



Facoltà di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto e procedura penale degli enti

Le indagini preliminari nei confronti dell'ente

Relatore

Prof.ssa Maria Lucia Di Bitonto

Correlatore

Prof.ssa Elisa Scaroina

Candidato

Giulio Massi

N° matricola

120303

Anno Accademico

2017/2018

Sommario

INTRODUZIONE	3
CAPITOLO I.....	4
Lineamenti generali delle indagini preliminari nel procedimento <i>de societate</i>	4
1. Rilievo sistematico della fase preliminare nel procedimento penale a carico degli enti.....	4
2. Attribuzioni del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale	6
3. L'obbligo di riunione del procedimento nei confronti dell'ente a carico della persona sottoposta alle indagini per il reato presupposto	10
4. Le cautele interdittive	12
5. Le cautele reali.....	19
CAPITOLO II	22
Profili applicativi	22
1. L'annotazione della notizia di illecito amministrativo	22
2. La durata delle indagini preliminari a carico dell'ente.....	29
3. Gli specifici atti di indagine	37
3.1 Indagini ad alta tecnologia	42
4. La conclusione delle indagini preliminari tra contestazione e inazione	45
5. L'udienza preliminare.....	54
CAPITOLO III.....	63
Questioni problematiche	63
1. La costituzione dell'ente nella fase delle indagini preliminari	63
2. Conflitto di interessi tra ente e rappresentante legale	70
3. Le soluzioni della giurisprudenza in tema di rappresentanza dell'ente in presenza di conflitto di interesse fra <i>societas</i> e rappresentante legale	77
4. L'archiviazione	85
5. Sospensione del procedimento con messa alla prova in indagini	95
Bibliografia	101
Sentenze	109

INTRODUZIONE

Nella tesi in discussione vengono trattati i temi inerenti alle indagini preliminari nei confronti dell'ente. Nella prima sezione del presente elaborato viene delineata la disciplina generale delle indagini preliminari con uno sguardo più ampio verso il sistema del procedimento per l'accertamento della responsabilità amministrativa degli enti. Viene analizzata la rilevanza della fase investigativa nel procedimento penale a carico degli enti, insieme all'istituto del *simultaneus processus* senza ignorare il sistema delle cautele (reali ed interdittive) previsto dal decreto legislativo 231/2001.

Nel secondo capitolo la tesi pone uno sguardo più approfondito sulle fasi principali delle indagini preliminari. Iniziando dall'annotazione della notizia di illecito amministrativo ad opera del pubblico ministero vengono definiti i termini per la durata della fase investigativa. Vengono studiati i principali atti d'indagine ripresi dal codice di rito, uniti ai più moderni strumenti di intercettazioni ambientali e perquisizione on-line. Il testo comincia a definire i contorni del problematico istituto dell'archiviazione, alternativa alla contestazione cui fa seguito l'udienza preliminare. L'elaborato si focalizza poi nel terzo capitolo sulle questioni più critiche relative al procedimento di accertamento della responsabilità degli enti e, più nello specifico, alle indagini preliminari. Lo studio produce un'analisi su più fronti sull'importanza dell'articolo 39 del decreto legislativo 231/2001. Analisi che si riflette alle conseguenze che scaturiscono dal conflitto di interessi tra ente e rappresentante legale prodotto dalla commissione del reato presupposto. Riguardo questo conflitto sono riportate ed analizzate le opinioni giurisprudenziali che si sono susseguite nel tempo e che hanno condotto anche ad esiti contrastanti. Viene focalizzata l'archiviazione. Istituto al centro di numerose critiche della dottrina per la presunta violazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale come definito dalla Costituzione. In ultima istanza, viene posta luce su un istituto recentemente introdotto nel procedimento ordinario e che potrebbe avere dei riflessi nel procedimento di accertamento della responsabilità del soggetto collettivo.

CAPITOLO I

Lineamenti generali delle indagini preliminari nel procedimento *de societate*

1. Rilievo sistematico della fase preliminare nel procedimento penale a carico degli enti

Il procedimento penale a carico degli enti, introdotto dal D.lgs. 231/2001, consente per la prima volta nella storia del diritto italiano una chiara identificazione della responsabilità delle società nel panorama giuridico nazionale. Analizzando la sezione V del citato decreto emerge la centralità della fase investigativa nel procedimento penale *de societate*. Così definite dagli artt. 55-60 ed integrate da varie disposizioni dello stesso decreto, le indagini preliminari nel procedimento penale a carico degli enti rappresentano una fase centrale dell'intera procedura. Fin dalle prime fasi di un procedimento ramificato che tende come obiettivo ultimo al ravvedimento dell'ente, le indagini preliminari sono luogo di un primordiale rinsavimento della persona giuridica.

La fase investigativa si presenta come terreno naturale per l'applicazione di misure cautelari; invero, il giudice per le indagini preliminari su richiesta del pubblico ministero, avrà infatti il potere di applicare, già in questa fase, le misure alle quali si attribuisce un ruolo fondamentale nell'arco di tutto il procedimento¹, le quali saranno sempre discusse in una fase di contraddittorio anticipato; l'applicabilità in funzione cautelare delle misure interdittive riveste un ruolo centrale, tendendo a realizzare l'efficace e tempestiva reazione dell'ordinamento agli episodi di criminalità d'impresa più allarmanti².

Il tutto porta al secondo punto centrale delle indagini preliminari: all'ente è concesso di porre in essere le condotte riparatorie di cui all'art 17 D.lgs. n.

¹G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, pp. 265,268.

² M. L. DI BITONTO, *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, p. 592.

231/2001. I due profili – applicazione delle misure cautelari e successive condotte riparatorie – sono strettamente connessi dato che l’adozione di cautele interdittive o reali diventa l’occasione per realizzare queste condotte ripristinatorie. Come si vedrà in seguito, la persona giuridica ha la possibilità di richiedere la sospensione, e successivamente la revoca, delle misure cautelari applicate qualora intendesse adempiere a dei comportamenti prescritti dallo stesso art. 17 del decreto legislativo: risarcimento integrale del danno con allegata eliminazione delle conseguenze dannose, eliminazione delle carenze organizzative determinanti il reato, messa a disposizione del profitto conseguito. L’ispirazione special preventiva del decreto porta ad un’estensione degli effetti propri dell’art. 17, consentendo una sua astratta applicabilità anche in presenza dei riti speciali; ciò viene garantito dall’attuazione dell’art. 65 d.lgs. 231/2001 che prescrive la sospensione del processo nei casi in cui vi sia l’oggettiva impossibilità di realizzare in modo tempestivo gli adempimenti del citato art. 17 con previo versamento di una cauzione³. Alla luce di quanto detto non può essere considerato un mero *lapsus* del legislatore la ripetizione nell’art. 56 del termine “accertamento” quale sinonimo di indagine⁴: il riconoscimento della responsabilità dipendente da reato può essere già acclarato nel corso delle indagini preliminari a seguito della conclusione del procedimento applicativo delle misure cautelari. Queste cadenze investigative non mirano però alla sola accelerazione dei tempi processuali, secondo una logica basata sullo scambio tra garanzie e benefici; piuttosto si spera di ottenere un ravvedimento dell’imputato, il quale ha la facoltà rimediare ai propri vizi strutturali in cambio di un’attenuazione di pena: è in questo contesto che si annida la funzione special preventiva tipica della fase investigativa. La fase delle indagini preliminari può, oltre a tutto ciò che è stato detto, rappresentare la sede di costituzione del *simultaneus processus*, qualora ne sussistano le condizioni ed i presupposti oggettivi e soggettivi del reato presupposto. La riunione dei procedimenti viene favorita anche dalla non necessità,

³ G. LASCO, *Riparazione delle conseguenze del reato*, in G. Lasco, V. Loria, M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato, Commento al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, Giappichelli Editore, 2017, p. 221.

⁴ H. BELLUTA, *Le indagini e l’udienza preliminare*, in Canzio G., Cerqua L.D., Luparia L. (a cura di), *Diritto penale delle società*, Milano, 2016, p. 1018.

per il pubblico ministero, di individuare già in questo frangente la persona fisica cui attribuire il reato presupposto⁵. Anche la presenza di un meccanismo premiale si trova in perfetta armonia con la volontà del legislatore di focalizzare l'attenzione sull'adozione di un efficace modello di organizzazione, essenziale parametro di resistenza di una struttura societaria.

2. Attribuzioni del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale

Figura centrale delle indagini preliminari risulta essere il pubblico ministero. Nel corso della fase preliminare del procedimento *de societate* l'organo dell'accusa rappresenta il promotore del giudizio di responsabilità. In materia cautelare, l'ufficio della procura della Repubblica competente a svolgere le indagini viene individuato sulla base della disciplina comune, essendo di regola quello istituito presso il giudice competente per il reato da cui dipende l'illecito attribuito all'ente, fatta salva la possibilità di adire diverso ufficio del pubblico ministero teso al compimento di diversa attività di indagine⁶. Da aggiungere che, in seguito all'ampliamento delle varie ipotesi di reato cui viene collegata la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, è stata prevista anche l'attribuzione dell'indagine verso gli enti al procuratore della Repubblica del capoluogo del distretto di Corte d'appello ogni qual volta l'illecito dipenda da uno dei reati per cui è prevista la titolarità della fase preliminare in capo a tale ufficio. L'art. 51 comma 3 c.p.p. definisce come le funzioni del pubblico ministero siano attribuite all'ufficio presso il giudice competente; nei casi particolari di reati commessi con finalità di terrorismo o reati di cui agli artt. 600, 601, 602 c.p. previsti dagli artt. 25-*quater* e 25-*quinqies* del decreto, le indagini sono dirette dall'ufficio del PM presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente. Qualora si proceda per un illecito amministrativo derivante da reati compresi nel

⁵ G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, Giappichelli Editore, Torino, 2005, p.110.

⁶ M.L. DI BITONTO, *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, cit., p. 595.

novero dell'art. 51 comma 3-bis c.p.p., il coordinamento dell'attività di indagine svolta dai procuratori distrettuali spetta al Procuratore Nazionale Antimafia⁷. Il pubblico ministero competente acquisisce la notizia di reato ed è investito del potere di annotazione dell'illecito dipendente da reato. Proprio all'ufficio dell'accusa sono riconosciuti i vari poteri investigativi tesi all'accertamento della responsabilità della persona giuridica imputata. Come sostenuto da autorevole dottrina⁸, all'organo dell'accusa sono riconosciuti alcuni spazi di discrezionalità incongrui con il principio di obbligatorietà dell'azione penale. In particolare, ci si riferisce al potere riconosciuto al pubblico ministero di disporre l'archiviazione del procedimento senza passare attraverso un controllo giurisdizionale con relativa assegnazione di un potere di destinazione diretta. Tale tesi contrasta con il pensiero di altra autorevole dottrina⁹ che invece non ritiene necessario un preventivo vaglio del giudice: sono innanzitutto posti dubbi sulla qualifica "penale" dell'azione in questione, secondo poi non si ravvisa una scontata violazione del dettato costituzionale in materia di obbligatorietà dell'azione penale dato che questa potrebbe rimanere tale anche qualora spettasse unicamente al pubblico ministero. In ultimo è possibile far notare l'ampia capacità apprensiva di documenti, dichiarazioni, comunicazioni e dati informatici che viene riconosciuta alla procura in questa fase introduttiva del procedimento nei confronti della persona giuridica. L'organo inquirente ha infatti la possibilità di acquisire informazioni riguardo la "memoria collettiva" della persona giuridica¹⁰ senza limitazioni: il pubblico ministero potrà usufruire degli strumenti della perquisizione, ispezione, sequestro intercettazione, accertamento tecnico e assunzione di sommarie informazioni. Il tutto incontra l'unico limite riconosciuto al legale rappresentante dell'ente: la

⁷ A. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, in A. Bassi, T. E. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, p.558.

⁸ H. BELLUTA, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 1024.

⁹ M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 617.

¹⁰ M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, Giappichelli Editore, 2015, p.152.

facoltà di non rispondere. Questo diritto deve essere ricondotto all'art. 44 d.lgs. 231/2001, analizzato in seguito, il quale, al secondo comma, pone, in caso di incompatibilità all'ufficio di testimone, la possibilità di sottoporre ad interrogatorio proprio la persona che rappresenta l'ente.

Lo stesso articolo richiama i limiti e gli effetti di tale atto di indagine, prestando ulteriori garanzie alle *societas*. In ogni caso, il diritto all'autodifesa per la persona giuridica non può estendersi fino alla possibilità di negare all'inquirente l'accesso ad alcuni dati sensibili acquisiti tramite un'attività di investigazione interna, potendo di contro tutelare le risultanze di eventuali investigazioni difensive. Sotto il profilo dell'obbligatorietà dell'azione penale dei confronti dell'ente si apre un nuovo scenario. In primo luogo, deve essere citato l'art 55 del D.lgs. 231, che definisce a carico del pubblico ministero che ha acquisito la notizia dell'illecito amministrato, l'onere di annotare immediatamente nel registro di cui al 335 c.p.p. gli elementi identificativi dell'ente insieme, ove possibile, alle generalità del suo legale rappresentante ed infine il reato dal quale dipende.

Inoltre, non può non considerarsi l'art 50 c.p.p. e l'art. 112 della Costituzione¹¹: le norme contenute all'interno di tali disposizioni di rilievo anche costituzionale mettono in risalto il carattere doveroso, qualora vi siano i presupposti, dell'annotazione dell'illecito e il relativo svolgimento delle indagini necessarie. A suffragio di questa tesi può essere anche considerata la scelta compiuta dal legislatore, che ha imposto il rispetto delle norme del codice di procedura penale per l'accertamento dell'illecito amministrativo, il quale non può distaccarsi dai cardini del processo penale, fra i quali è naturalmente ricompreso il principio di obbligatorietà dell'azione penale. Un ulteriore appiglio, *a contrario*, è ancora rinvenibile nell'art. 18 comma 2 della legge 689 del 1981, concernente la disciplina dei casi in cui l'Autorità amministrativa non ritenga fondato l'accertamento di un illecito amministrativo. Nella specie, se quest'ultima autorità deve archiviare o applicare una sanzione pecuniaria si può concludere che, appresa la notizia di un illecito amministrativo, l'autorità preposta deve sempre arrivare alla conclusione

¹¹ A. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti dell'ente*, cit., pp. 568-570.

del procedimento di accertamento in un modo o nell'altro. In secondo luogo, vanno rimarcate invece alcune disposizioni del decreto legislativo 231/2001 che si discostano dall'impostazione codicistica. L'art. 58 del citato decreto riconosce all'organo dell'accusa la facoltà di disporre automaticamente l'archiviazione del procedimento senza alcun vaglio giurisdizionale, distinguendosi in maniera marcata dalla previsione di un doppio controllo ad opera del giudice per le indagini preliminari e della parte offesa dal reato previsto dagli articoli 409 e 410 c.p.p. D'altronde, dopo aver configurato il monopolio della parte pubblica, risulterebbero incompatibili *ex art 34 D.lgs. 231/2001* altre disposizioni codicistiche legate per esempio ad una possibile riapertura delle indagini condizionata ad un provvedimento autorizzativo del giudice¹². L'inquadramento del sottosistema definito dal legislatore delegato costituisce quindi un *tertium genus* che sintetizza i tratti essenziali del sistema penale ed amministrativo.

¹² G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 295.

3. L'obbligo di riunione del procedimento nei confronti dell'ente a quello a carico della persona sottoposta alle indagini per il reato presupposto

Numerose vicende possono modificare l'andamento della fase preliminare del procedimento teso ad accertare la responsabilità dell'ente per illecito amministrativo dipendente da reato. L'art. 38 del d.lgs. 231/2001 enuclea il cumulo processuale; questa disposizione fissa infatti il precetto in forza del quale viene resa possibile la riunificazione del procedimento verso l'ente con quello a carico della persona sottoposta alle indagini per il reato presupposto. Così, nel comma 1 della detta disposizione il procedimento per l'illecito amministrativo dell'ente è riunito al procedimento penale instaurato nei confronti dell'autore del reato da cui l'illecito dipende. Ebbene, si prospetta un ribaltamento di visione passando da un *favor separationis* delle disposizioni codicistiche, all'affermazione del *simultaneus processus*. Le motivazioni a sostegno di tale scelta sono date direttamente dalla relazione ministeriale al decreto ove si parla di "intuibili ragioni di effettività, omogeneità ed economia processuale"¹³. Il cumulo processuale può essere spiegato alla luce delle possibili difficoltà di accertamento della responsabilità dell'ente in caso di rispetto del dettato codicistico che non consentono un automatico passaggio degli atti da un processo all'altro, subordinando il tutto alle disposizioni definite dall'art. 238 c.p.p.; sorgerebbe inoltre un ostacolo alla conduzione dei giudizi separati, qualora questi processi rappresentassero l'uno l'antecedente logico dell'altro o vi sia la presenza di un nesso tra le due reg Giudicande tale da determinare pregiudizialità su di un fatto possibile oggetto di prova¹⁴.

Definita come regola generale dal legislatore delegato, il *simultaneus processus* deve essere invece comparato con le disposizioni del codice di rito. Il problema riguarda in particolare il rapporto con l'art. 17 del codice di procedura penale che

¹³ Relazione ministeriale al D.lgs. n. 231/2001.

¹⁴ M. CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società" nel D.lgs. 8 giugno 2001, N. 231*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 21.

subordina la riunione di più procedimenti a due condizioni: 1) che si tratti di processi pendenti nello stesso stato e grado davanti al medesimo giudice, 2) che dal cumulo non derivi un ritardo nella definizione dei processi¹⁵.

Il legislatore ha dato vita a questa disposizione nella prospettiva di creazione di un'unica verifica evitando la moltiplicazione di attività istruttorie ed impendendo, difatti, decisioni contrastanti nonostante il legame intrinseco tra illecito e reato presupposto. D'altra parte, però, si corre il rischio di un taglio netto posto alle garanzie dell'ente incolpato come per l'imputato persona fisica, aggiunto ad una possibile confusione probatoria tra le due reg Giudicande con annesso allungamento dei termini processuali strettamente legati alla prescrizione dell'illecito, il quale diviene imprescrittibile qualora l'organo dell'accusa lo contestasse entro cinque anni dalla consumazione del reato presupposto¹⁶. La dottrina offre però una differente visione della disposizione contenuta nell'art. 38 del decreto legislativo 231/2001: non sarebbe corretto parlare di una "riunione obbligatoria" quanto di una "riunione coatta" o di "cumulo preferenziale" che richiede una verifica di compatibilità con la norma discantandosi molto dal dettato dell'art. 17 c.p.p. Altra opinione richiede viceversa un necessario controllo di compatibilità tra le disposizioni della disciplina codicistica con quella speciale. In alcuni casi potrebbe difatti risultare inopportuno il cumulo processuale accentuando la presenza di inefficienze, tali da poter pregiudicare e rallentare inverosimilmente l'accertamento cumulativo delle due questioni. Sarebbe quindi necessario valutare di volta in volta la compatibilità delle disposizioni codicistiche con l'art. 38 del decreto in esame¹⁷. Il regime di gestione unitaria delle reg Giudicande parrebbe praticabile già durante le indagini preliminari proprio perché si richiama il procedimento (e non il processo)

¹⁵ G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in G. Lattanzi, *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p.457.

¹⁶ G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., pp.125-128.

¹⁷ L. CAMALDO, *I principi generali del procedimento*, in G. Canzio, L.D. Cerqua, L. Luparia (a cura di), *Diritto penale delle società*, cit., p.984.

per l'illecito amministrativo dell'ente e il procedimento penale¹⁸. L'unica forma di riunione possibile in fase investigativa resta la gestione unitaria delle indagini sul reato e sull'illecito da parte del pubblico ministero. La gestione cumulativa delle *res iudicande* approdate a stati o gradi diversi riscontra difficoltà operative e si pone in conflitto con il principio di economia processuale e i valori costituzionali. Per questo motivo diviene fondamentale la funzione della clausola di riserva *ex art. 34 d.lgs. 231/2001*. Non esiste una clausola espressa che si pone in contrasto con il dettame della disciplina speciale.

4. Le cautele interdittive

Il procedimento cautelare riveste un'importanza cruciale nel sistema penale *de societate*. Fin dalle prime applicazioni del decreto 231/2001 sono infatti intervenute numerose pronunce riguardanti le misure cautelari contro altre decisioni della Suprema Corte di gran lunga inferiore riguardanti la responsabilità dell'ente. Il che già di per sé denota l'importanza e la centralità della vicenda cautelare nell'arco dell'intero procedimento penale a carico dell'ente. Poi, al sistema cautelare è dedicata l'intera sezione IV del Libro III del d.lgs. n. 231 del 2001, ove sono espresse misure reali quali il sequestro conservativo ed il sequestro preventivo, nonché le misure interdittive¹⁹.

Partendo da queste ultime è bene premettere come le misure interdittive coincidano pienamente con le sanzioni irrogabili in via definitiva non integrando figure cautelare autonome. In particolare l'art. 45 d.lgs. 231/2001 dispone l'applicazione, in via cautelare, di una delle seguenti sanzioni interdittive previste dall' art. 9: interdizione dall'esercizio di un'attività (lett. A); sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito (lett.

¹⁸ H. BELLUTA, *Le disposizioni generali sul processo agli enti, tra richiami codicistici e autonomia di un sistema in evoluzione*, in A. Bernasconi, *Il processo penale de societate*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p.30.

¹⁹ S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, Giappichelli Editore, Torino, 2017, p.129.

B); divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un servizio pubblico (lett. C); esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi ed eventuale revoca di quelli già concessi (lett. D); divieto di pubblicizzare beni e servizi (lett. E).

L'applicazione delle misure interdittive è sottoposta alla disciplina dello stesso art. 45, che enuncia i presupposti tradizionali del *fumus* di responsabilità e del *periculum* cautelare, senza dimenticare il presupposto implicito derivante dal raccordo tra sanzioni e misure cautelari: risulta infatti obbligatorio subordinare «l'applicazione quale misura cautelare di una delle sanzioni previste dall'art. 9 comma 2» alle stesse condizioni definite in sede sanzionatoria. L'accertamento del *fumus commissi delicti* si concretizza nei gravi indizi di colpevolezza. Questi ultimi devono riguardare la responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato andando ad inficiare l'intera fattispecie complessa dell'illecito addebitato all'ente. *In primis*, sarà necessario per il giudice verificare se il reato sia stato commesso a vantaggio o nell'interesse della persona giuridica (imputazione oggettiva), basandosi sui parametri fissati dall'art. 5 d.lgs. 231/2001; al comma 2 dello stesso articolo sono indicati i criteri di valutazione circa l'assenza o meno dell'interesse esclusivo proprio o di terzi nell'agire illecito della persona fisica. *In secundis*, andrà valutata la speciale qualifica rivestita dal soggetto nell'azienda (imputazione soggettiva): qualora si trattasse di un vertice aziendale, la responsabilità collettiva sarebbe assunta con la semplice condotta dell'agente commessa nell'interesse e vantaggio della società; trattandosi, invece, di un soggetto in posizione subordinata, la responsabilità della persona giuridica sarebbe configurabile solo in caso di una riscontrata violazione degli obblighi di direzione e vigilanza causante la fattispecie delittuosa.²⁰

Necessaria, ai fini dell'applicazione della misura cautelare, è poi, l'esigenza cautelare, costituita unicamente dal «concreto pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede» (art. 45 comma 1).

²⁰ A. PRESUTTI, *Le misure cautelari interdittive*, in A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp. 265-271.

Discostandosi ampiamente dal sistema delle cautele per l'imputato, la previsione legislativa, incentrandosi sul pericolo di reiterazione di illeciti della stessa indole di quello per il quale si procede, intende richiamare due parametri fissati dall' art 101 c.p.: si vuol parlare di un rischio riferito alla possibile commissione di reati, che violano la medesima disposizione di legge, e altri che hanno caratteri fondamentali comuni desumibili dai fatti e motivi che li hanno generati. Il pericolo deve essere concreto e può essere valutato utilizzando il criterio oggettivo, basato sugli indicatori della gravità dell'illecito, l'entità del profitto e la gravità del danno, ed il criterio soggettivo legato alla personalità dell'ente ed alla eventuale precedente commissione di illeciti nonché allo stato della sua organizzazione.

Il modello cautelare previsto dal d.lgs. 231/2001 rappresenta una peculiarità in confronto al codice di rito. L'iniziativa cautelare è riservata al pubblico ministero. Tutto parte da una sua richiesta, presentata con atto motivato e documentato, presentata al giudice procedente. La particolarità di tale procedura si rinviene nelle modalità attraverso cui si perviene all'ordinanza cautelare. L'art. 47 d.lgs.231/2001 dispone infatti che qualora la richiesta di applicazione della misura cautelare venisse presentata fuori udienza, il giudice ha l'obbligo di fissare la data della stessa dandone avviso al pubblico ministero, all'ente e ai difensori.²¹ Il legislatore delegato ha così valorizzato la dialettica tra le parti sul *thema decidendum* favorendo la posizione del giudice che potrà trovarsi nella migliore condizione per l'adozione di una misura interdittiva. Nella stessa misura vengono amplificate le garanzie difensive dell'ente poiché, già in una prima fase, nell'udienza camerale, questo avrà la possibilità di provare l'adozione e l'attuazione *ex ante* di modelli organizzativi idonei a prevenire il rischio reato, il che consentirebbe di escludere l'esistenza di un *fumus commissi delicti*. In un secondo momento la persona giuridica potrà dimostrare di aver adottato tali modelli di organizzazione e gestione in una fase successiva alla commissione del reato. Di contro, la previsione di un contraddittorio anticipato costituisce anche "strumento di collaborazione quasi

²¹ M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Giappichelli Editore, Torino, 2015, pp.114-117.

obbligata”²², portando ad esiti aberranti: la persona giuridica, di fronte agli effetti benefici susseguenti all’adozione di modelli o condotte riparatorie, sarebbe disincentivata a adottare *ex ante* modelli idonei tesi ad evitare il rischio reato. Tornando al procedimento, l’art. 47 comma 3 richiede l’applicazione del rito camerale accelerato per la celebrazione dell’udienza: i termini che intercorrono tra l’avviso di fissazione dell’udienza e la data della stessa passano da dieci a cinque giorni, mentre i giorni entro cui è necessario presentare memorie in cancelleria passano da cinque a tre. Viene assicurato all’ente il diritto di partecipare all’udienza e ad essere ascoltato dal giudice, ma non è tuttavia previsto un contraddittorio obbligatorio, atteso che, il pubblico ministero, il rappresentante legale dell’ente e il suo difensore saranno sentiti solo in via eventuale in caso di loro comparizione²³.

Dinanzi al giudice, le parti intervenute presentano gli elementi di prova a sostegno delle proprie ragioni, e sarà possibile per la difesa sollecitare l’attività istruttoria del giudice: non essendo la decisione cautelare un atto a sorpresa, la sua adozione necessita del vaglio giurisdizionale e di un’attività suppletiva legata alla richiesta dell’ente riguardo approfondimenti su assetto organizzativo o valutazione del programma delle attività riparatorie. Chiusa l’udienza il giudice provvede con ordinanza, nel senso dell’accoglimento ovvero del rigetto anche solo parziale, sulla richiesta cautelare. In caso di accoglimento della richiesta del pm, dovranno essere indicate le modalità applicative della misura cautelare, ed inoltre, definiti, a pena di nullità rilevabile anche d’ufficio, vari elementi richiesti dal decreto: generalità dell’ente imputato, descrizione sommaria del fatto e relativa indicazione delle norme di legge violate, l’esposizione e valutazione delle specifiche esigenze cautelari e indizi che giustificano la misura disposta, oltre all’esposizione e valutazione dei motivi per cui non sono stati presi in considerazione gli elementi forniti dalla difesa. Il pubblico ministero a questo punto provvederà di notificare all’ente l’ordinanza che dispone l’applicazione della misura cautelare: in questo modo l’ente è sottoposto alle interdizioni previste e agli obblighi e divieti inerenti,

²² S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell’ente in fase cautelare*, cit., p.134.

²³ M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 120.

comportando, in caso di loro violazione, l'applicazione di una sanzioni amministrative.

Il decreto legislativo 231/2001 all'art. 45 prevede la possibilità che il giudice, in luogo della misura cautelare interdittiva, nomini un commissario giudiziale a norma dell'art. 15 per un periodo uguale alla durata della misura che sarebbe stata disposta. Necessaria condizione per l'operatività dell'istituto in questione è la presenza di presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva, che comporta l'interruzione dell'attività dell'ente. Il giudice deve altresì accertarsi che, qualora l'ente svolgesse un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità, l'interruzione provocherebbe un grave pregiudizio alla collettività, o che in caso di grandi dimensioni dell'ente, l'interruzione della sua attività provocherebbe rilevanti ripercussioni sull'occupazione.

La nomina del commissario spetta al giudice che, nella sentenza che dispone la prosecuzione dell'attività, «indica rispettivi compiti e poteri tenendo conto della specifica attività» modellando la misura sulla singola realtà aziendale. In genere si esclude che al commissario giudiziale spetti l'adozione ed efficace attuazione di modelli organizzativi, potendo definire la carica in questione come una sorta di espropriazione temporanea dei poteri direttivi e gestionali dell'ente ritenendo, dunque, corretto condividere tali poteri con gli altri organi di gestione aziendali.

Le misure interdittive applicate all'ente possono essere oggetto di vicende che producono modificazioni, comportandone la sospensione, la revoca, la sostituzione o l'estinzione per decorso del termine di durata o per altra causa. La sospensione della misura cautelare applicata ha maggiormente una funzione premiale. La procedura ha inizio con la legittimazione della persona giuridica, nei cui confronti è già stata disposta la misura cautelare, a richiedere la sospensione della stessa indicando obiettivi perseguiti, le condotte che si ha intenzione di attuare e le modalità realizzative, oltre al piano finanziario disposto ed eventuale documento della situazione economica dell'ente. Questo, prospettata la possibilità di evitare gli effetti dell'interdizione, viene invogliato a adempiere alle prescrizioni definite dall'art. 17 d.lgs. 231/2001: risarcimento integrale del danno ed eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (lett. a); eliminazione delle carenze

organizzative determinanti il reato tramite adozione di modelli organizzativi (lett. b); messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca (lett. c). Il giudice, sentito il pubblico ministero, decide sulla richiesta e in caso di accoglimento dispone la sospensione della misura, definisce il termine per l'esecuzione delle condotte riparatorie e determina una somma di denaro a titolo di cauzione. Infine, l'organo giudiziario, una volta scaduto il termine assegnato, valutando il comportamento dell'ente ed i suoi adempimenti, emette un'ordinanza nella quale potrà revocare la misura cautelare precedentemente imposta oppure ripristinarla.

La revoca disposta dal giudice comporta la restituzione della somma depositata o la cancellazione dell'ipoteca, estinguendo la fideiussione. In caso di adempimento tardivo si realizzerà l'estinzione successiva della misura interdittiva e sarà necessario valutare ogni volta l'eventualità di trattenuta della cauzione, potendo risultare eccessiva ed inappropriata. La revoca si realizza, oltre che nel caso di adempimento delle prescrizioni di cui all'art. 17 del citato decreto, qualora vengano meno i presupposti cautelari di cui all'art. 45.

La cautela potrebbe non essere più giustificata anche per la sopravvenienza di nuovi fatti che potrebbero comportare un'infondatezza sulla prognosi circa il periodo cautelare o una inconsistenza degli elementi indiziari inizialmente accertati. La legittimazione a richiedere la revoca spetta all'ente, al pubblico ministero oltre che al giudice che può disporla d'ufficio. Il decorso del tempo può comportare la necessità di sostituzione delle misure interdittive. In corso di esecuzione, il giudice, su iniziativa del pubblico ministero o dell'ente, ha la possibilità di sostituire o ridurre il grado di afflittività o la durata della misura interdittiva. Questo si rende necessario qualora le esigenze cautelari risultino attenuate o non più proporzionate all'entità del fatto o alla sanzione, disponendo l'applicazione della misura con modalità meno gravose o meno durature; in tali casi non è però previsto un contraddittorio anticipato per l'adozione di alcune modifiche.

Il d.lgs. 231/2001 impone al giudice, nell'applicazione delle misure interdittive, di determinarne la durata massima che non può superare l'anno. Tuttalpiù qualora la misura venisse disposta a seguito della sentenza di condanna di primo grado, la

durata sarebbe la stessa della sanzione corrispondente, senza superare comunque i sedici mesi. La misura, dunque, perde di efficacia allo scadere del termine decorso dalla data della notifica dell'ordinanza. Altre cause di estinzione delle misure cautelari sono definite dall'art. 68 d.lgs. 231/2001 dove si esplicita che in caso di sentenza di esclusione della responsabilità dell'ente e quella di non doversi procedere, il giudice ha l'obbligo di far cessare la misura cautelare eventualmente disposta; stesso esito in caso di emissione del decreto di archiviazione e di sentenza di non luogo a procedere pronunciata in udienza preliminare. Avverso le misure interdittive sono previsti due mezzi di impugnazione: l'appello e il ricorso per cassazione. Oggetto dell'impugnazione sono tutti i provvedimenti in materia di misure cautelari compresi gli atti di disposizione, negazione, revoca e sospensione della misura. Legittimati a presentare appello, indicandone i motivi, sono il pubblico ministero e l'ente, per mezzo del difensore. L'esplicito richiamo alle norme codicistiche fa sì che vengano applicate le norme del codice di rito previste per il corrispondente mezzo di gravame. In un secondo momento sarà concesso alle parti presentare ricorso per cassazione per violazione di legge contro le decisioni emesse dal tribunale.

5. Le cautele reali

A comporre il quadro delle misure cautelari reali intervengono il sequestro preventivo ed il sequestro conservativo. Il sequestro preventivo destinato all'ente di distanza dallo stesso di matrice codicistica ove ha la finalità di evitare che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso oppure agevolare la commissione di altri reati. Nell' art 53 del d.lgs. 231/2001 si prevede l'applicazione del sequestro delle cose di cui è consentita la confisca, e viene posta dunque in risalto lo stretto legame tra la misura cautelare in questione e la confisca, sanzione autonoma, principale ed obbligatoria per il caso di condanna dell'ente.²⁴ Quest'ultima può essere considerata la vera sanzione prevista dal decreto legislativo, venendo sempre disposta con la sentenza di condanna ed ha come oggetto il prezzo e profitto del reato; La Suprema Corte di Cassazione definisce la confisca come "uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto"²⁵. Si può parlare del sequestro preventivo come di una misura punitiva proprio in virtù della connessione con la confisca, arrivando ad anticipare gli effetti della stessa. Il sequestro preventivo ha per oggetto le cose di cui è consentita la confisca a norma dell'articolo 19, come citato dall' art. 53. Dal citato rapporto con la confisca si può desumere l'esistenza di due tipologie differenti di sequestri in relazione ai beni ove viene apposto il vincolo di indisponibilità: così come la confisca comprende il prezzo o profitto del reato ma anche denaro beni o altre utilità di valore equivalente, esiste anche la misura cautelare reale tradizionale o per equivalente. Riguardo ai presupposti di applicabilità del sequestro preventivo, non essendo nulla specificato nel decreto legislativo 231, vi è un rimando esplicito alla normativa codicistica. Considerando quindi l'art 231 c.p.p., si può rivenire il presupposto del *fumus commissi delicti* nella configurabilità dell'illecito contestato all'ente; il *periculum in mora* viene collegato invece alla pericolosità in sé dell'oggetto di sequestro senza alcuna prognosi.

²⁴ A. PRESUTTI, *Le misure cautelari reali*, in A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, p.297.

²⁵ Cass. Pen. Sez. Unite, 27 marzo 2008 n.7930.

Il sequestro preventivo viene applicato secondo i dettami codicistici, definendo la competenza del giudice che procede tramite un decreto motivato su richiesta del pubblico ministero. Tuttavia, sono presenti due casi speciali di applicazione in casi di urgenza nel corso delle indagini preliminari. In una prima ipotesi, presentandosi condizioni tali da non permettere di attendere il provvedimento del giudice, sarà il pubblico ministero a pronunciarsi sul sequestro preventivo con decreto motivato: la natura speciale della situazione in questione obbliga il pubblico ministero a richiedere, sia la convalida, sia l'emissione del decreto di sequestro al giudice. In un secondo caso particolare, ove il pubblico ministero non sia ancora stato investito del potere di direzione delle indagini, sarà concesso alla polizia giudiziaria adottare la cautela in questione con autonoma decisione.

Anche in questo caso sarà necessario richiedere la convalida al giudice, sempre che il pubblico ministero non sia intervenuto per porre fine al vincolo sulla *res*, restituendo i beni sequestrati. Il sequestro può essere comunque estinto in presenza di determinate circostanze: innanzitutto, la misura cautelare viene meno in caso di sua applicazione provvisoria senza successivo mancato rispetto del termine prescritto per la convalida del pubblico ministero e la decisione del giudice. Poi il sequestro preventivo perderebbe di efficacia anche a seguito dell'emanazione di determinati provvedimenti; il decreto legislativo prevede all'art. 68 la possibilità per il giudice di disporre la cessazione del sequestro in questione qualora venga emessa sentenza che escluda la responsabilità dell'ente, o in presenza di sentenza di non luogo a procedere.

Passando a parlare della seconda tipologia di misura cautelare reale, è bene anticipare la finalità preordinata del sequestro conservativo. Il vincolo sulla disponibilità di certi beni riconducibili all'ente ha lo scopo di conservare il patrimonio societario posto a garanzia del pagamento della sanzione pecuniaria, delle spese procedurali e di ogni altra somma dovuta all'erario statale. Il sequestro conservativo è interamente regolato dall'art. 54 del d.lgs. 231/2001, il quale ricalca quasi interamente la disposizione dell'art. 316 comma 1 c.p.p. insieme ad altri rinvii definiti dal codice di rito. Fondamentalmente l'iniziativa si trova in mano al pubblico ministero visto il mancato rinvio alla legittimazione del

danneggiato costituitosi parte civile. L'intero procedimento per la richiesta di applicazione della misura cautelare si svolge dopo l'esercizio dell'azione penale nei confronti dell'ente e dopo la contestazione dell'illecito dell'ente, potendo partire in ogni stato e grado del processo di merito. Il sequestro conservativo ha ad oggetto beni mobili ed immobili dell'ente oltre a somme di denaro o cose dovute dallo stesso, e nonostante possa sovrapporsi alla misura interdittiva della revoca dei finanziamenti di cui all'art. 9 comma 2 lett. d, esse si differenziano in quanto allo scopo: la misura interdittiva tenta di eliminare la possibilità di commissione di nuovi illeciti della stessa indole da parte dell'ente, mentre la misura reale ha come unico obiettivo quello di cautelare il rischio di dispersione delle garanzie per il pagamento delle somme dovute all'erario²⁶. Il *fumus commissi delicti* del sequestro conservativo si rinviene nel giudizio prognostico ed indiziario legato alla probabilità di responsabilità dell'ente per l'illecito amministrativo, mentre il *periculum in mora* è legato a fondate ragioni di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie di quanto dovuto all'erario a titolo di pagamento di sanzione pecuniaria, spese processuali e spese di sicurezza. Il sequestro conservativo viene applicato sulla base di un'ordinanza del giudice delle indagini preliminari, il quale in un secondo momento trasmetterà tutti gli atti al giudice competente per il giudizio stesso, prescindendo dalla convocazione dell'udienza camerale. L'applicazione della misura viene meno qualora l'ente offra una cauzione tale da garantire i crediti per i quali è prestato il sequestro. L'esecuzione dello stesso può verificarsi in presenza di provvedimenti, anche favorevoli all'ente: la sentenza che esclude la sua responsabilità e la sentenza di non luogo a procedere per decadenza della contestazione.

²⁶ G.i.p. Trib. Ivrea 12 maggio 2005, Il Foro Italiano, Vol. 128, N. 10, p. 527.

CAPITOLO II

Profili applicativi

1. L'annotazione della notizia di illecito amministrativo

Fin dagli inizi delle indagini preliminari, il pubblico ministero si trova di fronte al problema operativo legato all'annotazione della notizia di illecito amministrativo. Come dispone l'art. 55 comma 1 d.lgs. 231/2001, il pubblico ministero, acquisita la notizia dell'illecito amministrativo dipendente da reato commesso dall'ente, deve annotare immediatamente nel registro *ex art. 335 c.p.p.* gli elementi identificativi dell'ente allegando, ove possibile, le generalità del suo rappresentante ed il reato da cui dipende l'illecito. L'annotazione ha un duplice scopo: funge da atto di avvio della fase investigativa, ma allo stesso modo ne scandisce i tempi rappresentando il requisito necessario per il rispetto dei termini di durata. Unica eccezione a quanto detto risiede nell'ipotesi di cui all'art. 4 comma 2 d.lgs. 231/2001 che prevede, in caso di reato presupposto commesso all'estero, la richiesta di punibilità da parte del Ministro della giustizia in luogo dell'annotazione come elemento necessario per dell'avvio del procedimento a carico del soggetto collettivo²⁷.

Subito si notano delle differenze rispetto al codice di rito. *In primis*, nel decreto si parla di "annotazione" invece che di iscrizione, facendo pensare in prima istanza ad un elemento aggiuntivo posto a margine dell'iscrizione sul registro generale delle notizie di reato. Ma questa opzione deve essere scartata dal momento che il primo comma dell'art. 55 richiede l'indicazione del reato da cui dipende l'illecito, trasformando l'annotazione in una registrazione formale a sé stante ed autonoma²⁸.

In secundis, il codice di procedura penale non richiede la necessaria indicazione di vari elementi identificativi, potendo bensì l'iscrizione essere effettuata anche nei confronti di ignoti, con la possibilità di individuare la persona cui è attribuito il reato

²⁷ I. TAGLIANI, *Morfologia della fase investigativa*, in A. Bernasconi, *Il processo penale de societate*, cit. p. 212.

²⁸ M.L DI BITONTO, *Reati e responsabilità degli enti*, p. 599, cit.

in un secondo momento²⁹. Riguardo l'eventualità dell'iscrizione dei dati relativi dal rappresentante legale dell'ente, la *ratio* di tale scelta può essere individuata nell'interazione tra illecito e reato da cui esso dipende: essendo l'iscrizione della notizia di reato il presupposto dell'annotazione dell'illecito, gli inquirenti sono già a conoscenza degli elementi identificativi del soggetto collettivo³⁰.

La questione problematica relativa all'annotazione non sorgerebbe laddove fosse la stessa polizia giudiziaria operante a comunicare l'illecito, trasformando l'iscrizione in un atto consequenziale e dovuto. Nella realtà, è spesso il pubblico ministero obbligato ad intervenire, ponendosi autonomamente il problema dell'illecito amministrativo con relativa iscrizione, a causa dell'inerzia della polizia giudiziaria nella comunicazione.³¹

La pubblica accusa riveste il ruolo principale in questa fase iniziale delle indagini preliminari. Nel definire il contesto di azione del pubblico ministero e della polizia giudiziaria soccorre anche in questo caso il codice di procedura penale, il quale, a norma dell'art. 326 attribuisce ai predetti organi l'onere delle indagini necessarie relative alla contestazione dell'illecito.³² In questo modo, citando autorevole dottrina, si coglie «il senso primario della disposizione [Art. 55] recependo l'assetto

²⁹ M. BARESI, *Art. 55 – Annotazione dell'illecito amministrativo*, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, *La responsabilità degli enti – Commento articolo per articolo*, Padova, CEDAM, 2008, p. 486.

³⁰ I. TAGLIANI, *Morfologia della fase investigativa*, cit. p. 204.

³¹ G. AMATO, *Articolo 55 – Annotazione dell'illecito amministrativo*, in M. Levis, A. Pierini, *La responsabilità amministrativa della società e degli enti*, Torino, Zanichelli Editore, 2014, p. 1147.

³² M. BARESI, *Articolo 55 – Annotazione dell'illecito*, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, cit., p. 490.

codicistico» e in maniera tutt'altro che superflua si completa la disciplina definendo gli obblighi conseguenti all'annotazione della notizia dell'illecito amministrativo.³³

Su questo punto sono presenti diversi orientamenti. Secondo una prima tesi l'annotazione rappresenterebbe un adempimento facoltativo per l'organo d'accusa, in forza dell'assenza di una copertura costituzionale al principio dell'obbligatorietà dell'azione di accertamento dell'illecito amministrativo; un altro orientamento, ritenuto più corretto, considera invece l'annotazione come un onere per l'accusa³⁴. In realtà l'annotazione rappresenta per l'organo d'accusa un atto dovuto³⁵.

L'iscrizione dell'illecito amministrativo dipendente da reato si realizza nel momento in cui il pubblico ministero, dopo aver verificato la presenza dei presupposti per la commissione di uno dei reati presupposti, abbia riscontrato un *fumus* della responsabilità dell'ente, unito al possesso per l'agente dei requisiti sufficienti ad impegnare l'ente in relazione al possibile interesse/vantaggio connesso al reato. Il pubblico ministero procede ad iscrivere la *notitia criminis* quand'anche gli utili siano stati restituiti e le riserve siano state ricostituite facendo venir meno la rilevanza penale del reato presupposto³⁶. In sintesi, l'iscrizione del

³³ L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, IPSOA, 2002, p. 301.

³⁴ A. BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, Padova, 2002, p. 302.

³⁵ P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n.2, 2012, p. 93.

³⁶ G. VARRASO, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche per reati societari: profili processuali*, in A. Giarda, S. Seminara (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, CEDAM, Padova, 2002, p. 799.

reato presupposto *ex art 335 c.p.p.* assume valenza pregiudiziale rispetto all'annotazione dell'illecito dal punto di vista sostanziale e temporale³⁷.

L'organo inquirente, in forza della disposizione di cui all'art. 335 co. 2° c.p.p., cura l'aggiornamento delle iscrizioni in caso di mutazione della qualifica giuridica del reato presupposto o in presenza di nuove circostanze ad esso relativo. L'annotazione potrà essere aggiornata in ragione di una vicenda modificativa dell'ente (fusione, trasformazione, scissione) che comporta una successione della responsabilità in capo agli enti protagonisti delle stesse.

Poi, sono previste particolari modalità per la tenuta dei registri e per l'annotazione dell'illecito amministrativo, le quali sono descritte nel D.M. 201/2003. Le annotazioni devono essere compiute sugli ordinari registri obbligatori in materia penale (mod. 21): deve essere identificata la natura di procedimento teso all'accertamento dell'illecito tramite una sigla³⁸. Autorevole dottrina esprime una differente opinione riguardo le modalità di annotazione dell'illecito amministrativo³⁹. Secondo questa visione, l'annotazione andrebbe eseguita in un fascicolo distaccato rispetto a quello penale indicante il reato presupposto. Questa necessità si sostanzierebbe in due principali ragioni: una di carattere normativo ed un'altra eminentemente pratica.

Dal primo punto di vista, basandosi sull'art. 38 d.lgs. 231/2001, lo stesso decreto prevede, come già anticipato, la riunione del procedimento per l'illecito amministrativo insieme a quello instaurato verso l'autore del reato presupposto. Sembrerebbe, dunque, superfluo sottolineare l'inconvenienza dell'eventuale annotazione dell'illecito amministrativo posta a margine di quella riportante uno dei reati presupposti citati dal decreto legislativo.

³⁷ M. BARESI, *Artt. 55-58*, in M. Levis, A. Pierini, *La responsabilità amministrativa della società e degli enti*, cit. p.488.

³⁸ A. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, cit., p. 573.

³⁹ G. AMATO, *Articolo 55, Annotazione dell'illecito amministrativo*, in M. Levis, A. Pierini, cit., p. 1150.

Inoltre, le stesse regole di tenuta dei fascicoli riguardanti le indagini nei confronti degli enti si discostano da quelle definite per i fascicoli penali: non deve, ad esempio, essere inserito nei fascicoli il certificato del casellario giudiziale, bensì quello dell'anagrafe delle sanzioni amministrative.

Secondo un'esigenza squisitamente pratica, viene consigliata la separazione dell'iscrizione dell'ente anche per l'esito differente cui i procedimenti possono condurre, oltre all'eventuale archiviazione in sede di procedimento amministrativo, che contempla modalità definitive originali incompatibili con la sorte del fascicolo principale.

I compiti dell'ufficio pubblico si esplicano anche nella successiva informazione di garanzia. Durante la fase delle indagini preliminari è compito del pubblico ministero quello di invitare l'ente a dichiarare o eleggere domicilio oltre ad avvertire lo stesso del necessario deposito della dichiarazione di cui all' art. 36 comma 2 ai fini della partecipazione al procedimento. Si può definire questo come un "atto dovuto" che si potrebbe realizzare, temporalmente, in concomitanza all'iscrizione dell'ente sul registro, ma che, in situazioni di urgenza, legate ad un possibile atto a sorpresa o al preventivo accertamento del reato presupposto connesso a esigenze di riservatezza, può essere posticipato.

L'informazione di garanzia ad opera del pubblico ministero viene inviata al difensore in occasione del compimento di un atto al quale lo stesso ha diritto di assistere e mai prima⁴⁰. L'atto deve contenere: a) l'indicazione delle norme di legge che si presumono violate, b) indicazione di data e luogo del fatto, c) invito a nominare un difensore di fiducia, d) invito a dichiarare o eleggere domicilio per le notificazioni, e) avvertimento di deposito della dichiarazione di cui art. 39 comma 2 già precedentemente citata. L'eventuale mancanza del pubblico ministero non viene sanzionata a pena di nullità, non essendo prevista espressamente. Viene comunque richiesta l'azione della pubblica accusa soprattutto nel caso in cui l'ente abbia saputo dell'iscrizione ma non si sia costituito in seguito.

⁴⁰ H. BELLUTA, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in Cerqua (a cura di), *Diritto penale delle società*, cit. p. 1026.

Tornando all'annotazione, l'art. 55 non prevede un termine preciso entro il quale la stessa deve essere compiuta. Viene ripreso il tenore letterale dell'art. 335 c.p.p. utilizzando il termine "immediatamente": questo non deve essere inteso rigidamente, in conformità all'elaborazione giurisprudenziale, non venendo sanzionato il semplice ritardo dell'annotazione che non comporta né nullità processuale, né inutilizzabilità degli atti di indagine. La giurisprudenza ha diversamente considerato l'omissione dell'iscrizione della notizia di reato, la quale può bensì integrare ipotesi di responsabilità penale e disciplinare per l'organo inadempiente, oltre l'esercizio del potere di avocazione delle indagini da parte del procuratore generale presso la Corte d'appello.

Al secondo comma, l'art. 55 d.lgs. 231/2001 definisce le modalità attraverso le quali deve essere comunicata all'ente o al suo difensore l'iscrizione dell'illecito amministrativo. Viene effettuato un rinvio del dettato codicistico, principalmente l'art. 335 c.p.p., citando le medesime modalità con cui viene realizzata la comunicazione delle iscrizioni delle notizie di reato alla persona cui il reato è attribuito. Una prima differenza si pone riguardo i soggetti legittimati all'accesso informativo. A differenza del codice di rito, nel procedimento *de quo*, non è prevista la comunicazione dell'iscrizione alla persona offesa dal reato, in virtù anche del fatto che non esiste concettualmente una persona offesa; la Cassazione ha comunque ribadito questo indirizzo escludendo la costituzione di parte civile.⁴¹

Ulteriori limiti alla comunicazione dell'iscrizione sono posti dallo stesso art. 335 c.p.p. che al terzo comma afferma «l'esclusione dei casi in cui si procede per uno dei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p.». Tale ultima disposizione potrebbe essere applicata anche in materia di responsabilità amministrativa, in virtù del generale rinvio alle norme codicistiche, qualora il reato presupposto dell'illecito sia proprio uno dei delitti ricompresi nel citato articolo 401 c.p.p. (ad esempio l'art. 24-*ter* d.lgs. 231/2001 prevede come reati presupposti quelli di associazione di stampo mafioso, associazione tesa al traffico di sostanze stupefacenti, o delitti in materia di armi ed esplosivi richiamati dall'art. 407 c.p.p.). L'istanza di accesso alle

⁴¹ Cass. Pen. Sez. VI, 5 ottobre 2010, in *Il foro italiano.*, 2011, p. 633.

informazioni del registro di cui all'art. 335 c.p.p., può essere negata dal pubblico ministero quando questi dispone con decreto motivato la secretazione sulle iscrizioni per tre mesi, non rinnovabile, qualora sussistano «specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine» secondo l'art. 335 comma 3-*bis* c.p.p.⁴². Quest'ultimo potere riconosciuto al pubblico ministero può essere esercitato solo in parallelo con analogha secretazione disposta per le iscrizioni relative al reato presupposto.

Riguardo le modalità attraverso le quali potrà essere effettuata la richiesta dell'ente o del suo difensore, sarà necessaria la presentazione alla segreteria del pubblico ministero. La richiesta potrà vertere esclusivamente sui dati esistenti nel registro informatico che attestano la pendenza del fascicolo: numero di iscrizione dello stesso, nominativo ente e legale rappresentante iscritti, qualificazione giuridica dei fatti sotto indagine, nominativo dell'organo inquirente. La risposta è un atto dovuto, e in caso di esito negativo, ovvero nei casi suindicati in cui è fatto divieto di formare tali comunicazioni, questa deve essere espressa secondo la locuzione «non risultano iscrizioni suscettibili di comunicazione»⁴³.

Una menzione particolare va riservata agli obblighi comunicativi del pubblico ministero nei confronti di alcune autorità amministrative indipendenti (cd. *Authorities*). L'art. 97 *bis* de Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (TUB) prevede per l'organo inquirente l'obbligo di comunicare l'avvenuta annotazione nel registro delle notizie di reato alla Banca d'Italia, in presenza di un procedimento per illecito amministrativo relativo ad una banca, e alla CONSOB, riguardo ai servizi di investimento. Altre disposizioni (d.lgs. 58/1998, d.lgs. 209/2005) richiedono obblighi informativi simili in caso di annotazione a carico di SIM, SGR, SICAV, SICAF, o imprese di assicurazione o riassicurazione. Le citate disposizioni del TUF, TUB e d.lgs. 209/2005 non rappresentano una deroga al

⁴² A. BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, Padova, 2002, p. 303.

⁴³ G. AMATO, *Articolo 55 – Annotazione dell'illecito amministrativo*, cit., p. 1150.

dettato dell'art. 329 c.p.p. in materia di segreto sulle indagini. Così l'obbligo di comunicazione alle *authorities* rimane subordinato al compimento di atti sottoposti al segreto investigativo, eccezion fatta per l'esercizio, da parte del pubblico ministero, del potere di desegregazione. Tale comunicazione sarà poi funzionale all'esercizio dei poteri di vigilanza e controllo per la CONSOB, Banca d'Italia e IVASS, le quali, acquisite le informazioni necessarie, potranno attivarsi per valutare da un lato, l'adeguatezza dei sistemi di *compliance* adottati⁴⁴, e dall'altro l'eventuale richiesta per procedimenti recriminatori di natura amministrativa.

2. La durata delle indagini preliminari a carico dell'ente

Una questione strettamente legata all'annotazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato è la durata delle indagini preliminari a carico dell'ente. Innanzitutto, si deve citare l'art. 56 d.lgs. 231/2001 che stabilisce il termine per l'accertamento dell'illecito nelle indagini preliminari. Viene effettuato un primo richiamo al codice di rito, disponendo per il pubblico ministero un'attività di indagine che si esplica negli stessi termini previsti per gli accertamenti relativi al reato presupposto. Il termine comincerà a decorrere a partire dall'annotazione dell'illecito amministrativo secondo quanto disposto dall'art. 55. Viene subito sottolineato il carattere dell'accessorietà dell'accertamento dell'illecito amministrativo verso le indagini preliminari per il reato presupposto: queste sono svolte congiuntamente alle indagini per l'illecito, salvo che, per qualsiasi ragione, non si siano già concluse al momento dell'acquisizione della notizia di cui all'art. 55⁴⁵. Può tuttavia capitare che la scadenza dei termini dei due procedimenti non coincida in concreto. In un primo caso, sarà ben possibile che l'organo inquirente identifichi la persona fisica responsabile in un momento successivo all'annotazione

⁴⁴ E. FUSCO, *Le indagini preliminari nei confronti degli enti: questioni controverse*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n.1, 2017, p.179.

⁴⁵ L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit., p. 304.

dell'ente, così come potrebbe accadere che, una volta iscritta la persona fisica, potrà essere in un secondo momento riscontrato un interesse o vantaggio dell'ente derivante dalla commissione del reato presupposto.

In un altro caso, i termini di durata delle indagini a carico dell'ente e quelli a carico della persona fisica potrebbero non essere coincidenti nell'evenienza in cui la richiesta del Ministro della giustizia verso l'ente, *ex art. 4 comma 2, d.lgs. 231/2001*, per un reato presupposto commesso all'estero, pervenisse al pubblico ministero in un momento successivo rispetto a quella presentata nei confronti della persona fisica⁴⁶. In tali occasioni i tempi investigativi decorreranno autonomamente, applicando il regime delle proroghe previsto dal codice di rito nel solo procedimento concernente il soggetto collettivo.

Riguardo la questione dei termini massimi delle indagini preliminari si è cercata una conciliazione tra il valore dell'obbligatorietà dell'azione penale e il diritto dell'ente ad una verifica in termini ragionevoli della fondatezza dell'illecito amministrativo imputatogli. Ponendo un limite al potere di indagine del pubblico ministero, viene curato da una parte l'interesse dell'ente a non esser sottoposto ad investigazione per un lasso di tempo eccessivamente lungo (il codice di rito prevede un'estensione temporale nel massimo di 18 o 24 mesi), e dall'altra l'interesse pubblico alla persecuzione rapida degli illeciti. Sotto il primo profilo si presenta la limitazione (ad una sola volta) della proroga delle indagini in presenza di gravi delitti in violazione di norme sugli infortuni sul lavoro; l'interesse al rapido accertamento dell'illecito investe anche l'ente, dato che l'indagine va ad incidere sui suoi diritti soggettivi quanto sulla percezione della collettività, condizionando anche le proprie scelte strategico-imprenditoriali. In caso contrario, ovverosia nell'evenienza di indagini potenzialmente di eccessiva durata, verrebbe favorita,

⁴⁶ E. FUSCO, *Le indagini preliminari nei confronti degli enti: questioni preliminari*, cit., p.185.

indirettamente, la discrezionalità del pubblico ministero riguardo le tempistiche per la promozione dell'azione punitiva frustrandone l'effettività⁴⁷.

Alla norma in questione potrebbe esser data un'ulteriore lettura se si considera la tesi, seppur minoritaria, sostenuta in dottrina in forza della quale nel procedimento contro l'ente può trovar posto anche la persona offesa e la parte civile. In un contesto simile, i termini per la durata delle indagini rappresenterebbero uno strumento di garanzia per tali soggetti che hanno subito un danno in conseguenza della condotta illecita dell'ente. Di diverso avviso la Cassazione che, come visto già in precedenza, sostiene la diversa opinione per cui alla persona offesa deve essere preclusa ogni possibilità di costituzione di parte civile, non essendo considerata nel procedimento verso la responsabilità dell'ente. Per la persona offesa rimane la sola possibilità di esercitare l'azione civile diretta ad ottenere il risarcimento del danno subito, qualora non abbia citato il soggetto collettivo, come responsabile civile, nel procedimento penale. Tali esclusioni (persona offesa e parte civile) dal procedimento a carico degli enti implicano, però, un ridimensionamento della funzione propulsiva dell'istituto dei termini massimi che scandiscono la fase investigativa⁴⁸.

Passando alla trattazione della disciplina vera e propria dei termini di durata delle indagini preliminari è necessario chiarire come l'art. 56 effettua un esplicito riferimento alle norme del codice di rito (art. 405 ss. c.p.p.) che definiscono la materia della durata della fase investigativa inerente alla fattispecie penale presupposta⁴⁹. Necessario allora il rinvio all'art. 405 comma 2 c.p.p. che fissa a sei mesi, dalla data di annotazione dell'ente sul registro, il termine di durata delle

⁴⁷ P. TALAMO, *Articolo 56 – Termine per l'accertamento dell'illecito amministrativo nelle indagini preliminari*, in M. Levis, A. Pierini, cit., p.1158.

⁴⁸ A. BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, cit., pp. 302-303.

⁴⁹ P. IELO, *Articolo 56, d.lgs. 231/2001*, in F. C. Palazzo, C. E. Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, CEDAM, 2007, p. 2380.

indagini preliminari. Lo stesso comma prescrive che, salvo l'ipotesi legata allo svolgimento di indagini suppletive di cui all'art. 415-*bis* c.p.p., il termine ordinatorio della fase investigativa, qualora il reato presupposto rientri tra uno di quelli indicati dall'art. 407, comma 2 lett. a) c.p.p., si estende fino ad un anno.

Ciò si realizza per illeciti amministrativi derivanti da reati commessi per finalità di terrorismo ed eversione dell'ordinamento costituzionale (art. 25-*quater* d.lgs. 231/2001), e da altri reati di cui gli artt. 600, 600-*bis* comma 1, 600-*ter* comma 1, 601, 602 c.p. (art. 25-*quinqües* del decreto). Fondamentale inoltre ricordare come il *dies a quo* del termine per l'accertamento si rinviene nel momento in cui il pubblico ministero annota la notizia dell'illecito amministrativo nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., e non nella data nella quale questo avrebbe dovuto iscrivere la notizia⁵⁰. Annotazione che si sostanzia nell'indicazione degli elementi identificativi dell'ente e del reato a nulla rilevando, per il decorso dei termini, quella, eventuale, del legale rappresentante.

Qualora il reato sia commesso all'estero, oltre ad essere richiamate le disposizioni di cui all'art. 4 d.lgs. 231/2001 in merito alla richiesta, il termine decorre dal momento in cui questa perviene al pubblico ministero in quanto viene applicato l'art. 405 comma 3 c.p.p. Per le stesse ragioni trova applicazione l'art. 37 del decreto, il quale, subordina le indagini preliminari vero l'ente alla presenza delle condizioni di procedibilità per il reato presupposto: dal momento in cui la querela perviene all'organo inquirente decorrerà il termine per la fase investigativa⁵¹.

Un'ipotesi particolare si osserva quando, successivamente all'annotazione dell'ente, si procede all'iscrizione di un ulteriore autore del reato presupposto. Due orientamenti sono preponderanti: il primo, con esplicito riferimento alla disposizione di cui all'art. 56 comma 2, ritiene irrilevanti le vicende concernenti l'iscrizione degli autori del reato presupposto ancorando il termine per

⁵⁰ A. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, cit., p. 575.

⁵¹ P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., p. 96.

l'accertamento dell'illecito all'annotazione *ex art. 335 c.p.p.*; il secondo rimarca il legame della responsabilità dell'ente con la condotta criminosa presupposta e uno dei soggetti indicati dall'art. 5 d.lgs. 231/2001, radicando il termine per le indagini riguardo l'illecito al momento in cui viene compiuta l'ultima iscrizione utile relativa al reato presupposto. In dottrina prevale la prima tesi poiché, seppur suscettibili di inutilizzabilità elementi di indagine acquisiti a seguito dell'identificazione di tutti gli autori del reato presupposto, il dato dell'art. 56 risalta in maniera inequivoca ed inoltre si considera l'iscrizione nel registro di un nuovo indagato del reato presupposto, non come nuova annotazione bensì come "mero aggiornamento" *ex art. 335 comma 2 c.p.p.*⁵².

Nulla dispone il decreto legislativo in materia di proroga dei termini. Nel silenzio del legislatore del 2001 deve, dunque, ritenersi effettivo, anche per tale istituto, il rinvio alle norme codicistiche (artt. 406-407 c.p.p.) che regolano la possibilità per il pubblico ministero di richiedere la proroga dei termini utili al compimento delle indagini preliminari. A tale conclusione si giunge considerando la clausola generale (*ex art. 34*) di applicazione delle norme del codice di rito, unita al cenno fugace della relazione al decreto ove si parla della disciplina dei termini, (comprese le proroghe)⁵³, individuata in relazione al termine per le indagini del reato presupposto.

Secondo autorevole dottrina⁵⁴, l'art. 56 non ha intenzione di richiamare l'intera disciplina delle proroghe in maniera del tutto indipendente dalla sua operatività nel procedimento penale: le indagini preliminari potranno travalicare i limiti temporali fissati dall'art. 405 comma 2 c.p.p. solo nell'eventualità in cui, nel corrispettivo procedimento verso il reato presupposto, venga protratta la fase investigativa. Tale

⁵² A. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, cit., p. 576.

⁵³ Relazione ministeriale al D.lgs. n. 231/2001.

⁵⁴ M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 600; S. LORUSSO, *La responsabilità "da reato" delle persone giuridiche: profili processuali del D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cassazione penale*, 2002, n. 12, p. 2531.

opinione avrà valore solo nel caso in cui l'accertamento dell'illecito sia contestuale e concomitante all'attività di indagine per il reato presupposto, trovando, in caso contrario, piena validità il dettato dell'art. 406 c.p.p. per il solo procedimento concernente il soggetto collettivo. Un'altra opinione dottrinale ritiene possibile che le proroghe possano rendersi necessarie in relazione al procedimento in danno all'ente e non anche nel procedimento verso l'indagato: data la non necessaria dipendenza del primo rispetto al secondo, ed in forza del disposto dell'art. 38 comma 2 lett. c) d.lgs. 231/2001, che prevede una separazione necessaria dei procedimenti dovuta all'osservanza delle disposizioni processuali, considerando le eventuali difficoltà investigative dovute alla complessità degli elementi costitutivi la fattispecie dell'illecito amministrativo, viene calibrato su ciascuna indagine (penale ed a carico dell'ente) il meccanismo delle proroghe.

La procedura per la concessione della proroga si basa, come anticipato, sul dettato dell'art. 406 c.p.p. Secondo tale disposizione il pubblico ministero, ricorrendo una giusta causa, richiede al giudice per le indagini preliminari la proroga dei termini dell'accertamento prima della loro scadenza. Le richieste successive devono essere presentate dall'organo inquirente solo nei casi di particolare complessità delle indagini o di oggettiva impossibilità di concluderle nel termine prescritto. La locuzione "giusta causa" non è riferita a ragioni di ordine generale, strutturale, personale od organizzativo, bensì si ritiene integrata solo in presenza di obiettive esigenze investigative legate alla natura, qualità e quantità di accertamenti da svolgere⁵⁵.

La richiesta del pubblico ministero viene notificata all'ente e al suo difensore, a cura della cancelleria del giudice per le indagini preliminari, insieme all'avviso della facoltà di presentare memorie nei successivi cinque giorni dalla notificazione. In merito al contenuto della richiesta presentata dalla pubblica accusa, si ritiene che questa debba contenere l'indicazione della notizia di reato insieme ai motivi addotti

⁵⁵ M. BARESI, *Art. 56 – Termine per l'accertamento dell'illecito amministrativo nelle indagini preliminari*, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, *La responsabilità degli enti, commento articolo per articolo*, cit., p.494.

per giustificare la domanda di proroga. Il giudice decide sulla richiesta del pubblico ministero con ordinanza non impugnabile autorizzando la prosecuzione per le indagini per un periodo non superiore a sei mesi, entro dieci giorni dal termine per il deposito delle memorie. Nel caso in cui non vi sia la volontà di concedere la proroga, il giudice fissa un'udienza camerale alla conclusione della quale potrà accogliere o rigettare la richiesta dell'accusa.

Qualora venga espresso parere negativo sulla richiesta ed i termini dell'accertamento siano scaduti, il giudice fissa un termine di dieci giorni entro il quale il pubblico ministero deve procedere alla contestazione dell'illecito o all'archiviazione del procedimento. La procedura è invece differente in presenza di un illecito amministrativo dipendente da uno dei reati indicati negli artt. 51 comma 3 *bis* e 407 comma 2 lett. a), n. 4 c.p.p. In tal caso, il giudice procede *inaudita altera parte* in merito alla concessione o diniego della proroga, entro dieci giorni dalla presentazione della richiesta, assumendo la propria determinazione sulla scorta dei soli motivi esposti dal rappresentante dell'accusa⁵⁶.

In forza del richiamo al dettato codicistico il giudice per le indagini preliminari può concedere, come già anticipato, più proroghe, ognuna di sei mesi, nel limite massimo di diciotto mesi fissato dall'art. 407, comma 1 c.p.p. o di due anni quando si procede per uno dei reati elencati nel comma 2 della norma in questione. Un altro indirizzo dottrinario considera possibile ed attuabile una protrazione delle indagini, oltre al termine ordinariamente fissato, per un periodo non superiore ai sei mesi, accettando una sola proroga⁵⁷: questo vale sicuramente per i reati indicati dall'art. 406 comma 2-*ter* c.p.p.

Un'ulteriore considerazione da svolgere riguarda il rapporto tra l'attività investigativa ed il momento dell'iscrizione della notizia dell'illecito amministrativo. Gli atti investigativi sono utilizzabili – nei limiti consentiti dal

⁵⁶ I. TAGLIANI, *Il processo penale de societate*, cit., p. 215.

⁵⁷ M. BINETTI, *I profili processual-penalistici della responsabilità amministrativa degli enti*, in V. Garofoli, *Unità del sapere giuridico ed eterogeneità dei saperi del giudice*, Giuffrè, Milano, 2006, p.15.

codice di procedura penale - solo se espletati nei termini di durata dell'accertamento. Nonostante viga il silenzio su una eventuale sanzione applicata per la violazione del momento di genesi dell'attività investigativa, intervenuta la giurisprudenza⁵⁸ sull'art. 335 c.p.p., deve, quindi, ritenersi priva di conseguenze processuali una eventuale tardiva iscrizione della notizia di reato rendendo utilizzabili gli atti posti in essere dall'organo inquirente prima della stessa iscrizione. Tale disciplina può venire estesa anche al procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo, necessitando però di un intervento "correttivo" del giudice per rideterminare il termine iniziale delle indagini⁵⁹. Sicuramente, invece, viene applicato l'art. 407 comma 3 c.p.p. Così, dopo la scadenza dei termini indicati dall'art. 56 del decreto e prima della contestazione *ex art. 59*, tutti gli atti compiuti dal pubblico ministero sono inutilizzabili. Questa sanzione vale solo per gli atti ad efficacia probatoria e non per eventuali richieste di misure cautelari avanzate dall'organo inquirente dopo la scadenza dei termini. Si registrano numerose critiche che sono state mosse al tema della sindacabilità da parte del giudice sulla tempestività dell'annotazione dell'illecito da parte del pubblico ministero. Tale criticità potrebbe però essere risolta tramite l'avocazione dell'indagine da parte del procuratore generale presso la corte d'appello⁶⁰.

Poi, devono ritenersi utilizzabili, a norma dell'art. 406 comma 8 c.p.p., gli atti investigativi posti in essere dopo la presentazione della richiesta di proroga e prima del relativo provvedimento di accettazione del giudice. Diversamente, in caso di esito negativo della richiesta, gli atti saranno inutilizzabili se successivi alla data di scadenza del termine originario per le indagini⁶¹.

⁵⁸ Cass. Pen. Sez. Unite, 21 giugno 200, n. 16.

⁵⁹ M. BARESI, *Art. 56 – Termine per l'accertamento dell'illecito amministrativo nelle indagini preliminari*, cit., p. 496.

⁶⁰ P. TALAMO, *Articolo 56 – Termine per l'accertamento dell'illecito amministrativo nelle indagini preliminari*, cit., p. 1166.

⁶¹ R. BRICCHETTI, *Società al debutto nel registro degli indagati*, in *Guida al diritto*, 2001, n.1, p.100.

L'ultimo nodo critico, che sarà meglio analizzato in seguito, è quello legato al potere riconosciuto al pubblico ministero di disporre l'archiviazione senza alcun controllo da parte del giudice. Nel contesto dei termini per le indagini preliminari, questa facoltà assume valenza se si considera l'ipotesi in cui l'organo inquirente, disponendo l'archiviazione, provvede subito dopo alla riapertura delle indagini così da procedere a nuova annotazione dell'illecito per far decorrere nuovi termini per l'espletamento della fase investigativa.

Tutto ciò frustrerebbe l'obbligatorietà dell'azione punitiva ed il diritto dell'ente a non conservare a tempo indeterminato la qualifica di soggetto sottoposto ad indagini⁶².

3. Gli specifici atti di indagine

Le indagini preliminari prevedono l'espletamento di diverse tipologie di attività. Al processo a carico dell'ente vengono estese le disposizioni delle indagini preliminari in forza della clausola *ex art.* 34 d.lgs. 231/2001, come già si è anticipato. In relazione al compimento di atti investigativi sono quindi applicate le disposizioni sull'iniziativa della polizia giudiziaria (artt. 347-357 c.p.p.) e l'attività di indagine del pubblico ministero (artt. 358-378 c.p.p.), considerando ovviamente i limiti riguardo l'assunzione di informazioni del legale rappresentante di cui all'art. 44 d.lgs. 231/2001, oltre alle norme concernenti gli ordinari mezzi di ricerca della prova. Non bisogna dimenticare, inoltre, che il tratto impersonale della persona giuridica preclude lo svolgimento di alcuni atti investigativi improntati tipicamente sulla persona fisica: individuazione di persone, prelievo coatto di campioni biologici e adozione di misure pre-cautelari come (arresto e fermo)⁶³.

⁶² A. BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, cit., pp. 307-308.

⁶³ A. BERNASCONI, *Indagini e udienza preliminare*, in A. Presutti, A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 310.

Fondamentale importanza, nella ricostruzione del sistema di *compliance* dell'ente, riveste l'acquisizione di elementi documentali. Il pubblico ministero si avvale degli strumenti della perquisizione, ispezione e del susseguente sequestro.

L'attività dell'*inspicere* accerta la presenza di tracce o altri effetti del reato od illecito, e l'attività del *perquirere* ricerca il corpo del reato o cose pertinenti ad esso⁶⁴. Tali mezzi sono finalizzati alla raccolta non solo di elementi inerenti al reato presupposto, bensì anche documenti utili alla ricostruzione della responsabilità del soggetto collettivo. Quindi, tramite la clausola di sussidiarietà del decreto, viene consentita una perquisizione, anche successiva ma comunque autonoma rispetto a quella volta all'acquisizione di tracce di reato, orientata unicamente alla ricostruzione dei profili di responsabilità dell'ente.

L'oggetto della perquisizione non si limita all'acquisizione dei Modelli di organizzazione e gestione in formato cartaceo, i quali possono essere acquisiti senza atti intrusivi anche tramite *download* da internet. Piuttosto la perquisizione mette a disposizione del pubblico ministero e, in seguito, al giudice i documenti utili alla valutazione del concreto funzionamento del sistema di *compliance*: tra questi vi sono i verbali delle riunioni dell'organismo di vigilanza, i relativi ordini del giorno, nonché ogni altro elemento da cui risulta l'attività di tale organismo, insieme ai documenti riguardanti verifiche e accertamenti effettuati dal servizio di *internal audit*⁶⁵.

Riguardo la figura dell'intercettazione, quale atto di investigazione, esistono due differenti visioni. Da un lato, viene escluso che tale strumento di indagine possa essere esperito per l'accertamento dell'illecito amministrativo considerando i rigorosi presupposti di cui agli artt. 266 e 267 c.p.p. Le disposizioni in questione prevedono che le intercettazioni possano essere autorizzate dal giudice solo in presenza di gravi indizi di uno dei reati previsti dall'art. 266 c.p.p. escludendo il

⁶⁴ V. GREVI, *Prove*, in G. Conso, V. Grevi, M. Bargis, *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2016, p. 335.

⁶⁵ E. FUSCO, *Le indagini preliminari nei confronti degli enti: questioni controverse*, cit., p. 185.

riferimento agli illeciti amministrativi, che potrebbero comunque scaturire da uno dei reati contemplati⁶⁶.

Un altro orientamento dottrinale, preponderante, ritiene invece irragionevole distinguere tra procedimento contro la persona fisica e procedimento verso l'ente: in entrambi i casi esiste un procedimento relativo ad un reato per il quale sono ammesse le intercettazioni⁶⁷. Sarebbe difficile sostenere che la captazione di una conversazione tra un dirigente e un pubblico ufficiale, ottenuta in maniera legittima, non possa essere usata come prova anche nel procedimento a carico della persona giuridica. Considerando gli evidenti profili di connessione storica e funzionale dei due procedimenti non può invocarsi il divieto di "travaso" degli atti posto dall'art. 270 comma 1 c.p.p., così come non può esser data valenza all'art. 271 comma 1 c.p.p. che vieta l'uso di captazioni se eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge o dalle disposizioni di cui agli artt. 267 e 268 del codice di rito. Le intercettazioni divengono indispensabili, ai fini delle indagini verso il soggetto collettivo, per smascherare l'apparente autonomia dell'organismo di vigilanza ed anche per verificare l'insussistenza dei fatti impeditivi di cui all'art. 6 del decreto, i quali potrebbero essere adottati dalla difesa.

Viene resa possibile anche l'acquisizione dei tabulati telefonici ai fini dell'indagine ma con alcune precisazioni. Esiste una distinzione tra i dati del traffico telefonico risalenti ai ventiquattro mesi precedenti della richiesta e i dati relativi agli ancora antecedenti ventiquattro mesi.

I primi vengono acquisiti in forza di un decreto motivato del pubblico ministero. La richiesta può provenire dall'indagato, parti private e dal difensore dell'imputato: quest'ultimo, ai sensi dell'art. 391-*quater* c.p.p., può richiedere i tabulati direttamente al gestore.

Per ottenere i secondi è necessario il decreto motivato del giudice. Inoltre, deve essere preventivamente verificata l'esistenza di sufficienti indizi per uno dei reati

⁶⁶ A. BASSI, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, cit., p. 562.

⁶⁷ M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 595.

di cui agli artt. 407 comma 1 lett. a) c.p.p., 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 601, 602 c.p. previsti dagli artt. 25-*quater* e 25-*quinquies* del decreto.

Ai fini della ricostruzione del sistema di *compliance* dell'ente, l'organo inquirente, nel corso delle indagini preliminari, può fare ricorso anche alla consulenza tecnica. Il pubblico ministero può nominare, ai sensi dell'art. 359 c.p.p., un consulente che, grazie alle competenze tecniche, sia in grado di compiere determinati accertamenti. Nella fase delle indagini preliminari rimane preclusa al pubblico ministero la possibilità di richiedere al consulente un giudizio sull'adeguatezza dei modelli organizzativi e sulla loro attuazione. Questa valutazione rimane, in tale fase, di competenza del giudice⁶⁸.

L'organo inquirente, tramite la consulenza tecnica disposta, può acquisire informazioni utili alla definizione della posizione nell'ente rivestita dall'autore del reato. Potrà, quindi, verificare l'eventuale sua investitura delle funzioni di rappresentanza, amministrazione e direzione, gestione e controllo anche di fatto dell'ente, considerando la posizione nell'organigramma societario ed i relativi poteri conferitigli.

La consulenza potrà verificare eventuali legami tra il soggetto collettivo e le attività di soggetti che formalmente risultano estranei alla sua organizzazione. Sarà così possibile riscontrare l'integrazione dei requisiti dell'illecito amministrativo attribuito ai cd. soggetti subordinati che, in virtù di un rapporto contrattuale, sarebbero stati sottoposti a poteri di controllo e vigilanza dai cd. soggetti apicali.

Il consulente, avendo accesso ai dati contabili della società, può anche ricostruire scritture soppresse o alterate, così da determinare il prezzo o profitto del reato oggetto di confisca *ex art. 19 d.lgs. 231/2001*. Inoltre, per specifici reati presupposto, tramite la consulenza possono essere approfondite le *best practices* in materia di prevenzione verificando la loro concreta attuazione in considerazione dell'adozione ed attuazione del modello organizzativo.

⁶⁸ E. FUSCO, *Le indagini preliminari nei confronti degli enti: questioni controverse*, cit., p. 184.

In relazione all'attività di indagine legata all'assunzione delle dichiarazioni delle persone informate sui fatti, è necessario tenere in considerazione, come già anticipato, i limiti di cui all'art. 44 del decreto. Secondo il primo comma di tale disposizione sono incompatibili ad assumere la veste di testimone l'imputato del reato presupposto e la persona che rappresenta l'ente indicata nella dichiarazione di costituzione e che rivestiva tale carica anche al momento della commissione del reato. Lo stesso articolo al secondo comma prevede che, in caso di incompatibilità, il rappresentante dell'ente può essere interrogato nelle forme, i limiti e gli effetti previsti per l'interrogatorio e l'esame della persona imputata in un procedimento connesso.

Così facendo, il legislatore scongiura il rischio del conferimento strumentale di incarichi rappresentativi per poter paralizzare l'obbligo testimoniale tentando di trovare una sintesi con il diritto al silenzio riconosciuto all'ente-imputato.

Partendo dalla causa di incompatibilità *ex art. 44 d.lgs. 231/2001* e l'equiparazione dell'ente al soggetto imputato, ai fini dell'assunzione di sommarie informazioni durante le indagini, il legale rappresentante viene quindi equiparato alla persona sottoposta alle indagini così da poter essere ascoltato dalla polizia giudiziaria, previo esperimento degli avvertimenti di cui all'art. 64 c.p.p. Lo stesso rappresentante legale conserva poi la possibilità di rendere dichiarazioni spontanee alla polizia giudiziaria, in assenza del difensore, le quali però non potranno essere utilizzate come prova, ma solo ai fini delle contestazioni *ex art. 503 c.p.p.* (richiamato dall'art 350 comma 7 c.p.p.).

L'indagine non può prescindere neanche dall'ascolto di esponenti del soggetto collettivo differenti dal rappresentante legale. Il pubblico ministero, tramite il richiamo all'art. 362 c.p.p., ha la facoltà di assumere informazioni da persone che possano riportare elementi utili ai fini dell'investigazione. Così, nello specifico, sarà possibile sentire i membri dell'organismo di vigilanza in relazione all'eventuale attribuzione ed effettivo esercizio degli autonomi poteri di iniziativa e controllo, nell'ipotesi di un reato commesso da un soggetto apicale; come sarà possibile ricostruire il funzionamento del sistema organizzativo tramite l'assunzione di informazioni dai membri consulenti per la verifica delle procedure.

Diversa tesi dottrinale ritiene, differentemente, che dovrebbe essere riconosciuto il diritto al silenzio a tutti i dipendenti dell'ente⁶⁹. L'organo inquirente avrebbe, in questo modo, maggiori difficoltà nella ricostruzione completa dei fatti. Tale orientamento non è suffragato dalla mancata previsione di tali soggetti nell'art. 44 d.lgs. 231/2001 da un lato, e dalla non estendibilità dell'art. 35 del decreto per l'equiparazione alla posizione dell'imputato.

3.1 Indagini ad alta tecnologia

Profilo interessante delle indagini preliminari nei confronti dell'ente sono le indagini ad alta tecnologia. Queste ultime rappresentano un'evoluzione della fase investigativa. Come risulta da ricerche criminologiche, infatti, con l'incessante avanzare della tecnologia si è reso necessario anche un successivo adeguamento del profilo giurisdizionale. Ad un incremento dell'utilizzo del dato informatico da parte della criminalità, ha dovuto far seguito una parallela evoluzione anche in campo investigativo. Tutto ciò ha portato alla "creazione" di tre nuovi metodi di ricerca: le perquisizioni *online*, i sequestri di materiale informatico e le intercettazioni di comunicazioni (determinanti soprattutto per la prevenzione di reati in ambito societario).

Iniziando dalle perquisizioni *online*, con tale dizione si identifica l'insieme delle operazioni dirette ad «esplorare e monitorare un sistema informatico, rese possibili dall'infiltrazione segreta nello stesso che consentono sia di acquisire dati salvati sul computer e quindi precostituiti sia di captare flussi di dati in tempo reale»⁷⁰. La perquisizione si realizza tramite l'installazione di uno specifico software (*Trojan* di Stato) nell'elaboratore elettronico al fine di registrare i dati presenti nell'hard disk da remoto. Per ragioni di tutela della *privacy* è stata esclusa a priori la possibilità di

⁶⁹ H. BELLUTA, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 1024.

⁷⁰ F. IOVENE, *Le cd. perquisizioni on line tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in www.penalecontemporaneo.it.

poter captare informazioni in maniera preventiva ad un effettivo utilizzo dello stesso apparecchio elettronico. Diversamente si parlerebbe di un nuovo ed anomalo strumento investigativo di ricerca della prova a finalità esplorativa. Ne consegue che solo in presenza di una notizia di reato connessa al fondato motivo di ritenere dati, informazioni, programmi pertinenti al reato potrà essere disposta la perquisizione. Ulteriori tutele per il privato trovano il proprio formante normativo non solo nell'articolo 8 della CEDU, in relazione al rispetto della vita privata, ma anche nell'art. 7 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) che consacra il diritto al rispetto della vita privata e familiare, domiciliare e delle comunicazioni. In tal senso si è espressa anche la Corte di Cassazione affrontando il problema del cd. Captatore informatico, usato dall'autorità giudiziaria per addentrarsi nel *personal computer* ed acquisire da remoto i dati dell'*hard disk*. Nella sentenza n.16556⁷¹ le Sezioni Unite dapprima, con rinvio all'art. 234 c.p.p., hanno rifiutato la contestazione dell'opposizione di possibile applicazione della norma in materia di intercettazione di comunicazioni (art. 266 c.p.p.); hanno disconosciuto poi, la violazione degli artt. 14-15 Cost. in materia di tutela di domicilio, libertà e segretezza della corrispondenza. Alla luce degli ulteriori interventi giurisprudenziali⁷² e legislativi (d.lgs. 216/2017 in attuazione della legge n. 103/2017), si rende necessario che la perquisizione on-line, nel al rispetto delle garanzie difensive, persegua uno scopo legittimo e rispetti il principio di proporzionalità senza scalfire il nucleo essenziale del diritto.

Il sequestro della corrispondenza elettronica è previsto dal codice di procedura penale all'articolo 254-*bis*. Nella presente norma il legislatore stabilisce che l'autorità giudiziaria, nel disporre il sequestro di dati informatici detenuti dai fornitori di servizi informatici, telematici o di telecomunicazioni può richiedere che la loro acquisizione avvenga tramite copia degli stessi su adeguato supporto tecnologico assicurando la loro conformità dei dati acquisiti con quelli originali.

Il tutto è rafforzato dall'articolo 353 c.p.p. comma 3, il quale stabilisce per i preposti al servizio postale, telegrafico, telematico o di telecomunicazione di sospendere

⁷¹ Cass. Pen., sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556.

⁷² Cass. Pen. Sez. Unite, 28 aprile, 2016, n. 26889, Scurato.

l'inoltro di oggetti di corrispondenza in forma elettronica o in via telematica su ordine degli ufficiali di polizia giudiziaria.

Recenti esperienze giudiziarie analizzano l'impiego di strumenti tecnologici diretti ad acquisire tracce e notizie utili ai fini delle indagini e ad invadere sempre più spazi privati tramite compressione del diritto alla segretezza delle comunicazioni. In questo senso decisive sono le indicazioni della suprema corte nella sentenza *Solimando*⁷³ nella quale la Cassazione non ha considerato la violazione delle norme sulle rogatorie internazionali in relazione alla captazione telematiche riguardanti lo scambio di messaggi tra telefoni Blackberry con il sistema pin to pin, poiché l'attività di intercettazione, ricezione e registrazione delle telefonate è eseguita nel territorio italiano e i dati vengono acquisiti tramite ricorso alla procedura dell'instradamento⁷⁴. La Suprema Corte ha affrontato anche il tema dell'agente intrusore, sotto forma di virus informatico immesso in dispositivi privati. I giudici di legittimità hanno valorizzato le tutele poste dalla carta fondamentale definendo un divieto di impiego senza limiti del virus informatico. In relazione all'attivazione del microfono dello smartphone da remoto, trattandosi di intercettazione ambientale è obbligatorio il rispetto delle norme poste dall'art. 266 c.p.p. con la conseguenza che l'intercettazione può essere disposta solo per le captazioni di comunicazioni tra presenti in un determinato luogo. Viene quindi respinta l'ipotesi di possibile captazione da microfono di smartphone per qualsiasi tipo di comunicazione del proprietario.

⁷³ Cass. Pen. Sez. VI, 22 settembre 2015, n. 39926.

⁷⁴ F. CERQUA, *Le indagini ad alta tecnologia per il contrasto alla criminalità economica*, in Canzio, Cerqua, Luparia, *Diritto penale delle società*, cit., p. 102;

4. La conclusione delle indagini preliminari tra contestazione e inazione

Una volta conclusosi le indagini preliminari il pubblico ministero si trova di fronte all'alternativa della contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato e dell'archiviazione.

Un'ulteriore ipotesi di chiusura della fase investigativa si sostanzia nell'eventualità di un impedimento delle notificazioni al soggetto collettivo: il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di sospensione del procedimento ai sensi dell'art. 43 d.lgs. 231/2001⁷⁵.

L'archiviazione sarà meglio analizzata in seguito, ma, tratteggiando i lineamenti generali dell'istituto, si può affermare che il procedimento di archiviazione definito dall'art. 58 d.lgs. 231/2001 si discosta profondamente dal dettato codicistico.

La disposizione in questione dispone che il pubblico ministero, qualora non ravvisi i presupposti per la contestazione dell'illecito dipendente da reato all'esito della fase investigativa, emette decreto motivato di archiviazione comunicandolo al procuratore generale presso la Corte d'appello. Questi entro sei mesi, dopo aver svolto gli accertamenti indispensabili, ha la facoltà di contestare le violazioni amministrative conseguenti al reato. Il modello previsto per il procedimento a carico degli enti ricalca quello delineato per l'illecito amministrativo dall'art. 18 l. 24 novembre 1981, n. 689 secondo il quale l'autorità ricevente un rapporto relativo ad una violazione amministrativa può emettere ordinanza motivata di archiviazione qualora, all'esito delle indagini, non abbia ritenuto fondato tale accertamento.

Tramite l'istituzione di un meccanismo di archiviazione basato su un controllo interno all'ufficio dell'organo inquirente, si realizza un'importante battuta di arresto all'aspirazione dell'unitarietà del sistema processuale desumibile dall'art.

⁷⁵ M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 615.

34 d.lgs. 231/2001⁷⁶. Questa scelta del legislatore si può parzialmente spiegare alla luce della relazione ministeriale al decreto legislativo, la quale trova una nuova chiave di lettura nella volontà di semplificazione in considerazione della diversa natura della responsabilità degli enti: «è previsto un procedimento semplificato senza controllo del giudice, sull'esempio di quanto prevede l'art. 18 comma 2 l. 689/1981. Si tratta di un illecito amministrativo, per il quale non sussiste l'esigenza di controllare il corretto esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero»⁷⁷. Il decreto così sostituisce il controllo gerarchico alla verifica giurisdizionale sulla scelta abdicativa del pubblico ministero⁷⁸.

L'inazione della pubblica accusa non può essere contrastata dalla persona offesa dal reato, che come già detto in precedenza non è figura soggettiva configurabile rispetto ad un illecito amministrativo. Il potere di archiviazione comporta, inoltre, l'incompatibilità dell'art. 414 c.p.p. in tema di riapertura delle indagini preliminari. Secondo il codice di rito, ai fini di una nuova iscrizione della stessa *notitia criminis*, l'autorizzazione del giudice è susseguente ad un suo provvedimento di archiviazione già emesso. Si viene a creare la paradossale situazione in cui il pubblico ministero ha la possibilità di procedere, senza alcuna limitazione, a nuova annotazione dell'illecito e allo svolgimento di ulteriori indagini preliminari per un fatto già archiviato.

L'alternativa posta al pubblico ministero conduce alla trattazione della contestazione dell'illecito amministrativo. Secondo quanto dispone il primo comma dell'art. 59 d.lgs. 231/2001, la pubblica accusa, qualora decidesse di non disporre l'archiviazione, contesta all'ente l'illecito amministrativo dipendente da reato. La contestazione è contenuta in uno degli atti previsti dall'art. 405, comma 1 del codice di rito. La stessa contestazione, prosegue al secondo comma, contiene gli elementi

⁷⁶ G. RUTA, *Articolo 58 – Archiviazione*, di M. Levis, A. Pierini, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 1182.

⁷⁷ Relazione ministeriale al D.lgs. n. 231/2001.

⁷⁸ M. CERESA-GASTALDO, *Il “processo alle società” nel d.lgs. 8 giugno 2001, N. 231*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 63.

identificativi dell'ente, l'enunciazione, chiara e precisa, del fatto che può comportare l'applicazione delle sanzioni amministrative, con l'indicazione del reato da cui l'illecito dipende ed i relativi articoli di legge e fonti di prova.

Bisogna premettere che il pubblico ministero, proprio nei casi in cui non ritiene esistenti i presupposti per disporre l'archiviazione, notifica l'avviso di conclusione delle indagini. Viene così applicato l'art. 415-*bis* c.p.p. che permette alle parti interessate di consultare atti d'indagine: viene attuato concretamente ed ineludibilmente il diritto di difesa garantito dall'art. 24 della Costituzione. La difesa potrà infatti allegare memorie, produrre documenti e depositare la documentazione delle investigazioni difensive⁷⁹. L'adattamento dell'istituto al procedimento per la responsabilità degli enti, grazie all'art. 35 d.lgs. 231/2001, richiede che nell'avviso venga dato avvertimento riguardo la partecipazione personale alle iniziative subordinata al deposito dell'atto di costituzione *ex* art. 39 del decreto. Come nel modello di riferimento, può ben accadere che l'organo di accusa decida di chiudere il procedimento verso la società alla luce delle emergenze delle investigazioni difensive⁸⁰.

Innanzitutto, deve essere analizzata la forma di contestazione prevista dall'art. 59 con l'esercizio dell'azione penale del procedimento ordinario. Secondo la relazione ministeriale al decreto legislativo «la contestazione svolge la stessa funzione dell'imputazione rispetto alla persona fisica: addebitare ad un soggetto collettivo un illecito amministrativo a struttura complessa, con lo scopo di definire l'oggetto del processo, delimitando i confini dell'accertamento del giudice, e di mettere in grado l'ente di esercitare il diritto di difesa»⁸¹.

Il collegamento tra esercizio dell'azione penale e contestazione dell'illecito amministrativo diviene uno dei momenti nei quali è maggiormente evidenziata la

⁷⁹ M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 612.

⁸⁰ M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., pp. 158-159.

⁸¹ Relazione ministeriale al D.lgs. n. 231/2001.

simbiosi tra i due procedimenti: sia per quanto riguarda le forme della pretesa punitiva verso l'ente, sia per il contenuto dell'atto imputativo⁸².

Fermo quanto detto in merito all'atto di contestazione, discorso diverso deve essere fatto in merito all'opportunità dell'iniziativa stessa. Occorre innanzitutto partire dal disposto dell'art. 8 d.lgs. 231/2001, secondo il quale si procede all'accertamento della responsabilità dell'ente «anche quando: a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia», si rende palese una discrasia tra i due procedimenti dal punto di vista sostanziale, producendo inevitabilmente conseguenze processuali con la contestazione dell'illecito che si concretizzerà anche in assenza del parallelo procedimento penale. Così, escluso il caso di decadenza della contestazione *ex art.* 60 d.lgs. 231/2001, viene introdotto, anche grazie al riferimento agli atti indicati nell'art. 405 comma 1 c.p.p., un processo destinato esclusivamente all'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente ed alle relative sanzioni⁸³.

Se si analizza il testo dell'art. 59, si nota come il riferimento all'art. 405 c.p.p. ricomprende gli atti di esercizio dell'azione penale nel giudizio ordinario e in quelli speciali, quali la richiesta di rinvio a giudizio, la richiesta di giudizio immediato, la presentazione dell'imputato per il giudizio direttissimo, la richiesta di decreto penale di condanna e la richiesta di applicazione della pena *ex art.* 447 c.p.p.

Tra questi però non viene ricompresa la citazione diretta dell'imputato a giudizio. Dato che nel decreto legislativo 231/2001, ai sensi degli artt. 24, 25, 25-*bis*, sono individuati taluni reati presupposto rientranti nell'elenco di cui all'art. 550 c.p.p., si pone la questione su una eventuale interpretazione tassativa del dettato legislativo delegato. In dottrina prevale l'orientamento in forza del quale, facendo leva sulla

⁸² G. RUTA, *Articolo 59 – Contestazione dell'illecito amministrativo*, G. Levis, A. Pierini, cit., p. 1198.

⁸³ P. DELL'ANNO, *Art. 59 – Contestazione dell'illecito amministrativo*, A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, cit., pp. 507-509.

clausola *ex art.* 34, viene integrato l'istituto della citazione diretta a giudizio tramite l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 550 e 552 c.p.p.⁸⁴.

In merito all'esercizio dell'azione penale in altri riti speciali, autorevole dottrina ritiene invece incompatibile con il procedimento a carico del soggetto collettivo alcune forme di instaurazione del giudizio direttissimo. L'unica forma di giudizio direttissimo ricompresa tra gli atti di cui all'art. 405 c.p.p., richiamato dall'art. 59, ritenuta valida è quella disciplinata dall'art. 449 comma 5, la quale prevede la citazione a giudizio dell'imputato che ha reso confessione nei trenta giorni dalla iscrizione della notizia di reato⁸⁵.

Quanto al contenuto della contestazione, l'art. 59 co. 2° definisce gli elementi necessari che devono essere contenuti nell'atto. La disposizione prevede un contenuto simmetrico al disposto dell'art. 417 c.p.p.

Ai fini della contestazione diviene necessario realizzare un raccordo con il reato presupposto, anche qualora non si proceda verso il suo autore: normalmente si effettua un rimando all'imputazione della persona fisica; qualora questo non fosse possibile, nella contestazione deve essere presente una compiuta descrizione del reato presupposto. Inoltre, devono essere indicate le norme di legge violate, sia presupposto che fondanti la responsabilità dell'ente⁸⁶. La descrizione del fatto deve essere precisa per due importanti ragioni: viene delimitato il *thema decidendum* oggetto di pronuncia del giudice da un lato, viene assicurata all'ente la possibilità di conoscere nel dettaglio i termini dell'accusa mossa nei suoi confronti dall'altro⁸⁷.

⁸⁴ L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit., p. 314.

⁸⁵ P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., p. 100.

⁸⁶ G. RUTA, *Articolo 59 – Contestazione dell'illecito amministrativo*, G. Levis, A. Pierini, cit., p. 1201.

⁸⁷ M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 637.

La contestazione ha quindi l'obiettivo primario di fornire un quadro generale della colpa di organizzazione. Tramite l'indicazione dell'illecito amministrativo, contenitore di elementi positivi e negativi, il pubblico ministero formula una contestazione relativa al *deficit* organizzativo. Non possono essere riprodotti semplicemente i dati letterali ricavabili dagli artt. 5, 6, 7 d.lgs. 231/2001 ma deve essere chiaramente e precisamente enunciata la condotta qualificata addebitata al soggetto collettivo⁸⁸.

L'enucleazione, chiara e precisa, del fatto insieme all'indicazione del reato presupposto confermano inoltre la diversità ontologica dei due fatti. Sarà perciò necessario contornare la condotta dell'ente con ulteriori elementi dimostrativi la colpa di organizzazione come anche il riferimento all'inidoneità ed inefficacia del modello organizzativo⁸⁹. Secondo un'altra tesi non andrebbe esplicitata nella contestazione tale insufficienza o inidoneità, ricordando che invece deve sempre essere riportato il livello organizzativo, apicale o subordinato, ove il reato è stato commesso, anche in assenza dell'identificazione dell'autore persona fisica, per poter orientare le scelte e gli oneri probatori nel processo⁹⁰.

Qualora, infatti, il reato sia stato commesso da soggetti apicali, spetterà al soggetto collettivo l'onere di dimostrare l'adozione di un sistema organizzativo capace di neutralizzare la commissione di reati. Diversamente, in caso di giudicata idoneità del sistema interno alla prevenzione di reati della specie di quello commesso, viene esclusa la responsabilità dell'ente.

Discorso diverso per i soggetti sottoposti alla altrui direzione e vigilanza. La responsabilità alla persona giuridica viene ascritta, in questo caso, alla concreta

⁸⁸ D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti – il difficile equilibrio tra difesa e prevenzione*, CEDAM, Milano, 2016, pp. 191-193.

⁸⁹ D. CIMADOMO, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, cit., p. 197 - L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, cit., p. 315.

⁹⁰ G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 308.

inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza. Anche per tale categoria di soggetti, permane all'ente la facoltà di dedurre l'assenza di colpevolezza dimostrando l'adozione di adeguati modelli organizzativi: protocolli comportamentali adeguati, garanzia per lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge, sottoposti a periodica verifica per il loro costante adeguamento⁹¹.

Riguardo al regime di validità dell'atto, è necessario che venga notificato all'ente l'avviso di conclusione delle indagini preliminari come detto. La contestazione è viziata da nullità se questa non viene anche dall'invito a rendere interrogatorio al rappresentante legale che lo abbia richiesto⁹². Inoltre, basandosi sul regime di applicabilità della clausola *ex art. 34* del decreto, l'eventuale difformità della contestazione dalla fattispecie legale, in difetto dell'enunciazione chiara e precisa del fatto, dovrebbe determinare ugualmente la nullità dell'atto ai sensi degli artt. 178 ss.

La cassazione è di diverso avviso. Nella sentenza Battistella del 2007 le Sezioni Unite, in relazione ad un procedimento penale ordinario, hanno definito "abnorme" il provvedimento con il quale il giudice dell'udienza preliminare, senza richiesta di precisazioni, restituiva gli atti al pubblico ministero per genericità o indeterminatezza dell'imputazione. Non è necessario disporre la nullità dell'atto di contestazione, ma è preferibile richiamare il potere-dovere del giudice di sollecitare l'organo inquirente a riformulare, in maniera corretta, l'imputazione della persona fisica⁹³. Nel caso di specie la Cassazione ha comunque disposto la nullità dell'atto senza richiedere la riformulazione dell'imputazione da parte del pubblico ministero. Nonostante la decisione del Giudice di ultima istanza qui citata si riferisca all'udienza preliminare, è importante constatare l'indirizzo giurisprudenziale in materia di nullità degli atti di contestazione.

⁹¹ C. PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 88.

⁹² A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 319,320.

⁹³ Cass. Pen., Sez. Un., 20 dicembre 2007, n. 5307.

Questo orientamento giurisprudenziale dovrebbe avere operatività anche nel processo a carico del soggetto collettivo.

In ultimo, come accennato già in precedenza il decreto legislativo 231/2001 all'art. 60 ha inquadrato una particolare causa di archiviazione che si configura nella decadenza della contestazione. Secondo la disposizione in questione, «non può procedersi alla contestazione di cui all'articolo 59 quando il reato da cui dipenda l'illecito amministrativo dell'ente è estinto per prescrizione». La norma pone un'eccezione all'art. 8 del decreto ove è sancita l'autonomia della responsabilità dell'ente da quella della persona fisica⁹⁴. L'istituto della prescrizione di natura civilistica trova applicazione in questo procedimento nel caso in cui ripetuti atti interruttivi, come la richiesta di applicazione di misure cautelari, comportino l'impossibilità di procedere alla contestazione.

Così, in ragione della garanzia delle prerogative difensive dell'ente⁹⁵, viene introdotto un termine di decadenza per la contestazione dell'illecito amministrativo. Si tratta, perciò, di una figura processuale e non sostanziale, dato che l'estinzione è relativa all'azione del pubblico ministero e non anche all'illecito⁹⁶.

L'art. 60 rappresenta un *quid novi* rispetto all'esperienza processuale penale in senso stretto. Da un lato sono riscontrabili caratteri di omogeneità della disposizione con le leggi del processo penale (artt. 336-346 c.p.p.); dall'altro, tutelando il diritto di difesa del soggetto collettivo, viene marcata una distanza tra le due procedure⁹⁷.

Il termine di decadenza viene, dunque, legato alla prescrizione del reato presupposto. Questo comporta il sorgere di alcune controversie. La prescrizione

⁹⁴ M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 628.

⁹⁵ A. BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminari*, cit., p. 312.

⁹⁶ F. SGUBBI, *Articolo 60 – Decadenza della contestazione*, M. Levis, A. Pierini, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 1204.

⁹⁷ G. RANALDI, *Art. 60 – Decadenza della contestazione*, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, *La responsabilità degli enti*, cit., pp. 514-516.

può essere oggetto di rinuncia da parte dell'autore del reato, il che porterebbe l'ente a subire la volontà della persona fisica. La questione è delicata, se si pensa che l'intenzione del legislatore, esplicitata dall'art. 8 comma 2 d.lgs. 231/2001, era quella di evitare certi accadimenti.

Inoltre, il richiamo alla prescrizione porta all'esclusione di ulteriori cause di decadenza di estinzione del reato. Ciò sarebbe certamente ragionevole in caso di morte del reo, meno ragionevole in caso di estinzione del reato per oblazione (ad esempio alcune fattispecie di cui all'art. 25-*undecies*) o remissione della querela⁹⁸.

Il pubblico ministero, ricorrendo i presupposti della decadenza di cui all'art. 60, ha l'obbligo di procedere all'archiviazione delle indagini. Nel caso in cui ciò non si verificasse, il giudice, rilevata l'inammissibilità della contestazione effettuata dall'organo inquirente, emette sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere a seconda che il giudizio sia stato instaurato in esito all'udienza preliminare o per citazione diretta.

⁹⁸ F. SGUBBI, *Articolo 60 – Decadenza della contestazione*, cit., p. 1206.

5. L'udienza preliminare

Concluse le indagini preliminari per il mezzo della contestazione dell'illecito amministrativo, con la richiesta di rinvio a giudizio si apre la fase dell'udienza preliminare. La disciplina dell'udienza preliminare ricalca il dettato codicistico in assenza di previsioni derogatrici. L'art. 61 d.lgs. 231/2001, infatti, è rivolto esclusivamente ai provvedimenti terminativi dell'udienza.

Secondo il modello del codice di rito, la richiesta di rinvio a giudizio deve essere depositata dal pubblico ministero presso la cancelleria del giudice insieme al fascicolo contenente le risultanze dell'indagine preliminare, comprese le eventuali allegazioni prodotte dalla difesa e dall'organo inquirente⁹⁹. La disposizione di cui all'art. 416 comma 2 c.p.p. assicura all'ente, all'imputato ed al giudice la possibilità di conoscere il materiale su cui si fonda la richiesta di rinvio a giudizio prima dell'instaurazione dell'udienza preliminare.

Inoltre, nel caso previsto dall'art. 130 disp. att. c.p.p. per un'azione "cumulativa", la richiesta di rinvio a giudizio può essere contenuta in un atto che ingloba sia la contestazione verso l'imputato sia quella nei confronti dell'ente.

Una volta depositata la richiesta di rinvio a giudizio, il giudice è obbligato a emettere il decreto di fissazione dell'udienza in camera di consiglio entro cinque giorni. L'udienza dovrà celebrarsi entro trenta giorni dal deposito in questione secondo quanto definito dall'art. 418 c.p.p.

L'ente partecipa al procedimento tramite l'atto di costituzione (art. 39 comma 2 d.lgs. 231/2001); qualora manchi tale atto si applica il regime delle notificazioni secondo le forme del codice di procedura civile ai sensi dell'art. 154 comma 3 c.p.p.

⁹⁹ A. DIDI, *Art. 61 – Provvedimenti emessi nell'udienza preliminare*, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 517.

Secondo autorevole dottrina il rinvio si ritiene operante anche per le notificazioni successive alla prima, cui è fatto esclusivo riferimento¹⁰⁰.

L'atto di costituzione dell'ente deve contenere, a pena di inammissibilità, la dichiarazione o elezione di domicilio. Qualora, già in precedenza, fosse stato indicato il domicilio, il giudice dovrà verificare l'avvenuta regolarità della notifica¹⁰¹. In assenza di costituzione, come detto, vanno rispettate le norme nel codice di procedura civile in tema di notificazioni. In particolare, il giudice dovrà verificare che l'atto sia stato notificato tramite consegna al rappresentante o ad altra persona addetta, nella sede della persona giuridica o dell'ente senza personalità giuridica¹⁰².

L'avviso di fissazione dell'udienza preliminare deve contenere, a pena di nullità, anche l'avvertimento espresso che, in caso di mancata costituzione, l'ente sarà giudicato in contumacia. Di contro, nell'evenienza in cui l'ente si sia regolarmente costituito ma il suo rappresentante legale non sia comparso, il soggetto collettivo sarà rappresentato dal suo difensore di fiducia o d'ufficio¹⁰³.

Per tali ragioni, il giudice deve assicurarsi che la persona giuridica abbia avuto effettiva conoscenza della fissazione dell'udienza. Per la prima fase di costituzione delle parti si ritengono, dunque, applicabili gli artt. 420, 420-bis in materia di rinnovo degli avvisi¹⁰⁴.

¹⁰⁰ M. CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, N. 231*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 26.

¹⁰¹ G. GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 296.

¹⁰² P. CORVI, *La disciplina delle notificazioni all'ente*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 202.

¹⁰³ G. VARRASO, *sub art. 41 D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IPSOA, Milano, 2017, p. 7176.

¹⁰⁴ L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit., p. 318.

Una novità assoluta viene introdotta dall'art 43 comma 2 d.lgs. 231/2001 nei casi di irreperibilità dell'ente. Nei casi in cui si potesse procedere alla notificazione con le modalità dei commi 1 e 2 dell'articolo citato a causa delle difficoltà nel rintracciamento del legale rappresentate o nell'individuazione della sede sociale, il giudice deve disporre nuove ricerche. Se le ricerche danno esito negativo, il pubblico ministero chiede all'autorità giudiziaria di disporre la sospensione del procedimento¹⁰⁵.

Una questione problematica sorge in relazione alla notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare alla persona offesa. Questo problema è risolto nei casi in cui viene celebrato un *simultaneus processus*, visto che tale obbligo sarebbe assicurato mediante l'applicazione dell'art. 419 comma 1 c.p.p.

Allorquando, di contro, venisse celebrato il solo processo a carico del soggetto collettivo, sorgerebbe il dubbio sull'operatività di questo obbligo. Le soluzioni al quesito sono attuabili in relazione all'orientamento giurisprudenziale che si preferisce circa l'ammissibilità della costituzione di parte civile. La tesi dominante, però, come visto in precedenza, esclude questo riconoscimento e di conseguenza la possibilità di notificazione alla persona offesa¹⁰⁶.

Conclusi gli accertamenti legati alla costituzione delle parti si apre la fase della discussione. In questo frangente dell'udienza preliminare all'ente sono riconosciute tutte le facoltà connesse al diritto di difesa materiale. Dovrà trovare, perciò, applicazione il dettato dell'art. 419 comma 2 c.p.p. in forza del quale l'imputato può rendere dichiarazioni spontanee o essere sottoposto ad interrogatorio.

Nel corso della discussione è possibile che il giudice proceda all'indicazione di ulteriori indagini che dovranno essere svolte dal pubblico ministero: viene assegnato un termine per il loro compimento e viene fissato il rinvio dell'udienza. Nell'udienza di rinvio sono espletati atti istruttori ulteriori che potrebbero essere

¹⁰⁵ M. BARESI, *L'udienza preliminare*, in A. Bernasconi, *Il processo penale de societate*, cit., p. 270.

¹⁰⁶ A. DIDI, *Art. 61 – Provvedimenti emessi nell'udienza preliminare*, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 519.

decisivi ai fini dell'emissione della sentenza di non luogo a procedere nei confronti dell'ente. I poteri istruttori riconosciuti al giudice sono infatti diretti a valutare i presupposti per il proscioglimento, realizzando una tutela verso l'imputato/indagato¹⁰⁷.

Non si ritiene incompatibile con il procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente l'applicazione dell'art. 423 c.p.p. in tema di modificazione della contestazione. Il pubblico ministero può modificare la contestazione nei casi di mutamento degli elementi costitutivi dell'illecito o in presenza di un illecito connesso ai sensi dell'art. 12 comma 1 lett. b) c.p.p. Così alla modifica dell'imputazione a carico della persona fisica deve accompagnarsi un corrispondente riassetto dell'addebito mosso all'ente. Su tale istituto, diversa tesi nega un simile collegamento dubitando della correttezza di una lettura dei rapporti tra illeciti amministrativi sulla falsariga di quelli individuati fra reati¹⁰⁸.

Ulteriore distinzione va evidenziata tra fatto nuovo e fatto diverso. L'illecito diverso presenta solo delle difformità legate alle modalità di realizzazione della condotta del fatto già contestato; diversamente è nuovo l'illecito che per le modalità di esercizio dell'azione o dell'evento ed i riferimenti spazio temporali differisce da quello attribuito. Se dalle nuove indagini disposte risulti un fatto nuovo, il pubblico ministero, con il necessario consenso dell'ente, può richiedere al giudice l'autorizzazione ad una nuova contestazione.

Come detto, l'art. 61 ha lo scopo principale di adattare gli epiloghi dell'udienza preliminare ad alcune caratteristiche del procedimento a carico del soggetto collettivo.

La disposizione al 1° comma enuclea le ipotesi nelle quali si deve pervenire a sentenza di non luogo a procedere oltre a richiamare l'applicazione dell'art. 426

¹⁰⁷ A. BASSI, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, cit., pp. 596-597.

¹⁰⁸ M. TIRELLI, *I procedimenti speciali*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., pp. 334-335.

c.p.p. Analizzando i singoli casi in cui viene emessa sentenza di non luogo a procedere si parte dall'ipotesi di estinzione della sanzione amministrativa.

L'estinzione è prevista, in un primo caso, nel momento in cui la sanzione amministrativa dipendente da reato sia andata prescritta. La prescrizione delle sanzioni amministrative è delineata dall'art. 22 d.lgs. 231/2001 che al 1° comma fissa il termine di prescrizione a cinque anni dalla data di consumazione del reato.

Gli unici atti che possono interrompere il decorso prescrizionale sono la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e la contestazione dell'illecito amministrativo¹⁰⁹. Causa di estinzione della sanzione amministrativa può essere anche la decadenza della contestazione così come il caso di cancellazione della società dal registro delle imprese a seguito di scioglimento o di estinzione.

La sentenza di non luogo a procedere viene emessa anche in caso di improcedibilità. L'ipotesi in questione racchiude le casistiche riferite agli artt. 4, 8, 37 e 60 d.lgs. 231/2001. Nello specifico, l'art. 4 del decreto al secondo comma definisce l'improcedibilità verso l'ente in mancanza della richiesta del Ministro della giustizia; L'art. 8 comma 2 prevede che, anche nei casi in cui l'imputato rinunci all'amnistia, non si procederà verso l'ente; L'art. 37 ribadisce l'improcedibilità all'accertamento dell'illecito amministrativo in mancanza di una condizione di procedibilità e si chiude con l'art. 60 che, come detto, non contempla la contestazione in caso di estinzione del reato per prescrizione.

Secondo autorevole dottrina l'ultimo articolo citato non dovrebbe essere annoverato tra le cause di emissione della sentenza di non luogo a procedere¹¹⁰.

Diversamente sia la successione di leggi con l'abolizione del reato presupposto o della responsabilità amministrativa ad esso connessa e il *bis in idem* sullo stesso

¹⁰⁹ F. & M. CECCONI, *Articolo 61 – Provvedimenti emessi nell'udienza preliminare*, in G. Levis, A. Pierini, cit., p. 1210.

¹¹⁰ A. DIDDI, *Art. 61 – Provvedimenti emessi nell'udienza preliminare*, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 524.

illecito contestato possono rappresentare cause di proscioglimento di natura processuale¹¹¹.

Prosegue l'art. 61 ad elencare le cause dell'emissione della sentenza a non luogo a procedere trattando dell'insussistenza dell'illecito. Sono qui considerate le vicissitudini che incidono sugli elementi del reato e sull'imputabilità dell'illecito dell'ente¹¹². Non sussiste, dunque, l'illecito amministrativo nei casi di proscioglimento dell'imputato del reato presupposto secondo le formule il fatto non sussiste, perché non costituisce reato o perché non previsto dalla legge come reato. La formula assolutoria viene applicata anche ove la responsabilità amministrativa è esclusa in forza degli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari, i quali hanno dimostrato la correttezza del comportamento tenuto dall'ente tramite l'adozione del modello di organizzazione gestione e controllo ai sensi dell'art. 6, lett. a) d.lgs. 231/2001. Allo stesso modo se la condotta incriminata viene ricondotta ad un soggetto che avrebbe agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi (art. 5 comma 2 d.lgs. 231/2001) o se si riscontra un recesso attivo nel caso di delitto tentato (art. 26 comma 2 d.lgs. 231/2001) viene sempre emessa sentenza di non luogo a procedere.

L'ultimo caso di emissione di tale sentenza è legato alla insufficienza, contraddittorietà, o inidoneità degli elementi acquisiti a sostenere in giudizio la responsabilità dell'ente. Viene ripreso l'art. 425 c.p.p. co. 3°. In questo modo viene equiparata l'esistenza della prova di non colpevolezza, connessa all'insussistenza dell'illecito, alla mancanza della prova di responsabilità. In questo frangente il giudice ha il potere/dovere di disporre l'assunzione di ulteriori mezzi di prova ritenuti decisivi per la sua decisione finale. Viene valutata l'adozione dei modelli organizzativi e gli esiti dell'attività investigativa dalla quale può risaltare l'esistenza di un fatto impeditivo. Così l'autorità giudiziaria, all'esito dell'attività

¹¹¹ A. BASSI, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, cit., pp. 600-601.

¹¹² Relazione ministeriale al D.lgs. n. 231/2001.

inconcludente del pubblico ministero, coniugando le regole di giudizio ai criteri di imputazione oggettiva e soggettiva, pronuncia sentenza di non luogo a procedere¹¹³.

L'art. 61 rimanda alla disciplina dell'art. 426 c.p.p. in merito al contenuto della sentenza di non luogo a procedere. Tale provvedimento dovrà quindi presentare i seguenti elementi: l'intestazione in nome del popolo italiano e l'indicazione dell'autorità che l'ha pronunciata; le generalità dell'imputato (ente) o altre indicazioni personali utili all'identificazione e le generalità delle altre parti private; l'imputazione; l'esposizione sommaria dei motivi di fatto e di diritto su cui si fonda la decisione; il dispositivo e l'indicazione degli articoli di legge applicati; la data e sottoscrizione del giudice. Secondo autorevole dottrina l'eventuale omissione di uno dei requisiti citati comporterebbe la nullità della sentenza in conformità con il disposto dell'art.426 comma 3 c.p.p.¹¹⁴.

Riguardo le impugnazioni della sentenza si ritiene applicabile l'art. 428 c.p.p., in forza del quale, tramite la clausola di cui all'art. 34 del decreto, può essere proposto il solo ricorso per cassazione¹¹⁵. Il codice di rito legittima sicuramente il procuratore della Repubblica e il procuratore generale ad esperire tale mezzo di impugnazione. L'ente viene legittimato solo nei casi in cui, come per l'imputato persona fisica, la sentenza di non luogo a procedere sia totalmente liberatoria riprendo la formula dell'art. 61 «l'illecito amministrativo non sussiste»¹¹⁶. Infine, tramite l'applicazione dell'art. 434 c.p.p., può essere applicata la revoca alla sentenza in questione.

Il secondo comma dell'art. 61 d.lgs. 231/2001 definisce la seconda tipologia di atto conclusivo dell'udienza preliminare: il decreto che dispone il giudizio.

¹¹³ A. BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, cit., p. 314.

¹¹⁴ A. BASSI, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, cit., p. 604; F. & M. CECCONI, *Articolo 61 – Provvedimenti emessi nell'udienza preliminare*, cit., p. 1214; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 190.

¹¹⁵ G. SPANGHER, *Le impugnazioni*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 378.

¹¹⁶ A. DIDI, *Art. 61 – Provvedimenti emessi nell'udienza preliminare*, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 527.

Il giudice dell'udienza preliminare, nei casi in cui non ritiene di pronunciare sentenza di non luogo a procedere, emette il decreto che cita in giudizio l'ente. La disposizione elenca tutti i requisiti che, a pena di nullità, devono comporre il decreto di disposizione: la contestazione dell'illecito amministrativo; l'enunciazione in forma chiara e precisa del fatto che può comportare l'applicazione di sanzioni; l'indicazione del reato presupposto e i relativi articoli di legge; le fonti di prova e gli elementi identificativi dell'ente.

Il giudice dovrà, quindi, indicare gli articoli di legge del d.lgs. 231/2001 oggetto di imputazione, enunciare il fatto storico e specificare il reato contestato alla persona fisica. Le fonti di prova che devono essere indicate sono relative sia al reato presupposto sia al fatto da cui scaturisce la responsabilità dell'ente. Il giudice potrà indicare, in caso di reato commesso da soggetti apicali, solo gli elementi dotati di idoneità probatoria; di contro, in presenza di reato commesso da soggetto subordinato, sarà necessario uno sforzo rappresentativo ulteriore¹¹⁷.

Al riguardo, risulta particolare la previsione "a pena di nullità" volendo il legislatore in tal modo fornire una garanzia maggiore all'ente rispetto all'imputato persona fisica¹¹⁸. Per l'ultimo punto è necessaria l'individuazione del soggetto collettivo tramite la denominazione e la forma giuridica oltre la sede sociale.

Con il generale richiamo alle norme del codice di procedura penale, devono essere indicati, nel decreto che dispone il giudizio, il giudice, il luogo, il giorno e l'ora di comparizione, la sottoscrizione del giudice e del suo ausiliare oltre che il dispositivo¹¹⁹. Inoltre, nel decreto deve essere posto l'avvertimento che qualora

¹¹⁷ G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 190

¹¹⁸ L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit., p. 322.

¹¹⁹ A. BASSI, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, cit., p. 606.

l'ente non si sia già costituito ai sensi dell'art. 39 d.lgs. 231/2001, questo sarà giudicato in contumacia¹²⁰.

Almeno venti giorni prima della data del giudizio deve essere notificato il decreto in questione all'ente contumace. Non è necessaria invece la notifica del decreto alla persona offesa. Nel caso in cui l'ente sia di diritto straniero è obbligatoria la traduzione del decreto di rinvio a giudizio. Il regime della nullità, in caso di difetto di uno dei requisiti previsti dall'art. 61 comma 2, si basa sugli artt. 178-179 c.p.p., in merito a vizi che incidono sulla *vocatio in ius*, le carenze riguardo l'accusa e l'identificazione dell'ente, mentre per i vizi riguardanti l'indicazione delle fonti di prova viene fatto riferimento al combinato disposto degli artt. 178-180 c.p.p.

Per chiudere, il giudice, dopo aver emesso il decreto di rinvio a giudizio, provvede alla formazione del fascicolo per il dibattimento. Negli atti da inserire in tale fascicolo può essere ricompresa l'eventuale dichiarazione di costituzione del soggetto collettivo.

¹²⁰ A. BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, cit., p. 318.

CAPITOLO III

Questioni problematiche

1. La costituzione dell'ente nella fase delle indagini preliminari

Cominciamo ad analizzare i profili problematici riscontrati nella fase delle indagini preliminari. Parlando della costituzione dell'ente si deve partire dalla partecipazione dello stesso al processo. Il soggetto collettivo partecipa tramite il rappresentante legale o un mandatario munito di apposita delega. Le garanzie del processo cui partecipa l'ente sono attuate tramite l'art. 35 d.lgs. 231/2001. Questa disposizione equipara il soggetto collettivo all'imputato prevedendo un'estensione della disciplina processuale e delle relative garanzie fin quanto compatibili. Tale estensione non è assoluta ed è relativa all'ente, non al suo rappresentante legale, potendosi dunque creare una dicotomia tra le posizioni dei due soggetti¹²¹.

Fondamentale, in tale contesto, è l'art. 39 d.lgs. 231/2001. La disposizione prevede che l'ente partecipi al procedimento penale tramite un rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato presupposto. Per l'individuazione del soggetto munito dei poteri di rappresentanza è necessario effettuare un rinvio alla normativa civilistica.

Il rappresentante legale non viene comunque interamente parificato all'imputato bensì, venendo qualificato ora come teste ora come imputato, viene sottoposto ad un regime ibrido¹²². Ulteriore considerazione è legata alla clausola di salvezza, la quale è stata inserita nel testo normativo al fine di scongiurare da un lato l'insanabile

¹²¹ G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 466.

¹²² P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., pp. 227-228.

conflitto di interessi che si sarebbe creato in giudizio¹²³, dall'altro il rischio di dichiarazioni autoincriminatorie in violazione del principio *nemo tenetur se detegere*. Qualora si concretizzasse una situazione di conflitto di interessi, non avendo il legislatore definito alcunché al riguardo, all'ente sarebbe rimessa la scelta della soluzione più idonea per contrastare il difetto legale di rappresentanza, questione che sarà ripresa successivamente¹²⁴.

Il secondo comma dell'art. 39 definisce le modalità di costituzione dell'ente. Queste sono simili alle norme che definiscono la partecipazione delle figure diverse dall'imputato, in particolare il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria, al procedimento penale¹²⁵. La costituzione dell'ente, avente valore informativo, deve contenere determinati elementi a pena di inammissibilità. In particolare, devono essere indicati: la denominazione dell'ente e le generalità del legale rappresentante, il nome e cognome del difensore e l'indicazione della procura, la sottoscrizione del difensore, la dichiarazione o l'elezione di domicilio necessari anche per l'esercizio del diritto di autodifesa dell'ente¹²⁶.

Nell'analisi del testo dell'art. 39 numerosi esponenti della dottrina giuridica hanno evidenziato un collegamento della fase di costituzione dell'ente con le indagini preliminari. Nella lettura del comma 4 dell'art. 39, il quale prevede l'ipotesi di rappresentanza dell'ente tramite il difensore, si nota come la procura debba essere depositata nella segreteria del pubblico ministero, il che espliciterebbe un collocamento nelle indagini preliminari del primo momento utile per la costituzione¹²⁷.

¹²³ M. CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 24.

¹²⁴ A. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, cit., p. 533.

¹²⁵ G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 146.

¹²⁶ H. BELLUTA, *Art. 39 – Rappresentanza dell'ente*, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 365.

¹²⁷ P. DI GERONIMO, *Aspetti processuali del d.lg. n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, in *Cassazione Penale*, n. 12, 2002, p. 1570.

Altra autorevole dottrina evidenzia come, nonostante il richiamo alla cancelleria dell'autorità giudiziaria come luogo di deposito della dichiarazione di costituzione dell'ente sembrerebbe evocare una subordinazione della partecipazione all'instaurazione di una fase processuale vera e propria, l'utilizzo delle locuzioni "partecipazione al procedimento" e "autorità procedente" debbano far prevalere la tesi dominante in forza della quale il soggetto collettivo ha la possibilità di intervenire nel rito a suo carico sin dalla fase delle indagini preliminari¹²⁸.

Sulla questione è comunque presente un dibattito. L'art. 39 d.lgs. 231/2001 viene sottoposto ad innumerevoli interpretazioni. Partendo da un'interpretazione letterale proposta in dottrina¹²⁹, la possibilità di applicare le norme in materia di costituzione dell'ente già a partire dalla fase delle indagini preliminari potrebbe essere vista sotto una luce apparentemente negativa.

Prima di tutto varrebbe la motivazione legata all'esigenza di garantire sin da subito all'ente il suo diritto di difesa. L'atto di costituzione *ex art. 39 cit.* non è condizione per l'esercizio del diritto di difesa dell'ente. Nel caso in cui il soggetto collettivo non si costituisse questo provocherebbe la sua contumacia, *status* che non intaccherebbe l'esercizio del diritto di difesa. Verrebbe così meno anche l'ipotetica equiparazione dell'ente alle parti del rapporto civilistico di danno.

A sostegno di questa opinione dottrinale vi è il rimando nel 2° comma dell'art. 39 alla cancelleria dell'autorità giudiziaria. Non essendo stata indicata la segreteria, cui è addetto il pubblico ministero, come luogo di deposito della dichiarazione di costituzione, il riferimento al giudice, che opera di regola nella fase processuale, fa sì che si escluda l'applicazione dell'articolo in questione alla fase predibattimentale. Inoltre, anche leggendo la disposizione alla luce dei principi costituzionali, ed in particolar modo sul diritto di difesa (art. 24 Cost.), non si addiverrebbe alla necessità di applicazione delle norme sulla costituzione dell'ente in fase di indagine preliminare. La partecipazione dell'ente, infatti, nella fase preliminare è sempre garantita. L'ente, come l'indagato, subisce gli accertamenti investigativi, viene

¹²⁸ P. MOSCARINI, *I principi generali del procedimento penale de societate*, in *Diritto penale e processo*, n.10, 2011, p. 1271.

¹²⁹ D. POTETTI, *Se la disciplina di cui all'art. 39 D.l.vo n. 231/2001 (costituzione dell'ente) si applichi anche alla fase delle indagini preliminari*, in *Archivio nuova procedura penale*, n. 4, 2013, pp. 362-367.

chiamato a rendere interrogatorio o sottoposto a misure cautelari reali o interdittive. Il soggetto collettivo partecipa dunque necessariamente e inevitabilmente alle indagini preliminari, ed il loro svolgimento non sarebbe in nessun caso compromesso da una ipotetica mancata costituzione dell'ente.

Di diverso avviso altro Autore che ritiene la costituzione dell'ente *ex art. 39* l'unica soluzione possibile che permetterebbe al soggetto collettivo di esercitare tutti i suoi diritti difensivi, compresa la nomina del difensore di fiducia ai sensi dell'art. 100 c.p.p.¹³⁰. Per questo orientamento è necessario che la partecipazione dell'ente al procedimento penale sia garantita dal rappresentante legale, il quale non potrà mai essere la persona indagata o imputata del reato presupposto. In caso contrario, ne deriverebbe l'inefficacia di tutti gli atti compresi da lui compiuti, tra cui la nomina del difensore di fiducia¹³¹, anche in virtù della Sentenza Caporello¹³². Tale sentenza, che sarà meglio analizzata in seguito, ha riconosciuto all'ente la possibilità di disconoscere l'operato del suo rappresentante incompatibile anche in merito alla nomina della difesa.

Al fine di dirimere le controversie in merito alla questione della eventuale costituzione dell'ente a partire dalle indagini preliminari è intervenuta la Suprema Corte a Sezioni Unite con una sentenza del 2015¹³³.

La Cassazione ha emesso la sentenza affrontando inizialmente la problematica riguardante l'ammissibilità della richiesta di riesame (*ex art. 324 c.p.p.*) proposta dal difensore di fiducia in assenza di una formale costituzione dell'ente ai sensi dell'art. 39 d.lgs. 231 /2001, passando poi ad analizzare la possibilità di nomina di un difensore di fiducia per il rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto.

¹³⁰ E. FUSCO, *Le indagini preliminari nei confronti degli enti: questioni problematiche*, cit., p. 180.

¹³¹ G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed "eterointegrazione"*, in *Cassazione penale*, n. 04, 2010, p. 1384.

¹³² Cass. Pen. Sez. VI, 28 ottobre 2009, n. 41398.

¹³³ Cass. Pen. Sez. Un., 28 luglio 2015, n. 33041.

Vengono analizzati casi precedenti oggetto di decisione della Suprema Corte. Da un lato, nella sentenza *Quisqueyana*, viene riconosciuto il diritto incondizionato dell'ente indagato alla nomina di un difensore di fiducia a prescindere dalla costituzione del soggetto collettivo nel procedimento; dall'altro, una negazione di qualsiasi legittimazione del difensore di fiducia in assenza della costituzione ai sensi dell'art. 39 (sent. A.R.I. International).

Le Sezioni Unite ritengono applicabile l'art. 39 alla fase predibattimentale poiché «La scansione delle fasi descritte a partire dall'art. 34, in poi, con la precisa rievocazione di quella delle indagini preliminari, della udienza preliminare e del giudizio e con la esatta riproduzione della distinzione della fase procedimentale da quella processuale vera e propria, rende evidente come l'istituto della "costituzione nel procedimento" e il suo carattere di "onere" sia destinato a spiegare pienamente i propri effetti già per l'esercizio delle facoltà spettanti nella fase delle indagini preliminari».

Secondo la Cassazione, ancora, la previa costituzione dell'ente è necessaria in quanto l'ente, in virtù della propria natura differente dalla persona fisica, ha la possibilità di avvalersi di articolati mezzi di esternazione della propria volontà e di osteggiare l'eventuale conflitto di interessi quanto prima.

Il modello partecipativo delineato dall'art. 39 del decreto potrebbe essere però intaccato e rimanere un *flatus vocis*, a causa della rapidità e sorpresa dell'iniziativa investigativa dell'organo inquirente. I Giudici di legittimità fanno riferimento agli atti della polizia giudiziaria degli artt. 352 (perquisizioni), 353 (acquisizione plichi e corrispondenza), 354 (accertamento urgenti sui luoghi) c.p.p., oltre alle perquisizioni e sequestri del pubblico ministero ovverosia tutte quelle operazioni a cui il difensore ha diritto di assistere e i cui verbali sono depositati in cancelleria

per consentire l'espletamento delle attività difensive ai sensi degli artt. 356, 366 c.p.p.¹³⁴.

Nei casi di atti a sorpresa del pubblico ministero, però, ci sarebbe la possibilità per il rappresentante legale di nominare il difensore di fiducia *ex art. 96 c.p.p.*, a prescindere dalla costituzione dell'ente. Tutto ciò viene limitato dall'informazione di garanzia. Quest'ultima, disciplinata dall'art. 57, incide profondamente sulle scadenze temporali della fase investigativa¹³⁵. Proprio in ragione della previsione di un avvertimento all'ente nel quale si richiede la deposizione della dichiarazione di cui all'art. 39 ai fini della partecipazione al procedimento, la disposizione svolge la funzione di allertare l'ente riguardo al fatto che non si versa più in una situazione di imprevedibilità e urgenza incompatibile con i tempi utili alla costituzione nel dibattimento. Nel momento in cui la persona giuridica decide di non costituirsi, nonostante la notificazione dell'informazione di garanzia, viene meno la legittimazione del difensore nominato con immediato subentro del difensore d'ufficio.

Vengono, comunque, evidenziate delle lacune in alcuni passaggi della decisione della Suprema Corte. Per primo si considerano le eventuali difficoltà che sorgerebbero, in caso di atti a sorpresa del pubblico ministero, qualora il rappresentante legale, incaricato di nominare il difensore, fosse anch'egli indagato e venisse a conoscenza del procedimento a suo carico insieme all'ente. Dato che l'informazione di garanzia viene notificata contestualmente al compimento dell'atto cui il difensore ha diritto di assistere, il soggetto collettivo si dovrebbe avvalere obbligatoriamente dell'assistenza difensiva d'ufficio. Questo comporterebbe una lesione del diritto di difesa dell'ente sempreché non venga

¹³⁴ G. VARRASO, *Il "compromesso" delle sezioni unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente "incolpato" nel procedimento*, in *Cassazione penale*, n.01, 2016, p. 75.

¹³⁵ E. GALLUCCI, *Modalità di esercizio delle facoltà difensive da parte dell'ente indagato. La suprema corte individua una soluzione ragionevole e rispettosa dei diritti dell'ente*, in *Cassazione penale*, n.01, 2016, p. 68.

concessa un'estensione temporale dei termini per potersi organizzare ed individuare un rappresentante legale abilitato alla nomina del difensore di fiducia¹³⁶.

Un secondo aspetto critico della decisione in questione riguarda anche il disconoscimento dell'assistenza difensiva fiduciaria dell'ente per mancata costituzione nel dibattimento anche a seguito della ricezione dell'informazione di garanzia. Questa conclusione sembra scontrarsi con la generica estensione delle garanzie dell'imputato all'ente, in ragione della generale clausola *ex art. 35 d.lgs. 231/2001*, la quale permetterebbe la libera nomina di almeno due difensori di fiducia ai sensi dell'art. 66 c.p.p.¹³⁷. Non si vede la ragione per cui, da un lato, debba essere escluso che tutti gli atti che il codice di rito non riserva all'imputato non possano essere compiuti dal difensore di fiducia senza l'esigenza di costituirsi¹³⁸, e dall'altro, debba riconoscersi un potere così discrezionale ed esorbitante all'organo inquirente, che con la possibilità di limitare l'attività difensiva si pone come maggiore antagonista dell'ente indagato.

¹³⁶ G. GARUTI, *Responsabilità amministrativa degli enti – Partecipazione dell'ente al procedimento di impugnazione delle misure cautelari reali*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 11, 2015, pp. 2496-2499.

¹³⁷ H. BELLUTA, *Artt. 34-43*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo*, cit., p. 374.

¹³⁸ G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed "eterointegrazione"*, cit., p. 1385.

2. Conflitto di interessi tra ente e rappresentante legale

Altra questione complicata nel sistema di accertamento della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche è quella legata al conflitto di interessi tra ente e rappresentante legale. A norma dell'art. 39 comma 1, come detto, l'ente partecipa al procedimento per il tramite del suo rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. Si tratta di una clausola di salvezza che cerca di evitare da un lato questa situazione conflittuale tra ente e rappresentante legale, e dall'altro che quest'ultimo possa rendere dichiarazioni autoincriminatorie in violazione del principio *nemo tenetur se detegere*¹³⁹. La conflittualità tra il soggetto collettivo e l'imputato si evince dal semplice richiamo dei presupposti della responsabilità dell'ente racchiusi negli artt. 5, 6 e 7 d.lgs. 231/2001. Sia che il soggetto imputato rivesta una posizione apicale all'interno dell'ente, sia che si tratti di persona sottoposta alla vigilanza dei soggetti in posizione di vertice, qualora venissero rispettati i criteri e fossero presenti gli elementi richiesti per l'efficace attuazione dei modelli organizzativi, la responsabilità non verrebbe ascritta alla persona giuridica. L'ente, infatti, ha tutto l'interesse a dimostrare l'avvenuta elusione fraudolenta dei modelli organizzativi, mentre l'imputato, per eliminare l'elemento psicologico del reato, tende a provare che il suo comportamento fosse legittimo¹⁴⁰.

L'incompatibilità del rappresentante legale alla rappresentazione dell'ente costituisce una seria limitazione del diritto di difesa del soggetto collettivo, soprattutto in presenza di società di piccole dimensioni impossibilitate ad individuare al loro interno un soggetto dotato di capacità gestionale ed autonomia. Al contrario, negli enti di grandi dimensioni, ove la rappresentanza è attribuita ad una pluralità di amministratori, deve essere effettuata un'analisi sulla base della

¹³⁹ A. BASSI, *Disposizioni generali sul procedimento*, cit., p. 533.

¹⁴⁰ P. DI GERONIMO, *Aspetti processuali del d.lg. n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, cit., p. 1568.

normativa civilistica in tema di rappresentanza congiunta o disgiunta al fine di valutare le cause di incompatibilità collegate al potere di agire.

Il conflitto di interessi, in particolare, si ripercuote sul piano processuale e sulla compatibilità tra la linea difensiva dell'imputato persona-fisica e quella dell'ente¹⁴¹.

Sulle possibili soluzioni a tale *impasse* suscita stupore il silenzio del legislatore che ha preferito non individuare rimedi, lasciando libera iniziativa alla persona giuridica con delle proprie scelte autonome e discrezionali¹⁴².

Secondo il modello francese l'autorità giudiziaria, in presenza di un conflitto di interessi, dovrebbe nominare un mandatario di giustizia. Nel sistema italiano l'ente potrà confermare la struttura rappresentativa, non costituendosi nel procedimento, nominare un nuovo rappresentante legale, o infine nominare un nuovo rappresentante legale *ad litem* con poteri limitati alla gestione del processo.

Adottando la prima soluzione il soggetto collettivo non dovrà addivenire ad alcuna "rivoluzione" della propria struttura organizzativa. Di contro, non essendo costituito in giudizio, l'ente dichiarato contumace non è presente nel procedimento di accertamento della responsabilità penale-amministrativa. Vengono limitate le opzioni per l'organo inquirente, il quale non potrà sottoporre ad interrogatorio l'ente tramite il suo legale rappresentante (mentre sarà possibile procedere all'interrogatorio dell'imputato) e dello stesso soggetto collettivo che non potrà rilasciare dichiarazioni spontanee ai sensi dell'art. 374 c.p.p., né chiedere di essere interrogato. Di conseguenza, l'ente non sarà neanche presente all'udienza camerale nella cui sede il giudice decide in merito all'adozione della misura cautelare richiesta dal pubblico ministero. In questo modo vengono estremamente contratte

¹⁴¹ P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, cit., p. 235.

¹⁴² A. BERNASCONI, *I soggetti, la giurisdizione e la competenza*, in A. Presutti, A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 243-245.

le garanzie difensive per la persona giuridica, effetto però di una precisa scelta processuale¹⁴³.

La persona giuridica viene rappresentata dal difensore secondo le norme del codice di rito (art. 420-ter comma 2 c.p.p.), e avrà sempre la possibilità di optare per la definizione del procedimento a suo carico con un rito alternativo presentando richiesta.

La seconda soluzione consente la nomina di un nuovo rappresentante legale. Ovviamente in questo modo viene assicurata la partecipazione del soggetto collettivo al procedimento ma sarà necessario un riassetto societario. Viene scelto un soggetto, completamente estraneo ai fatti legati al reato presupposto, individuato a seguito di una redistribuzione organizzativa di vertice molto complicata nelle società a conduzione familiare e nelle società per azioni visto che potrebbero essere ridiscussi equilibri societari determinanti.

Secondo autorevole dottrina la terza opzione realizza un bilanciamento ottimale tra le esigenze di partecipazione al processo e il superamento del complicato riassetto organizzativo societario¹⁴⁴. La figura del legale rappresentante nominato con poteri limitati alla gestione del procedimento garantisce la difesa nel processo e la continuità gestionale dell'ente superando il divieto posto dall'art. 44 d.lgs. 231/2001. Il rappresentante per il processo¹⁴⁵ dovrà coordinarsi con gli organi deliberativi del soggetto collettivo visto che spetterà al primo manifestare la volontà dell'ente nel processo con ovvie ricadute degli effetti processuali verso il soggetto rappresentato.

Di diverso avviso altro autore, per il quale l'unica opzione attuabile in presenza di conflitto di interessi rimane la nomina di un nuovo rappresentante legale. Si ritiene necessario che il soggetto individuato per la rappresentanza dell'ente rivesta una

¹⁴³ G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., pp.478-484.

¹⁴⁴ A. BASSI, *Disposizioni generali sul procedimento*, cit., p. 534; G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 482.

¹⁴⁵ Relazione ministeriale al D.lgs. n. 231/2001.

posizione apicale predeterminata per legge. La possibilità di nominare un rappresentante *ad litem* violerebbe l'impostazione della Suprema Corte, espresso dalle sentenze n. 4666 del 1998 e n. 10765 del 1998, secondo la quale il potere di rappresentanza processuale dovrebbe essere conferito solo a chi a sua volta fosse stato investito anche in un potere rappresentativo di natura sostanziale in ordine al rapporto dedotto in giudizio, così che non sarebbe ritenuto il valido il solo conferimento di una procura processuale della società (procura *ad litem*)¹⁴⁶.

Sull'estensione del divieto posto dall'art. 39 comma 1 nel caso in cui il legale rappresentante dell'ente sia imputato di un reato connesso o collegato al reato presupposto vi sono diverse opinioni.

Da una parte si ritiene che, a prescindere da qualsiasi valutazione, sia necessaria l'operatività dell'incompatibilità anche in presenza di imputazioni per reato connesso o collegato in virtù della *ratio* della norma finalizzata a scongiurare il rischio di situazioni di conflitto di interessi¹⁴⁷.

Per altra parte della dottrina sarebbe d'obbligo effettuare un distinguo a seconda che il rappresentante legale abbia concorso, cooperato o partecipato alla commissione dell'illecito amministrativo oppure lo stesso sia imputato di un reato connesso (*ex art. 12 comma 1 lett. c) c.p.p.*) al reato presupposto o di un reato collegato (*ex art. 371 comma 2 lett. b) c.p.p.*). Alla luce di tale distinzione, solo nella prima ipotesi si sostanzia un collegamento forte tra il reato presupposto e quello per il quale è imputato il rappresentante legale venendosi a creare una

¹⁴⁶ P. DI GERONIMO, *Aspetti processuali del d.lg. n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, cit., p. 1569.

¹⁴⁷ M. CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 24; A. BASSI, *Disposizioni generali sul procedimento*, cit., p. 535; P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, cit., p. 228.

situazione di incompatibilità. Spetterà, in ogni caso, all'autorità giudiziaria valutare la sussistenza di un conflitto di interessi in ogni singola occasione¹⁴⁸.

Come accennato la situazione di incompatibilità del rappresentante legale causata da un conflitto di interessi ha delle ricadute sul piano processuale.

Un primo aspetto da considerare riguarda la validità della procura difensiva effettuata da parte del rappresentante incompatibile. Dopo numerosi interventi giurisprudenziali ancora non si è giunti ad una soluzione definitiva. Da una parte l'incompatibilità del rappresentante legale riguarderebbe solo le modalità di intervento nel procedimento penale. Sarebbe vessatorio sostenere la completa inefficacia della nomina fiduciaria effettuata dal soggetto incompatibile ai sensi dell'art. 39 comma 1 d.lgs. 231/2001, visto che si imporrebbe un profondo riassetto organizzativo focalizzato ad una nuova nomina¹⁴⁹. Altro indirizzo ritiene quantomeno sospetta la scelta del difensore da parte di un soggetto che la legge considera incompetente a rappresentare l'ente.

In considerazione della Sentenza Caporello, i Giudici di ultima istanza hanno preferito tutelare l'integrità della strategia difensiva della persona giuridica a discapito delle possibili difficoltà organizzative susseguenti e di un intervento immediato verso possibili provvedimenti cautelari emessi a suo carico. In questi casi infatti il pubblico ministero, ai sensi dell'art. 369-*bis* c.p.p., deve provvedere alla nomina del difensore d'ufficio a partire dal primo atto a cui questo dovrebbe assistere, essendo quest'ultimo a dover proporre gravame qualora l'ente sia impossibilitato a nominare un legale di fiducia¹⁵⁰.

¹⁴⁸ G. GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., pp. 285-286; G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., pp. 483-484.

¹⁴⁹ G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., pp. 165-166.

¹⁵⁰ G. GARUTI, *Responsabilità amministrativa degli enti – Partecipazione dell'ente al procedimento di impugnazione delle misure cautelari reali*, cit., pp. 2500-2501.

Un secondo aspetto è relativo all'incompatibilità con l'ufficio di testimone. L'art. 44 d.lgs. 231/2001 al primo comma lett. a) dispone che «non può essere assunta come testimone la persona imputata del reato da cui dipende l'illecito amministrativo». Lo stesso articolo al secondo comma prevede che nel caso di incompatibilità il rappresentante dell'ente possa essere interrogato ed esaminato nelle forme, i limiti e gli effetti previsti per l'interrogatorio e l'esame della persona imputata in un procedimento connesso.

La ragione giustificatrice di questa scelta processuale si lega al generale principio spettante all'imputato *nemo tenetur se detegere* già citato, oltre al fatto che il soggetto obbligato a dire la verità potrebbe essere portato a scaricare la responsabilità su altri addetti dell'ente o coinvolgendo più pesantemente il soggetto collettivo. Inoltre, la responsabilità dell'ente dovrebbe essere connessa a quella relativa al reato da cui dipende l'illecito presupposto in virtù del medesimo nucleo fattuale¹⁵¹.

Una simile estensione di garanzie difensive dovrebbe essere assicurata anche nei casi riferiti all'art. 44, comma 1, lett. b). Il decreto 231/2001, disponendo un'incompatibilità a testimoniare per il legale rappresentante dell'ente attuale e che rivestiva tale ruolo anche all'epoca della commissione del reato presupposto, prevedrebbe infatti, *a contrario*, un obbligo testimoniale per il rappresentante legale che non rivestiva la carica al momento della commissione del reato e per il rappresentante *ad processum*¹⁵². Ad assicurare il rispetto del diritto al silenzio, secondo l'Autore, interverrebbe l'art. 198, comma 2, c.p.p. che, tramite un'operazione ermeneutica di adattamento consentita dall'art. 34 del decreto, ribadisce come il testimone non possa essere obbligato a deporre su fatti dai quali

¹⁵¹ A. DIDI, *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Diritto penale e processo*, n.09, 2015, p. 1166.

¹⁵² M. L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, in *Editoriale scientifica*, 2012, pp. 79 ss.

potrebbe emergere una “sua responsabilità penale” che verrebbe qui interpretata come “responsabilità da reato dell’ente”.

La relazione al decreto giustifica l’incompatibilità di cui all’art. 44 lett. a) sul fatto che «le persone che hanno commesso il reato potrebbero vantare interessi in conflitto con quelli dell’ente»¹⁵³. La disposizione non si estende all’imputato nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell’art. 444 c.p.p., sussistendo solo in certi casi il diritto al silenzio qualora nel procedimento egli avesse negato la propria responsabilità e successivamente fosse stata pronunciata sentenza di condanna (art. 197-*bis* c.p.p.)¹⁵⁴. In questo modo non viene meno la possibilità di sentire come testimone un soggetto prezioso ai fini dell’indagine.

Per l’imputato di un diverso reato, connesso o collegato, è necessario distinguere a seconda che si tratti di connessione forte (art. 12 comma 1 lett. a) c.p.p.) o connessione debole (art. 12 comma 1 lett c) – 371 comma 2 lett b) c.p.p.). Nel primo caso l’incompatibilità è assoluta, salvo la pronuncia di sentenza irrevocabile di proscioglimento condanna o applicazione della pena¹⁵⁵. Nel secondo caso sussiste l’incompatibilità predetta ove l’imputato non abbia reso dichiarazioni *erga alios*, potendo essere sentito ai sensi dell’art. 210 c.p.p. in relazione al reato presupposto. Viene salvato il diritto al silenzio ma, qualora non si avvalesse della facoltà di non rispondere, potrebbe assumere l’ufficio di testimone. Anche qui però non potrà deporre su fatti inerenti alla propria responsabilità e comunque le dichiarazioni rese non potrebbero essere utilizzate nel procedimento a suo carico. L’incompatibilità viene meno, e quindi l’imputato, persona fisica o giuridica indipendentemente dall’eventuale riunione dei processi, potrà assumere la veste di testimone, in relazione ai fatti sui quali ha reso dichiarazioni *erga alios*. Questa evenienza è frutto

¹⁵³ Relazione ministeriale al D.lgs. n. 231/2001.

¹⁵⁴ A. PRESUTTI, *Incompatibilità a testimoniare e regime del rappresentante legale*, in A. Presutti, A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 247-248.

¹⁵⁵ A. BASSI, *Il giudizio ordinario*, in A. Bassi, T. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, cit., pp. 639-647;

del disposto dell'art. 64 c.p.p. in forza del quale l'imputato, prima dell'interrogatorio, deve essere avvertito che «se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'art. 197 e le garanzie dell'art. 197-*bis*»¹⁵⁶.

3. Le soluzioni della giurisprudenza in tema di rappresentanza dell'ente in presenza di conflitto di interesse fra *societas* e rappresentante legale

Nel corso del tempo si sono sviluppati numerosi orientamenti in relazione al tema della rappresentanza dell'ente nello schema del decreto legislativo 231/2001. Talvolta il proliferare di sentenze ha condotto ad esiti equivoci e contrastanti. In questa sezione verranno riportate le soluzioni che la giurisprudenza ha prodotto in merito a tale questione.

Partendo in ordine cronologico deve essere citata la sentenza Quisqueyana. La Sezione VI della Cassazione penale, nell'analizzare il ricorso presentato dalla Quisqueyana s.p.a. avverso l'ordinanza del Tribunale di Milano con oggetto il decreto di sequestro dei conti correnti della società, pone una prima lettura dell'art. 39 d.lgs. 231/2001. Viene ritenuto fondato il primo motivo della contestazione riguardo le facoltà riconosciute al difensore dell'ente. Nel caso di specie la Cassazione, facendo leva sull'applicazione delle clausole di cui agli artt. 34 e 35 d.lgs. 231/2001, riconoscono l'attuazione del disposto degli artt. 257 e 324 c.p.p. nel procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa degli enti. Così il difensore della persona giuridica, anche in assenza della formale

¹⁵⁶ P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, cit., pp. 234-235.

costituzione di cui all'art. 39 e quindi anche in mancanza della procura di cui all'art. 100 c.p.p., ha il diritto di proporre richiesta di riesame del sequestro nei confronti dell'ente trattandosi di atto non personalissimo¹⁵⁷.

L'orientamento esplicitato nella sentenza Quisqueyana in merito alla procura del difensore, definita ai sensi dell'art. 100 c.p.p., viene ripreso anche nella sentenza ARI International.

Anche in questo caso la Suprema Corte si trova a dover disquisire su un ricorso presentato da una società, qui A.R.I. International s.r.l., che contesta l'inammissibilità della richiesta di riesame verso il decreto di sequestro presso banche. La sezione sesta analizza i limiti della partecipazione dell'ente al procedimento. In particolare, si afferma come il soggetto collettivo non abbia la possibilità di comparire nel procedimento se non tramite una persona fisica che lo rappresenti. Per di più, qualora lo stesso rappresentante fosse incriminato per gli stessi fatti per i quali si procede a carico dell'ente, verrebbe meno la sua legittimazione per il realizzarsi di un conflitto di interessi. I giudici effettuano poi un'estensione del divieto in questione.

L'esclusione della partecipazione dell'ente con il proprio rappresentante incompatibile si realizza anche quando quest'ultimo sia indagato per gli stessi fatti e «ciò comporta l'operatività della disciplina civilistica per l'individuazione di altra persona fisica legittimata a rappresentare l'ente». La situazione di conflitto di interessi deve, perciò, riguardare anche la fase investigativa e non esclusivamente processuale visto che è proprio durante le fondamentali indagini preliminari che vengono acquisiti gli atti propulsivi del procedimento¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Cass. Pen. Sez. VI, 23 novembre 2007, n. 43642.

¹⁵⁸ Cass. Pen. Sez. VI, 16 aprile 2008, n. 15689.

Una svolta fondamentale nella giurisprudenza italiana in merito alla presenza di un conflitto di interessi tra *societas* e rappresentante legale si raggiunge con la sentenza Caporello.

Qui il ricorrente richiede l'intervento della Cassazione verso la dichiarazione di inammissibilità del Tribunale di Padova in merito all'appello verso il sequestro di alcuni beni intestati alla società Gastronomia Salvò.

Già il tribunale aveva eccepito l'incompatibilità del rappresentante legale in relazione all'art. 39 del decreto.

I due motivi del ricorso che ci interessano sono legati *in primis* ad una questione di legittimità costituzionale dell'art. 39 d.lgs. 231/2001 in violazione degli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione ove non viene consentita un'efficace difesa del soggetto collettivo nei casi di presunta incompatibilità del rappresentante legale indagato, *in secundis* alla negazione di legittimità del rappresentante legale senza aver considerato: che la norma di cui all'art. 39 si riferisce all'imputato e non all'indagato; che l'appello (*ex 322-bis c.p.p.*) può esser presentato da chiunque vi abbia interesse; e che nel caso di specie non sussiste alcun conflitto di interesse, non avendone il tribunale neanche dato motivazione.

La Sezione sesta chiamata a giudicare dichiara la questione di costituzionalità manifestamente infondata. Il dettato dell'art. 39 esprime chiaramente l'intenzione del legislatore di voler lasciare all'ente qualsiasi decisione legata alla soluzione della situazione di incompatibilità. Si è evitato di imporre un rappresentante di nomina esterna, seppure per il solo procedimento, consentendo all'ente di poter individuare il soggetto legittimato a rappresentarlo «utilizzando i normali strumenti previsti all'interno della sua compagine organizzativa, quali lo statuto o il proprio atto costitutivo».

L'ente viene posto dinanzi la scelta tra tre possibili opzioni già citate: «nominare un nuovo rappresentante legale, nominarne uno con poteri limitati alla sola partecipazione al procedimento (procuratore *ad litem*)» o rimanere inerte. Quest'ultima possibilità è più complicata nella fase dell'indagini preliminari non essendo ivi prevista la dichiarazione di contumacia. Un argine alle possibili ricadute sul piano difensivo è assicurato dalla nomina del difensore d'ufficio: egli avrà

diritto di assistere ad alcuni atti del pubblico ministero ed esercitare le prerogative difensive dell'ente, eccezion fatta per gli atti "personalissimi". Per questi atti è necessario l'intervento del legale rappresentante legittimato, il quale potrà richiedere ad esempio di essere ammesso ai riti alternativi.

L'eventuale mancato esercizio di tali atti è comunque una conseguenza determinata dalla scelta dell'ente di non esser presente nel procedimento, visto che il diritto di difesa è sempre condizionato alle determinazioni dell'imputato, come affermato dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo. Risulta così assente la compressione del diritto di difesa dell'ente (art. 24 Cost.), del giusto processo (art. 111 Cost.) e del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.).

In relazione al secondo motivo del ricorso, la Suprema corte lo ha ritenuto infondato. Innanzitutto, viene negata la rappresentanza dell'ente in virtù di una «situazione di obiettiva e insanabile conflittualità processuale» dato che la persona giuridica potrebbe avere interesse a dimostrare che il suo rappresentante legale abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, il che si verificherebbe qualora l'ente venisse rappresentato dallo stesso soggetto imputato del reato presupposto.

Il divieto inoltre è privo di deroghe, assicurando la piena garanzia del diritto di difesa all'ente. L'esistenza del conflitto viene presunta *iuris et de iure* senza necessità di verifica dell'effettiva situazione di incompatibilità. Il divieto di rappresentanza di cui all'art. 39 del decreto viene applicato anche al solo indagato, come già affermato nella sentenza ARI International. In ordine alla considerazione sulla legittimazione a proporre appello verso l'ordinanza del tribunale viene invece richiamata la sentenza Quisqueyana, ove si ricorda che la nomina del difensore da parte del rappresentante incompatibile, deve essere ricompresa nel divieto posto dall'art. 39 d.lgs. 231/2001.

La Sesta sezione nel caso Caporello specifica ancora che la scelta dell'assistenza difensiva è un'espressione della volontà del soggetto collettivo. Per di più la nomina del difensore non può essere considerata atto neutro, apparendo così quantomeno sospetta qualora provenisse da un soggetto ritenuto incompatibile. La scelta del difensore deve essere espressione della libera determinazione dell'ente e per tutti

questi motivi non può essere rimessa ad un soggetto in conflitto di interessi con il soggetto collettivo¹⁵⁹.

L'orientamento della sentenza appena analizzata viene pienamente ripreso e citato in un'altra decisione della Sezione sesta della Cassazione. In ordine al ricorso presentato da Ingross Levante s.p.a. verso la conferma del decreto di sequestro di beni ad essa eseguita da parte del Tribunale di Bari, la Suprema corte richiama i concetti espressi nella sentenza Caporello.

I Giudici di ultima istanza fanno valere l'invalidità dell'atto di costituzione della società Ingross Levante, essendo stato sottoscritto l'atto citato dal rappresentante legale indagato, inabilitato a rappresentare l'ente in giudizio.

Allo stesso modo, rifacendosi anche alla sentenza ARI International, viene considerato invalido anche il conferimento della procura speciale dei difensori nominati dal soggetto incompetente. Invalidità che si estende per le medesime ragioni alla richiesta di riesame e al ricorso per cassazione realizzati dai legali in questione¹⁶⁰.

Un importante intervento giurisprudenziale in merito al conflitto di interesse tra ente e rappresentante e le sue conseguenze processuali viene realizzato dalla Corte costituzionale nel 2011.

La Consulta viene investita di una questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale di Salerno, dell'art. 42 comma 2 d.lgs. 231/2001 per violazione degli artt. 3, 24, 76 in relazione all'art. 11, comma 1, lettera q), della legge 29 settembre 2000, n. 300, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. In particolare, il rimettente contesta la previsione per cui la notificazione all'ente venga eseguita mediante consegna al legale rappresentante, anche ove questi sia imputato del reato presupposto, in presenza di conflitto di interessi, pregiudicando l'effettività del diritto di difesa e del contraddittorio dell'ente già a partire dalle indagini preliminari.

¹⁵⁹ Cass. Pen. Sez. VI, 28 ottobre 2009, n. 41398.

¹⁶⁰ Cass. Pen. Sez. VI, 26 luglio 2011, n. 29930.

La questione è ritenuta inammissibile dalla Corte costituzionale. Nella sentenza si legge come l'art. 39 comma 1 viene considerata norma utile all'introduzione nel sistema 231 di un'incompatibilità processuale. Questa si pone l'obiettivo di scongiurare il rischio che in presenza di un conflitto di interessi, l'ente e il rappresentante legale, possano essere impersonate nel processo dallo stesso soggetto impedendo la libera e autonoma formazione di una propria strategia difensiva.

La Corte ritiene che tale incompatibilità processuale non possa estendersi al regime delle notificazioni, dato che «la finalità cognitiva sottesa alla notificazione non è necessariamente pregiudicata dall'eventuale divaricazione degli interessi da far valere nel procedimento».

Il regime previsto dall'art. 43 comma 2 d.lgs. 231/2001 è, quindi, legittimo se si muove dalla previsione per cui il legale rappresentante, seppur imputato, rimane fedele al proprio mandato ponendo gli altri organi dell'ente a conoscenza dell'atto notificato.

La questione viene ritenuta infondata anche per un'altra ragione. La Corte costituzionale valuta l'ipotesi prospettata dal rimettente in relazione al conflitto di interessi e le ripercussioni sul regime delle notificazioni. Secondo questa tesi, per superare il conflitto tra le parti nella fase della notificazione si potrebbe nominare un curatore speciale riprendendo ai sensi dell'art. 78 comma 2 c.p.c. Questo curatore, secondo il rimettente, non sarebbe un semplice intermediario ma avrebbe il compito di interagire con i suoi organi abilitati a deliberare sulla partecipazione al procedimento. La Corte ritiene che una simile modifica del sistema, anticipando l'incompatibilità prevista dall'art. 39 comma 1 al momento della notificazione, comporterebbe però un'investitura della questione di legittimità costituzionale per la regola della rappresentanza e non più della notificazione, che della prima costituisce solo una derivazione¹⁶¹.

Nell'evoluzione giurisprudenziale viene confermato il ribaltamento della questione legata all'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente in qualsiasi fase del procedimento.

¹⁶¹ Corte cost., 27 luglio 2011, n. 249.

Anche la sentenza Vbi01 ribadisce come tale facoltà sia subordinata alla costituzione dell'ente a norma dell'art. 39 d.lgs. 231/2001. Importante per l'argomento che in questa tesi viene trattato è la deroga che la decisione della Sezione seconda della Cassazione pone alla regola. Infatti, nel caso in cui la persona giuridica non si sia costituita o la costituzione debba considerarsi inefficace a causa dell'incompatibilità del rappresentante legale perché indagato o imputato del reato presupposto, il difensore nominato d'ufficio potrà esercitare il diritto di difesa del soggetto collettivo a prescindere proprio dalla prassi dettata dall'art. 39¹⁶².

La Cassazione, nella sentenza Gabrielloni, affronta ancora il tema del conflitto di interessi tra ente e rappresentante legale partendo dal più generale istituto della partecipazione al procedimento e del diritto di esecuzione dei atti precedenti alla costituzione del soggetto collettivo.

Viene ribadita dalle sezioni penali l'applicabilità del divieto di rappresentanza sulla presunzione *iuris et de iure* senza la necessità di un accertamento concreto. I Giudici di ultima istanza affermano come la previa costituzione dell'ente ai sensi dell'art. 39 sin dalle indagini preliminari è necessaria non solo alla semplificazione dell'esternazione della volontà del soggetto collettivo tramite una persona fisica, ma anche e soprattutto per «rendere ostensibile quanto prima l'eventuale conflitto di interessi che discenderebbe in via diretta e immediata dal fatto che il legale rappresentante individuato dall'ente per la costituzione fosse anche indagato o imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo»¹⁶³.

Altra questione affrontata nella sentenza Gabrielloni è quella della nomina del difensore nominato dal rappresentante indagato o imputato. Vengono riprese le sentenze Caporello e Levante affermando come l'evidenziazione della nomina "sospetta" possa avvenire già ad opera del pubblico ministero, prima autorità

¹⁶² Cass. Pen. Sez. II, 19 dicembre 2014, n. 52748.

¹⁶³ E. GALLUCCI, *Modalità di esercizio delle facoltà difensive da parte dell'ente indagato. La suprema corte individua una soluzione ragionevole e rispettosa dei diritti dell'ente*, cit., p. 67.

giudiziaria ad essere consapevole della situazione di potenziale conflitto di interessi. Il divieto di rappresentanza, secondo la Cassazione, è riferito al momento nel quale diviene rilevante, in qualsiasi momento e dunque a prescindere dall'atto di costituzione.

Il giudice, quindi, investito dell'atto di conferimento della procura difensiva non può esimersi dal sindacare la sua ammissibilità. Questo si ritiene doveroso anche alla luce della sentenza n. 249/2007 della Corte costituzionale¹⁶⁴. A tale contestazione non ostano neanche eventuali ragioni di urgenza, dato che il legislatore ha optato per far prevalere il sospetto che la nomina possa essere il frutto di una scelta strategica inquinata dal rappresentante.

A conclusione delle valutazioni effettuate i Giudici di legittimità enunciano il principio di diritto per cui «il rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto non può provvedere, a causa di tale condizione di imputabilità, alla nomina del difensore di fiducia dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dall'art. 39 d.lgs. 231/2001»¹⁶⁵.

In ultima istanza è necessario riportare un recente intervento della Cassazione a conferma del suo orientamento. Nella sentenza n. 56427/2017 la Suprema corte ha ribadito il principio di diritto della sentenza Gabrielloni. Nel caso di specie il ricorrente chiedeva l'annullamento dei giudizi di primo e secondo grado in quanto l'ente in quella fase processuale veniva difeso da soggetti nominati da un rappresentante legale incompatibile. Quest'ultimo, come ribadito più volte dai Giudici di ultima istanza, non può compiere alcun atto difensivo nell'interesse dell'ente, e qualora l'atto di costituzione e la nomina dei difensori fossero stati da egli effettuati dovrebbero essere privi di efficacia. Così qui l'ente, costituito nel giudizio di cassazione con il ministero di un difensore nominato da un nuovo rappresentante legale, eccepisce la nullità assoluta del giudizio, verificatasi già al

¹⁶⁴ G. VARRASO, *Il "compromesso" delle sezioni unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente "incolpato" nel procedimento*, cit., pp. 76-77.

¹⁶⁵ Cass. Pen. Sez. Unite, 28 luglio 2015, n. 33041.

momento della celebrazione dell'udienza preliminare, essendo rimasta priva di un difensore, poiché quello di fiducia, non legittimato a svolgere alcuna attività a suo favore, era stato nominato dall'amministratore incompatibile. La Sezione terza è stata così obbligata ad annullare senza rinvio la sentenza di primo e secondo grado verso la società Automobili D. s.r.l.¹⁶⁶.

4. L'archiviazione

L'archiviazione rappresenta una delle alternative conclusioni delle indagini preliminari. Secondo l'art. 58 d.lgs. 231/2001, il pubblico ministero, qualora l'esito della fase investigativa lo induca a non ravvisare i presupposti necessari per la contestazione, emette decreto motivato di archiviazione degli atti.

Le cause dell'archiviazione possono essere distinte in dirette, legate all'illecito amministrativo in quanto tale, e indirette, connesse al reato presupposto¹⁶⁷.

Partendo da queste ultime bisogna considerare l'ipotesi della infondatezza della notizia di reato. Rifacendosi all'art. 125 disp. att. c.p.p. si pone un limite al principio di obbligatorietà dell'azione penale legato ad una valutazione prognostica con una proiezione in chiave negativa di responsabilità nel giudizio¹⁶⁸.

Per questo presupposto di archiviazione si presenta in alcuni casi un difetto di coordinamento con la disciplina relativa alle persone fisiche. È possibile che nel procedimento verso la persona fisica il giudice eserciti l'azione penale mentre nel procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente il

¹⁶⁶ Cass. Pen. Sez. III, 19 dicembre 2017, n. 56427.

¹⁶⁷ P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., p. 99.

¹⁶⁸ G. RUTA, *Articolo 58 – Archiviazione*, in M. Levis, A. Pierini, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 1189.

pubblico ministero, valutando l'infondatezza nella *notitia criminis*, disponga l'archiviazione.

Al fine di evitare un esito aberrante dei due procedimenti si auspica una lettura sistematica del quadro normativo. In tale senso si potrebbe imporre al pubblico ministero di procedere all'archiviazione solo a seguito della definizione del procedimento parallelo con analogo provvedimento¹⁶⁹.

L'organo inquirente non sarebbe però in alcun modo vincolato all'attesa degli esiti della richiesta di archiviazione relativa al reato presupposto, poiché nessuna disposizione normativa permetterebbe di formulare giudizio di invalidità dell'inazione decisa ex art. 58 d.lgs. 231/2001. Si ritiene allora che l'unica soluzione adottabile per superare tale incongruenza sia legata all'intervento del procuratore generale presso la Corte d'appello.

Qualora, nel procedimento instaurato nei confronti della persona fisica, il giudice disponesse la fissazione dell'udienza camerale per la discussione nel merito alla richiesta di archiviazione, l'organo d'accusa di secondo grado avrebbe l'occasione per intervenire ed esercitare il potere di avocazione delle indagini sull'imputato e sul soggetto collettivo. In esito all'udienza in camera di consiglio di cui all'art. 409 c.p.p. si potrebbe realizzare un ribaltamento della valutazione sulla fondatezza della *notitia criminis*, così che, nel momento in cui il pubblico ministero esercitasse l'azione penale nei confronti della persona fisica, anche il procuratore generale presso la Corte d'appello potrebbe procedere alla contestazione nei confronti dell'ente come disposto dall'art. 58 del decreto¹⁷⁰.

Il procuratore generale potrà intervenire solo nel caso in cui il pubblico ministero non abbia revocato l'archiviazione relativa alla persona giuridica, rivestendo questo intervento il carattere della sussidiarietà.

¹⁶⁹ M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., pp. 623-625.

¹⁷⁰ M. L. DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, Giappichelli, Torino, 2006.

Altro presupposto per l'archiviazione indiretta si riscontra nelle cause di improcedibilità dell'azione penale nei confronti dell'autore del reato presupposto ai sensi dell'art. 37 d.lgs. 231/2001. In assenza di una condizione di procedibilità non si procede all'accertamento dell'illecito amministrativo, necessitandosi comunque di una sentenza di proscioglimento che accerti la situazione o di un provvedimento di archiviazione¹⁷¹.

L'abrogazione del reato rappresenta un ulteriore presupposto per l'archiviazione dell'illecito amministrativo. Come disposto dall'art. 3 d.lgs. 231/2001 qualora il fatto non sia prevista (o non più) come reato, non si procederà nei confronti dell'ente.

L'illecito amministrativo è improcedibile qualora venga concessa amnistia per il reato da cui esso dipende anche qualora l'autore vi abbia rinunciato. Di contro, al comma 2 dell'art. 8 si concede la facoltà al soggetto collettivo di rinunciare all'amnistia e di essere sottoposto a procedimento tramite dichiarazione all'autorità giudiziaria, effettuata personalmente dal rappresentante legale o dal difensore munito di procura speciale¹⁷².

Una ulteriore causa derivata di archiviazione si ravvisa nella prescrizione del reato precedente la contestazione dell'illecito (art. 60 d.lgs. 231/2001). Qualora invece intervenga la contestazione si concretizza una distonia tra i due sistemi normativi. Nel sistema di diritto comune infatti, ai sensi dell'art. 160 comma 3 c.p. «la prescrizione interrotta comincia nuovamente a decorrere dal giorno della interruzione». Il regime normativo della responsabilità degli enti prevede invece che «la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio» come dispone l'art. 22 comma 4 d.lgs. 231/2001¹⁷³.

La distanza tra i due sistemi normativi si ravvisa anche nell'attuazione dell'art. 415 c.p.p. L'impossibilità di identificare l'autore del reato da cui dipende la

¹⁷¹ G. GARUTI, *I profili soggetti del procedimento*, cit., pp. 274-275.

¹⁷² A. BASSI, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, cit., pp. 588-590.

¹⁷³ G. RUTA, *Articolo 58 – Archiviazione*, cit., p. 1190.

responsabilità dell'ente, causa di archiviazione del codice di rito, non trova applicazione nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti. Ciò è la conseguenza del principio dell'autonomia (art. 8 comma 1 lett. a) d.lgs. 231/2001) in forza del quale la responsabilità del soggetto collettivo sussiste anche quando l'autore del reato non è identificato o imputabile.

Altrettanto numerose sono le ipotesi di archiviazione diretta. Il pubblico ministero, in primo luogo, deve disporre l'archiviazione in tutti i casi in cui ritenga infondata la notizia dell'illecito amministrativo. Riprendendo il dettato dell'art. 125 disp. att. c.p.p., l'organo inquirente non svolge un sindacato anticipato ma verifica l'idoneità degli elementi raccolti nelle indagini a sostenere l'accusa in giudizio. In altre parole, devono essere valutati i presupposti per la *vocatio in iudicium*. La pubblica accusa dovrà quindi considerare l'assenza di interesse o vantaggio, l'azione dell'autore del reato nell'interesse proprio o di terzi, l'esistenza dei modelli organizzativi e di gestione e la loro idoneità alla prevenzione dei reati, l'osservanza degli obblighi di direzione e di vigilanza¹⁷⁴.

Non è possibile formulare contestazione di un illecito amministrativo rispetto al quale sia già stata assunta una decisione giudiziale. Seppure non espressamente previsto dal decreto legislativo, si ritiene applicabile il regime del *ne bis in idem* (art. 649 c.p.p.) in forza della clausola di cui all'art. 34. Così dovrà essere disposta archiviazione per l'ente che abbia già subito un processo concluso con sentenza irrevocabile, anche quando, nell'ambito nel nuovo procedimento, il reato presupposto venga considerato diversamente per titolo, grado o circostanze¹⁷⁵.

L'archiviazione diretta viene disposta anche in assenza della richiesta del Ministro della giustizia per un reato commesso all'estero. L'art. 4 comma 2 del decreto richiede come condizione di procedibilità contro l'imputato la richiesta del

¹⁷⁴ G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., pp. 296-298.

¹⁷⁵ A. BASSI, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, cit., p. 592.

Ministro. La contestazione nei confronti dell'ente viene perciò subordinata ad una analoga richiesta¹⁷⁶.

Riprendendo il tema della prescrizione si identifica un ultimo presupposto dell'archiviazione diretta. L'art. 22 d.lgs. 231/2001 individua un autonomo termine di prescrizione di cinque anni dalla data di consumazione del reato.

L'ispirazione della norma si lega all'esigenza di scongiurare che fatti assai risalenti nel tempo possano dare luogo a responsabilità dell'ente con allegata dilatazione dei tempi procedurali. Il termine può essere interrotto dalle richieste di misure cautelari, ma in loro assenza conduce all'archiviazione del procedimento.

Una volta analizzati i casi nei quali il pubblico ministero ha la possibilità di disporre l'archiviazione, è necessario aprire una finestra sulle questioni e i conflitti che l'art. 58 ha ingenerato nella dottrina.

Il nodo cruciale della questione è legato all'esclusione del controllo giurisdizionale sull'azione del pubblico ministero. L'art. 58 d.lgs. 231/2001, come detto, concede la possibilità al pubblico ministero di emettere decreto di archiviazione. Su tale provvedimento non è previsto un controllo dell'autorità giudiziaria ma diversamente viene concessa facoltà al procuratore generale di svolgere degli accertamenti indispensabili cui potrebbe seguire, entro sei mesi dalla comunicazione, la contestazione all'ente di un illecito amministrativo.

Viene introdotto un sistema di controllo "gerarchico" e non più affidato all'autorità giudiziaria.

Il contrasto sorge dalla considerazione per la quale nella nostra tradizione giuridica l'effettività del principio di obbligatorietà dell'azione penale, sancito dall'art. 112 della Costituzione, sarebbe garantita dall'attribuzione al solo giudice del potere di disporre l'archiviazione¹⁷⁷.

Per dirimere il tutto si potrebbe partire dalla relazione allo schema. Quest'ultima parlando di una responsabilità amministrativa non ritiene si debba optare per un

¹⁷⁶ P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, cit., p. 99.

¹⁷⁷ M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 617.

sistema di controllo giurisdizionale come quello previsto dal sistema di responsabilità penale. Il legislatore ha voluto semplificare il rito, evitando di appesantire la procedura di accertamento con le norme del codice di rito¹⁷⁸.

Secondo parte della dottrina però questa censura del controllo giurisdizionale non può essere superata in considerazione del fatto che si tratta di un illecito amministrativo e non di un reato.

Il principio di obbligatorietà dell'azione penale, cardine del processo penale, non potrebbe essere escluso dal procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente dato che si è anche optato per il rito penale. L'esclusione del principio in questione non potrebbe essere giustificata neanche valutando il mancato richiamo della persona offesa dal reato che andrebbe tutelata¹⁷⁹. L'assenza di questa figura, interessata ad opporsi all'archiviazione una volta informata dovrebbe, al contrario, accentuare l'esigenza del controllo giurisdizionale¹⁸⁰.

Secondo altro autore la censura sarebbe tesa al perseguimento di un progetto di più ampio respiro volto ad indebolire il principio di obbligatorietà dell'azione penale, riflettendosi anche sul pubblico ministero. La Corte costituzionale, investita della questione di legittimità, potrebbe pronunciarsi sull'infondatezza del sistema penale articolato, comportando un'estensione, al rito ordinario, del modello di archiviazione semplificata. Così, sarebbe un segnale inquietante una simile prospettiva dove la decisione sulla rinuncia all'esercizio dell'azione penale

¹⁷⁸ Relazione ministeriale al D.lgs. n. 231/2001.

¹⁷⁹ A. BASSI, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, cit., p. 583; M. BARESI, *Art. 58 – Archiviazione*, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 501.

¹⁸⁰ L. PADULA, *L'archiviazione nel procedimento per gli «illeciti amministrativi dipendenti da reato» ascrivibili agli enti*, in *Cassazione penale*, n. 09, 2015, pp. 2799-2801.

spetterebbe all'organo dell'accusa già a partire dalle complesse e più formali indagini preliminari¹⁸¹.

Il sistema non offrirebbe spunti per ritenere non applicabile al procedimento *contra societatem* il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale. Risulterebbe fuori luogo la giustificazione della censura, da parte della relazione ministeriale, con il semplice richiamo all'art. 18 comma 2 l. 689/1981 che ribadisce solo l'obbligatorietà dell'azione punitiva amministrativa¹⁸².

Un ulteriore filo di pensiero considera la sottrazione del controllo del giudice sul provvedimento di archiviazione uno sminuimento del precetto costituzionale di cui all'art. 112. Se si considerasse il principio di obbligatorietà dell'azione penale legato, non tanto al vincolo tra iscrizione della *notitia criminis* e processo, quanto nella selezione dei fatti che potrebbero racchiudere gli elementi di una fattispecie di reato, verrebbe concesso un inevitabile margine di discrezionalità per il pubblico ministero, con annesso il rischio di errori, sperequazioni ed abusi¹⁸³.

Ancora, sarebbe difficile comprendere la ragione giustificatrice della scelta compiuta dal legislatore in un sistema dove l'organo inquirente deve rivolgersi al giudice per ottenere la proroga dei termini dell'attività di accertamento quando poi egli ha la facoltà di disporre autonomamente l'archiviazione del procedimento¹⁸⁴. Partendo, inoltre, dal presupposto che il sistema sulla responsabilità amministrativa degli enti è conformato al principio di legalità, che ha delineato vincoli procedurali

¹⁸¹ P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, p. 225.

¹⁸² A. BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, cit., pp. 306-307.

¹⁸³ L. I. PISANELLI, *Ipotesi di specialità nel procedimento di archiviazione: vincolo del giudicato cautelare e autonomia del pubblico ministero a confronto con il modello ordinario*, in *Diritto penale e processo*, n. 08, 2007, pp. 1097-1098.

¹⁸⁴ L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, cit., pp. 308-309.

per il pubblico ministero in merito all'accertamento, dovrebbe conseguenzialmente essere prevista una rigorosa delimitazione delle ipotesi di archiviazione. Sarebbe necessario scongiurare valutazioni di opportunità dell'organo inquirente, non potendosi accettare che dietro la pretesa punitiva dell'ente possano risaltare scelte opzionali o comparazioni costi-benefici¹⁸⁵.

La parte della dottrina che ritiene incoerente la scelta del legislatore obietta anche sull'opportunità e la tempestività del controllo gerarchico, da parte del procuratore generale della Corte d'appello, sull'operato del pubblico ministero.

In particolare, l'intervento avocativo sarebbe successivo al provvedimento di archiviazione dell'organo inquirente, mentre nel procedimento ordinario, il controllo giurisdizionale si realizzerebbe in un momento precedente, immediatamente successivo alla richiesta e trasmissione degli atti¹⁸⁶. Sempre in merito ai controlli sull'operato della pubblica accusa si è paventata l'ipotesi dell'introduzione di un ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 409 co. 6° c.p.p., del decreto archiviato in tutte le ipotesi già delineate dalla giurisprudenza in relazione al corrispondente provvedimento *de plano* emesso in seno alla procedura ordinaria¹⁸⁷.

Contro tutte queste considerazioni un altro filo di pensiero che riparte da una diversa qualificazione dell'azione di cui si va discorrendo. Secondo Autorevole dottrina sarebbe controversa definire penale l'azione in questione visto che lo stesso legislatore, nell'intitolazione del capo I del decreto legislativo, ha preferito qualificare come "responsabilità amministrativa" l'apparato sanzionatorio

¹⁸⁵ G. RUTA, *Articolo 58 – Archiviazione*, cit., p. 1186.

¹⁸⁶ L. I. PISANELLI, *Ipotesi di specialità nel procedimento di archiviazione: vincolo del giudicato cautelare e autonomia del pubblico ministero a confronto con il modello ordinario*, cit., p. 1097; P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa. Sovrapposizione tra processo penale e sanzioni amministrative*, in *Diritto e giustizia*, n. 08, 2001, p. 1024.

¹⁸⁷ L. PADULA, *L'archiviazione nel procedimento per gli «illeciti amministrativi dipendenti da reato» ascrivibili agli enti*, cit., p. 2804.

dipendente da reato applicato ai soggetti collettivi. In tal modo verrebbe meno il necessario richiamo del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Sarebbe comunque discutibile definire l'attribuzione al giudice del potere di disporre archiviazione come unica soluzione normativa a salvaguardia del principio espresso dall'art. 112 Cost. Anche nel caso in cui fosse l'organo inquirente a detenere il potere di "cestinazione", l'azione penale potrebbe rimanere obbligatoria. Questo in virtù del fatto che neanche il controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero, nel procedimento ordinario, garantisce appieno l'attuazione dell'art. 112 della carta costituzionale¹⁸⁸.

Altro autore evidenzia come il legislatore abbia modellato i criteri di imputazione su schemi civilistici tralasciando l'edificazione di un sistema penale-amministrativo¹⁸⁹. Il rischio di gestione arbitraria del potere attribuito dall'art. 58 d.lgs. 231/2001 sarebbe residuale poiché, considerando ad esempio le ipotesi di cumulo processuale, il controllo giurisdizionale non viene meno per quanto riguarda l'infondatezza della notizia di reato che continua ad essere vagliata dal giudice, seppur divenendo garante della legalità di non esercitare l'azione penale. Il margine di discrezionalità in capo al pubblico ministero, ridotto così alle sole valutazioni della condotta dell'ente, verrebbe ridotto anche in forza del valore di prova legale riconosciuta all'eventuale adozione del modello organizzativo nei casi di responsabilità per reato commesso da soggetti subordinati.

La procedura semplificata di archiviazione consentirebbe anche di garantire esigenze di speditezza in quanto, non coinvolgendo gli uffici delle autorità giudiziarie addetti alle indagini preliminari, verrebbe scongiurato un appesantimento del carico di lavoro sul complesso funzionamento della giustizia penale¹⁹⁰.

¹⁸⁸ M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., pp. 617-620.

¹⁸⁹ E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Procedura penale*, n. 01, 2015, pp. 333-334.

¹⁹⁰ A. GIARDA, *Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative*, in *Cassazione penale*, n. 03, 2003, pp. 111-117.

Ulteriore questione problematica legata al tema dell'archiviazione è quella della riapertura delle indagini ai sensi dell'art. 414 c.p.p.

La disposizione del codice di rito prevede la possibilità di riapertura delle indagini sulla base di esigenze investigative motivate dal pubblico ministero e tramite autorizzazione del giudice.

Parte della dottrina ritiene che sussistano difficoltà applicative in merito all'intervento giurisdizionale necessario per superare gli effetti di un provvedimento dell'organo inquirente. Analogamente a quanto accade per il controllo dei termini di durata delle indagini, facilmente eludibile dall'autonomo potere di archiviazione del pubblico ministero, sarebbe complicato prevedere una interazione tra i due organi della fase investigativa¹⁹¹.

Secondo altra opinione l'autorizzazione del giudice al fine di una nuova iscrizione della stessa *notitia criminis* già archiviata, sarebbe necessaria solo ove l'autorità giudiziaria avesse emesso il provvedimento di cestinazione. In mancanza di un suo intervento dovrebbe ritenersi dunque plausibile una nuova annotazione eseguita dal pubblico ministero cui seguirebbe lo svolgimento di ulteriori indagini. Potrebbe anche ipotizzarsi un intervento del procuratore generale presso la corte d'appello, cui il decreto affida la funzione di controllo, anche se risulta difficile collegare una mancata richiesta del pubblico ministero agli effetti preclusivi previsti dal codice di rito¹⁹².

Ancora a riguardo della riapertura delle indagini preliminari a seguito di archiviazione, viene proposta l'ipotesi di riconoscere in capo al giudice il potere di controllo cui all'art. 414 per scongiurare una gestione esclusiva della notizia di illecito amministrativo da parte dell'organo della pubblica accusa¹⁹³.

¹⁹¹ S. LORUSSO, *La responsabilità "da reato" delle persone giuridiche: profili processuali del d.lg. 8 giugno 2001, n. 231*; cit., p. 864.

¹⁹² M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, p. 157.

¹⁹³ A. BASSI, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, cit., pp. 584-585.

5. Sospensione del procedimento con messa alla prova in indagini

Nell'ultimo paragrafo della tesi viene affrontato il tema della sospensione con messa alla prova durante le indagini preliminari. Nel corso degli anni si è sviluppata una corrente di pensiero favorevole all'attivazione di meccanismi premiali per gli enti. Il soggetto collettivo è sicuramente interessato alla tempestiva definizione della pendenza del procedimento penale, soprattutto nei casi di richiesta e/o applicazione di una misura cautelare durante le indagini. Potrebbe così essere proposta all'ente l'adozione di un modello organizzativo *ex post* come causa di archiviazione o di emissione di sentenza di non luogo a procedere¹⁹⁴.

Dall'idea di un tale meccanismo premiale nasce la proposta della sospensione con messa alla prova. Questo trae ispirazione dell'esperienza anglo-americana. Negli Stati Uniti d'America il *prosecutor* ha la facoltà di stipulare con l'ente un accordo nel quale viene ratificata la rinuncia alla persecuzione della società per un illecito commesso dietro sua collaborazione nell'attività di accertamento dei reati¹⁹⁵. I DPA (*deferred prosecution agreement*) consentono all'ente di evitare la prosecuzione del processo, sottoponendosi ad un periodo di osservazione, nel corso del quale dovrà adempiere agli obblighi di adozione o implementazione dei *compliance programs*, di versamento di una somma di denaro a qualsiasi titolo e la messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca¹⁹⁶.

Nel sistema inglese viene limitata la discrezionalità del *prosecutor*, vincolato alla valutazione della c.d. colpa di reazione (*reactive fault*). In questo contesto viene

¹⁹⁴ H. BELLUTA, *Le indagini e l'udienza preliminare*, cit., p. 1376.

¹⁹⁵ G. GALLUCCI MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, Milano, CEDAM, 2018.

¹⁹⁶ F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 10, 2017, p. 2.

dunque valorizzata la manifestazione di volontà dell'ente che si è concretamente attivato per l'implementazione del sistema preventivo¹⁹⁷.

L'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova è stato recentemente esportato dal procedimento minorile a quello ordinario, includendolo anche nel procedimento verso le persone giuridiche. Il meccanismo premiale è stato introdotto nel nostro ordinamento con la legge n. 67/2014 che ha previsto la possibilità, nelle ipotesi di reati puniti con pena pecuniaria o con pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, una soluzione alternativa al procedimento. Questo potrebbe esser sospeso, per consentire all'indagato o imputato di impegnarsi in un programma di reinserimento sociale tramite condotte riparatorie o restitutorie, una sola volta, escludendo dai possibili beneficiari i delinquenti abituali, professionali o per tendenza. In esito alla sospensione, in caso di risultato positivo il reato si estingue, diversamente il procedimento verrebbe riaperto.

Cominciando lo studio cronologico delle soluzioni alla possibile applicazione dell'istituto in questione al procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa degli enti si può analizzare come il legislatore delegato non lo abbia annoverato tra i procedimenti speciali. Inizialmente la dottrina considera però plausibile la concessione all'impresa di una legittima via di fuga dalla condanna.

Si ritiene che la richiesta di sospensione con messa alla prova possa essere avanzata già a partire dalle indagini preliminari, e che sarebbe questo il momento più idoneo per provare tale esperienza in modo da evitare a richiesta di rinvio a giudizio¹⁹⁸.

Deve essere realizzato un adeguamento dell'istituto al procedimento. Così non sarà possibile applicare la sospensione per la società che ne abbia già usufruito in precedenza, per le imprese recidive mentre sarà necessario che il soggetto collettivo abbia adottato un modello organizzativo ritenuto poi inidoneo.

¹⁹⁷ M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 10, 2017, p. 18.

¹⁹⁸ G. FIDELBO, R. A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 04, 2010, pp. 18-19.

Il giudice ammetterà la messa alla prova solo all'esito di una prognosi favorevole sulla struttura dell'ente e sulla sua pericolosità organizzativa; qualora egli riscontrasse un modello fittizio non foriero garanzie respingerebbe la domanda.

Gli eventuali contrasti su una possibile applicazione della messa alla prova potrebbero stemperarsi alla luce di una possibile equiparazione con un istituto previsto dal decreto legislativo 231/2001. L'impresa messa alla prova dovrebbe realizzare le condotte riparatorie e risarcitorie di cui all'art. 17 d.lgs. 231/2001 andando a correggere il modello organizzativo ritenuto non idoneo. Un meccanismo simile si rintraccia nel dettato dell'art. 49 d.lgs. 231/2001 che disciplina la sospensione delle misure cautelari¹⁹⁹. A norma dell'articolo citato l'ente chiede di poter realizzare gli adempimenti di cui all'art. 17 del decreto ed il giudice, dopo attenta valutazione, in caso di accoglimento fissa una cauzione da versare a scopo cautelativo o richiede la prestazione di una garanzia reale. Nella proposta dell'autore si realizzerebbe una rielaborazione in chiave differente di uno strumento già esistente. La richiesta di messa alla prova dell'ente sospende il procedimento in caso di esito positivo verrebbe estinto l'illecito amministrativo.

Sempre a paragone con la disciplina del procedimento ordinario, il codice nella fase investigativa richiede il consenso (o dissenso) motivato del pubblico ministero sulla richiesta di messa alla prova. Tramite un processo interpretativo potrebbe estendersi tale schema al procedimento verso la persona giuridica: il consenso dell'organo inquirente fungerebbe da esercizio dell'azione penale²⁰⁰.

Nonostante non sia pienamente conveniente, per il soggetto collettivo, richiedere la messa alla prova già nel corso delle indagini, un vantaggio potrebbe essere portato nell'ipotesi di applicazione di una misura cautelare. Per riorganizzarsi l'ente

¹⁹⁹ G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 503.

²⁰⁰ G. FIDELBO, R. A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, cit., p. 23.

potrebbe richiedere la messa alla prova per aspirare alla neutralizzazione della cautela e alla composizione della vicenda processuale.

La presentazione della richiesta dell'ente nelle fasi delle indagini preliminari comporta comunque una verifica preventiva del giudice sull'insussistenza di eventuali cause di proscioglimento immediato *ex art. 129 c.p.p.* Infatti, il consenso del pubblico ministero alla sospensione con messa alla prova varrebbe come esercizio dell'azione penale segnando il passaggio alla fase processuale, cui si lega l'applicazione del predetto art. 129 in merito alla idoneità del modello preesistente.

La proposta formulata dalla dottrina comporta delle riflessioni sul contenuto del programma di messa alla prova. Potrebbe essere necessaria l'introduzione di ulteriori obblighi da aggiungere alle condotte riparatorie e risarcitorie. Verrebbe concessa una salvaguardia delle imprese, impegnati alla prevenzione degli illeciti, ed inoltre potrebbero essere allegate nuove modalità di definizione della responsabilità "penale" degli enti²⁰¹.

Per la definizione dell'istituto e la sua applicabilità al sistema 231 si deve far riferimento all'ordinanza del Tribunale di Milano del 27 marzo 2017. Il giudice era stato chiamato a decidere sull'istanza di ammissione alla sospensione del procedimento con messa alla prova avanzata dalla Società D.I. imputata dell'illecito amministrativo di cui all'art. 25-*septies* comma 3 d.lgs. 231/2001.

L'autorità giudiziaria premette che, mancando un riscontro nel diritto positivo circa l'applicabilità dell'istituto in questione alle persone giuridiche, coerentemente con il disposto degli artt. 34 e 35 d.lgs. 231/2001, è chiamata a decidere in via interpretativa. In prima istanza viene definita la natura dell'istituto. Citando anche una pronuncia della Suprema Corte (Cass. Sez. Unite, 31 marzo 2016, n. 36272) che sancisce la natura (processuale e sostanziale) ibrida della messa alla prova, il

²⁰¹ G. FIDELBO, R. A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, cit., p. 25.

giudice pone in relazione l'istituto con il principio di legalità (art. 25 comma 2 Cost.) ed in particolare con il principio della riserva di legge²⁰².

Il tribunale di Milano nega così l'ammissibilità della messa alla prova nel procedimento per la responsabilità degli enti proprio perché un'ipotetica applicazione in via interpretativa dell'istituto nel sistema 231 costituirebbe violazione del principio di riserva di legge.

In conclusione, il giudice, non rinvenendo alcuna norma che consenta l'applicazione della sospensione con messa alla prova nel procedimento di responsabilità amministrativa degli enti e non potendo colmare il vuoto in via interpretativa rigetta l'istanza presentata dalla società²⁰³.

La decisione del Tribunale ha opposto un chiaro rifiuto al tentativo di innovazione del sistema punitivo degli enti, scegliendo di preservare il valore della specialità delle previsioni del d.lgs. 231/2001.

Altra Autorevole dottrina ritiene si possa dare spazio ad un'interpretazione in chiave "evolutiva" delle disposizioni del decreto 231, consentendo l'applicazione della sospensione con messa alla prova anche nel procedimento per l'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente²⁰⁴.

Il problema di maggior rilievo che osta all'applicazione dell'istituto è legato all'inesistenza di qualsivoglia norma di coordinamento tra la disciplina della l. 67/2014 con il decreto legislativo. L'ipotesi proposta si basa sulla funzionalità della clausola di cui all'art. 34 d.lgs. 231/2001. La sospensione con messa alla prova, in quanto rito speciale a tutti gli effetti, potrebbe essere dunque attuata nel

²⁰² A. BASSI, *Applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova alle persone giuridiche*, in *Diritto penale economia e impresa*.

²⁰³ Trib. Milano, sez. XI, ord. 27 marzo 2017.

²⁰⁴ M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversione dell'ente?*, cit., p. 7.

procedimento 231 tramite un rinvio aperto (art. 34) necessario per colmare i silenzi del legislatore del 2001.

In riferimento ai requisiti oggettivi, richiesti dall'art. 168-*bis* c.p., necessari per l'accesso al rito, la preclusione quantitativa-qualitativa del limite della sola pena pecuniaria o detentiva non superiore ai quattro anni sarebbe facilmente superabile.

Il suddetto limite edittale si potrebbe senz'altro riferire al reato presupposto su cui si struttura l'illecito amministrativo. Anche la questione relativa ai criteri ai sensi dell'art. 133 c.p. sui quali si basa il giudice per disporre la sospensione con messa alla prova è facilmente superabile. I predetti criteri, con un'attività di adattamento, potrebbero ben essere estesi ai caratteri costitutivi del fatto attribuito al soggetto collettivo²⁰⁵.

Nell'approccio evolutivo proposto potrebbero essere individuate anche nuove linee di fondo della prova cui l'ente potrebbe essere sottoposto. Sarebbe possibile addivenire ad un progetto di prova da sottoporre all'ufficio per l'esecuzione penale esterna competente per territorio. Da un lato l'ente potrebbe provvedere alla *restitutio in integrum* del bene leso o messo in pericolo dal reato presupposto. Potrebbe poi realizzarsi una devoluzione del profitto del reato, a favore di associazioni che perseguono la tutela degli interessi lesi dal reato, che farebbe seguito ad una riorganizzazione dell'ente lungo i binari della legalità²⁰⁶.

In conclusione, l'ente potrebbe stringere un patto di riabilitazione con l'autorità giudiziaria improntato alle condotte riparatorie. La prova dovrebbe consistere in un percorso di ravvedimento della persona giuridica tesa al suo reinserimento nel mercato. Ma questo si potrebbe realizzare solo grazie all'elaborazione di un programma di trattamento che sortisca l'effetto opposto della spinta criminosa.

²⁰⁵ D. PIVA, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Archivio penale*, n. 01, 2016, p. 131.

²⁰⁶ M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*, cit., p. 19;

Bibliografia

Amato G., *Articolo 55, Annotazione dell'illecito amministrativo*, in M. Levis, A. Pierini, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Torino, Zanichelli Editore, 2014

Amodio E., *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Procedura penale*, n. 01, 2015

Baresi M., *Art. 55, Annotazione dell'illecito amministrativo*, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, *La responsabilità degli enti – Commento articolo per articolo*, Cedam, 2008

- *Art 56, Termine per l'accertamento dell'illecito amministrativo nelle indagini preliminari*, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, *La responsabilità degli enti – Commento articolo per articolo*, Cedam, 2008
- *Art. 58, Archiviazione*, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, *La responsabilità degli enti – Commento articolo per articolo*, Cedam, 2008
- *L'udienza preliminare*, in A. Bernasconi, *Il processo penale de societate*, Milano, Giuffrè Editore, 2006

Bassi A., *Enti e responsabilità da reato*, T. E. Epidendio, A. Bassi, Milano, Giuffrè Editore, 2006

Belluta H., *Le indagini e l'udienza preliminare*, in G. Canzio – L. D. Cerqua – L. Luparia (a cura di), *Diritto penale delle società*, Milano, Wolters Kluwer, 2010

- *Art. 39, Rappresentanza dell'ente*, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, *La responsabilità degli enti – Commento articolo per articolo*, Cedam, 2008
- *Art. 43, Notificazioni all'ente*, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, *La responsabilità degli enti – Commento articolo per articolo*, Cedam, 2008
- *Le disposizioni generali sul processo agli enti, tra richiami codicistici e autonomia di un sistema in evoluzione*, in A. Bernasconi, *Il processo penale de societate*, Giuffrè Editore, Milano, 2006

Bernasconi A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Presutti A., Bernasconi A. (a cura di), Milano, Giuffrè Editore, 2013

- *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, Padova, 2002

Binetti M., *I profili processual-penalistici della responsabilità amministrativa degli enti*, in V. Garofoli, *Unità del sapere giuridico ed eterogeneità dei saperi del giudice*, Giuffrè, Milano, 2006

Bricchetti R., *Società al debutto nel registro degli indagati*, in *Guida al diritto*, 2001, n.1

Camaldo L., *I principi generali del procedimento*, in G. Canzio, L. D. Cerqua, L. Luparia (a cura di), *Diritto penale delle società*, Milano, Wolters Kluwer, 2016

Cecconi F. & M., *Articolo 61 – Provvedimenti emessi nell'udienza preliminare*, in G. Levis, A. Pierini, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Torino, Zanichelli Editore, 2014

Ceresa-Gastaldo M., *L'accertamento dell'illecito*, in AA. VV., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, Cedam, 2004

- *Il "processo alle società" nel D.lgs. 8 giugno 2001, N.231*, Torino, Giappichelli Editore, 2002
- *Procedura penale delle società*, Torino, Giappichelli Editore, 2015
- *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*, in *Cassazione penale*, n.5, 2009

Cerqua F., *Le indagini ad alta tecnologia per il contrasto alla criminalità economica*, in G. Canzio, L. D. Cerqua, L. Luparia (a cura di), *Diritto penale delle società*, Milano, Wolters Kluwer, 2016

Cimadomo D., *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti*, Milano, Wolters Kluwer, 2016

Corvi P., *La disciplina delle notificazioni all'ente*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, IPSOA, 2002

Dell'Anno P., *Art. 59, Contestazione dell'illecito amministrativo*, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, *La responsabilità degli enti – Commento articolo per articolo*, Cedam, 2008

Didi A., *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Diritto penale e processo*, n.9, 2005

- *Art. 61 – Provvedimenti emessi nell'udienza preliminare*, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, *La responsabilità degli enti – Commento articolo per articolo*, Cedam, 2008

Di Bitonto M. L., *Le indagini e l'udienza preliminare*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, Giuffrè Editore, 2010

- *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, in *Editoriale scientifica*, 2012
- *L'avocazione facoltativa*, Giappichelli Editore, Torino, 2006

Di Geronimo P., *Aspetti processuali del D.lg. N. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, in *Cassazione penale*, n.12, 2002

- *Articolo 42 – Le vicende modificative nel corso delle indagini preliminari*, in M. Levis, A. Pierini, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Torino, Zanichelli Editore, 2014

Ferrua P., *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, CEDAM, 2002

- *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa. Sovrapposizione tra processo penale e sanzioni amministrative*, in *Diritto e giustizia*, n. 08, 2001

Fidelbo G., Procedimento a carica degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n.4, 2016

- *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in G. Lattanzi, *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, Giuffrè Editore, 2010
- *Le misure cautelari*, in G. Lattanzi, *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, Giuffrè Editore, 2010

Fusco E., Le indagini preliminari nei confronti degli enti: questioni preliminari, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n.1, 2017

Gallucci E., Modalità di esercizio delle facoltà difensive da parte dell'ente indagato. La suprema corte individua una soluzione ragionevole e rispettosa dei diritti dell'ente, in *Cassazione penale*, n.01, 2016

Garuti G., Il processo "penale" agli enti a dieci anni dalla nascita, in *Diritto penale e processo*, n.7, 2011

- Responsabilità amministrativa degli enti – Partecipazione dell'ente nel procedimento di impugnazione delle misure cautelari reali, in *Giurisprudenza italiana*, n.11, 2015
- *I profili soggettivi del procedimento*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, Padova, 2002

Giarda A., *Societas delinquere potest: o no?!*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, IPSOA, 2002

- Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative, in *Cassazione penale*, n. 03, 2003

Grevi V., *Prove*, in G. Conso, V. Grevi, M. Bargis, *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano, 2016

Ielo P., Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n.2, 2012

- **Articolo 56, d.lgs. 231/2001**, in F. C. Palazzo, C. E. Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, CEDAM, 2007

Iovene F., Le cd. perquisizioni on line tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale, in *www.penalecontemporaneo.it*

Lasco G., *Riparazione delle conseguenze del reato*, in G. Lasco, V. Loria, M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato, Commento al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, Giappichelli Editore, 2017

LoRusso S., La responsabilità “da reato” delle persone giuridiche: profili processuali del D.lg. 8 giugno 2001, N.231, in *Cassazione penale*, n.12, 2002

Mancuso E. M., *Autonomia di accertamento e simultaneus processus*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, IPSOA, 2002

Mazzacuva F., La diversione processuale per gli enti collettivi nell’esperienza anglo-americana, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 10, 2017

Moscarini P., I principi generali del procedimento penale de societate, in *Diritto penale e processo*, n.10, 2011

Padula L., L’archiviazione nel procedimento per gli «illeciti amministrativi dipendenti da reato» ascrivibili agli enti, in *Cassazione penale*, n. 09, 2015

Paolozzi G., *Vademecum per gli enti sotto processo*, Giappichelli Editore, Torino, 2005

Pecorella C., *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, IPSOA, 2002

Pisanelli L., Ipotesi di specialità nel procedimento di archiviazione: vincolo del giudicato cautelare e autonomia del pubblico ministero a confronto con il modello ordinario, in *Diritto penale e processo*, n. 08, 2007

Piva D., Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma, in *Archivio penale*, n. 01, 2016

Pistorelli L., *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, IPSOA, 2002

Potetti D., Se la disciplina di cui all'art.39 D.l.vo n.231/2001 (costituzione dell'ente) si applichi anche alla fase delle indagini preliminari, in *Archivio della nuova procedura penale*, n.2, 2013

Presutti A., *Le misure cautelari interdittive*, in A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, Giuffrè Editore, 2013

Ranaldi G., *Art. 60, Decadenza della contestazione*, in A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, *La responsabilità degli enti – Commento articolo per articolo*, Cedam, 2008

Renzetti S., Procedimento cautelare a carico degli enti quali conseguenze in caso di omesso contraddittorio?, in *Giurisprudenza di merito*, n.12, 2009

- *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, Torino, Giappichelli Editore, 2017

Riccardi M., *La messa alla prova nel processo “231”: quali prospettive per la diversion dell’ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 10, 2017

Ruta G., *Articolo 58, Archiviazione*, in M. Levis, A. Pierini, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Torino, Zanichelli Editore, 2014

- *Articolo 59, Contestazione dell’illecito amministrativo*, in M. Levis, A. Pierini, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Torino, Zanichelli Editore, 2014

Scarcella A., *Le garanzie processuali dell’ente secondo la CEDU in materia di perquisizione e sequestri nelle indagini Antitust*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n.3, 2017

Sgubbi F., *Articolo 60, Decadenza della contestazione*, in M. Levis, A. Pierini, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Torino, Zanichelli Editore, 2014

Spangher G., *Le impugnazioni*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, Padova, 2002

Tagliani I., *Morfologia della fase investigativa*, in A. Bernasconi (a cura di), *Il processo penale de societate*, Milano, Giuffrè Editore, 2006

Talamo P., *Articolo 56, Termine per l’accertamento dell’illecito amministrativo nelle indagini preliminari*, in M. Levis, A. Pierini, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Torino, Zanichelli Editore, 2014

- *Articolo 57, Informazione di garanzia*, in M. Levis, A. Pierini, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Torino, Zanichelli Editore, 2014

Tirelli M., *I procedimenti speciali*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, CEDAM, Padova, 2002

Varraso G., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche per reati societari: profili processuali*, in A. Giarda, S. Seminata (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, Cedam, 2002

- *La partecipazione e l'assistenza delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, IPSOA, 2002
- *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed "etero integrazione" giurisprudenziale*, in *Cassazione penale*, n.4, 2010
- *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, Giuffrè Editore, 2012
- *Sub. Art. 41 D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IPSOA, Milano, 2017
- *Il "compromesso" delle sezioni unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente "incolpato" nel procedimento*, in *Cassazione penale*, n. 01, 2016

Relazione ministeriale al D.lgs. n. 231/2001

Sentenze

Cass. Pen. Sez. Unite, 27 marzo 2008, n. 7930

G.i.p. Trib. Ivrea, 12 maggio 2005

Cass. Pen. Sez. VI, 5 ottobre 2010

Cass. Pen. Sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556

Cass. Pen. Sez. VI, 22 settembre 2015, n. 39926

Cass. Pen. Sez. Unite, 20 dicembre 2007, n. 5307

Cass. Pen. Sez. VI, 28 ottobre 2009, n. 41398

Cass. Pen. Sez. Unite, 28 luglio 2015, n. 33041

Cass. Pen. Sez. VI, 23 novembre 2007, n. 43642

Cass. Pen. Sez. VI, 16 aprile 2008, n. 15689

Cass. Pen. Sez. VI, 26 luglio 2011, n. 29930

Corte Cost., 27 luglio 2011, n. 249

Cass. Pen. Sez. II, 19 dicembre 2014, n. 52748

Cass. Pen. Sez. III, 19 dicembre 2017, n. 56427

Trib. Milano, Sez. XI, org. 27 marzo 2017

Cass. Pen. Sez. Unite, 21 giugno 200, n. 16

Cass. Pen. Sez. Unite, 28 aprile, 2016, n. 26889