi dubbi sull'applicazione delle "regole dibattimentali di *genus*" in questo contesto¹¹⁴.

Le disposizioni del codice di procedura penale che pacificamente si ritengono applicabili nel procedimento a carico degli enti, sulla base dell'art. 34, sono le norme che disciplinano:

a) gli atti urgenti (art. 467 c.p.p.); b) i tempi e i modi per la citazione di testimoni, periti e consulenti tecnici; c) l'intero Capo I del titolo II del c.p.p., ad eccezione degli artt. 474 e 475 c.p.p. i quali presuppongono un imputato persona fisica, essendo difficilmente ipotizzabile un trasferimento dei loro contenuti sul rappresentante legale; d) la costituzione delle parti (art. 484 c.p.p.); e) l'attività istruttoria, compresa anche la disposizione sulle contestazioni quando viene ascoltato il rappresentante legale dell'ente, escluso l'art. 513 comma 1 c.p.p.; f) la modifica dell'accusa in presenza di un fatto nuovo (art. 516 comma 1 c.p.p.); g) il divieto di provare la responsabilità sulla base di dichiarazioni rese da chi si è sempre sottratto volontariamente all'esame del difensore dell'ente stesso (art. 526 comma 1-bis c.p.p.).

Tuttavia tali disposizioni, per essere applicabili al procedimento a carico dell'ente, necessitano di adattamenti. Per esempio alcune disposizioni relative all'istruzione dibattimentale richiedono un intervento diretto dell'imputato, presuppongono un verbale contenente precedenti dichiarazioni ai fini delle contestazioni (art. 500 c.p.p.) o dell'acquisizione (art. 513 c.p.p.). Qualora si ammettesse che l'unica equiparazione è quella tra l'ente e l'imputato (art. 35 d.lgs.231/2001) e non anche tra rappresentante e imputato, tutte le precedenti norme

¹¹⁴ Garuti, *Il processo "penale" agli enti*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, Utet, 2011, p. 1102.

richiamate sarebbero difficilmente applicabili dato che l'ente si manifesta ed agisce grazie al rappresentante legale.

Il legislatore del 2001 si è soffermato, in particolare, solo sul meccanismo di sospensione del processo per la riparazione delle conseguenze dell'illecito (art. 65) e sulla parte finale del dibattimento (artt. 66-70).

L'art. 65 costituisce una novità che contraddistingue il procedimento *de societate* in quanto, in linea con le sue finalità speciali, riconosce al giudice il potere di sospendere il processo quando l'ente manifesta la propria volontà nel rimediare alle conseguenze dell'illecito e dimostra di essere stato nell'impossibilità di provvedervi prima.

Quanto ai provvedimenti finali si nota come il legislatore si sia soffermato solo su un'elencazione dei casi che inducono a pronunciare una determinata sentenza, ma non ha indicato i requisiti della sentenza, i modi e i tempi della pubblicazione, del deposito e dell'eventuale correzione di errori materiali. Al riguardo appare condivisibile che tale lacuna possa essere colmata sulla base dell'art. 34 d.lgs. 231/2001. Infatti non si riscontrano dubbi circa la compatibilità delle disposizioni del Capo III del Titolo III, che disciplinano tali aspetti.

4. Costituzione di parte civile.

La questione circa l'ammissibilità o meno della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente ha dato luogo ad un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Il quadro normativo è alquanto ambiguo perché da un lato il d.lgs. 231 del 2001 non prevede alcunché sul tema in questione, dall'altro però gli artt. 34 e 35 d.lgs.231/2001 richiamano l'applicazione delle norme del codice di procedura penale e quelle relative all'imputato, in quanto compatibili.

La disciplina in materia di esercizio dell'azione civile nel processo penale è prevista negli artt. 74 ss. c.p.p. e nell'art. 185 c.p.. L'art. 74 c.p.p. riconosce la legittimazione attiva per la restituzione e per il risarcimento del danno al danneggiato dal reato e ai suoi successori universali, la legittimazione passiva invece, all'imputato, al soggetto che deve rispondere per il fatto e al responsabile civile. Anche l'art. 185 comma 2 c.p. prevede l'obbligo di risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale in capo al colpevole e alle persone che devono rispondere per il fatto di lui.

Il dibattito riguarda la possibile applicazione, nel procedimento *de societate*, degli artt. 74 c.p.p. e 185 c.p. direttamente nei confronti della persona giuridica.

Se così fosse si riconoscerebbe una responsabilità civile diretta in capo all'ente per i danni provocati dalla commissione dei reati presupposto indicati nel d.lgs. 231/2001 e una responsabilità indiretta dell'ente quale responsabile civile per i danni provenienti dal reato commesso dalla persona fisica.

La questione è rilevante se si considera che ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. 231/2001 si riconosce autonomia tra la responsabilità dell'ente e la responsabilità della persona fisica quando l'autore del reato non è stato identificato, non è imputabile o il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia. Soprattutto in questi casi sorge il dubbio sull'ammissibilità, in sede penale, del riconoscimento dell'azione di risarcimento direttamente nei confronti dell'ente.

Una parte della dottrina e della giurisprudenza ammette la costituzione di parte civile contro l'ente; altri sostengono invece la soluzione opposta.

La tesi positiva si basa su due argomentazioni. In primo luogo, si ribadisce la natura penale dell'illecito commesso dall'ente; pertanto il riconoscimento dell'azione civile nel processo penale a carico dell'ente discenderebbe direttamente dagli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p.

In secondo luogo, viene riconosciuta la fonte di legittimazione dell'azione civile nell'art. 2043 c.c. Dato che la costituzione di parte civile nel processo penale altro non è che il trasferimento in sede penale di una richiesta civilista di tipo aquiliano che trae origine da un illecito, non si vede perché tale trasferimento non possa avvenire anche per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato.

Sulla base di questa argomentazione la dottrina sostiene che il principio generale ricavato dagli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p., secondo cui l'azione civile può essere iniziata o trasferita nel processo penale, valga anche nel procedimento disciplinato nel d.lgs. 231/2001.

I sostenitori di questa impostazione affermano che ragionando in questi termini non si realizzerebbe un'estensione analogica *in malam*

partem degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p.¹¹⁵. È vero che gli articoli richiamati si riferiscono specificatamente al “reato” e che vengono estesi all’illecito di cui al d.lgs. 231/2001, ma è anche vero che l’art. 185 c.p., pur collocato nel codice penale, non è una norma penale ma una norma che disciplina la responsabilità civile, specificando quanto stabilito dall’art. 2043 c.c.¹¹⁶. Pertanto, in base a tali argomenti, gli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p. possono essere applicati anche nel d.lgs. 231/2001.

I giudici di merito di Torino e Milano¹¹⁷ hanno riconosciuto all’ente una responsabilità autonoma e indipendente e considerano l’ente, utilizzando la terminologia dell’art. 2043 c.c., un soggetto «che ha commesso il fatto» oppure, utilizzando la terminologia dell’art. 185 c.p., un soggetto «colpevole». Per tale ragione hanno ammesso la costituzione di parte civile sulla base dell’argomento che gli artt. 185 c.p. e 75 c.p.p. trovano applicazione «nel processo agli enti sia in virtù del rinvio contenuto nelle disposizioni degli artt. 34 e 35 d.lgs. n. 231 del 2001, sia delle norme di cui agli artt. 12, 17 e 19 dello stesso decreto e del complessivo sistema sanzionatorio da esso delineato, in quanto incentrati su una struttura di recupero economico del profitto del reato e su una polivalente funzione del ripristino dell’equilibrio tra l’ente (che ha tratto profitto dal reato) e chi ne è stato vittima»¹¹⁸.

La pronuncia del Tribunale di Milano del 24 gennaio 2008¹¹⁹ analizza in modo più dettagliato questa tesi. Si sofferma sulla natura privatistica (avallata dalla Scuola Classica) o pubblicistica (avallata

¹¹⁵ Ritene che si realizzerebbe un’estensione analogica *in malam partem* Trib. Milano, 9 marzo 2004, in www.rivista231.it; Trib. Torino, 24 luglio 2008, in www.rivista231.it

¹¹⁶ In tali termini Trib. Torino, 26 gennaio 2006, in www.rivista231.it

¹¹⁷ Trib. Milano, G.u.p., (ord.) 5 febbraio 2008, proc. Enipower, in www.rivista231.it; Trib. Torino, G.u.p., (ord.) 12 gennaio 2006, in www.rivista231.it; Trib. Milano, G.u.p., 9 luglio 2009, in www.rivista231.it

¹¹⁸ Trib. Milano, G.u.p., (ord.) 5 febbraio 2008, proc. Enipower, cit.

¹¹⁹ In www.rivista231.it

dalla Scuola Positiva) del risarcimento del danno ed evidenzia come il codice penale si sia ancorato all'impostazione classica mentre il d.lgs. 231/2001 si sia ancorato alla tesi pubblicistica prevedendo la possibilità, in alternativa ad una sanzione, di riparare il danno (artt. 12 e 17 del d.lgs.231/2001). Secondo il Tribunale «non vi è dubbio perciò che l'illecito amministrativo conseguente da reato disciplinato dal d.lgs. 231/2001 obbliga direttamente l'ente al risarcimento e/o alle riparazioni del danno a norma delle leggi civili. (...) Appare difficile ritenere che la disciplina approntata nel decreto, che prevede un sistema sanzionatorio che privilegia la prospettiva della riparazione dell'offesa, impedisca al danneggiato di avanzare le proprie pretese risarcitorie nei confronti dell'ente nel procedimento penale attraverso la costituzione di parte civile».

L'opinione contraria fonda le sue ragioni, in primo luogo, sul riconoscimento della natura amministrativa della responsabilità dell'ente tale da escludere che la persona giuridica possa rispondere civilmente per il risarcimento o le restituzioni del danno¹²⁰. L'ente non è l'autore del reato pertanto non può essere soggetto passivo di una pretesa risarcitoria della parte civile ai sensi degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p.¹²¹.

Infine nel d.lgs. 231/2001 non vi è alcun riferimento alla costituzione di parte civile. La lacuna normativa in questo caso non si può colmare mediante il meccanismo di etero-integrazione previsto dall'art. 34 perché questo meccanismo è utilizzabile solo quando non si risolve in

¹²⁰ Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 551.

¹²¹ Trib. Torino 23 luglio 2008, in *Giur. merito*, 2009, fasc. 11, p. 2818, con nota di Sandrelli, *Procedimento penale a carico degli enti e costituzione di parte civile*.

un'operazione creativa destinata a scontrarsi con il principio di legalità processuale¹²².

In particolare l'art. 27 comma 1 d.lgs.231/2001 fa riferimento ad un'obbligazione riguardante il pagamento della sanzione pecuniaria ma non fa alcun accenno ad obbligazioni civili, allo stesso modo l'art. 54 nel disciplinare il sequestro conservativo richiama solo le garanzie per il pagamento della sanzione pecuniaria¹²³.

Infine anche l'art. 61 del d.lgs. 231/2001 omette qualsiasi riferimento alle parti eventuali a differenza del corrispondente art. 429 c.p.p. che specifica che il g.u.p. deve indicare "le generalità delle altre parti private".

Sulla questione è intervenuta la giurisprudenza di legittimità, pronunciandosi nel senso della inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente¹²⁴.

La Corte giunge a questa conclusione sulla base del fondamento testuale e sulla base di ragioni sistematiche. Dal dato testuale si evidenzia come «nel d.lgs. 231 manca ogni riferimento espresso alla parte civile». Per il Collegio questa mancanza non è una lacuna colmabile sulla base dell'art. 34, ma è una scelta consapevole e voluta. Le ragioni sistematiche si ispirano al principio di legalità processuale e la Corte ricorda che il presupposto per l'applicazione dell'art. 185 c.p. e dell'art. 74 c.p.p. è la commissione di un reato che provochi un "danno patrimoniale e non patrimoniale" e che coloro che adottano

¹²² Dean, *Soggetti ed atti*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. I, Utet, 2008, p. 605.

¹²³ Trib. Milano, G.u.p., 18 gennaio 2008, in *Le Società*, 2009, fasc. 8, p. 1038 con nota Di Fracchia, *In tema di costituzione di parte civile nel procedimento avviato nei confronti degli "enti" di cui al d.lgs. n. 231/2001*.

¹²⁴ Sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 2251 in *Cass. pen.*, 2011, p. 2545 ss con nota di Varraso, *L'"ostinato silenzio" del d.lgs. 231/2001 sulla costituzione di parte civile nei confronti dell'ente ha un suo "perché"*.

un'interpretazione estensiva o analogica su queste norme incorrono in errore perché confondono il reato commesso dalla persona fisica con l'illecito che dipende da quest'ultimo reato.

L'illecito è una fattispecie complessa che richiede sia la commissione di un reato presupposto sia elementi oggettivi indicati nell'art. 5 d.lgs. 231/2001.

La Corte respinge l'argomentazione secondo cui è dall'art 2043 c.c. che si riconosce la legittimità a chiedere all'ente il risarcimento dei danni, sulla base di due obiezioni.

Con la prima chiarisce che «le norme che facoltizzano l'esercizio dell'azione civile nel processo penale sono a carattere eccezionale»; perciò in mancanza di riferimenti alla parte civile nel d.lgs. 231/2001 non si può operare un'interpretazione evolutiva estensiva.

Con la seconda la Corte evidenzia che l'illecito è distinto e diverso dal reato presupposto e che «i danni riferibili al reato sembrano esaurire l'orizzonte delle conseguenze in grado di fondare una pretesa risarcitoria, escludendo che possano esservi danni ulteriori derivanti direttamente dall'illecito dell'ente».

La mancanza di riferimenti alla parte civile nel d.lgs. 231/2001 è dovuta dall'assenza di un danno diretto derivante dall'illecito. La Corte evidenzia come questo sia confermato dagli artt. 12, 17 e 19 del d.lgs. 231/2001 che disciplinano sconti sanzionatori che si riferiscono «esclusivamente a forme di reiterazione di danni da reato e non da illecito».

La decisione della Corte si ispira al principio di legalità processuale spesso messo a rischio dall'art. 34 del d.lgs. 231/2001 e dal suo meccanismo di etero-integrazione.

5. Procedimenti speciali.

La legge delega n. 300 del 2000 non prevede alcun riferimento ai procedimenti speciali ma all'art. 11 lett. *q* riconosce che nel procedimento *de societate* possono essere applicate le norme del c.p.p., in quanto compatibili¹²⁵.

Il legislatore nel dare attuazione alla legge delega 300 ha considerato la possibilità che il procedimento a carico degli enti si concluda con i riti alternativi. Tuttavia ha disciplinato solo il giudizio abbreviato (art. 62 d.lgs. 231/2001), l'applicazione della sanzione su richiesta (art.63 d.lgs. 231/2001) e il procedimento per decreto (art. 64 d.lgs. 231/2001).

La disciplina di questi riti alternativi è molto scarna e le stesse disposizioni rimandano alle corrispondenti norme nel c.p.p., in quanto compatibili¹²⁶. L'interprete ancora una volta è chiamato ad una valutazione di compatibilità ai sensi dall'art. 34.

Il d.lgs. 231/2001 non disciplina il giudizio direttissimo e il giudizio immediato e lascia irrisolti molti interrogativi. Per esempio non specifica se l'adozione dei riti alternativi è possibile solo nel caso del *simultaneus processus* o meno, se è possibile che il procedimento nei confronti della persona fisica si concluda con il rito ordinario e quello nei confronti della persona giuridica con un rito alternativo.

¹²⁵ Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 675; Manzione, *I procedimenti speciali e il giudizio*, in A.A. V.V. *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2010, p. 663; Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 224.

¹²⁶ Art. 62 comma 1: "Per il giudizio abbreviato si osservano le disposizioni del titolo I del libro sesto del codice di procedura penale, in quanto compatibili"; art. 63 comma 1: "(...) Si osservano le disposizioni di cui al titolo II del libro sesto del codice di procedura penale, in quanto compatibili"; art. 64 comma 4: " Si osservano le disposizioni del titolo V del libro sesto e dell'art. 557 del codice di procedura penale, in quanto compatibili".

Si ritiene che nel caso di procedimenti separati non si ponga alcun problema: l'ente potrà liberamente chiedere la definizione del processo con procedimento speciale anche quando nel procedimento a carico della persona fisica si proceda con rito ordinario.

Il caso, invece, in cui si procede con il *simultaneus processus* è problematico.

Tuttavia risolutoria è la disposizione dell'art. 38 che prevede l'ipotesi di separazione dei procedimenti. Questo articolo prevede la separazione nel caso in cui in un procedimento venga adottato un rito alternativo e non anche nell'altro, la norma prevede l'ipotesi di separazione limitatamente al caso in cui la scelta del rito speciale sia stata presa nel procedimento a carico dell'autore del reato, nell'ipotesi inversa non è concessa la separazione.

La dottrina¹²⁷ è univoca nel ritenere che nonostante il silenzio del legislatore siano applicabili anche gli altri riti non menzionati nella Sezione VI del d.lgs. 231/2001 in virtù del disposto dell'art. 34.

Questa conclusione è confermata in primo luogo dal richiamo, nell'art. 62 comma 2, all'art. 558 comma 8 c.p.p., norma che disciplina la trasformazione del giudizio direttissimo in giudizio abbreviato per i reati di competenza del tribunale in composizione monocratica e in secondo luogo, dal richiamo della Relazione al d.lgs. 231/2001 in cui si dà atto che «per il giudizio immediato e il giudizio direttissimo non sono state adottate regole particolari».

¹²⁷ Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p.684 ss; Ceresa-Gastaldo, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p.81; Tirelli, *I procedimenti speciali*, in AA. VV. *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Cedam, 2002, p.346; Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 239.

Il giudizio direttissimo è nella prassi facilmente instaurato quando il rappresentante legale, durante l'interrogatorio, ammette la responsabilità amministrativa dell'ente. Trovano applicazione gli artt. 449 ss, perché compatibili sulla base dell'art. 34.

Il giudizio immediato, invece, può essere instaurato quando emerge una situazione di evidenza probatoria tale da rendere inutile la celebrazione dell'udienza preliminare. L'ente inoltre può chiedere questo rito quando rinuncia all'udienza preliminare (art. 419 comma 5 c.p.p.).

Il legislatore del d.lgs.231/2001 disciplina il giudizio abbreviato all'art. 62. In particolare il secondo comma dispone che se manca l'udienza preliminare, le parti possono avanzare la richiesta del rito speciale prima della dichiarazione di apertura del dibattimento nel caso di citazione diretta in giudizio (art. 555 comma 2 c.p.p.), in sede di approvazione del decreto di citazione al giudizio (art. 557 c.p.p.) o in durante l'udienza di convalida (art. 558 comma 8).

La riduzione della pena è operata sulla durata della sanzione interdittiva o sull'ammontare della sanzione pecuniaria e infine l'ultimo comma dispone che il giudizio abbreviato non è ammesso quando è prevista una sanzione interdittiva definitiva per l'illecito amministrativo.

Quanto alla disciplina dello svolgimento del giudizio, dei provvedimenti a seguito di nuove contestazioni o sui limiti dell'appello, il legislatore rimanda alla disciplina del codice di rito (comma 1).

Si può facilmente ritenere che anche se il legislatore non avesse specificato quanto detto nel comma 1 dell'art. 62, le disposizioni del codice di rito sarebbero comunque state applicabili sulla base del

meccanismo di etero-integrazione di cui all'art. 34 del d.lgs. 231/2001 in quanto, in questo caso, non vi sono problemi di compatibilità.

L'art. 63 disciplina l'applicazione della sanzione su richiesta e il comma 1 prevede che a questo rito speciale si applicano le disposizioni del titolo II del libro IV del codice di rito, in quanto compatibili.

Tuttavia si osserva che l'art. 444 comma 3 c.p.p. non può essere applicato nel procedimento disciplinato dal d.lgs. 231/2001 in quanto tale articolo disciplina l'istituto della sospensione condizionale della pena, non operante nel sistema sanzionatorio del d.lgs. 231/2001¹²⁸.

Analogamente è esclusa l'applicazione dell'art. 445 comma 2 c.p.p., che disciplina l'estinzione del reato per decorso del tempo quando è stata applicata una pena non superiore a due anni di reclusione. Un meccanismo estintivo di questo tipo non è previsto per l'illecito amministrativo.

È possibile richiedere l'applicazione della sanzione quando la pena nei confronti dell'autore del reato presupposto sia stata patteggiata o comunque possa esserlo.

A norma del comma 1 e 2 dell'art. 63 non è possibile patteggiare quando per l'illecito amministrativo è prevista una sanzione interdittiva definitiva.

Per l'individuazione delle forme e dei termini di richiesta del rito si applicano le norme del c.p.p.

L'art. 64 disciplina il procedimento per decreto. Analogamente a quanto previsto per gli altri riti il legislatore dispone al comma 4 l'osservanza delle norme del c.p.p.. La valutazione di compatibilità

¹²⁸ Bassi-Epidendio, *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 694; Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 229 ss.

esclude che nel rito riguardante l'illecito amministrativo si possano applicare quelle norme proprie del codice di rito quali per esempio l'art. 459 comma 5 c.p.p., che preclude il patteggiamento nel caso in cui si debba applicare una misura di sicurezza, l'art. 460 comma 2 c.p.p. che prevede la possibilità di concedere la sospensione condizionale della sanzione, l'art. 464 comma 2 c.p.p. che prevede la facoltà di richiedere l'oblazione in sede di opposizione al decreto o infine l'art. 460 comma 5 c.p.p. che prevede l'effetto estintivo dell'illecito in dipendenza dal decorso del tempo.

Il decreto viene chiesto dal pubblico ministero quando ritiene applicabile la sola sanzione pecuniaria. Il pubblico ministero può chiedere l'applicazione di una pena pecuniaria diminuita sino alla metà rispetto al minimo dell'importo applicabile. Il giudice quando non accoglie la richiesta restituisce gli atti al pubblico ministero.

Mentre nel caso in cui il giudice ritiene che vi siano le condizioni e i presupposti emette il decreto che applica la sanzione pecuniaria e si applica circa il contenuto del decreto la disciplina codicistica con i dovuti accorgimenti.

Conclusioni

Con il presente lavoro si è analizzato il dettato dell'art. 34 del d.lgs. 231 del 2001 ed i problemi interpretativi che ne sono derivati, in punto di applicabilità delle norme del codice di rito penale all'interno del procedimento a carico degli enti.

Discostandosi dalle indicazioni contenute nella legge delega n. 300 del 2001, il legislatore ha previsto che nel procedimento relativo agli illeciti dipendenti da reato si applicano le norme del d.lgs. 231 e solo in via sussidiaria, per la necessità di colmare le possibili lacune, le disposizioni del codice di procedura penale e del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, in quanto compatibili.

Attraverso un'analisi delle principali fasi del procedimento penale d'impresa, si è provato a mettere in evidenza le lacune normative presenti all'interno del "microcodice" creato dal legislatore del 2001 con l'intento di provare a risolvere i difficili problemi applicativi conseguenti alla tecnica di rinvio prevista nell'art. 34.

In particolare, per esempio, nello studio dell'art. 44 del d.lgs. 231/2001, che ad una prima analisi sembrerebbe ledere il principio del diritto al silenzio del rappresentante legale dell'ente, si propone per garantire tale diritto di applicare, sulla base dell'art. 34 del d.lgs. 231/2001, l'art 198 comma 2 c.p.p. nel procedimento *de societate*.

Attraverso questa disposizione si riconosce la possibilità al testimone di rifiutare di rispondere ogni qual volta dalle sue risposte possano emergere elementi a carico dell'ente. Tuttavia per rendere compatibile la disposizione codicistica al d.lgs. 231 del 2001 si

propone di interpretare la locuzione “sua responsabilità penale” come “responsabilità da reato dell’ente”.

Quest’ultimo è solo uno degli esempi per dimostrare il significativo compito affidato all’interprete per garantire i fondamentali principi costituzionali anche nel d.lgs. 231 del 2001.

Ma l’applicazione della tecnica di rinvio di cui all’art. 34 è problematica non solo con riferimento ai principi costituzionali ma anche con riferimento agli istituti non disciplinati nel d.lgs. 231/2001 e disciplinati invece nel codice di rito penale.

Si è affrontata per esempio la questione circa la costituzione di parte civile. Data l’assenza di una specifica regolamentazione di questo istituto nel d.lgs. 231 la dottrina e la giurisprudenza hanno più volte proposto opinioni contrastanti sul punto.

L’intervento della Corte di Cassazione, che ha riconosciuto l’inammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell’ente, sembra aver chiarito la questione.

Dopo più di dieci anni dall’entrata in vigore del decreto 231, la procedura penale d’impresa non ha ancora raggiunto una fisionomia ben definita.

I difficili problemi di raccordo tra le norme del d.lgs. 231 del 2001 e le norme del codice di procedura penale emergono soprattutto se si considera che le norme del c.p.p. sono pensate per la persona fisica mentre quelle del d.lgs. 231 per la persona giuridica.

Citando una frase colta durante le lezioni di Diritto e procedura penale degli enti si può dire che questa materia è una «vera e propria palestra per mantenere sempre in movimento ed in esercizio la nostra mente».

BIBLIOGRAFIA:

Amodio, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005;

Andò, *Sull'esercizio dell'azione civile in sede penale nei confronti di enti collettivi chiamati a rispondere quali responsabili amministrativi*, in *Giust. pen.* 2006, fasc.2 pag 119-128;

Arioli, *Inammissibile la costituzione di parte civile nel processo instaurato per l'accertamento della responsabilità da reato dell'ente*, in *Giust. pen.* 2011, fasc.5 pag 257-273;

Bassi- Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2006;

Bernasconi, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in *A.A. V.V. Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Cedam,. 2002, p.299 ss;

Ceresa-Gastaldo, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n.231*, Giappichelli, 2002;

Colangeli, *Principio del contraddittorio*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, 1995, p.26 ss;

Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, 2006, p. 1347 ss;

De Maglie, *L'etica e il mercato*, Giuffrè, 2002;

De Simone, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 189 ss;

De Simone, *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in *Criminalia*, 2010, p.605 ss;

De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008;

Dean, *Soggetti ed atti*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, Utet, 2008, p. 601 ss;

Delsignore, *Art. 1 Soggetti*, in A.A. V.V. *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Cadoppi, Garuti, Veneziani, Utet, 2010, p.63 ss;

Di Bitonto, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in A.A. V.V. *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010;

Di Bitonto, *Studio sui fondamenti delle procedura penale d'impresa*, Editoriale scientifica, 2012;

Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in A.A. V.V. *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010;

Dinacci, *Le questioni risarcitorie nel processo agli enti tra autonomia di disciplina e necessità di integrazione*, in *Dir. pen. proc.* 2011, fasc.7 pag 877-888;

Ferrua, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in A.A. V.V. *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Cedam, 2002, p.234 ss;

Ferrua, *Le anomalie del regime probatorio nel processo penale contro gli enti: onere della prova e incompatibilità a testimoniare*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1845 ss;

Fidelbo, *La testimonianza: casi di incompatibilità*, in A.A. V.V. *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010;

Fidelbo, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in A.A. V.V. *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010;

Fidelbo, *Le misure cautelari*, in A.A. V.V. *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010;

Fracchia, *In tema di costituzionalità di parte civile nel procedimento avviato nei confronti degli enti di cui al d.lgs n.231/2001*, in *Le società*, fasc.8 pag 1038-1044;

Garuti, *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda, Spangher, Ipsoa, 2010;

Garuti, *Il procedimento per citazione diretta a giudizio davanti al tribunale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis e Voena, volume XXXVI.1, Giuffrè, 2003, p. 65 ss;

Garuti, *Il processo penale agli enti a dieci anni dalla nascita*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, fasc.7 pag 789-797;

Garuti, *Il processo "penale" agli enti*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, Utet, 2011, p.1029 ss;

Garuti, *Responsabilità delle persone giuridiche, profili processuali*, in *Enc.Treccani*, volume XXI;

Giarda, *Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative*, in A.A.V.V. *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse: atti del convegno di Roma 30 novembre/1 dicembre 2001*, Giuffrè, 2003, p.111 ss;

Giarda, *L'accertamento: disposizioni generali*, in A.A. V.V. *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di Giarda, Mancuso, Spangher, Varraso, Ipsoa, 2007, p.291 ss;

Giarda, *Procedimento di accertamento della “responsabilità amministrativa degli enti”*, in A.A. V.V. *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Bargis, Cedam, 2012, p. 1257 ss;

Giostra, *Contraddittorio(principio del)*, in *Enc. Treccani*, volume IX;
Illuminati, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Zanichelli, 1979;

Lattanzi, *Sequestri*, in A.A. V.V. *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010;

Lottini, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Giuffrè, 2005;

Mancuso, *Diritto alla traduzione degli atti e tutela del diritto di difesa dell’ente straniero*, in *Il Corriere del merito*, 2010, fasc.4 pag 415-423;

Manzione, *I procedimenti speciali e il giudizio*, in A.A. V.V. *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010;

Moscarini, *I principi generali del procedimento penale de societate*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1268 ss;

Moscarini, *Le cautele interdittive penali contro gli enti*, in *Riv.dir. proc*, 2003, p. 1106 ss;

Moscarini, *Silenzio dell’imputato (diritto al)*, in *Enc. Dir.*, Annali III, Giuffrè, p. 1080 ss;

Oggero, *Responsabilità delle società e degli enti collettivi (profili sostanziali)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, 2010,p. 801 ss;

Palazzo-Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, 2007;

Paolozzi, *Processo agli enti (giudizio di cognizione)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, 2005, p.1169 ss;

Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo*, Giappichelli, 2006;

Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, 2008;

Paulesu, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, 1995, p.670 ss;

Pelissero e Fidelbo, *La nuova responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (d.lgs. 8.6.2001 n. 231)*, in *Leg.pen.*, 2002, p.575 ss;

Pisanelli, *Ipotesi di specialità nel procedimento di archiviazione: vincolo del giudicato cautelare e autonomia del pubblico ministero a confronto con il modello ordinario*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1095 ss;

Ronco, *Responsabilità delle persone giuridiche*, in *Enc. Treccani*, volume XXI;

Ruggeri, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali, tra esperienze di formazione e teorie costituzionali*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 317 ss;

Sandrelli, *Procedimento penale a carico degli enti e costituzione di parte civile*, in *Giur. merito*, 2009, fasc.11 pag 2818-2824;

Tonini, *"Giusto processo": riemerge l'iniziativa del parlamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p.137 ss;

Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis, Voeba, Giuffrè, 2012;

Varraso, *L' "ostinato silenzio" del d.lgs. 231 del 2001 sulla costituzione di parte civile nei confronti dell'ente ha un suo "perché"*, in *Cass. pen.*, 2011, p.2545;

Vinciguerra, Ceresa-Gastaldo, Rossi, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Cedam, 2004.