

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto e Procedura Penale Degli Enti

**Presunzione d'innocenza e
procedimento penale *de societate***

RELATORE:

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

CORRELATORE:

**Chiar.mo Prof.
Antonino Gullo**

**CANDIDATO:
Camilla Mauro
Matricola 156173**

ANNO ACCADEMICO 2021 - 2022

INDICE

INTRODUZIONE	5
---------------------------	----------

CAPITOLO I

LA PRESUNZIONE D'INNOCENZA

1. La genesi del principio e il significato politico.....	8
2. La formulazione dell'art 27 II comma Cost e l'interpretazione della norma.....	13
3. La presunzione di innocenza nelle convenzioni internazionali.....	19
4. La direttiva europea sulla presunzione di innocenza.....	26
4.1 ... E il "compiuto adeguamento" nazionale	31
5. Regola di giudizio e implicazioni in materia probatoria	34
6. Il divieto di trattare l'imputato come colpevole fino alla condanna definitiva.....	40
7. La dimensione "sociale" della regola di trattamento: il divieto di "far apparire" l'imputato come colpevole.....	45

CAPITOLO II

IL PROCEDIMENTO PENALE A CARICO DELL'ENTE

1. La responsabilità amministrativa dipendente da reato.....	53
1.1 <i>Societas delinquere et puniri potest</i>	53
1.2 Cenni sugli aspetti sostanziali della responsabilità <i>ex delicto</i> degli enti	56
1.3 La natura della responsabilità	60
2. La nuova veste del principio di colpevolezza: la c.d. colpa di organizzazione	67
3. Il procedimento penale <i>de societate ex d. lgs. 231/2001</i>	72
3.1 Le fonti della procedura penale degli enti	73

3.2 Lineamenti del procedimento a carico dell'ente.....	77
4. La "sfida" di trattare l'ente alla stregua dell'imputato: l'applicabilità alla <i>societas</i> dei principi costituzionali.....	81
4.1 La scelta del processo penale come scelta di garanzia	81
4.2 La giurisprudenza interna sulla estensione delle garanzie costituzionali all'ente.....	84
4.3 Il giusto procedimento a carico della persona giuridica nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	86
5. La presunzione d'innocenza e la persona giuridica: la ricerca di una compatibilità.....	88
5.1 Le indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e la posizione dell'Unione europea	89

CAPITOLO III

LA PRESUNZIONE D'INNOCENZA DELL'ENTE COME REGOLA DI GIUDIZIO

1. I criteri di imputazione soggettiva dell'illecito amministrativo dipendente da reato	97
2. Il paradigma imputativo <i>ex art.</i> 6, comma 1, del d. lgs. 231/2001. Profili di tensione con il principio costituzionale: un'inversione dell'onere della prova?.....	103
3. L'evoluzione giurisprudenziale; il tentativo di lettura costituzionalmente orientata: l'art. 6 come onere di allegazione	112
4. La soluzione individuata dalla dottrina: la distinzione tra regole istruttorie e regole decisorie	117
5. Regole di giudizio per il proscioglimento dell'ente	121
5.1 L'art. 66 e l'unicità della formula assolutoria	122
5.2 Il <i>quantum</i> della prova di organizzazione	124
6. La disciplina processuale dettata dall'art. 530, comma 3, c.p.p.	127
7. L'art. 6 nella prassi applicativa	129

CAPITOLO IV

IL SISTEMA CAUTELARE E LA PROBLEMATICITÀ APPLICABILITÀ DELLA REGOLA DI TRATTAMENTO

1. Il sistema cautelare delineato dal d. lgs. 231/2001 e la priorità del recupero dell'ente alla legalità.....	135
2. Le cautele interdittive e il richiamo alle sanzioni definitive; implicazioni e problematiche interpretative	136
2.1 I presupposti per l'applicazione delle misure cautelari.....	141
2.2 Il procedimento applicativo: il contraddittorio anticipato.....	148
3. La funzione rieducativa e la priorità del recupero dell'ente alla legalità: la centralità del procedimento cautelare.....	153
4. Le cautele reali	158
4.1 Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca	159
4.2 Il requisito dei gravi indizi di responsabilità dell'ente	162
4.3 La necessità del vaglio sul <i>periculum</i>	166
5. Il rapporto tra le misure cautelari e la presunzione di innocenza.....	169
6. La veste "sociale" della presunta innocenza: i riflessi economici e reputazionali per la <i>societas</i>	174

CAPITOLO V

IL CONTRIBUTO DICHIARATIVO DELL'ENTE

E IL *PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION*

1. Il diritto al silenzio della persona sottoposta a procedimento penale	176
2. Le dichiarazioni del rappresentante legale dell'ente come fonte di prova	182
2.1 Le due ipotesi di incompatibilità a testimoniare <i>ex art. 44, comma 1</i>	185
2.2 Art 44, comma 1, lett. <i>b)</i> e problematiche interpretative	188
2.3 (<i>Segue</i>) Gli ulteriori inconvenienti di una interpretazione aderente al testo. Il nuovo rappresentante legale.	192
3. Possibili soluzioni per il riconoscimento del principio <i>nemo tenetur se detegere</i> nel procedimento <i>de societate</i>	194

3.1 L'art. 198, comma 2, c.p.p. a tutela del <i>privilege against self-incrimination</i> del soggetto collettivo	198
CONCLUSIONE	201
BIBLIOGRAFIA	203

INTRODUZIONE

Il presente elaborato si propone di esaminare gli aspetti maggiormente problematici legati al riconoscimento della presunzione d'innocenza nel procedimento penale a carico degli enti.

Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, introduce la responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato, superando il tradizionale principio *societas delinquere non potest*, che sino ad allora aveva costituito un ostacolo insormontabile all'introduzione della responsabilità *ex delicto* delle persone giuridiche.

Il legislatore delegato ha scelto quale sede per l'accertamento di suddetta responsabilità il procedimento penale.

La disciplina del procedimento *de societate* è il risultato della combinazione delle regole processuali *ad hoc* contenute nella parte III del decreto, nell'ambizioso obiettivo di delineare un'inedita "procedura penale d'impresa"¹, e di quelle che per secoli hanno visto come destinatarie le sole persone fisiche. Ne deriva la necessità di una calibratura delle regole e dei principi tipici del processo penale che tenga conto delle peculiarità dei soggetti collettivi e che richiama l'interprete a svolgere un percorso esegetico del tutto originale.

L'individuazione della disciplina da applicare al procedimento a carico degli enti richiede un attento bilanciamento, che tenga conto dei nuovi interessi coinvolti, oltre che delle finalità perseguite dal legislatore con l'introduzione della responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche.

Tale operazione pone il rischio che i principi sanciti dalla Costituzione e dalle Carte internazionali siano compromessi, o sacrificati sull'altare di esigenze di prevenzione e ravvedimento dell'ente.

Questo contributo di studio si concentra sulla presunzione d'innocenza, regola aurea dettata a tutela dell'imputato, efficacemente definita «l'ideale cartina di tornasole per verificare il tasso di garantismo presente in un determinato sistema processuale»².

¹ DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Napoli, 2012, p. 33

² PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IX, Torino, 1995, pp. 670 ss.

Il primo capitolo è dedicato alla ricostruzione della presunzione di non colpevolezza dell'imputato, dalle origini ai più attuali profili. Particolare attenzione è riservata all'analisi della direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, nonché del d. lgs. di recepimento n. 188 del 2021.

Sono, inoltre, esaminate le due principali dimensioni della presunzione d'innocenza: la regola di giudizio, che non solo trova diretta proiezione nella clausola *in dubio pro reo* ma informa di sé l'intero sistema processuale, esigendo che sia la pubblica accusa onerata di provare la colpevolezza, e conseguentemente a sopportare il rischio della mancata prova; la regola di trattamento, che vieta di trattare l'imputato alla stregua del colpevole prima della condanna definitiva, e quindi di punirlo prima del definitivo accertamento della sua colpevolezza.

Prima di affrontare il problema della presunzione d'innocenza della *societas* nel procedimento a suo carico, si è ritenuta opportuna una disamina della responsabilità introdotta dal d. lgs. 231/2001, soffermando l'attenzione sui profili sostanziali e processuali di maggiore interesse.

Il cuore del lavoro è rappresentato dall'analisi degli aspetti processuali che più da vicino toccano il tema della presunzione d'innocenza.

Il terzo capitolo affronta la questione dell'applicabilità all'ente della regola di giudizio discendente dalla presunzione d'innocenza. Norma al centro dell'attenzione, al riguardo, è l'art. 6 del decreto, che – nel disciplinare i criteri soggettivi di imputazione dell'illecito al soggetto collettivo nel caso in cui il reato presupposto sia stato commesso da soggetti apicali – richiede all'ente-imputato di “provare” la concorrenza di determinate condizioni, sembrando invertire, in suo danno, l'onere della prova. La disposizione richiamata, con una formulazione che sola rischia di smontare le garanzie del processo penale, pare pretendere la prova, da parte dell'ente, della propria innocenza.

L'intento del presente elaborato è quello di ricostruire il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul tema, nel tentativo di individuare una lettura in grado di prevenire eventuali profili di incostituzionalità delle disposizioni del

microsistema processuale dedicato all'accertamento della responsabilità dell'ente.

Oggetto del capitolo quarto è la disamina critica del sistema cautelare introdotto d. lgs. 231/2001 che presenta numerosi punti di attrito con la regola di trattamento derivante dall'art. 27, comma 2, Cost.

In particolare, i principali momenti di tensione con il principio costituzionale sono costituiti dalla "anticipazione" in sede cautelare delle sanzioni interdittive, dalla tendenza giurisprudenziale a ridurre la necessità di un attento vaglio circa la sussistenza dei presupposti applicativi del sequestro preventivo nonché, più in generale, dalla finalità rieducativa e specialpreventiva verso cui tutto il sistema cautelare risulta polarizzato. Inoltre, principale caratteristica del procedimento cautelare *quoad societatem* è rappresentato dalla previsione del contraddittorio anticipato, in apposita udienza camerale, dalla funzione fortemente collaborativa, che rischia di condizionare il successivo sviluppo del processo.

Il quinto capitolo si sofferma, infine, sul diritto al silenzio dell'ente, quale diretto corollario della presunzione d'innocenza. Esso è, pertanto, dedicato al regime delle dichiarazioni del rappresentante legale dell'ente, ossia di colui che dà voce alla *societas* nel procedimento *de quo*. In particolare, oggetto di specifica disamina è l'art. 44, comma 1, lett. b) del decreto in commento, che limita l'incompatibilità a testimoniare al rappresentante legale indicato nell'atto di costituzione e che rivestiva tale carica al momento di commissione del reato presupposto. Anche in questo caso, si è tentato – ripercorrendo le principali posizioni della dottrina – di rintracciare una soluzione capace di rispettare il dettato normativo e, al contempo, offrire una tutela adeguata delle primarie istanze difensive dell'ente-imputato.

CAPITOLO I

LA PRESUNZIONE D'INNOCENZA

1. La genesi del principio e il significato politico

«Quando l'innocenza dei cittadini non è garantita, non lo è neppure la libertà»³.

La presunzione d'innocenza rappresenta un principio fondamentale dell'ordinamento di giustizia penale, una sintesi delle garanzie processuali, momento indefettibile del *giusto processo*.

Tale principio è posto a tutela tanto dell'imputato quanto della correttezza dell'accertamento processuale. In effetti, sarebbe riduttivo intendere la presunzione di innocenza nella sua sola portata garantista, poiché ogni sua limitazione comporta una limitazione non solo del livello di tutela del diritto di difesa e della persona dell'accusato, ma anche della dimensione cognitiva del processo penale⁴.

Esso postula l'adesione ideologica alla concezione del processo che pone l'individuo al centro, e che rappresenta una decisa opzione a favore della tutela dell'immunità degli innocenti, anche al prezzo dell'impunità del colpevole⁵. Del resto, alla luce dell'ispirazione personalistica dell'ordinamento costituzionale «secondo la coscienza sociale, il rischio della condanna di un innocente è senz'altro più grave»⁶.

Il principio *de quo*, tuttavia, sebbene ad oggi possa dirsi radicato nella coscienza sociale, e rappresenti un «corollario logico del fine razionale assegnato al

³ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, a cura di COTTA, Torino, UTET, 2005, p. 322

⁴ MAZZA, *La presunzione d'innocenza messa alla prova*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 aprile 2019

⁵ FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di DEAN, Torino, 2007, p. 120

⁶ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 181

processo»⁷, è reduce di un percorso storico tormentato ed è sovente esposto a rischi di elusione.

La presunzione d'innocenza – benché nota al diritto romano, quando Traiano scriveva «*satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari*»⁸ – viene travolta dai regimi inquisitori medievali, per poi riaffiorare in età illuministica, quando Cesare Beccaria osservava come «un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violato i patti, co' quali gli fu accordata»⁹, pertanto, «non debes tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i cui delitti non sono provati»¹⁰.

Questa intuizione, tipica di un periodo caratterizzato dalla diretta proiezione della valorizzazione dei diritti individuali rispetto agli obiettivi perseguiti dall'autorità costituita, viene presto sancita nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, che nell'art. 9 statuisce: «poiché ciascuno è presunto innocente finché non sia stato dichiarato colpevole, se si giudichi indispensabile arrestarlo, ogni rigore che non sia necessario per assicurarsi della sua persona deve essere seriamente represso dalla legge». Con questa norma si intende tutelare l'imputato dinanzi allo Stato, alla luce della sistematica privazione della libertà personale che caratterizza le procedure giudiziarie in auge durante l'*Ancien Régime*.

Spostando lo sguardo sull'Italia, le prime teorizzazioni del principio si devono alla Scuola classica, tra il XVIII e il XIX secolo. A quest'epoca risale l'opinione in base alla quale il processo inquisitorio (tipico dell'assolutismo e del Medioevo) è imperniato sulla presunzione di colpevolezza dell'imputato. In realtà, peraltro, occorre ricostruire con precisione i motivi alla base dell'affermazione.

L'origine della presunzione d'innocenza si lega principalmente all'esigenza di legalità della pena e del giudizio penale. Infatti, la mancanza, prima

⁷ LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Barbera, Firenze, 1895, p. 15.

⁸ TRAIANO, *Digesto*, 48.19.5

⁹ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XVI, ed. 1766, a cura di VENTURI, Torino, 1970

¹⁰ *Ivi*, § XVI

dell'affermazione della procedura penale moderna, di una effettiva distinzione tra imputato e colpevole, è dovuta principalmente alla scarsa affermazione dell'intervento giurisdizionale quale condizione di applicabilità della pena, piuttosto che a una vera e propria presunzione di reità. Quindi, con le prime proclamazioni dell'innocenza dell'imputato sino alla condanna si intende soprattutto porre l'accento sulla necessità dell'intervento del giudice.

Alla presunzione d'innocenza, nella dottrina liberale dell'Ottocento è insomma attribuito un valore prevalentemente simbolico, focalizzando l'attenzione sul piano ideologico, più che sulle conseguenze pratiche del riconoscimento del principio, al punto che «al di là delle formule stereotipate comuni a tutti, c'è da dubitare che i vari autori intendessero esattamente la stessa cosa quando parlavano di presunzione d'innocenza»¹¹.

Successivamente, comunque, al nucleo originario del principio si aggiungono significati ulteriori, in grado di coinvolgere i più importanti istituti del processo, sottolineandone, in tal modo, la centralità nell'ambito del diritto processuale penale.

Agli esponenti della Scuola classica si devono nobili riflessioni sulla presunzione d'innocenza dell'imputato. Essi esaltano il collegamento tra la presunzione di innocenza e la legittimità del procedimento penale, sostenendo che tale principio sia la “bandiera” della scienza penale, da opporre «allo accusatore ed allo inquisitore, non al fine di arrestare i movimenti dei medesimi nel loro legittimo corso, ma al fine di restringere quei movimenti nei modi, incatenandoli in una serie di precetti che siano freno all'arbitrio, ostacolo all'orrore, e per conseguenza proiezione di quello individuo». A queste parole suggestive, si aggiunge che «la scienza penale non ha che una sola parola: fate questo perché l'uomo da voi preso in sospetto è innocente; e voi non potete negare la sua innocenza finché non abbiate dimostrato la sua reità»¹².

¹¹ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., pp. 14-15

¹² CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, Prato, 1881, pp. 17-19

I toni di protesta sono dedicati sia alla carcerazione preventiva, ritenuta intollerabile per come disciplinata in Italia¹³, sia alle regole di giudizio, in quanto «l'ordinario degli uomini è l'innocenza, essa si presume, ed è l'accusa che corre l'obbligo della prova»¹⁴. La presunzione di innocenza dell'imputato viene valorizzata, pertanto, nella duplice dimensione della regola di trattamento e regola di giudizio.

Gli illustri pensatori del tempo si sono fatti, dunque, portavoce dell'importanza del riconoscimento del principio, considerato «la prima e fondamentale garanzia che il procedimento assicura al cittadino» che protegge i consociati da arbitri e insidie, nonché «corollario logico del fine razionalmente assegnato al processo»¹⁵.

La legge deve essere preordinata ad assicurare la libertà e l'innocenza; e se il fine della procedura penale è la ricerca della verità, questi due valori non hanno un carattere ancillare, ma costituiscono il “binario” che la macchina processuale deve percorrere per raggiungerlo, poiché solo così si potrà giungere «alla sintesi finale, manifestazione della verità giudiziale»¹⁶.

Peraltro, con il passare degli anni, il principio perde, in parte, la dimensione di regola di trattamento, per restare confinato nell'ambito dei criteri di decisione del giudice penale. Si sottolinea l'esigenza che del principio si faccia un uso cauto, per evitare che col pretesto di garantire l'innocenza si finisca per proteggere la delinquenza; poiché «l'*in dubio pro reo* è scritto per la tutela dei galantuomini e non dei malfattori»¹⁷.

Inevitabilmente, peraltro, la summenzionata scarsa messa a fuoco del contenuto e dei confini del principio, insieme alla carenza di riferimenti normativi al

¹³ “Dobbiamo attaccare il mostro di fronte, e a viso scoperto combattere le esorbitanze tiranniche della legge data all'Italia (copiando quella di Francia del 14 agosto 1865) intorno alla custodia preventiva”. CARRARA, *Il carcere preventivo e l'applicazione della pena lettera all'avv. Gustavo Sangiorgi*. Tratto da *Opuscoli di diritto criminale*, vol. II, 2° ed., Lucca, Tipografia Giusti, 1870, p. 495

¹⁴ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1869, p. 380

¹⁵ LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1899, p. 15

¹⁶ *Ivi*, p. 11

¹⁷ LUCCHINI, *op. ult. cit.*, p. 16

riguardo, hanno impedito un effettivo approdo della presunzione di innocenza; invero, in Italia mancava – a differenza di quanto accadeva in Francia – una Carta dei diritti o anche solo una legge che affermasse il principio, e che desse modo alla presunzione di non colpevolezza di «sperimentarsi nel concreto dei congegni processuali»¹⁸.

La Scuola classica diviene bersaglio del pensiero promulgato dalla Scuola positiva. È interessante riprendere per sommi capi il contrasto tra le due Scuole di politica criminale per avere un'idea delle ideologie sottese alla presunzione di innocenza e al modo di vedere il processo.

Con la Scuola positiva si ha un rovesciamento di prospettiva: l'obiettivo non è proteggere l'individuo dal potere repressivo dello Stato, bensì proteggere lo Stato dalla criminalità. Da questo punto di vista, evidentemente, la presunzione di non colpevolezza, «vuota e assurda» formula, viene presa di mira in quanto le si attribuisce la responsabilità di «infiacchire l'azione punitiva dello Stato»¹⁹. Per gli esponenti della Scuola positiva la carcerazione preventiva viene esaltata proprio in quanto anticipazione della pena, necessaria per tutelare la società dal delitto, mentre la priorità era avvertita nella necessità di evitare gli “abusi” del canone dell'*in dubio pro reo*²⁰.

Anche i positivisti meno radicali, pur non ritenendo necessaria una completa abolizione della presunzione, riconoscendovi un «fondo di verità», si orientano comunque nel senso di una decisa limitazione, ammettendola con riferimento ai non recidivi e fino alla condanna di primo grado²¹.

La polemica circa il riconoscimento del principio della presunzione di innocenza caratterizza, dunque, la fase dei lavori preparatori al codice del 1913; ma non sortiscono alcun esito i tentativi di cristallizzare la presunzione di innocenza nel nuovo codice di rito, poiché prevale l'opinione contraria. Il codice di procedura

¹⁸ DOMINIONI, *La presunzione di innocenza*, in *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985, p. 217

¹⁹ GAROFALO, *La detenzione preventiva*, in *La Scuola positiva*, 1892, p. 199

²⁰ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p. 45

²¹ FERRI, *Sociologia criminale*, IV ed., Torino, 1900, pp. 728 ss. Egli, inoltre, proponeva l'introduzione di un verdetto di “non consta” in caso di dubbio, che avrebbe consentito di riaprire facilmente il procedimento in presenza di nuove prove, p. 734

penale è considerato non come la legge che tutela l'innocente, ma «uno strumento di difesa sociale contro il delitto»²².

Assolutamente ostile al riconoscimento della presunzione di innocenza è anche la c.d. Scuola giuridica. I suoi esponenti considerano il principio «paradossale e contraddittorio»²³, e individuano il fine delle norme processuali non già nella tutela dell'imputato, bensì nella repressione dei reati.

Il dibattito finisce per acquietarsi su queste posizioni, e con il passare del tempo le polemiche sfumano e perdono di attualità.

In tale scenario, si afferma il regime fascista, chiaramente ostile ai principi garantistici e liberali. La presunzione di innocenza viene quindi superata, e definita come una «stravaganza derivante da quei vietati concetti, germogliati dai principi della Rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali»²⁴.

Per la consacrazione del principio nell'ordinamento bisognerà attendere la Costituzione.

2. La formulazione dell'art 27 II comma Cost e l'interpretazione della norma

«L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva».

Questa è la formulazione della presunzione di innocenza cristallizzata dal secondo comma dell'art. 27 della Costituzione.

In particolare, in seno all'Assemblea costituente, della elaborazione del principio si occupa la Prima Sottocommissione, cui sono affidati i «Diritti e doveri dei cittadini».

La Carta costituzionale fa ricorso a una perifrasi negativa, enunciando la «considerazione di non colpevolezza» in luogo della tradizionale formulazione

²² MORTARA, *Discorso al Senato (5 marzo 1912)*, in *Commento al codice di procedura penale*, diretto da Mortara e altri, vol. III, Torino, 1915, p. 153

²³ L'espressione è di MANZINI, in *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912, p. 53

²⁴ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929, vol. VIII, p. 22

– comune alle principali carte internazionali dei diritti – secondo la quale l'imputato è "presunto innocente".²⁵

Peraltro, la norma inizialmente approvata dalla Prima Sottocommissione, anteriormente alla modifica apportata dal Comitato di redazione, prevedeva un riferimento esplicito all'innocenza: «L'innocenza dell'imputato è presunta fino alla condanna definitiva»²⁶.

Ebbene, uno degli aspetti maggiormente dibattuti della presunzione costituzionale, un dilemma che per lungo tempo ha diviso la dottrina, verte proprio sulla dicotomia tra presunzione di "innocenza" e presunzione di "non colpevolezza". Ci si è chiesti se presumere l'imputato non colpevole rappresenti un'attenuazione della presunzione di innocenza, un *quid minus*.

La lacunosità dei lavori preparatori sul punto e l'assenza di un verbale dei lavori del Comitato di redazione, non consentono di dare una risposta decisa, né di capire a fondo quale estensione i Padri costituenti intendessero dare al principio. Tuttavia, pure in mancanza di diretti riferimenti, dai dibattiti sviluppatasi in seno alla Prima Sottocommissione possono desumersi i motivi alla base della diversa soluzione lessicale. Invero, da più parti era emersa la consapevolezza di una inadeguatezza formale della presunzione di innocenza ove intesa alla stregua di una vera e propria regola giuridica, mentre se ne apprezzava il valore di principio generale dell'ordinamento. Quindi, si ritenne di poter modificare la lettera della disposizione senza che vi si rintracciasse la volontà di alterare il significato dei valori che si intendevano consacrare nella Costituzione²⁷.

In particolare, la formulazione "presunzione di non colpevolezza" fu proposta e sostenuta dall'on. Leone, come concetto distinto dalla presunzione di innocenza, posta «nel giusto mezzo»²⁸, un compromesso linguistico per venire incontro alle diverse e contrastanti posizioni in seno alla Sottocommissione.

²⁵ FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, p. 120

²⁶ *La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea costituente*, vol. VI, Roma, 1971, pp. 360-361

²⁷ MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art 27, comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, *Processo penale e Costituzione*, a cura di DINACCI, Milano, 2010, p. 311

²⁸ *La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea costituente*, vol. I, p. 701

Peraltro, in questo modo, come autorevolmente osservato, «si imbecca una strada malsicura, e si rischia di ridurre il principio a una inconcludente enunciazione retorica. L'imputato da *presunto innocente*, diviene *non considerato colpevole*, col risultato che una nozione estremamente chiara e storicamente consolidata ha finito per caricarsi di valenze contraddittorie ed ambigue, portando a una possibile disgregazione del significato pratico»²⁹.

Una scelta, quindi, dettata dalla ricerca della terminologia più adatta - e più cauta - che ha lasciato la norma in balia delle più diverse interpretazioni.

In effetti, sebbene dall'esame dei lavori preparatori emerga l'innocuità dell'abbandono della formula positiva, la Carta costituzionale finì inevitabilmente per cristallizzare il principio nelle parole utilizzate, con la conseguenza che la soluzione lessicale impiegata ha consentito la preoccupante affermazione in base alla quale il valore della presunzione stia soprattutto in quello che non dichiara³⁰.

In particolare, subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la tendenza fu quella di sminuirne la portata, facendo leva proprio sulla mancata adozione della formula tradizionale. La formulazione prescelta si prestò a facili strumentalizzazioni operate dai fautori di concezioni riduttive del principio, i quali sostenevano che, prevedendo la Costituzione una formula diversa, la presunzione di innocenza non trovasse cittadinanza nel nostro ordinamento. Le tesi svalutative, anziché essere tassativamente escluse dalla lettera della disposizione costituzionale, in essa trovarono alimento³¹.

Secondo una tesi più moderata, invece, l'utilizzo della formula negativa avrebbe significato che la Costituzione, pur vietando di considerare l'imputato

²⁹ ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., p. 21

³⁰ FROSALI, *La giustizia penale*, in AA.VV., *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, a cura di CALAMANDREI, LEVI, vol. I, Firenze, 1950, pp. 234 ss.

³¹ Al riguardo, è significativo rilevare come nell'edizione del 1952 del Trattato di MANZINI, non solo restino invariate le considerazioni sulla presunzione di innocenza elaborate *ante* Costituzione, ma ad esse si aggiunga l'osservazione che la Costituzione "non stabilisce alcuna presunzione di innocenza, ma si limita a dichiarare, come è naturale, che l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva".

colpevole, non lo presumesse innocente, andando a legittimare taluni aspetti del processo penale incompatibili con una vera e propria presunzione di innocenza. In effetti, anche la Corte costituzionale, pronunciata al riguardo, ha chiaramente precisato come la condizione di non colpevole non si identificasse con quella di innocente; la Corte negava, quindi, l'esistenza di una vera e propria presunzione di innocenza, che avrebbe comportato la illegittimità della carcerazione preventiva³².

Peraltro, come è stato osservato, questa tesi si rivela particolarmente inutile e pericolosa: inutile poiché non aggiunge né toglie niente al contenuto della disposizione costituzionale (in quanto il fatto che durante il processo non esista un colpevole ma solo un imputato è un corollario della funzione del giudizio quale momento di verifica); pericolosa perché si presta a facili elusioni e strumentalizzazioni³³.

Si deve ritenere, pertanto, che la formulazione adottata dalla Costituzione sia una mera variante lessicale che nulla toglie al principio della presunzione di innocenza per come enunciato nelle varie carte internazionali e – segnatamente – nell'art. 6 § 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 14 § 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Il principio, infatti, è concettualmente il medesimo, in quanto si può ritenere che le due formulazioni si integrino e chiariscano a vicenda³⁴.

Infatti, è stato sottolineato come la sola distinzione giuridicamente concepibile sia quella tra “colpevole” e “non colpevole”, mentre non rivestirebbe significato, nell'ambito del processo penale, la sottile distinzione tra “non colpevole” e “innocente”; quando non si è presunti colpevoli, si è presunti innocenti: *tertium non datur*³⁵.

Anzi, è stata messa in luce l'opportunità di cominciare a valorizzare il dato testuale dell'art. 27, comma 2, Cost che, vietando ogni equiparazione tra l'imputato e il colpevole, può rivelarsi funzionale ad instillare nell'immaginario

³² Corte cost., 6 luglio 1972, n. 124

³³ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., p. 56

³⁴ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 28

³⁵ DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, pp. 204-205

collettivo l'importanza del distacco da qualsiasi pregiudizio di reità prima che il procedimento penale sia definitivamente giunto al suo epilogo³⁶.

Vi è stato inoltre chi ha posto l'accento sulla distinzione tra le formule "l'imputato non è considerato colpevole" e "l'imputato è considerato non colpevole". La prima costituisce una negazione passiva e comporta un divieto di valutazione; la seconda, invece, rappresenta una negazione attiva e si sostanzia in una valutazione negativa in ordine alla colpevolezza. E valutare l'imputato non colpevole non è una situazione dissimile da quella in cui si presume innocente: trattasi, comunque, di una valutazione anticipata favorevole all'imputato, con la differenza che è formulata con una proposizione assertiva³⁷. In ogni caso, nonostante le numerose osservazioni che la formulazione dell'art 27, comma 2, Cost. conduce ad effettuare, e il rilievo storico e politico della sua genesi, è oramai pacifico che – quanto meno in linea teorica - la presunzione di innocenza viva nell'ordinamento.

In definitiva, è opportuno ritenere che oggi l'attenzione vada posta non sul versante lessicale, sulle parole usate, ma, piuttosto, sul significato del principio. Quel che conta è che il processo penale sia informato al principio – comunque sia espresso - per il quale l'imputato non può essere considerato colpevole finché non si sia giunti a una decisione irrevocabile in ordine alla sua colpevolezza.

L'art 27, comma 2, Cost., quanto alla durata della presunzione di innocenza, fa riferimento alla condanna definitiva. Si allude, dunque, alla decisione irrevocabile, che abbia acquisito l'autorità del giudicato.

Da questo punto di vista, in effetti, la norma sembra offrire una base costituzionale all'effetto sospensivo delle impugnazioni contro le sentenze penali di condanna, *ex art. 588 c.p.p.*³⁸

Non mancano, tuttavia, i sostenitori della tesi contraria e, dunque, tesi favorevoli al riconoscimento della provvisoria esecutività della sentenza di condanna di primo grado, specialmente sulla base di esigenze di sicurezza della collettività o specialpreventive; tanto nell'ottica dell'efficienza del sistema, intesa quale

³⁶ PAULESU, *op. ult. cit.*, p. 60

³⁷ FERRUA, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, I, Torino, 2017, p. 56

³⁸ CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, Milano, 1984, p. 247

«idoneità degli istituti processuali a conseguire il risultato fisiologico cui sono preordinati»³⁹.

Le tesi a sostegno dell'immediata esecutività della sentenza di condanna si basano anche sul diverso parametro temporale preso in considerazione dalle carte internazionali.

Anche sotto questo aspetto, invero, la formulazione dell'art. 27. 2 Cost. si presenta diversa rispetto alla garanzia enucleata dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dal Patto internazionale sui diritti civili e politici, che rimanda al "legale accertamento di colpevolezza".

In realtà, però, questi documenti rinunciano all'esatta individuazione della "scadenza" della presunzione di innocenza poiché intendono affidare l'identificazione del momento in cui la colpevolezza può dirsi accertata alla disciplina interna. Infatti, sono i singoli ordinamenti nazionali che devono prendere una posizione sulla durata della presunzione.

In particolare, la Corte europea ha precisato che la presunzione di innocenza *ex art. 6 § 2* della Convenzione non osta ad una misura detentiva basata su di una sentenza di condanna di primo grado, a prescindere dal regime di impugnazione cui la decisione risulta sottoposta, a condizione, peraltro, che sia comunque rispettato questo principio, valevole anche in appello⁴⁰.

Inoltre, si deve considerare che le due carte internazionali in discorso attingono soprattutto alla tradizione di *common law*, in cui il tema della pluralità dei gradi di giurisdizione presenta un rilievo marginale⁴¹.

Senza contare, peraltro, che le garanzie apprestate dalla Convenzione europea rappresentano un *minimum standard*, un livello minimo cui si aggiungono in via d'integrazione le maggiori tutele offerte dagli ordinamenti nazionali;

³⁹ GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, p. 21

⁴⁰ Corte EDU, 27 giugno 1968, *Wemhoff c. Germania*, par. 9.

⁴¹ AMODIO, *La tutela della libertà personale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, p. 870, nota 55.

certamente, pertanto, anche laddove vi si ravvisasse una difformità di contenuti, prevarrebbe la più ampia garanzia prevista dalla Costituzione.

In ogni caso, resta fermo che la Costituzione non consente di alimentare tesi che mirano a restringere il confine temporale della presunzione di innocenza ad un momento anteriore alla condanna definitiva⁴².

Invero, innanzitutto, dai lavori preparatori non emerge alcuna indicazione in tal senso, fatta eccezione per la proposta di un emendamento – respinto – per introdurre un riferimento alla sentenza “anche non definitiva” di condanna⁴³.

Altro rilievo che può essere fatto è che una simile interpretazione sarebbe in contrasto con l’art. 111, comma 7, Cost., che prevede la possibilità di proporre sempre il ricorso per Cassazione per violazione di legge: se ogni decisione è ammessa al vaglio della Corte di Cassazione, significa che essa non è mai, di per sé, definitiva, prima di una decisione di ultima istanza o dello spirare del termine per impugnarla.⁴⁴

Infine, si può accogliere l’idea che la presunzione di non colpevolezza giochi un ruolo significativo soprattutto *dopo* la sentenza di condanna, poiché *prima* sarebbe ovvio affermare che l’imputato non è considerato colpevole. Quindi, l’art. 27, comma 2, Cost., è proprio garantendo il trattamento previsto per il non colpevole anche in pendenza di un’impugnazione che assolve la funzione di «dire ciò che non va da sé, non è ovvio, ma potrebbe essere negato»⁴⁵.

3. La presunzione di innocenza nelle convenzioni internazionali

Le carte internazionali sui diritti, ispirate alla tutela dei primari diritti individuali, non possono non prevedere la presunzione di innocenza, che

⁴² In questi termini, cfr. PAULESU, op. ult. cit., p. 83; GREVI, op. ult. cit., p. 21; ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., p. 143

⁴³ Emendamento presentato dall’on. Rescigno. Cfr. PAULESU, op. ult. cit., p. 83

⁴⁴ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 84. Cfr. anche FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 130

⁴⁵ FERRUA, *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 124

includono tra i diritti fondamentali della persona umana, legandola in maniera evidente al diritto alla giurisdizione: essa entra a far parte della nozione stessa di processo *giusto, fair*⁴⁶.

È interessante, poi, alzare lo sguardo e analizzare il principio sul piano internazionale anche per allontanarsi dalle ideologie interne e dalle speculazioni incentrate sulla ambigua formulazione dell'art. 27, comma 2, Cost.

La presunzione di innocenza è prevista dall'art. 11 della Dichiarazione universale dei diritti umani, proclamata nel 1948 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite. La norma, in particolare, statuisce che: «Ogni individuo accusato di un reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie necessarie per la sua difesa».

Si presenta, quindi, quale sintesi dei principi che informano il *fair trial*: presunzione di innocenza, principio di legalità, diritto di difesa.

Prima di passare all'analisi della normativa convenzionale e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, da menzionare è, senz'altro, l'art. 14 § 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, del 1966: «Ogni individuo accusato di un reato ha il diritto di essere presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente». Ricomprendendo anch'esso il diritto di essere presunto innocente sino alla prova legale della colpevolezza tra i diritti fondamentali, rappresenta un'ulteriore conferma della centralità del principio per la tutela dell'individuo nel processo.

Inoltre, sul piano internazionale, la presunzione di innocenza è altresì prevista dai principali strumenti di tutela di diritti umani: art. 8, par. 2, Convenzione americana dei diritti umani; art. 7, par. 1, lett. b, Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli; art. 48, par. 1, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Un ruolo chiave nella tutela della presunzione di innocenza nel nostro ordinamento è svolto dall'art. 6 § 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

⁴⁶ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 24

La Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) viene firmata a Roma nel 1950, nell'ambito del Consiglio d'Europa, per offrire protezione ai diritti umani. La Convenzione impegna gli Stati firmatari a garantire i diritti da essa previsti nell'ambito dei rispettivi ordinamenti nazionali, e si rivela, oggi, un documento assolutamente fondamentale nella tutela dei diritti dell'uomo; un «denominatore costituzionale comune», il cui nucleo duro è oramai sottratto alla disponibilità dei singoli Stati⁴⁷.

Con la Convenzione viene anche istituita la Corte europea dei diritti fondamentali, a carattere permanente, con sede a Strasburgo. Gli individui – previo esaurimento dei rimedi interni - possono adire la Corte se ritengono di essere vittime di una violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione⁴⁸. Quindi, ruolo dei Giudici di Strasburgo è innanzitutto quello di offrire protezione ai singoli (non solo persone fisiche, ma anche organizzazioni non governative o gruppi di privati). Ma essenziale è altresì l'interpretazione della Convenzione *de qua*: ai sensi dell'art. 32 CEDU, «La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli».

Infatti, le norme convenzionali devono essere osservate – e interpretate dai giudici nazionali – nel rispetto dell'interpretazione che di esse offre la Corte europea, loro custode.

Quanto alla forza normativa della CEDU nel nostro ordinamento, essa rappresenta una *vexata quaestio* che, nel corso degli anni, ha ricevuto risposte differenti, «in armonia con una progressiva evoluzione culturale verso una sempre maggiore sensibilità nei confronti dell'esigenza di salvaguardare i diritti umani»⁴⁹.

⁴⁷ MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in AA.VV., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di MANES, ZAGREBELSKY, Milano, 2011, p. 4

⁴⁸ Art. 34 CEDU

⁴⁹ MOSCARINI, DI BITONTO, *Introduzione alla procedura penale*, Torino, 2018, p. 80

In particolare, in passato si riteneva che alla Convenzione dovesse essere riconosciuto il rango di legge ordinaria, poiché con la legge avvenne il recepimento. L'opinione dominante, invero, escludeva che i diritti garantiti dalla Convenzione potessero acquistare un rango costituzionale, e negava che le norme *de qua* avessero efficacia diretta nel nostro ordinamento. In particolare, con preciso riferimento alla presunzione di innocenza garantita dall'art. 6 § 2 della Convenzione, riconosciuta la differenza tra la "presunzione di non colpevolezza" di cui all'art. 27, comma 2, Cost. e la "presunzione di innocenza" ivi proclamata, parte della dottrina escludeva l'influenza diretta di quest'ultima norma, in quanto riteneva che i trattati internazionali sono chiamati a esprimere principi generali e non già regole concrete, essendo quindi da negare che potesse apportare modifiche alla disciplina di carattere generale vigente sull'onere della prova⁵⁰.

Nel tempo l'influenza della CEDU è progressivamente cresciuta. In particolare, la Corte di Cassazione – anche a seguito di censure dell'atteggiamento dei giudici italiani da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo – ha cominciato ad affermare l'obbligo per il giudice nazionale di interpretare il diritto interno in conformità alla CEDU e di conformarsi alla giurisprudenza di Strasburgo; comincia, cioè, ad affermarsi l'orientamento in base al quale le sentenze della Corte europea che hanno dichiarato *unfair* un processo, producono effetti sul processo in esame e impongono al giudice nazionale l'obbligo di rispettare la sentenza della Corte⁵¹.

Il punto di svolta arriva con le cc.dd. sentenze gemelle, sentt. nn. 348 e 349 del 2007, della Corte costituzionale. La Consulta si arrende di fronte all'evidente importanza rivestita dal diritto convenzionale e, in queste sentenze, alle norme della Convenzione, e all'interpretazione di esse fornita dalla Corte di Strasburgo, riconosce il ruolo di norme interposte, che fungono, cioè, da parametro per il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi ordinarie: più

⁵⁰ *Ivi*, nota 56 p. 81, che richiama BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, II, Padova, 1973, p. 219.

⁵¹ Cfr., in particolare: Cass, 22 settembre 2005, n. 35616, *Cat Berro*; Cass, 12 luglio 2006, n. 32678, *Somogy*; sent. Cass, 1° dicembre 2006, n. 2800, *Dorigo*.

precisamente, una legge dello Stato in contrasto con il diritto convenzionale è costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., che impone che l'esercizio della potestà legislativa avvenga nel rispetto degli obblighi internazionali.

Ebbene, oggi le garanzie della CEDU si impongono quale punto di riferimento obbligato per il giudice nazionale, che deve procedere a ogni sforzo interpretativo si renda necessario affinché una norma interna risulti compatibile con il diritto convenzionale, dovendone altrimenti denunciare l'illegittimità costituzionale ove tale opzione ermeneutica non sia possibile.

Ancora, a seguito della sent. 113 del 2011 della Corte costituzionale, che introduce la c.d. revisione europea, l'accertamento, da parte della Corte di Strasburgo, di una violazione dei principi processuali garantiti dalla Convenzione, è suscettiva di provocare una riapertura del processo penale allorquando sia necessario per conformarsi al *dictum* di tale Giudice⁵².

In definitiva, le norme della Convenzione sono parte integrante del nostro sistema costituzionale, e sono altresì fonte della procedura penale, con cui confrontarsi: «L'ordinamento giuridico, gli ordinamenti giuridici, nel loro reciproco intrecciarsi e integrarsi, divengono, nel nostro tempo, un fenomeno particolarmente complesso, sia con riguardo al sistema delle fonti sia per quel che concerne gli organi chiamati ad interpretarne i contenuti precettivi, determinando così un crescente rilievo, per ogni giurista, della giurisprudenza che da quegli organi promana»⁵³.

L'art. 6 § 2 CEDU, secondo il quale «Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata» enuncia il principio della presunzione di innocenza, che costituisce una delle fondamentali connotazioni del *fair trial ex art. 6*, vietando

⁵² Con la sentenza in discorso la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. “nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo”.

⁵³ BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012

l'espressione prematura da parte del giudice penale che la persona "accusata di un reato" sia colpevole, prima che ciò sia stato "legalmente accertato". La colpevolezza dell'imputato in ordine a un reato, infatti, non può essere affermata laddove egli non abbia avuto possibilità di difendersi, ovvero se il procedimento sia stato chiuso dall'autorità giudiziaria prima ancora che siano state prodotte le prove⁵⁴.

Sono già state messe in luce le principali differenze con la formulazione della nostra Costituzione. In particolare, la Convenzione europea ricorre alla formula positiva, con espresso riferimento all'innocenza, e utilizza quale termine finale il "legale accertamento". Peraltro, si è già avuto modo di vedere come non sia proficuo, quanto meno in questa sede, focalizzarsi sulle diverse scelte lessicali, mentre risulta opportuno comprendere a pieno il principio convenzionale, considerato l'impatto che ha nel nostro ordinamento, andando ad integrare la portata dell'art. 27, comma 2, Cost.

Il significato fondamentale del principio consiste nella protezione dell'accusato, per evitare che venga condannato senza che alla base vi sia una valutazione sulla responsabilità condotta in conformità della legge: «il principio di presunzione d'innocenza vale per l'accusato; esso tende a proteggerlo contro un verdetto di colpevolezza senza che quest'ultima sia legalmente stabilita»⁵⁵.

Da un'analisi della giurisprudenza di Strasburgo, innanzitutto viene costantemente ribadito che la presunzione di innocenza garantita dall'art. 6 § 2 rappresenta un aspetto fondamentale del *fair process* ex art. 6 § 1. Essa si pone in una posizione di "cerniera" tra i principi generali del *fair process* enunciati nel primo paragrafo e la disciplina dei singoli diritti dell'accusato⁵⁶. Non a caso, infatti, nei casi in cui viene lamentata una sua violazione, la Corte tende a

⁵⁴ BELTRANI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. I diritti - La procedura*, Bologna, 2022, p. 490

⁵⁵ Corte EDU., sent. 25 agosto 1987, *Nolkenbockhoff c. Germania*, punto n. 33

⁵⁶ BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, 2022, p. 142

leggere i primi due paragrafi dell'art. 6 della Convenzione congiuntamente, valutando l'intero procedimento⁵⁷.

Inoltre, si evincono le varie implicazioni del principio, che comporta, prima di tutto, il divieto, per le autorità giudicanti, di iniziare il processo essendo già convinti della colpevolezza dell'imputato: il giudice non deve partire dall'idea "preconcetta" che l'imputato sia colpevole e le prove fornite dall'accusa devono sempre essere sufficienti a fondare una «*déclaration de culpabilité*»⁵⁸. Inoltre, il principio *ex art. 6 § 2* importa che l'onere della prova della colpevolezza incomba sull'accusa, salva la possibilità di prevedere un c.d. onere di allegazione sulla difesa, *id est* l'onere di fornire spiegazioni su un fatto già dimostrato dalla pubblica accusa. Ancora, sul piano delle regole di giudizio, la presunzione impone di privilegiare la decisione favorevole all'imputato secondo il canone dell'*in dubio pro reo*. E, infine, non consente alle autorità di esprimere, anche implicitamente, l'opinione che un soggetto che sia stato prosciolto con sentenza definitiva fosse colpevole⁵⁹.

La Corte europea ha, peraltro, precisato che la Convenzione non proibisce le presunzioni di diritto o di fatto, che operano in qualsiasi ordinamento penale, ma impone che esse siano contenute «*within reasonable limits*», nel pieno rispetto del diritto di difesa dell'imputato⁶⁰.

Nello stabilire se le presunzioni siano o meno compatibili con la presunzione d'innocenza garantita dalla Convenzione, la Corte prende in considerazione anche "l'importanza della posta in gioco", ossia la gravità della sanzione che incombe sul ricorrente.

Si scorge dalle pronunce della Corte un dato costante, ovverosia la considerazione di un "*certain élément intentionnel*" nei giudizi interni, talora accontentandosi anche di intenderlo nel senso processuale, di negazione in

⁵⁷ Corte EDU., 8 dicembre 2009, *Previti c. Italia*

⁵⁸ Corte EDU., sent. 13 giugno 1994, *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, § 77

⁵⁹ BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario*, cit., sulle "quattro conseguenze fondamentali" della presunzione d'innocenza, p. 491

⁶⁰ Corte EDU, sent. 7 ottobre 1988, *Salabiaku c. Francia*; Corte EDU, sent. 19 ottobre 2004, *Falk c. Netherlands*; Corte EDU, sent., 18 novembre 1992, *Radio France and Others v. France*, § 24

concreto di ogni presunzione di colpevolezza. L'accertamento di tale "elemento intenzionale" esprime una ricostruzione della vicenda criminosa del ricorrente che contempla anche un momento soggettivo, e, quindi, il riconoscimento in concreto e nel caso specifico – attraverso il processo e, segnatamente, attraverso il ripristino dell'onere della prova – della colpevolezza⁶¹.

La Corte, quindi, pone estrema attenzione alle caratteristiche del caso specifico: il comportamento complessivamente tenuto dalle parti, la "posta in gioco", la fattispecie di riferimento, le norme processuali concretamente applicate.

Appare molto valorizzata, infine, la tutela della presunzione d'innocenza in una prospettiva teleologica, quale garanzia processuale diretta alla tutela dei diritti di difesa e, insieme, dell'onore e della dignità dell'accusato, vietando gli effetti stigmatizzanti delle dichiarazioni delle autorità al pubblico che presentino il soggetto come colpevole o che comunque portino ad un inquinamento della vicenda capace di influenzare il giudizio della collettività⁶².

4. La direttiva europea sulla presunzione di innocenza

Sul versante eurounitario, un atto fondamentale è la direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, garantiti dagli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La direttiva *de qua*, come espressamente specificato nel *considerando* 10, «stabilendo norme minime comuni sulla protezione dei diritti procedurali di indagati e imputati», «mira a rafforzare la fiducia degli Stati membri nei reciproci sistemi di giustizia penale e, quindi, a facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni in materia penale».

Essa rappresenta il quarto strumento adottato ai sensi dell'art. 82 § 2, lett. b), del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, base giuridica per

⁶¹ ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella Cedu: profili sostanziali*, in AA.VV., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 392

⁶² BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, cit., p. 144

l'adozione di norme minime comuni sui diritti della persona nel procedimento penale⁶³.

Dietro all'ambizioso proposito di rafforzare l'effettività della presunzione d'innocenza negli ordinamenti degli Stati membri, si cela un lungo cammino che ha portato l'Unione a intervenire su questo tema. Invero, l'intenzione di adottare una disciplina europea sulla presunzione d'innocenza è presente da anni, ed è stata oggetto del "Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza" della Commissione nel 2006, in cui si valutava se un intervento normativo al riguardo potesse essere funzionale ad un innalzamento del livello di fiducia tra gli Stati e se si registrasse un problema particolare in questo ambito. Già da questo documento si colgono le caratteristiche di fondo della direttiva 2016/343, e soprattutto la scelta di fare propri i principi relativi alla presunzione d'innocenza elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁶⁴.

L'ambito di applicazione della direttiva concerne le *persone fisiche*⁶⁵ indagate o imputate in procedimenti *penali*⁶⁶, per come intesi dalla Corte di giustizia e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Quanto all'ambito *ratione temporis*, «si applica a ogni fase del procedimento penale, dal momento in cui una persona sia indagata o imputata per aver commesso un reato o un presunto reato sino a quando non diventi definitiva la decisione che stabilisce se la persona abbia commesso il reato»⁶⁷.

⁶³ *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, 3 marzo 2021, p. 1

⁶⁴ DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2016, pp. 1837-1838

⁶⁵ Sulla esclusione delle persone giuridiche dall'ambito di applicazione, cfr. *infra*, cap. II

⁶⁶ Cfr. *Consideranda* nn. 11 e 12

⁶⁷ Art. 2 Direttiva 2016/343/UE

In particolare, il *Capo 2* è dedicato alla presunzione di innocenza, che deve essere assicurata dagli Stati membri fino a quando la colpevolezza degli indagati e imputati non sia stata legalmente provata⁶⁸.

Sono prese in considerazione, già dai *Consideranda*, le diverse estrinsecazioni della presunzione: il divieto di presentare al pubblico gli indagati e gli imputati come colpevoli (artt. 4 e 5); l'onere della prova della colpevolezza da parte dell'accusa (art. 6); il diritto al silenzio e il diritto di non autoincriminarsi (art. 7).

Inoltre, va aggiunto che la Direttiva in discorso espressamente prevede una clausola di non regressione: non può essere interpretata in modo da limitare i diritti garantiti dalla Carta, dalla CEDU o comunque da altre disposizioni del diritto internazionale o interno che assicuri una protezione più elevata⁶⁹.

L'art. 4 si occupa della presentazione di indagati e imputati, prevedendo che le dichiarazioni rilasciate dalle autorità pubbliche non debbano presentare la persona come colpevole, finché la sua responsabilità non sia stata legalmente provata. Viene, peraltro, precisato che tale disposizione lascia impregiudicati gli atti della pubblica accusa, volti a dimostrare la colpevolezza, e le decisioni preliminari del procedimento penale fondate su indizi di colpevolezza – come i provvedimenti di custodia cautelare – a condizione che non presentino l'indagato come colpevole⁷⁰. La disposizione va letta in combinato disposto con il Considerando n. 16, in cui si specifica che la presunzione di innocenza risulterebbe violata se le pubbliche dichiarazioni e le decisioni giudiziarie rispecchiassero l'idea che la persona sia colpevole. Infine, a mente del paragrafo 3 dell'articolo citato, si fa salva la possibilità, per le autorità pubbliche, di divulgare informazioni sui procedimenti penali laddove sia strettamente necessario per l'indagine o per l'interesse pubblico.

⁶⁸ Art. 3 Direttiva 2016/343/UE

⁶⁹ Art. 13 Direttiva 2016/343/UE

⁷⁰ CAMALDO, *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica direttiva dell'Unione europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 marzo 2016

L'art. 5 aggiunge l'obbligo per gli Stati membri di adottare misure appropriate per evitare che indagati e imputati siano presentati come colpevoli attraverso il ricorso a misure di coercizione fisica (come, ad esempio, le manette); il ricorso a tali misure, pertanto, deve rivelarsi necessario.

Dell'*onus probandi*, poi, si occupa l'art. 6, che richiede agli Stati membri di assicurare l'effettività del principio del *favor rei*. In particolare, a mente di tale articolo, gli Stati membri sono tenuti ad assicurare che l'onere di provare la colpevolezza ricada sulla pubblica accusa, salvi l'eventuale obbligo per il giudice di ricercare le prove e il diritto della difesa di produrre prove, in conformità del diritto nazionale. Inoltre, il paragrafo 2 introduce il principio del *favor rei*: ogni dubbio in merito alla colpevolezza deve essere valutato in favore dell'indagato o imputato.

A tal riguardo, va menzionato anche il Considerando n. 22, che, dopo aver puntualizzato che la presunzione di innocenza risulterebbe violata laddove l'onere della prova fosse trasferito alla difesa, consente il ricorso a presunzioni di fatto o di diritto sulla responsabilità dell'indagato o imputato, a condizione che siano confinate entro limiti ragionevoli e che siano confutabili, nel rispetto del diritto di difesa.

Anche su questo punto, dunque, la direttiva *de qua* si pone in perfetta armonia con i principi elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Infine, l'art. 7 prevede, quali corollari della presunzione di innocenza, il diritto di rimanere in silenzio ed il diritto di non autoincriminarsi, che impedisce alle autorità procedenti di costringere indagati e imputati a fornire informazioni o prove contro la loro volontà.

In particolare, peraltro, il diritto al silenzio viene riconosciuto solamente con riferimento al reato contestato, mentre non è previsto in merito ad ogni altro fatto riferibile all'indagato o imputato; né ci si può avvalere di tale diritto di fronte a domande concernenti l'identificazione degli indagati o imputati, come specificato dal Considerando n. 26⁷¹.

⁷¹ CAMALDO, *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica direttiva dell'Unione europea*, cit.

In definitiva, la direttiva in discorso recepisce i fondamentali principi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo, specie in relazione al contenuto del diritto. Peraltro, ha previsto che i diritti individuali che discendono dalla presunzione di innocenza, e – segnatamente – la regola dell'*in dubio pro reo*, siano indisponibili, innalzando in tal modo la tutela rispetto ai principi elaborati dalla giurisprudenza nazionale e convenzionale⁷².

Tuttavia, è stato osservato come, riproducendo solo una parte della giurisprudenza della Corte europea, e con estrema cautela nella definizione e nella disciplina dei diritti in essa contenuti, presenta il rischio di una armonizzazione delle disposizioni nazionali verso il basso⁷³, come messo in luce anche dal *Rapporteur* della Commissione.

In particolare, la scelta della trasposizione di parti di decisioni della Corte europea, risulta criticabile da una duplice prospettiva. Da un lato, infatti, si rivela una tecnica che comporta inevitabili difficoltà esegetiche, poiché – essendo le varie parti estrapolate delle loro *rationes decidendi* – la loro lettura può risultare assai difficile. Dall'altro lato, poi, vengono in tal modo cristallizzate pronunce che spesso rappresentano l'esito di bilanciamenti compiuti sulla singola fattispecie, che non possono essere più di tanto generalizzati⁷⁴.

Il termine per il recepimento della direttiva *de qua* da parte degli Stati membri era il 1° aprile 2018. In Italia, una prima delega per il recepimento dell'atto europeo arriva nell'autunno del 2017, ma non viene esercitata dal Governo, poiché dalla disamina effettuata si era ritenuto che l'ordinamento fosse già

⁷² COSTARELLA, *Presunzione di innocenza e diritto comunitario*, in www.dirittodidifesa.eu, 27 aprile 2020

⁷³ FANCIULLO, *La direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in *Rivista Eurojus.it*, 18 aprile 2016

⁷⁴ DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2016, p. 1875

conforme, senza necessità di un intervento *ad hoc*⁷⁵. Ma la Commissione europea, nella Relazione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione della direttiva, fa presente che nella maggior parte degli Stati membri si segnalano problemi di conformità – soprattutto per quanto riguarda gli artt. 4 e 5 -, che dipendono principalmente dal mancato recepimento⁷⁶.

4.1 ... E il “compiuto adeguamento” nazionale

A seguito della citata Relazione, l'Italia, per evitare di incorrere in sanzioni a seguito della procedura di infrazione, ha provveduto a recepire la Direttiva: la l. 22 aprile 2021, n. 53, contiene la delega al Governo per il recepimento, avvenuto con il d. lgs. 8 novembre 2021, n. 188, recante disposizioni per il “compiuto adeguamento” della normativa nazionale alla direttiva (UE) 2016/343.

Il decreto si compone di sei articoli e contiene disposizioni relative alle dichiarazioni delle pubbliche autorità sulla colpevolezza delle persone fisiche sottoposte a procedimento penale (art. 2); modifiche del d. lgs. n. 106/2006 sulle informazioni relative a procedimenti penali rese alla stampa dalle procure (art. 3); modifiche al codice di procedura penale, soprattutto con l'introduzione dell'art. 115 bis dedicato alla garanzia della presunzione di innocenza (art. 4); e, infine, assegna al Ministero della giustizia il compito di provvedere all'analisi e alla trasmissione alla Commissione europea dei dati di cui all'art. 11 della direttiva (*id est*: i dati relativi al numero e all'esito dei procedimenti connessi alla violazione dei precedenti articoli del decreto) (art. 5).

Esso costituisce un atto normativo rilevante, rappresentando un passo in avanti sul piano giuridico e culturale nella direzione di una più piena affermazione delle garanzie fondamentali consacrate nel principio della presunzione di innocenza

⁷⁵ BOLOGNA, MONACO, *La presunzione di innocenza nel d. lgs. 188/2021: un'occasione persa?*, in *Unicost.eu*, 24 febbraio 2022

⁷⁶ *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, 31 marzo 2021

dell'imputato. Peraltro, con riferimento alla disciplina delle dichiarazioni delle autorità, si può rilevare come il decreto sia rivolto alle sole autorità pubbliche, e non anche agli organi di informazione, che pure rivestono un ruolo importante nella tutela della presunzione di innocenza, lasciando quindi, ancora, uno spazio per il c.d. processo mediatico⁷⁷.

L'ambito di applicazione del decreto, in piena armonia con la direttiva europea, è limitato alle persone fisiche, con esclusione delle persone giuridiche. Può accennarsi che questo aspetto, che verrà trattato più avanti⁷⁸, costituisce il punto maggiormente dibattuto. Infatti, è sufficiente per il momento osservare che il legislatore avrebbe potuto sfruttare l'occasione per innalzare il livello di tutela rispetto a quello offerto sul fronte europeo, che può giustificarsi alla luce delle differenze della disciplina della *criminal liability* degli enti nei diversi ordinamenti nazionali⁷⁹.

L'art. 2 è dedicato alle dichiarazioni rese dalle autorità pubbliche sulla colpevolezza delle persone fisiche sottoposte a procedimento penale, e comporta il divieto di indicare come colpevole l'indagato o imputato fino alla sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili; in caso di violazione del divieto, è prevista - in aggiunta a ulteriori eventuali sanzioni penali e disciplinari, e il risarcimento del danno - la possibilità, per l'interessato, di richiedere la rettifica della dichiarazione. Come anticipato, trattasi di un divieto rivolto alle sole pubbliche autorità⁸⁰, con esclusione, pertanto, dei giornalisti - e, in generale, dei privati - che non potranno incontrare limitazioni dalla disciplina *de qua*.

⁷⁷ BOLOGNA, MONACO, op. ult. cit.

⁷⁸ Cfr. Cap. II, par. 5.2

⁷⁹ BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231*, Torino, 2018, p. 75

⁸⁰ Quanto alla nozione di "pubblica autorità", la *Relazione di accompagnamento allo Schema di decreto legislativo*, rimanda all'art. 4 della direttiva (UE) 343/2016, che a sua volta va letto alla luce di quanto affermato nel Considerando n. 17, ai sensi del quale, "per dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche dovrebbe intendersi qualsiasi dichiarazione riconducibile a un reato e proveniente da un'autorità coinvolta nel procedimento penale che ha ad oggetto tale reato, quali le autorità giudiziarie, di polizia e altre autorità preposte all'applicazione della legge, o da un'altra autorità pubblica, quali ministri e altri funzionari pubblici".

L'art. 3 del decreto prevede le modifiche al d. lgs. 106/2006, che verranno dettagliatamente esaminate *infra*⁸¹, a proposito della tutela dell'immagine dell'imputato e della dimensione "sociale" della presunzione di innocenza.

Particolarmente significativa, poi, l'introduzione, nel codice di procedura penale, dell'art. 115-*bis* ad opera dell'art. 4. Il nuovo articolo, rubricato "Garanzia della presunzione di innocenza", vieta che nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato, la persona sottoposta alle indagini o l'imputato siano indicati come colpevoli, fino a che la colpevolezza non sia stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili. In caso di violazione, l'interessato può richiedere la correzione del provvedimento in questione.

Invero, la giustizia viene comunicata all'esterno anche con vari atti giudiziari destinati a diventare pubblici (decreti di perquisizione, avvisi di garanzia, provvedimenti cautelari, ecc.) ma fino a quando sia emesso il provvedimento definitivo, i magistrati non possono utilizzare detti provvedimenti – che devono, quindi, essere scevri da «affermazioni non pertinenti e ipotesi indimostrate» – per scopi diversi da quelli loro propri⁸².

In conclusione, sebbene il decreto legislativo in discorso presenti delle criticità – prime fra tutte la mancata estensione della disciplina alla tutela delle persone giuridiche e l'assenza di rimedi per le violazioni della presunzione di innocenza da parte di giornalisti e, più in generale, privati – e, quindi, manchi un significativo innalzamento di tutela, si può convenire che questo "timido restyling"⁸³ della presunzione d'innocenza rappresenti il precipitato di una iniziativa legislativa volta a rafforzare la tutela dell'imputato nel processo,

⁸¹ V. Cap. I, par. 7

⁸² SPATARO, *Commento al decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 188*, in *giustiziainsieme.it*, 14 dicembre 2021

⁸³ ROMBI, *Riflessioni a prima lettura sul d. lgs. 8 novembre 2021, n. 188: un timido restyling della disciplina a tutela della presunzione di innocenza*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, n. 2, che critica la poca incisività del decreto di recepimento, e sottolinea l'occasione mancata di apportare modifiche agli aspetti della disciplina italiana che, pur non essendo espressamente censurati dalla Direttiva, comunque comprimono la presunzione d'innocenza e pertanto richiedono ripensamenti, ostando a quel "pieno riconoscimento" che l'Unione europea impone agli Stati membri.

mirando, soprattutto, ad evitare improprie anticipazioni di un giudizio di colpevolezza da parte delle autorità.

5. Regola di giudizio e implicazioni in materia probatoria

La presunzione d'innocenza presenta una duplice dimensione, potendosene ricavare una regola di giudizio e una regola di trattamento. La prima impone, sul terreno dell'accertamento processuale, di risolvere i casi dubbi a favore dell'imputato; la seconda, invece, vieta di trattare (e di far apparire) l'imputato come colpevole prima della condanna definitiva.

La regola di giudizio, in linea di principio, consiste in un criterio finalizzato a rendere sempre possibile la decisione nel merito⁸⁴.

Peraltro, nei moderni sistemi processuali non sono ammesse pronunce di *non liquet*: il giudice deve, quindi, decidere, anche nei casi di incertezza.

Conseguentemente, la regola di giudizio finisce per servire da «guida nel chiaroscuro delle ipotesi di confine, quando ci si domanda chi sopporta il rischio della prova mancata»⁸⁵.

Ebbene, la presunzione di non colpevolezza intesa quale regola decisoria pone in capo al pubblico ministero l'onere di fornire la prova piena della colpevolezza, mentre i casi di incertezza saranno risolti a favore dell'imputato; la regola di giudizio che discende dalla presunzione costituzionale si sostanzia, quindi, nell'aureo canone decisorio espresso dalla nota locuzione latina *in dubio pro reo*. Essa esprime, dunque, la necessità di prosciogliere l'imputato ogni qual volta la sua colpevolezza non sia pienamente accertata.

Infatti, presumere l'imputato non colpevole significa che il tema della decisione è costituito dalla colpevolezza, non dall'innocenza, la quale, pertanto, non ha bisogno di essere confermata, quanto piuttosto di venire smentita attraverso la condanna⁸⁶. L'imputato non deve provare la propria innocenza: è la pubblica

⁸⁴ VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 19

⁸⁵ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 124

⁸⁶ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., pp. 187-188

accusa a dover fornire piena prova della sua colpevolezza, e a dover sopportare il rischio della mancata prova, che porterà al proscioglimento dell'imputato.

L'articolo 27, comma 2, della Costituzione pone, quindi, l'imputato in una posizione di "vantaggio" – atto a riequilibrare la sua posizione ontologicamente asimmetrica rispetto a quella dell'organo d'accusa – privilegiando, nell'incertezza, la sua libertà.

In effetti, se, come è ovvio, non è possibile raggiungere uno stato di certezza in ordine alla colpevolezza dell'imputato, si deve allora convenire, come autorevolmente affermato, che «la sola certezza che dal processo penale si pretende riguarda i presupposti delle condanne e delle pene, e non quelli delle assoluzioni o delle non-pene»⁸⁷.

Il dovere di prosciogliere l'imputato ove la sua colpevolezza non sia pienamente dimostrata è «connaturale alla funzione del processo quale strumento per accertare la responsabilità». Invero un fatto non può essere considerato esistente quando la prova manca, è insufficiente o contraddittoria⁸⁸.

Sebbene tale affermazione risponda al senso comune, va rilevato come la consacrazione di questo principio abbia rivoluzionato l'intera fisionomia del processo penale: si impongono tecniche di indagine che consentano di individuare prove suscettive di essere compiutamente apprezzate in dibattimento e di condurre a un accertamento positivo di responsabilità.

La presunzione di innocenza non solo impone al processo penale di esprimersi come accertamento, ma determina al tempo stesso le modalità con cui tale accertamento deve avvenire: traccia il disegno della ricerca probatoria, le regole che deve seguire⁸⁹.

È evidente, infatti, come il precetto costituzionale abbia immediati riflessi sulle iniziative probatorie delle parti.

È la pubblica accusa a dover provare la colpevolezza dell'imputato e su di essa ricadranno le conseguenze della mancata prova.

⁸⁷ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 83

⁸⁸ ILLUMINATI, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. Giur.*, XXVII, 1991, p. 5

⁸⁹ DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, 2004, p. 58

In linea teorica, infatti, la presunzione costituzionale impone un certo ordine. Solo laddove tutti gli elementi d'accusa siano sufficientemente provati, la difesa sarà tenuta a fornire gli elementi a discarico: non sarebbe possibile, al contrario, imporre all'imputato oneri probatori contrari rispetto all'ipotesi di accusa, pur restando salva la sua possibilità di fornire la prova di qualunque fatto che ritenga vantaggioso.⁹⁰

Più precisamente, sul piano probatorio, la presunzione di non colpevolezza richiede un determinato modo di procedere, comportando: la separazione tra le funzioni di ricerca delle prove e di decisione; la facoltà dell'imputato di contestare le prove a suo carico e di allegare quelle a sua discolpa, senza che si configuri in capo a lui alcun onere di collaborazione; il diritto, infine, dell'imputato a che gli elementi costituenti la sua responsabilità non siano dati per presupposti a causa di ingiustificate preclusioni probatorie⁹¹.

Quale regola probatoria, quindi, si può affermare che la presunzione di non colpevolezza comporta la fissazione in capo all'accusa di un onere probatorio sia formale sia sostanziale. Infatti, innanzitutto impone un onere probatorio formale in quanto è tenuta ad attivarsi per dimostrare la colpevolezza dell'imputato. Ma sul pubblico ministero grava anche un onere probatorio sostanziale: la condanna potrà essere pronunciata solo in caso di piena prova dei profili di fatto da cui dipende la colpevolezza⁹², e dovrà conseguentemente sopportare le conseguenze della mancata prova di qualsiasi elemento, sia esso costitutivo, impeditivo o estintivo. In definitiva il giudice in caso di incertezza deve sempre dare per dimostrata la mancata realizzazione della fattispecie, risolvendo il dubbio *pro reo*.

Il termine onere "sostanziale" di prova mira a puntualizzare che la regola di giudizio prescinde dalla ripartizione della prova fra le parti, determinando il modo nel quale la fattispecie deve essere provata: non si tratta di sapere *da chi* la prova deve essere fornita, ma *che cosa* deve essere provato. Le parti *corrono*

⁹⁰ ILLUMINATI, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 7

⁹¹ DI BITONTO, op. ult. cit., p. 58

⁹² MOSCARINI, DI BITONTO, *Introduzione alla procedura penale*, cit., pp. 45-46

il rischio della mancata prova dei fatti a loro favorevoli ma l'eventuale inerzia non comporta *tout court* la soccombenza.⁹³

Un tale standard probatorio è stato cristallizzato nel nuovo codice di procedura penale, per come modificato nel 2006 con l'introduzione della regola di derivazione angloamericana dell'"oltre ogni ragionevole dubbio".

A norma del primo comma dell'art. 533 c.p.p., infatti, «il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio»⁹⁴.

Il codice del 1988, recependo un orientamento già elaborato dalla più attenta dottrina e dalla giurisprudenza, ancora la pronuncia della sentenza di condanna al presupposto positivo della colpevolezza, richiedendo al pubblico ministero di raggiungere un alto grado di probabilità, oltre ogni *ragionevole dubbio*.

La prova che invece tali dubbi lascia residuare è paragonata alla mancata prova, e l'imputato deve essere assolto: *actor non probante, reus absolvitur*.

Trattasi di un criterio che si affianca al canone dell'*in dubio pro reo* codificato dall'art. 530 comma 2 c.p.p. («Il giudice pronuncia sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile»), indicando lo standard probatorio necessario per la condanna, e così incrementando la tutela dell'imputato. Dalla regola in discorso, coerentemente alla tutela privilegiata che la presunzione costituzionale riconosce all'imputato, si evince che gli elementi cognitivi alla base della condanna debbono essere più persuasivi di quelli che sorreggono l'ipotesi dell'innocenza; né un tale assunto può essere posto in discussione senza che sia svuotata di contenuto la presunzione di non colpevolezza⁹⁵.

⁹³ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 105

⁹⁴ Articolo modificato ad opera dell'art 5, l. 20 febbraio 2006, n. 46, che ha introdotto il riferimento al "ragionevole dubbio".

⁹⁵ CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Milano, 2021, p. 130

A ben vedere, tali formule sono in un rapporto di «complementarietà funzionale»⁹⁶ poiché, se l'art. 530 comma 2 indica le condizioni sufficienti per assolvere, l'art. 533 comma 1 indica le condizioni necessarie per condannare.

In definitiva, in ossequio alla presunzione di non colpevolezza, affinché l'imputato possa essere condannato si devono realizzare entrambe le condizioni prescritte dalle suddette disposizioni.

Per quanto concerne il dubbio sulle esimenti, occorre prendere in considerazione l'art. 530 comma 3 c.p.p.⁹⁷: «Se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione». Il codice, quindi, equipara l'incertezza sulla esistenza delle cause di giustificazione alla prova positiva della loro esistenza, salvaguardando, in tal modo, la regola di giudizio sottesa alla presunzione di non colpevolezza, che impone di risolvere sempre l'incertezza processuale a vantaggio dell'imputato, anche laddove il dubbio cada sui fatti che escludono l'antigiuridicità⁹⁸.

Merita di essere sottolineata, pertanto, la portata della norma, che ha finalmente soppiantato l'orientamento giurisprudenziale dominante sotto il codice del 1930, che, poneva in capo all'imputato un vero e proprio onere della prova delle scriminanti⁹⁹, risolvendo il dubbio *contra reum*. Già allora, peraltro, la più attenta dottrina¹⁰⁰ criticava tale discutibile indirizzo, sottolineando come la presunzione di innocenza imponesse, in qualsiasi caso di dubbio, il proscioglimento dell'imputato: anche l'incertezza sulla sussistenza di una causa di giustificazione doveva risolversi a suo favore.

⁹⁶ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., p. 193

⁹⁷ V. *amplius* cap. III, par. 6

⁹⁸ *Ivi*, p. 237

⁹⁹ Cfr., in particolare, Cass., Sez. U, 26 febbraio 1972, p.m. in c. Marchese

¹⁰⁰ Cfr. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., pp. 132 ss, sulla opportunità della prova negativa da parte del pubblico ministero, "alla dimostrazione della sussistenza del fatto deve accompagnarsi quella della insussistenza di cause di giustificazione. Tanto il dubbio, quanto la mancata prova negativa di queste ultime conduce all'assoluzione".

Infine, anche con riferimento alle cause estintive del reato, l'art. 531 comma 2 c.p.p. prevede che il giudice pronunci sentenza di non doversi procedere anche quando vi è dubbio sull'esistenza di una causa di estinzione del reato: ancora una volta, l'incertezza processuale gioca a favore dell'imputato.

Concludendo l'analisi sui riflessi in materia probatoria, non si può non fare cenno ai precipitati della presunzione di non colpevolezza sul regime delle dichiarazioni dell'imputato.

Infatti, come accennato, non solo la presunzione costituzionale comporta, per l'imputato, il diritto di addurre prove in contraddittorio per contrastare le contestazioni dell'accusa e costruire la propria difesa, ma implica altresì il diritto, per quest'ultimo, di non collaborare e di restare in silenzio, senza che tale scelta possa provocare infelici conseguenze¹⁰¹.

Appare evidente come il principio di non colpevolezza risulterebbe interamente contraddetto e svuotato, se la resistenza a collaborare o la scelta di non parlare venissero considerate una ammissione di colpa. Ulteriore corollario della presunzione di innocenza, quindi, è la possibilità di difesa passiva: l'imputato non è tenuto a collaborare all'accertamento, in base al principio *nemo tenetur se detegere*.

L'imputato ha la libertà di decidere se svolgere o no attività probatoria, se controdedurre per confutare le accuse o limitarsi alla difesa passiva. L'opportunità di attenersi all'una o all'altra condotta dipende dalla concreta situazione processuale poiché, come è ovvio, la presunzione di innocenza, se elimina per l'imputato il rischio della mancata prova, non può certo garantirlo dal rischio che le prove d'accusa risultino in concreto sufficienti per la condanna¹⁰².

In definitiva, come anticipato, è sulla presunzione di innocenza che si incardinano le regole del procedimento probatorio e le regole del processo.

¹⁰¹ Cfr. *infra*, cap. V, par. 1

¹⁰² ILLUMINATI, *La presunzione innocenza dell'imputato*, cit., pp. 191-192

6. Il divieto di trattare l'imputato come colpevole fino alla condanna definitiva

La regola di trattamento che discende dall'articolo 27, comma 2, della Costituzione si sostanzia nel divieto di *trattare* l'imputato come colpevole; *ergo*, nel divieto di *punire* l'imputato prima della condanna definitiva.

Prima che la colpevolezza dell'imputato sia accertata con sentenza definitiva, è vietata ogni equiparazione al colpevole: deve essere trattato da innocente.

Appare dunque lampante come un tale precetto vada a lambire il tema della tutela cautelare e delle restrizioni della libertà personale dell'imputato *ante iudicatum*.

In effetti, pare possibile osservare che l'esistenza di poteri strumentali di coercizione costituisca un aspetto strutturale del processo penale, utile per il suo funzionamento. Cominciano allora ad emergere gli elementi di un dilemma insolubile: da un lato l'imputato andrebbe trattato come un innocente, dall'altro lato in taluni casi è possibile che siano anticipate a suo carico misure in concreto assimilabili alle conseguenze dell'eventuale accertamento della colpevolezza, per motivi pratici¹⁰³. Allora, si rende necessaria la ricerca di un equilibrio, che consenta di rispettare la presunzione d'innocenza, e, al contempo, di "cautelare" le dinamiche processuali.

Quanto all'applicazione delle misure cautelari e – segnatamente - della custodia cautelare in carcere, è opportuno prendere le mosse del discorso dalla apparente antinomia tra due norme fondamentali per la tutela dell'imputato: l'art. 13 Cost. da una parte, l'art. 27, comma 2, Cost., dall'altra.

L'ultimo comma dell'articolo 13 della Costituzione, prevedendo che «la legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva¹⁰⁴», riconosce la legittimità di tale istituto.

¹⁰³ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 32

¹⁰⁴ La lettera della norma costituzionale si riferisce alla "carcerazione preventiva", istituto in vigore sotto il codice Rocco del 1930, ma è oggi da riferire alla custodia cautelare in carcere. Invero, il mantenimento del riferimento lessicale all'istituto ormai abrogato e anacronistico della carcerazione preventiva è stato criticato da parte della dottrina, che vi ha individuato la perdurante

Al riguardo, è stato posto in luce il problema del c.d. “vuoto dei fini”¹⁰⁵ che affligge l’art. 13, comma 5, Cost.: la norma nulla dice circa le finalità per le quali è possibile restringere la libertà personale dell’imputato prima della condanna definitiva.

Ora, è chiaro che, ove si accogliesse l’idea che la custodia dell’imputato abbia finalità di prevenzione, verrebbe travolta la presunzione d’innocenza, posto che «solamente ragionando entro lo schema logico della presunta colpevolezza dell’imputato potrebbe concepirsi la sua incarcerazione come strumento sedativo delle ansie e dei timori suscitati dal reato»¹⁰⁶.

Così non può essere, poiché è la stessa Carta costituzionale a prevedere la possibilità di restringere la libertà personale dell’imputato prima della decisione definitiva, onde la necessaria compatibilità tra le due disposizioni.

Ebbene, si deve ritenere che la tensione tra le due sia solo apparente. A ben vedere, infatti, l’articolo 27, comma 2, Cost. finisce per “riempire” il richiamato vuoto dei fini di cui all’ultimo comma dell’articolo 13 Cost.: se dal primo discende il divieto di trattare l’imputato come colpevole, ne deriva che la “carcerazione preventiva” può intervenire solo per finalità diverse da quelle che sorreggono la pena¹⁰⁷; è l’eterogeneità funzionale dello scopo della restrizione della libertà a legittimarla. Le misure cautelari, insomma, non devono e non possono consistere in una anticipazione della pena.

rigidità dell’ordinamento al sincero rispetto del divieto di trattare l’imputato come colpevole sino alla condanna definitiva, e quindi di fronte all’esigenza della profonda distinzione tra pene e misure cautelari.

¹⁰⁵ L’espressione è di ELIA, *Le misure di prevenzione fra l’art. 13 e l’art. 25 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1964, p. 951

¹⁰⁶ GREVI, *Libertà personale e Costituzione*, Milano, 1976, p. 43

¹⁰⁷ Cfr. GREVI, *Libertà personale e Costituzione*, cit., pp. 66-67, che sottolinea come tale conclusione sia coerente con la previsione di “limiti massimi” della carcerazione preventiva, la quale «non avrebbe senso» se non postulasse una funzione della custodia «temporalmente circoscritta nell’arco del procedimento, o, comunque, una funzione che non ne implicasse di necessità la protrazione fino all’atto conclusivo del medesimo».

Se questo è vero, allora condizione sufficiente ma al contempo necessaria è che la finalità della custodia cautelare sia diversa da quella delle pene, e segnatamente della reclusione.

Infatti, dal momento che sul piano strutturale risulta difficile distinguere le restrizioni della libertà personale che intervengono prima della condanna dalle pene, il *discrimen* va colto con riferimento alla finalità perseguita che, una volta tradotta in presupposti specifici, non deve risultare in contrasto con la presunzione di non colpevolezza¹⁰⁸.

Un ruolo fondante, pertanto, è giocato dalle esigenze cautelari quali presupposti dell'applicazione delle misure restrittive prima della condanna: esse dovranno risultare strettamente strumentali al processo. La norma di riferimento è l'articolo 274 c.p.p., che individua i *pericula libertatis* nel rischio di inquinamento probatorio, nel pericolo di fuga e in quello di recidiva. Se le prime due finalità appaiono rispettose della presunzione di innocenza, stante la loro funzionalizzazione al processo, non così la terza, oggettivamente di difficile distinzione con l'esigenza di prevenzione speciale; in effetti, tale previsione sembra celare una doppia prognosi di colpevolezza: che l'imputato abbia commesso un determinato reato e che possa in futuro realizzarne altri. Invero, ritenere che la commissione di un reato possa ripetersi, significa ritenere che il reato sia stato commesso.

Sul tema si registra un intervento della Corte costituzionale risalente al periodo di emergenza terroristica che, se da un lato scansa il dubbio di legittimità costituzionale della restrizione della libertà personale *ante iudicium* per esigenze generalpreventive in relazione all'art. 13 Cost., a condizione che il campo d'applicazione risulti «ben determinabile per via di interpretazione sistematica»¹⁰⁹, dall'altro lato coglie il *vulnus* alla presunzione di non colpevolezza dell'imputato. Secondo il Giudice delle leggi, infatti, l'allora vigente norma sul pericolo di recidiva¹¹⁰, utilizzando il termine “nuovamente” a

¹⁰⁸ ILLUMINATI, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 3

¹⁰⁹ Corte cost., 17 gennaio 1980, n.1, par. 5

¹¹⁰ Ci si riferisce all'art. 1, comma 3, della legge 22 maggio 1975, n. 152: «nel concedere la libertà provvisoria, nei casi in cui è consentita, il giudice valuta che non vi ostino ragioni processuali, né

proposito del rischio di futura commissione di reati da parte dell'imputato, «farebbe presupporre la già accertata commissione, da parte dell'imputato, di altri precedenti reati; a tutta evidenza, quello o quelli per cui si procede, non essendovi [...] alcun riferimento a precedenti penali o giudiziari»¹¹¹.

Trattasi, a tutti gli effetti, di un momento di forte tensione con la presunzione costituzionale, soprattutto ove si consideri che il provvedimento cautelare è un atto c.d. a sorpresa, in assenza di contraddittorio anticipato, e immediatamente esecutivo.

È un punto, questo, in cui «la materia delle cautele s'intreccia problematicamente con il profilo dell'imputato pericoloso», anche se «la presunzione di non colpevolezza dovrebbe implicare anche la presunzione di non pericolosità»¹¹².

Un altro aspetto di particolare delicatezza è dato dai “gravi indizi di colpevolezza” posti dall'art. 273 c.p.p. quale macro presupposto – unitamente alla presenza di un'esigenza cautelare – dell'applicazione delle misure cautelari. Sorge l'interrogativo di come si possa non considerare colpevole un individuo su cui gravano “gravi indizi di colpevolezza”. A ben vedere, l'antinomia si può dissolvere se si accoglie l'idea che il sistema esige tali indizi affinché la libertà personale dell'imputato possa essere ristretta proprio perché egli è protetto dalla presunzione di non colpevolezza: trattasi di una barriera cognitiva coerente con il valore della presunzione costituzionale¹¹³.

In conclusione del discorso sulle misure cautelari conviene notare con rammarico la forte afflittività della custodia cautelare in carcere e la labilità del confine che la separa dalla detenzione. In particolare, un punto di forte tensione con il divieto di assimilazione dell'imputato al condannato che discende dall'art 27, comma 2, della Costituzione è rappresentato dalla “radicalizzazione” del c.d.

sussista la probabilità, in relazione alla gravità del reato ed alla personalità dell'imputato, che questi, lasciato libero, possa commettere *nuovamente* reati che pongano in pericolo le esigenze di tutela della collettività».

¹¹¹ Corte cost., 17 gennaio 1980, n. 1, par. 6

¹¹² CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 125

¹¹³ *Ivi*, pp. 124-125

doppio binario, ossia del diverso trattamento riservato agli imputati per taluni gravi reati, nei confronti dei quali possono essere applicate, a determinate condizioni, misure sanzionatorie atipiche, anche in assenza di un accertamento della colpevolezza. Talvolta il “doppio binario” esecutivo ha comportato una «completa osmosi» tra il detenuto “provvisorio” ed il detenuto “definitivo”; basti notare che la parte più cospicua dei destinatari del regime differenziato *ex art 41-bis*, comma 2, ord. penit. è costituita da detenuti non definitivi¹¹⁴. Da segnalare, al riguardo, è l’intervento della Corte costituzionale, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art 41 *bis* ord. penit. con riferimento – tra l’altro – all’art 27, comma 2, Cost., ritenendo che «non può invocarsi la presunzione di non colpevolezza per impedire l’applicazione di misure che non hanno e non possono avere natura e contenuto di anticipazione della sanzione penale, bensì solo di cautela in relazione a pericoli attuali per l’ordine e la sicurezza»¹¹⁵.

Un ulteriore profilo di problematica compatibilità con la regola di trattamento che vieta ogni equiparazione dell’imputato al colpevole è rappresentato dalla applicazione provvisoria delle misure di sicurezza.

Sebbene tali misure presentino elementi di affinità con la custodia cautelare, in quanto in entrambi i casi si tratta di restringere la libertà personale dell’imputato prima della condanna definitiva, presentano presupposti e caratteristiche strutturali differenti.

Qui, peraltro, compaiono riferimenti più espliciti ad una logica di anticipazione dell’esito del processo, a partire dall’allusione a una “applicazione provvisoria”¹¹⁶.

Le misure in discorso possono essere applicate, secondo quanto disposto dall’art 312 c.p.p., in qualunque stato e grado del procedimento, in presenza di “gravi indizi di commissione del fatto”, e trovano la loro giustificazione in ragione della pericolosità sociale dell’imputato, intesa quale probabilità di commissione di ulteriori reati.

¹¹⁴ FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., pp. 137-138

¹¹⁵ Corte cost., 26 novembre-5 dicembre 1997, n. 376

¹¹⁶ ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell’imputato*, cit., pp. 54-55

Ebbene, l'applicazione provvisoria di tali misure sembra basarsi su una doppia prognosi di colpevolezza, una relativa alla "probabile colpevolezza", e l'altra inerente alla pericolosità sociale (requisito, peraltro, identico a quello richiesto dal c.p. per l'applicazione definitiva di tali misure), riproponendo una problematica simile a quella affrontata a proposito della finalità cautelare specialpreventiva *ex art 274 lett. c c.p.p.*: per applicare la misura di sicurezza bisogna presumere che l'imputato abbia commesso il reato, aggirando così l'art 27, comma 2, Cost.¹¹⁷

La Corte costituzionale, chiamata a intervenire sul punto, pur dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale, mette in luce l'anacronismo dell'istituto dell'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza, e aggiunge che «la intera disciplina potrebbe meritare una attenta revisione»¹¹⁸.

7. La dimensione "sociale" della regola di trattamento: il divieto di "far apparire" l'imputato come colpevole

Il divieto di considerare l'imputato colpevole prima della condanna definitiva rischia di essere compromesso dalla cronaca giudiziaria e dalla circolazione di informazioni distorte.

Si potrebbe ritenere che la presunzione di non colpevolezza, costituendo un limite al potere statale di punire un soggetto che non sia stato raggiunto da un pieno accertamento circa la sua colpevolezza, entri in gioco solo nell'ambito del processo penale, non potendo porre un freno alla propagazione di notizie all'esterno. Una garanzia processuale, che nasce e muore nel procedimento.

In realtà, in tal modo si finisce per sottovalutare il ruolo svolto dalla notizia come "sanzione atipica": informare l'opinione pubblica in ordine a un determinato processo significa, infatti, produrre nel contesto sociale possibili effetti pregiudizievoli per l'imputato¹¹⁹. La presunzione di non colpevolezza, dunque, rischia di essere compromessa dalla c.d. gogna mediatica che si abbatte

¹¹⁷ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., p. 150

¹¹⁸ Corte cost., sent. 7 giugno 1999, n. 228

¹¹⁹ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., p. 159

sull'imputato il quale, seppur trattato come innocente nel processo, come colpevole è considerato dalla collettività.

La presunzione di innocenza, in effetti, è considerata «la vittima più illustre»¹²⁰ del processo mediatico, venendo colpita, peraltro, proprio nelle fasi iniziali e più delicate, quando si rivela più preziosa. Si deve infatti tenere in considerazione il c.d. paradosso mediatico: le fasi iniziali del procedimento, come l'arresto o un provvedimento cautelare, hanno un impatto mediatico di gran lunga superiore rispetto a una sentenza di assoluzione, soprattutto se interviene a distanza di anni. Problema, questo, evidentemente acuito dalla dilatazione temporale dei processi, che facilita la creazione di aspettative, pregiudizi, accanimenti.

A partire dalle prime fasi delle indagini, «i fari sono subito puntati sull'indagato, di regola presentato – sin dai titoli di testa – con toni marcatamente e inossidabilmente colpevolisti: funzionali a magnetizzare l'attenzione» e «a veicolare una rassicurazione collettiva»¹²¹.

L'indagato da presunto innocente viene trasformato in «colpevole in attesa di giudizio», «brandito dalla folla come trofeo»¹²².

Il *vulnus* alla presunzione d'innocenza riguarda non solo la regola di trattamento, ma anche la regola di giudizio, poiché i *media* rischiano di causare un'inversione dell'onere della prova, trasformando l'accertamento in una “conferma” della colpevolezza¹²³.

Inevitabilmente, infatti, il fattore mediatico finisce per provocare condizionamenti nella coscienza sociale e finanche negli attori processuali; il linguaggio dei *media*, che ricerca lo scalpore e tende al sensazionismo, genera pregiudizi e false opinioni, e può distorcere le vicende giudiziarie a discapito, il più delle volte, degli imputati.

¹²⁰ MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022, p. 79

¹²¹ MANES, op. ult. cit., p. 26

¹²² GARAPON, *La despazializzazione della giustizia*, 2021, p. 96

¹²³ MANES, op. ult. cit., p. 83

Viene creato un processo diverso da quello reale, costruito su criteri estranei ad esso¹²⁴, ma suscettibile di interferire e di provocare distorsioni.

Gli effetti distorsivi rischiano di compromettere l'imparzialità e l'autonomia del giudice, il quale potrebbe avvertire la pressione delle aspettative collettive, essendo fortemente dubitabile che la "verginità conoscitiva" che dovrebbe caratterizzare l'organo giudicante resti preservata¹²⁵.

Anche l'accusa può essere influenzata dalla macchina mediatica, potendo essere portata ad accelerare i ritmi per "stare al passo" con l'informazione e per la paura di deludere le aspettative di una pronta azione da essa ingenerata, col rischio di compromettere l'effettività delle indagini¹²⁶.

Ma le conseguenze possono arrivare a condizionare altresì le scelte processuali e il diritto di difesa dell'imputato, che preferisce optare per un rito alternativo, per la segretezza dell'udienza, o per il patteggiamento, nella speranza di evitare i "riflettori" e la degradazione pubblica che ne deriva¹²⁷.

Viene il rilievo, dunque, l'annosa e delicata questione del rapporto tra informazione e giustizia, del bilanciamento tra diritto dell'imputato a non essere considerato colpevole *ante* condanna da una parte, e diritto all'informazione dall'altra.

Sul tema si registra un oramai risalente intervento della Corte costituzionale che precisa come anche la libertà di stampa non possa «sottrarsi ai principi dell'ordinamento giuridico, i quali impongono limiti naturali alla espansione di qualsiasi diritto. [...] Né con ciò un bene viene sacrificato ad un altro, quando invece viene regolata, nella armonica tutela di diversi fondamentali interessi, la coesistenza di essi in un ben ordinato sistema di convivenza sociale»; conclude quindi la Corte che gli interessi costituzionalmente garantiti legati al processo

¹²⁴ HASSEMER, *Il diritto attraverso i media: messa in scena della realtà?*, in *Ars interpretandi*, 2004, pp. 147 ss.

¹²⁵ Cfr., sul punto, le parole evocative di MANES, op. ult. cit., p. 40, per il quale a causa della «virulenza di talune campagne mediatiche», «la bilancia della giustizia perde il suo equilibrio, e la dea sveste la benda che assicura assenza di pregiudizio, terzietà e, appunto, imparzialità»; pp. 97 ss.

¹²⁶ MARAFIOTI, *Processi penali «by media»: un circolo vizioso*, in AA.VV., *Il rapporto tra giustizia e mass media*, pp. 111 ss.

¹²⁷ MANES, op. ult. cit., p. 77

«appaiono perfettamente idonei a legittimare la limitazione del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero».

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, espressasi sull'argomento in numerose pronunce, ha affermato che – sebbene l'informazione sulle vicende giudiziarie sia necessaria nelle moderne società democratiche e rientri a pieno titolo nella fondamentale libertà di espressione garantita dall'art 10 CEDU – l'attività di informazione deve essere svolta con la discrezionalità e il riserbo imposti dal rispetto della presunzione di innocenza¹²⁸.

Se questo è vero, vero è anche che non bisogna sottovalutare l'importanza di una corretta e completa informazione circa le vicende giudiziarie e del controllo sociale sull'operato della magistratura. Invero, poiché la sovranità appartiene al popolo, «pretendere che la collettività ignori il modo nel quale viene amministrata la giustizia è un assurdo giuridico e politico»¹²⁹.

Peraltro, preme sottolineare come una maggiore accessibilità alle notizie concernenti vicende giudiziarie non sia sinonimo di una maggiore trasparenza: altro è la corretta e rispettosa informazione, altro il libero divagare di notizie spesso edulcorate o distorte.

Basti pensare alla prassi di ricostruire le vicende giudiziarie nei programmi televisivi, ove vengono pronunciate “sentenze di condanna” senza la minima contezza diretta delle indagini, o alla tendenza ad allestire su *internet* sondaggi in ordine alla colpevolezza o all'innocenza degli imputati.

Duole, infatti, constatare come la pubblicità del processo, da garanzia, sia divenuta spesso fonte di stigmatizzazione sociale dell'imputato, al punto di rendere appetibili i riti speciali alternativi al dibattimento anche per la tendenziale assenza in quei modelli processuali di udienze celebrate *coram populo*¹³⁰.

¹²⁸ Corte EDU, 10 febbraio 1995, par. 36.

¹²⁹ GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989, p. 17

¹³⁰ CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 542

Il processo mediatico, inoltre, è affetto da una nient'affatto ingenua selettività, scegliendo non solo i casi su cui richiamare l'attenzione collettiva, ma anche gli specifici profili, prediligendo gli aspetti moralistici in grado di richiamare l'attenzione del pubblico, spesso avulsi dalla vicenda concreta¹³¹.

Si conviene, allora, sulla necessità di un attento e urgente bilanciamento tra i valori in gioco.

Al riguardo, nel tentativo di salvaguardare l'immagine dell'imputato, il comma 6-bis¹³² dell'art. 114 c.p.p. vieta la pubblicazione dell'immagine di persona privata della libertà personale mentre si trova sottoposta all'uso di manette ai polsi ovvero ad altro mezzo di coercizione fisica. Una tale interpolazione, resa necessaria, per l'appunto, dalla necessità di ristabilire i delicati equilibri tra diritto all'informazione e presunzione di non colpevolezza, denota una tensione particolare verso la salvaguardia dei diritti della personalità anche nel momento in cui il soggetto viene privato della libertà personale¹³³.

Da menzionare è anche la Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2003, relativa all'informazione fornita dai *media* rispetto ai procedimenti penali, e segnatamente il *Principio 2* relativo alla presunzione di innocenza, ai sensi del quale «Il rispetto della presunzione di innocenza costituisce parte integrante del diritto al giusto processo. Ne consegue che pareri e informazioni relativi a procedimenti penali dovrebbero essere comunicati o diffusi dai mezzi di comunicazione soltanto se ciò non pregiudica la presunzione di innocenza della persona sospettata o imputata di un reato»¹³⁴.

Inoltre, relativamente ai rapporti tra le procure e i *mass media*, è opportuno fare riferimento all'art. 5 del d. lgs. 106/2006, dedicato ai rapporti con gli organi di informazione, per come da ultimo modificato nel 2021. Tale modifica è stata apportata per adeguare la normativa nazionale alle disposizioni contenute nella

¹³¹ MANES, op. ult. cit., pp. 52, ss.; PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed «effetti penali» dei media*, in *Scritti per Federico Stella*, a cura di FORTI, BERTOLINO, Napoli, 2007, p. 323

¹³² Comma introdotto dall'art. 14, comma 2, della l. 16 febbraio 1999, n. 479

¹³³ FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 142

¹³⁴ Raccomandazione 2003(13) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa

direttiva UE 2016/343, al precipuo scopo di rafforzare la presunzione di innocenza.

In particolare, il d. lgs. 188/2021 ha introdotto i commi 2-*bis*, 3-*bis* e 3-*ter*.

Il primo dei commi citati statuisce che «la diffusione di informazioni sui procedimenti penali è consentita solo quando è strettamente necessaria per la prosecuzione delle indagini o ricorrono altre specifiche ragioni di interesse pubblico. Le informazioni sui procedimenti in corso sono fornite in modo da chiarire la fase in cui il procedimento pende e da assicurare, in ogni caso, il diritto della persona sottoposta a indagini e dell'imputato a non essere indicati come colpevoli fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili». In ossequio alla citata direttiva, la divulgazione delle informazioni relative a procedimenti penali è ora possibile solo in presenza dei due presupposti alternativi indicati: la necessità per la prosecuzione delle indagini o le specifiche ragioni di interesse pubblico. Trattasi, peraltro - in assenza di parametri predefiniti o particolari requisiti - di indicazioni piuttosto generiche, che chiamano in causa valutazioni di opportunità rimesse al Procuratore¹³⁵.

Il comma 3-*bis*, invece, precisa che i medesimi requisiti devono essere rispettati anche dagli ufficiali di polizia giudiziaria che siano stati specificamente autorizzati a fornire informazioni sugli atti di indagine.

Il comma 3-*ter*, poi, quanto alla modalità della divulgazione, stabilisce che nei comunicati ufficiali e nelle conferenze stampa è fatto divieto di assegnare ai procedimenti pendenti denominazioni lesive della presunzione di innocenza.

Come visto in precedenza, inoltre, il d. lgs. 188/2021, all'art. 2, ha altresì disciplinato le modalità con cui le autorità pubbliche possono rendere dichiarazioni sulle persone fisiche sottoposte a procedimento penale.

Vale la pena, per concludere, menzionare le modifiche che il suddetto decreto ha apportato al codice di procedura penale. In particolare, ha introdotto l'art 115-*bis* – rubricato “Garanzia della presunzione di innocenza” – che mira ad arginare

¹³⁵ In questo senso, *Delibera del CSM relativa allo schema di decreto legislativo in materia di presunzione di innocenza*, p. 12.

il ricorso, nei provvedimenti giudiziari, di espressioni lesive della presunzione di innocenza.

Insomma, le ultime novità introdotte sotto l'impulso europeo indubbiamente dimostrano un passo in avanti, quanto meno a livello di consapevolezza, nella protezione della dimensione sociale della presunzione di non colpevolezza dell'imputato. È da augurarsi, quindi, un effettivo incremento nella tutela dell'immagine dei soggetti processati, evitando, al contempo, che ne risulti compromessa la diffusione di notizie di pubblico interesse per i cittadini, onde evitare un "mercato nero"¹³⁶ di tali notizie.

Peraltro, è già stata messa in luce una delle principali criticità del decreto legislativo, vale a dire la mancata previsione di forme di tutela e rimedi per violazioni della presunzione di innocenza determinate dagli organi di stampa, suscettive di vulnerarla, talvolta, ancora di più delle dichiarazioni rilasciate dalle autorità. Invero, «non possono non cogliersi le serie lacune di un intervento normativo che detta rigide regole di comportamento per l'autorità pubblica ed in particolare per le procure della Repubblica, non contemplando affatto il non infrequente caso in cui siano invece gli organi di stampa ad indicare anticipatamente un individuo come colpevole»¹³⁷.

Sul tema è stato sensibilmente osservato, nel corso di una recente intervista, come il solo fatto di una notizia di indagini, oppure che siano stati aperti determinati filoni di inchiesta, «se viene immediatamente proposto sulla stampa come se si fosse già individuato l'esito di quel processo, può pregiudicare nei fatti quel principio che si vuole garantire, cioè il fatto che la persona non è considerata colpevole fino alla fine della sentenza di condanna. Se posto male dal punto di vista mediatico, il processo può arrecare un danno alla reputazione – e quindi anche a tutta la vita professionale, alla vita di una persona o alle sue attività economiche – pressoché irreversibile. Questo non vuol dire che non serva parlare delle indagini: è importantissimo che si preservino spazi di riservatezza e spazi di trasparenza così come sono nel processo. Tutto

¹³⁶ FERRARELLA, in *Processo vero o mediatico? Le insidie delle nuove norme*, *Corriere della Sera*, 27 novembre 2021

¹³⁷ BOLOGNA, MONACO, op. cit.

il processo penale ha l'udienza pubblica che da sempre è aperta e deve poter essere raccontata, ma ha anche dei momenti di riservatezza che debbono rimanere tali. È cambiato il mondo mediatico, è cambiata la possibilità di far circolare informazioni: bisogna farlo con delle nuove garanzie per preservare questo che è un caposaldo del rapporto tra il cittadino e il potere giudiziario. Occorre un bilanciamento diverso, un equilibrio diverso»¹³⁸.

Si rende, infine, necessaria una precisazione. Deve mantenersi concettualmente distinta la potenziale violazione della presunzione di non colpevolezza dalla lesione della privacy; invero, se quest'ultima viene lesa qualora vengano pubblicati atti segreti, la presunzione di non colpevolezza è messa in pericolo ogniqualvolta vengano divulgati atti – segreti o no – con modalità tali da ingenerare nella collettività anticipati giudizi colpevolisti. Si può pensare, ad esempio, alla diffusione di stralci di intercettazioni telefoniche: la divulgazione in sé può costituire una violazione del diritto alla riservatezza, ma perché possa dirsi lesa la presunzione di innocenza occorre che tale divulgazione sia avvenuta con modalità tali da alimentare la sensazione che l'indagato o l'imputato sia verosimilmente colpevole.¹³⁹

È da augurarsi, in definitiva, una sempre maggiore attenzione nella ricerca di un equilibrio tra libertà di informazione e diritto dell'imputato a non essere considerato colpevole sino alla condanna definitiva; è innegabile, infatti, come la c.d. spettacolarizzazione del processo sia un rischio immanente, e come la circolazione delle notizie attraverso i *mass media* comporti la diffusione di (pre)giudizi di reità suscettivi di ripercuotersi sulle dinamiche strettamente processuali e sulla presunzione di innocenza, che ne esce compressa.

¹³⁸ CARTABIA, Intervista a *Il Foglio*, 3 dicembre 2021

¹³⁹ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., p. 160

CAPITOLO II

IL PROCEDIMENTO PENALE A CARICO DELL'ENTE

1. La responsabilità amministrativa dipendente da reato

1.1 *Societas delinquere et puniri potest*

Il d. lgs. 231 del 2001 introduce la responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato, superando così il principio *societas delinquere non potest*, tradizionalmente posto alla base della esclusione delle persone giuridiche dal panorama sanzionatorio penale¹⁴⁰.

Trattasi di una novità dirompente per le strategie repressive e preventive della criminalità di impresa, costituendo «una delle più importanti e profonde innovazioni del nostro sistema sanzionatorio»¹⁴¹.

La *ratio* di una simile innovazione, che fa irrompere nel processo penale un personaggio nuovo e sconosciuto al nostro ordinamento, va ricercata nella peculiare idoneità dell'attività d'impresa, esercitata in forma meta-individuale, ad offrire l'occasione o costituire il contesto per la commissione di illeciti.

Invero, sul finire del secolo scorso è emersa la consapevolezza che quando un reato viene commesso nell'ambito di un'organizzazione, anche se al fine di raggiungere scopi di per sé legittimi, «muta sensibilmente, da un punto di vista criminologico e quindi in termini di valutazione politico-criminale, la spiegazione della genesi, delle motivazioni, della capacità di resistere agli

¹⁴⁰ Al riguardo, cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, pp. 236-237, sulla necessità che l'imputazione evochi una persona fisica: “sarebbe un finto processo se il pubblico ministero perseguisse fantasmi intellettuali [...], diavoli ovvero santi [...], cose inanimate [...], bestie [...], persone giuridiche, enti collettivi”.

¹⁴¹ ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 33.

impulsi criminosi, rispetto alla stessa vicenda criminale che riguardi il singolo in una dimensione strettamente individuale, avulsa dal contesto del gruppo»¹⁴²; il reato di impresa si caratterizza, insomma, per il suo inserimento in una struttura organizzata, in mancanza della quale non sarebbe stato concepito, né tantomeno posto in essere¹⁴³.

Ecco, allora, che la «aggressività “criminale” delle imprese» o, perlomeno, di alcuni contesti imprenditoriali, richiede «l’adozione di moderne, rivoluzionarie misure di controllo»¹⁴⁴.

In effetti, la criminalità d’impresa affonda le sue radici non tanto nelle decisioni delle singole persone fisiche, quanto piuttosto nelle strategie imprenditoriali che connotano le organizzazioni complesse. Da questo punto di vista, il succitato principio, che per decenni ha fatto da “scudo” alla responsabilità dell’ente sul versante penale, ha rappresentato un “costo”¹⁴⁵ per il diritto penale dell’economia; un costo che il nostro ordinamento non poteva più sopportare.

Infatti, considerata la sempre maggiore centralità dell’attività imprenditoriale nelle società sviluppate contemporanee, l’impostazione tradizionale non si è rivelata in grado di rispondere alle esigenze di tutela di fronte a fenomeni delicati e complicati; così, è negli ultimi decenni affiorata l’opportunità di intervenire direttamente in quella che si è dimostrata la sede elettiva della criminalità d’impresa, ossia le organizzazioni complesse.

È un mondo, quello dell’attività d’impresa, in cui, come acutamente osservato, «le persone giuridiche si affermano quali protagoniste incontrastate: influenzano le dinamiche economiche e sociali, modificano l’ambiente in funzione delle loro esigenze, si propongono come interlocutori degli ordinamenti, di cui

¹⁴² DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 19

¹⁴³ VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, pp. 3-4

¹⁴⁴ DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, 2002, p. 245

¹⁴⁵ Il riferimento al “costo”, quale conseguenza della mancata previsione della responsabilità degli enti, è di BRICOLA, *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. It. Proc. Pen.*, 1970, pp. 951 ss.

condizionano la stessa produzione giuridica e, ovviamente – come e più degli esseri umani, data la loro ontologica propensione al rischio – delinquono»¹⁴⁶.

Ebbene, a fronte della sperimentata inadeguatezza del diritto penale tradizionale delle persone fisiche a reprimere reati la cui genesi va rintracciata nelle strutture organizzative della *societas*, si giunse alla consapevolezza della necessità di una disciplina che chiamasse anche l'ente a rispondere del reato¹⁴⁷. L'esigenza era quella di una disciplina capace di intervenire “dall'interno”, che avesse riguardo alle dinamiche organizzative interne al soggetto collettivo, incentivandolo ad una corretta organizzazione.

La presa di coscienza che *societas delinquere et puniri potest*, è a noi giunta in ritardo rispetto ad altri Paesi. Infatti, quella della *corporate criminal liability*, è un tipo di responsabilità affermatasi negli ordinamenti anglosassoni già a partire dall'Ottocento.

A dire il vero, in origine le Corti inglesi negavano la possibilità di riconoscere una responsabilità criminale degli enti, sulla base del motto «*no soul to damn no body to kick*»¹⁴⁸, già propugnato dalla dottrina nordamericana.

I primi orientamenti aperti alla configurabilità di tale responsabilità risalgono all'Ottocento, ma il definitivo superamento del principio si realizza nel 1909¹⁴⁹ quando la Corte Suprema statunitense accolse l'idea che l'esclusione della *criminal liability* dell'ente avrebbe rappresentato un ostacolo non solo al regolare andamento economico ma anche al contrasto a fenomeni criminali posti in essere nell'ambito di attività d'impresa. A partire dalla citata decisione si ha un progressivo consolidamento della responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche¹⁵⁰.

¹⁴⁶ SCARONA, *Il problema del gruppo di imprese. Societas delinquere potest*, Milano, 2006, p. 84

¹⁴⁷ PELISSERO, *Principi generali*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, a cura di LATTANZI, SEVERINO, Torino, 2020, p. 72

¹⁴⁸ COFFEE, “*No soul to damn: no body to kick*”: *an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment*, in *Michigan Law Review*, 1981, pp. 386 ss.

¹⁴⁹ *New York Central & Hudson River Railroad Company*, 212 U.S. 481 (1909).

¹⁵⁰ GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, Padova, CEDAM, 2017, pp. 2-3

Nell'ordinamento nazionale – sebbene le prime discussioni circa l'opportunità di introdurre una responsabilità da reato risalgano agli anni '60 e '70 del secolo scorso – la spinta decisiva per l'introduzione della responsabilità *de qua* è stata impressa dalle fonti internazionali, e, in particolare, dalla Convenzione OCSE del 1997 per la repressione della corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nell'ambito delle transazioni economiche internazionali, che obbliga le Parti contraenti ad «adottare le misure necessarie, secondo i propri principi giuridici, per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche per la corruzione di pubblico ufficiale straniero»; nonché dal II Protocollo addizionale alla Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee. Così sollecitata, la legge n. 300 del 2000 conteneva la delega al Governo per l'introduzione di una responsabilità amministrativa delle *societas*, prevedendo altresì una serie di principi, sostanziali e processuali, per la maggior parte accolti dal legislatore delegato¹⁵¹.

Si giunge così al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, rubricato “Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica”, che introduce un vero e proprio sistema punitivo dedicato agli enti.

1.2 Cenni sugli aspetti sostanziali della responsabilità *ex delicto* degli enti

Il decreto appare costruito su un approccio del tutto innovativo, basato sulla c.d. *partnership* tra Stato e imprese, nella costruzione di strategie sinergiche di contrasto alla tipica criminalità d'impresa. L'idea di fondo, che già era stata prospettata nella letteratura¹⁵², è quella di utilizzare la stessa impresa come

¹⁵¹ In particolare, la legge delega, sul piano sostanziale, all'art. 11, richiedeva innanzitutto che la responsabilità fosse estesa a una serie di reati-presupposto; prevedeva inoltre, quale criterio di imputazione, la commissione di un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente da parte di soggetti in posizione apicale o subordinata; sul versante sanzionatorio imponeva la previsione di sanzioni effettive anche di tipo interdittivo.

¹⁵² Cfr. le riflessioni avanzate da STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 1998, 459 ss.

alleata nella prevenzione ai fenomeni criminosi tipici delle organizzazioni complesse, sfruttando l'accurata conoscenza della propria struttura interna e dei meccanismi di funzionamento. Si può richiamare l'evocativa immagine della lotta di judo contrapposta alla lotta di sumo: una manovra di avvolgimento dell'avversario volta a sfruttare la sua forza contro di lui, preferibile rispetto alla contrapposizione muscolare tra Stato e imprese che punta sull'innalzamento della risposta sanzionatoria¹⁵³.

Bisogna tenere a mente che la finalità della disciplina è quella della cooperazione dell'ente nella prevenzione dei reati, cercando di incentivare l'adozione di meccanismi di *compliance*, nell'obiettivo della minimizzazione del rischio-reato.

Ne deriva, pertanto, una assoluta priorità di recupero dell'ente alla legalità, con conseguente centralità dei modelli di organizzazione e gestione, che incide, come vedremo, sulla fisionomia del procedimento penale.

Suddetta finalità viene perseguita attraverso una serie di meccanismi premiali che costellano il decreto, che si inseriscono nell'ambito del c.d. *stick-carrot approach*, cui risulta ispirata la disciplina; in effetti, la criminalità d'impresa si caratterizza per una propensione ad una valutazione in termini di costi-benefici, e si dimostra, quindi, sensibile all'approccio del bastone e della carota¹⁵⁴.

Nonostante l'innegabile esigenza, quindi, dell'introduzione di una tale responsabilità, si assiste ad una applicazione a macchia di leopardo della disciplina contenuta nel decreto.

È una disciplina percepita ancora come lontana e misteriosa, non facile da applicare per i giudici, e sovente ignorata dalle procure.

Le ragioni della scarsa applicazione sono da ricercare principalmente in una carente conoscenza della normativa, nonché nella mancanza di una validazione giudiziale dei modelli di organizzazione e gestione.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione della nuova disciplina, ai sensi dell'art. 1, comma 2, essa si applica «agli enti forniti di personalità giuridica e

¹⁵³ STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, cit., pp. 459 ss.; Cfr. GULLO, *I modelli organizzativi*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, cit., p. 244

¹⁵⁴ VARRASO, op. ult. cit., p. 6

alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica»; mentre il comma successivo esclude dal campo di applicazione del decreto lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale¹⁵⁵.

Il legislatore, quindi, nel tracciare il confine dell'operatività, utilizza una formula elastica; peraltro, dall'impostazione complessiva della disciplina, si possono desumere quelli che sono gli elementi da prendere in considerazione: deve trattarsi di enti dotati di un patrimonio autonomo, un'organizzazione interna tale da manifestare una alterità rispetto alle persone fisiche, che svolgano attività economica¹⁵⁶.

Significativo è il riferimento alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica: alla base, evidentemente, l'esigenza di evitare facili elusioni; in effetti, «si tratta di soggetti che, potendo più agevolmente sottrarsi ai controlli statali, sono a maggior rischio di attività illecite»; nella *Relazione* si specifica, inoltre, ai fini di correttamente inquadrare la categoria, che deve trattarsi di enti che, «seppur sprovvisti di personalità giuridica, possano comunque ottenerla»¹⁵⁷.

Quanto, invece, agli enti ai quali non si applica la disciplina, la *ratio* è da ricercare nella «esigenza di evitare l'incongruenza del soggetto pubblico che punisce sé stesso, scaricando di fatto sui consociati gli effetti pregiudizievoli derivanti dall'applicazione della sanzione»¹⁵⁸. Ma, come precisato dalla giurisprudenza di legittimità, la natura pubblicistica di un ente è condizione

¹⁵⁵ Sono "enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale" non solo Camera dei deputati, Senato della Repubblica, Consulta, Segretario generale della Presidenza della Repubblica, Consiglio Superiore della Magistratura, Comitato Nazionale dell'Economia e del Lavoro, ma anche i partiti politici e i sindacati.

¹⁵⁶ Sul requisito dello svolgimento di attività economica v. Cass., 9 luglio 2010, concernente l'attività di prestazione di servizi sanitari da parte di società miste; n. 28699; Cass., 10 gennaio 2011, in riferimento alla responsabilità *ex d.* lgs. 231/2001 della società d'ambito costituita nella forma di società per azioni nello svolgimento delle attività di raccolta e smaltimento dei rifiuti.

¹⁵⁷ *Relazione ministeriale al d. lgs. n. 231/2001*

¹⁵⁸ SCARONA, *Principi generali*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 80

necessaria ma non sufficiente per l'esonero dalla responsabilità, essendo richiesta altresì l'assenza di svolgimento di una attività economica¹⁵⁹.

Va comunque precisato che la responsabilità degli enti prevista dal decreto è limitata – in ossequio al principio di legalità, sancito dall'art. 2 – ai cc.dd. reati presupposto, ossia figure criminose in relazione alle quali la responsabilità amministrativa della *societas* è espressamente prevista da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto.

Vale la pena di sottolineare come la scelta a favore del *numerus clausus* di reati, pur non essendo obbligata, sia pienamente giustificata dal meccanismo di imputazione del reato all'ente; invero, i modelli organizzativi che l'ente è chiamato ad adottare risultano funzionali alla prevenzione delle specifiche figure criminose per le quali può essere chiamato a rispondere.

Si prevedono due criteri di imputazione: uno c.d. oggettivo, basato sul doppio presupposto del rapporto funzionale tra persona fisica autrice del reato e la *societas* e del rapporto utilitaristico tra reato ed ente; l'altro, c.d. soggettivo, incentrato sul delicato concetto della *colpa di organizzazione*.

Mentre per il criterio di imputazione soggettiva si rinvia al capitolo seguente¹⁶⁰, ove verrà analizzato nel dettaglio, costituendo uno dei punti maggiormente problematici per quel che concerne il riconoscimento della presunzione d'innocenza dell'ente nel procedimento, conviene accennare qui al criterio di imputazione oggettiva, disciplinato dall'art. 5.

Il comma 1 innanzitutto richiede che il reato sia commesso «da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso» (soggetti apicali) ovvero «da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza» di tali soggetti (subordinati). La distinzione tra le due categorie di soggetti è rilevante in quanto destinata a riflettersi sul diverso criterio soggettivo di imputazione, ai sensi degli artt. 6 e 7.

¹⁵⁹ Cass., 9 luglio 2010, n. 28699, cit.

¹⁶⁰ Cfr. cap. III, par. 1

Questo primo requisito, dunque, concerne il rapporto strutturale/funzionale tra l'autore del reato e l'ente.

Come anticipato, peraltro, l'art. 5, al comma 2, richiede anche un nesso utilitaristico: il reato deve essere commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente; viceversa, laddove le persone fisiche indicate abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, l'ente non risponderà.

Sebbene, quindi, vi sia la necessità di un legame tanto con l'autore del reato quanto con il fatto criminoso in sé, si deve tenere in considerazione il basilare principio – rilevante soprattutto sul piano processuale – della autonomia della responsabilità dell'ente, che pone in luce come quello dell'ente costituisca un titolo autonomo di responsabilità, pur presupponendo un fatto di reato.

Secondo quanto dispone l'art. 8, infatti, la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile, nonché quando il reato presupposto si estingue per una causa diversa dall'amnistia.

Trattasi di un principio fondamentale, in quanto in assenza di esso, proprio laddove l'ente si adoperasse nel senso di rendere impossibile l'identificazione della persona fisica autrice del reato, ciò non costituirebbe un efficace strumento per andare indenne da responsabilità.

Nelle ipotesi tassative indicate dall'art. 8, dunque, la responsabilità *ex crimine* dell'ente – che comunque, evidentemente, presuppone la commissione di un reato nel suo interesse o vantaggio da uno dei soggetti indicati nell'art. 5 – deve essere accertata anche laddove ci si trovi nell'impossibilità di procedere nei confronti della persona fisica. Il principio sancisce, pertanto, l'autonomia dei due accertamenti di responsabilità sul piano processuale.

1.3 La natura della responsabilità

Non si può, infine, non affrontare uno degli aspetti indubbiamente più dibattuti della novità normativa: la natura giuridica della responsabilità dell'ente.

Appaiono evidenti, invero, i precipitati pratici della questione.

Innanzitutto dalla risposta fornita in ordine alla natura della responsabilità discende la possibilità di riconoscere o meno sicuro valore vincolante ai principi

costituzionali dettati per il diritto penale. Inoltre, avrebbe riflessi sul piano della cooperazione giurisdizionale e del *ne bis in idem*, oltre che sulla questione della costituzione di parte civile nel procedimento a carico dell'ente¹⁶¹.

È una responsabilità che molti, anche sulla scorta della lettera della legge che così formalmente la definisce, hanno qualificato come “amministrativa”¹⁶²; alla base di tale assunto – oltre al *nomen* e a taluni elementi della disciplina (segnatamente: il regime della prescrizione e la disciplina degli atti interruttivi) che si distaccano dalle regole proprie del diritto penale – vi è l'asserita inapplicabilità dei principi penalistici. In particolare, si afferma che il principio di colpevolezza e la funzione rieducativa della pena non possano essere calibrati sull'ente, potendo essere riferiti alle sole persone fisiche. Del resto, si può cogliere la difficoltà di declinare la colpevolezza – quantomeno per come tradizionalmente intesa – in capo a un soggetto artificiale, nonché di pensare all'applicazione delle sanzioni nell'ottica di una rieducazione del soggetto collettivo.

Ma si può cogliere altresì come rifiutarsi di ritenere applicabili all'ente tali principi basilari del diritto penale, senza uno sforzo di calibrarli sul nuovo soggetto, finisca per rivelarsi poco più che un *commodus discessus*, volto a legittimare un modello di accertamento meno garantito.

Gli argomenti a sostegno della tesi della natura amministrativa, peraltro, non paiono insuperabili. Da un lato, con riferimento al principio di colpevolezza, il fatto che per le persone fisiche esso sia tradizionalmente inteso nel senso di postulare un coefficiente psicologico non significa automaticamente che negli

¹⁶¹ AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 01, 151

¹⁶² Cfr. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2002, p. 44; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 327; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, p. 892; PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, p. 12; ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 402.

In giurisprudenza: Cass., 30 gennaio 2014, n. 10561; Cass., 25 gennaio 2013, n. 21192; Cass., 25 giugno 2013, n. 42503; Cass., 23 gennaio 2011, n. 34476

stessi termini vada inteso per l'ente, ben potendo essere concepiti altri modi con cui calare tale principio sulla *societas*; in particolare, questo è stato realizzato attraverso la figura della c.d. colpa di organizzazione, vale a dire riconoscendo nel difetto organizzativo dell'ente il presupposto per poter muovere ad esso un rimprovero. Dall'altro lato, per quanto concerne la rieducazione, anche l'ente può essere oggetto di misure volte a soddisfare esigenze di prevenzione speciale, laddove si agisca sulla sua struttura interna per eliminare le carenze organizzative che hanno contribuito alla commissione del reato¹⁶³; anzi, da questa prospettiva, l'ente risulterebbe «più rieducabile» della persona fisica¹⁶⁴. Così come senz'altro superabile è l'etichetta amministrativa fornita dal legislatore, che, a ben vedere, corrisponde a una scelta definitoria chiaramente orientata ad aggirare gli ostacoli e le prevedibili resistenze, anche culturali, rispetto all'attribuzione di "capacità penale" in capo ai soggetti collettivi. Di contro, gli assertori della natura propriamente penale¹⁶⁵ della responsabilità basano l'affermazione di tale natura sui profili di disciplina di stampo spiccatamente penalistico, a partire dal fatto che trattasi di una responsabilità che origina dalla commissione di un reato. Inoltre, si ritiene che i principi penalistici apparirebbero rispettati dai criteri di imputazione oggettiva e soggettiva, che assicurano un rimprovero personale, consentendo di affermare che l'ente risponda per un fatto proprio e colpevole. Senza contare, poi, la competenza del giudice penale – anche indipendentemente dalla punibilità del reato presupposto – a conoscere dell'illecito e a irrogare le sanzioni. Infine, le

¹⁶³ PELISSERO, *Principi generali*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, cit., pp. 162-163

¹⁶⁴ DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 46

¹⁶⁵ Cfr., tra gli altri, CONTI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Abbandonato il principio societas delinquere non potest?*, in AA.VV., *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001, p. 866; PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 598; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, pp. 19 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 305 ss.; EPIDENDIO, *I principi costituzionali e internazionali e la disciplina punitiva degli enti*, in *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, pp. 454 ss.; FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 29, p. 8

sanzioni presentano una accentuata afflittività e si prevede una modalità di commisurazione delle sanzioni pecuniarie di stampo penalistico.

In siffatto contesto si fa strada la tesi del *tertium genus*. A ben vedere, la *Relazione* di accompagnamento al decreto puntualizza che la responsabilità qualificata come “amministrativa” dal legislatore, essendo conseguente a reato e legata alle garanzie del processo penale, diverge dal paradigma dell’illecito amministrativo e dà luogo «alla nascita di un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell’efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia»¹⁶⁶.

Trattasi di un’impostazione che inquadra la natura della responsabilità degli enti in una categoria “ibrida”, che consente di evitare le inaccettabili forzature e distonie che deriverebbero dall’inquadramento in uno dei sottosistemi sanzionatori compiutamente disciplinati dal nostro ordinamento¹⁶⁷.

La configurazione in termini di *tertium genus*, se da un lato offre maggiore libertà di movimento all’interprete, dall’altro lato impedisce un saldo ancoraggio alla disciplina di riferimento in caso di lacune e al riconoscimento di garanzie che vengono negate proprio sull’assunto della natura non penale della responsabilità *de qua*. Rappresenta una “via di fuga” dalle complicazioni che inevitabilmente conseguirebbero dalla configurazione in termini penalistici. Configurare la responsabilità come penale, infatti, comporta l’imprescindibile applicazione di tutti i principi propri del diritto penale, da rispettare in relazione sia ai presupposti della responsabilità, sia all’accertamento di essa, senza che ci si possa tirare indietro.

Il riconoscimento della natura penalistica, del resto, sarebbe maggiormente coerente non solo con la nozione di materia penale elaborata in sede

¹⁶⁶ *Relazione ministeriale al d. lgs. n. 231/2001*

¹⁶⁷ SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d. lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *Diritto penale delle società*, a cura di CANZIO, CERQUA, LUPÀRIA, Tomo Primo, 2014, p. 871

sovranaZIONALE, ma anche con quanto affermato nella summenzionata *Relazione*, che predicava lo standard della “massima garanzia”¹⁶⁸.

Invero, la scelta del processo penale quale sede di accertamento della responsabilità dell’ente tradisce una larvata consapevolezza in capo al legislatore della natura sostanzialmente penale della responsabilità *de qua*.

Nella giurisprudenza di legittimità si riscontrano diversi orientamenti in proposito.

Se da una parte, invero, i Giudici si sono espressi a favore della natura amministrativa¹⁶⁹, altre sentenze appaiono, invece, orientate in senso penalistico.

In particolare, si può richiamare la sentenza *Fisia Italimpianti* del 2008, nelle cui pagine si riscontra un inquadramento della responsabilità dell’ente in termini penalistici, pur affermando che «fuoriesce dagli schemi tradizionali del diritto penale – per così dire – “nucleare”»¹⁷⁰.

In effetti, in un primo momento la giurisprudenza sembrava orientata nel senso della natura penale. Poco prima, nella sentenza *Jolly Mediterraneo* del 2007, affermava che «ad onta del “*nomen iuris*”, la nuova responsabilità nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale»¹⁷¹; non va trascurato, peraltro, che la statuizione circa la natura della responsabilità non era funzionale alla risoluzione del caso di specie, potendosene desumere allora l’intenzione della Corte di prendere deliberatamente una posizione in merito¹⁷². Si segnala, poi, il corposo filone della giurisprudenza¹⁷³ che, facendo qualche timido passo indietro, rimanda al *tertium genus* di responsabilità. Un atteggiamento che, sebbene ancora accompagnato da talune pronunce a sostegno della natura penale – sembra ispirato a una maggiore prudenza, forse temendo che taluni aspetti della disciplina (segnatamente: l’onere della prova a carico

¹⁶⁸ SCOLETTA, op. ult. cit., p. 872

¹⁶⁹ Cass., Sez. U, n. 34476 del 23 gennaio 2011; Sez. U, n. 10561 del 10 gennaio 2014; Sez. VI, n. 21192 del 25 gennaio 2013; Sez. IV, n. 42503 del 25 giugno 2013

¹⁷⁰ Cass., Sez. U, n. 26654 del 27 marzo 2008

¹⁷¹ Cass., sez. II, n. 3615 del 20 dicembre 2005

¹⁷² RENZETTI, *Il diritto di difesa dell’ente in fase cautelare*, Torino, 2017, p. 32

¹⁷³ Cass., Sez. VI, n. 27735 del 18 febbraio 2010; Sez. VI, n. 36083 del 9 luglio 2009

dell'ente), potessero risultare di difficile conciliabilità con i principi costituzionali in caso ne fosse stata chiaramente riconosciuta la natura di «responsabilità pienamente penale»¹⁷⁴.

In particolare, la Suprema Corte ha affermato che la disciplina consiste in un «*corpus* normativo di peculiare impronta», incontestabilmente parte del «più ampio e variegato sistema punitivo», e che presenta indubbi elementi di contiguità con l'ordinamento penale – a partire dalla connessione con la commissione di un reato e dalla afflittività delle sanzioni – onde la necessità di valutare la corrispondenza della disciplina tracciata dal decreto con i principi costituzionali del processo penale. Ebbene, secondo i Giudici di legittimità, risultano rispettati sia il principio di responsabilità per fatto proprio (poiché il reato commesso dal soggetto inserito nella compagine dell'ente nel suo interesse o vantaggio è qualificabile come “proprio” di questo), sia il principio di colpevolezza, da declinare in termini di colpa di organizzazione¹⁷⁵.

Sulla stessa linea si colloca anche la Corte di giustizia, che rifiuta di configurare in termini propriamente penalistici tale modello di responsabilità¹⁷⁶.

In conclusione, non si può non considerare la posizione della Corte di Strasburgo, e, soprattutto, il concetto autonomo di *matière penale* da essa elaborato.

In base ai cc.dd. criteri *Engel*, elaborati dalla Corte europea, per stabilire la natura penale o meno di una fattispecie, onde evitare la c.d. “truffa delle etichette” – vale a dire, di consentire l'applicazione di regole meno stringenti nascondendosi dietro lo schermo di una “etichetta” diversa da quella penale, quindi sulla base di un criterio meramente formale – non rileva il *nomen in sé*, ma si richiede un approccio sostanziale che impone di avere riguardo anche alla natura dell'illecito, alla natura della sanzione e al suo grado di severità¹⁷⁷.

¹⁷⁴ RENZETTI, op. ult. cit., loc. ult. cit.

¹⁷⁵ Cass, Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343

¹⁷⁶ Si fa riferimento a Corte giust., sez. II, 12 luglio 2012, in cui esclude che la mancata previsione della costituzione di parte civile nel procedimento a carico degli enti costituisca una violazione della decisione-quadro 2110/220/GAI sulla posizione della vittima nel processo penale

¹⁷⁷ Corte EDU., 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, in Racc., 1976, Serie A, p. 22

Ebbene, in base a tali *criteria*, non si può negare che nella “materia penale” rientri il sistema tracciato dal d. lgs. 231/2001, potendosi cogliere con facilità la rispondenza ai succitati requisiti.

L’illecito della *societas*, di per sé strutturato in termini penalistici, prevede l’applicazione di sanzioni che per la loro afflittività e severità non possono che essere ricondotti alla materia penale. Basti pensare all’arsenale di sanzioni interdittive previste dal decreto, che possono mettere a repentaglio la sopravvivenza dell’ente; né è di ostacolo il fatto che non si ripercuotano sulla libertà personale, poiché la Corte propende per il riconoscimento del carattere penale delle sanzioni particolarmente afflittive anche laddove esse non siano privative della libertà¹⁷⁸.

A questo si aggiunga l’esigenza pratica derivante dal fatto che in molti Paesi europei la responsabilità da reato degli enti è espressamente penale: ritenerla amministrativa finirebbe per ostacolare la cooperazione giudiziaria tra diversi Stati ogniquale volta l’illecito origini da un reato transnazionale¹⁷⁹.

Si può, infine, richiamare un ulteriore filone interpretativo della Corte di Strasburgo che vede l’applicazione dell’art. 6 della Convenzione laddove il procedimento porti alla irrogazione di sanzioni che colpiscano diritti patrimoniali, riconducibili ai “diritti e obblighi di carattere civile” previsti nella norma convenzionale. Le sanzioni di carattere patrimoniale vengono ricondotte da talune decisioni della Corte europea, pronunciate nei confronti dell’Italia, alla natura penale mediante la valorizzazione del loro carattere deterrente e punitivo, finanche in mancanza di una spiccata severità¹⁸⁰.

Senza contare, inoltre, che un aspetto preso in considerazione dalla Corte europea ai fini della riconduzione nella *matière penale* è costituito dal procedimento per mezzo del quale le sanzioni vengono applicate¹⁸¹. Superfluo

¹⁷⁸ Corte EDU., 10 febbraio 1983, *Albert e Le Compte c. Belgio*

¹⁷⁹ VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 21

¹⁸⁰ RENZETTI, op. ult. cit., p. 25, che richiama Corte eur. dir. um. 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*; Corte eur. dir. um., 8 ottobre 1999, *Lauko c. Slovacchia*; Corte eur. dir. um. 9 novembre 1999, *Varuzza c. Italia*; Corte eur. dir. um., 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics c. Italia*.

¹⁸¹ Corte eur. dir. um., 10 giugno 1996, *Benham c. Royaume-Uni*.

precisare, allora, che la scelta delle forme e dei mezzi del processo penale non possono che militare a favore della natura sostanzialmente penale: «una conseguenza giuridica è penale se viene inflitta come pena in un procedimento penale [...]. Dipende dalla cerimonia del procedimento specifico come è classificata una conseguenza giuridica»¹⁸².

2. La nuova veste del principio di colpevolezza: la c.d. colpa di organizzazione

La colpevolezza rimanda all'«insieme dei requisiti dai quali dipende la possibilità di muovere all'agente un rimprovero per aver commesso il fatto antigiuridico»¹⁸³.

È un principio di indubbia rilevanza costituzionale, poiché espressamente ricollegato dalla Corte costituzionale, nella celebre sentenza n. 364 del 1988, all'art. 27 Cost¹⁸⁴.

Secondo quanto sinora detto, si rende, allora, imprescindibile il riconoscimento di tale principio nel procedimento *de societate*: l'ente non potrà essere

¹⁸² VOLK, *La responsabilità di enti collettivi nell'ordinamento tedesco*, in *Societas puniri potest - La responsabilità da reato degli enti collettivi (atti del convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 15-16 marzo 2002)*, Padova, 2003, p. 197

¹⁸³ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, IX, Milano, 2020, p. 362

¹⁸⁴ Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364, in cui la Corte costituzionale giunge alla conclusione che la responsabilità “personale” è da intendersi quale responsabilità per un fatto proprio colpevole. Ciò, innanzitutto, valorizzando l'esigenza di una lettura dell'art. 27 Cost. che ponga in relazione i commi primo e terzo: «non avrebbe senso la “rieducazione” di chi, non essendo almeno “in colpa” (rispetto al fatto) non ha, certo, “bisogno” di essere “rieducato”». Inoltre, pone in luce l'inevitabile collegamento con i principi di legalità e irretroattività della legge penale *ex art. 25 Cost.*, poiché, per garantire al privato «libere scelte d'azione», è necessario che sia chiamato a rispondere penalmente solo per azioni che può controllare; da questo punto di vista, il principio di colpevolezza «costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità».

condannato laddove non si possa muovere ad esso un rimprovero, pena la illegittimità costituzionale della disciplina.

Come anticipato, peraltro, uno dei principali scogli al riconoscimento della natura penale della responsabilità *ex crimine* degli enti, nonché uno degli elementi che teneva ancorati al dogma *societas delinquere non potest*, è rappresentato proprio dalla presunta inapplicabilità ai soggetti collettivi del principio di colpevolezza.

Invero, da più parti si ritiene che la colpevolezza, postulando un coefficiente psicologico dell'autore del fatto illecito, non possa essere declinata sul soggetto collettivo.

Tuttavia, si può efficacemente replicare che il principio di colpevolezza – benché nei confronti delle persone fisiche richieda un coefficiente psicologico – non presupponga un'analoga componente anche con riferimento alle cc.dd. “persone morali”, potendo invece essere enucleati criteri nuovi che consentano di ricondurre i fatti criminosi compiuti alle politiche d'azione dell'ente¹⁸⁵.

Per superare la presa di posizione contraria al riconoscimento del principio di colpevolezza, una possibile opzione poteva essere quella di “prendere in prestito” la colpevolezza della persona fisica autrice del reato, attraverso la “copertura dogmatica” offerta dalla teoria di immedesimazione organica¹⁸⁶. La colpevolezza dell'autore del reato verrebbe, allora, traslata sull'ente. Ma, comunque, secondo questa impostazione, all'ente non potrebbe essere mosso alcun rimprovero di una propria “colpa”.

Si rendeva, dunque, necessaria l'individuazione di una colpa originaria dell'ente, che risieda nella sua struttura, nella sua organizzazione.

Si è quindi tratteggiata una nuova forma di colpevolezza – così emancipata da una dimensione esclusivamente psicologica – incentrata su un dovere dell'ente

¹⁸⁵ PELISSERO, *Principi generali*, cit., p. 162

¹⁸⁶ DE SIMONE, *La colpevolezza dei soggetti metaindividuali: una questione tuttora aperta*, in *Cass. Pen.*, 2017, p. 914

di predisporre «adeguate “controspinte” alle dinamiche criminogene innescate dalla dinamica stessa dell’organizzazione complessa, *in quanto complessa*»¹⁸⁷. Questo “nuovo” paradigma della colpa viene individuato dal legislatore delegato del 2001 in una particolare forma di *culpa in vigilando*: la c.d. colpa di organizzazione.

Invero, il decreto non fonda la responsabilità dell’ente sul solo dato oggettivo delle condotte illecite degli apicali nel suo interesse o vantaggio, ma richiede altresì un *quid pluris*, individuato nella mancata adozione di idonei modelli preventivi, in guisa da poter muovere alla *societas* un rimprovero di colpevolezza¹⁸⁸.

Trattasi di una colpa di carattere esclusivamente normativo, non già psicologico – in quanto, è ovvio, non è concepibile una “psiche” del soggetto collettivo – riferibile alla violazione degli obblighi di prevenzione delegati dal legislatore¹⁸⁹. Si è notato come «la categoria della colpa di organizzazione imprime al diritto penale una svolta ‘modernizzatrice’, ponendo in risalto le costanti criminologiche con le quali quest’ultimo è chiamato a confrontarsi nell’attualità»¹⁹⁰, vale a dire le fattispecie criminose che si inseriscono nella strategia d’impresa e che affondano le proprie radici nella struttura dell’organizzazione complessa.

Si deve partire dal presupposto che le organizzazioni complesse, in quanto sistemi “artificiali” devono, a loro volta, organizzarsi (c.d. organizzazione dell’organizzazione): un ente organizzato raggiunge una “metacompetenza”, ossia un insieme di informazioni e conoscenze superiori rispetto a quelle dei singoli membri del gruppo, nonché una più ampia ed efficiente visione d’insieme, secondo il c.d. “effetto esponenziale” del fenomeno organizzativo. Viceversa, un ente disorganizzato è in balia dell’incertezza e dei rischi

¹⁸⁷ PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2022, n. 4, p. 169

¹⁸⁸ RENZETTI, op. ult. cit., p. 194

¹⁸⁹ CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2015, p. 15

¹⁹⁰ PALIERO, *La colpa di organizzazione – 1° parte*, in *Rivista231*

decisionali. Ecco, quindi, che l'“organizzazione dell'organizzazione” assume un ruolo centrale nella prevenzione dei reati¹⁹¹.

Ebbene, l'ente è chiamato ad adottare una serie di regole e misure organizzative allo scopo di prevenire la commissione di reati: in caso di omessa predisposizione o insufficiente o inadeguata realizzazione e attuazione dei presidi imposti, ovvero ancora in caso di mancato controllo sul loro funzionamento, si configurerà la c.d. colpa di organizzazione¹⁹².

Tale criterio di imputazione postula, da un lato, l'esistenza di una struttura complessa; dall'altro, «la violazione – a monte – di un obbligo di organizzazione di tali apparati in vista del contenimento o della riduzione di un rischio – reato», che sia orientato, peraltro, ancor prima che sulla norma cautelare principale, sulla norma “progettuale” consistente nel dovere di organizzarsi. All'ente, in definitiva, viene riconosciuta una “pre-colpevolezza”, «derivante dall'aver consentito o agevolato le condizioni per la successiva commissione del reato»¹⁹³. Anche la giurisprudenza di legittimità ha contribuito a riempire di significato questo concetto.

I Giudici di legittimità hanno dimostrato di riconoscere le esigenze sottese all'introduzione della nuova forma di colpevolezza dell'ente, affermando che la rimproverabilità alla *societas* implichi «una forma nuova, normativa, di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale, avendo il legislatore ragionevolmente tratto dalle vicende occorse in questi decenni, in ambito economico e imprenditoriale, la legittima e fondata convinzione della necessità che qualsiasi complesso organizzativo [...] adotti modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire la commissione di determinati reati, che l'esperienza ha dimostrato funzionali ad interessi strutturati e consistenti»¹⁹⁴.

Ulteriore pronuncia sul tema si registra nella sentenza *Brill Rover s.r.l.*, in cui i Giudici di legittimità, dopo aver escluso la violazione del divieto di

¹⁹¹ PALIERO, *La colpa di organizzazione – 2° parte*, in *Rivista231*

¹⁹² DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, cit., p. 205

¹⁹³ PALIERO, *La colpa di organizzazione – 1° parte*, in *Rivista231*

¹⁹⁴ Cass., Sez. VI, 17 novembre 2009, n. 36083

responsabilità penale per fatto altrui *ex art. 27 Cost.*, considerato che l'ente risponde per fatto proprio, affermano che il d. lgs. 231 del 2001 non delinea «un'ipotesi di responsabilità oggettiva, prevedendo, al contrario, la necessità che sussista la c.d. “colpa di organizzazione” dell'ente, il non avere cioè predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato». E aggiungono che «il riscontro di un tale deficit organizzativo consente una piana e agevole imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo».

Qualche anno più tardi, la Suprema Corte, nella già citata sentenza a Sezioni unite *ThyssenKrupp*, torna ad affrontare l'argomento.

Nell'escludere che il sistema delineato dal d. lgs. 231 del 2001 violi il principio di colpevolezza, specifica che «tale principio deve essere considerato alla stregua delle peculiarità della fattispecie, affatto diversa da quella che si configura quando oggetto dell'indagine sulla riprovevolezza è direttamente una condotta umana»; invero, poiché il rimprovero riguarda l'ente e non già la persona fisica, apparirebbe «vano e fuorviante andare alla ricerca del coefficiente psicologico della condotta invocato dal ricorrente». La Corte ritiene, dunque, di dover declinare il principio di colpevolezza nella c.d. colpa di organizzazione, dovendosi considerare che il legislatore, proprio sulla base della consapevolezza che fenomeni potenzialmente criminogeni si annidino nelle organizzazioni complesse, si è orientato nel senso di imporre agli enti collettivi l'obbligo di adottare «le cautele necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati, adottando iniziative di carattere organizzativo e gestionale» da cristallizzare in un documento, costituito dal modello organizzativo. Ebbene, la mancata osservanza di tale obbligo «fonda il rimprovero, la colpa di organizzazione»¹⁹⁵.

Trattasi di una lettura evolutiva della colpevolezza, che – abbandonando la sua tradizionale connotazione in termini psicologici – si plasma addosso alla nuova figura di imputato: l'ente.

Si rivela una scelta opportuna non tanto perché consente di calibrare sull'ente e di “modernizzare” il principio di colpevolezza, quanto perché in caso di strutture

¹⁹⁵ Cass., Sez. U., n. 38343 del 24 aprile 2014, pp. 204-205

complesse, la “colpa” della commissione del reato, prima ancora che nella psiche degli autori, va ricercata proprio lì, nell’organizzazione.

Tutto questo dà l’idea della centralità, nella costruzione dell’illecito dell’ente e, quindi, nel processo, dei modelli organizzativi che l’ente è tenuto ad adottare ed efficacemente attuare.

Se questo è vero, tuttavia, vero è anche che il contenuto del dovere organizzativo – e, quindi, di riflesso, della colpa di organizzazione – appare talvolta sfuggente, poco chiaro.

E questo, sul terreno processuale, complica non poco le cose.

3. Il procedimento penale *de societate* ex d. lgs. 231/2001

Il legislatore, a prescindere dall’etichetta che si ritenga di attribuire alla responsabilità da reato introdotta dalla nuova disciplina, ha scelto, quale sede di accertamento della responsabilità dell’ente, il processo penale.

Nella *Relazione* si spiega che la ragione alla base di questa scelta «è duplice e deriva dalla necessità di coniugare le esigenze di effettività e di garanzia dell’intero sistema» poiché, da un lato, si riconosce l’insufficienza dei poteri istruttori attribuiti alla Pubblica Amministrazione nel modello procedimentale ex l. n. 689 del 1981; dall’altro lato, essendo il reato uno dei presupposti della responsabilità, si rendono necessari gli strumenti di accertamento, assai incisivi e penetranti, di cui è provvisto il procedimento penale.¹⁹⁶

Il processo penale è strettamente legato alle libertà fondamentali, che protegge: queste, infatti, solo con le sue forme e le sue garanzie possono essere limitate.

Si può allora constatare come la possibilità di assoggettare a procedimento penale l’impresa, facendo indossare alla persona giuridica le vesti di imputato, comporti l’estensione delle garanzie della procedura penale alla salvaguardia delle libertà economiche e, segnatamente, della libertà di esercizio dell’iniziativa economica delle imprese. Sembra, cioè, potersi desumere la consapevolezza che le libertà economiche, in quanto proiezioni esterne delle

¹⁹⁶ *Relazione ministeriale al d. lgs. n. 231/2001*

persone, vadano anch'esse salvaguardate con le garanzie proprie del procedimento penale¹⁹⁷.

3.1 Le fonti della procedura penale degli enti

La legge delega n. 300 del 2000, se si presenta piuttosto esaustiva con riguardo alla disciplina sostanziale, non può dirsi altrettanto completa sul versante processuale.

Essa si limita ad affermare l'applicabilità delle sanzioni interdittive anche in sede cautelare, a fissare la competenza del giudice penale nonché ad individuare nel procedimento penale la sede dell'accertamento e nel codice di procedura penale la fonte di riferimento. Inoltre, significativamente, impone di garantire all'ente incolpato l'effettività della difesa, in ogni stato e grado del procedimento.

Su queste basi, il d. lgs. 231 del 2001 dedica il capo III al "procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative", e lo articola in nove sezioni che richiamano la struttura del codice di procedura penale.

In particolare, il capo III si presenta come un microcodice che, dopo aver disciplinato la parte statica del procedimento (con la sezione seconda concernente soggetti, giurisdizione e competenza; la terza sulle prove; la quarta sulle misure cautelari), si occupa della parte dinamica (con la sezione quinta dedicata alle indagini preliminari e all'udienza preliminare; la sezione sesta ai procedimenti speciali; la settima al giudizio; l'ottava alle impugnazioni; la nona, infine, all'esecuzione)¹⁹⁸.

Benché le norme del decreto dedicate alla procedura siano più numerose di quelle concernenti i profili sostanziali, la disciplina procedurale prevista dal decreto non appare compiuta e autonoma come quella sostanziale. Si richiede, invece, una integrazione con le regole previste dal codice di procedura penale, dando vita a una disciplina «peculiare e fortemente innovativa». Se da un lato il

¹⁹⁷ DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Napoli, 2012, pp. 31-32

¹⁹⁸ VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, Diritto processuale, a cura di LATTANZI, SEVERINO, Torino, 2020, pp. 3 ss.

codice di procedura penale rappresenta il risultato di una secolare esperienza normativa giuridica, incentrata in modo esclusivo sulle persone fisiche, dall'altro lato la nuova disciplina ambisce alla delineazione di una inedita "procedura penale d'impresa", inevitabilmente distante sotto molti aspetti: una procedura ricca di novità e istituti affatto originali, che, tuttavia, non appaiono completamente risolti sul piano normativo, richiedendo pertanto l'applicazione delle norme codicistiche, da calibrare sul nuovo imputato¹⁹⁹.

La norma di riferimento è l'art. 34 del decreto, posta in apertura del capo III, che identifica le "disposizioni processuali applicabili", affermando che «per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, si osservano le norme di questo capo nonché, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271». L'interprete, dunque, deve innanzitutto verificare l'esistenza di norme *ad hoc* nella disciplina del decreto, e in via subordinata, per colmare eventuali lacune, deve fare riferimento alle norme del codice di procedura penale nel suo assetto vigente, previa valutazione della loro compatibilità²⁰⁰.

Il decreto, delineando un tale assetto delle fonti, finisce per "ribaltare" quanto previsto dalla legge delega sul punto, che, invece, all'art. 11 lett. q) («si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale») indicava quale fonte prioritaria – e, sembrerebbe, integrale – il codice di rito.

In merito, dunque, sono stati avanzati dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 34, in relazione agli artt. 76 e 77 della Costituzione per mancato rispetto della delega²⁰¹ (c.d. eccesso di delega).

¹⁹⁹ DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., pp. 33-34

²⁰⁰ PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti amministrativi da reato (dal d. lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino, 2006, pp. 98-99

²⁰¹ La questione è stata sollevata dinanzi ai giudici di merito, ma è stata ritenuta non fondata (Trib. Milano, 18 dicembre 2008, *Barachini*); secondo i giudici, il legislatore delegato si sarebbe limitato ad adattare talune norme processuali al soggetto collettivo, rinviando per il resto al codice di procedura penale.

In effetti, sotto taluni profili l'inedito procedimento penale degli enti e quello tracciato dal codice di procedura penale si pongono su due piani distinti, rendendo talora difficile la loro convivenza.

Peraltro, rispetto all'inversione di rotta operata dal legislatore delegato, si può ritenere che, una volta eletto il processo penale a sede di accertamento e attribuita al giudice penale la cognizione, un diretto "travaso" nel processo penale delle nuove competenze, senza l'aggiunta di norme pensate e plasmate sul nuovo tipo di responsabilità, sarebbe risultato inidoneo e rischioso²⁰².

Le norme *ad hoc* sono la mano con cui il legislatore accompagna l'ente-imputato in un processo a cui è estraneo.

Di fronte alla complessità del *thema decidendum* introdotto dalla nuova disciplina e alla confusione inizialmente generata, la totale assenza di una disciplina specifica – benché sommaria – al riguardo, sarebbe risultata del tutto inadeguata.

Il legislatore non rinvia al codice di rito *tout court*, ma ne subordina l'applicabilità a un vaglio di compatibilità.

L'individuazione della disciplina processuale applicabile, allora, risulta lasciata all'interprete – e, in ultima istanza, al giudice – che dovrà operare il vaglio di compatibilità.

Si coglie subito una peculiarità della procedura penale degli enti: il ruolo chiave della giurisprudenza nella individuazione della concreta regola da applicare.

Si tratta di una fisionomia del sistema delle fonti che, peraltro, non è immune da profili critici, in quanto sembrerebbe che a decidere i presupposti per l'esercizio del potere giudiziario sia lo stesso soggetto destinato ad esercitarlo; invero, «non c'è dubbio che l'ampiezza della discrezionalità interpretativa di cui dispone l'organo dell'accusa affievolisca di molto il ruolo di "garanzia" proprio delle norme di procedura»²⁰³.

Il vaglio di compatibilità si presenta come estremamente spinoso, tenuto conto che le norme del codice di procedura penale sono modellate e generalmente

²⁰² CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 42

²⁰³ DI BITONTO, op. ult. cit., p. 35

interpretate avuto riguardo alla persona fisica, postulando che l'imputato sia un essere umano: queste norme vanno ora calibrate su un essere che umano non è. L'operazione interpretativa deve essere svolta in base a «un criterio sistematico, alla cui stregua qualificare come “compatibili” le norme del codice di procedura penale la cui *ratio* appaia in sintonia con le caratteristiche sistematiche del procedimento penale concernente i soggetti collettivi»²⁰⁴.

Una volta superato positivamente il vaglio di compatibilità, peraltro, sorge la necessità di plasmare sull'ente la regola dettata per la persona fisica. È un'operazione estremamente delicata e complessa, in cui occorre filtrare i diritti da attribuire all'ente incolpato; proprio per questo, probabilmente, il legislatore si è avvalso dell'ausilio della giurisprudenza nella concreta elaborazione della disciplina applicabile.

Va precisato che il rinvio al codice di rito andrà operato anche laddove il capo III regoli istituti già previsti nel primo, in quanto la nuova disciplina si sostituisce a quella del decreto solo ove completamente autosufficiente. Laddove, per contro, istituti originali si aggiungano a quelli ordinari ovvero li modifichino parzialmente, è consentita l'eterointegrazione²⁰⁵.

Accanto al rinvio generale, poi, nel decreto troviamo una serie di rimandi specifici, di cui molti subordinati anch'essi al canone della compatibilità, altri “incondizionati”²⁰⁶.

Ma le fonti della procedura penale non sono costituite solo dal capo III e dal codice di rito.

Quando, infatti, il legislatore prevede che si osservino, per il procedimento penale a carico degli enti, “le disposizioni del codice di procedura penale”, tale riferimento è da intendersi al diritto processuale penale nel suo complesso, comprensivo di tutte le sue fonti e di tutti i suoi schemi operativi²⁰⁷.

²⁰⁴ *Ivi*, p. 60

²⁰⁵ VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 105

²⁰⁶ CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 44

²⁰⁷ DI BITONTO, *Studio*, cit., p. 58

Occorre, allora, fare riferimento anche alla Costituzione, alla CEDU, al diritto dell'Unione europea, nonché all'interpretazione di tali fonti del diritto sedimentatasi nella dottrina e nella giurisprudenza interna e sovranazionale.

3.2 Lineamenti del procedimento a carico dell'ente

L'art. 36 del decreto, in perfetta attuazione del criterio direttivo di cui alla lett. q) della legge delega, fissa la competenza a conoscere degli illeciti amministrativi dell'ente in capo al giudice penale competente per i reati dai quali essi dipendono.

A ben vedere, questa norma è strettamente collegata con un principio cardine del procedimento *de societate*, vale a dire il c.d. *simultaneus processus*.

Esso è espresso dall'art. 38, primo comma, del decreto, ai sensi del quale «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».

La regola della riunione dei procedimenti è innanzitutto legata ai caratteri del giudicato penale: il *simultaneus processus* «è l'espedito tecnico attraverso cui il legislatore realizza l'opzione di garanzia sottesa all'individuazione del procedimento penale quale sede dell'accertamento della responsabilità dipendente da reato delle imprese e degli altri enti» poiché «solo consentendo a questi ultimi di prendere parte attiva nella ricostruzione del fatto di reato da cui discende la loro responsabilità, diviene possibile attuare in concreto la repressione degli illeciti posti in essere nell'interesse ed a vantaggio dei soggetti collettivi che non sono risultati in grado di darsi un'organizzazione adeguata a prevenire la commissione dei reati»²⁰⁸. In effetti, poiché non sarebbe possibile estendere all'ente l'accertamento compiuto nei confronti della persona fisica, considerata l'efficacia meramente negativa e preclusiva del giudicato penale, affinché il giudizio celebrato a carico di quest'ultima possa produrre effetti nei confronti della *societas*, è necessario coinvolgerla nell'accertamento.

²⁰⁸ DI BITONTO, *Studio*, cit., pp. 118-119

Ma, soprattutto, è una scelta di garanzia. È una scelta di garanzia perché fin troppo facile sarebbe agire nei confronti della sola persona fisica per poi “travasare” gli esiti dell’accertamento nel procedimento contro l’ente, giovandosi, per di più, della efficacia deterrente esercitata sull’ente dal procedimento pendente nei confronti della persona fisica, che potrebbe essere indotto ad assecondare il pubblico ministero nella speranza di ottenere in contraccambio dei benefici nella distinta sede procedimentale ad esso riservata²⁰⁹.

La riunione dei procedimenti, dunque, è funzionale ad assicurare la difesa dell’ente, e, più in generale, di tutti i soggetti coinvolti.

Il legislatore, pertanto, anche nell’ottica di garantire l’economia processuale, e attesa l’unicità della vicenda fonte delle due responsabilità, impone la trattazione unitaria.

Ecco allora che si scorge come da questo punto di vista la regola del *simultaneus processus* rappresenti lo stesso fondamento della competenza del giudice penale *ex art. 36*²¹⁰.

Il secondo comma dell’art. 38 individua delle deroghe alla regola di cui al primo comma, ovverosia dei casi in cui si procede separatamente. Le ipotesi di trattazione disgiunta, peraltro, sono da ritenersi tassative: infatti, considerata la *ratio* garantistica sottesa alla riunione dei procedimenti, il criterio alla luce del quale orientarsi deve essere *in dubio pro simultaneo processu*.

In particolare, si procede separatamente nei confronti dell’ente solo nei seguenti tre casi: quando viene ordinata la sospensione del procedimento per incapacità dell’imputato; quando il procedimento è stato definito con il giudizio abbreviato o con il patteggiamento, ovvero è stato emesso decreto penale di condanna; quando l’osservanza delle disposizioni processuali lo rende necessario.

È evidente come l’ultima ipotesi sia la più problematica, potendo rappresentare un comodo “grimaldello” per la separazione dei procedimenti.

²⁰⁹ DI BITONTO, *Studio*, cit., p. 126

²¹⁰ DI BITONTO, *Lineamenti generali del procedimento a carico degli enti*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, cit., p. 31

La norma non specifica a quali “disposizioni processuali” faccia riferimento – se solo a quelle del capo III o anche a quelle del codice di procedura penale – né è chiaro quando l’osservanza di una disposizione possa dirsi “necessaria”. Il legislatore utilizza una locuzione evanescente, che rischia di incrinare la tassatività delle deroghe al *simultaneus processus*, consentendo di ricomprendersi anche mere esigenze di coerenza sistematica²¹¹.

Peraltro, va ribadito, il *favor* per la trattazione congiunta e le garanzie che questa reca con sé impongono una stretta interpretazione delle ipotesi *ex lett. c)* dell’art. 38, riconducibili ai soli casi di «insuperabile divaricazione»²¹² tra il procedimento *de societate* e quello a carico della persona fisica.

Inoltre, a differenza di quanto previsto nel codice di rito, l’obbligo di riunire i due procedimenti sorge sin dalle indagini, che il pubblico ministero dovrà svolgere congiuntamente nei confronti della persona sottoposta alle indagini e dell’ente nell’ambito del quale si assume che il reato sia stato commesso²¹³.

Quanto alla struttura del procedimento *de societate*, essa rispecchia la struttura di quello a carico della persona fisica, seppur con delle peculiarità.

Il momento genetico del procedimento si rinviene nella c.d. *annotazione* dell’illecito amministrativo dipendente da reato nel registro *ex art. 335 c.p.p.*, corrispondente alla *iscrizione* del reato attribuito alla persona fisica.

Con riferimento alla disciplina delle indagini, è sufficiente precisare che, benché a livello di disciplina non vi siano particolari divergenze rispetto alle regole concernenti le indagini condotte nel procedimento penale a carico della persona fisica, è stato da più parti sottolineato come a mutare radicalmente sia la funzione. Invero, la funzione specialpreventiva del decreto e l’articolato apparato di misure cautelari dalla connotazione spiccatamente anticipatoria delle sanzioni, incentivano il soggetto collettivo ad adottare le condotte riparatorie e ripristinatorie proprio in tale fase, che diviene «il momento più

²¹¹ VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 131

²¹² DI BITONTO, *Lineamenti generali del procedimento a carico degli enti*, cit., p. 42

²¹³ FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell’ente al processo*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di LATTANZI, Milano, 2010, p. 458

significativo dell'accertamento della responsabilità dipendente da reato»²¹⁴. La fase investigativa, cioè, finisce per risultare «sganciata dalle funzioni tradizionalmente attribuitegli dal codice di procedura penale», vale a dire funzionale a dirimere l'alternativa azione-inazione da parte del pubblico ministero, divenendo «momento qualificante dell'accertamento dei fatti»²¹⁵.

Conclusione che appare, in qualche misura, confermata – quantomeno sul piano dell'applicazione concreta e, dunque, della c.d. *law in action* – dalla centralità dei riti speciali, a scapito del dibattimento. Questo poiché, di regola, l'ente che sia riuscito ad evitare la futura applicazione di una sanzione interdittiva ponendo in essere le condotte riparatorie durante la fase delle indagini preliminari – normalmente “sollecitato” da una richiesta di applicazione di misure cautelari – ha tutto l'interesse a uscire quanto prima dal procedimento con il pagamento della sanzione pecuniaria, evitando i costi e i tempi del giudizio ordinario.

In definitiva, come emerge anche da queste poche parole, l'intero procedimento risulta imperniato sulle dinamiche riparatorie, e influenzato da esse.

L'obiettivo della disciplina, almeno nella maggioranza dei casi, non è punire l'ente, bensì recuperarlo alla legalità nel più breve tempo possibile.

Tale scopo è perseguito costantemente, durante tutto l'arco del procedimento, finanche in fase di esecuzione, onde una “deformazione” del paradigma penale e una sua «strumentalizzazione a scopi diversi da quelli tipici»²¹⁶.

In particolare, norma emblematica è l'art. 17, che prevede una serie di condotte riparatorie che, se congiuntamente poste in essere dall'ente, consentono di escludere l'applicazione delle sanzioni interdittive, nonché delle misure cautelari interdittive. Ebbene, la norma non solo rappresenta un «formidabile incentivo» alla riorganizzazione interna della *societas*, ma costituisce anche un

²¹⁴ DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di LATTANZI, 2010, p. 592

²¹⁵ GALLUCCIO MEZIO, *Indagini e udienza preliminare*, in *AA.VV. Responsabilità da reato degli enti*, cit., pp. 204-205

²¹⁶ BALDUCCI, *L'ente imputato. Profili di efficienza e di garanzia nel processo De Societate*, 2013, p. 23

indice sintomatico di un nuovo atteggiamento dell'ente come conseguenza dell'illecito commesso²¹⁷.

4. La “sfida” di trattare l'ente alla stregua dell'imputato: l'applicabilità alla *societas* dei principi costituzionali

4.1 La scelta del processo penale come scelta di garanzia

Il processo penale si caratterizza per una serie di fondamentali garanzie a tutela di chi vi è sottoposto; ma, ad esservi sottoposte, fino all'introduzione della responsabilità da reato degli enti introdotta dal d. lgs. 231 del 2001 erano le sole persone fisiche.

Or dunque, resta da chiedersi se all'ente-imputato spettino i diritti fondamentali processuali che la Costituzione riconosce all'imputato persona fisica.

L'art. 35 dispone che «all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili».

La norma prevede l'estensione all'ente delle garanzie dettate per l'imputato persona fisica, subordinandone l'applicabilità, anche qui, a un vaglio di compatibilità, reso inevitabile dalla natura non antropomorfa del nuovo imputato.

Coerente con la *ratio* di garanzia sottesa a tale articolo e con l'“osmosi” (imperfetta)²¹⁸ che intende realizzare sarebbe considerare applicabili all'ente anche i principi che la Costituzione riconosce all'imputato; in effetti, come acutamente osservato, «i *procedural rights* di origine costituzionale non sono stati pensati e non attengono alla persona fisica come tale, ma alla persona fisica in quanto imputato»²¹⁹.

Tuttavia, una simile affermazione di principio rischia di rivelarsi eccessivamente semplicistica e, dunque, di per sé inidonea a dirimere i numerosi risvolti problematici che pone il raffronto tra la disciplina contenuta nel decreto

²¹⁷ VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 93

²¹⁸ BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e “processo 231”*, cit., p. 129

²¹⁹ BELLUTA, op. ult. cit., p. 40

e le garanzie processuali tradizionali. Tale questione è stata – ed è – inevitabilmente influenzata dalla *querelle* circa la natura della responsabilità dell'ente. Anzi, come accennato, si può ritenere che la stessa qualificazione in termini di responsabilità *amministrativa* fornita dal legislatore fosse proprio preordinata ad evitare di imporre una imprescindibile applicazione dei principi costituzionali dettati per il processo penale.

Inoltre, in senso contrario al riconoscimento delle garanzie costituzionali resta la natura impersonale del soggetto, affermandosi che non si possano attribuire diritti nati e pensati con riferimento a una persona in carne e ossa a una «persona senz'anima»²²⁰.

Peraltro, si è visto come, innanzitutto, la *ratio* della disciplina, come espressamente dichiarato nella *Relazione*, è quella di offrire – in aggiunta alla maggiore effettività – la “massima garanzia”²²¹.

Depone in questo senso, a ben vedere, proprio la scelta del processo penale quale sede di accertamento della responsabilità, che si rivela una scelta di garanzia. Il procedimento penale è il procedimento più garantito, indi per cui l'opzione a favore di esso non può che essere volta ad assicurare all'ente incolpato il massimo delle garanzie²²².

Se il legislatore ha collocato l'accertamento della responsabilità dei soggetti collettivi nel procedimento penale, non si può pensare di elidere o aggirare le garanzie e le regole costituzionali che ne sono il fondamento.

L'ente è imputato in un procedimento penale e, come tale, deve essere titolare dei diritti e delle garanzie che originano da tale *status*, senza che rilevi la natura del soggetto²²³.

Né un tale assunto può essere sconfessato adducendo la mancata incisione sulla libertà personale: il fatto che non vi sia «un corpo da straziare ed un animo da

²²⁰ DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, 2004, p. 45

²²¹ *Relazione*, cit.

²²² DI BITONTO, *Studio*, cit., p. 51

²²³, RENZETTI, op. ult. cit., 2017, p. 49

umiliare»²²⁴, infatti, non toglie che l'ente sia destinatario di misure estremamente afflittive che, comunque incidono significativamente sulla libertà economica e sulla vita dell'ente, onde la necessità di ritenere generalmente applicabili le garanzie apprestate per il processo penale²²⁵.

È chiaro che i diritti fondamentali dell'imputato persona fisica richiedano una calibratura, attese le peculiarità del soggetto collettivo: le garanzie costituzionali andranno sì rilette e adattate al nuovo imputato, ma comunque dovranno essere rispettate.

È opportuno accogliere l'idea che anche i principi classici del diritto e della procedura penale possano essere sottoposti a una lettura evolutiva, al passo coi tempi (e coi nuovi protagonisti del processo penale).

Non è accettabile, cioè, l'idea di escludere il riconoscimento dei diritti fondamentali agli enti sulla base della asserita natura amministrativa della responsabilità, poiché «non è la natura della responsabilità dell'ente a dettare l'agenda dei diritti fondamentali, ma la natura del processo nel quale quelle responsabilità vengono accertate»²²⁶.

Se pure è vero che affidare una *res iudicanda* al giudice penale non equivale a riconoscerne la natura penale, comunque una tale opzione contiene un «messaggio metodologico»²²⁷ che non può essere ignorato circa l'applicazione delle garanzie che lo caratterizzano.

In definitiva, deve ritenersi che «la competenza del giudice penale e i principi di garanzia connessi a tale competenza siano avvinti da un legame inestricabile che, come tale, non può essere sciolto o allentato né dalla particolare natura dell'oggetto di accertamento, né tanto meno da quella dell'imputato»²²⁸.

Dovranno trovare applicazione, allora, anche nei confronti dell'ente, tutti i fondamentali diritti dell'imputato, o quantomeno quelli che non postulino la “fisicità” della persona.

²²⁴ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 291

²²⁵ RENZETTI, op. ult. cit., p. 49

²²⁶ BELLUTA, *L'ente incolpato*, cit., p. 40

²²⁷ VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 23

²²⁸ RENZETTI, op. ult. cit., p. 51

Così, indubbiamente deve essere riconosciuto all'ente il diritto di difesa inviolabile *ex art. 24*, comma 2, Cost.; e dovranno altresì trovare applicazione i principi del giusto processo dettati dal nuovo art. 111 Cost., l'obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112* Cost., nonché – ed è qui che si vuole arrivare – la presunzione d'innocenza garantita dall'art. 27, comma 2, Cost.

4.2 La giurisprudenza interna sulla estensione delle garanzie costituzionali all'ente

Da un esame delle più rilevanti pronunce di legittimità in tema di responsabilità da reato degli enti, è possibile desumere una scarsa rilevanza dell'identificazione dell'esatta natura di tale responsabilità ai fini di dirimere la questione circa il rispetto delle garanzie costituzionali. La soluzione al quesito, pare, infatti, prescindere dalla *querelle* sulla natura della *corporate liability*. Quel che conta, più dell'etichetta che si ritenga di attribuire alla responsabilità *ex crimine* dei soggetti collettivi, risulta, invero, lo statuto da riconoscere ad essa²²⁹.

Delle osservazioni rilevanti sullo statuto della responsabilità degli enti si rintracciano, innanzitutto, nella sentenza *Fenu* del 2010, con la quale la Suprema Corte esclude la costituzione di parte civile nel processo *de quo*. Al di là delle conclusioni cui giunge in merito a tale ultimo tema²³⁰, ciò che qui importa è

²²⁹ PALIERO, *La struttura dell'illecito dell'ente: profili di disciplina e questioni aperte*, intervento nell'incontro di studio *La responsabilità da reato degli enti: Profili sostanziali e processuale a venti anni dal d. lgs. n. 231 del 2001*, Corte Suprema di Cassazione, Roma, 3 ottobre 2022

²³⁰ La Corte nega la possibilità di costituzione di parte civile, parlando di una “sistematica rimozione” di ogni riferimento alla parte civile nel d. lgs. 231 del 2001, che assume discendere da una “scelta consapevole del legislatore”. Richiama, inoltre, alcuni elementi specifici che accanto alla mera “assenza” di riferimenti confermerebbero una tale conclusione; segnatamente, in estrema sintesi: la limitazione, da parte dell'art. 27, della responsabilità patrimoniale dell'ente alla sola obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria; la regolamentazione del sequestro conservativo *ex art. 54*, in cui manca il riferimento alle obbligazioni civili derivanti da reato. Argomenta, poi, che l'illecito dell'ente è cosa diversa dal reato, onde l'impossibilità di ritenere applicabili gli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p., che fanno riferimento al reato.

Esclude, infine, un contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., in quanto, da un lato, la disparità di trattamento può dirsi giustificata dalla diversità dell'illecito; dall'altro lato, la posizione del danneggiato si

l'attenzione che in tale decisione la Corte attribuisce ai tratti sostanziali della responsabilità, prescindendo dalla sua natura, definito alla stregua di un «tema quanto mai incerto».

Ebbene, in tale sentenza si legge che la soluzione alla questione che la Corte si trova ad affrontare «può essere svincolata dal tema relativo alla definizione della tipologia della responsabilità da reato, che rischia di diventare una questione meramente nominalistica, per essere affrontata attraverso l'esame positivo dei contenuti della speciale normativa che disciplina il processo nei confronti degli enti»²³¹. Dunque, i Giudici di legittimità si distaccano dall'orientamento che ricollega i contenuti della responsabilità alla sua qualifica.

Altra pronuncia da prendere in considerazione è la succitata sentenza *ThyssenKrupp* del 2014. Le Sezioni unite della Suprema Corte, dopo aver fatto riferimento alla categoria del *tertium genus* di responsabilità, aggiungono parole assai significative. Ad avviso del Collegio, infatti, appurata la stretta contiguità con l'ordinamento penale e la natura punitiva della normativa, «quale che sia l'etichetta che si voglia imporre su tale assetto normativo, è dunque doveroso interrogarsi sulla compatibilità della disciplina legale con i principi costituzionali dell'ordinamento penale»²³².

Con queste parole, quindi, pur negando nel caso di specie alcun *vulnus* ai diritti fondamentali dell'imputato, sanciscono il dovere di rispettare le norme costituzionali che fissano i principi dell'ordinamento penale, a prescindere dalla natura che si intenda riconoscere alla responsabilità della *societas*.

Ecco, allora, che le deviazioni operate dal capo III del decreto costituiscono una «sollecitazione per l'interprete ad una lettura costituzionalmente orientata, nel rispetto di tutti i principi garantiti all'accusato dalla nostra Costituzione e dalle Carte internazionali dei diritti dell'uomo, in modo da tastare l'ortodossia, non sempre scontata, del d. lgs. 231 del 2001»²³³.

considera comunque garantita attraverso la possibilità di citare l'ente come responsabile civile ai sensi dell'art. 83 c.p.p. nel processo contro la persona fisica.

²³¹ Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 2251

²³² Cass., Sez. U, n. 38343 del 24 aprile 2014, p. 204

²³³ VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 24

In definitiva, la giurisprudenza interna sembra essersi assestata sulla necessità del rispetto dei principi costituzionali da parte della disciplina del processo *de societate*, sulla scorta della indiscutibile vicinanza alla materia penale, a nulla rilevando un mancato espresso riconoscimento della natura penale della responsabilità dei soggetti collettivi.

4.3 Il giusto procedimento a carico della persona giuridica nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Da una disamina della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo esce senz'altro rafforzata l'idea della necessità del rispetto, nel procedimento *de societate*, delle garanzie fondamentali riconosciute all'imputato nel processo penale.

Invero, secondo la Corte di Strasburgo, i principi del giusto processo devono essere riconosciuti in ogni ambito che rientri nell'autonomo concetto di "*matière pénale*" da essa elaborato, al fine di garantire una applicazione uniforme dei principi previsti dalla Convenzione.

Il concetto di materia penale elaborato a Strasburgo si rivela assai prezioso per fugare i dubbi sul riconoscimento delle garanzie fondamentali del processo penale all'ente.

Inoltre, si deve considerare che il fatto che molti diritti sembrano riferiti alle persone fisiche non ha mai ostato al loro riconoscimento alle persone giuridiche nella giurisprudenza della Corte europea: la Convenzione europea è sempre stata intesa come riferita anche agli enti e ai soggetti collettivi²³⁴.

In effetti, da un lato, la giurisdizione *ratione personae* della Corte europea dei diritti dell'uomo riguarda non solo le persone fisiche ma anche organizzazioni e gruppi di individui; dall'altro lato, le previsioni della Convenzione sono estese

²³⁴ HEIN VAN KEMPEN, *The recognition of legal persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Trough Criminal justice*, in Pieth & Ivory, *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 9, New York/Dordrecht/Heidelberg/London: Springer 2011, pp. 359

dalla giurisprudenza della Corte anche alle persone giuridiche, ferma restando la possibilità di un diverso livello di tutela tra persone fisiche e giuridiche²³⁵.

Con particolare riferimento all'art. 6 CEDU, la Corte ha espressamente affermato che le garanzie da esso previste si applicano alle persone giuridiche così come alle persone fisiche: «article 6 applies to legal persons in the same way as it does to individuals and that a company may be regarded as having been 'charged with a criminal offence', within the autonomous meaning of that expression for the purposes of Article 6»²³⁶.

In ambito convenzionale, pertanto, ai fini del riconoscimento delle garanzie ci si basa sulla natura dell'illecito e non anche sulla natura del soggetto, onde la insostenibilità di tesi volte a negare il riconoscimento dei diritti garantiti dalla Convenzione alle persone giuridiche sulla base della asserita applicabilità alle sole persone fisiche.

Appurata, quindi, l'applicabilità all'ente incolpato delle garanzie convenzionali, resta da chiedersi se il concetto di *matière pénale* elaborato dalla giurisprudenza di Strasburgo porti all'applicabilità alla *societas* anche le maggiori garanzie stabilite dalla nostra Carta costituzionale. In sostanza, ci si può domandare se anche i diritti fondamentali previsti solo dal nostro ordinamento – una volta riconosciuta la natura penale della responsabilità da reato degli enti, in base ai criteri sovranazionali – vadano applicati al procedimento *de societate*.

La soluzione affermativa può essere raggiunta, da una parte, enucleando anche nel diritto interno una categoria più ampia di illecito punitivo volto a ricomprendervi anche quello amministrativo punitivo, a cui estendere tutte le garanzie penalistiche; dall'altra, accogliendo definitivamente l'idea che la scelta del processo penale quale sede di accertamento comporti inevitabilmente l'applicazione delle garanzie sue proprie.²³⁷

²³⁵ BRODOWSKI, *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, 2014, pp. 213-214

²³⁶ Corte EDU, 20 dicembre 2002, *Fortum Oil and gas Oy v. Finland*, par. 2

²³⁷ RENZETTI, op. ult. cit., pp. 28 ss.

5. La presunzione d'innocenza e la persona giuridica: la ricerca di una compatibilità

Orbene, operata una simile ricostruzione, non si può non interrogarsi sul rispetto, da parte della disciplina del procedimento *de societate* tracciata dal d. lgs. 231 del 2001, della presunzione d'innocenza.

In altre parole, trattasi di stabilire se l'ente, imputato nel procedimento penale, è presunto "non colpevole", in ossequio al *dictum* dell'art. 27, comma 2, Cost., sino alla condanna definitiva.

Insomma, il problema consiste nello stabilire se il "processo 231" rispetta la regola di giudizio e la regola di trattamento che discendono dalla presunzione costituzionale.

Se, come posto in evidenza nelle pagine precedenti, nel procedimento penale degli enti devono essere applicate e rispettate tutte le garanzie fondamentali del processo penale, non potrà che dover trovare riconoscimento anche la presunzione d'innocenza, «motivazione di fondo» ed «elemento unificatore» di tutti i diritti fondamentali dell'imputato nel procedimento²³⁸.

Anche perché, come si è avuto modo di vedere, la presunzione d'innocenza è posta a tutela, non solo dell'imputato, ma anche, a monte, della correttezza dell'accertamento²³⁹: «prima ancora che una prerogativa dell'imputato» il principio è da considerarsi come «una garanzia oggettiva, volta ad assicurare il corretto funzionamento del processo penale»; pertanto, deve essere riconosciuta «a prescindere dalla particolare figura di imputato (persona fisica o soggetto collettivo) che viene concretamente in rilievo»²⁴⁰.

Convieni, infatti, partire dalla premessa che, essendo l'illecito dell'ente autonomo rispetto al reato presupposto, ed autonoma essendo altresì la sua colpevolezza, si deve escludere una qualsiasi forma di "derivazione" tra l'innocenza da riconoscere all'ente e l'innocenza presunta nei confronti della

²³⁸ RENZETTI, op. ult. cit., p. 51

²³⁹ MAZZA, *La presunzione d'innocenza messa alla prova*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, pp. 1 ss.

²⁴⁰ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., p. 260

persona fisica autrice del reato²⁴¹: la garanzia della presunzione d'innocenza è riconosciuta all'ente in quanto tale, o *rectius*, all'ente in quanto imputato in un procedimento penale.

Da questa prospettiva, e *a fortiori* se si prende in considerazione altresì il valore ideologico e politico sotteso alla presunzione costituzionale, sembra inevitabile – oltre che doveroso – il riconoscimento del principio anche ai soggetti collettivi sottoposti a procedimento penale.

Ma occorre confrontarsi con la disciplina positiva, e, a dire il vero, il quadro normativo non sembra rassicurante.

Ci sono dei punti della disciplina – segnatamente: il meccanismo di imputazione soggettiva in caso di reati commessi da soggetti apicali *ex art. 6, comma 1*, l'arsenale di misure cautelari dalla valenza spiccatamente anticipatoria delle sanzioni e la disciplina delle dichiarazioni del rappresentante legale dell'ente – che entrano in evidente tensione con i contenuti della presunzione costituzionale.

Ponendo quale punto di partenza la imprescindibilità del riconoscimento della presunzione d'innocenza nel procedimento penale, occorre considerare se e in che modo tale principio possa assumere una nuova sfumatura e una differente pregnanza a seconda della natura del soggetto sottoposto al procedimento²⁴².

Si devono, allora, esaminare da vicino le regole del procedimento penale delineato dal d. lgs. 231 che più mettono alla prova l'operatività della presunzione d'innocenza, cominciando dal distinguere i due piani della regola di giudizio e della regola di trattamento.

5.1 Le indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e la posizione dell'Unione europea

Traendo le mosse dal contesto convenzionale, si è avuto modo di vedere che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevede, all'art. 6 par. 2 la presunzione d'innocenza, stabilendo che «*Everyone charged with a criminal*

²⁴¹ BELLUTA, op. ult. cit., pp. 53 ss

²⁴² DI BITONTO, *Studio*, cit., p. 70

offence shall be presumed innocent until proved guilty according to the law», già approfondita²⁴³.

È stato altresì posto in luce il fatto che il procedimento *de societate* rientri a pieno titolo nella *matière penale* elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, onde la necessità di rispettare, in base a tale approccio sostanziale, tutte le garanzie dettate per il processo penale, a prescindere dall'etichetta impressa sulla responsabilità.

Si è infine considerata la non rilevanza della natura del soggetto – se persona fisica o soggetto collettivo – in ordine al riconoscimento dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione, da cui discende uno sprone a non differenziare gli statuti di garanzie spettanti all'imputato persona fisica e garanzie riconoscibili all'imputato-ente.

Tutto ciò considerato, ne discende che la presunzione d'innocenza garantita dall'art. 6 par. 2 della Convenzione debba trovare riconoscimento nel procedimento *de quo*.

Con riferimento alla compatibilità della disciplina del procedimento penale degli enti alla presunzione d'innocenza per come interpretata a Strasburgo, giova anche richiamare la posizione della Corte europea in merito all'utilizzo di presunzioni di fatto e di diritto.

In particolare, la Corte non ritiene *a priori* illegittime siffatte presunzioni di colpevolezza, ma è necessario che si rivelino ragionevoli rispetto alla gravità, rispettose del diritto di difesa e non assolute, ossia tali da consentire una prova liberatoria²⁴⁴. Ma soprattutto la prova liberatoria concessa non deve tradursi in un ribaltamento dell'onere probatorio per l'imputato, dovendo invece essere limitata a un onere di allegazione difensiva diretta a far sorgere nel giudice il dubbio circa la colpevolezza, senza che sia neutralizzata la presunzione d'innocenza, la quale anche nel contesto europeo richiede che sia l'accusa a

²⁴³ Cap. I. par.

²⁴⁴ Nella sentenza *Radio France c. Francia*, ad esempio, la Corte ha ritenuto compatibile con la presunzione d'innocenza di cui all'art. 6 par. 2 la presunzione di responsabilità penale del direttore di una società del settore radiofonico per la diffusione di messaggi diffamatori, a condizione che sia accordata la possibilità di fornire la prova della propria buona fede.

dover dimostrare la fondatezza della richiesta penale, sopportando il rischio della mancata prova²⁴⁵.

Quindi, la Convenzione europea non proibisce le presunzioni sulla colpevolezza *tout court*, a condizione che non pongano l'imputato nella condizione di dover provare la propria innocenza, ribaltando l'onere della prova, poiché evidentemente in tal caso vi sarebbe una violazione del principio sancito dall'art. 6 par. 2.

Risulta, invece, tollerato il c.d. principio di prova dell'innocenza, che consiste in un mero onere di allegazione, e che potrebbe, da questo punto di vista, anche ritenersi sufficiente a "salvare", rispetto al principio di derivazione europea, il paradigma imputativo previsto dall'art. 6 del decreto²⁴⁶.

Spostando lo sguardo sul fronte eurounitario, la presunzione d'innocenza è prevista dall'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. A ben vedere, peraltro, il principio era già stato fatto proprio dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che lo aveva incluso tra i diritti fondamentali dell'Unione.

In particolare, nella sentenza Montecatini SpA del 1999²⁴⁷, la Corte espressamente afferma che la presunzione d'innocenza, per come risulta dall'art. 6 par. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fa parte dei diritti fondamentali oggetto di tutela nell'ordinamento giuridico comunitario.

Per quel che riguarda nello specifico le persone giuridiche, già nel 1989 la Corte, in materia di concorrenza, statuisce che – sebbene non possa riconoscersi in tale contesto a un'impresa il diritto di non testimoniare contro sé stessa – la Commissione, tuttavia, non può imporre ad essa un obbligo di fornire risposte attraverso le quali sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve, invece, essere provata dalla Commissione²⁴⁸.

²⁴⁵ BELLUTA, op. ult. cit., p. 64

²⁴⁶ BELLUTA, op. ult. cit., p. 65

²⁴⁷ Corte Giust., 8 luglio 1999, C-235/92 P

²⁴⁸ Corte Giust., 18 ottobre 1989, 374/87

Non si può, poi, non citare un altro rilevante arresto della Corte di Lussemburgo, in cui si riconosce l'applicazione del principio di personalità della responsabilità penale agli enti.

In una sentenza pronunciata dalla *Grande Chambre* nel 2012, invero, si afferma che, laddove l'impresa «violi le regole dettate in materia di concorrenza, tale entità economica è tenuta, secondo il principio di responsabilità personale, a rispondere dell'infrazione».

Nella causa in discorso, le parti lamentavano una violazione dei diritti fondamentali, tra i quali il diritto alla presunzione di innocenza, avendo il Tribunale applicato una presunzione di colpevolezza²⁴⁹.

La Corte, pur non accogliendo tali censure, sembra riconoscere la presunzione d'innocenza delle imprese, in un ambito, peraltro, quale quello della procedura di infrazione, di natura non penale.

Anche in una sentenza dell'anno precedente, a dire il vero, la Corte di Giustizia fa espresso riferimento alla presunzione di innocenza delle imprese soggette a tale procedura. Afferma, infatti, che la presunzione dell'esercizio effettivo dell'influenza determinante risulta preordinata a raggiungere un equilibrio tra l'esigenza di repressione dei comportamenti contrari alle norme sulla concorrenza e «le esigenze poste da taluni principi generali del diritto dell'Unione come, segnatamente, quelli della presunzione di innocenza, della personalità delle pene e della certezza del diritto, nonché i diritti della difesa...». I giudici di Lussemburgo precisano che proprio in rispetto di tali principi la presunzione è relativa. Peraltro, ritengono il meccanismo legittimo, poiché da un lato se fosse possibile superare la presunzione con semplici affermazioni non comprovate, essa verrebbe privata della sua utilità; dall'altro lato, «una presunzione, anche se difficilmente superabile, resta entro limiti accettabili

²⁴⁹ Corte Giust., 19 luglio 2012, Cause riunite C-628/10P e C-14/11P parr. 42, 107, 108, 113. In particolare si lamentava la illegittimità della presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante derivante dal possesso del 100% delle azioni di una controllata. La Corte riconosce, invece, la legittimità della presunzione *iuris tantum* secondo cui la società madre esercita effettivamente una tale influenza, ritenendo che per la Commissione sia sufficiente provare il possesso dell'intero capitale della controllata, incombindo poi sulla società l'onere di confutare la presunzione (parr. 46, 47).

fintanto che è proporzionata al legittimo scopo perseguito, che esiste la possibilità di apportare la prova contraria e che i diritti della difesa sono garantiti»²⁵⁰.

Si riscontra, in definitiva, nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, un esplicito – benché timido – riconoscimento della presunzione d’innocenza delle persone giuridiche.

A questo punto del discorso, peraltro, non si può non far cenno alle (mancate) previsioni della già esaminata Direttiva 343/2016 «sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali» riguardo agli enti.

Come accennato, infatti, la Direttiva circoscrive l’ambito applicativo alle sole persone fisiche, ritenendo “prematura” una estensione alle persone giuridiche.

In particolare, al Considerando n. 13, si specifica che la Direttiva «prende atto dei diversi livelli ed esigenze di tutela di alcuni aspetti della presunzione di innocenza con riferimento alle persone fisiche e giuridiche» e – se per le persone fisiche la protezione di tale principio rispecchia la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo - «i diritti derivanti dalla presunzione di innocenza non sorgono in capo alle persone giuridiche allo stesso modo rispetto a quanto accade per le persone fisiche».

Aggiunge, poi, il Considerando n. 14 che «allo stato attuale di sviluppo del diritto e della giurisprudenza in ambito nazionale e di Unione, appare prematuro legiferare a livello di Unione sulla presunzione d’innocenza con riferimento alle persone giuridiche»; pertanto, si esclude l’applicazione della direttiva in discorso ai soggetti collettivi, pur facendo «salva l’applicazione alle persone giuridiche della presunzione di innocenza come sancita, in particolare, nella CEDU e come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo e dalla Corte di giustizia».

Infine, il Considerando n. 15 si sofferma sulla esigenza, comunque, che la presunzione d’innocenza delle persone giuridiche sia protetta, riservandosi l’Unione di valutare, sulla base dell’evoluzione delle garanzie previste dalle normative e dalla giurisprudenza, se si renda necessario un suo intervento.

²⁵⁰ Corte Giust., 29 settembre 2011, C-521/09 P, parr. 59-62

Peraltro, come rilevato dalla dottrina, l'esclusione appare contraddittoria, se si considera che «proprio la legislazione europea ha agito da stimolo per l'estensione alle persone giuridiche della responsabilità per fatti di reato»²⁵¹.

Quella che poteva essere l'occasione per una soluzione *tranchant*, è stata, invece, un'occasione mancata, che ha segnato come «l'approccio dell'Unione a tematiche così rilevanti appare ancora timido, condizionato da una visione del processo sbilanciata sul versante dell'efficienza a detrimento delle garanzie»²⁵².

Una timidezza, del resto, che può essere giustificata a livello europeo, ove si pongono, per esigenze di armonizzazione, garanzie minime che spetta agli Stati completare.

Invero, se il Parlamento spingeva per l'inclusione delle persone giuridiche nell'ambito della Direttiva, sottolineando come il diritto penale europeo già prendesse in considerazione i soggetti collettivi e dettasse sanzioni contro di queste²⁵³, il Consiglio e la Commissione si opposero a tale richiesta²⁵⁴ proprio sulla base dell'esigenza di dettare norme minime di armonizzazione.²⁵⁵

Allora, sarebbe stato auspicabile che il legislatore nazionale, nel recepimento della Direttiva, superasse tale limite²⁵⁶.

Il recepimento italiano, infatti, come noto, avvenne nel 2021, a vent'anni di vita del procedimento *de societate*, in un contesto ormai “maturo” per l'espresso riconoscimento della presunzione d'innocenza agli enti.

Ma così non è stato.

Il d. lgs. 188/2021, infatti, conferma la limitazione dell'applicazione alle persone fisiche indagate o imputate²⁵⁷. Una limitazione che perde la sua

²⁵¹ LASAGNI, *Processo penale, diritto amministrativo punitivo e cooperazione nell'unione europea, Diritto penale e processo oggi*, Noto, 2015, p. 145

²⁵² MAZZA, *Una deludente proposta in tema di presunzione d'innocenza*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 730

²⁵³ Motivazione dell'emendamento 7, *Draft Report* della Commissione LIBE, PR/1046771EN

²⁵⁴ Doc. Consiglio UE, 11112/15, p. 4, nota 1.

²⁵⁵ Cfr. in argomento DELLA TORRE, op. ult. cit., p. 1849

²⁵⁶ LASAGNI, op. ult. cit., p. 146

²⁵⁷ Art. 1

originaria ragion d'essere nel nostro ordinamento, ove è espressamente prevista la sottoposizione della persona giuridica a procedimento penale²⁵⁸.

Se, quindi, la delusione suscitata dalla Direttiva era superabile e comprensibile, non altrettanto lo è quella derivante dalla disciplina interna di recepimento.

Un riferimento alle persone giuridiche si sarebbe rivelato una preziosa conferma del riconoscimento della presunzione d'innocenza all'ente-imputato.

È stato altresì osservato come l'assenza di ogni riferimento alle persone giuridiche possa tradursi in un disincentivo agli investimenti esteri nel nostro Paese, scoraggiati «soprattutto a causa delle anticipazioni mediatiche, spesso in violazione del principio di non colpevolezza»²⁵⁹.

Un altro aspetto della direttiva da prendere in considerazione è il suo ambito *ratione materiae*, limitato al procedimento penale²⁶⁰.

Anche qui, peraltro, si registra una diversità di posizioni tra le Istituzioni europee: il Parlamento, per evitare “truffe delle etichette”, proponeva l'espressa estensione dell'ambito operativo ai «procedimenti analoghi di natura penale che conducono a sanzioni comparabili di tipo punitivo e dissuasivo» nonché di valorizzare gli *Engel criteria*²⁶¹; il Consiglio e la Commissione, di contro, si opponevano ritenendo da un lato superflua la precisazione, attesa l'affermazione della nozione autonoma di “procedimento penale” nel contesto europeo²⁶², e dall'altro rischiosa la codificazione di un orientamento giurisprudenziale²⁶³.

Ma, comunque, si deve guardare al Considerando n. 11, che puntualizza che la Direttiva si applica ai procedimenti penali per come intesi nella giurisprudenza

²⁵⁸ CANESCHI, *Processo penale mediatico e presunzione di innocenza: verso un'estensione della garanzia?*, in *Arch. Pen. (web)*, 2021, p. 12, nota 31

²⁵⁹ Osservatorio UCPI sull'informazione giudiziaria, Note sullo “Schema di decreto recante disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della Direttiva UE 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali”, in www.dirittodidifesa.eu, 28 settembre 2021

²⁶⁰ Art. 2

²⁶¹ *Orientation vote LIBE*, considerando 6, in doc. Consiglio UE, 8097/15, pp. 18-19

²⁶² Doc. Consiglio UE, 11112/15, p. 4, nota 2

²⁶³ Doc. Consiglio UE, 10131/15, p. 54

della Corte di Giustizia e fatta salva la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Anche su questo punto si registra un passivo recepimento della normativa interna.

Ultimo aspetto della Direttiva da considerare, attinente alle problematiche che si stanno esaminando, è il Considerando n. 22, in tema di presunzioni di fatto o di diritto. La disposizione, riprendendo la giurisprudenza di Strasburgo sopracitata – dopo aver ribadito che la prova della colpevolezza incombe sulla pubblica accusa, e che la presunzione d'innocenza risulterebbe violata nel caso in cui l'onere della prova fosse trasferito sulla difesa – fa salve le presunzioni di fatto o di diritto sulla responsabilità penale di un indagato o un imputato, a condizione che siano confinate entro limiti ragionevoli, tengano conto dell'importanza degli interessi in gioco, preservino i diritti della difesa e siano ragionevolmente proporzionati allo scopo legittimo perseguito.

CAPITOLO III

LA PRESUNZIONE D'INNOCENZA DELL'ENTE COME REGOLA DI GIUDIZIO

1. I criteri di imputazione soggettiva dell'illecito amministrativo dipendente da reato

Gli articoli 6 e 7 del decreto si occupano dei criteri soggettivi di imputazione dell'illecito nei confronti dell'ente.

Secondo il paradigma ascrittivo “a doppio scatto”²⁶⁴, essi «mirano ad individuare le condizioni alle quali la commissione del reato da parte di una persona fisica impegni la responsabilità dell'ente sul piano della colpevolezza»²⁶⁵.

Invero, tali condizioni costituiscono la diretta proiezione del principio di colpevolezza e, quindi, rappresentano il tassello essenziale per poter ritenere il modello di responsabilità coerente coi capisaldi della responsabilità penale²⁶⁶.

Si è visto come il principio di colpevolezza assuma qui le vesti della c.d. colpa di organizzazione, una colpa propria e originaria dell'ente, nata proprio allo scopo di tipizzare i criteri di imputazione della responsabilità nelle organizzazioni complesse²⁶⁷.

Tale colpa organizzativa si declina diversamente in base alla qualifica rivestita dalla persona fisica autrice del reato, assumendo contenuti differenziati a seconda che a commettere il reato presupposto sia un soggetto apicale ovvero un soggetto subordinato.

²⁶⁴ DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, 2012, p. 309

²⁶⁵ DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 203

²⁶⁶ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pp. 146-147

²⁶⁷ PALIERO, *La colpa di organizzazione – 1° parte*, cit.

La previsione del requisito della colpa di organizzazione anche in relazione agli apici, a dire il vero, non compare nella legge delega n. 300 del 2000, né figura nella Convenzione OCSE da cui la prima trae ispirazione.

In effetti, le fonti citate, risultano imperniate sul principio della immedesimazione organica, finendo per far propria l'idea che la responsabilità da *culpa in vigilando* sia necessaria con riferimento a soggetti subordinati, meri esecutori materiali della volontà dei vertici, e non anche con riferimento a chi tale volontà contribuisce a formare²⁶⁸. La legge delega e gli strumenti internazionali, come messo in luce dalla dottrina, limitandosi a richiedere che la commissione del reato sia stata resa possibile da un difetto di direzione o di vigilanza esclusivamente in relazione ai sottoposti e non anche agli apici, pare legittimare «la diretta affermazione della responsabilità dell'ente, sulla base dei postulati della teoria dell'immedesimazione organica»²⁶⁹.

Il decreto, invece, ferma restando la pacifica e indiscussa sagomatura del modello della colpa organizzativa richiesta ove il reato sia commesso dai soggetti in posizione subordinata, estende tale requisito, *mutatis mutandis*, anche ai vertici. Invero, il legislatore delegato, rifiuta di fondare la responsabilità dell'ente per le condotte illecite dei soggetti apicali sulla base del solo parametro oggettivo dell'interesse o del vantaggio, ritenendo necessario quale *quid pluris* la mancata adozione di idonei modelli preventivi, in modo da poter muovere alla *societas* un rimprovero di colpevolezza²⁷⁰.

La preoccupazione che ha indirizzato il legislatore delegato verso una estensione della colpa organizzativa risiede nella consapevolezza della struttura complessa e frammentata della moderna realtà d'impresa e del suo policentrismo decisionale, tali da non consentire, talvolta, di ricondurre la risoluzione criminosa alla diretta “volontà” dell'ente²⁷¹.

²⁶⁸ DI GIOVINE, op. ult. cit., p. 205

²⁶⁹ FLICK, *Le prospettive di modifica del d. lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in *Riv. soc.*, 2010, 06, p. 1294.

²⁷⁰ RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente*, cit., p. 194

²⁷¹ DE VERO, op. ult. cit., p. 168

Se, quindi, da un lato, il legislatore delegato ha rinunciato a configurare una responsabilità “di rimbalzo”²⁷², interamente basata sul principio di immedesimazione organica, dall’altro lato si mostra consapevole del fatto che la citata frammentarietà decisionale rappresenta solamente una eventualità in un panorama, come quello italiano, costellato da piccole e medie imprese dalla struttura semplice. In quest’ottica, dunque, differenzia il paradigma imputativo previsto per i soggetti apicali rispetto al caso di reato commesso dai dipendenti, delineando una previsione, quella di cui all’art. 6, di non agevole lettura, che deriva verosimilmente dalla volontà del legislatore di coniugare il c.d. principio di identificazione con il principio della colpa di organizzazione, portandolo a inoltrarsi «su di uno strettissimo sentiero pressoché inagibile»²⁷³.

In particolare, prendendo le mosse proprio dal caso di reato commesso dai vertici, la norma di riferimento è l’art. 6, comma 1, ai sensi del quale «l’ente non risponde se prova» la concorrenza delle condizioni in esso indicate.

Innanzitutto, oggetto della “prova” dell’ente è l’adozione ed efficace attuazione da parte dell’organo dirigente, prima della commissione del fatto, di modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

I *compliance programs* fungono da “architrave” del sistema delineato dal d. lgs. 231, in quanto non solo rappresentano il fulcro dei meccanismi premiali in precedenza sommariamente richiamati, ma incidono, altresì, sulla stessa conformazione dell’illecito, costituendo «la trama normativa su cui si innesta l’eventuale rimprovero all’ente per il difetto di organizzazione»²⁷⁴.

I requisiti di massima dei modelli sono indicati dal comma 2 dell’art. 6, ai sensi del quale il modello predisposto dall’ente deve: effettuare la c.d. mappatura dei rischi criminali, ossia individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; prevedere dei protocolli specifici volti a programmare la formazione e l’attuazione delle decisioni dell’ente in relazione ai reati da

²⁷² DI GIOVINE, op. ult. cit., p. 207

²⁷³ DE VERO, op. ult. cit., p. 188

²⁷⁴ GULLO, *I modelli organizzativi*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti*, vol. I, cit., p. 241

prevenire; individuare modalità di gestione dei flussi finanziari idonee ad impedire la commissione dei reati; prevedere flussi informativi nei confronti dell'Organismo di vigilanza; introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate.

Il modello deve essere, poi, efficacemente ed effettivamente attuato: non è sufficiente che sia formalmente adottato, essendo altresì necessario che sia applicato e rispettato. Il fenomeno da scongiurare è quello della c.d. *cosmetic compliance*, vale a dire di modelli solo “di facciata”²⁷⁵, cui non segua una concreta implementazione.

Ulteriori condizioni attengono all'affidamento del compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento all'organismo di vigilanza, un organismo dell'ente con autonomi poteri di iniziativa e controllo, nonché alla sufficiente vigilanza da parte di tale organismo. Tali previsioni mirano a garantire l'effettività della implementazione dei modelli²⁷⁶.

Infine, ulteriore requisito è l'elusione fraudolenta del modello da parte degli autori del reato.

La colpevolezza dell'ente, dunque, è esclusa se questo è in grado di dimostrare un comportamento «fraudolento e subdolo» del reo, che abbia eluso le misure organizzative e di prevenzione adottate dalla *societas* volte a scongiurare il rischio di commissione di reati²⁷⁷.

La giurisprudenza ha precisato i contorni del concetto di “elusione fraudolenta”, sposando un approccio oggettivistico, che non si basi, dunque, sulla intenzionalità elusiva dell'apicale, bensì su una condotta oggettivamente subdola o decettiva diretta verso l'ente. L'elusione del modello, perché possa importare l'esenzione dalla responsabilità, inoltre, ad avviso dei Giudici di legittimità, «non può consistere nella mera violazione delle prescrizioni

²⁷⁵ GULLO, op. ult. cit., p. 253

²⁷⁶ NITTI, *I criteri di imputazione della responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2019, n.4, p. 62

²⁷⁷ SANTORIELLO, *Qualche precisazione (controcorrente) sulla nozione di elusione fraudolenta*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2018, n. 3

contenute nel modello» ma deve tradursi in «una condotta di “aggiramento”, che testimoniarebbe, di riflesso, la tenuta e l’adeguatezza del modello»²⁷⁸.

Affinché sia integrato il requisito dell’elusione fraudolenta con conseguente esonero della responsabilità della *societas*, è necessario che «la condotta dell’organo apicale rappresenti una dissociazione dello stesso dalla politica d’impresa» e, che, pertanto, il reato costituisca «il prodotto di una scelta personale ed autonoma della persona fisica, realizzata non già per effetto di inefficienze organizzative, ma, piuttosto, nonostante un’organizzazione adeguata, poiché aggirabile, appunto, soltanto attraverso una condotta ingannevole»²⁷⁹.

Quanto al requisito dell’”idoneità” dei modelli, si segnala, peraltro, un infelice orientamento giurisprudenziale che, basandosi sulla logica del *post hoc propter hoc*, tende a desumere l’inidoneità dei modelli, per così dire, “a ritroso”, vale a dire a partire dalla constatazione della avvenuta commissione del reato presupposto²⁸⁰.

Per quanto concerne, invece, i soggetti sottoposti, l’art. 7 aggiunge espressamente un ulteriore elemento affinché possa muoversi un rimprovero all’ente: «l’ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall’inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza».

Siffatto requisito aggiuntivo si spiega agevolmente sulla base della considerazione che – come esplicitamente fatto presente nella *Relazione* – la commissione di reati da parte dei soggetti subordinati risulta «statisticamente più rara e comunque suscettibile di determinare un giudizio di minore riprovazione nei confronti del soggetto collettivo»²⁸¹.

²⁷⁸ Si deve considerare che il requisito dell’elusione fraudolenta è posto dalle Linee Guida di Confindustria quale parametro per l’individuazione di una soglia di rischio accettabile ai fini della costruzione del sistema di controllo interno. In particolare, nei reati dolosi, la soglia di accettabilità è rappresentata da un «sistema di prevenzione tale da non poter essere aggirato se non *fraudolentemente*» (p. 40).

²⁷⁹ Cass., Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401

²⁸⁰ DI GIOVINE, op. ult. cit., p. 219

²⁸¹ *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231/2001*

Completa la norma il comma 2, introducendo anche qui un elemento presuntivo, in questo caso di segno negativo: «in ogni caso è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi».

Posto che l'adozione del modello non integra, quantomeno in termini giuridici, un vero e proprio obbligo per le imprese, non è possibile ritenere che dalla mancanza o l'inidoneità del modello possa desumersi l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza: al contrario, il decreto prevede che l'inosservanza sia *esclusa* in presenza di una tempestiva ed efficace attuazione del modello²⁸².

In definitiva, l'adempimento del dovere organizzativo attraverso la predisposizione di un modello organizzativo efficacemente attuato e funzionante costituisce un elemento presuntivo di esclusione della responsabilità, che, ove presente, preclude la possibilità di agire contro il soggetto collettivo, quand'anche fossero ravvisabili condotte inosservanti degli obblighi di direzione e vigilanza da parte dei soggetti apicali²⁸³.

Come da ultimo precisato dalla giurisprudenza, infatti, la violazione di tali obblighi da parte dei vertici «ha la funzione di assicurare che il reato del sottoposto metta radici nella colpa di organizzazione dell'ente; tanto che ove sia stato adottato un idoneo modello di organizzazione e gestione e lo stesso sia stato anche efficacemente attuato, la violazione degli obblighi di controllo e di gestione perde la sua valenza indiziaria e degrada a fatto dell'apicale non espressivo della colpa organizzativa dell'ente»²⁸⁴.

Risulta evidente, in ogni caso, la centralità dei modelli di organizzazione, gestione e controllo che, se adottati *ex ante*, non solo fungono da scriminanti,

²⁸² NITTI, op. ult. cit., p. 66

²⁸³ CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 17, per il quale quella esposta rappresenta l'unica soluzione ermeneutica resa possibile dalla formulazione dell'art. 7, comma 2, «a meno di ritenere [...] che ogni violazione dei doveri di direzione o vigilanza configuri, di per sé, un'ipotesi di “inefficace attuazione” del modello, che inibisce a monte l'operatività della causa di esclusione».

²⁸⁴ Cass., Sez. IV, 21 settembre 2022, n. 34943

ma rappresentano altresì delle prove precostituite circa l'assenza di agevolazione da parte della *societas* del fatto criminoso posto in essere dall'*intraeus*²⁸⁵.

Constatato, allora, che il “nucleo profondo” dell'imputazione orbita attorno alla presenza e all'idoneità preventiva dei *compliance programs*, occorre soffermarsi sulla ripartizione degli oneri probatori tra accusa e difesa²⁸⁶.

2. Il paradigma imputativo ex art. 6, comma 1, del d. lgs. 231/2001. Profili di tensione con il principio costituzionale: un'inversione dell'onere della prova?

Dall'esame degli artt. 6 e 7 del decreto si può constatare come la qualifica soggettiva dell'*intraeus* autore del reato incida sulla costruzione dei criteri soggettivi di ascrizione dell'illecito, venendo la colpa di organizzazione declinata in maniera differente a seconda del ruolo rivestito dal soggetto. Invero, «solo la commissione del reato ad opera di un soggetto in posizione apicale può giustificare la presunzione di colpevolezza del soggetto collettivo: il vertice, non il subordinato, è presuntivamente rappresentativo della politica aziendale»²⁸⁷.

Di talché, è possibile cogliere anche i riflessi pratici di tale differenziazione, posto che, come acutamente osservato, «ascrivere l'autore del reato alla prima o alla seconda categoria è operazione dalla quale derivano fondamentali conseguenze sul versante processuale»²⁸⁸.

Nell'ipotesi di reato commesso dagli apicali, sebbene all'ente sia contestato un illecito basato sulla sua colpa organizzativa, infatti, non pare contemplato per l'accusa alcun onere dimostrativo, mentre la disposizione richiede che sia l'ente a discolarsi²⁸⁹.

²⁸⁵ PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 59

²⁸⁶ BELLUTA, *L'ente incolpato*, cit., p. 79

²⁸⁷ CHIMICHI, *Processo penale a carico degli enti: il quantum della prova della colpa di organizzazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004

²⁸⁸ PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 60-61

²⁸⁹ FIORIO, *Presunzione di non colpevolezza e onere della prova*, in *Aodv231.it*, 2015, p. 3

Più precisamente, l'art. 6 del d. lgs. 231/2001 sembra porre un onere probatorio in capo all'ente: con le parole «l'ente non risponde se prova che...» sembra, cioè, richiedere all'ente di provare la propria innocenza, se vuole “non rispondere”.

Diverso, invece, il quadro che si ricava dall'art. 7, ove l'onere di provare la mancata adozione o attuazione del modello è esplicitamente posta sull'accusa: «a differenza che nel caso di reato commesso da persona in ruolo apicale, qui l'onere di provare la mancata adozione ovvero la mancata attuazione del modello da parte dell'ente (grava) sull'accusa. La ragione è chiara (*nulla poena sine culpa*) e – lo si ribadisce – discende dalla gravità delle conseguenze suscettibili di prodursi in capo all'ente sul piano sanzionatorio»²⁹⁰.

Quindi, in questo caso, è chiaramente previsto che la pubblica accusa non possa limitarsi a provare la commissione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente, ma debba altresì dare prova della *culpa in vigilando*.

Il problema maggiore, dunque, concerne la posizione processuale dell'ente nel caso di reati commessi da soggetti apicali.

Riflettendo sui profili probatori delineati dalla disciplina, è stato posto in luce come «non ci si limita a sfruttare le risorse cognitive del processo penale, ma ci si spinge fino a concepire dinamiche probatorie (con le conseguenti ricadute sul piano della decisione) del tutto peculiari, perché fondate su meccanismi che sembrano costruiti in modo tale da facilitare l'esercizio della potestà punitiva sul piano probatorio, rendendo così più probabili le condanne»²⁹¹.

L'elenco dei *facta probanda* di cui all'art. 6 fa riferimento «a due piani ben distinti, forzatamente inseriti in un unico contesto», prevedendo, da una parte, la dimostrazione dell'adozione e dell'efficace attuazione di un modello organizzativo idoneo, e dall'altra parte, in aggiunta, la mancanza della *culpa in vigilando* dell'organismo preposto al controllo e la fraudolenta elusione da parte dell'autore de reato. Attraverso questa prova liberatoria costruita ad “imbuto”,

²⁹⁰ *Relazione*, cit.

²⁹¹ PAULESU, *L'accertamento della responsabilità «penale» degli enti: riflessioni in tema di dinamiche probatorie e regole decisorie*, in *Responsabilità da reato degli enti. Un consultivo critico*, a cura di BORSARI, Padova, 2016, p. 418,

invero, il rischio è che «il grappolo dei fatti sintomatici dell'assenza di colpa nella organizzazione o nella vigilanza [rimanga] imbrigliato nella strettoia della prova positiva in tema di elusione fraudolenta»²⁹².

L'art. 6, comma 1, sembrerebbe, dunque, introdurre una presunzione relativa di colpevolezza dell'ente nel caso di reato commesso dai vertici.

Ci si deve interrogare, allora, sulla legittimità di una simile previsione alla luce della presunzione di non colpevolezza dell'imputato, poiché – benché la presunzione introdotta dal legislatore sia empiricamente fondata – risulta innegabile la compressione della presunzione d'innocenza che deriverebbe da una interpretazione letterale della disposizione.

In base alla lettera dell'art. 6, sarebbe sufficiente la commissione di un fatto di reato nell'interesse o a vantaggio del soggetto collettivo per ritenere sussistente la sua responsabilità, a meno che l'incolpato non sia in grado di provare la presenza dei fatti impeditivi indicati dalla norma, e senza, peraltro, che il dubbio su di essi possa giovare all'ente-imputato²⁹³.

Ora, è evidente che se effettivamente l'art. 6 comportasse un'inversione dell'onere della prova a carico dell'ente, senza la possibilità di risolvere l'eventuale dubbio processuale a suo favore, la previsione sarebbe incostituzionale.

La regola di giudizio che discende dall'art. 27, comma 2, Cost. impone di risolvere l'incertezza processuale in favore dell'imputato, prosciogliendolo ogni qual volta la sua colpevolezza non sia pienamente accertata²⁹⁴.

In base alla richiamata interpretazione letterale, invece, l'ente sarebbe chiamato a provare – attraverso le condizioni previste dall'art. 6 – la propria innocenza, che diverrebbe così *thema probandum*.

A ciò si aggiunga che una simile lettura finirebbe per incentivare prassi abusive basate su contestazioni strumentali.

²⁹² AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 323

²⁹³ DI BITONTO, *Studio*, cit., pp. 65-66

²⁹⁴ Cfr. Cap. I, par. 5

Invero, non si può negare il rischio che l'accusa, anche in assenza di una precisa individuazione dell'autore del reato, contesti all'ente un illecito asseritamente commesso da un soggetto apicale al solo fine di usufruire della applicazione del regime probatorio agevolato delineato dall'art. 6.

Infatti, considerata la già citata marginalizzazione del dibattito, si apre la possibilità per il pubblico ministero di agire nei confronti del soggetto collettivo asserendo che il fatto di reato sia stato commesso da soggetti apicali, anche laddove manchino elementi in grado di sostenere tale assunto in dibattito, stringendo l'ente in una morsa. In effetti, la disposizione si presta a facili strumentalizzazioni posto che l'accusa, in base al principio di autonomia della responsabilità dell'ente *ex art. 8*, a prescindere dalla individuazione dell'autore del reato, può «artatamente contestare l'illecito amministrativo all'ente al fine di ottenere comunque una condanna sul medesimo fatto storico»²⁹⁵.

In definitiva, di fronte all'impossibilità di identificare la persona fisica che ha commesso il reato, si offre l'opportunità per il pubblico ministero di aggirare il problema contestando comunque il reato alla persona giuridica, supponendo la qualifica di vertice dell'autore del reato, profittando così dell'inversione dell'onere della prova prevista in tale ipotesi²⁹⁶.

Trattasi di un *escamotage* che sembra scontrarsi con la filosofia di fondo del d. lgs. 231/2001, che richiede un accertamento quanto più approfondito degli elementi costituenti la responsabilità da reato dei soggetti collettivi.

Ciò detto, occorre prendere atto del fatto che l'interpretazione letterale della disposizione, incompatibile con la presunzione di non colpevolezza, sembra piuttosto sedimentata nella giurisprudenza di merito.

²⁹⁵ PAULESU, *Responsabilità «penale» degli enti e regole di giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 844, che rileva altresì come «la mancata identificazione della persona fisica riduca sensibilmente le probabilità che l'ente riesca a dimostrare che quest'ultima ha fraudolentemente eluso i modelli organizzativi».

²⁹⁶ BERNASCONI, *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, Milano, 2008, pp. 963-964

Si rinvengono diverse pronunce che, sulla scia della lettera dell'art. 6, ne confermano la portata, prevedendo un vero e proprio onere probatorio a carico dell'ente.

Si è così affermato che «sulla difesa incombe l'onere della prova non solo della idoneità del modello adottato, ma anche della sua efficace attuazione e tale onere [...] non può ritenersi assolto mediante la mera allegazione della disponibilità alla produzione in giudizio dei modelli organizzativi»²⁹⁷.

In altro caso, si asserisce che sarebbe “incontroverso” il fatto che in caso di reato commesso da soggetti apicali sia l'ente a dover fornire la prova dell'assenza della sua colpa organizzativa; di talché, l'assoluzione «si impone solo in caso di dubbio sulla commissione del reato da parte dei vertici nell'interesse o a vantaggio dell'ente, ma non in caso di dubbio sulla idoneità o efficace implementazione dei modelli organizzativi».

Al cospetto di una previsione così interpretata, peraltro, escludono l'illegittimità costituzionale della previsione di cui all'art. 6 – dichiarandola irrilevante e manifestamente infondata – sulla base della considerazione che le condizioni in essa previste non costituiscono elementi costitutivi della responsabilità degli enti, avendo esclusivamente una valenza esimente di una fattispecie già integrata e completa in tutti i suoi elementi costitutivi²⁹⁸.

In una ulteriore ed inequivoca pronuncia di merito sul punto si asserisce espressamente che «l'enunciato normativo è esplicito nel prevedere che tutte le concorrenti condizioni contemplate nelle lettere a), b), c) e d) dell'art. 6, I comma, idonee ad esentare l'ente da responsabilità, siano oggetto di un onere della prova a carico dell'interessato (“l'ente non risponde se prova”))» e si fa menzione di una «esplicita previsione dell'inversione dell'onere della prova»²⁹⁹. Anche la giurisprudenza amministrativa si esprime in termini di un onere della prova per l'ente, affermandosi che la responsabilità *ex delicto* degli enti si basa

²⁹⁷ G.i.p. Trib. Milano, 3 gennaio 2011

²⁹⁸ Trib. Milano, 3 novembre 2010, in *Diritto Penale Contemporaneo*, con nota di SCOLETTA

²⁹⁹ G.i.p., Trib. Napoli, ordinanza applicativa della misura cautelare interdittiva e sequestro preventivo, 26 giugno 2007

sul rapporto di immedesimazione organica e può essere evitata solamente ove l'ente fornisca la prova dell'adozione di misure organizzative idonee³⁰⁰.

Insomma, la giurisprudenza di merito appare orientata nel senso di pretendere la prova da parte dell'ente della predisposizione *ante delictum* di un idoneo *compliance program*, oltre che l'elusione fraudolenta da parte dei vertici autori del reato presupposto³⁰¹.

Appurato che se tale fosse la lettura da effettuare, la norma risulterebbe a tutti gli effetti incompatibile con l'art. 27, comma 2, Cost., e, quindi, incostituzionale, sorge la necessità di una diversa lettura, in grado di garantire il rispetto della Costituzione.

Infatti, gli interpreti sono tenuti ad assicurare il rispetto delle norme costituzionali e sovranazionali, attraverso la c.d. interpretazione conforme³⁰², ossia lo sforzo esegetico che consente di attribuire alle norme un significato compatibile con i principi ivi espressi. Ogni volta in cui è possibile attribuire più di un significato ad una disposizione, l'interprete deve preferire quello che meglio si accorda con la Costituzione, "salvando" il suo testo da una dichiarazione di incostituzionalità³⁰³: solo laddove non sia possibile nessuna interpretazione *secundum constitutionem* la previsione legislativa può dirsi incostituzionale³⁰⁴.

Si impone, allora, la ricerca di una lettura conforme alla Carta costituzionale, nonché alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che consenta di ridurre la portata dell'articolo, e, quindi, del *quantum* di prova richiesto all'ente.

A riscontro dei profili di criticità della lettera dell'art. 6, comma 1, si segnala lo *Schema di disegno di legge di modifica del decreto legislativo 8 giugno 2001,*

³⁰⁰ TAR Trentino Alto Adige, Trento, Sez. I, 2 novembre 2011

³⁰¹ Cfr. Trib. Bari, 18 aprile 2005; Trib. Milano, 20 marzo 2007; Trib. Milano, 17 novembre 2009

³⁰² SCIARABBA, *L' "interpretazione conforme" tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 14 maggio 2019, p. 1

³⁰³ BIFULCO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2018, p. 245

³⁰⁴ L'onere dei giudici di ricercare una interpretazione conforme alla Costituzione è sancito nella prima volta in Corte cost., 19 luglio 1989, n. 456

n. 231 che propone una nuova formulazione della norma³⁰⁵, in grado di superare tali questioni interpretative, eliminando ogni riferimento ad una inversione dell'onere della prova in caso di reato commesso dagli apicali.

A ogni modo, *de iure condito*, sul tema si contrappongono tesi opposte: alla posizione di chi, seguendo la lettera dell'art. 6, esclude che il dubbio sulle condizioni indicate dall'articolo in discorso porti all'assoluzione dell'ente, si contrappone quella di coloro che – attraverso la sola lettura che consente di affermare la compatibilità dell'art. 6 con la Carta costituzionale – ritengono che l'incertezza processuale vada sempre risolta a favore dell'imputato, persona fisica o giuridica che sia.

Per poter affrontare il discorso occorre preliminarmente qualificare in termini giuridici la fattispecie prevista dall'art. 6, ripercorrendo le diverse ricostruzioni offerte dalla dottrina.

Si tratta innanzitutto di stabilire se la fattispecie integra un fatto costitutivo della responsabilità da reato dell'ente, ovvero un fatto impeditivo la cui presenza impedisce di ritenere sussistente suddetta responsabilità.

Si deve partire dal presupposto che alla base della formulazione dell'art. 6 vi era proprio lo sforzo di assicurare la compatibilità con l'art. 27 Cost., rispettando

³⁰⁵ Proposta di legge 3640 del 19 luglio 2010, che all'art. 1 prospetta una nuova formulazione dell'art. 6, comma 1: «Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), *l'ente risponde se*:

- a) l'organo dirigente non ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento non è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, nonché di mezzi, anche finanziari, adeguati;
- c) l'organismo di vigilanza di cui alla lettera b) non ha correttamente esercitato tale vigilanza e cura;
- d) le persone hanno commesso il reato senza aver eluso fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione».

tutti i principi che informano il diritto penale, a partire dal principio di colpevolezza³⁰⁶.

Il legislatore delegato, pertanto, inserisce l'illecito della *societas* nel contesto di una colpa di organizzazione, collocando il mancato adempimento del dovere organizzativo tra gli elementi fondanti la colpevolezza, come criterio soggettivo di ascrizione della responsabilità all'ente³⁰⁷.

Ma, attraverso tale lettura, che inquadra la fattispecie in termini di fatto costitutivo dell'illecito, la norma risulterebbe incompatibile con la presunzione d'innocenza, ponendo sull'imputato la prova di un elemento costitutivo³⁰⁸. Invero, considerare la colpa di organizzazione un elemento costitutivo dell'illecito ascritto all'ente richiederebbe che questa fosse provata dall'accusa «sino all'ultima molecola»³⁰⁹.

La dottrina, quindi, pur riconoscendo il ruolo fondante dei modelli organizzativi per la colpevolezza dell'ente, data l'inconciliabilità con la presunzione di non colpevolezza della prova da parte dell'imputato di un elemento costitutivo, ha tentato di inquadrare la fattispecie di cui all'art. 6 in termini diversi.

In particolare, parte della dottrina ha ricondotto la fattispecie ad una scriminante; più precisamente, è stata delineata la figura di una “scriminante *sui generis*” poiché se da un lato si è riscontrata la presenza di un meccanismo simile a quello delle cause oggettive di esclusione del reato, dall'altro lato il verificarsi delle condizioni delineate dall'articolo non esclude l'applicazione della confisca³¹⁰.

Secondo altra impostazione dottrinale, l'art. 6 prevede «un paradigma di colpevolezza, per il vertice societario, costruito negativamente, alla stregua cioè di una *scusante* con inversione dell'onere della prova a carico dell'ente»³¹¹. Invero, se ne è sostenuta la natura di scusante, vale a dire di una causa di

³⁰⁶ *Relazione*, cit., p. 139

³⁰⁷ RENZETTI, op. ult. cit., p. 194

³⁰⁸ RENZETTI, op. ult. cit., p. 195

³⁰⁹ FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *dir. pen. proc.*, 2016, p. 707

³¹⁰ PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., pp. 57-58

³¹¹ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. 231/2001)*, p. 2052

esclusione della colpevolezza dell'ente, quella colpevolezza normativa che il legislatore ha previsto per la *societas* in caso di reati commessi dai soggetti apicali³¹².

L'ente, cioè, per evitare la condanna, dovrebbe dimostrare l'assenza di una "colpevolezza propria" (*id est*: della colpa di organizzazione) costruita negativamente in termini di scusante³¹³, attraverso la prova di quanto previsto dalla norma in esame.

Altra via percorsa in dottrina sta nel configurare la fattispecie di cui all'art. 6 come una causa di esclusione della punibilità, in quanto incidente sulla pena e non anche sull'illecito. L'inversione dell'onere della prova, invero, collocherebbe l'adozione dei modelli di organizzazione e gestione «al di fuori dei presupposti positivi di attribuzione della responsabilità» in caso di reato commesso dagli apicali: solo così può risultare legittima l'inversione operata dal legislatore³¹⁴. In effetti, in tal modo si spiega il permanere della confisca nei confronti dell'ente in presenza degli elementi richiesti dalla norma, che dipende, appunto, dal fatto che tali adempimenti incidano solo sulla sanzione e non anche sulla responsabilità³¹⁵.

³¹² DE VERO, op. ult. cit., p. 180, che aggiunge come «la struttura di tale scusante è stata appesantita in modo tale da risultare di verifica quanto mai improbabile e in ogni caso suscettibile di critiche di vario segno»; si esprime in termini di scusante anche CHIMICHI, *Processo penale a carico degli enti: il quantum della prova della colpa di organizzazione*, cit.

³¹³ DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, p. 392. L'orientamento *de quo* appare condiviso da vasta dottrina: cfr. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1117; PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 598

³¹⁴ PULITANÒ, *Criteri d'imputazione all'ente della responsabilità "da reato"*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di SPAGNOLO, 2006, p. 31

³¹⁵ PULITANÒ, *loc. ult. cit.*; cfr., sul punto, anche COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 103, che, al fine di giustificare la permanenza della confisca, parla di una causa di esclusione della sanzionabilità ad effetti limitati.

Un'ulteriore soluzione è ravvisata nella lettura dell'insieme delle condizioni elencate dall'art. 6 come una causa di esclusione del nesso di immedesimazione organica³¹⁶. Peraltro è stato messo in luce come tale impostazione finisca per negare la sussistenza di un "fatto proprio" dell'ente³¹⁷.

Ad ogni buon conto, nessuna delle summenzionate tesi pare aver riscontrato grande favore o, comunque, si è definitivamente affermata.

Infine, vale la pena accennare ai risvolti pratici della questione, che, lungi dall'essere meramente teorica, riversa i suoi effetti in tutta la dinamica processuale.

La posizione di svantaggio in cui l'art. 6, comma 1, colloca l'ente ha dirette conseguenze, confermate dai dati empirici, sulle strategie processuali dei soggetti collettivi, spesso indotti a preferire «ad un processo fitto di incognite e dagli epiloghi decisori incerti la più rassicurante e vantaggiosa (in termini di benefici sanzionatori) prospettiva del patteggiamento». L'ente, invero, risulta "disincentivato" all'adozione dei modelli organizzativi e gestionali, poiché «comunque troppo esposto al rischio di non ottenere, in ambito giudiziario, il riconoscimento della intenzione di separare la propria posizione da quella di chi intenda eventualmente delinquere»³¹⁸.

Si deve considerare, in effetti, che la discrezionalità di cui gode il giudice nella valutazione della colpa organizzativa dell'ente non solo spaventa le imprese, ma si colloca altresì in contraddizione con l'interesse aziendale a operare in contesti scevri da incertezze³¹⁹.

3. L'evoluzione giurisprudenziale; il tentativo di lettura costituzionalmente orientata: l'art. 6 come onere di allegazione

³¹⁶ DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, cit., p. 206

³¹⁷ DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 394

³¹⁸ PAULESU, op. ult. cit., p. 418

³¹⁹ FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d. lgs. n. 231/2001*, a cura di MORGILLO, STILE, JOVENE, Napoli, 2011, p. 174

Preso atto della problematicità della lettura della disposizione in rapporto alla presunzione di innocenza e dell'affermarsi nella giurisprudenza di merito di letture rigoristiche tendenti a legittimare l'inversione dell'onere della prova, la giurisprudenza di legittimità ha tentato di risolvere il problema attraverso tentativi di minimizzazione dei portati dell'art. 6.

Peraltro, si registrano anche qui pronunce implicanti una conferma dell'inversione dell'onere probatorio che discende dall'art. 6³²⁰.

I Giudici di legittimità si sono occupati della questione relativa all'onere della prova per la *societas* nella sentenza *Brill Rover s.r.l.* del 2010. In tale pronuncia la Corte esclude che la disciplina dettata dal decreto entri "in rotta di collisione" con i principi costituzionali, e pertanto dichiara manifestamente infondata la relativa questione di legittimità costituzionale. E, dopo aver escluso il contrasto col divieto di responsabilità per fatto altrui e col principio di colpevolezza, statuisce che «grava sull'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza e l'accertamento dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della *societas* e che abbia agito nell'interesse di questa: tale accertata responsabilità si estende "per rimbalzo" dall'individuo all'ente collettivo, nel senso che vanno individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro e, quindi, gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente».

Si aggiunge che le previsioni probatorie di segno contrario previste dall'art. 6, concernenti l'adozione e l'efficace attuazione di modelli organizzativi, militano a favore dell'ente.

Ma, soprattutto, i Giudici sostengono apertamente che «nessuna inversione dell'onere della prova, pertanto, è ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente, gravando comunque sull'accusa la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui al d.lgs. n. 231, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell'ente, che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria»³²¹.

³²⁰ Cass., 20 dicembre 2005, n. 3615; Cass., 9 luglio 2009, n. 36083

³²¹ Cass., 18 febbraio 2010, *Brill Rover s.r.l.*, n. 27735

Con tale pronuncia, dunque, viene fornita un'interpretazione che consente di affermare la compatibilità della disciplina con la Costituzione, e – segnatamente – con l'art. 27 Cost.

Attraverso le affermazioni di cui sopra la Corte, prevedendo che sia onere dell'accusa provare anche la “carente regolamentazione interna” finisce per ridisegnare la norma, superando il *dictum* dell'art. 6³²². Invero, viene sancita una novità interpretativa che ha destato delle perplessità in dottrina³²³ rispetto all'aderenza alla lettera della legge, e che sembra rimuovere quella presunzione di colpevolezza formulata dall'art. 6.

Sulla medesima scia si collocano le Sezioni Unite nella già citata sentenza *ThyssenKrupp*³²⁴, ove escludono espressamente che la fattispecie di cui all'art. 6 comporti un'inversione dell'onere della prova e si riferiscono alla fattispecie in termini di “onere di allegazione”.

Si è in presenza, evidentemente, di un tentativo di lettura costituzionalmente orientata, che riduce quello previsto dall'art. 6 da onere probatorio a onere di allegazione, ritenendo quindi sufficiente che l'ente allegi un “principio di prova” relativo ai requisiti richiesti dalla disposizione.

Sebbene tale pronuncia sia, quindi, da apprezzare, specie in un contesto caratterizzato da un dato normativo che sembra ostare al riconoscimento della presunzione d'innocenza, si è osservato come tale sforzo esegetico si riveli comunque insufficiente a superare il tasso di problematicità derivante dalla

³²² MALVASI, *L'onere della prova nella responsabilità ex d. lgs. 231/2001, alla luce della sentenza della Corte di Cassazione n. 27735 del 16.7.2010*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, n. 1, p. 202

³²³ Cfr. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 16; PECE, *La natura della responsabilità dell'ente, i criteri di imputazione soggettiva e l'onere della prova ex art. 6 d. lgs. 231/01 nella sentenza della Corte di Cassazione n. 27735 del 16 luglio 2010 e nei precedenti giurisprudenziali*, in *aodv231.it*, che osserva come «la decisione in commento, nel tentativo, forse estremo, di resistenza alle istanze di incostituzionalità, “scivola” su un'erronea interpretazione del dettato legislativo dell'art. 6 del decreto, snaturando l'*incipit* dell'art. 6 del decreto ed elevando il c.d. deficit organizzativo ad elemento costitutivo della fattispecie posta in capo all'ente»; MALVASI, op. ult. cit., loc. ult. cit.

³²⁴ Cass., Sez. U, 18 settembre 2014, n. 38343

formulazione disposizione³²⁵. Si è segnalato, al riguardo, come proprio la pronuncia *de qua* finisca per tradire una responsabilità di tipo oggettivo, mediante il riferimento a una responsabilità che dalla persona fisica si tramanda all'ente "per rimbalzo".³²⁶

Eppure la Cassazione si era premurata di negare che si tratti di responsabilità oggettiva, quando nella succitata sentenza *Brill Rover s.r.l.* affermava che il d. lgs. 231 del 2001 non delinea un'ipotesi di responsabilità oggettiva, «prevedendo, al contrario, la necessità che sussista la c.d. colpa di organizzazione dell'ente, il non avere cioè predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato»³²⁷.

Sulla ambigua figura dell'onere di allegazione è stata sollevata qualche perplessità.

Richiamando tale figura il rischio della mancata prova si trasformerebbe nel «rischio per la mancata allegazione del fatto da provare»³²⁸.

Ma è stato notato come il concetto di onere di allegazione presenti contorni sfumati, risultando difficilmente distinguibile dall'onere probatorio vero e proprio³²⁹.

Inoltre, pur richiamando la distinta figura di onere di allegazione, se «dalla descrizione di una tecnica probatoria si passa all'individuazione della regola di giudizio, diventa praticamente impossibile distinguere tra onere di allegazione e onere di prova»³³⁰.

In effetti, il permanere della problematicità risulta testimoniato, tra l'altro, dalla *Proposta di riforma*³³¹ del decreto avanzata nel 2016, in cui si fa presente

³²⁵ BELLUTA, *L'ente incolpato*, cit., p. 98

³²⁶ BELLUTA, op. ult. cit., p. 99, nota 143

³²⁷ Cass., 18 febbraio 2010, *Brill Rover s.r.l.*, n. 27735

³²⁸ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 136

³²⁹ PAULESU, *L'accertamento della responsabilità «penale» degli enti*, in *Responsabilità da reato degli enti. Un consultivo critico*, cit., p. 425

³³⁰ ILLUMINATI, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 6

³³¹ Proposta di riforma del D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, del 9 marzo 2016, presentata dalla Associazione dei Componenti degli Organismi di Vigilanza ex d. lgs. 231/2001, in

l'avvertita esigenza di spostare in capo all'accusa l'onere di dimostrare che l'imputato non abbia adottato un modello conforme ai requisiti previsti, oltre alla mancata predisposizione dell'Organismo di Vigilanza e della omessa o insufficiente vigilanza di questo.

È stato evidenziato come le due pronunce della Suprema Corte da ultimo citate non facciano che confermare che la disposizione *ex art. 6* costituisca una "anomalia costituzionalmente sospetta", preoccupandosi di «"minimizzare" il peso della prova liberatoria a carico del soggetto collettivo, negando che ci si trovi in presenza di meccanismi probatori presuntivi suscettibili di pregiudicare seriamente la posizione processuale dell'ente-imputato»³³².

La giurisprudenza, inoltre, non sembra affatto essersi assestata sulla pronuncia costituzionalmente orientata del 2015; già l'anno successivo la Suprema Corte, con parole che pesano molto sulla posizione processuale dell'ente, afferma che incombe sull'ente l'onere di dimostrare l'idoneità dei modelli, «onere che non può certamente considerarsi assolto attraverso la sola circostanza dell'esistenza di tale modello»³³³.

Peraltro, in tempi recenti la Cassazione è tornata sul punto, ribadendo l'assenza di una inversione dell'onere probatorio per la difesa, richiamando le precedenti pronunce³³⁴.

In conclusione, all'ambigua formulazione dell'art. 6 corrisponde una ambiguità della giurisprudenza, onde l'auspicio di un intervento chiarificatore del legislatore, che a tali oscillazioni, suscettive di svuotare la regola di giudizio che la presunzione d'innocenza implica, ponga fine.

www.aodv231.it, p. 4, ove si segnala anche l'intenzione di espungere il requisito della elusione fraudolenta

³³² PAULESU, *L'accertamento della responsabilità «penale» degli enti*, cit., p. 424

³³³ Cass., sez. IV, 5 maggio 2016, n. 28557

³³⁴ Cass. Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, in cui si affrontano questioni cruciali attinenti alla responsabilità da reato degli enti, in tema di valutazione *ex ante* dell'idoneità dei modelli, del ruolo dell'organismo di vigilanza, nonché riguardo alla nozione di elusione fraudolenta; Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2020, n. 3731

Le succitate pronunce, comunque, consentono di meglio apprezzare la “concretezza” del problema relativo alla formulazione dell’art. 6 che si manifesta nella realtà dei processi contro l’ente.

4. La soluzione individuata dalla dottrina: la distinzione tra regole istruttorie e regole decisorie

Gli interventi giurisprudenziali sopracitati, volti a minimizzare la portata della norma, come messo in luce nel precedente paragrafo, non si sono rivelati sufficienti, ma, anzi, celano la consapevolezza della giurisprudenza della tensione che la formulazione dell’art. 6 crea rispetto alla presunzione d’innocenza.

Gli sforzi della giurisprudenza, quindi, così come gli le richiamate tesi prospettate dalla dottrina, non paiono esaustivi.

Ebbene, in tale scenario, considerata l’impossibilità di rinunciare alla presunzione d’innocenza nel procedimento penale, la soluzione preferibile – nonché, del resto, l’unica in grado di assicurare la compatibilità costituzionale dell’art. 6 – sta nella distinzione tra norme sostanziali e norme processuali.

A ben vedere, infatti, l’art. 6, comma 1, è una norma di diritto sostanziale, che individua i presupposti al ricorrere dei quali non è possibile muovere un rimprovero all’ente. Non è, invece, una norma processuale cui si deve fare riferimento per risolvere le situazioni di incertezza probatoria³³⁵.

Sul piano sostanziale non è proibita una costruzione della fattispecie che preveda presunzioni di fatto o di diritto foriere di una inversione dell’onere probatorio, anche secondo quanto affermato dalla già citata giurisprudenza sovranazionale³³⁶.

³³⁵ DI BITONTO, *Studio*, cit., p. 74

³³⁶ Corte EDU, sent. 7 ottobre 1988, *Salabiaku c. Francia*; Cort EDU, sent. 19 ottobre 2004, *Falk c. Netherlands*; Corte EDU, sent., 18 novembre 1992, *Radio France and Others v. France*, § 24

Ma trattasi di una norma, per l'appunto, di diritto sostanziale. *Ergo*, da siffatta disposizione non può trarsi la conseguenza che nel procedimento *de societate* il rischio della mancata prova gravi sull'ente imputato.

La risposta all'interrogativo di quando un fatto può dirsi provato, invero, è da ricercare nelle regole processuali: «sono le norme di diritto processuale e non le norme sostanziali a stabilire quando un fatto può ritenersi provato ed a determinare il criterio risolutore del fatto incerto nel processo penale»³³⁷.

Di talché sono le norme di natura processuale a dover essere perlustrate, per trovare tale soluzione.

Considerata l'applicabilità al procedimento *de quo* delle norme del codice di procedura penale in quanto compatibili, *ex art. 34*, la norma di riferimento per la risoluzione dei casi dubbi va rinvenuta nell'art. 530, comma 3, c.p.p.³³⁸

Precludere il ricorso alle previsioni del codice di rito significherebbe «ignorare che precedentemente il decreto ha previsto un esplicito rinvio alle norme del codice di procedura penale “in quanto compatibili” e ha reso applicabili all'ente le disposizioni relative all'imputato»³³⁹.

Ai sensi di tale previsione, il dubbio sull'esistenza delle cause esimenti la responsabilità è risolto a favore dell'imputato, pronunciando il giudice sentenza di assoluzione.

Si ritiene, cioè, che i fatti di cui all'art. 6, comma 1, vadano considerati alla stregua di “scriminanti speciali” e, pertanto, siano sottoposti alla regola di giudizio per queste prevista; in effetti, «l'alternativa è secca: o si ritiene i fatti indicati nell'art. 6 d. lgs. n. 231/2001 siano “costitutivi”, ma, come si è visto, il dato testuale sembra recisamente escluderlo. Oppure, se si tratta di elementi “impeditivi”, vanno coerentemente applicate le regole di giudizio previste per questa peculiare tipologia di fatti»³⁴⁰, *id est* l'art. 530, comma 3, c.p.p.

³³⁷ DI BITONTO, op. ult. cit., loc. ult. cit.

³³⁸ «Se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma del comma 1».

³³⁹ CHIMICHI, op. ult. cit., p. 3

³⁴⁰ PAULESU, op. ult. cit., p. 428

Secondo la suddetta impostazione, pertanto, se l'art. 6 del decreto indica *quali fatti* debbano essere provati e *chi* debba provarli, l'art. 530, comma 3, c.p.p. fornisce risposta a *quando* tali fatti possano ritenersi provati.

È sufficiente che l'ente alleghi e insinui un ragionevole dubbio circa la sussistenza delle condizioni richieste dall'art. 6 perché possa ottenere una pronuncia liberatoria³⁴¹.

In effetti, non si può ritenere operante nel processo penale l'automatismo tra le attività probatorie delle parti e gli epiloghi decisori, tipico del processo civile: nel procedimento penale siffatto automatismo cede dinanzi all'interesse superiore di salvaguardare la libertà rispetto al potere punitivo dello Stato. Posto, quindi, che tale libertà va garantita anche ai soggetti collettivi, si devono ritenere applicabili le regole decisorie che a quell'obiettivo mirano³⁴².

In definitiva, «non è l'art. 6 del d. lgs. n. 231/2001 a costituire il criterio interpretativo degli artt. 530 e 533 c.p.p. Sono invece gli artt. 530 e 533³⁴³ c.p.p. a fornire la chiave di lettura per intendere correttamente il contenuto e la funzione dell'art. 6 del d. lgs. n. 231/2001 nello specifico contesto decisorio», onde l'esigenza di interpretare tale disposizione non solo nel senso che il giudice possa condannare l'imputato solo ove si sia raggiunta la prova della colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio, ma altresì nel senso che il giudice debba prosciogliere l'imputato nel caso in cui permanga un ragionevole dubbio³⁴⁴.

Simile conclusione appare conforme alla presunzione d'innocenza garantita dall'art. 27, comma 2, Cost., la quale impone che il tema del processo penale sia la colpevolezza, non già l'innocenza, e che, quindi, all'imputato sia sempre assicurata una particolare tutela nei casi di incertezza processuale³⁴⁵.

³⁴¹ BRONZO, *Procedimenti speciali e giudizio*, in AA. VV., *Responsabilità da reato degli enti*, Vol. II, Diritto processuale, cit., p. 287

³⁴² PAULESU, op. ult. cit., p. 426

³⁴³ «Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio».

³⁴⁴ PAULESU, op. ult. cit., p. 427

³⁴⁵ PAULESU, *Responsabilità penale e regole di giudizio*, in *Riv. Dir. proc.*, 2014, p. 849

La soluzione prospettata, del resto, esime l'interprete dallo sforzo di ricercare l'esatta configurazione della fattispecie di cui all'art. 6, dal momento che la risposta alla *querelle* risiede sul terreno processuale, mentre risulta vano, a questi fini, ricorrere all'inquadramento sostanziale della fattispecie³⁴⁶.

È stato osservato, per giunta, come nello specifico contesto della responsabilità *ex crimine* degli enti, la questione risulti semplificata, posto che il "fulcro" dell'onere probatorio a carico della *societas* è rappresentato dall'allegazione del modello di organizzazione e gestione, unitamente alla dimostrazione dell'adozione in epoca anteriore alla commissione del reato, attraverso l'allegazione della relativa delibera; rispetto a tale situazione, invero, appare ridotta la rilevanza del problema del dubbio sulle esimenti, atteso che il modello «o c'è o non c'è», senza che possano sorgere troppe incertezze sul punto. Senza contare che trattasi di elementi che rientrano appieno nella sfera conoscitiva dell'ente imputato, il quale presenta tutto l'interesse a portarli a conoscenza del giudice³⁴⁷.

In quest'ottica, allora, l'impostazione discendente dall'art. 6 appare legittima, e, anzi, funzionale all'interesse dell'imputato a difendersi attivamente nel procedimento, portando alla luce circostanze a sé favorevoli³⁴⁸.

Con riferimento, invece, alle altre condizioni richieste dalla norma in discorso, l'esigenza di risoluzione del dubbio processuale a favore dell'imputato si fa più forte, e la soluzione sopra illustrata rappresenta l'unica idonea ad evitare l'imposizione di una *probatio diabolica* in capo al soggetto collettivo.

In definitiva, si potrebbe giustificare il peculiare meccanismo probatorio previsto dalla disciplina *de qua* proprio per l'autonomia organizzativa dell'ente, a condizione che sia rispettata l'esigenza di un esito liberatorio in presenza di un ragionevole dubbio circa i fatti introdotti nel processo dall'ente imputato³⁴⁹.

³⁴⁶ EPIDENDIO, *Art. 6 d. lgs. n. 231/2001*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA, III ed., 2007, p. 7026

³⁴⁷ RENZETTI, op. ult. cit., p. 209

³⁴⁸ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 136, che si esprime in termini di "insostituibilità" dell'attività dell'imputato in presenza di circostanze favorevoli da lui solo conosciute

³⁴⁹ PAULESU, op. ult. cit., p. 429

Peraltro, parte della dottrina, pone in luce che, ove si parta dalla considerazione della natura derogatoria dell'art. 530, comma 3, del codice di rito rispetto al regime dei fatti impeditivi, la disciplina codicistica non potrebbe essere applicata al procedimento *de societate*³⁵⁰.

In risposta, si osserva come la lettura proposta sembrerebbe, *de lege lata*, l'unica rispettosa del principio della presunzione d'innocenza.

Del resto, non si tratterebbe neppure di una interpretazione forzata dalla necessità di salvare “a tutti i costi” la compatibilità costituzionale della disciplina del procedimento penale a carico degli enti, posto che, invece, costituisce l'esito di una lettura sistematica delle norme processuali previste per l'ente³⁵¹. Essa, inoltre, non solo appare coerente con i principi che informano il processo penale, ma consente altresì di ridurre significativamente il problema della *probatio diabolica* per l'ente, «senza scalfire la funzione preventiva della norma»³⁵².

Resta, quindi, per l'ente che voglia andare esente da responsabilità, il dovere di organizzarsi e di dimostrare di averlo fatto, ma la relativa regola di giudizio va ricercata altrove, tra le regole del processo penale.

Che poi il dato normativo non suggerisca tale soluzione, che si presenta quindi, in qualche misura, come correttiva, pare indubbio, ma sembrerebbe questa essere l'unica strada da percorrere in un contesto di perdurante costituzionalità della norma.

5. Regole di giudizio per il proscioglimento dell'ente

³⁵⁰ Cfr. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, Padova, 2002, p. 234; AMODIO, *Prevenzione del rischio e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 324, nota 14; MAZZA, op. ult. cit., p. 729

³⁵¹ RENZETTI, op. ult. cit., p. 212; nello stesso senso cfr. anche PAULESU, op. ult. cit., pp. 425 ss.

³⁵² CHIMICHI, op. ult. cit., p. 4

5.1 L'art. 66 e l'unicità della formula assolutoria

La sola formula assolutoria prevista nel processo *de societate* è sancita dall'art. 66, secondo cui «se l'illecito amministrativo contestato all'ente non sussiste, il giudice lo dichiara con sentenza, indicandone la causa nel dispositivo».

L'unicità della formula («l'illecito amministrativo contestato all'ente non sussiste») probabilmente deriva dalla difficoltà che si incontrerebbe nella predisposizione di un catalogo di formule ordinate secondo il *favor innocentiae*, posto che la complessa articolazione interna dell'illecito dell'ente non permette di stabilire con facilità simili gerarchie. Inoltre, la *ratio* potrebbe essere altresì rinvenuta nella mancanza, per la *societas*, di effetti giuridici differenziati a seconda della causa che ha condotto all'epilogo liberatorio³⁵³.

Poiché, peraltro, le ragioni del proscioglimento possono assumere una certa pregnanza, specie sul piano reputazionale, pur in presenza di un'unica formula liberatoria il giudice deve comunque indicare nel dispositivo la causa del proscioglimento, indicando se dipende dal reato presupposto, dall'assenza di un elemento costitutivo la responsabilità degli enti ovvero dalla presenza di un fatto impeditivo.

All'esito assolutorio, invero, considerata la natura complessa dell'illecito amministrativo dell'ente, si giunge non solo in caso di insussistenza del reato presupposto, ma anche in assenza di un elemento costitutivo della responsabilità della *societas* sul piano oggettivo o soggettivo.

Condurranno alla pronuncia liberatoria *ex art. 6*, innanzitutto, tanto l'accertamento della insussistenza del reato, quanto la sua estraneità al catalogo dei reati in relazione ai quali è prevista la responsabilità del soggetto collettivo; si procederà ad assoluzione, poi, nel caso in cui il fatto non costituisca reato per

³⁵³ BRONZO, *Procedimenti speciali e giudizio*, cit., p. 283; cfr. anche MAZZA, *sub art. 66*, in *Enti e responsabilità*, a cura di CADOPPI-GARUTI-VENEZIANI, Milano, 2010, pp. 725-726, che saluta con favore l'unicità della formula assolutoria, in ragione dell'assenza di efficacia extra-penali della pronuncia

mancanza di un elemento della fattispecie ovvero risulti scriminato³⁵⁴. Ma l'ente verrà assolto altresì – in presenza di un fatto di reato punibile – ove non sussistano gli elementi costitutivi della sua responsabilità (*id est*: l'interesse o vantaggio e il legame strutturale con l'autore del reato; l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza). Infine, si avrà l'assoluzione in presenza di fatti impeditivi della responsabilità.

Il giudice pronuncia sentenza di assoluzione non solo laddove emerga la prova positiva della insussistenza dell'illecito, ma anche nei casi di dubbio, ovverosia quando «manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova dell'illecito amministrativo»³⁵⁵.

Ebbene, nei casi di incertezza, vale a dire di mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova, la regola di giudizio conduce alla pronuncia liberatoria poiché l'onere della prova è posto a carico dell'accusa³⁵⁶.

Ne deriva che il pubblico ministero, per ottenere la condanna dell'ente, deve provare, oltre ogni ragionevole dubbio, la sussistenza del reato presupposto, la sua commissione da parte di un soggetto legato all'ente da un rapporto strutturale/funzionale, l'interesse o vantaggio per la *societas*, nonché – nel caso di reato commesso da un soggetto sottoposto – l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza da parte dei soggetti apicali. L'eventuale dubbio che in ordine a taluno di tali elementi dovesse residuare, *ex art. 66*, conduce al proscioglimento dell'ente: *in dubio pro reo*.

L'art. 66, pertanto, appare affatto rispettoso della presunzione d'innocenza, facendo sopportare al pubblico ministero il rischio della mancata prova.

Fin qui, *nulla quaestio*.

Il problema sorge con riferimento ai fatti impeditivi di cui all'art. 6, comma 1, ove il reato sia stato commesso da un vertice.

³⁵⁴ Non comportano, di contro, una pronuncia di proscioglimento nei confronti dell'ente i casi di assoluzione dell'imputato persona fisica “per non aver commesso il fatto” (cfr. Cass., 4 aprile 2013, n. 20060) né le ipotesi di proscioglimento per difetto di imputabilità, atteso il carattere autonomo della responsabilità dell'ente *ex art. 8*.

³⁵⁵ Art. 66, seconda parte

³⁵⁶ PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 378

5.2 Il *quantum* della prova di organizzazione

Partendo dall'assunto che la prova delle quattro condizioni indicate dall'art. 6 grava sull'ente, si tratta di stabilire quale sia il *quantum* di prova cui questo è tenuto.

Il problema appare così traslato sul piano della quantità di prova necessaria a condannare e, conseguentemente, sufficiente per assolvere³⁵⁷.

In effetti, manca nel *corpus* normativo del d. lgs. 231 una norma analoga all'art. 66 in relazione alle esimenti, che equipari, cioè, il dubbio alla prova positiva.

Secondo parte della dottrina tale assenza impedirebbe di pervenire al proscioglimento dell'ente nei casi di dubbio sulla sussistenza delle condizioni richieste dall'art. 6 e, quindi, pone a serio rischio la possibilità di riconoscere lo *status* probatorio favorevole derivante dalla presunzione di non colpevolezza³⁵⁸.

In particolare, da più parti si nega la possibilità di applicare, attraverso il rinvio al codice di rito contenuto nell'art. 34, la previsione di cui all'art. 530, comma 3, c.p.p. che prevede il proscioglimento dell'imputato in caso di dubbio sulle esimenti. Si osserva che tale norma rappresenta una disposizione eccezionale, in quanto derogatoria rispetto al regime ordinario di prova dei fatti impeditivi, risultando per tale motivo insuscettibile di applicazione analogica³⁵⁹.

In questo modo, il pubblico ministero sarebbe esonerato dall'onere probatorio tipico del processo penale, potendosi limitare alla prova dell'imputazione oggettiva, anche in presenza di un dubbio ragionevole sollevato dall'ente in relazione all'elemento soggettivo³⁶⁰.

³⁵⁷ BELLUTA, *L'ente incolpato*, cit., p. 95

³⁵⁸ Cfr. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, p. 232; GARUTI, *Il processo "penale" agli enti*, pp. 1118-1119; PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 254; SCALFATI, *Le norme in materia di prove e di giudizio*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, cit., p. 365

³⁵⁹ FERRUA, *Il diritto probatorio*, in AA.VV. *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, cit., pp. 110-111

³⁶⁰ CHIMICHI, op. ult. cit., p. 3

In risposta a simili considerazioni, si sottolinea come, se da un lato appare incontestabile che l'art. 66 si riferisca ai soli fatti costitutivi dell'illecito dell'ente, dall'altro lato non sarebbe possibile colmare il silenzio di tale disposizione attraverso i generici contenuti degli artt. 6, comma 1 e 7, comma 2 del d.lgs. 231/2001. Da questo punto di vista, pertanto, non potendo ritenersi l'art. 66 una norma del tutto autosufficiente, essa dovrebbe essere colmata tramite la disposizione codicistica, non profilandosi profili di incompatibilità³⁶¹. Invero, se si accoglie l'idea dei due distinti piani di operatività dell'art. 530, comma 3, c.p.p. da una parte, e dell'art. 6, comma 1, d. lgs. 231/2001 dall'altra, attenendo il primo al versante processuale e il secondo al versante sostanziale³⁶², non sembrano scorgersi aspetti derogatori, ma, anzi, di completamento della disciplina del procedimento a carico degli enti.

È legittimo dubitare che il rinvio alle norme del codice di procedura penale operato dall'art. 34 consenta operazioni atte a “snaturare” i meccanismi tipici del processo penale. Peraltro, se il legislatore non si è esplicitamente espresso nel senso di un superamento della regola di giudizio derivante dalla presunzione d'innocenza, appare del tutto incongruo che a una simile soluzione possa pervenire l'interprete³⁶³.

Da questa prospettiva, è proprio ritenere che l'ente imputato debba fornire la prova, oltre ogni ragionevole dubbio, della corrispondenza della propria organizzazione interna a quanto richiesto dall'art. 6, che sembrerebbe costituire una deroga – non giustificata da una incompatibilità di fondo – a regole dettate al precipuo scopo di assicurare la tutela di chi è sottoposto al processo penale. Bisogna considerare, del resto, che, essendo il tema del processo la colpevolezza, all'imputato deve essere riconosciuta una tutela privilegiata nell'ambito delle decisioni sul fatto incerto, e ciò a prescindere dalla maniera in cui tale situazione di incertezza sia maturata³⁶⁴.

³⁶¹ VARRASO, *Il procedimento*, cit., pp. 391-392

³⁶² DI BITONTO, *Studio*, cit., pp. 74 ss

³⁶³ CHIMICHI, op. ult. cit., p. 3

³⁶⁴ PAULESU, op. ult. cit., p. 426

Ebbene, una lettura alla stregua della quale il *quantum* di prova per l'imputato e per la pubblica accusa sia simmetrica, è incompatibile con la presunzione di non colpevolezza.

Soprattutto, si osserva come il processo penale non possa accogliere una presunzione utilizzata in modo da liberare l'accusa dall'onere di provare la colpevolezza dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio; si deve ritenere, allora, che laddove l'ente imputato insinui il dubbio sull'assenza della propria colpa organizzativa, lo "scudo" offerto dalla presunzione cada, con conseguente onere per l'accusa di fornire prova piena della colpevolezza. Simile impostazione, a ben vedere, appare *a fortiori* giustificata dalla considerazione che il dubbio sull'assenza della colpa di organizzazione «significa necessariamente incertezza sulla sussistenza della stessa, che rappresenta, invece, il fatto costitutivo non emerso in quanto presunto, ma pur sempre necessario e insuscettibile di essere espunto dal sistema»³⁶⁵.

La colpa organizzativa dell'ente, insomma, in quanto elemento costitutivo dell'illecito, deve essere provata dall'accusa, non potendo questa limitarsi a un mero principio di prova positiva, a pena di violazione dello *standard* probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, connaturato al processo penale³⁶⁶.

È stato, infine, posto in luce che l'opportunità dell'integrazione dell'art. 66 attraverso la norma codicistica può essere desunta anche da una caratteristica fondamentale del procedimento a carico dell'ente, vale a dire la riunione dei procedimenti prevista dall'art. 38. In effetti, poiché quello nei confronti della persona fisica e dell'ente è un *simultaneus processus*, e, dunque, il medesimo giudice deve decidere in ordine alle due responsabilità, parrebbe ragionevole evitare che il giudice sia chiamato ad applicare, nell'ambito di un unico giudizio, due regole decisorie diverse³⁶⁷.

³⁶⁵ CHIMICHI, op. ult. cit., p. 4

³⁶⁶ BELLUTA, *L'ente incolpato*, cit., p. 96

³⁶⁷ SANTORIELLO, *Alcuni profili problematici della disciplina processuale in tema di definizione della responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 445

6. La disciplina processuale dettata dall'art. 530, comma 3, c.p.p.

L'art. 530, comma, 3 c.p.p. dispone che «se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione, di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione».

La norma equipara il dubbio circa l'esistenza delle cause di giustificazione e di non punibilità alla prova della loro sussistenza, specificando la regola di giudizio dell'*in dubio pro reo* sancita dal primo comma.

Rappresenta, evidentemente, un corollario della presunzione d'innocenza, puntualizzando che anche le scriminanti e le esimenti soggiacciono alla regola per cui nei casi dubbi l'imputato deve essere prosciolto, senza che vi sia, al contrario, necessità di raggiungere la prova certa in relazione alla loro esistenza. La previsione *ad hoc* contenuta nel terzo comma dell'art. 530 costituisce un prezioso tassello posto dal codice di rito del 1988, assente nel codice Rocco. Sotto la vigenza di tale codice, invero, la giurisprudenza, sulla base di una distinzione tra fatti costitutivi e fatti impeditivi di stampo civilistico, si era assestata nel senso di ritenere che il dubbio su questi ultimi non evitasse all'imputato la condanna³⁶⁸. Tale indirizzo, che si era formato soprattutto con riguardo alle cause di giustificazione, ma che veniva esteso a tutti gli elementi "esterni" alla fattispecie tendenti ad escludere la punibilità, pur senza ammetterlo, finiva per porre un onere probatorio in capo all'imputato³⁶⁹.

In particolare, la giurisprudenza di legittimità si rifaceva al concetto di "onere di allegazione", individuato quale «strumento opportunamente elaborato per la realizzazione di quel dovere civico di collaborazione alla ricerca della verità materiale, cui, anche in sistema processuale rigorosamente garantistico, lo stesso imputato non può avere alcun apprezzabile motivo di rifiutarsi in tutti quei casi

³⁶⁸ Cfr. Cass., Sez. U., 26 febbraio 1972, n. 1149; Cass., Sez. U., 14 giugno 1980, p.m. in c. Felloni, 1981, n. 172

³⁶⁹ ILLUMINATI, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 6

e situazioni in cui la verità, lungi dall'apportargli un pregiudizio [...] si risolve manifestamente in suo vantaggio»³⁷⁰.

Può rivelarsi interessante notare, dunque, come il transito dal regime caratterizzato dalla non applicazione della regola di giudizio derivante dalla presunzione d'innocenza in relazione alla prova delle esimenti, alla tutela offerta dal nuovo codice, sia stato caratterizzato proprio dal tentativo della giurisprudenza di “proteggere” una siffatta impostazione, ricorrendo a quell’“onere di allegazione” che ora viene richiamato, con riferimento al procedimento *de societate*, per giustificare l'art. 6 alla luce del principio costituzionale.

Il nuovo codice interviene direttamente sulla questione, negando che di tali elementi sia richiesta una prova piena da parte dell'imputato per ottenere il proscioglimento, e, dunque, liberando quest'ultimo da un onere della prova.

Ebbene, in base a tale regola di giudizio, solo in caso di totale assenza di prova della causa di giustificazione o della causa di esclusione della punibilità il giudice perverrà ad una condanna, mentre nei casi in cui permanga un'incertezza in ordine alla loro esistenza, essa sarà risolta *pro reo*.

Il concetto di “dubbio” di cui all'art. 530, comma 3, c.p.p. è ricondotto dalla dottrina maggioritaria a quello di insufficienza o contraddittorietà della prova *ex* artt. 529 e 530 c.p.p.³⁷¹.

La giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, ha chiarito che «quando la configurabilità di cause di giustificazione sia stata allegata dall'imputato, è necessario procedere ad un'indagine sulla probabilità della sussistenza di tali esimenti: la presenza di un principio di prova o di una prova incompleta porterà all'assoluzione, mentre l'assoluta mancanza di prove al riguardo, o la esistenza della prova contraria, comporterà la condanna»; e aggiunge che «allorquando, nonostante tale indagine, non si sia trovata alcuna prova che consenta di escludere la esistenza di una causa di giustificazione, il giudizio sarà parimenti di condanna, qualora non siano stati individuati elementi che facciano ritenere

³⁷⁰ Cass., Sez. U., 26 febbraio 1972, n. 1149

³⁷¹ RENZETTI, op. ult. cit., p. 208, nt. 185.

come probabile la esistenza di essa o inducano comunque il giudice a dubitare seriamente della configurabilità o meno di una scriminante»³⁷².

Sarà, allora – ove si ritenga di accogliere la tesi su prospettata – questo il criterio alla stregua del quale decidere in merito alla sussistenza o meno della responsabilità dell'ente in presenza di un dubbio sull'esistenza di quanto richiesto dall'art. 6, comma 1.

7. L'art. 6 nella prassi applicativa

Esprese le su esposte considerazioni, e ripercorse le più problematiche implicazioni della formulazione dell'art. 6, comma 1, del d. lgd. 231/2001, occorre prendere atto di come avviene, in concreto, il sindacato giudiziale sul soddisfacimento delle condizioni richieste dalla disposizione in commento, attraverso un esame della prassi.

Ebbene, la problematica discendente dalla collocazione in capo all'ente dell'onere di provare l'assenza della propria colpa organizzativa, sarebbe attenuata dalla prassi giudiziaria, quale fattore di riequilibrio della posizione delle parti³⁷³.

È evidente che il modo in cui concretamente avviene la verifica giudiziale circa l'organizzazione della *societas* – e, segnatamente, dell'idoneità dei modelli di organizzazione e gestione – non è di secondario rilievo.

Al giudice penale spetta una valutazione non solo delicata, ma, soprattutto, altamente tecnica; il rischio da evitare, al riguardo, è che si cada nella logica del *post hoc, propter hoc*, vale a dire che si desuma dalla verifica del reato l'inidoneità del modello. Poiché in tale caso, evidentemente, l'esimente sarebbe destinata a non operare mai, si rende necessario un giudizio *ex ante*: il giudice è tenuto a calarsi idealmente nel momento in cui il fatto di reato è stato commesso, secondo il modello della prognosi postuma, per valutare se, nel caso concreto,

³⁷² Cass., Sez. U., 29 maggio 2008, n. 40049, par. 7

³⁷³ DI BITONTO, *Studio*, cit., p. 76

un modello organizzativo idoneo avrebbe impedito il verificarsi di quel fatto delittuoso.³⁷⁴

Di fronte a una siffatta verifica, dunque, un possibile itinerario è rinvenuto in un intervento legislativo che introduca una predeterminazione normativa del contenuto dei modelli organizzativi, ovvero una presunzione relativa di idoneità del modello³⁷⁵.

Peraltro, le caratteristiche della valutazione richiesta al giudice possono comportare il ricorso a periti o consulenti di parte per vagliare l'idoneità dei *compliance programs*.

La perizia, in particolare, è lo strumento di cui ci si serve per introdurre nel processo conoscenze che esulano dal sapere comune, e che, giusto quanto dispone l'art. 220 c.p.p., è ammessa «quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche».

Ebbene, la prassi mostra un ricorso dei giudici alla perizia, con la conseguenza che «questo mezzo di prova finisce per assorbire e supplire agli oneri probatori dell'ente, ridotti solo alla dimostrazione della tempestiva adozione del modello e della sua astratta idoneità a ridurre il rischio reato» andando a determinare uno «spontaneo riequilibrio»³⁷⁶.

L'ente, seguendo tale impostazione, dopo aver allegato gli elementi a prova dell'esistenza del modello, e della sua adozione antecedente alla commissione del reato, potrebbe limitarsi a confutare l'esito della perizia, attraverso la nomina di un consulente di parte.

Tuttavia, occorre chiarire che il contributo degli esperti non può, a rigore, sovrapporsi all'attività valutativa del giudice, dovendo, invece, essere contenuto

³⁷⁴ FIDELBO-RUGGIERI, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *La responsabilità amministrativa della società e degli enti*, 2016, n. 4, pp. 5-6; FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in *Società – Gli speciali*, 2011, pp. 249 ss;

³⁷⁵ SALCUNI, *La valutazione di idoneità dei modelli ed il requisito dell'elusione fraudolenta*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti. Un consultivo critico*, cit., p. 130

³⁷⁶ FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, cit. p.

e limitato agli aspetti aziendalistici (non anche giuridici) dei modelli. La perizia, dunque, potrà riguardare il contenuto dei singoli protocolli adottati dall'ente, considerata la natura estremamente tecnica che può assumere, ma resta ferma la valutazione del giudice sugli aspetti giuridici.

Invero, speculare alla disciplina della perizia è il principio *iura novit curia*, in base al quale la legge non deve essere provata dalle parti, poiché il giudice la conosce. La verifica circa l'idoneità del modello – sulla base della sussistenza dei requisiti indicati dal decreto – deve quindi essere effettuata dal giudice in autonomia, attesa la natura giuridica del modello organizzativo³⁷⁷.

In definitiva, il primo e principale vaglio, che ha per oggetto la struttura generale del *compliance program* e delle singole procedure deve essere effettuato dal giudice, seguendo i criteri dettati dalla legge; a valle di tale valutazione, è possibile ricorrere alla prova scientifica³⁷⁸.

In ogni caso il trasferimento della gran parte degli sforzi probatori sui periti non esonera l'ente da una qualsivoglia attività, rendendosi opportuno un suo contributo, per esempio mediante la produzione di verbali e altri documenti da cui si evinca l'effettiva operatività del modello, nonché i lavori preparatori del modello³⁷⁹.

Peraltro, tale modo di procedere può far sorgere qualche perplessità.

L'affidamento degli incarichi peritali, in effetti, avviene di regola nell'ambito della procedura dedicata alla valutazione dei presupposti per la sospensione delle misure cautelari interdittive per verificare che il modello organizzativo sia stato effettivamente attuato dalla *societas*; di conseguenza, il fatto da provare si rinviene non già nella mancata adozione o attuazione del modello, bensì nel suo contrario.

³⁷⁷ BORTOLOTTO-CORINO, *La valutazione del modello organizzativo: perizia e consulenza sul modello nel processo penale?*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2017, n.2, pp. 111 ss.

³⁷⁸ *Ivi*, pp. 114-115, ove si parla di natura "mista" della verifica del Modello

³⁷⁹ RAVASIO, *Idoneità della mappatura dei processi aziendali. Onere probatorio nel giudizio di efficace attuazione del modello ex d. lgs. 231/2001 e difesa preventiva*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, pp. 240 ss

Del resto, la stessa modalità tecnica per disporre la perizia in tale contesto può rivelarsi arbitraria, soprattutto ove si ritenga applicabile l'orientamento giurisprudenziale maturato in relazione all'art. 299, comma 4-ter, c.p.p., secondo cui la perizia disposta nell'ambito del procedimento cautelare può determinare la compressione dei diritti costituzionali dell'imputato a beneficio della celerità del sistema³⁸⁰.

Senza contare che – posto che nell'ipotesi in cui gli elementi addotti dall'ente non fossero stati idonei a far sorgere un dubbio circa l'idoneità dei modelli, il giudice avrebbe dichiarato inammissibile l'istanza per la sospensione – sembrerebbe che la perizia venga richiesta proprio in presenza di un dubbio che, evidentemente, quindi, non vale da solo a determinare una decisione favorevole³⁸¹.

In ogni caso, la tendenza al ricorso alla perizia «testimonia una cautela “cognitiva” dell'organo decidente senz'altro apprezzabile e perfino da condividere, ove l'integrazione probatoria disposta dal giudice risulti effettivamente incanalata nei binari del contraddittorio cautelare e conformata alla regola dell'*in dubio pro reo*»³⁸².

Più in generale, la verifica giudiziale in tema di idoneità dei modelli si presenta problematica soprattutto per «indeterminatezza disarmante»³⁸³ dei contenuti dei *compliance programs*; è evidente, infatti, che a fronte dell'assenza di univoche indicazioni in ordine al requisito dell'idoneità dei modelli, risulta difficile determinare se un modello sia o meno idoneo.

Bisogna, del resto, prendere atto che sono assai rare pronunce assolutorie basate su un giudizio di idoneità dei modelli, probabilmente per una distanza di fondo tra mondo giuridico e mondo aziendalistico, che reca con sé il rischio di ricadere nella logica del “senno del poi”³⁸⁴.

³⁸⁰ Cass., 18 novembre 2019, n. 46611; Cass., 16 dicembre 1999, *Ielata*, n. 215394

³⁸¹ DI BITONTO, *Studio*, cit., p. 78

³⁸² DI BITONTO, op. ult. cit., pp. 78-79

³⁸³ SFAMENI, *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2/2009, p. 265

³⁸⁴ DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, cit., pp. 216 ss.

Il rischio che si presenta per l'ente, invero, è quello di non cogliere la "contropartita giudiziale"³⁸⁵ dello sforzo compiuto nella predisposizione di un modello organizzativo, vedendosi riconosciuta la responsabilità da reato pur a fronte di un modello esistente e attuato, ove non riesca a provarne l'idoneità. Il rischio, cioè, «spesso evocato, e talvolta inveratosi» che «il sindacato giudiziale sul modello organizzativo divenga *ex post facto law* nel quale l'ente risponde per qualsiasi ragione (e, dunque, senza ragione)»³⁸⁶.

Ad ogni modo, la più recente giurisprudenza, sembra tesa a cogliere gli sforzi dei soggetti collettivi nella predisposizione dei modelli, affermando che nel giudicare dell'idoneità del modello organizzativo «è indiscutibile che non possa assegnarsi rilievo al fatto che un reato sia stato effettivamente consumato: ad opinare diversamente, infatti, qualora un reato venisse realizzato, essendosi il modello rivelatosi, nei fatti, incapace di prevenirne la commissione, la clausola di esonero della responsabilità dell'ente non potrebbe mai trovare applicazione» e la clausola di cui all'art. 6, comma 1, «sarebbe, di fatto, *inutiliter data*»³⁸⁷.

La Suprema Corte, inoltre, affrontando il tema dell'accertamento da parte dei giudici di merito sulla organizzazione interna dell'ente, ha indicato le scansioni secondo cui il giudice deve procedere: deve essere accertata l'esistenza o meno di un modello organizzativo e di gestione; ove esista, deve essere verificata la sua conformità alle norme, nonché la sua efficace attuazione prima della commissione del fatto³⁸⁸.

In tale pronuncia, dunque, il Supremo Collegio sembra essersi orientato nel senso di ritenere sussistente per i giudici un vero e proprio obbligo di verificare non solo l'esistenza del modello organizzativo, ma anche il requisito dell'idoneità, a pena di nullità della sentenza. Un orientamento, questo, che si ritiene possa essere salutato con favore, poiché sembrerebbe configurare, così,

³⁸⁵ DI GIOVINE, op. ult. cit.

³⁸⁶ D'ARCANGELO, *Il sindacato giudiziale sui modelli organizzativi nel contesto attuale*, in AA.VV., *Itinerari di diritto penale dell'economia*, a cura di BORSARI, Padova, 2018, p. 347, che pone in luce come un tale assetto induca l'ente a ricorrere al patteggiamento.

³⁸⁷ Cass. Pen. 11 novembre 2021, n. 23401/22

³⁸⁸ Cass. Pen. Sez. IV, 24 settembre 2019, n. 43656

un “diritto” dell’ente alla valutazione della correttezza sostanziale del modello adottato³⁸⁹.

Si può trarre qualche conforto, poi, da un esame della giurisprudenza di merito³⁹⁰, potendosi già da tempo notare uno sforzo dei giudici a «“calarsi” nella struttura organizzativa predisposta dall’ente, al fine di saggiarne la tenuta in relazione all’obiettivo della prevenzione del reato»³⁹¹.

L’auspicio, dunque, è che tale tendenza giurisprudenziale si consolidi, rivelandosi necessaria una maggiore sensibilità in relazione ad un accertamento difficile e delicato, oltre che gravoso per l’ente.

Il sindacato giudiziale su tale aspetto, comunque, risulta inevitabilmente problematico a causa dell’assenza di criteri certi che guidino la valutazione dell’idoneità dei modelli³⁹².

³⁸⁹ SCARCELLA, *Il giudice non può condannare l’ente se omette qualsiasi accertamento sulla adozione e sulla idoneità del modello organizzativo*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2020, n. 1, p. 303

³⁹⁰ Cfr., per esempio, Trib. Milano, Trib. Milano, 17 novembre 2009 e App. Milano, 21 marzo 2012, concernenti la vicenda *Impregilo*; G.i.p. Trib. Roma, ord. 4 aprile 2003

³⁹¹ GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., p. 269

³⁹² Per un’analisi delle principali posizioni giurisprudenziali nonché delle possibili soluzioni, cfr. GULLO, op. ult. cit., pp. 272 ss.; SCARCELLA, op. ult. cit., pp. 312 ss.; COLACURCI, *L’idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *Diritto penale e processo oggi*, Noto, 2015, pp. 66 ss.; GARUTI, *Profili giuridici del concetto di adeguatezza dei modelli organizzativi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2017, n. 3; FIDELBO, *L’accertamento dell’idoneità del modello organizzativo*, cit., pp. 69 ss.

CAPITOLO IV

IL SISTEMA CAUTELARE E LA PROBLEMATICAPPLICABILITÀ DELLA REGOLA DI TRATTAMENTO

1. Il sistema cautelare delineato dal d. lgs. 231/2001 e la priorità del recupero dell'ente alla legalità

Uno degli aspetti indubbiamente più innovativi della disciplina del procedimento penale *de societate* concerne il sistema cautelare.

Il legislatore delegato ha introdotto un vasto arsenale di misure cautelari, il cui procedimento applicativo rappresenta un momento centrale dell'intero sistema introdotto dal d. lgs. 231/2001, ispirato prioritariamente a garantire, nel più breve tempo possibile, il recupero dell'ente alla legalità³⁹³.

Secondo quanto affermato nella Relazione al decreto, il sistema cautelare risponde all'esigenza di «evitare la dispersione delle garanzie delle obbligazioni civili derivanti da reato», nonché a quella di «paralizzare o ridurre l'attività dell'ente quando la prosecuzione dell'attività stessa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione di altri reati»³⁹⁴.

Alle misure cautelari è dedicata la sezione IV del capo III del d. lgs. 231/2001. Agli articoli contenuti in tale sezione, peraltro, in base al rinvio *ex art.* 34 del decreto, si aggiungono le norme codicistiche, in quanto compatibili; ciò, tuttavia, con la precisazione che per il procedimento cautelare relativo alle misure interdittive, la compatibilità delle norme dettate dal codice di rito risulta ridotta, attesa la strutturale eterogeneità delle due discipline.

Invero, il sistema cautelare disciplinato nella sezione IV del capo III risulta scindibile in due parti distinte: la prima è dedicata alle misure cautelari

³⁹³ FIDELBO-SILVESTRI, *Le cautele interdittive: fisionomia e procedimento applicativo*, in AA.VV. *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, cit., pp. 132 ss.

³⁹⁴ *Relazione*, cit.

interdittive (artt. da 45 a 54); la seconda (artt. 53 e 54), invece, concerne le due misure reali del sequestro preventivo e sequestro conservativo. Da tale partizione discende una autonomia contenutistica e procedimentale molto accentuata³⁹⁵.

Il legislatore delegato, quindi, non si è limitato alla previsione dell'applicabilità in sede cautelare delle sanzioni interdittive, imposta dalla legge delega, ma ha altresì introdotto i due sequestri³⁹⁶.

Nella trattazione che segue verranno analizzate dapprima le misure interdittive, per poi passare ad esaminare autonomamente le cautele reali applicabili all'ente nel corso del procedimento, con i relativi aspetti più spinosi e che problematici alla luce della presunzione d'innocenza dell'ente.

2. Le cautele interdittive e il richiamo alle sanzioni definitive; implicazioni e problematiche interpretative

La legge delega n. 300/2000 richiede espressamente di prevedere l'applicabilità delle sanzioni interdittive anche in sede cautelare, con adeguata tipizzazione dei requisiti.

In ossequio a tale direttiva, l'art. 45 del decreto prevede l'applicazione, al ricorrere di determinati presupposti, quale misura cautelare, di una delle sanzioni interdittive. Emerge, così, un aspetto fondamentale – e ampiamente discusso – del sistema cautelare *de quo*: le misure interdittive «coincidono geneticamente»³⁹⁷ con le sanzioni applicabili in via definitiva. Si assiste, dunque, a una vera e propria anticipazione dell'applicazione delle sanzioni interdittive previste dal decreto.

Pertanto, le misure interdittive applicabili all'ente sottoposto a procedimento penale, per opera di questo richiamo “in blocco”³⁹⁸, corrispondono alle sanzioni

³⁹⁵ VANARELLI, *Le misure cautelari nel procedimento per la responsabilità amministrativa degli enti (prima parte)*, in *La responsabilità amministrativa della società e degli enti*, 2008, n. 4, p. 168

³⁹⁶ CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 101

³⁹⁷ RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente*, cit., p. 86

³⁹⁸ FIDELBO-SILVESTRI, op. ult. cit., p. 134

indicate dall'art. 9, comma 2: interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazione, finanziamenti, contributi o sussidi ed eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni e servizi.

La sovrapposizione con le sanzioni implica, innanzitutto, una forte afflittività delle misure cautelari. Basti pensare agli effetti potenzialmente deleteri che queste misure – soprattutto quelle che incidono direttamente sull'attività svolta dalla *societas*, sospendendola – possono avere sulla vita dell'ente.

Il richiamo alle sanzioni interdittive comporta, altresì, la valenza in sede cautelare dei principi, delle regole e dei limiti operanti in relazione ad esse. Si ravvisa, invero, un “limite intrinseco” che origina proprio dalla coincidenza tra misure cautelari e sanzioni interdittive. Infatti, l'art. 13 del decreto, in ossequio al principio di legalità, stabilisce che «le sanzioni interdittive si applicano in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste [...]». Se ne deduce che non può ritenersi applicabile “quale misura cautelare” una determinata misura interdittiva se in relazione a quello specifico reato non è prevista la sua irrogazione in caso di condanna. A tale conclusione si giunge sia per la strumentalità che connota le misure cautelari, sia in ossequio ai principi di adeguatezza, proporzionalità e gradualità nella scelta della misura³⁹⁹.

In base a tale impostazione, dunque, è vietato il ricorso alla sanzione interdittiva non solo quando per l'illecito in questione sia prevista la sola sanzione pecuniaria, ma altresì nell'ipotesi in cui si intenda applicare quale misura cautelare una sanzione interdittiva non inclusa tra quelle irrogabili⁴⁰⁰.

³⁹⁹ CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 103, ove si osserva come «per quanto il concetto non sia tradotto in termini espliciti, null'altro può indicare, infatti, il richiamo in questione se non una restrizione dell'esercizio del potere coattivo speculare agli sbarramenti dettati, per le sanzioni interdittive, dalle singole disposizioni sanzionatorie del decreto»; nello stesso senso, cfr. FIDELBO-SILVESTRI, op. ult. cit., p. 136; BRICCHETTI, *Il sistema cautelare*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2017, n. 1, p. 135

⁴⁰⁰ CERESA-GASTALDO, *Il “processo alle società” nel d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2002, p. 39

In senso conforme a tale conclusione si è espressa la Suprema Corte, rilevando come la funzione strumentale delle misure cautelari impedisca di applicare in questa fase sanzioni definitive che non potranno essere applicate con la sentenza definitiva, in caso di condanna dell'ente⁴⁰¹.

Più precisamente, si ritiene pressoché unanimemente in dottrina che l'applicazione di una delle sanzioni interdittive quale misura cautelare, postuli, oltre all'espressa previsione dell'applicabilità di questo tipo di sanzioni in relazione al reato presupposto, anche la sussistenza di uno dei requisiti⁴⁰² cui l'art. 13 del decreto subordina la possibilità di applicare le sanzioni interdittive⁴⁰³. A ben vedere, infatti, la sussistenza delle condizioni per l'applicabilità delle corrispondenti sanzioni rappresenta un corollario delle specificità del sistema cautelare, che «risulta tanto più accentuato in un sistema dove vige un pieno parallelismo tra cautele e sanzioni definitive»⁴⁰⁴.

La giurisprudenza di legittimità ha espressamente accolto tale impostazione dottrinale, prevedendo l'obbligo del giudice di verificare la presenza di una delle condizioni di cui all'art. 13, per poter applicare una misura cautelare interdittiva,

⁴⁰¹ Cass., sez. II, 26 febbraio 2007, *D'Alessio*

⁴⁰² Ai sensi dell'art. 13 d. lgs. 231/2001, le sanzioni interdittive si applicano, ai reati per i quali sono espressamente previste «quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) L'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative; b) in caso di reiterazione degli illeciti».

All'ultimo comma aggiunge che «le sanzioni interdittive non si applicano nei casi previsti dall'art. 12, comma 1», vale a dire, nei casi in cui l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo; ovvero, quando il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità.

⁴⁰³ BRICCHETTI, *Il sistema cautelare*, cit., p. 136; RENZETTI, op. ult. cit., pp. 101 ss; CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., loc. ult. cit.; PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 147; BALDUCCI, *Misure cautelari interdittive e strumenti riparatorio-premiali nel nuovo sistema di responsabilità "amministrativa" a carico degli enti collettivi*, in *Indice pen.*, 2002, p. 580; RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente*, cit., pp. 121 ss; PERONI, *Il sistema delle cautele*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., pp. 248-249

⁴⁰⁴ RENZETTI, op. ult. cit., p. 123

«assicurando il collegamento tra sanzione definitiva e misura cautelare, che caratterizza l'intero d. lgs. 231/2001». Tale soluzione si impone per il principio di proporzionalità che governa la scelta della misura, da intendersi riferito non solo all'entità del fatto, ma anche alla sanzione che potrebbe essere applicata all'esito del procedimento. In effetti, ad avviso dei Giudici, «il ricorso alla misura cautelare trova una sua legittimazione solo attraverso una valutazione prognostica sulla possibile, futura applicazione della sanzione interdittiva»⁴⁰⁵.

Senonché, una siffatta impostazione è foriera di non trascurabili problematiche interpretative, a partire dalla possibilità o meno di applicare quale misura cautelare una delle sanzioni – per loro struttura – oggettivamente incompatibili con il requisito di provvisorietà connaturato alla misura cautelare.

Al riguardo, la dottrina tende a dubitare della «conciliabilità con la funzione cautelare» della revoca delle autorizzazioni, licenze e concessioni, e dell'esclusione dei finanziamenti, contributi o sussidi, «non essendo agevole ipotizzare una revoca di una concessione o un'esclusione da un finanziamento che abbiano carattere interinale o temporaneo»⁴⁰⁶.

È stato, in effetti, osservato che «la contraddizione è in radice», avendo il legislatore «sostanzialmente ammesso l'adozione provvisoria di provvedimenti qualificati come definitivi, senza risolvere il problema dell'esistenza o meno di limiti di applicabilità di talune misure interdittive»⁴⁰⁷.

I primi arresti giurisprudenziali sul punto fornivano una lettura correttiva dell'applicazione in via cautelare della revoca di agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi già concessi. In una pronuncia risalente ai primi anni di applicazione del decreto, invero, i giudici di merito, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale proposta riguardo alla revoca di finanziamenti, in relazione agli artt. 3, 13 e 27, comma 2, Cost., basata sul difetto dei requisiti di provvisorietà e strumentalità propri

⁴⁰⁵ Cass., sez. VI, 23 giugno 2006., n. 32627

⁴⁰⁶ FIDELBO-SILVESTRI, op. ult. cit., p. 134

⁴⁰⁷ BRICCHETTI, *Misura cautelare della revoca dei contributi già concessi (commento a ordinanza Tribunale del Riesame di Parma del 27.5.2015)*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2016, n. 1, pp. 250-251

delle misure cautelari – oltre che in relazione all’art. 76 Cost., per eccesso di delega – ritenevano che la revoca in fase cautelare dovesse essere intesa in termini di sospensione dell’efficacia del finanziamento, in vista della revoca da adottarsi successivamente⁴⁰⁸.

Altra parte della giurisprudenza, poi, espressamente prevedeva la possibilità di anticipare tutte sanzioni definitive contemplate dal decreto in fase cautelare, inquadrando la revoca come una provvisoria restituzione in attesa della eventuale condanna⁴⁰⁹.

Siffatta posizione è criticata dalla dottrina, che pone in luce come una simile «manovra di aggiramento sistematico» finisca per attribuire a un provvedimento intrinsecamente irrevocabile, il carattere della revocabilità⁴¹⁰.

Negli anni più recenti, peraltro, la giurisprudenza sembra aver accolto le indicazioni dottrinali, rilevando come la revoca di agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi già concessi, essendo caratterizzata da una definitività tipica delle sanzioni, risultasse inconciliabile con la natura interinale propria delle misure cautelari⁴¹¹. Su questa base, dunque, ritiene che nella fase cautelare l’esclusione dai benefici pubblici opera quale “inibizione temporanea” a fruire degli stessi, ma non può riguardare i contributi già percepiti⁴¹². Infatti – benché la precedente giurisprudenza di merito ritenesse applicabile in fase cautelare anche la revoca dei finanziamenti già concessi, ritenendo sussistente l’interesse pubblico a recuperare la somma conferita prima che diventi impossibile⁴¹³ – si deve sottolineare la distinzione tra revoca dei finanziamenti ottenuti ed il divieto

⁴⁰⁸ G.i.p. Trib. Salerno, ord. 28 maggio 2003; in termini analoghi cfr. Trib. Agrigento, 18 luglio 2005

⁴⁰⁹ G.i.p. Trib. Ivrea, ord. 12 maggio 2005

⁴¹⁰ MAGGIO, *La revoca dei finanziamenti concessi all’ente nel processo a carico delle persone giuridiche*, in *Giur. Merito* 2006, p. 2309

⁴¹¹ BRICCHETTI, *Misura cautelare della revoca dei contributi già concessi (commento a ordinanza Tribunale del Riesame di Parma del 27.5.2015)*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2016, n. 1, p. 249

⁴¹² Trib. Riesame Parma, 27 maggio 2015

⁴¹³ G.i.p. Trib. Sciacca, ord. 30 maggio 2005

di ottenerne di nuovi, atteso che nella prima ipotesi l'idoneità della misura ad evitare la commissione di nuovi illeciti non pare riscontrabile⁴¹⁴.

Dell'ulteriore misura revocatoria contemplata tra le sanzioni definitive, vale a dire la revoca di autorizzazioni, licenze e concessioni, invece, si esclude la provvisoria applicabilità in sede cautelare, dato il carattere irreversibile di tale strumento; le esigenze cautelari potranno essere perseguite con la sospensione⁴¹⁵.

2.1 I presupposti per l'applicazione delle misure cautelari

L'art 45 disciplina i presupposti applicativi delle misure cautelari interdittive.

In aggiunta all'implicito presupposto della sussistenza dei requisiti ai quali l'art. 13 subordina l'applicabilità della sanzione interdittiva definitiva⁴¹⁶, è richiesta la presenza di «gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato», nonché di «fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede».

Il primo presupposto, dunque, corrisponde al c.d. *fumus boni iuris*, identificato – attraverso una formula che riecheggia la previsione di cui all'art. 273 c.p.p. («gravi indizi di colpevolezza») – nei gravi indizi di responsabilità.

L'esplicito richiamo, insieme alla equiparazione dell'ente all'imputato contenuta nell'art. 35 del decreto, consente un rimando all'elaborazione giurisprudenziale sulla nozione di “gravi indizi”⁴¹⁷, in base alla quale essi sono da rintracciarsi in «quegli elementi a carico, di natura logistica o rappresentativa, che – contenendo *in nuce* tutti o soltanto alcuni degli elementi strutturali della corrispondente prova – non valgono, di per sé, a provare oltre ogni ragionevole

⁴¹⁴ MAGGIO, *La revoca dei finanziamenti concessi all'ente nel processo a carico delle persone giuridiche*, cit., p. 2309

⁴¹⁵ FIDELBO-SILVESTRI, *Le cautele interdittive: fisionomia e procedimento applicativo*, cit., p. 136

⁴¹⁶ PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 147

⁴¹⁷ MOSCARINI, *Le cautele interdittive nel procedimento penale “de societate”*, Roma, 2010, p. 24; FIDELBO, op. ult. cit., pp. 142-143; PAOLOZZI, op. ult. cit., p. 149

dubbio la responsabilità dell'indagato (o dell'imputato) e tuttavia, consentono, per la loro consistenza, di prevedere che attraverso la futura acquisizione di ulteriori elementi, saranno idonei a dimostrare tale responsabilità, fondando nel frattempo [...] una qualificata probabilità di colpevolezza»⁴¹⁸.

Tenuto conto della peculiare sagomatura dei criteri di imputazione dell'illecito all'ente è del tutto ovvio che i gravi indizi non debbano riguardare la sola commissione del reato presupposto, essendo necessaria una loro estensione a tutti gli elementi della fattispecie complessa in cui si sostanzia la responsabilità dell'ente.

La maggiore articolazione del percorso valutativo richiesto al giudice è corollario necessario della struttura composita della medesima: poiché l'applicazione delle misure interdittive postula una prognosi della responsabilità della *societas*, il giudizio prognostico deve necessariamente investire tutti gli elementi che concorrono a integrarla⁴¹⁹.

La gravità degli indizi, pertanto, dovrà essere commisurata rispetto alla commissione di un reato ricompreso nel novero di reati presupposto contenuti nel d. lgs. 231/2001; in caso di esito positivo, il vaglio del giudice dovrà poi investire la sussistenza dei criteri oggettivi e soggettivi di imputazione dell'illecito all'ente contemplati dal decreto⁴²⁰.

Fondamentale, sul punto, risulta l'intervento con cui la Suprema Corte ha confermato tale conclusione, precisando che «l'ambito di valutazione del giudice deve comprendere non soltanto il fatto di reato, cioè il presupposto dell'illecito amministrativo, ma estendersi ad accertare la sussistenza dell'interesse o del vantaggio derivante all'ente, il ruolo ricoperto in concreto dai soggetti indicati dall'art. 5 comma 1 lett. a) e b) d. lgs. cit., nonché verificare se tali soggetti abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi (art. 5

⁴¹⁸ Cass., Sez. U., 21 aprile 1995, *Costantino*; l'orientamento è accolto anche dalla Corte costituzionale, che rimanda a una «esistenza di una ragionevole e consistente probabilità di colpevolezza e quindi di condanna dell'imputato», Corte cost., 24 aprile 1996, n. 131

⁴¹⁹ RENZETTI, op. ult. cit., p. 114

⁴²⁰ RENZETTI, op. ult. cit., p. 114; VARANELLI, op. ult. cit., p. 177; PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 148; BRICCHETTI, op. ult. cit., pp. 138-139; FIDELBO, *Le cautele interdittive*, cit., p. 142

comma 2); inoltre, nel giudizio cautelare rientrano anche le condizioni indicate dall'art. 13 d. lgs. cit. [...]. Infine, anche nella fase cautelare il giudice deve fondare la sua valutazione in rapporto ad uno dei due modelli di imputazione individuati dagli artt. 6 e 7 del d. lgs.»⁴²¹.

Quanto al rapporto con l'eventuale procedimento cautelare nei confronti della persona fisica indagata per il reato dal quale dipende l'illecito dell'ente, si deve escludere l'ammissibilità di una motivazione *per relationem*, che rinvii, cioè, al provvedimento cautelare emesso a carico del presunto autore del reato.

La ragione di un tale divieto discende non solo dalla struttura composita dell'illecito dell'ente, che, quindi, richiede una motivazione in relazione ai singoli elementi, ma altresì dal diverso procedimento applicativo delle cautele, basato su un contraddittorio anticipato⁴²². La circostanza che il provvedimento applicativo nei confronti dell'ente sia destinato ad essere adottato a seguito del contraddittorio, invero, impone un maggior rigore nella motivazione, oltre ad escludere la possibilità di utilizzare atti che non ne hanno formato oggetto.

La giurisprudenza ha censurato il ricorso nella motivazione da parte dei giudici di merito al provvedimento cautelare emesso nei confronti delle persone fisiche, deducendo la violazione dell'art. 45 che espressamente richiama l'art. 292 c.p.p., secondo cui l'ordinanza cautelare deve prevedere, a pena di nullità, «l'esposizione e l'autonoma valutazione delle specifiche esigenze cautelari e gli indizi che legittimano in concreto la misura»⁴²³.

In linea generale, la motivazione *per relationem*, secondo costante orientamento giurisprudenziale, è ammessa a condizione che faccia riferimento a un legittimo atto del procedimento, fornisca la dimostrazione che il giudice abbia preso cognizione delle ragioni alla base del provvedimento di riferimento e le abbia ritenute coerenti con la decisione, e, infine, che l'atto cui si rinvia sia conosciuto dall'interessato⁴²⁴.

⁴²¹ Cass., Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627, *La Fiorita*

⁴²² FIDELBO, op. ult. cit., p. 162

⁴²³ Cass., Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627, *La Fiorita*

⁴²⁴ Cass., Sez. Un. 21 giugno 2000, *Primavera*

Peraltro, con riferimento allo specifico contesto del procedimento penale a carico degli enti, il rinvio *per relationem* all'ordinanza cautelare emessa nei confronti della persona fisica può assolvere l'onere motivazionale solo limitatamente ad uno degli elementi della fattispecie complessa, vale a dire quello della sussistenza dei gravi indizi della commissione del reato⁴²⁵.

Ad avviso dei Giudici di legittimità, quindi, «il massiccio ricorso [...] alla tecnica di motivazione *per relationem* non si giustifica in un procedimento a carico delle persone giuridiche, in quanto del tutto diversi sono i presupposti e i requisiti per accertare l'esistenza della gravità indiziaria a carico dei soggetti collettivi, elementi che devono essere individuabili autonomamente dall'ordinanza cautelare emessa ai sensi dell'art. 45»⁴²⁶.

In definitiva, la possibilità di motivare *per relationem* è ammessa, al ricorrere delle condizioni su indicate, ma solo con riferimento alla sussistenza del reato presupposto e, al limite, del ruolo ricoperto dall'autore, mentre gli altri elementi della articolata fattispecie rimarrebbero scoperti e affidati all'autonoma valutazione e argomentazione critica del giudice richiesto di disporre la misura⁴²⁷.

La giurisprudenza successiva conferma la posizione assunta dalla Suprema Corte, argomentando anche in relazione all'esigenza di rispettare il contraddittorio, posto che l'art. 292 c.p.p., cui l'art. 45 rinvia, prevede che l'ordinanza cautelare contenga «l'esposizione e l'autonoma motivazione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa», e che il modello del procedimento cautelare *de societate* è quello a contraddittorio anticipato⁴²⁸.

2.1.2 (Segue) L'esigenza cautelare: il pericolo di reiterazione dell'illecito

⁴²⁵ Cass., Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627, cit.

⁴²⁶ Cass., Sez. VI, *La Fiorita*, cit.

⁴²⁷ VARANELLI, op. ult. cit., p. 178

⁴²⁸ Cass., Sez. VI, 5 marzo 2013, *Rosi Leopoldo s.p.a.*; l'orientamento è rispettato anche da Cass. Sez. VI, 26 giugno 2008, *Florovivai s.r.l.*; Cass., sez. VI, 5 marzo 2013, *Orsi Ilio s.r.l.*

Il secondo presupposto previsto dall'art. 45 per l'applicazione di una misura cautelare interdittiva è dato dalla sussistenza dell'unica esigenza cautelare contemplata dal decreto, vale a dire il pericolo di reiterazione dell'illecito.

Ciò che consente di applicare la cautela è l'esigenza di prevenire la commissione di ulteriori fenomeni criminosi all'interno del soggetto collettivo, ove la sua organizzazione e la politica d'impresa facciano ritenere concreto il pericolo di commissione di ulteriori reati⁴²⁹.

Il legislatore delegato, analogamente a quanto previsto dal codice di rito in relazione alle misure cautelari personali, non ha ritenuto sufficiente il *fumus commissi delicti*, richiedendo altresì la presenza di una esigenza connessa al procedimento. Tuttavia, si può cogliere una differenza rispetto alla disciplina codicistica, costituita dal carattere monofunzionale del sistema cautelare *quoad societatem*. In effetti, l'art. 45 fa riferimento ad una soltanto delle esigenze cautelari contemplate dal codice di rito all'art. 274, attribuendo rilevanza solo a quella volta a tutelare le istanze di difesa sociale⁴³⁰.

Siffatta impostazione rappresenta il «segno di un'impostazione dell'intervento cautelare in chiave esclusivamente specialpreventiva, tendente ad evitare la reiterazione di condotte analoghe, per indole, a quella per cui si procede»⁴³¹.

Se appare evidente che l'esigenza legata al pericolo di fuga non possa essere riprodotta nel procedimento *de quo*, l'assenza dell'esigenza cautelare connessa alle dinamiche probatorie può essere spiegata, innanzitutto, in base alla difficoltà di configurarla, atteso che il soggetto collettivo non può porre in essere condotte miranti ad inquinare il quadro probatorio, se non attraverso l'opera di una persona fisica. L'esigenza probatoria potrà, allora, essere perseguita attraverso gli strumenti cautelari adottabili nei confronti dell'autore del reato

⁴²⁹ CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 110

⁴³⁰ MOSCARINI, op. ult. cit., pp. 33-34

⁴³¹ PAOLOZZI, op. ult. cit., p. 146

presupposto⁴³² ovvero attraverso il ricorso ai penetranti poteri investigativi a disposizione degli organi inquirenti, *in primis* il sequestro probatorio.

L'art. 45 fa riferimento a fondati e specifici elementi che facciano ritenere concreto il rischio che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per il quale si procede.

Il termine "indole" presenta un contenuto più determinato rispetto a quello di "specie" utilizzato dalla corrispondente previsione del codice di rito, potendosene ricavare la definizione dall'art. 101 c.p., che rimanda a reati che violano la medesima disposizione di legge o che, comunque, presentano caratteri fondamentali comuni.

Peraltro, non è chiaro se il decreto, con "illeciti della stessa indole" faccia riferimento alle fattispecie complesse costituenti l'illecito *ex delicto* degli enti, ovvero al reato presupposto. A ben vedere, sebbene per un riferimento al reato presupposto possa far propendere l'uso del termine "indole", strettamente penalistico, si può ritenere che la soluzione più coerente sia la prima. Invero, non solo il legislatore espressamente riferisce l'indole all'"illecito" e non già al reato, ma, in aggiunta al criterio letterale, si può cogliere come lo scopo della previsione sia quello di prevenire il protrarsi di una politica d'impresa volta all'illecito, e non la commissione di un nuovo fatto di reato da parte della persona fisica⁴³³.

La valutazione circa il pericolo di recidiva deve riguardare l'illecito nella sua struttura complessa, anche perché una valutazione che limiti la prognosi di reiterazione al reato presupposto potrebbe consentire l'applicazione di una misura cautelare alla persona fisica che lo ha commesso, non anche al soggetto collettivo⁴³⁴.

⁴³² RENZETTI, op. ult. cit., pp. 124-125; PRIMICERIO, *Profili applicativi del procedimento cautelare in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1294, nota 4

⁴³³ MOSCARINI, op. ult. cit., p. 35, «non avrebbe senso, infatti, "penalizzare" quest'ultima unicamente per il timore d'un comportamento delittuoso rilevante solo come *modus operandi* del singolo».

⁴³⁴ RENZETTI, op. ult. cit., p. 131

L'esigenza prevenzionistica deve essere autonomamente riferita all'ente, trattandosi di una cautela funzionalmente diversa da quella eventualmente applicabile alla persona fisica autrice del reato. Di talché, i «fondati e specifici elementi» da valutare dovranno essere apprezzati in relazione al soggetto collettivo⁴³⁵.

L'art. 274 c.p.p., lett. c), individua gli elementi sintomatici nelle specifiche modalità e circostanze del fatto nonché nella personalità dell'imputato.

Con riferimento ai soggetti collettivi, l'assenza di riferimenti specifici potrebbe essere colmata attraverso il richiamo a quegli stessi elementi previsti dal codice di rito⁴³⁶.

La giurisprudenza ha confermato tale conclusione, ritenendo che anche con riferimento all'ente «l'esigenza cautelare emerga dalla valutazione di due tipologie di elementi, il primo di carattere obiettivo, relativo alle specifiche modalità e circostanze del fatto, l'altro di natura soggettiva, attinente alla “personalità” dell'ente»⁴³⁷.

In relazione al profilo oggettivo, dunque, verrà in considerazione la gravità dell'illecito, prendendo in considerazione quegli elementi che l'art. 13 pone quali presupposti per le sanzioni interdittive, come l'entità del profitto o lo stato dell'organizzazione dell'ente. La “personalità” della persona giuridica, invece, verrà valutata in base alla condotta precedente del soggetto collettivo, esaminandone, per esempio, la politica d'impresa attuata ed eventuali illeciti commessi.

Sebbene l'art. 45 non richieda espressamente la concorrenza dei due presupposti, oggettivo e soggettivo, per ritenere sussistente l'esigenza cautelare, si ritiene che la valutazione del giudice debba essere complessiva⁴³⁸.

Si profila così una «tendenza alla oggettivizzazione dell'esigenza cautelare, che deriva, in primo luogo, dalla monofunzionalità del modello, in cui le misure cautelari sono dirette prevalentemente a realizzare una forma di prevenzione

⁴³⁵ CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 110

⁴³⁶ PAOLOZZI, op. ult. cit., p. 150

⁴³⁷ Cass., 23 giugno 2006, *Duemila s.p.a.*

⁴³⁸ FIDELBO, op. ult. cit., p. 148

speciale, e, in secondo luogo, dal rilievo che assume, anche a questi fini, lo stato organizzativo dell'ente, cioè la sua capacità di agevolare o evitare la commissione dei reati»⁴³⁹.

Il cuore della valutazione, in definitiva, è rappresentato dai modelli organizzativi: l'esigenza cautelare va dimostrata sulla base dell'organizzazione dell'ente.

Peraltro, si è fatto presente in dottrina che siffatta impostazione fa sorgere qualche (ulteriore) perplessità in merito al rispetto della presunzione d'innocenza *ex art. 27, comma 2, Cost.* In effetti, in tal modo all'ente verrebbe riconosciuto un livello di tutela inferiore rispetto alla persona fisica, poiché diverrebbero oggetto della valutazione circa la sussistenza dell'esigenza cautelare quegli stessi elementi che fondano il *fumus commissi delicti*, dato che, in ogni caso, anch'esso postula l'individuazione di un difetto di organizzazione dell'ente. I medesimi elementi sono suscettivi di essere sottoposti a una duplice valutazione *in malam partem*, «ond'è presumibile che l'esito sfavorevole alla *societas* del primo finisca per compromettere irreparabilmente questa stessa anche nell'ambito del secondo»⁴⁴⁰.

2.2 Il procedimento applicativo: il contraddittorio anticipato.

Il procedimento applicativo delle misure cautelari interdittive all'ente è basato sul principio della domanda cautelare. Il principio del *ne procedat iudex ex officio* costituisce una regola generale del procedimento penale, a garanzia dell'imparzialità del giudice. In materia cautelare, se il giudice potesse applicare *ex officio* una misura cautelare, valutando in assenza di sollecitazioni la sussistenza dei gravi indizi di responsabilità e dell'esigenza cautelare, la sua iniziativa implicherebbe l'assunzione di una funzione d'accusa del tutto impropria⁴⁴¹.

⁴³⁹ Cass., *Duemila s.p.a.*, cit.

⁴⁴⁰ MOSCARINI, *Le cautele interdittive*, cit., pp. 36-37

⁴⁴¹ CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 843

Analogamente a quanto previsto dalla corrispondente disciplina contenuta nel codice di rito, l'iniziativa cautelare è, dunque, prerogativa del pubblico ministero: nessuna misura può essere applicata se non richiesta dall'organo dell'accusa, né il giudice può andare oltre i confini di quanto richiesto⁴⁴².

L'impulso del pubblico ministero si rende necessario anche per la sostituzione della misura cautelare con altra più afflittiva; viceversa, laddove si tratti di applicare una misura meno gravosa, è richiesta l'iniziativa dell'ente. Solo per la distinta ipotesi di revoca della misura cautelare, invece, il giudice può procedere *ex officio*, nel caso in cui vengano meno le condizioni di applicabilità *ex art. 45*, o quando siano state efficacemente poste in essere le condotte riparatorie di cui all'art. 17.

L'art. 45, operando un parallelismo con quanto prevede l'art. 291 c.p.p. in relazione alla richiesta di applicazione delle misure cautelari personali, stabilisce che il pubblico ministero presenti al giudice gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi quelli a favore dell'ente, e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate. Si deve ritenere, al riguardo, che gli «elementi a favore dell'ente» possano riguardare non solo il reato presupposto, ma tutti gli elementi dell'illecito della *societas*⁴⁴³.

La caratteristica principale e più innovativa del procedimento cautelare *quoad societatem* è senz'altro costituita dal contraddittorio anticipato.

Se, infatti, le misure cautelari personali irrogate alla persona fisica sono “atti a sorpresa” per eccellenza, non così le misure cautelari applicabili all'ente, per l'applicazione delle quali l'art. 47 del decreto prevede una apposita udienza camerale.

Le ragioni alla base di tale scelta normativa sono chiaramente indicate nella Relazione: «la dialettica tra le parti costituisce lo strumento più efficace per porre il giudice nella condizione di adottare una misura interdittiva, che può avere conseguenze particolarmente incisive sulla vita della persona giuridica; in questo modo la richiesta cautelare del pubblico ministero viene a misurarsi con la prospettazione di ipotesi alternative dirette a paralizzare o attenuare

⁴⁴² CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 117

⁴⁴³ FIDELBO, op. ult. cit., p. 152

l'iniziativa accusatoria, con l'effetto di ampliare l'orbita cognitiva del giudice ed evitare i rischi di una decisione adottata sulla scorta del materiale unilaterale⁴⁴⁴».

Alla base, dunque, vi è innanzitutto l'esigenza di incrementare la tutela del diritto di difesa dell'ente-imputato in fase cautelare.

Da questo punto di vista l'ente sembrerebbe godere di margini di tutela più ampi rispetto alla persona fisica, destinataria di un atto a sorpresa, e per la quale il contraddittorio è necessariamente differito. In tale ottica, *prima facie*, si potrebbe perfino dubitare della legittimità costituzionale della disciplina *de qua*, in relazione all'art. 3 Cost., profilandosi una disparità di trattamento⁴⁴⁵.

In effetti, nella previsione del contraddittorio anticipato, posto quanto riportato nella Relazione, è stata da taluno rinvenuta una anticipazione sperimentale in vista di una futura modifica del codice di rito, ritenendosi che le garanzie richieste per i soggetti collettivi dovrebbero valere *a fortiori* per la persona fisica sottoposta a procedimento penale⁴⁴⁶.

Tuttavia, a ben vedere, tali dubbi possono essere superati, se si riflette sul ruolo giocato nell'ambito del procedimento *de societate* dall'udienza camerale prevista dall'art. 47, potendosi cogliere come il contraddittorio assuma «una collocazione fisiologica, se non addirittura obbligata, che ne ridimensiona in misura notevole le potenzialità espansive», posto che in tale contesto la funzione difensiva del contraddittorio «risulta avviluppata in una dimensione collaborativa che finisce per sovrastarla».⁴⁴⁷

Anche le Sezioni Unite della Corte di cassazione si sono espresse sul punto, rilevando la «specifica valenza» che il contraddittorio assume nel procedimento cautelare a carico degli enti, «in quanto l'interlocuzione tra l'ente e l'organo giudicante garantisce non solo finalità direttamente difensive ma [...] consente altresì al giudice di graduare la misura interdittiva adottata»⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ Relazione, cit.

⁴⁴⁵ MOSCARINI, op. ult. cit., pp. 53-54

⁴⁴⁶ CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 119

⁴⁴⁷ RENZETTI, op. ult. cit., pp. 159-160

⁴⁴⁸ Cass. Sez. U., 27 settembre 2018, n. 51515

Inoltre, a giustificare la differente struttura rispetto al procedimento cautelare previsto dal codice di rito, si può constatare come la “sorpresa” che caratterizza i provvedimenti cautelari nei confronti della persona fisica sia funzionale ad evitare la fuga del destinatario o comunque la sua sottrazione alle esigenze di tutela che la misura mira a garantire, onde la possibilità di ridimensionare fortemente la necessità che le misure cautelari siano atti a sorpresa laddove il destinatario sia un soggetto dalle sembianze non antropomorfe.

Il contraddittorio cautelare è funzionale, innanzitutto, all’adozione di una decisione consapevole e corretta, consentendo al giudice di approfondire la situazione organizzativa dell’ente, attraverso un’analisi che può rivelarsi particolarmente complessa, tale da richiedere un apporto collaborativo del soggetto collettivo che solo il contraddittorio anticipato può garantire.

Il giudice è chiamato a confrontarsi con una serie di questioni che prescindono dall’accertamento dei diritti in senso stretto, e che possono anche lambire valutazioni di opportunità amministrativa⁴⁴⁹: nel caso in cui sussistano i presupposti per l’applicazione di una misura interdittiva che inibisca l’attività dell’ente, il giudice è chiamato, giusto quanto dispone l’art. 45, comma 3, d. lgs. 231/2001, a valutare se essa possa comportare un pregiudizio alla collettività ovvero rilevanti ripercussioni sull’occupazione, potendo in tali casi sostituire alla misura richiesta il commissariamento giudiziale dell’ente *ex art. 15*.

Sotto tale profilo, il contraddittorio previsto dall’art. 47 presenta forti affinità con l’interrogatorio previsto dal codice di rito all’art. 289, comma 2, in caso di applicazione della misura dell’interdizione dall’esercizio di un pubblico ufficio o servizio, risultando entrambi giustificati dall’esigenza di permettere al giudice accertamenti di elementi pressoché estranei all’oggetto diretto della domanda cautelare, e concernenti gli interessi pubblici coinvolti⁴⁵⁰.

Per di più, si deve considerare che l’udienza camerale può essere occasione per l’ente di richiedere – in alternativa al rigetto della richiesta di applicazione della misura o, più spesso, in via subordinata – la sospensione delle misure cautelari

⁴⁴⁹ FIDELBO, op. ult. cit., p. 156

⁴⁵⁰ Consiglio Superiore della Magistratura, *La responsabilità degli enti ai sensi del d. lgs. 231/2001*, Genova, 20 aprile 2012; RENZETTI, op. ult. cit., pp. 164-165

prevista dall'art. 49, impegnandosi a porre in essere le attività riparatorie cui l'art. 17 subordina l'inapplicabilità delle sanzioni interdittive. Anche tale opzione legislativa, dimostrazione dell'elezione del procedimento cautelare a sede ideale per incentivare le condotte riparatorie, postula un contraddittorio anticipato.

Se poi si considera l'onere dimostrativo che incombe sull'ente *ex art. 6*, approfondito nel capitolo precedente, risulta evidente come ipotizzare un meccanismo applicativo *de plano* significherebbe negare la possibilità al soggetto collettivo di fornire anticipatamente una prova liberatoria, quand'anche questa fosse di agevole e immediato reperimento⁴⁵¹.

Infine, si devono comunque tenere a mente gli effetti potenzialmente esiziali che l'applicazione di una misura interdittiva può sortire non solo nei confronti dell'ente collettivo, ma anche nei confronti della molteplicità dei terzi coinvolti nell'attività imprenditoriale svolta⁴⁵².

In definitiva, sono la centralità del procedimento cautelare, la sua peculiare funzione e la pregnanza delle conseguenze che ne derivano a imporre un contraddittorio anticipato.

Senonché, è stato fatto presente dalla dottrina più attenta il rischio che l'udienza camerale prevista dall'art. 47 si risolva a danno dell'ente, attesa la forte dimensione collaborativa, che rischia di prevalere su quella difensiva. Da questo punto di vista il contraddittorio anticipato potrebbe rivelarsi «anziché la traduzione in termini processuali di un antagonismo di interessi, un momento di collaborazione delle parti al raggiungimento della verità»⁴⁵³. Sebbene si debba escludere che il giudice possa trarre delle valutazioni a partire dall'atteggiamento dell'ente che non collabori⁴⁵⁴, il rischio è che le numerose occasioni di ravvedimento dell'ente che costellano il decreto producano l'effetto

⁴⁵¹ RENZETTI, op. ult. cit., p. 160

⁴⁵² MOSCARINI, op. ult. cit., p. 54

⁴⁵³ GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Z agg., vol. VIII, 2001, p. 5

⁴⁵⁴ Consiglio Superiore della Magistratura, *La responsabilità degli enti ai sensi del d. lgs. 231/2001*, cit.

di punire solo gli enti che non collaborano, piuttosto che quelli che si sono effettivamente resi responsabili di un illecito⁴⁵⁵.

Si è poi posto il problema, con riferimento alla richiesta da parte dell'ente di usufruire della sospensione *ex art. 49*, della potenziale individuazione in tale opzione difensiva di una "ammissione di colpa" del soggetto collettivo. Al riguardo, le Sezioni Unite hanno precisato che «la richiesta di sospensione della misura che viene avanzata dall'ente non implica affatto la rinuncia, da parte della società, a contestare la fondatezza della domanda cautelare», osservando che la richiesta «ben può dipendere dalla primaria esigenza dell'ente di scongiurare l'applicazione di misure interdittive, implicanti la stasi del ciclo produttivo e la paralisi dell'attività economica»⁴⁵⁶. Pertanto, deve escludersi che la disponibilità dell'ente a porre in essere condotte riparatorie possa essere letta come una non contestazione della domanda cautelare o, peggio, una sostanziale adesione alla ricostruzione accusatoria.

Come conseguenza di tale peculiare dinamica cautelare, si ritiene che non trovi applicazione l'interrogatorio di garanzia *ex art. 294 c.p.p.*, posto che «lo scarto tra la base cognitiva rispetto alla quale si sviluppa il contraddittorio anticipato e quella su cui può innestarsi il successivo interrogatorio di garanzia è normalmente minimo», sicché un successivo interrogatorio finirebbe per rappresentare un inutile appesantimento del procedimento⁴⁵⁷.

3. La funzione rieducativa e la priorità del recupero dell'ente alla legalità: la centralità del procedimento cautelare

Per comprendere al meglio le dinamiche cautelari, è opportuna qualche considerazione sulla centralità di tale fase nell'ambito del procedimento *de societate*.

⁴⁵⁵ FRANZONI, *Il sistema sanzionatorio e cautelare. Riflessioni sull'effettività*, in AA.VV., *Il processo penale de societate*, a cura di BERNASCONI, 2006, p. 108

⁴⁵⁶ Cass. Sez. U., 27 settembre 2018, n. 51515

⁴⁵⁷ FIDELBO, *op. ult. cit.*, p. 158

Le caratteristiche tipiche del procedimento cautelare delineato dal d. lgs. 231/2001, invero, si giustificano alla luce della preminente esigenza di recuperare l'ente alla legalità⁴⁵⁸: la finalità prima dell'intera disciplina è quella di ottenere, sia pure *ex post*, che l'organizzazione dell'ente sia strutturata in maniera tale da prevenire la commissione di future condotte di reato.

In tale prospettiva, il momento cautelare risulta assai strategico, assurgendo a sede ideale per spingere l'ente a riorganizzarsi.

Al riguardo, si rivela fondamentale l'istituto della sospensione delle misure cautelari interdittive di cui all'art. 49, ove l'ente chieda al giudice di poter realizzare le condotte riparatorie cui la legge condiziona l'applicazione delle sanzioni interdittive. Tali condotte, previste dall'art. 17, consistono nel risarcimento integrale del danno con eliminazione delle conseguenze dannose (o comunque l'essersi adoperato in tal senso), nell'eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'efficace attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e, infine, nella messa a disposizione del profitto ai fini della confisca.

Il legislatore, quindi, consente all'ente di evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive, anche in forma anticipata, in cambio di un impegno ad organizzarsi correttamente.

La finalità sottesa alla previsione dell'istituto è chiaramente quella di fare leva sulla "persuasività" dell'applicazione delle misure cautelari interdittive per ottenere il ravvedimento dell'ente⁴⁵⁹.

Simile impostazione, a ben vedere, dipende probabilmente anche dal fatto che assai raramente i modelli organizzativi adottati *ante factum* riescono a fungere da esimente, così da rendere più agevole la via della correzione in corsa dell'assetto organizzativo esistente⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ FIDELBO, op. ult. Cit., p. 133

⁴⁵⁹ CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 126

⁴⁶⁰ FIDELBO-RUGGERI, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, cit., pp. 7-8

Peraltro, come acutamente rilevato, consentire all'ente di evitare l'applicazione di misure interdittive mediante la richiesta di porre in essere le condotte riparatorie, secondo una logica di "scambio", comporta «uno spostamento dell'istanza cooperativa sul terreno degli istituti la cui natura geneticamente strumentale all'accertamento confligge con logiche di tal fatta»⁴⁶¹.

La centralità del procedimento cautelare è confermata dalle numerose pronunce di legittimità concernenti le misure cautelari, nettamente superiori alle decisioni riguardanti altri aspetti della disciplina della responsabilità da reato degli enti⁴⁶². Si è posto in luce che suddetta impostazione appare animata da una "finalità rieducativa" e, proprio per questo, può creare qualche attrito con la presunzione d'innocenza dell'imputato, posto che tale principio esclude la possibilità di attribuire alle misure cautelari finalità proprie della pena, tra cui, appunto, quella rieducativa⁴⁶³.

Può ritenersi che la gravità delle conseguenze dell'applicazione delle misure interdittive al soggetto collettivo possa giustificare un approccio più elastico, soprattutto ove si risolve *in bonam partem*⁴⁶⁴.

La logica premiale risulta coerente con lo scopo di fondo della disciplina, da rinvenirsi nella retta organizzazione delle persone giuridiche, piuttosto che nella mera punizione dell'illecito⁴⁶⁵.

Tuttavia, non può tacersi l'eventualità che l'accentuata premialità che contraddistingue il procedimento *de societate* e, segnatamente, le dinamiche cautelari, divenga un modo per introdurre statuti differenziati a seconda degli sforzi collaborativi del soggetto collettivo. In tale prospettiva, ad essere maggiormente esposti al pericolo di una condanna sono gli enti che non colgono

⁴⁶¹ PERONI, *Il sistema delle cautele, Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 260

⁴⁶² RENZETTI, op. ult. cit., p. 84; GARUTI, *Il processo "penale" agli enti a dieci anni dalla nascita*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 790

⁴⁶³ Osserva FRANZONI, *Il sistema sanzionatorio e cautelare. Riflessioni sull'effettività*, in AA.VV., *Il processo penale de societate*, a cura di BERNASCONI, Milano, 2006, pp. 105 ss., come il d. lgs. 231/2001 attribuisca al processo la funzione rieducativa

⁴⁶⁴ MOSCARINI, op. ult. cit., pp. 64-65

⁴⁶⁵ CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 126

gli incentivi offerti dalla disciplina e non collaborano; viceversa, per porre fine al procedimento, più che l'innocenza, quel che conta è il ravvedimento attraverso una retta organizzazione. Siffatto sistema potrebbe rivelarsi un incentivo per ammissioni di colpa da parte del soggetto collettivo che prescindono dalla sussistenza della responsabilità⁴⁶⁶.

In effetti, in dottrina, è stato posto in evidenza «il rischio di strumentalizzazioni» che deriva da «una premialità incentivata sotto la pressione di interdizioni altamente incidenti sulla stessa vita dell'ente»⁴⁶⁷.

È stato notato come la logica di scambio tra imputato e Stato rappresenti una componente di una consolidata “premieria” del sistema penale: la peculiarità, nel caso del procedimento *de societate* sta nel fatto che esso non sia semplicemente disposto a indulgere sull'aspetto qualitativo dell'accertamento, ma giunge sino quasi a rinunciarvi, profilando «un congegno consapevole delle proprie potenzialità, al punto di figurare incentivi premiali a fronte di un costruttivo ritorno dell'imputato sui binari dell'agire legale»⁴⁶⁸.

In definitiva, l'anticipazione delle sanzioni definitive, l'esigenza di un contraddittorio preventivo, la possibilità di sospendere le misure ponendo in essere condotte riparatorie, affondano le radici nella funzione che il procedimento cautelare assume in questo contesto, di “spinta” dell'ente verso i binari della legalità.

Ci si trova di fronte un modello procedimentale inedito, che nella gran parte dei casi risulta incentrato sulla fase cautelare, per poi virare sui riti speciali, che consentono all'ente una più rapida via d'uscita dal processo.

In effetti, si deve considerare anche il peso che il procedimento cautelare assume nel processo penale a carico degli enti.

Innanzitutto, esso influenza fortemente le scelte processuali dell'ente imputato, posto che una volta che la *societas* sia riuscita ad eliminare il pericolo di

⁴⁶⁶ FRANZONI, op. ult. cit., pp. 107-108

⁴⁶⁷ PRESUTTI, *Le cautele interdittive nel processo de societate al vaglio della sperimentazione applicativa*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di CORSO-PERONI, vol. I: *Diritto processuale penale*, La Tribuna, 2010, p. 723

⁴⁶⁸ BELLUTA, *L'ente incolpato*, cit., p. 114

incorrere nell'applicazione di sanzioni interdittive, mediante la virtuosa realizzazione delle condotte riparatorie contemplate dall'art. 17, il suo interesse è di porre fine quanto prima al procedimento penale.

Inoltre, laddove si giunga al dibattimento, si profila il rischio di un condizionamento del giudizio di idoneità dei modelli organizzativi per effetto del giudicato cautelare. La valutazione sull'idoneità dei *compliance programs* è tendenzialmente oggettiva (soprattutto ove abbia formato oggetto di una perizia), e prescinde dalla fase in cui viene svolta⁴⁶⁹. A ben vedere, l'oggetto della valutazione richiesta al giudice cautelare e di quella rimessa al giudice del dibattimento ai fini dell'accertamento della responsabilità, consistendo nell'organizzazione dell'ente al momento di commissione dell'illecito, è il medesimo. Da qui il problema degli effetti pregiudizievoli che da un provvedimento applicativo di una misura cautelare potrebbero derivare per il soggetto collettivo, suscettivi di compromettere l'autonomia del procedimento principale rispetto al subprocedimento cautelare.

Peraltro, anche nel caso in cui la *societas* sia riuscita ad evitare l'applicazione di misure interdittive ponendo in essere le condotte riparatorie che tale effetto premiale consentono, l'attività di riorganizzazione postula l'individuazione delle carenze organizzative e, dunque, si risolve inevitabilmente in elementi a favore dell'accusa; è stato osservato, al riguardo, che «la minaccia di applicazione di una misura interinale rischia di configurarsi come mezzo per ottenere condotte confessorie o riparatorie, precluso in virtù dei canoni costituzionali»⁴⁷⁰.

Un'ultima osservazione critica sul tema riguarda la circostanza che, benché tutta la normativa risulti finalizzata ad ottenere la rieducazione dell'ente, al punto di sacrificare, almeno in parte, i principi dettati a tutela dell'imputato, pare potersi dubitare dell'effettività e della "stabilità" del risultato così raggiunto. In effetti, alla efficace attuazione *ex post* del modello organizzativo, con conseguente revoca della misura interdittiva, mancano controlli sul mantenimento dello stato

⁴⁶⁹ FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, cit., p. 60

⁴⁷⁰ FRANZONI, op. ult. cit., p. 168

organizzativo, così come mancano sanzioni in caso di disapplicazione o addirittura abolizione del modello⁴⁷¹.

In un simile scenario, si delinea un processo in cui le garanzie perdono di fronte all'esigenza di prevenzione speciale che, però, comunque ancora non risulta effettivamente soddisfatta.

4. Le cautele reali

Il legislatore delegato – accanto alla possibilità, contemplata dalla legge delega, di applicare una delle sanzioni interdittive quale misura cautelare – ha introdotto le due misure cautelari reali del sequestro preventivo e del sequestro conservativo.

La giustificazione della previsione di tali cautele «autonome rispetto all'apparato di misure interdittive», è rinvenuta nella *Relazione* nella necessità di una disciplina *ad hoc* dei sequestri, «posto che la loro operatività in ragione del generale rinvio a scopo di confisca [...] non si sarebbe potuta mettere seriamente in discussione in ragione di una incompatibilità con le sanzioni interdittive non si sarebbe potuta mettere seriamente in discussione in ragione di una incompatibilità [...] non ravvisabile se non in relazione al sequestro preventivo in senso proprio, che pertanto è da ritenersi ipotesi non applicabile nella specie»⁴⁷².

A ben guardare, peraltro, i dubbi in ordine alla legittimità di tale previsione in assenza di una specifica indicazione della legge delega sul punto, possono essere superati accogliendo l'idea che, mentre le misure cautelari interdittive costituiscono una novità, e come tale non potevano non richiedere una espressa previsione, non così i sequestri, contemplati dal codice di rito alla cui disciplina – in quanto compatibile – il legislatore delegato doveva guardare⁴⁷³.

I due sequestri sono previsti dagli artt. 53 (sequestro preventivo) e 54 (sequestro conservativo). Esse sono accomunate dalla tecnica utilizzata dal legislatore, che

⁴⁷¹ FRANZONI, op. ult. cit., p. 170

⁴⁷² *Relazione*, cit.

⁴⁷³ LATTANZI, *Le cautele reali*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, cit., p. 192

si limita a individuarne la specifica funzione, rinviando per la disciplina a quanto stabilito dal codice di procedura penale, in quanto compatibili. Al riguardo, considerati soprattutto la collocazione delle cautele reali dopo l'intera disciplina delle misure interdittive nonché il rinvio operato alle disposizioni codicistiche, si ritiene che la relativa disciplina sia contenuta integralmente nel codice di rito⁴⁷⁴. Accogliendo tale considerazione, troverà, allora, applicazione il procedimento *inaudita altera parte* delineato dagli artt. 316 ss. c.p.p.

La soluzione appare coerente con la natura di "atto a sorpresa" che conserva rispetto alla corrispondente figura codicistica: la consapevolezza dell'intenzione del pubblico ministero di chiedere la misura ne svilirebbe l'effettività, favorendo la sottrazione del bene⁴⁷⁵.

4.1 Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca

Il sequestro preventivo, disciplinato dall'art. 53, colpisce le «cose di cui è consentita la confisca a norma dell'art. 19», ossia il prezzo o il profitto del reato⁴⁷⁶.

Esso rappresenta, pertanto, l'anticipazione in sede cautelare della confisca.

Più precisamente, la disposizione in commento fa riferimento alla sola ipotesi di confisca-sanzione prevista dall'art. 19 – che, ricollegandosi a una sentenza di

⁴⁷⁴ LATTANZI, op. ult. cit., p. 192; cfr. anche Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, *Fisia Italimpianti*

⁴⁷⁵ PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., pp. 167-168; LATTANZI, *Le cautele reali*, cit., pp. 192-193

⁴⁷⁶ Per le nozioni di "prezzo" e "profitto" cfr. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *dig. d. pen.*, Utet, 1989, vol. III, p. 52; MONGILLO-BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, cit., pp. 335 ss.; sul concetto di profitto rilevante ai fini del sequestro preventivo cfr. anche Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26651, *Fisia Italimpianti*: «il profitto del reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca [...] è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato ed è concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente»; MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale (seconda parte: misure cautelari interdittive e sequestro preventivo a fini di confisca)*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, n. 1, pp. 167 ss.

condanna, presuppone l'accertamento della responsabilità – e non anche alle altre ipotesi di confisca previste dal d. lgs. 231/2001.

Si coglie, allora, la differenza dell'oggetto e della funzione rispetto alla figura di sequestro preventivo prevista dall'art. 321 c.p.p., concernente le cose pertinenti al reato la cui libera disponibilità possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, nonché le cose di cui è consentita la misura di sicurezza della confisca. La figura generale di sequestro di cui al codice di procedura penale, quindi, è legata alla pericolosità della *res*.

Ebbene, una prima problematica interpretativa ha riguardato proprio la possibilità di ritenere applicabile all'ente il sequestro – c.d. impeditivo – previsto dal comma 1 dell'art. 321 c.p.p.

Si deve innanzitutto partire dal presupposto che l'art. 53 richiama la disciplina dell'art. 321 c.p.p. quanto agli aspetti procedurali, ma non anche la previsione dei sequestri di cui ai primi due commi: già il senso letterale della norma, pertanto, esclude l'applicazione del sequestro codicistico. A ciò si aggiunga che la *ratio* dell'introduzione della espressa previsione delle cautele reali è proprio quella di offrire una disciplina *ad hoc*. Nella *Relazione*, invero, espressamente si ricollega l'opportunità di introdurre una autonoma figura di sequestro alla incompatibilità ravvisata tra il sequestro previsto dal codice e le cautele interdittive irrogabili nei confronti dell'ente, aventi la medesima finalità⁴⁷⁷.

Tale incompatibilità si ravvisa agevolmente nel fatto che laddove il sequestro preventivo abbia per oggetto, ad esempio, l'intera azienda, l'effetto non sarebbe dissimile da quello di un'interdizione dall'attività.

Il sequestro preventivo delineato dal decreto è un sequestro “speciale” rispetto alla figura “generale” di cui al codice di rito, e tale specialità comporta un limite sia alla possibilità di applicare analogicamente le norme codicistiche, sia all'interpretazione, che deve tenere in conto le specifiche finalità che l'istituto acquisisce nel procedimento *de societate*⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ *Relazione*, cit.

⁴⁷⁸ EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca, I° parte*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 3, p. 73

La finalità del sequestro contemplato dall'art. 53 del decreto è quella di "cautelare" la confisca-sanzione in caso di condanna dell'ente. Non si ravvisa, invece, la finalizzazione alla prevenzione propria del sequestro previsto dal codice, al punto che l'attributo "preventivo" parrebbe assumere qui una valenza di tipo temporale⁴⁷⁹.

Il fatto che sia funzionale alla sanzione prevista dall'art. 19, insomma, esclude di ritenere applicabile l'art. 321, comma 1, c.p.p. nel procedimento *de quo*, in ragione della natura sanzionatoria della confisca.

Invero, come acutamente osservato, è proprio in considerazione della preordinazione dell'istituto all'applicazione di una sanzione definitiva che il «principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza impregna di connotazioni significative i rapporti tra cautela e sanzione»⁴⁸⁰, richiedendo un approccio attento da parte dell'interprete.

Senonché, in direzione opposta appare orientata la giurisprudenza, che ha ammesso il sequestro c.d. impeditivo di cui all'art. 321, comma 1, c.p.p. nei confronti dell'ente. I Giudici di legittimità, riconosciuta la non coincidenza del sequestro preventivo previsto dall'art. 53 del decreto rispetto al corrispondente istituto codicistico, escludono l'incompatibilità tra quest'ultimo e le misure cautelari interdittive paventata dalla *Relazione*. In particolare, ad avviso della Corte, il campo di applicazione delle cautele interdittive non coincide con quello del sequestro impeditivo, in quanto, innanzitutto, le prime sono caratterizzate da una temporaneità, mentre il sequestro è suscettivo di definitività in caso di successiva applicazione della confisca; inoltre, si afferma che le misure interdittive incidono sull'uso della *res* solo in modo indiretto, mentre il sequestro colpisce il bene in modo diretto, connotandosi così di «una selettività che la misura interdittiva non ha». La giustificazione di tale conclusione ermeneutica è ravvisata dalla Suprema Corte – una volta negata ogni incompatibilità – nel disposto dell'art. 34. Conclude, quindi, enunciando il principio di diritto in base al quale «in tema di responsabilità degli enti e persone

⁴⁷⁹ BERNASCONI, *Confisca e sequestro preventivo: vecchi arnesi interpretativi e nuove frontiere di legalità*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, n. 3, pp. 210-211

⁴⁸⁰ BERNASCONI, *op. ult. cit.*, pp. 211-212

giuridiche, è ammissibile il sequestro impeditivo di cui al comma primo dell'art. 321 cod. proc. pen., non essendovi totale sovrapposizione e, quindi, alcuna incompatibilità di natura logica-giuridica fra il suddetto sequestro e le misure interdittive»⁴⁸¹.

La soluzione raggiunta presta il fianco alle numerose critiche avanzate dalla dottrina. In primo luogo, invero, si sottolinea come la decisione in discorso trascuri del tutto non solo il dato letterale dell'art. 53, che esclude l'applicabilità del sequestro preventivo codicistico, non richiamando il comma 1 dell'art. 321 c.p.p., ma anche l'espressa opzione in tal senso esplicitata nella *Relazione*⁴⁸².

In secondo luogo, le argomentazioni proposte dalla Corte per superare l'incompatibilità del sequestro con le cautele interdittive non sembrano condivisibili, a partire dalla considerazione che anche le misure cautelari interdittive sono suscettive di acquistare una definitività ove venga irrogata la corrispondente sanzione all'esito del processo⁴⁸³.

A ciò si aggiunga che, ove si propendesse per l'applicabilità del sequestro preventivo, l'ente finirebbe per vedersi applicata una misura in concreto assimilabile ad una cautela interdittiva, ma senza il rispetto delle relative garanzie procedurali.

Invero, in dottrina, pur ammettendosi una certa fungibilità, dal punto di vista funzionale, tra misure interdittive e misure reali, si mostrano delle riserve sull'uso delle seconde con gli effetti propri delle prime, comportando ciò una elusione delle garanzie previste per l'ente sottoposto a cautele interdittive⁴⁸⁴.

4.2 Il requisito dei gravi indizi di responsabilità dell'ente

⁴⁸¹ Cass., 20 luglio 2018, n. 34293

⁴⁸² SANTORIELLO, "Torsioni" interpretative della giurisprudenza nella ricostruzione della disciplina in tema di processo agli enti collettivi ovvero dal rimando alla disciplina del codice di procedura penale alla ricostruzione di un processo a la carte, in *Osservatorio sulla responsabilità penale degli enti*, 2019, n.1, pp. 11-12

⁴⁸³ SANTORIELLO, op. ult. cit., pp. 15.16

⁴⁸⁴ BALDUCCI, *L'ente imputato*, cit., p. 89; EPIDENDIO, op. ult. cit., p. 93

Una delle maggiori questioni interpretative orbitante attorno alla misura cautelare del sequestro preventivo di cui all'art. 53 attiene alla necessità o meno della sussistenza dei gravi indizi di responsabilità dell'ente ai fini della sua applicazione.

Il dubbio nasce dalla circostanza che l'art. 53, a differenza dell'art. 45, non individua espressamente tale requisito. La sola assenza di un esplicito riferimento, peraltro, non pare poter sminuire la necessità del c.d. *fumus bonis iuris*, al fine di controbilanciare l'anticipazione di una sanzione definitiva⁴⁸⁵.

Posto, infatti, che il sequestro preventivo è finalizzato alla confisca-sanzione irrogabile all'ente a seguito dell'accertamento della responsabilità, il *fumus commissi delicti* deve riguardare non solo il reato presupposto ma l'intera fattispecie complessa integrante l'illecito della *societas*⁴⁸⁶.

La rilevanza del requisito dei gravi indizi di colpevolezza, quindi, si deve ritenere applicabile anche al sequestro *ex art. 53*, e ciò «non per ideologico garantismo ma per salvaguardare la compatibilità della misura con i principi costituzionali (art. 27, comma 2, Cost.)»⁴⁸⁷.

L'anticipazione in fase cautelare di una sanzione, invero, «ammesso e non concesso che possa ritenersi compatibile con i principi del sistema (essendo tutt'altro che allineata, com'è evidente, con la regola di trattamento dell'imputato espressa dall'art. 27 comma 2 Cost.)» rende imprescindibile un approfondimento circa la sussistenza del *fumus* di sussistenza dell'illecito dell'ente⁴⁸⁸.

Anche su questo aspetto, la giurisprudenza, nelle prime pronunce sul tema, si dimostra orientata in senso opposto, restando ancorata agli approdi esegetici maturati in relazione al sequestro preventivo *ex art. 321 c.p.p.*, in relazione al quale si richiedono i soli indizi di reato o, addirittura, la sua astratta

⁴⁸⁵ LORENZETTO, *sub art. 53*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità da reato degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, 2008, CEDAM, p. 466

⁴⁸⁶ EPIDENDIO, *op. ult. cit.*, p. 95

⁴⁸⁷ BERNASCONI, *op. ult. cit.*, p. 212

⁴⁸⁸ CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, *cit.*, p. 129

configurabilità⁴⁸⁹, argomentando principalmente in base alla assenza di un esplicito richiamo ai gravi indizi di colpevolezza da parte dell'art. 53⁴⁹⁰.

Tale conclusione è da più parti criticata, sottolineandosi come essa finisca per negare la stessa necessità del *fumus*, inteso come probabilità che il provvedimento definitivo che si intende cautelare (in questo caso, dunque, la confisca) venga applicato a seguito dell'accertamento della responsabilità⁴⁹¹.

Anche perché l'orientamento maturato in relazione al sequestro preventivo disciplinato dal codice di rito va apprezzato nel suo specifico contesto; esso, infatti, trova giustificazione nella intrinseca pericolosità della cosa che costituisce l'oggetto della cautela reale di cui all'art. 321 c.p.p., onde l'impossibilità di riproporlo riguardo al sequestro preventivo contemplato dal decreto, finalizzato non già a porre fine a una situazione di oggettiva pericolosità della *res*, bensì alla sottrazione del bene al presunto autore dell'illecito. In tale diverso ambito, in cui la cautela acquisisce una connotazione soggettiva, allora, «l'elusione della verifica della posizione del destinatario della misura finisce per avallare una sorta di presunzione di addebitabilità del reato» in contrasto non solo con la regola di trattamento discendente dalla presunzione d'innocenza dell'imputato, ma altresì con il suo fondamentale diritto di difesa⁴⁹².

Tornando a pronunciarsi sulla questione anni dopo, la Corte si pone in consapevole contrasto con il precedente orientamento, conformandosi all'opinione dottrinale su proposta, più rispettoso della presunzione di non colpevolezza. I Giudici di legittimità rilevano che «in questa materia non appare

⁴⁸⁹ Cfr. Cass. Sez. U., sent. 27 marzo 1992; Cass. Sez. U., sent. 25 marzo 1993; Cass., Sez. U., sent. 23 marzo 2000; Cass. Sez. V, sent. 29 aprile 2014, n. 17982; Cass. Sez. II, 25 maggio 2021, n. 22528. V. anche Corte cost., sent. 17 febbraio 1994, n. 98, con cui dichiara l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale proposta in relazione agli artt. 24, 27, 42, 111 Cost., sul presupposto della diversità dei valori in gioco (libertà personale e libera disponibilità dei beni).

In dottrina, cfr. FIORE, *Accertamento dei presupposti e problematiche in tema di sequestro preventivo*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1995, p. 554; BEVERE, *Coercizione reale. Limiti e garanzie*, Milano, 1999, p. 22;

⁴⁹⁰ Cass. Pen., 16 febbraio 2016, n. 9829

⁴⁹¹ LATTANZI, op. ult. cit., p. 195

⁴⁹² CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., pp. 130 ss.

corretta una automatica trasposizione del regime dei presupposti legittimanti il sequestro preventivo previsto dall'art. 321 c.p.p., in quanto nel caso dell'art. 53 d. lgs. 231/2001 il sequestro è direttamente funzionale ad anticipare, in via cautelare, la confisca di cui all'art. 19 d. lgs. cit. che è sanzione principale, obbligatoria e autonoma». Basandosi sulla specifica funzione che il la cautela reale è chiamata a svolgere nel procedimento *de quo*, pertanto, affermano che «è proprio la natura di sanzione principale e obbligatoria della confisca che impone, con riferimento alla misura cautelare reale ad essa funzionale, una più approfondita valutazione del presupposto del *fumus delicti*, che cioè non si limiti alla sola verifica della sussumibilità del fatto attribuito in una determinata ipotesi di reato, così impedendo al giudice il controllo sulla concreta fondatezza dell'accusa»⁴⁹³.

Ebbene, partendo dalla considerazione che non risulta possibile applicare i principi maturati in riferimento all'istituto codicistico, stante la diversa finalità delle due figure di sequestro, si conclude per la necessità di una attenta valutazione circa la sussistenza del *fumus delicti*, consistente nella sussistenza di gravi indizi di responsabilità dell'ente⁴⁹⁴.

Per di più, come fatto presente dalla Corte, non si giustifica nel procedimento *de societate* una netta distinzione, quanto ai presupposti, tra le diverse misure cautelari previste dal decreto, poiché esse, a differenza di quanto accade nel procedimento a carico della persona fisica, non si differenziano per i beni che mirano a tutelare. Tale «sostanziale omogeneità dei beni presi in considerazione», allora, «dovrebbe portare ad escludere ogni differenziazione dei presupposti applicativi delle due tipologie di misure cautelari», soprattutto perché «entrambe sono destinate ad anticipare l'applicazione di sanzioni principali e obbligatorie, sanzioni subordinate all'accertamento della responsabilità dell'ente».

⁴⁹³ Cass., 31 maggio 2012, n. 34505, *Codelfa s.p.a.*

⁴⁹⁴ CANESCHI, *Sulla necessaria valutazione dei gravi indizi di responsabilità dell'ente per l'applicazione del sequestro preventivo di cui all'art. 53 del d. lgs. 231/01*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 settembre 2012

In definitiva, in presenza di una anticipazione di una sanzione definitiva, che in quanto tale presuppone l'accertamento della responsabilità e, quindi, la condanna dell'ente, non si può prescindere da un accurato vaglio sulla sussistenza di gravi indizi di responsabilità del soggetto collettivo.

Né il mancato riferimento esplicito nell'art. 53 pare comportare una «radicale differenziazione nei presupposti» e, dunque, vale a consentire una applicazione «acritica» della disciplina codicistica.

In conclusione, «presupposto per il sequestro preventivo di cui all'art. 53 d. lgs. 231/2001 è un *fumus delicti* “allargato”, che finisce per coincidere sostanzialmente con il presupposto dei gravi indizi di responsabilità dell'ente»⁴⁹⁵.

Con tali preziose parole, la giurisprudenza di legittimità si è allineata con la dottrina più sensibile, secondo la quale la presunzione d'innocenza, intesa nella sua dimensione di divieto di anticipare una sanzione in sede cautelare, impone, quantomeno, che la valutazione del giudice sia estesa alla colpevolezza. Il *fumus*, per la precisione, dovrà abbracciare non solo probabilità che si giunga ad una sentenza di condanna, ma anche la probabilità che il bene oggetto del provvedimento sia confiscabile, *ergo*, che costituisca il prezzo o profitto del reato⁴⁹⁶.

4.3 La necessità del vaglio sul *periculum*

L'esistenza del *periculum in mora*, ulteriore presupposto di applicazione delle misure cautelari, tende a presumersi in relazione al sequestro preventivo di cui all'art. 53.

Poiché, infatti, la confisca-sanzione cui il sequestro è preordinato è obbligatoria e prescinde da un vaglio sul *periculum*, la giurisprudenza prevalente ritiene sussistente per il sequestro preventivo il medesimo regime di obbligatorietà stabilito per la confisca.

⁴⁹⁵ Cass., 31 maggio 2012, n. 34505, cit.

⁴⁹⁶ BERNASCONI, op. ult. cit., pp. 212 ss.

Più precisamente, sul punto, in passato, si sono pronunciate le Sezioni Unite, per più di una volta. Nella prima pronuncia che ha toccato questo aspetto, si è ritenuto che la presenza del *periculum* sia valutata tipicamente dal legislatore, attraverso il richiamo all'art. 19⁴⁹⁷. Nella successiva occasione, facendo leva sul carattere obbligatorio della confisca-sanzione, letto congiuntamente allo stretto rapporto di connessione funzionale con il sequestro preventivo, la Cassazione nel suo massimo Consesso, ha affermato che «il sequestro ha lo stesso regime di obbligatorietà della confisca»⁴⁹⁸.

In definitiva, ad avviso della giurisprudenza, l'obbligatorietà della confisca «affranca il giudice da ogni indagine in ordine alla sussistenza del *periculum in mora*»⁴⁹⁹.

Non pare azzardato avanzare qualche perplessità riguardo all'“equazione” tra obbligatorietà della confisca e obbligatorietà del sequestro individuata dalle sentenze in commento, che riduce la valutazione del giudice ad un “mero automatismo”, a partire dalla considerazione che sembra improprio parlare di una “obbligatorietà” delle misure cautelari, attesa la necessità che esse siano sempre giustificate da una situazione di emergenza⁵⁰⁰.

Inoltre, in senso contrario si fa presente la necessità di discostarsi da una simile ricostruzione, ritenendosi che l'anticipazione della confisca-sanzione debba essere giustificata dal concreto pericolo che il prezzo o il profitto del reato si disperdano; tale conclusione si fonda sul peculiare oggetto dell'ablazione, che non rimanda ai requisiti di pericolosità intrinseca della *res*, mentre il pericolo riguarda la dispersione del bene, che solo può giustificare la sua ablazione in fase cautelare⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ Cass., Sez. un., 24 maggio 2014, n. 29951

⁴⁹⁸ Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170

⁴⁹⁹ Cass., Sez. II, 22 marzo 2006, n. 9829

⁵⁰⁰ CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., pp. 137-138, che prosegue osservando che «anche la pena è “obbligatoria”, ma non per questo la si può *tout court* anticipare in sede cautelare».

⁵⁰¹ BERNASCONI, op. ult. cit., p. 213; LORENZETTO, *sub art. 53*, cit., p. 467

Anche con riferimento al *periculum*, dunque, non sembra realizzabile una acritica estensione degli approdi interpretativi maturati in relazione al sequestro *ex art. 321 c.p.p.*, differente nell'oggetto e nella finalità.

L'automatismo che colpisce il requisito del *periculum* con riferimento al sequestro preventivo previsto dal codice di rito, invero, dipende dal suo oggetto, costituito da cose intrinsecamente pericolose, che devono essere tolte dalla disponibilità del soggetto, a prescindere da ogni pericolo di dispersione. Invece, lo scopo del sequestro contemplato dal decreto è diverso, e risiede nell'evitare la sottrazione o l'occultamento del prezzo o del profitto del reato, in modo da cautelare la sanzione della confisca che verrà applicata (solo) in caso di condanna dell'ente, e non già quello di sottrarre al soggetto la disponibilità di un bene intrinsecamente pericoloso. L'esigenza cautelare, allora, non potrà che essere ricollegata al concreto – e non di certo automatico – pericolo che la futura possibilità di applicare la confisca sia pregiudicata⁵⁰².

Inoltre, a differenza di quel che accade con riferimento al sequestro preventivo codicistico, qui, conviene ribadirlo, si tratta di anticipare una sanzione. È proprio la natura sanzionatoria della confisca che da un lato, impedisce ogni assimilazione con altre figure di ablazione non connotate da tale requisito, e che, dall'altro lato, richiede adeguate garanzie.

La necessità di un accertamento in tal senso, inoltre, è fatta derivare dalla formulazione della norma, che, nell'affermare che «il giudice *può* disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca», fonda una discrezionalità della valutazione, rendendo imprescindibile una giustificazione basata su specifici pericoli suscettivi di ripercuotersi negativamente sulla confisca⁵⁰³.

Si deve prendere atto, ad ogni modo, del fatto che più di recente la Cassazione ha censurato l'atteggiamento dei giudici di merito, che, ritenendo irrilevante

⁵⁰² MONGILLO, op. ult. cit., p. 166

⁵⁰³ CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 136; sulla facoltatività della cautela reale v. anche PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2009, n. 3, p.

l'accertamento sul *periculum*, ne hanno omesso la valutazione⁵⁰⁴. Si è richiamata sul punto la pronuncia da ultimo operata dalle Sezioni Unite, ove si ritiene necessaria una motivazione adeguata in merito al requisito del *periculum* anche nei casi di confisca obbligatoria⁵⁰⁵.

In conclusione, secondo l'impostazione maggiormente rispettosa delle garanzie e dei diritti dell'ente imputato, riportata negli ultimi due paragrafi, il provvedimento con cui il giudice dispone il sequestro preventivo nei confronti della *societas*, richiede innanzitutto, quanto al *fumus*, la valutazione circa la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza dell'ente, che abbraccino tutte le componenti della fattispecie complessa; in aggiunta, il giudice sarebbe tenuto a effettuare un vaglio sulla sussistenza del *periculum*, vale a dire sul concreto pericolo di dispersione dell'oggetto della confisca *ex art. 19*; infine, un accertamento è richiesto in ordine alla natura del bene oggetto di ablazione in via cautelare, che deve corrispondere al concetto di prezzo o profitto confiscabile⁵⁰⁶.

5. Il rapporto tra le misure cautelari e la presunzione di innocenza

La regola di trattamento derivante dall'art. 27, comma 2, Cost., come visto⁵⁰⁷, vieta di "trattare" l'imputato come colpevole sino alla condanna definitiva, ovvero sia di punirlo prima di tale momento.

Ciò significa che le misure cautelari si giustificano nella misura in cui perseguano finalità diverse da quelle proprie delle pene.

Ebbene, l'anticipazione in sede cautelare del momento sanzionatorio, con la sovrapposizione tra misure cautelari e sanzioni definitive, sembra proprio realizzare quella anticipazione del "trattamento da colpevole" che il principio costituzionale vieta.

⁵⁰⁴ Cass., 13 ottobre 2021, n. 37141

⁵⁰⁵ Cass., Sez. U., 24 giugno 2021, n. 36959

⁵⁰⁶ BERNASCONI, op. ult. cit., p. 213

⁵⁰⁷ Cap. I, par. 6

L'anticipazione concerne innanzitutto le misure interdittive, in relazione alle quali espressamente è contemplata dall'art. 45⁵⁰⁸. Al riguardo, è stato posto in luce della dottrina come, per evitare illegittime assimilazioni tra cautele e sanzioni, non sia sufficiente la formale differenziazione dei presupposti, considerato che i presupposti alla base dell'applicazione delle misure cautelari interdittive finiscono in larga parte per coincidere con quelli che consentono l'irrogazione delle sanzioni interdittive⁵⁰⁹.

Inoltre, l'unica esigenza cautelare prevista dal decreto, vale a dire il pericolo di reiterazione degli illeciti, si caratterizza per una finalità spiccatamente specialpreventiva, tipica della pena. Il perseguimento di un simile scopo – il medesimo che sorregge le sanzioni interdittive dall'identico contenuto – prescindendo dall'accertamento della responsabilità dell'ente, si dimostra particolarmente problematico in relazione alla presunzione di innocenza dell'imputato⁵¹⁰.

Dalla finalità di prevenzione specie delle misure cautelari interdittive, infatti, deriva che «il procedimento cautelare divenga strumentale non solo a tutelare gli interessi del processo e della società rispetto alla reiterazione degli illeciti da parte dell'ente, ma anche *de facto* a spostare indietro, ad un momento in cui la responsabilità stessa non è ancora accertata, l'irrogazione delle sanzioni stesse»⁵¹¹.

Se poi si considera che, accanto alla finalità specialpreventiva, si colloca la finalità rieducativa, mirante a un recupero dell'ente alla legalità, si nota come venga in rilievo nel contesto cautelare un altro degli scopi tipici delle pene, che l'art. 27, comma 3, Cost. ad esse espressamente riferisce.

Si verifica, in definitiva, una sovrapposizione teleologica, oltre che contenutistica, tra cautele e sanzioni che rischia di consentire l'applicazione di queste ultime indipendentemente dalla condanna, in violazione della

⁵⁰⁸ V. *Supra*, par. 2

⁵⁰⁹ RENZETTI, op. ult. cit., p. 96; PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 245

⁵¹⁰ PRESUTTI-BERNASCONI, op. ult. cit., p. 266

⁵¹¹ PRIMICERIO, *Profili applicativi del procedimento cautelare in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche*, cit., pp. 1294-1295

presunzione d'innocenza. Non appare legittimo, invero, perseguire fini che l'ordinamento prevede sulla premessa di una già accertata responsabilità⁵¹².

D'altronde, i dubbi di legittimità costituzionale del sistema cautelare investono anche le misure reali. Si è visto, in effetti, come il sequestro preventivo *ex art. 53*, si sostanzia in una forma di ablazione che consente una anticipazione della sanzione della confisca. Trattasi di uno strumento cautelare la cui compatibilità presunzione di non colpevolezza *ex art. 27*, comma 2, Cost., risulta altamente opinabile, soprattutto ove si segua il su richiamato orientamento giurisprudenziale che ritiene sufficienti i gravi indizi di reato per l'applicabilità della misura, poiché proprio la valenza anticipatoria rispetto alla confisca-sanzione a fondare l'esigenza di accertare l'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza⁵¹³.

Se l'esigenza di un vaglio circa la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza fa fatica ad imporsi, la valutazione del giudice sull'effettiva presenza dell'ulteriore presupposto del *periculum in mora* è pressoché assente⁵¹⁴. Peraltro, anche qui, occorre prendere in considerazione che il sequestro contemplato dall'art. 53 ha la peculiare funzione di anticipare una sanzione, e pertanto, non può essere acriticamente traslato in tale contesto il *modus operandi* relativo ai presupposti applicativi del sequestro codicistico: perché la presunzione d'innocenza sia rispettata, si rendono necessarie adeguate garanzie.

A ciò si aggiunga, sulla scorta di quanto già dianzi richiamato⁵¹⁵, che la dimensione collaborativa del contraddittorio anticipato e la rilevanza del momento cautelare possono finire per minare la centralità del dibattito.

È legittimo chiedersi, a fronte di tale scenario, se la dimensione trattamentale della presunzione d'innocenza trovi riconoscimento nel procedimento *de quo*, o se, invece, sia destinata a non farvi ingresso.

⁵¹² Cfr. GREVI, *Libertà personale*, cit., p. 40: «non potrà ritenersi conforme alla Costituzione che la libertà personale dell'imputato venga sacrificata sulla scorta di premesse o per la tutela di interessi che ne presuppongono già accertata la colpevolezza».

⁵¹³ BERNASCONI, op. ult. cit., p. 211

⁵¹⁴ V. *Supra*, par. 4.3

⁵¹⁵ V. *Supra*, par. 3

È un tema che, a ben vedere, tocca da vicino la differenza fondamentale tra il procedimento 231 e il procedimento di cui al codice di procedura penale: la natura non antropomorfica del soggetto sottoposto all'accertamento di responsabilità. In effetti, non si può negare che il divieto di trattare l'imputato come colpevole prima della condanna definitiva sia una regola che, almeno in parte, deve la sua perentorietà alla salvaguardia della libertà personale e della dignità dell'essere umano. Si potrebbe, allora, avanzare l'ipotesi che, forse, laddove non si tratti di una restrizione "fisica", laddove sull'altro piatto della bilancia ci sia un valore diverso dalla libertà personale, il divieto perda vigore o, quantomeno, possa legittimamente riuscirne ridimensionato.

Si può ritenere, cioè, che l'«intima correlazione» della regola di trattamento con il principio dell'inviolabilità della libertà personale permetta di giungere alla conclusione che laddove ad essere sottoposto al procedimento penale non sia una persona fisica ma un ente collettivo, sia costituzionalmente ammissibile un'anticipazione della pena *ante iudicium*⁵¹⁶.

In definitiva, l'anticipazione del trattamento sanzionatorio parrebbe essere «meno problematicamente armonizzabile con la presunzione di non colpevolezza non sussistendo lo "scrupolo di coscienza" di dover incidere su diritti fondamentali della persona umana»⁵¹⁷.

L'anticipazione delle sanzioni definitive si rivela una soluzione, comunque, che non manca di destare delle perplessità in dottrina.

In particolare, è stato fatto presente che la privazione della libertà di movimento nel mercato per l'impresa sarebbe paragonabile alla limitazione della libertà personale: «per le persone collettive, soprattutto quelle che operano sul mercato, la libera iniziativa economica e la proprietà assurgono al rango di diritti fondamentali perché la loro limitazione impedisce o comunque riduce la possibilità di operare, non diversamente da come il sacrificio della libertà personale impedisce all'uomo di autodeterminarsi»⁵¹⁸. Inoltre, anche ove si

⁵¹⁶ DI BITONTO, *Studio*, cit., p. 70

⁵¹⁷ PRIMICERIO, *Profili applicativi del procedimento cautelare in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche*, cit., p. 1295

⁵¹⁸ RENZETTI, op. ult. cit., pp. 48-49

intenda individuare l'oggetto dell'inibizione cautelare nella sola dimensione patrimoniale, si ritiene che non sarebbe comunque opportuno accordare una tutela inferiore rispetto alla persona fisica, considerata la rilevanza del patrimonio per il soggetto collettivo⁵¹⁹.

La scelta legislativa viene, dunque, interpretata come un "passo indietro" sul sentiero del pieno riconoscimento dei diritti di libertà, ivi incluse le cosiddette libertà economiche, dimostrando di non aver «adeguatamente assimilato [...] la reale valenza delle posizioni soggettive implicate, per molti versi non meno delicate del diritto alla libertà personale attinto dai tradizionali mezzi coercitivi»⁵²⁰.

Inoltre, secondo un tradizionale orientamento dottrinale, maturato in riferimento alle pene accessorie, «la presunzione d'innocenza opera, come regola di trattamento dell'imputato, anche indipendentemente dalla combinazione con l'art. 13»⁵²¹.

Né può perdersi di vista la circostanza che punire il soggetto collettivo significa, inevitabilmente, punire – benché indirettamente – persone fisiche estranee all'illecito o il cui coinvolgimento non sia, in ogni caso, ancora compiutamente accertato⁵²².

Senza neppure trascurare che la più volte citata marginalizzazione del dibattito può condurre a una grave alterazione della matrice accusatoria del procedimento, secondo una logica in controtendenza rispetto all'impostazione del codice di rito riformato⁵²³.

In conclusione, seppure pare doversi accogliere l'idea che la regola di trattamento nel procedimento *de societate* perda vigore di fronte alla natura non antropomorfa dell'ente-imputato nonché allo scopo cui tutta la disciplina risulta imperniata, vale a dire il ravvedimento operoso dell'ente, si rende sempre doverosa una lettura in grado di conciliare per quanto possibile il trattamento

⁵¹⁹ *Ivi*, p. 81

⁵²⁰ PERONI, op. ult. cit., p. 244

⁵²¹ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., p. 60

⁵²² MOSCARINI, *Le cautele interdittive*, cit., p. 13

⁵²³ GALLUCCIO MEZIO, *Indagini e udienza preliminare*, cit., p. 206

dell'ente-imputato con la presunzione d'innocenza, che rimane il parametro costituzionale di riferimento, tentando di ridurre in via ermeneutica i profili di maggiore distacco.

6. La veste “sociale” della presunta innocenza: i riflessi economici e reputazionali per la *societas*

Qualche considerazione finale merita l'ulteriore dimensione che la regola di trattamento discendente dalla presunzione d'innocenza può assumere, ossia quella concernente la reputazione dell'imputato, che consiste nel divieto di far apparire colpevole.

La c.d. *shame sanction* derivante dalla sottoposizione ad un procedimento penale, «che mescola la *public exposure* a una forma di degradazione pubblica» è, peraltro, tendente a durare per un tempo potenzialmente illimitato, considerata la permanenza della notizia nell'ambito dell'infosfera⁵²⁴.

È stato notato come, con riferimento agli enti, tale sfumatura della presunzione d'innocenza assuma una pregnanza maggiore, attesa la natura di soggetti economici⁵²⁵.

La c.d. gogna mediatica, invero, è suscettiva di ripercuotersi assai negativamente sull'attività di impresa svolta dal soggetto collettivo, al punto di causarne la fuoriuscita dal mercato.

Inoltre, come acutamente osservato, gli effetti del processo mediatico sono direttamente proporzionali alla significatività della reputazione del soggetto; ciò, con evidenti ricadute pratiche: «quanto più il soggetto sia inserito nel circuito economico e sociale, tanto più contundente l'immediata *capitis deminutio*, e forti i contraccolpi della vicenda mediatico-giudiziaria, con una subitanea contrazione nel proprio circolo di relazioni lavorative, economiche e sociali»⁵²⁶.

⁵²⁴ MANES, *Giustizia mediatica*, cit., pp. 74-75

⁵²⁵ BELLUTA, *L'ente incolpato*, cit., p. 61

⁵²⁶ MANES, op. ult. Cit., pp. 76-77

L'effetto potenzialmente letale dell'influsso dei *media*, del resto, può venire in rilievo come ulteriore fattore di incidenza sulle scelte processuali degli enti che, *a fortiori*, sono spinti a scegliere vie alternative al dibattimento, per ridurre l'impatto "sociale" dell'accertamento della loro responsabilità da reato.

Si deve considerare, in effetti, che la pubblica degradazione che incombe sulla *societas* a seguito della contestazione di un fatto di reato, può addirittura causare – indipendentemente, s'intende, dalla eventuale condanna – un effetto paragonabile alla più grave delle sanzioni in cui rischia di incorrere, vale a dire l'interdizione dall'attività. Anche a prescindere da tanto gravose conseguenze, peraltro, sicuramente l'attività d'impresa dell'ente "incolpato" incontra forti ostacoli, con conseguenti effetti pregiudizievoli sulle persone fisiche coinvolte nell'attività.

Da questo punto di vista, dunque, non può che crescere il biasimo con cui si guarda alla mancata estensione ai soggetti collettivi della disciplina introdotta dal d. lgs. 188/2021 nel recepimento della Direttiva 343/2016 «sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali», che implementa la tutela dell'imputato, tra l'altro, sul fronte mediatico⁵²⁷.

Si potrebbe, peraltro, ritenere applicabile quantomeno l'art. 115-*bis* c.p.p., inserito nel codice di rito a tutela delle "apparenze" dell'imputato, mediante il rinvio operato dagli artt. 34 e 35 del decreto, rispettivamente, alle disposizioni del codice di procedura penale e alle garanzie della persona fisica imputata, non ravvisandosi elementi di incompatibilità⁵²⁸.

⁵²⁷ Cfr. Cap. II, par. 5.1

⁵²⁸ Cfr., in tal senso, Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione su novità normativa*, 18 gennaio 2022, p. 9

CAPITOLO V

IL CONTRIBUTO DICHIARATIVO DELL'ENTE

E IL *PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION*

1. Il diritto al silenzio della persona sottoposta a procedimento penale

Un principio fondamentale del processo penale è quello del *nemo tenetur se detegere*, in base al quale nessuno può essere costretto a confessarsi colpevole. Suo corollario indefettibile è il diritto al silenzio dell'imputato, una delle principali garanzie del processo penale, espressione dell'autodifesa passiva, nonché della libertà di autodeterminazione e della dignità umana. Lo *ius tacendi* impedisce l'imposizione di oneri dichiarativi in capo all'imputato.

La tentazione di carpire informazioni dal soggetto sottoposto a procedimento penale è forte e storicamente radicata; essa si basa sulla considerazione che «colpevole o innocente che sia, l'imputato è depositario di conoscenze la cui emersione nel processo basterebbe a garantire il risultato giusto»⁵²⁹.

Il diritto al silenzio si traduce nell'assenza di un onere di collaborazione e comporta non solo l'impossibilità di costringere l'imputato a rendere dichiarazioni *contra se*, ma anche il divieto per il giudice di trarre conseguenze sfavorevoli dal suo silenzio⁵³⁰.

Pur non essendo espressamente previsto dalla Costituzione, il diritto al silenzio rappresenta un pilastro fondamentale dell'inviolabilità del diritto di difesa⁵³¹, e costituisce altresì un corollario della presunzione di non colpevolezza

⁵²⁹ DI BITONTO, *Le dichiarazioni dell'imputato*, *Giur. It.*, 2017, p. 2001

⁵³⁰ MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, Milano, 2006, pp. 631 ss.

⁵³¹ CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 226. Cfr. anche Corte cost., ord. 26 giugno 2002, n. 291; Corte cost., ord. 26 novembre 2002, n. 485; Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117

dell'imputato. Invero, è la presunzione d'innocenza che, escludendo oneri collaborativi o probatori in capo all'imputato, garantisce a quest'ultimo la possibilità di mantenere una difesa anche esclusivamente passiva, ossia di difendersi tacendo⁵³². Si può inoltre considerare che, dal punto di vista logico, presumere l'imputato innocente significa presumere che egli sia la «persona meno informata dei fatti oggetto di imputazione»⁵³³.

Il principio comincia ad affermarsi in età illuministica, come reazione alla tendenza tipica dei regimi inquisitori a utilizzare il sapere dell'imputato contro quest'ultimo⁵³⁴.

Esso rappresenta un diretto portato della critica illuministica contro gli strumenti coercitivi, all'epoca, ampiamente impiegati nel corso del procedimento penale nei confronti dell'imputato: «è un voler confondere tutt'i rapporti, l'esigere che un uomo sia nello stesso tempo accusatore ed accusato»⁵³⁵.

Peraltro, le legislazioni dell'Europa continentale cominciano a uniformarsi a tale principio lentamente, solo a partire dal XX secolo, con la previsione di tale principio nelle Carte internazionali⁵³⁶.

I Paesi di *Common law*, invece, già da tempo avevano riconosciuto il diritto dell'imputato a non autoincriminarsi: nel 1791 il V emendamento della Costituzione americana solennemente contempla il *right against self-incrimination*, affermando che «*No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*»⁵³⁷.

A livello internazionale, nel 1966 l'art. 14 § 3 lett. g) del Patto internazionale sui diritti civili e politici garantisce a ogni imputato il diritto «a non essere costretto a deporre contro sé stesso od a confessarsi colpevole».

⁵³² ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 191

⁵³³ MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, pp. 47-48

⁵³⁴ GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, p. 4

⁵³⁵ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Capitolo XVI

⁵³⁶ GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., pp. 18 ss.

⁵³⁷ Cfr. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, cit., pp. 109 ss.

Nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo manca, una espressa previsione del *privilege against self-incrimination*⁵³⁸. Tuttavia, il principio vige nell'ordinamento convenzionale grazie alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che lo ha ricavato dal sistema della Convenzione, e in particolare dal concetto di *fair process* e dalla presunzione d'innocenza *ex art. 6 § 2 CEDU*, la quale ultima postula che sia l'accusa a provare la colpevolezza, senza poter ricorrere a mezzi di coercizione contro la volontà dell'accusato⁵³⁹.

In Italia il principio del *nemo tenetur se detegere* trova espresso riconoscimento formale con la modifica dell'art. 78 c.p.p. operata dalla l. 5 dicembre 1969, n. 932, che contempla altresì il dovere di avvertire l'indagato del diritto a restare in silenzio.

Peraltro, a ben vedere, pare possibile tracciare una distinzione tra il *privilege against self-incrimination* e il diritto al silenzio. Infatti, essi consistono, insieme al diritto di non essere interrogato dal giudice (*right not to be questioned*), in diverse declinazioni del diritto di autodifesa passiva. Mentre il diritto a non autoincriminarsi si sostanzia nella facoltà spettante a qualunque soggetto chiamato a testimoniare di rifiutarsi di rendere dichiarazioni dalle quali potrebbe derivare una propria incriminazione, il diritto al silenzio si traduce, invece, nella «esclusione volontaria del rapporto dialogico tra inquisito ed autorità»⁵⁴⁰.

Si osserva, al riguardo, che «sebbene queste facoltà siano tutte espressione del diritto fondamentale di autodifesa, quasi mai risultano sincronicamente esercitabili da parte dell'inquisito»⁵⁴¹.

La garanzia contro l'autoincriminazione nell'ordinamento interno è garantita, per il testimone, dall'art.198, comma 2, c.p.p., a mente del quale il testimone non può essere costretto a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale.

⁵³⁸ Cfr. MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, cit., pp. 612 ss.

⁵³⁹ Corte EDU, 21 marzo 2001, *Mc Guinness c. Irlanda*, § 40; 29 novembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, § 68.

⁵⁴⁰ AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in *Riv. Proc.*, 1974, p. 412

⁵⁴¹ MAZZA, op. ult. cit., p. 48

Diversa è la situazione dell'imputato, la cui possibilità di essere sentito durante il processo dipende unicamente da una sua manifestazione di volontà, e dunque egli non solo può restare in silenzio ma, a monte, «egli ha diritto di non sedersi là dove si siedono i testimoni»⁵⁴².

A ogni modo, l'ambito di operatività del diritto al silenzio, come precisato dalla Corte costituzionale, è limitato alle ipotesi «in cui l'inquisito viene posto a contatto diretto con l'autorità procedente», posto che «scopo dell'istituto è evidentemente quello di rafforzare la libertà morale dell'imputato per sollevarlo dallo stato di soggezione psicologica in cui possa venire a trovarsi al cospetto dell'autorità e per porlo a riparo da eventuali pressioni»⁵⁴³. Tale limitazione legittima, dunque, l'utilizzo di intercettazioni, attraverso le quali è possibile trarre elementi di prova da dichiarazioni private rese dall'imputato: in tali casi la persona non è sottoposta a sollecitazioni o pressioni di sorta.

Inoltre, è opportuno distinguere tra imputato come organo di prova e imputato come oggetto di prova. Nel primo caso si fa riferimento alle attività con le quali la persona sottoposta a procedimento è fonte di prova e apporta attivamente un contributo conoscitivo all'accertamento, rilasciando dichiarazioni e, più in generale, fornendo informazioni. L'imputato è invece oggetto di prova quando le conoscenze vengono estrapolate non già da una propria diretta esternazione, bensì da attività svolte da altri soggetti sulla sua persona (perquisizioni, ispezioni ecc.). Il diritto al silenzio concerne la prima ipotesi richiamata, mentre non pone al riparo la persona sottoposta al procedimento penale da atti per i quali le è richiesto un mero *patis*⁵⁴⁴.

Il diritto al silenzio vieta di costringere l'imputato a rendere dichiarazioni, di utilizzarlo quale strumento di conoscenza contro la sua volontà, ma ciò non

⁵⁴² AMODIO, *Il dibattimento nel nuovo rito accusatorio*, in *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990, p. 202

⁵⁴³ Corte cost., 4 aprile 1973, n. 34

⁵⁴⁴ CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, cit., pp. 136-137; gli atti che vedono l'imputato come "oggetto" di prova, evidentemente, sono comunque sottoposti a limiti, benché derivanti da diversi principi costituzionali, a partire dalla inviolabilità della libertà personale ex art. 13 Cost.

significa che non sia possibile per l'imputato contribuire alla ricostruzione del fatto.

L'autodifesa della persona sottoposta al procedimento penale viene infatti garantita anche sul versante attivo, imponendo la ricezione, nelle varie fasi processuali, delle dichiarazioni che egli intenda rendere⁵⁴⁵.

I principali strumenti attraverso i quali vengono raccolte le dichiarazioni della persona sottoposta al procedimento sono l'interrogatorio nel corso delle indagini preliminari e l'esame dell'imputato nel giudizio. Inoltre, significativamente, la persona sottoposta a procedimento penale può rendere dichiarazioni spontanee, ossia in assenza di sollecitazione da parte delle autorità, in qualsiasi momento del procedimento⁵⁴⁶.

Lo *ius tacendi* assume nelle due fasi una declinazione diversa; nelle indagini, in effetti, essendo massima l'asimmetria tra la posizione della persona sottoposta alle indagini e quella della pubblica accusa, il legislatore ha ritenuto opportuna la previsione di specifici obblighi in capo al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria⁵⁴⁷.

In tale ottica, l'art. 63 offre una tutela "anticipata" del diritto al silenzio, rivolgendosi ad un soggetto che ancora non abbia assunto la veste di indagato o di imputato, ed imponendo che questi venga avvertito che, ove emergano indizi di reità a suo carico nel corso di dichiarazioni dallo stesso rese, potranno essere svolte delle indagini a suo carico, e che le dichiarazioni sino a quel momento rese in veste di persona informata sui fatti non potranno essere utilizzate nei suoi confronti.

La norma mira a tutelare il dichiarante da pratiche elusive delle garanzie processuali che gli impediscano di esercitare pienamente il proprio diritto al silenzio⁵⁴⁸.

A garanzia dell'effettività di tale diritto, il secondo comma della disposizione citata aggiunge che se il soggetto che ha reso le dichiarazioni doveva essere

⁵⁴⁵ DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, cit., p. 221

⁵⁴⁶ Cfr. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., pp. 223 ss.

⁵⁴⁷ DI BITONTO, *Dichiarazioni dell'imputato*, cit., p. 2005

⁵⁴⁸ DI GERONIMO, *Il contributo dell'imputato all'accertamento del fatto*, Milano, 2009, p. 36

sentito dall'origine in qualità di imputato o di persona sottoposta alle indagini, le dichiarazioni sono inutilizzabili.

L'art. 415-*bis*, comma 3, c.p.p. prevede che l'avviso all'indagato della conclusione delle indagini deve contenere, tra l'altro, l'avvertimento della facoltà della persona sottoposta alle indagini di presentarsi per rilasciare dichiarazioni ovvero chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio. In tale ultimo caso, inoltre, in un'ottica di valorizzazione delle facoltà difensive, l'eventuale richiesta dell'indagato comporta l'obbligo per il pubblico ministero di procedere all'interrogatorio (*rectius*: all'emissione dell'invito a presentarsi per rendere l'interrogatorio), a pena di nullità dell'atto di esercizio dell'azione penale⁵⁴⁹.

Le regole generali dell'interrogatorio sono contenute negli artt. 64 e 65 c.p.p. La persona sottoposta alle indagini, innanzitutto, interviene *libera* all'interrogatorio: «si tratta del pieno riconoscimento, a livello di giurisdizione ordinaria, del diritto fondamentale dell'inquisito di autodeterminarsi nelle scelte difensive senza subire alcuna forma di cauzione»⁵⁵⁰. Inoltre, è fatto divieto di utilizzare nei suoi confronti, neppure previo consenso, metodi o tecniche che limitino la libertà di autodeterminazione o alterino la capacità di ricordare e valutare i fatti, ossia tutti quegli «interventi intesi a modificare i meccanismi volitivi e mentali»⁵⁵¹. Con specifico riferimento al diritto al silenzio, l'art. 64, comma 3, c.p.p. prevede – a pena di inutilizzabilità (comma 3-*bis*) – l'obbligo di avvertire l'indagato che «le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti» e che egli ha «facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, ma comunque il procedimento seguirà il suo corso».

L'avvertimento si rivela utile soprattutto per quegli indagati o imputati che altrimenti non verrebbero a conoscenza del proprio diritto al silenzio, per la mancanza di precedenti esperienze giudiziarie o per non essersi informati al riguardo, ed è funzionale a garantire l'effettiva operatività della garanzia⁵⁵².

⁵⁴⁹ MAZZA, op. ult. cit., pp. 244 ss.

⁵⁵⁰ MAZZA, op. ult. cit., p. 107

⁵⁵¹ CORDERO, *Codice di procedura penale*, Torino, 1992, p. 78

⁵⁵² GREVI, op. ult. cit., p. 27

La persona sottoposta alle indagini viene informata sia delle conseguenze del suo eventuale apporto collaborativo sia di quelle del suo silenzio, consentendo in tal modo – quanto meno in linea di principio – la possibilità di compiere scelte consapevoli⁵⁵³.

Durante l'udienza preliminare, la possibilità dell'imputato di rendere dichiarazioni spontanee è espressamente contemplata dall'art. 421, comma 2, c.p.p., per come modificato dalla l. 479 del 1999.

Infine, nel corso del giudizio, l'imputato può esercitare il proprio diritto di autodifesa attiva rendendo dichiarazioni spontanee, ovvero chiedendo di essere sottoposto ad esame o consentendo di sottoporvisi, nel caso di richiesta proveniente da altra parte⁵⁵⁴.

A contraddistinguere l'esame dell'imputato è la volontarietà dell'atto: l'imputato, titolare del diritto al silenzio, sceglie autonomamente se sottoporsi o meno a tale mezzo di prova, in base alla propria strategia difensiva. Inoltre, si ritiene che la decisione di sottoporsi all'esame non fa sorgere un obbligo di rispondere e di dire la verità⁵⁵⁵.

In definitiva, l'imputato non deve essere considerato «depositario di una verità da carpire ad ogni costo, ma è un organo di prova solo eventuale, che interviene nell'accertamento per libera scelta e nel proprio interesse difensivo»⁵⁵⁶.

2. Le dichiarazioni del rappresentante legale dell'ente come fonte di prova

Ai sensi dell'art. 39, l'ente partecipa al processo attraverso la figura del rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato presupposto. L'istituto della rappresentanza legale garantisce l'intermediazione fisica che consente al soggetto collettivo di prendere parte al processo ed esercitare il proprio diritto di autodifesa.

⁵⁵³ MAZZA, op. ult. cit., pp. 119 ss.

⁵⁵⁴ MOSCARINI, op. ult. cit., pp. 629-630

⁵⁵⁵ DI BITONTO, *Dichiarazioni dell'imputato*, cit., p. 2009

⁵⁵⁶ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 193

È evidente, infatti, che l'ente, in quanto soggetto artificiale, può partecipare al procedimento solo laddove vi sia una persona fisica che agisca per suo conto; accanto al difensore, pertanto, si colloca una nuova figura: «un rappresentante legale – non necessariamente corrispondente a quello di immedesimazione organica – [...] per dare visibilità concreta ad un soggetto altrimenti non dotato della fisicità propria dell'imputato-indagato»⁵⁵⁷.

Il diritto al silenzio, rappresentando una garanzia insopprimibile del processo penale moderno, non può non trovare applicazione nel procedimento penale *de societate*.

Ciò non solo per l'equiparazione dell'ente all'imputato espressamente operata dall'art. 35, ma, ancor prima per la circostanza che, come ampiamente osservato in precedenza, la scelta del processo penale implica l'opzione a favore dei principi che di esso sono propri: «sarebbe una contraddizione in termini individuare nel procedimento penale la sede dell'accertamento dell'illecito dipendente da reato ed al tempo stesso escludere l'applicabilità nei confronti dell'ente di un principio cardine del procedimento penale medesimo»⁵⁵⁸.

Per di più, il diritto al silenzio è una garanzia ormai ritenuta applicabile anche oltre i confini del processo penale, estendendosi a tutti i procedimenti sanzionatori di tipo "punitivo"⁵⁵⁹.

Partendo, dunque, dal presupposto del necessario riconoscimento dello *ius tacendi* dell'ente nel procedimento *de quo*, occorre analizzare il modo in cui esso viene declinato in tale contesto.

A ben vedere, riconoscere il diritto al silenzio all'ente dovrebbe significare estendere le garanzie previste per le dichiarazioni dell'imputato al soggetto attraverso il quale la *societas* si può esprimere nel procedimento, ossia al suo rappresentante legale.

⁵⁵⁷ Così le Sez. Un., 28 maggio 2015, n. 33041; sul punto cfr. VARRASO, *Il "compromesso" delle Sezioni unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente "incolpato" nel procedimento de societate*, in *Cass. Pen.*, 2016, pp. 73 ss.

⁵⁵⁸ DI BITONTO, *Studio*, cit., pp. 82-82

⁵⁵⁹ Cfr., Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84; Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117

La legge delega n. 300 del 2000, del resto, si preoccupava che fossero garantite «l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale».

Se ne dovrebbe desumere, pertanto, l'incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale. Invero, il riconoscimento all'ente del diritto di difesa e, più in generale, delle garanzie tipiche dell'imputato, si rivelerebbe «derisorio»⁵⁶⁰ ove si obbligasse a testimoniare il soggetto che “personifica” l'ente nel processo.

Invero, poiché il rappresentante legale è il soggetto che dà voce all'ente nel procedimento e che gli consente di esprimersi e di manifestare la propria volontà, attraverso la sua intermediazione il soggetto collettivo dovrebbe poter «superare il naturale limite alla partecipazione ad un processo concepito per parti munite di una personalità fisica e di rendere applicabile nei suoi confronti – in ossequio al disposto dell'art. 35 del decreto – il sistema di poteri, doveri, oneri, facoltà e aspettative che spettano all'imputato come soggetto nel processo»⁵⁶¹.

Si osserva che la presunzione d'innocenza della *societas* «rimane un *flatus vocis* se non si garantisce all'ente, al pari della persona fisica, il *nemo tenetur se detegere*»⁵⁶².

Tuttavia, siffatta conclusione si scontra con il dato testuale della disciplina probatoria dettata dal d. lgs. 231/2001.

In effetti, come si vedrà, il rappresentante legale dell'ente è una figura “polimorfa”, che non si identifica perfettamente con la *societas*, e pertanto ad essa non viene completamente assimilato⁵⁶³.

⁵⁶⁰ FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze ed anomalie nelle regole di accertamento*, in, *Responsabilità degli enti*, cit., p. 238

⁵⁶¹ BASSI, *Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 3, p. 47; l'Autrice parla di “proprietà transitiva” che porterebbe ad estendere al rappresentante legale (in quanto “incarnazione” del soggetto collettivo nel processo) le garanzie dettate per l'imputato.

⁵⁶² VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, cit., p. 26

⁵⁶³ BASSI, *Il rappresentante legale*, cit., pp. 46 ss.

2.1 Le due ipotesi di incompatibilità a testimoniare ex art. 44, comma 1

L'art. 44 – unico articolo in tema di prove dell'intero decreto – disciplina l'incompatibilità a testimoniare, prevedendo due ipotesi.

Innanzitutto è incompatibile, ai sensi della lett. a), l'imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo.

La prima ipotesi di incompatibilità non suscita particolari problemi; anzi, la previsione si rivela preziosa. Essa mira, *in primis*, a tutelare l'imputato del reato presupposto che, versando in una situazione di conflitto di interessi, potrebbe altrimenti trovarsi costretto a deporre contro sé stesso⁵⁶⁴. In effetti, poiché la responsabilità penale della persona fisica autrice del reato e la responsabilità dell'ente originano da un medesimo fatto, l'esclusione dal dovere testimoniale è imposta dall'esigenza di tutelare il diritto al silenzio della prima⁵⁶⁵.

L'art. 44 lett a), peraltro, provvede a tutelare anche il soggetto collettivo. Invero, la persona fisica imputata per il reato da cui dipende l'illecito, trovandosi in una situazione di conflitto di interessi (peraltro, presunto *ex lege*), potrebbe essere portata a danneggiare la posizione dell'ente, per favorire la propria⁵⁶⁶. Infatti, si deve tenere in considerazione che l'ente potrebbe aver interesse a provare che la persona fisica autrice del reato abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di un terzo (circostanza posta dall'art. 5 comma 2 quale fatto impeditivo della responsabilità della *societas*), o che questa abbia eluso fraudolentemente il modello organizzativo: la prova di tali condizioni potrebbe essere contrastata dall'imputato per il reato presupposto, evidentemente portatore di interessi opposti.

⁵⁶⁴ VARRASO, *Il procedimento*, cit., p. 379

⁵⁶⁵ CHIMICHI, *Le prove dichiarative nel procedimento penale contro gli enti*, in *dir. pen. proc.*, 2005, p. 2

⁵⁶⁶ BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, 2006, p. 639

Altro possibile scenario che si vuole evitare è che, «in una logica da capro espiatorio»⁵⁶⁷, l'imputato del reato presupposto – sulla base di un accordo intercorso con l'ente di appartenenza – si assuma tutta la responsabilità, salvando la *societas* dalla condanna.

Quanto alla modalità in cui può essere sentito il soggetto di cui all'art. 44 lett. a), il comma 2 della norma non lo assimila direttamente all'imputato nel procedimento a proprio carico, ma rimanda alle forme, limiti, ed effetti previsti per l'interrogatorio e per l'esame della persona imputata in un procedimento connesso. Resta da stabilire, quindi, il tipo di legame intercorrente tra la responsabilità della persona fisica e quella dell'ente. Ebbene, poiché le due responsabilità scaturiscono da un unico fatto, si ritiene che la situazione sia da ricondurre all'ipotesi di connessione forte *ex* art. 12, comma 1, lett. a) c.p.p.

Ne consegue che la persona fisica imputata per il reato da cui origina l'illecito deve essere sentita nel *simultaneus processus* secondo la disciplina dettata dall'art. 208 c.p.p. per l'imputato; ove, invece, i due procedimenti siano tra loro separati ovvero la citazione dell'imputato sia stata richiesta e disposta esclusivamente in relazione al c.d. “fatto altrui” (cioè in relazione alla responsabilità della *societas*), si deve fare riferimento a quanto stabilito nell'art. 210 c.p.p.⁵⁶⁸

La lett. b), invece, prevede l'incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale dell'ente indicato nell'atto di costituzione in giudizio e che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del fatto.

La *ratio* della previsione sembrerebbe duplice.

In primo luogo essa si propone di evitare che il rappresentante legale sia costretto a rendere dichiarazioni autoincriminanti: egli, infatti, ricoprendo la carica al *tempus commissi delicti*, potrebbe essere personalmente coinvolto, e si troverebbe a dover fornire dichiarazioni su «carenze organizzative che lui stesso avrebbe dovuto eliminare e, dunque, su un fatto proprio»⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ BASSI, *Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica*, cit., p. 58; TRICOMI, *Violazioni amministrative: il giudice fa il piano*, in *Guida al diritto*, 2001, n. 26, p. 48

⁵⁶⁸ CHIMICHI, op. ult. cit., p. 2

⁵⁶⁹ DIDI, *Il regime dell'incompatibilità*, cit., p. 4

Contestualmente, perlomeno a prima lettura, essa pare funzionale a tutelare, altresì, il *privilege against self-incrimination* dell'ente. Sennonché, come si vedrà più avanti, da come risulta costruita la norma è lecito dubitare che essa sia effettivamente tesa a tutelare la *societas* da dichiarazioni che possano far emergere la sua responsabilità.

Inoltre, probabilmente con la previsione *de qua* si vuole scongiurare altresì il rischio che il rappresentante legale addossi la responsabilità sull'autore del reato per far uscire indenne sé stesso o l'ente⁵⁷⁰.

La lettera della disposizione, ai fini dell'operatività dell'esclusione dall'obbligo testimoniale, sembra richiedere che la qualità di rappresentante legale sussista sia all'atto della costituzione in giudizio, sia al momento di commissione del reato.

L'art. 44 lett. b), in definitiva, non copre tutte le situazioni in cui può trovarsi il rappresentante legale, ma circoscrive l'incompatibilità ad un'unica ipotesi. In particolare, oltre a richiedere che il rappresentante legale sia quello originario, ossia che fosse tale al *tempus commissi delicti*, l'art. 44 lett. b) postula che il rappresentante non sia imputato per il reato presupposto, e che, a monte, l'ente si sia costituito.

L'art. 39, comma 2, d. lgs. 231/2001 richiede infatti, all'ente che intende partecipare al procedimento, di costituirsi depositando in cancelleria una dichiarazione contenente, a pena di inammissibilità: la denominazione dell'ente e le generalità del suo legale rappresentante; l'indicazione del difensore e della procura; la sottoscrizione del difensore; la dichiarazione o elezione di domicilio. Il soggetto collettivo, dunque, per partecipare al procedimento deve porre in essere un atto formale⁵⁷¹ che parrebbe essere ulteriore condizione per il riconoscimento dell'incompatibilità a testimoniare.

⁵⁷⁰ BASSI, *Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente*, cit., p. 52

⁵⁷¹ I Giudici di legittimità giustificano tale previsione osservando che «mentre gli imputati persone fisiche possono determinare conseguenze processuali scegliendo di partecipare “fisicamente” al processo ovvero di rimanervi contumaci od assenti, ciò all'evidenza non è possibile per un ente per il quale, non essendo ipotizzabile una presenza “fisica” ai vari momenti del processo, lo stesso non potrà che concretizzare tale presenza ed esplicitare la propria volontà in tal senso, se non attraverso

Per quanto concerne le modalità mediante le quali possono essere raccolte le dichiarazioni del soggetto di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), occorre nuovamente fare riferimento al comma 2 dell'articolo in discorso.

Né l'articolo in esame né la Relazione governativa specificano a quale tipo di connessione si debba far riferimento; non è precisato, cioè, se rientri nell'ipotesi di connessione forte contemplata dall'art. 12, comma 1, lett. a), c.p.p., che prevede una incompatibilità assoluta, destinata a cadere solo con la irrevocabilità della sentenza; ovvero, nelle ipotesi di connessione e collegamento *ex artt.* 12, comma 1, lett. c) e 371, comma 2, lett. b), assumendo in tal caso obblighi testimoniali nel caso in cui scelga di parlare.

Si ritiene che la soluzione sia da rintracciare nel nesso di immedesimazione organica intercorrente tra rappresentante legale ed ente di appartenenza: in tale prospettiva, attesa altresì l'identità del fatto, il soggetto collettivo e il suo rappresentante possono essere considerati come coimputati del medesimo fatto, con conseguente applicazione del regime previsto dal combinato disposto degli artt. 197, comma 1, lett. a) e 210, comma 1, c.p.p.⁵⁷² Il rappresentante legale incompatibile con l'ufficio di testimone, pertanto, verrà sentito, nel processo contro l'ente, con la garanzia del diritto al silenzio e senza obbligo di verità⁵⁷³.

2.2 Art 44, comma 1, lett. b) e problematiche interpretative

Dalla lettura dell'art. 44, comma 1, lett. b), considerato altresì il carattere eccezionale delle cause di incompatibilità (chiaramente deducibile dall'art. 196 c.p.p.), si desume *a contrario* che il rappresentante legale nominato dopo la commissione del reato, che quindi non rivestisse tale funzione al momento del fatto, così come il rappresentante dell'ente non costituito, possa rivestire lo *status* di testimone.

un atto formale quale quello della costituzione di cui all'art. 39», Cass., sent. 9 dicembre 2014, n. 52748

⁵⁷² BASSI, op. ult. cit., p. 53; PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 193

⁵⁷³ FERRUA, op. ult. cit., p. 118

La norma, pertanto, letta *a contrariis*, individua un limite all'incompatibilità a testimoniare, più che riconoscerla⁵⁷⁴.

È una regola che desta sconcerto, poiché sembra investire degli oneri dichiarativi tipici della testimonianza chi dà voce all'ente nel processo, negandogli la garanzia del diritto al silenzio.

In linea di principio, il momento di assunzione della qualifica non dovrebbe rilevare quando si tratta di stabilire l'incompatibilità a testimoniare, laddove questa si intenda finalizzata a garantire il diritto al silenzio dell'ente, che solo tramite il rappresentante legale può esprimersi⁵⁷⁵. Da tale punto di vista, si osserva che «la norma confonde concettualmente e separa fittiziamente la posizione di chi rappresenta l'ente nel procedimento [...] dalla posizione di chi riveste (o rivestiva) la carica di rappresentante legale della nella compagine sociale» quando invece «le due posizioni coincidono e, anzi, la prima prevale e assorbe la seconda con la conseguenza che l'incompatibilità a testimoniare dovrebbe essere riconosciuta sempre a chi rappresenta l'ente nel procedimento»⁵⁷⁶.

Peraltro, proprio la perimetrazione dell'incompatibilità all'unica categoria di rappresentante legale indicata, porta a ipotizzare che la *ratio* della norma sia, invero e in via esclusiva, quella di porre al riparo il rappresentante dal rischio di autoincriminazione, più che suggellare il riconoscimento del *nemo tenetur se detegere* in capo al soggetto collettivo. In effetti, il tenore letterale della norma sembra stabilire che, nelle ipotesi ad essa non riconducibili, «il rappresentante legale (e, per il suo tramite, l'ente) perde la facoltà di non rispondere»⁵⁷⁷.

Nella Relazione, al riguardo, si afferma che «la seconda ipotesi di incompatibilità discende dalla circostanza che all'ente è riconosciuta la condizione di imputato nel procedimento e, pertanto, la persona fisica che lo

⁵⁷⁴ PRESUTTI, *Incompatibilità a testimoniare e regime del rappresentante legale*, in PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 249

⁵⁷⁵ CHIMICHI, *Le prove dichiarative nel procedimento penale contro gli enti*, cit., p. 4

⁵⁷⁶ PRESUTTI, op. ult. cit., p. 251

⁵⁷⁷ DIDI, *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1

rappresentava al momento della commissione del reato che radica la responsabilità amministrativa e continua a rappresentarla nel processo non può essere assunta come teste»⁵⁷⁸.

Sembrerebbe, dunque, che l'opzione del legislatore sia animata dallo scopo di fornire maggiore tutela possibile ai diritti difensivi dell'ente, estendendo il regime dichiarativo previsto per l'imputato a colui che rappresenta l'ente nel procedimento.

Tuttavia, la stessa Relazione, pur dopo aver constatato una «obiettiva difficoltà» insita nel considerare il rappresentante legale dell'ente come testimone, «dal momento che la sua posizione è più vicina a quella di imputato, sebbene *sui generis*»⁵⁷⁹, specifica che «la parificazione all'imputato viene effettuata con riferimento all'ente in quanto tale, non al rappresentante legale, per il quale è previsto un regime peculiare che non lo esclude dalle garanzie riservate all'imputato, ma in taluni casi lo considera anche testimone»⁵⁸⁰.

Al rappresentante legale è, dunque, attribuito un ruolo anfibio, a metà tra imputato e testimone; il legislatore delegato ha disegnato una figura che benché «[attinga] talora al patrimonio di diritti spettanti all'imputato»⁵⁸¹, in altri casi è trattato quale testimone, poiché il «vero imputato»⁵⁸² è il soggetto collettivo.

Quanto espresso nella Relazione pare confermare l'assoggettabilità all'obbligo testimoniale del rappresentante legale nominato successivamente alla commissione del reato⁵⁸³.

La ragione alla base di tale impostazione, probabilmente, va ricercata nel contributo conoscitivo che il rappresentante legale dell'ente può fornire, cui il legislatore non è disposto a rinunciare *in toto*. Inoltre, ciò che si vuole evitare è che l'ente nomini, *ex post facto*, un soggetto detentore di delicate informazioni, al precipuo fine di evitare che questi venga sentito come testimone, e, quindi,

⁵⁷⁸ Relazione, cit.

⁵⁷⁹ Relazione, cit.

⁵⁸⁰ Relazione, cit.

⁵⁸¹ BELLUTA, *L'ente incolpato*, cit., p. 189

⁵⁸² Relazione, cit.

⁵⁸³ FERRUA, *Il diritto probatorio*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, cit., p. 116

sia obbligato a dire la verità⁵⁸⁴. Anche perché riconoscere l'incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale comporta l'impossibilità di sentire quest'ultimo come testimone nel procedimento a carico della persona fisica, ritenendosi che il rappresentante dell'ente che nel procedimento *de societate* sia sentito con le modalità previste per l'imputato, in quello contro la persona fisica potrà essere sentito come imputato in procedimento connesso o collegato⁵⁸⁵.

Del resto, l'opzione del legislatore delegato risulta coerente con l'impostazione prevista dalla l. n. 63/2001, che restringe l'area del diritto al silenzio, nonché con la peculiare struttura del soggetto collettivo, esposta a modificazioni nel tempo⁵⁸⁶.

Resta il fatto che, com'è stato acutamente osservato, l'art. 44, comma 1, lett. b) – benché probabilmente animata dall'esigenza di fornire una disciplina per le dichiarazioni dei “nuovi” soggetti del procedimento penale⁵⁸⁷ – costituisce una previsione «inutile, anzi nociva»⁵⁸⁸, dato che lascia fuori dal suo raggio applicativo alcune delle situazioni in cui il rappresentante legale si può trovare, al punto che in sua assenza – si è affermato – sarebbero sorte decisamente minori problematiche interpretative⁵⁸⁹.

Inoltre, per quanto comprensibili possano essere le ragioni poste alla base della scelta di limitare l'area dell'incompatibilità a testimoniare, si rischia di comprimere eccessivamente il diritto al silenzio dell'ente.

⁵⁸⁴ CHIMICHI, op. ult. cit., p. 4; DIDI, *Regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, cit., p. 2; RIGO, *Il giudizio*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Milano, 2002, p. 367; DI GERONIMO, *Aspetti processuali del d. lg. N. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 1575, secondo il quale, da questo punto di vista, l'epoca in cui il rappresentante legale ha assunto la qualifica sia dirimente, e quindi costituzionalmente legittimo in relazione al principio di eguaglianza e ragionevolezza ex art. 3 Cost, posto che la differenziazione dipende da situazioni diverse.

⁵⁸⁵ FERRUA, op. ult. cit., p. 117

⁵⁸⁶ FIDELBO, *La testimonianza: casi di incompatibilità*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di LATTANZI, Milano, Giuffrè, 2005, p. 450

⁵⁸⁷ CHIMICHI, *Le prove dichiarative nel procedimento penale contro gli enti*, cit., p. 2

⁵⁸⁸ FERRUA, op. ult. cit., p. 116

⁵⁸⁹ BELLUTA, *L'ente incolpato*, cit., pp. 177-178

Dunque, occorre trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza di evitare un «prosciugamento delle fonti di conoscenza all'interno dell'organizzazione»⁵⁹⁰ e quella di garantire il *privilege against self-incrimination* alla persona giuridica. In effetti l'art. 44, comma 1, lett. b) «pare inequivoca – anche se non esplicita – nel riconoscere veste testimoniale quanto meno al rappresentante legale della *societas* sottoposta a procedimento penale, che tale non era all'epoca dei fatti addebitati»⁵⁹¹.

Siffatta soluzione risulta in palese contrasto non solo con il diritto di difesa dell'ente, ma anche con la sua presunzione d'innocenza, posto che obbliga il soggetto collettivo «a deporre contro sé stesso attraverso la voce del suo rappresentante nominato, dicendo la verità»⁵⁹².

2.3 (Segue) Gli ulteriori inconvenienti di una interpretazione aderente al testo. Il nuovo rappresentante legale.

Per poter cogliere appieno il *vulnus* arrecato al diritto di difesa dell'ente, risulta opportuno un raccordo con la disciplina dettata dall'art. 39.

La norma citata introduce un divieto di rappresentanza legale, escludendo la possibilità di rappresentare l'ente nel procedimento per l'imputato da cui dipende l'illecito, sulla base di una presunzione assoluta di sussistenza di un conflitto di interessi.

Il divieto di rappresentanza riguarda anche il rappresentante legale indagato, posto che la *ratio* della previsione va ricercata nella necessità di evitare situazioni di conflitto di interessi tra rappresentante legale ed ente che possono verificarsi soprattutto nelle prime e delicate fasi delle indagini⁵⁹³.

⁵⁹⁰ FIDELBO, *La testimonianza: casi di incompatibilità*, cit., p. 449

⁵⁹² BELLUTA, op. cit., pp. 193-194

⁵⁹³ Cass., Sez. VI, 28 ottobre 2009, n. 41398, *Caporello*

Nelle ipotesi ricomprese nel divieto *ex art. 39*, la giurisprudenza ha previsto la possibilità per l'ente che sia rimasto privo di rappresentanza, di nominare un rappresentante legale *ad hoc*⁵⁹⁴.

Si deve tener presente che nella prassi è assai frequente l'emergere della richiamata situazione di conflitto di interessi, considerata la tendenza dell'accusa a contestare all'ente un reato commesso da soggetti in posizione apicale.

Ebbene, coordinando tale soluzione con quanto disposto dall'art. 44, comma 1, lett. *b*), ne deriva che in tutti i casi – frequenti – in cui il rappresentante legale dell'ente risulti indagato o imputato del reato presupposto, il rappresentante *ad processum* eventualmente nominato dal soggetto collettivo per superare il conflitto di interessi sarà trattato da testimone, dunque costretto a deporre, con conseguente negazione del diritto al silenzio.

Inoltre, si deve prendere atto del fatto che, poiché – come statuito dalle Sezioni Unite⁵⁹⁵ – la conseguenza della nomina di un rappresentante legale incompatibile *ex art. 39* è l'inefficacia degli atti processuali da esso compiuti (compresa la nomina del difensore di fiducia), «l'ente sia ormai “indotto”, per evitare il rischio più o meno elevato di incorrere nella inammissibilità-inefficacia di tutte le attività compiute dal *procurator suspectus*, a nominare un rappresentante *ad processum* per partecipare al procedimento penale e per la nomina del difensore di fiducia al fine di costituirsi»⁵⁹⁶.

La sostituzione del rappresentante legale, del resto, risulta in qualche misura incentivata dalle dinamiche cautelari. Nella valutazione circa la sussistenza dell'esigenza cautelare, invero, assume rilievo la sostanziale sostituzione dei vertici della *societas*⁵⁹⁷. In tali casi, l'alternativa che si prospetta all'ente è quella tra scegliere di mantenere invariati i propri apici, usufruendo così del regime di incompatibilità a testimoniare *ex art. 44*, comma 1, lett. *b*), ovvero, sostituire il

⁵⁹⁴ Cass., Sez. VI, 28 ottobre 2009, n. 41398, *Caporello*

⁵⁹⁵ Sez. Un., 28 maggio 2015, n. 33041, cit.

⁵⁹⁶ VARRASO, *Il “compromesso”*, cit., p. 85

⁵⁹⁷ Cass., sez. VI, 23 giugno 2006, *Duemila s.p.a.*, cit.

rappresentante legale in carica al momento della commissione del reato, con conseguente perdita del “beneficio” del silenzio⁵⁹⁸.

In definitiva, si osserva come «l’opzione sollecitata e favorita dalla suprema Corte di individuare un rappresentante *ad processum*» riduca fortemente l’ambito di operatività dell’art. 44 lett. *b*): «aumenta così il rischio di una menomazione del principio *nemo tenetur se detegere* nel d. lgs. 231 del 2001, messo a dura prova dalla disciplina dell’art. 44 d. lgs. 231 del 2001»⁵⁹⁹.

È dunque evidente la lesione del diritto al silenzio dell’ente che l’assoggettività all’obbligo testimoniale del “nuovo” rappresentante comporta, così come evidente è la potenziale latitudine applicativa di tale negazione che le concrete situazioni processuali potrebbero comportare.

3. Possibili soluzioni per il riconoscimento del principio *nemo tenetur se detegere* nel procedimento *de societate*

Per tentare di superare l’ostacolo che l’art. 44, comma 1, lett. *b*) pone al riconoscimento della garanzia del diritto al silenzio per l’ente, sono state proposte diverse soluzioni interpretative.

Gran parte della dottrina, nonostante il dato letterale della norma, è ferma nel ritenere che il rappresentante legale dell’ente non possa essere in nessun caso escusso come testimone, sulla scorta di una esegesi sistematica e costituzionalmente orientata delle disposizioni di riferimento.

A tale conclusione si giunge sulla base dell’esigenza di evitare che il riconoscimento o meno del diritto al silenzio possa dipendere da dati formali, come la mancata costituzione o la sostituzione del rappresentante legale⁶⁰⁰.

Così, si sostiene che né il rappresentante legale nominato *ex post factum*, né colui che rivestisse tale carica al *tempus commissi delicti*, ma non al momento della costituzione, possa assumere le vesti del testimone.

⁵⁹⁸ VARRASO, *Il procedimento*, cit., p. 385, che osserva come la seconda ipotesi oltre ad essere «sottesa al medesimo art. 44 lett. *b*» sia anche «suggerita dalla giurisprudenza».

⁵⁹⁹ VARRASO, *Il “compromesso”*, cit., p. 86

⁶⁰⁰ BELLUTA, op. cit., pp. 198-199

La necessità di garantire il pieno riconoscimento del diritto al silenzio, prevarrebbe sul tenore testuale dell'art. 44 lett. *b*), consentendo di estendere il regime di cui al comma 2 dell'art. 44 a qualsiasi rappresentante legale dell'ente, indipendentemente dal momento dell'assunzione della qualifica.

Si ritiene che per garantire l'incompatibilità a testimoniare del nuovo rappresentante dell'ente sia sufficiente l'estensione delle garanzie dell'imputato prevista dall'art. 35 del decreto⁶⁰¹.

In particolare, è stato affermato che le argomentazioni *a contrariis* che, in base a una lettura rigorosa dell'art. 44, escludono il riconoscimento del diritto al silenzio al rappresentante legale nominato dopo e a colui che sia cessato dalla carica, possano essere superate. Infatti, esse si basano sul presupposto che l'incompatibilità a testimoniare non discenda da altre norme o principi, mentre si sostiene che l'esclusione dall'obbligo testimoniale discenderebbe comunque dall'art. 35 del decreto⁶⁰².

Altra parte della dottrina ritiene percorribile l'ipotesi che il legislatore, con l'art. 44, comma 1, lett. *b*) intenda riferirsi al solo rappresentante legale dell'ente non più in carica, ma che era tale al momento della commissione del fatto, non anche al rappresentante nel procedimento, da considerarsi *sempre* incompatibile. Si sostiene che la norma consenta tale conclusione, attraverso qualche "ritocco" interpretativo: per la precisione, invertendo l'ordine delle sue due parti, ottenendo l'enunciato per cui «non può essere assunta come testimone [...] *b*) la persona che rappresenta[va] l'ente al momento della commissione del reato» «indicata nella dichiarazione di cui all'art. 39, comma 2»⁶⁰³.

La differenziazione del regime dichiarativo previsto per il rappresentante legale dell'ente nel processo nominato successivamente e il rappresentante non più in carica si spiega poiché mentre obbligare il primo a parlare vorrebbe dire negare

⁶⁰¹ BASSI, op. ult. cit., p. 58

⁶⁰² FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, cit., pp. 237-238

⁶⁰³ CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 79: «in questo modo, mentre non varia affatto la portata della formula sull'incompatibilità [...], muta la corrispondente regola contraria»;

all'ente il *privilege against self-incrimination*, nel caso del secondo non si rinvencono – nella prospettiva di tutela dei diritti difensivi dell'ente – giustificazioni che possano sorreggere eccezioni alla disciplina della testimonianza⁶⁰⁴.

Quanto alla eventuale mancata costituzione dell'ente, una rigorosa lettura della norma porterebbe a concludere che il rappresentante legale, indipendentemente dalla circostanza che fosse o meno tale al momento del fatto, possa essere obbligato a testimoniare. Tuttavia, si osserva che simile conclusione lascerebbe all'ente la possibilità di scegliere se far assumere o meno al rappresentante legale l'ufficio di testimone mediante la decisione di costituirsi o no⁶⁰⁵.

Altra soluzione è rinvenuta da taluno nella applicabilità, anche al rappresentante legale nominato dopo la commissione del reato, delle garanzie previste dall'art 197-bis c.p.p., in tema di testimonianza assistita: il rappresentante, secondo tale impostazione, deve sempre essere convocato come indagato o imputato e beneficia del diritto al silenzio, mentre sarebbe obbligato a parlare e a dire la verità solo ove scegliesse di testimoniare⁶⁰⁶.

Infine, c'è chi distingue a seconda che il rappresentante legale nominato successivamente sia sentito su fatti appresi prima dell'assunzione della carica, ovvero quando già rivestisse tale qualifica. Laddove i fatti siano stati appresi in un momento antecedente all'assunzione della qualifica di rappresentante legale, egli comunque avrebbe potuto essere sentito come testimone, dunque appare coerente la possibilità di sentirlo in tale veste anche una volta assunta la carica. Viceversa, nel caso di circostanze rilevanti in relazione al fatto di reato che siano state apprese *dopo* l'assunzione della carica, il rappresentante dell'ente si

⁶⁰⁴ CHIMICHI, op. ult. cit., p. 5; in senso contrario cfr. DIDI, op. cit., pp. 3-4, che ritiene inaccettabile che il rappresentante legale non più in carica possa essere chiamato a deporre su carenze organizzative di cui egli stesso è responsabile, «anche perché non è giustificabile che l'incompatibilità venga ad essere collegata ad una situazione di fatto, il rivestire la qualità di legale rappresentante al momento della dichiarazione ex art. 39, del tutto casuale dipendente dalla iniziativa del pubblico ministero di aprire un procedimento a carico dell'ente».

⁶⁰⁵ SCALFATI, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 352

⁶⁰⁶ VARRASO, *Il procedimento*, cit., pp. 385-386

vedrebbe riconosciuta la garanzia del diritto al silenzio, e, quindi, non potrebbe essere obbligato a rispondere su di esse⁶⁰⁷.

Le summenzionate tesi, per quanto ispirate da comprensibili e condivisibili ragioni di ordine costituzionale, non risultano compatibili con la lettera dell'art. 44, comma 1, lett. b) – che inequivocabilmente riconosce, in taluni casi, il ruolo di testimone per il rappresentante legale dell'ente – dalla quale non è possibile prescindere *in toto*.

Osta al riconoscimento di dette tesi anche il dato letterale del secondo comma, che – affermando che «*nel caso di incompatibilità* la persona che rappresenta l'ente può essere interrogata ed esaminata nelle forme, con i limiti e con gli effetti previsti per l'interrogatorio e per l'esame della persona imputata in un procedimento connesso» - pare postulare che, fuori dallo specifico caso di incompatibilità, il rappresentante legale venga sentito come testimone⁶⁰⁸.

Occorre, allora, una soluzione esegetica che, pur non negando il diritto al silenzio del rappresentante dell'ente nel processo, sia conciliabile con il dato normativo.

Non sembra convincere del tutto la soluzione di chi ritiene giustificata la previsione normativa – relativamente alla testimonianza su fatti posti in essere prima dell'assunzione della carica – attribuendo l'eventuale modifica del rappresentante legale ad una libera scelta dell'ente, che quindi non potrebbe lamentare alcuna lesione dei diritti di difesa⁶⁰⁹. In effetti, se da un lato è vero che è l'ente a individuare la persona fisica cui conferire *ex post* la carica di rappresentante legale, e, quindi, da questo punto di vista, potrebbe “orientare” la nomina, scegliendo di attribuire l'incarico a persone che non siano in possesso di informazioni compromettenti; dall'altro lato, non pare corretto ricondurre la decisione di sostituire il rappresentante ad una libera scelta del soggetto collettivo, poiché si è visto come, almeno nel caso in cui il rappresentante legale originario sia imputato del reato presupposto, sia un'opzione quasi obbligata.

⁶⁰⁷ DIDI, op. ult. cit., p. 3

⁶⁰⁸ SANTORIELLO, *La prova testimoniale nel processo alle società*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 2, p. 98

⁶⁰⁹ SANTORIELLO, op. ult. cit., p. 99

Una lettura proposta è quella che, fermo restando l'ostacolo posto dal legislatore delegato alla possibilità di ritenere incompatibile il rappresentante legale in quanto tale, individua comunque degli spazi difensivi per l'ente. Più precisamente, alla *societas (rectius: al rappresentante legale che la rappresenta nel procedimento)* andrebbe riconosciuto, a prescindere dall'incompatibilità con l'ufficio di testimone, il diritto di chiedere di essere interrogato e di rendere dichiarazioni spontanee. Da questo punto di vista, è stato notato come negare la possibilità di sottoporre a interrogatorio il rappresentante legale dell'ente *compatibile* con l'ufficio di testimone, finirebbe per avere pesanti ricadute anche sulle scelte processuali: significherebbe, ad esempio, precludere l'esperibilità del giudizio immediato, che presuppone l'interrogatorio⁶¹⁰.

3.1 L'art. 198, comma 2, c.p.p. a tutela del *privilege against self-incrimination* del soggetto collettivo

Tra le proposte esegetiche volte a superare l'evidente contrapposizione tra l'interpretazione letterale dell'art. 44 e i principi costituzionali fondamentali del giusto processo, chiaramente implicanti la necessaria tutela del diritto al silenzio (in particolare, artt. 24 e 27 comma 2 Cost.), peculiare attenzione merita quella che fa leva sul tenore dell'art. 198, comma 2, c.p.p. e ne suggerisce una lettura estensiva costituzionalmente orientata⁶¹¹.

Come in precedenza già rilevato, la disposizione citata prevede una sorta di tutela anticipata del diritto al silenzio nei confronti del testimone potenzialmente esposto al rischio di auto incriminazione, sancendo che «il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale».

La regola codicistica trova senz'altro applicazione nel procedimento *de societate*, non scorgendosi profili di incompatibilità ai sensi dell'art. 34 del decreto.

⁶¹⁰ FIDELBO, op. ult. cit., pp. 451-452

⁶¹¹ DI BITONTO, *Studio*, cit., p. 83

Nel diverso contesto procedimentale, tuttavia, la tutela contro il rischio di autoincriminazione ben potrebbe essere declinata in termini maggiormente aderenti alla peculiare posizione del rappresentante legale chiamato a deporre in qualità di testimone e, comunque, tali da sopperire ai segnalati profili di contrasto tra il diritto al silenzio e la disciplina delle incompatibilità testimoniali di cui all'art. 44.

In particolare, si sostiene che, nella logica di una esegesi costituzionalmente (e convenzionalmente) orientata, nulla osterebbe a intendere il riferimento normativo alla "sua responsabilità penale" come estendibile alla "responsabilità penale dell'ente". Così, la tutela del *right against self incrimination*, ordinariamente riconosciuta al testimone, potrebbe ritenersi estesa sino a giustificare l'esercizio dello *ius tacendi* in presenza del rischio che il testimone sia costretto a rendere dichiarazioni pregiudizievoli per la posizione processuale dell'ente di cui è rappresentante.

Detto altrimenti, in questo modo, «senza negare la portata vincolante dell'art. 44 comma 1 lett. b) [...] può essere rispettata la libera autodeterminazione del teste, altrimenti stretto nel dilemma tra la falsa testimonianza o il rilascio di dichiarazioni a carico del soggetto rappresentato»⁶¹².

In definitiva si potrebbe ritenere che il rappresentante legale dell'ente che non risulti incompatibile ai sensi dell'art. 44 possa essere assoggettato a obblighi testimoniali, ma – trovando applicazione il comma 2 dell'art. 198 c.p.p., ed estendendo il riferimento alla responsabilità penale alla responsabilità dipendente da reato del soggetto collettivo – egli non possa essere costretto a deporre su fatti dai quali potrebbe derivare una responsabilità amministrativa *ex delicto* per l'ente.

Tale soluzione, a ben vedere, oltre a rappresentare un ragionevole punto d'equilibrio tra esigenze difensive della *societas* e il dettato normativo, può anche rivelarsi in grado di offrire all'ente un'occasione di difesa. In effetti, non si può trascurare l'eventualità che la testimonianza del rappresentante legale si risolva a favore del soggetto collettivo, potendo avere per oggetto circostanze utili ad escludere la responsabilità da reato.

⁶¹² Ivi, pp. 83-84

In conclusione, la suddetta ricostruzione sembrerebbe il miglior compromesso esegetico in grado di coniugare il rispetto della norma con il riconoscimento del diritto al silenzio dell'ente sottoposto a procedimento penale. Del resto, ove si ritenesse di non poter accogliere la soluzione in discorso, non resterebbe che sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 per violazione degli artt. 24 e 27 della Costituzione, ovvero, in prospettiva convenzionale, in relazione all'art. 117 Cost., per violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

CONCLUSIONE

I principi tradizionali del processo penale richiedono una rimodulazione nel procedimento penale *de societate*.

Invero, se la scelta del processo penale va intesa come scelta di garanzia, e quindi come opzione a favore dei principi e delle garanzie che tale sede governano, si rende necessaria una lettura evolutiva degli stessi, che tenga conto non solo della natura “artificiale” della nuova figura di imputato, ma anche delle finalità che il d. lgs. 231/2001 persegue.

Peraltro, si ritiene che la ricalibratura richiesta all’interprete non possa giungere al punto di negare l’applicazione delle regole dettate a tutela della persona sottoposta a procedimento penale. Da qui, la necessità di ricercare costantemente punti di equilibrio ragionevoli tra le esigenze di prevenzione speciale e di rieducazione del soggetto collettivo e la necessità di apprestare tutele adeguate nel corso dell’accertamento penale.

In effetti, come posto in evidenza nel corso dell’elaborato, dalla configurazione della responsabilità da reato degli enti in termini penalistici – o quantomeno “para-penalistici” – e dalla scelta di incastonare il relativo accertamento nel processo penale, discende l’insopprimibile esigenza di garantire il rispetto dei diritti processuali fondamentali dettati a tutela dell’imputato.

La presenza, nella disciplina del procedimento *de quo*, di disposizioni la cui lettera pare affievolire le garanzie dettate dalla Costituzione e dalle Carte sovranazionali, implica l’esigenza di ricercare soluzioni esegetiche capaci di coniugare il rispetto delle norme con il riconoscimento dei principi garantistici del processo penale. Si tratta, dunque, di individuare le peculiari e inedite sfumature che i principi tradizionali assumono, senza ignorare le regole *ad hoc* dettate dal d. lgs. 231/2001.

Così, con particolare riferimento alla presunzione d’innocenza, al fine di consentire l’operatività della regola di giudizio che discende dall’art. 27, comma 2, Cost., non pare potersi accogliere un’interpretazione dell’art. 6 del decreto che conduca a conclusioni inammissibili sul piano della presunzione d’innocenza, non consentendo di risolvere il dubbio processuale sulla

sussistenza delle condizioni ivi previste a favore dell'ente-imputato. Più corretta appare, invece, la soluzione esegetica che – senza smentire il tenore letterale dell'art. 6 – prevede l'applicazione, sul terreno processuale, dell'art. 530, comma 3, c.p.p.

La medesima impostazione si è ritenuto opportuno seguire con riguardo al diritto al silenzio dell'ente. Invero, l'art. 44 del decreto appare inequivoco nel limitare la sfera di operatività dell'incompatibilità a testimoniare a determinate categorie di rappresentante legale dell'ente, che quindi non può ritenersi estesa al rappresentante in quanto tale. Di talché, per tutelare lo *ius tacendi* del soggetto collettivo e al contempo rispettare il dettato normativo, si potrà fare applicazione – con gli opportuni adattamenti – dell'art. 198, comma 2, c.p.p., ossia la norma codicistica che garantisce il *privilege against self-incrimination* dei testimoni.

Terreno ancor più problematico per la presunzione d'innocenza dell'ente è quello del subprocedimento cautelare. Qui il principio costituzionale si scontra con la natura non antropomorfa del soggetto collettivo, e pare perdere vigore in una fase, eletta a sede privilegiata per il ravvedimento della *societas*, caratterizzata da una anticipazione del momento sanzionatorio e governata da finalità tipiche delle pene. Tuttavia, è un faro che non deve essere perso di vista dall'interprete, una irrinunciabile garanzia che deve guidare l'interpretazione della disciplina.

A ogni modo, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore che giunga a fare chiarezza, a limare quelle disposizioni che si prestano a facili strumentalizzazioni in danno dell'ente-imputato, perfezionando, in definitiva, un complesso normativo potenzialmente in grado di coniugare il perseguimento delle finalità specialpreventive tipiche della disciplina con una maggiore tutela del soggetto collettivo.

BIBLIOGRAFIA

ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella Cedu: profili sostanziali*, in AA.VV, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di MANES, ZAGREBELSKY, Milano, Giuffrè, 2011;

ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *dig. d. pen.*, Utet, 1989, vol. III;

ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002;

AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 01, 151;

AMODIO, *La tutela della libertà personale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Estratto della Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. N. 3 - 1967*, Milano, Giuffrè, 1967;

AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in *Riv. Proc.*, 1974;

AMODIO, *Il dibattimento nel nuovo rito accusatorio*, in *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, Giuffrè, 1990;

AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. Pen.*, 2005;

BALDUCCI, *Misure cautelari interdittive e strumenti riparatorio-premiali nel nuovo sistema di responsabilità "amministrativa" a carico degli enti collettivi*, in *Indice pen.*, 2002;

BALDUCCI, *L'ente imputato. Profili di efficienza e di garanzia nel processo De Societate*, 2013;

BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in AA.VV, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2022;

BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, CEDAM, 2012;

BASSI, *Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 3;

BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, Giuffrè, 2006;

BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XVI, ed. 1766, a cura di VENTURI, Torino, 1970;

BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Torino, Giappichelli, 2018;

BELTRANI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. I diritti - La procedura*, Bologna, Zanichelli, 2022;

BERNASCONI, *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, Milano, 2008;

BERNASCONI, *Confisca e sequestro preventivo: vecchi arnesi interpretativi e nuove frontiere di legalità*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, n. 3;

BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, II ed., Padova, CEDAM, 1973;

BEVERE, *Coercizione reale. Limiti e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1999;

BIFULCO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018;

BOLOGNA, MONACO, *La presunzione di innocenza nel d. lgs. 188/2021: un'occasione persa?*, 24 febbraio 2022, in *Unicost.eu*;

BORTOLOTTO-CORINO, *La valutazione del modello organizzativo: perizia e consulenza sul modello nel processo penale?*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2017, n.2;

BRICCHETTI, *Misura cautelare della revoca dei contributi già concessi (commento a ordinanza Tribunale del Riesame di Parma del 27.5.2015)*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2016, n. 1;

BRICCHETTI, *Il sistema cautelare*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2017, n. 1;

BRODOWSKI, *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, 2014;

BRONZO, *Procedimenti speciali e giudizio*, in AA. VV., *Responsabilità da reato degli enti*, Vol. II, Diritto processuale, a cura di LATTANZI, SEVERINO, Torino, Giappichelli, 2020;

CAMALDO, *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica direttiva dell'Unione europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 marzo 2016;

CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Milano, CEDAM, 2021;

CANESCHI, *Sulla necessaria valutazione dei gravi indizi di responsabilità dell'ente per l'applicazione del sequestro preventivo di cui all'art. 53 del d. lgs. 231/01*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 settembre 2012;

CANESCHI, *Processo penale mediatico e presunzione di innocenza: verso un'estensione della garanzia?*, in *Arch. Pen. (web)*, 2021;

CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1869;

CARRARA, *Il carcere preventivo e l'applicazione della pena lettera all'avv. Gustavo Sangiorgi*. Tratto da *Opuscoli di diritto criminale*, vol. II, 2° ed., Lucca, Tipografia Giusti, 1870;

CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, Prato, 1881;

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

CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, Giappichelli, 2015;

CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, Milano, Giuffrè, 1984;

CHIMICHI, *Le prove dichiarative nel procedimento penale contro gli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2005;

CHIMICHI, *Processo penale a carico degli enti: il quantum della prova della colpa di organizzazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004;

COCCO, *L'illetico degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004;

COFFEE, "No soul to damn: no body to kick": *an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment*, in *Michigan Law Review*, 1981;

COLACURCI, *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *Diritto penale e processo oggi*, Noto, 2015;

CONTI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Abbandonato il principio societas delinquere non potest?*, in AA.VV., *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, CEDAM, 2001;

CORDERO, *Codice di procedura penale*, Torino, UTET, 1992;

CORDERO, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2006;

COSTARELLA, *Presunzione di innocenza e diritto comunitario*, in www.dirittodidifesa.eu, 27 aprile 2020;

D'ARCANGELO, *Il sindacato giudiziale sui modelli organizzativi nel contesto attuale*, in AA.VV., *Itinerari di diritto penale dell'economia*, a cura di BORSARI, Padova, Padova University Press, 2018;

DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2000;

DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002;

DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Edizioni ETS, Pisa, 2012;

DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012;

DE SIMONE, *La colpevolezza dei soggetti metaindividuali: una questione tuttora aperta*, in *Cass. Pen.*, 2017;

DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, n. 4;

DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2008;

DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, Giappichelli, 2004;

DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di LATTANZI, Milano, Giuffrè, 2010;

DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012;

DI BITONTO, *Le dichiarazioni dell'imputato*, *Giur. It.*, 2017;

DI BITONTO, *Lineamenti generali del procedimento a carico degli enti*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, *Diritto processuale*, a cura di LATTANZI, SEVERINO, Torino, Giappichelli, 2020;

DI GERONIMO, *Aspetti processuali del d. lg. N. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, in *Cass. Pen.*, 2002;

DI GERONIMO, *Il contributo dell'imputato all'accertamento del fatto*, Milano, Giuffrè, 2009;

DI GIOVINE, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Diritto sostanziale, a cura di LATTANZI, SEVERINO, Torino, Giappichelli, 2020;

DIDDI, *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2005;

DOMINIONI, *La presunzione di innocenza*, in *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, Giuffrè, 1985;

DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004;

ELIA, *Le misure di prevenzione fra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1964;

EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca, I° parte*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 3;

EPIDENDIO, *I principi costituzionali e internazionali e la disciplina punitiva degli enti*, in *Enti e responsabilità da reato*, Milano, Giuffrè, 2006;

EPIDENDIO, *Art. 6 d. lgs. n. 231/2001*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA, SPANGHER, III, Milano, Ipsoa, 2007;

FANCIULLO, *La direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in *Rivista Eurojus.it*, 18 aprile 2016;

FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989;

FERRARELLA, in *Processo vero o mediatico? Le insidie delle nuove norme*, *Corriere della Sera*, 27 novembre 2021;

FERRI, *Sociologia criminale*, IV ed., Torino, 1900;

FERRUA, *Studi sul processo penale, II, Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992;

FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. e giust.*, 2001;

FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze ed anomalie nelle regole di accertamento*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, Padova, CEDAM, 2002;

FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2016;

FERRUA, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, I, Torino, Giappichelli, 2017;

FERRUA, *Il diritto probatorio*, in AA.VV. *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, *Diritto processuale*, a cura di LATTANZI, SEVERINO, Torino, Giappichelli, 2020;

FIDELBO, *La testimonianza: casi di incompatibilità*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di LATTANZI, Milano, Giuffrè, 2005;

FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di LATTANZI, Milano, Giuffrè, 2010;

FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d. lgs. n. 231/2001*, a cura di MORGILLO, STILE, Napoli, Jovene, 2011;

FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in *Società*, suppl. 2011, *D. lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*;

FIDELBO-RUGGIERI, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *La responsabilità amministrativa della società e degli enti*, 2016, n. 4;

FIDELBO-SILVESTRI, *Le cautele interdittive: fisionomia e procedimento applicativo*, in *AA.VV. Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, *Diritto processuale*, a cura di LATTANZI, SEVERINO, Torino, Giappichelli, 2020;

FIORE, *Accertamento dei presupposti e problematiche in tema di sequestro preventivo*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1995;

FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di DEAN, Torino, Giappichelli, 2007;

FLICK, *Le prospettive di modifica del d. lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in *Riv. soc.*, 2010, 06;

FRANZONI, *Il sistema sanzionatorio e cautelare. Riflessioni sull'effettività*, in AA.VV., *Il processo penale de societate*, a cura di BERNASCONI, Milano, Giuffrè, 2006;

FROSALI, *La giustizia penale*, in AA.VV., *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, a cura di CALAMANDREI, LEVI, vol. I, Firenze, Barbera editore, 1950;

GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, Padova, CEDAM, 2017;

GALLUCCIO MEZIO, *Indagini e udienza preliminare*, in AA.VV. *Responsabilità da reato degli enti*, Vol. II, *Diritto processuale*, a cura di LATTANZI, SEVERINO, Torino, Giappichelli, 2020;

GARAPON, *La despializzazione della giustizia*, Milano, Mimesis, 2021;

GAROFALO, *La detenzione preventiva*, in *La Scuola positiva*, Torino, 1892;

GARUTI, *Il processo "penale" agli enti a dieci anni dalla nascita*, in *Dir. pen. proc.*, 2011;

GARUTI, *Profili giuridici del concetto di adeguatezza dei modelli organizzativi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2017, n. 3;

GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur. Treccani, Z agg.*, vol. VIII, 2001;

GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, Giuffrè, 1989;

GREVI, *Libertà personale e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1976;

GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, Giuffrè, 1972;

GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, Giuffrè, 2000;

GULLO, *I modelli organizzativi*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, *Diritto sostanziale*, a cura di LATTANZI, SEVERINO, Torino, Giappichelli, 2020;

HASSEMER, *Il diritto attraverso i media: messa in scena della realtà?*, in *Ars interpretandi*, 2004;

HEIN VAN KEMPEN, *The recognition of legal persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Trough Criminal justice*, in Pieth & Ivory, *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 9, New York/Dordrecht/Heidelberg/London, Springer 2011;

ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli, 1979;

ILLUMINATI, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. Giur.*, XXVII, 1991;

LASAGNI, *Processo penale, diritto amministrativo punitivo e cooperazione nell'unione europea, Diritto penale e processo oggi*, Noto, 2015;

LATTANZI, *Le cautele reali*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, Diritto processuale, a cura di LATTANZI, SEVERINO, Torino, Giappichelli, 2020;

LORENZETTO, *sub art. 53*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità da reato degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, CEDAM, 2008;

LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, Barbera, 1895;

MAGGIO, *La revoca dei finanziamenti concessi all'ente nel processo a carico delle persone giuridiche*, in *Giur. Merito*, 2006;

MALVASI, *L'onere della prova nella responsabilità ex d. lgs. 231/2001, alla luce della sentenza della Corte di Cassazione n. 27735 del 16.7.2010*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, n. 1;

MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, Il mulino, 2022;

MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in AA.VV., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di MANES, ZAGREBELSKY, Milano, Giuffrè, 2011;

MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Cass. Pen.*, 2003;

MANZINI, in *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912;

MARAFIOTI, *Processi penali «by media»: un circolo vizioso*, in AA.VV., *Il rapporto tra giustizia e mass media. Quali regole per quali soggetti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010;

MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, nona edizione, Milano, Giuffrè, 2020;

MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art 27, comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio, Processo penale e Costituzione*, a cura di DINACCI, Milano, Giuffrè, 2010;

MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, Giuffrè, 2004;

MAZZA, *sub art. 66*, in *Enti e responsabilità*, a cura di CADOPPI-GARUTI-VENEZIANI, Milano, Utet, 2010;

MAZZA, *La presunzione d'innocenza messa alla prova*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 aprile 2019;

MAZZA, *Una deludente proposta in tema di presunzione d'innocenza*, in *Arch. pen.*, 2014;

MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale (seconda parte: misure cautelari interdittive e sequestro preventivo a fini di confisca)*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, n. 1;

MONGILLO-BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, Vol. II, *Diritto processuale*, a cura di LATTANZI, SEVERINO, Torino, Giappichelli, 2020;

MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, a cura di COTTA, Torino, UTET, 2005;

MORTARA, *Discorso al Senato (5 marzo 1912)*, in *Commento al codice di procedura penale*, diretto da MORTARA e altri, vol. III, Torino, 1915;

MOSCARINI, DI BITONTO, *Introduzione alla procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2018;

MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, Milano, Giuffrè, 2006;

MOSCARINI, *Le cautele interdittive nel procedimento penale "de societate"*, Roma, Aracne, 2010;

NITTI, *I criteri di imputazione della responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2019, n.4;

ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, Giuffrè, 2000;

PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed «effetti penali» dei media)*, in *Scritti per Federico Stella*, a cura di FORTI, BERTOLINO, Napoli, 2007;

PALIERO, *La colpa di organizzazione – 1° parte*, in *Rivista231*

PALIERO, *La colpa di organizzazione – 2° parte*, in *Rivista231*

PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2022, n. 4;

PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti amministrativi da reato (dal d. lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino, Giappichelli, 2006;

PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Digesto delle discipline penali*, IX, Torino, 1995;

PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, Giappichelli;

PAULESU, *Responsabilità «penale» degli enti e regole di giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013;

PAULESU, *Responsabilità penale e regole di giudizio*, in *Riv. Dir. proc.*, 2014;

PAULESU, *L'accertamento della responsabilità «penale» degli enti: riflessioni in tema di dinamiche probatorie e regole decisorie*, in *Responsabilità da reato degli enti. Un consultivo critico*, a cura di BORSARI, Padova, Padova University Press, 2016;

PECE, *La natura della responsabilità dell'ente, i criteri di imputazione soggettiva e l'onere della prova ex art. 6 d. lgs. 231/01 nella sentenza della Corte di Cassazione n. 27735 del 16 luglio 2010 e nei precedenti giurisprudenziali*, in *aadv231.it*, 12 dicembre 2010;

PELISSERO, *Principi generali*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Diritto sostanziale, a cura di LATTANZI, SEVERINO, Torino, 2020;

PERONI, *Il sistema delle cautele*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, Padova, CEDAM, 2002;

PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002;

PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in AA.VV. *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011;

PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2009, n. 3;

PRESUTTI, *Le cautele interdittive nel processo de societate al vaglio della sperimentazione applicativa*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di CORSO-PERONI, vol. I: *Diritto processuale penale*, La Tribuna, 2010;

PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, Giuffrè, 2018;

PRIMICERIO, *Profili applicativi del procedimento cautelare in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2005;

PULITANÒ, *Criteri d'imputazione all'ente della responsabilità "da reato"*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di SPAGNOLO, Milano, Giuffrè, 2007;

RAVASIO, *Idoneità della mappatura dei processi aziendali. Onere probatorio nel giudizio di efficace attuazione del modello ex d. lgs. 231/2001 e difesa preventiva*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010;

RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, Torino, Giappichelli, 2017;

RIGO, *Il giudizio*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Milano, 2002;

ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002;

ROMBI, *Riflessioni a prima lettura sul d. lgs. 8 novembre 2021, n. 188: un timido restyling della disciplina a tutela della presunzione di innocenza*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, n. 2;

SALCUNI, *La valutazione di idoneità dei modelli ed il requisito dell'elusione fraudolenta*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti. Un consultivo critico*, a cura di BORSARI, Padova, Padova University Press, 2016;

SANTORIELLO, *La prova testimoniale nel processo alle società*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 2;

SANTORIELLO, *Alcuni profili problematici della disciplina processuale in tema di definizione della responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Responsabilità da reato degli enti. Un consultivo critico*, a cura di BORSARI, Padova, Padova University Press, 2016;

SANTORIELLO, *Qualche precisazione (controcorrente) sulla nozione di elusione fraudolenta*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2018, n. 3;

SANTORIELLO, *“Torsioni” interpretative della giurisprudenza nella ricostruzione della disciplina in tema di processo agli enti collettivi ovvero dal rimando alla disciplina del codice di procedura penale alla ricostruzione di un processo a la carte*, in *Osservatorio sulla responsabilità penale degli enti*, 2019, n.1;

SCALFATI, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, Padova, CEDAM, 2002;

SCARCELLA, *Il giudice non può condannare l'ente se omette qualsiasi accertamento sulla adozione e sulla idoneità del modello organizzativo*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2020, n. 1;

SCAROINA, *Il problema del gruppo di imprese. Societas delinquere potest*, Giuffrè, 2006;

SCAROINA, *Principi generali*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, *Diritto processuale*, a cura di LATTANZI, SEVERINO, Torino, Giappichelli, 2020;

SCIARABBA, *L'“interpretazione conforme” tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 14 maggio 2019;

SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d. lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *Diritto penale delle società*, a cura di CANZIO, CERQUA, LUPÀRIA, Tomo Primo, Padova, CEDAM, 2014;

SFAMENI, *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2009, n. 2;

SPATARO, *Commento al decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 188*, in *giustiziainsieme.it*, 14 dicembre 2021;

STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 1998;

TRAIANO, *Digesto*, 48.19.5;

TRICOMI, *Violazioni amministrative: il giudice fa il pieno*, in *Guida al diritto*, 2001, n. 26;

VANARELLI, *Le misure cautelari nel procedimento per la responsabilità amministrativa degli enti (prima parte)*, in *La responsabilità amministrativa della società e degli enti*, 2008, n. 4;

VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, Giuffrè, 2012;

VARRASO, *Il "compromesso" delle Sezioni unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente "incolpato" nel procedimento de societate*, in *Cass. Pen.*, 2016;

VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti*, in AA.VV, *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, *Diritto processuale*, a cura di LATTANZI, SEVERINO, Torino, 2020;

VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, Jovene, 1974;

VOLK, *La responsabilità di enti collettivi nell'ordinamento tedesco*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, (atti del convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 15-16 marzo 2002), Padova, 2003;

