

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto e Procedura Penale Degli Enti

**La disciplina delle prove nel procedimento penale
*de societate***

RELATORE:

Chiar.ma Prof.ssa

Maria Lucia Di Bitonto

CANDIDATO:

Giulia Cascone

matricola: 119743

CORRELATORE:

Chiar.ma Prof.ssa

Elisa Scaroina

*Ai miei genitori
e a mio fratello*

INDICE

Premessa.....p. 1

Introduzione.....p. 2

Capitolo 1

Il sistema delle fonti del diritto processuale e le norme compatibili con il procedimento penale *de societate*

1.1 Il sistema delle fonti nel procedimento penale *de societate*.....p. 6

1.2 La controversa natura della responsabilità.....p. 11

1.3 I diritti fondamentali dell'imputato.....p. 17

1.4 Le disposizioni generali sulle prove.....p. 20

1.5 Le disposizioni probatorie relative alla fase predibattimentale e dibattimentale.....p. 22

1.6 I mezzi di prova.....p. 24

1.7 Le disposizioni del decreto in materia di prove.....p. 26

Capitolo 2

La deposizione della persona imputata del reato presupposto (art. 44, comma 1, lett. a) del decreto)

2.1 Il regime delle incompatibilità a testimoniare: la disciplina del codice di procedura penale.....	p. 29
2.2 La posizione dell'imputato nel reato presupposto.....	p. 37
2.3 La persona fisica imputata in un reato connesso o collegato a quello presupposto della responsabilità dell'ente.....	p. 43
2.4 La posizione della persona prosciolta o condannata con sentenza irrevocabile.....	p. 45
2.5 La posizione del destinatario del provvedimento di archiviazione o di proscioglimento alla luce delle recenti sentenze della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale.....	p. 47
2.6 Le modalità di audizione del soggetto incompatibile e il problema dei rapporti tra l'illecito della persona fisica e quello dell'ente.....	p. 52

Capitolo 3

La deposizione del rappresentante legale dell'ente (art. 44, comma 1, lett. b) del decreto)

3.1 La posizione del rappresentante legale dell'ente (il regime della partecipazione al procedimento).....	p. 56
3.2 L'incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale.....	p. 62
3.3 Le ipotesi problematiche: la posizione del rappresentante legale nel procedimento a carico della persona fisica.....	p. 66
3.3.1 Le dichiarazioni rese dal rappresentante legale prima del sopravvenire della posizione di incompatibilità.....	p. 68
3.3.2 La posizione del rappresentante legale indagato o imputato per un illecito amministrativo connesso o collegato a quello per il quale si procede.....	p. 71
3.3.3 La posizione del rappresentante legale cessato dall'incarico.....	p. 73

3.4 Le modalità di acquisizione del contributo del rappresentante incompatibile.....	p. 76
3.5 Il rappresentante che non fosse tale anche al <i>tempus commissi delicti</i> (la <i>vexata quaestio</i> del diritto al silenzio dell'ente).....	p. 80
3.6 L'inquadramento costituzionale e le soluzioni possibili.....	p. 85

Capitolo 4

Il regime delle prove diverse dalla testimonianza

4.1 Il ruolo della prova scientifica nel procedimento penale <i>de societate</i>	p. 98
4.1.2 Le peculiarità del procedimento cautelare nel sistema del decreto legislativo 231/2001.....	p. 101
4.1.3 Lo svolgimento della perizia nella fase cautelare alla luce delle peculiarità del procedimento cautelare <i>de societate</i>	p. 105
4.2 Le intercettazioni.....	p. 112
4.2.1 Nei procedimenti riuniti.....	p. 116
4.2.2 Nei procedimenti separati.....	p. 118
4.2.3 Profili problematici.....	p. 120
4.3 La prova documentale.....	p. 121
4.3.1 L'utilizzo dei verbali di prova e delle sentenze irrevocabili provenienti da altri procedimenti penali.....	p. 126

Capitolo 5

La questione del diritto al silenzio dell'ente alla luce di uno studio comparatistico con l'esperienza francese

5.1 Il dibattito <i>ante</i> riforma e le ragioni dell'introduzione della responsabilità penale degli enti in Francia.....	p. 132
5.2 Le caratteristiche fondamentali del sistema di responsabilità penale degli enti nell'ordinamento francese.....	p. 135
5.3 Costituzionalità della nuova disciplina e reazioni della giurisprudenza.....	p. 142
5.4 Le fonti del procedimento penale <i>de societate</i> nel sistema francese.....	p. 144
5.4.1 Lineamenti generali del procedimento penale in Francia.....	p. 148
5.4.2 Il procedimento a carico dell'ente.....	p. 152
5.5 La rappresentanza dell'ente nel procedimento penale.....	p. 160
5.5.1 La disciplina delle prove dichiarative nella procedura penale francese.....	p. 168
5.5.2 Il diritto al silenzio nel sistema francese. Portata e fondamento.....	p. 174
5.5.3 Il riconoscimento del diritto al silenzio dell'accusato nel procedimento penale <i>de societate</i> francese.....	p. 178
5.5.4 Le possibili ragioni del diverso approccio interpretativo tra l'ordinamento francese e quello italiano.....	p. 185
Conclusioni.....	p. 189
Bibliografia.....	p. 192

Premessa

Dalla sua entrata in vigore, la disciplina del decreto legislativo 231 del 2001 ha offerto agli interpreti molteplici spunti di riflessione. Calibrare i principi sostanziali e processuali della repressione penale su un'entità così profondamente diversa dalla persona fisica si è rivelato un processo complesso, probabilmente non ancora concluso.

Ciò che può osservarsi con relativa immediatezza è che si è manifestata la tendenza, soprattutto giurisprudenziale, a concentrarsi sui profili sostanziali di questa nuova forma di responsabilità penale. Cosa prevedibile, in quanto proprio le problematiche di carattere sostanziale hanno rappresentato il fondamentale e più difficile banco di prova per la responsabilità penale degli enti.

Con ciò non si vuole sostenere che l'elaborazione teorica sugli aspetti procedurali sia stata carente, ma semplicemente che, ad oggi, ci sono molte domande e poche risposte certe su alcune importanti tematiche, mentre su altre pare mancare qualsiasi tentativo di una trattazione sistematica.

Il pretesto per questo lavoro nasce da questa constatazione e dalla volontà di intraprendere, per quanto possibile, una riflessione articolata e coerente su un istituto fondamentale del processo penale che, tuttavia, è rimasto sullo sfondo nei procedimenti *de societate*.

Il decreto dedica al tema delle prove una sola, succinta norma, l'articolo 44, incaricando gli interpreti del difficile compito di ricavare la restante disciplina.

Introduzione

Oltre a una riflessione iniziale sulle fonti del procedimento penale *de societate* e sulle norme del codice di rito con esso certamente compatibili in tema di prova, nel Capitolo I si tenta di fare chiarezza su alcune questioni preliminari la cui soluzione, lungi dall'essere fine a se stessa, funge da faro all'interprete perché costui possa operare il vaglio di compatibilità di cui all'articolo 34 del decreto tramite un metodo nel suo complesso coerente, ponendo sempre la mente ai principi generali che, a seconda dell'impostazione che si predilige, informano la materia. Pertanto si affronta la questione della natura della responsabilità derivante dal decreto e delle sue ripercussioni sui diritti fondamentali dell'imputato.

Nel prosieguo dell'elaborato si sviluppa il proposito di entrare nel merito di alcune problematiche assai spinose sollevate, anzitutto, dall'articolo 44 su citato in tema di prove dichiarative. I Capitoli II e III sono dedicati, rispettivamente, alle dichiarazioni dell'imputato del reato presupposto e del rappresentante legale dell'ente, secondo uno schema che ripercorre idealmente la struttura della norma, con l'obiettivo di ricavare esegeticamente la disciplina applicabile in tutte le innumerevoli circostanze non esplicitamente regolate dal legislatore.

Nel Capitolo III, in particolare, si affronta una delle più complesse tematiche in materia di procedimento penale *de societate*, ossia quella relativa alla posizione ricoperta, al suo interno, dal rappresentante legale dell'ente e, di conseguenza, al diritto al silenzio di quest'ultimo.

Con lo sguardo necessariamente rivolto alle, invero poche, indicazioni derivanti dalla normativa e dagli organi giurisdizionali europei, vengono messe in luce le svariate soluzioni prospettate dalla dottrina italiana nel quasi totale silenzio della

giurisprudenza, rimarcando la necessità di procedere sempre lungo percorsi esegetici coerenti ai principi generali del processo penale.

Le criticità rinvenute con riferimento alla compatibilità degli altri mezzi di prova e di ricerca della prova nel procedimento a carico della *societas* sono affrontate nel Capitolo IV, che si apre con alcune considerazioni sui motivi che rendono quasi indispensabile il ricorso allo strumento della perizia e sull'opportunità di un suo impiego già nella fase cautelare. Prassi, questa, tanto diffusa tra i giudici quanto ripudiata dalla dottrina.

Il capitolo prosegue con l'analisi della disciplina delle intercettazioni, con un focus particolare sul concetto di medesimezza del procedimento alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali sull'articolo 270 c.p.p. e sulla loro risonanza nel procedimento a carico dei soggetti collettivi.

A chiusura del capitolo, infine, la disanima della disciplina relativa alla prova documentale e quindi alla compatibilità degli articoli 234, 238 e 238-bis c.p.p. con il procedimento penale *de societate*, per come interpretati dalla giurisprudenza.

La riflessione parte dalle singole norme per poi sfociare, immancabilmente, in questioni di carattere generale legate al fenomeno, a volte discutibile ma ormai dilagante viste le aperture giurisprudenziali, della circolazione probatoria. In particolare, l'interrogativo di maggior rilievo verte sulla praticabilità di determinati meccanismi di trasmissione della prova tra procedimenti, come quelli a carico del soggetto collettivo e della persona fisica autrice del reato presupposto, inesorabilmente collegati da un punto di vista probatorio.

Infine, il Capitolo V riprende il tema, centrale nella trattazione, del diritto al silenzio dell'ente per analizzarlo, questa volta, in una prospettiva comparatistica con la normativa vigente in Francia.

La scelta di condurre questa indagine alla luce dell'ordinamento francese nasce dal riscontro, all'interno dello stesso, di una norma che, al pari dell'articolo 44 del decreto legislativo n. 231 del 2001, sembra assoggettare il rappresentante legale dell'ente a un obbligo di verità che, generalmente incombente sul testimone, ripugna ai principi generali del processo penale se addossato all'imputato.

Premesso che, ormai da anni, la dottrina italiana congettura l'esistenza, nell'ordinamento francese, di problematiche assai simili a quelle interne sulla questione del diritto al silenzio dell'ente, l'analisi comparatistica avrebbe dovuto mettere in risalto una eventuale comunanza di motivi che, nei due sistemi giuridici, ostano al riconoscimento della piena estensione delle prerogative difensive al soggetto collettivo. In questo modo, si sarebbe forse potuto comprendere meglio il rigetto, da parte del legislatore e di alcuni interpreti, di soluzioni esegetiche volte alla parificazione dell'ente a un qualunque imputato persona fisica.

Lo studio del sistema francese ha, tuttavia, fatto emergere un quadro profondamente diverso da quello atteso, rivelando l'inesattezza delle premesse iniziali e l'erroneità dello stesso diffuso convincimento circa l'attuale esistenza di problematiche comuni ai due ordinamenti.

Inevitabile, allora, una riflessione sulle ragioni che sottostanno alla diversità dei percorsi interpretativi intrapresi e delle conclusioni alle quali si è giunti nei due sistemi giuridici riguardo a quello che solo inizialmente poteva definirsi un problema comune, ma che ad oggi è proprio soltanto dell'ordinamento nostrano.

Non resta che chiedersi perché nel nostro Paese una questione così cruciale come quella del diritto al silenzio dell'imputato sia stata relegata, nell'attesa di un intervento giurisprudenziale, in un limbo interpretativo che si protrae ormai da 16 anni; ma soprattutto occorre riflettere sulle ripercussioni di queste incertezze

sui diritti del soggetto sottoposto al procedimento penale. Se è vero che la storia della libertà è da sempre e soprattutto la storia dell'osservanza delle garanzie procedurali (Frankfurter, *Mc Nabb v. United States*, 318 U.S. 332, 1943), ci si dovrebbe chiedere, allora, in cosa si sostanzia il rispetto delle libertà dell'imputato quando le sue stesse garanzie procedurali sono incerte.

Capitolo 1

Il sistema delle fonti del diritto processuale e le norme compatibili con il procedimento penale *de societate*

1.1 Il sistema delle fonti nel procedimento penale *de societate*. – 1.2 La controversa natura della responsabilità. – 1.3 I diritti fondamentali dell'imputato. – 1.4 Le disposizioni generali sulle prove. – 1.5 Le disposizioni probatorie relative alla fase predibattimentale e dibattimentale. – 1.6 I mezzi di prova. – 1.7 Le disposizioni del decreto in materia di prove.

1.1 Il sistema delle fonti nel procedimento penale *de societate*

Il *corpus* di norme processuali delineato dal decreto legislativo 231 del 2001¹ rappresenta un sistema inedito, la cui costruzione è affidata in via principale all'interprete. L'articolo 34 del decreto prevede che al procedimento di accertamento dell'illecito «amministrativo» si applichino le norme previste dal Capo III del decreto nonché, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del d. lgs. 28 luglio 1989, n. 271.

L'utilizzo della sola disciplina processuale del codice per la regolamentazione del procedimento penale *de societate* si sarebbe rivelato inidoneo a soddisfare l'esigenza di tenere in debita considerazione le peculiarità dell'ente² e ad attuare il criterio di delega che imponeva al Governo l'individuazione di un sistema di accertamento che assicurasse «l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle

¹ D'ora in poi «decreto».

² BASSI, *Disposizioni generali sul procedimento*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 502.

diverse fasi del procedimento penale»³. Di contro, la strada della predisposizione di un sistema processuale *ad hoc*, completamente autosufficiente, sarebbe stata eccessivamente farraginosa e non priva di ostacoli. Di qui la scelta di individuare nel decreto soltanto alcune disposizioni processuali specifiche e richiamare, per tutto quanto non diversamente disposto, le regole del codice di rito e delle disposizioni di attuazione allo stesso, previa verifica di compatibilità.

Il richiamo operato dall'articolo 34 e l'operatività del vaglio da esso richiesto comportano che, da un lato, non si possa escludere l'incompatibilità, nel procedimento *de societate*, di norme pur non espressamente derogate dal decreto, e, dall'altro, che possano giudicarsi compatibili con il procedimento suddetto norme codicistiche, pur non richiamate, che vadano ad affiancarsi alla disciplina processuale appositamente prevista dal legislatore nel Capo III⁴.

Ne risulta un impianto normativo composito, caratterizzato dall'incrociarsi di una pluralità di fonti, in cui eventuali sovrapposizioni sono scongiurate dalla natura speciale delle disposizioni del decreto, elaborate al precipuo scopo di adattare il procedimento penale alle particolarità dell'inedito soggetto ad esso sottoposto⁵.

Il rapporto dialettico tra le norme del decreto e quelle del codice di rito e delle sue disposizioni attuative genera un sistema chiuso e, almeno nelle intenzioni del legislatore, completo.

Ancorché alcuni autori parlino dell'esistenza di lacune normative del Capo III da colmare attraverso il meccanismo dell'articolo 34 del decreto⁶, pare che tali

³ L. 29 settembre 2000, n. 300, art. 11, lett. q). Si pensi, ad esempio, alla necessità di individuare le modalità di partecipazione dell'ente al procedimento, e, di conseguenza, un soggetto idoneo a rappresentarlo.

⁴ DE FALCO, *L'ente e il dibattimento: principi generali e problematiche specifiche*, in Riv. 231, 2007.

⁵ FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 445.

⁶ GIARDA, *L'accertamento: disposizioni generali*, in AA. VV., *Responsabilità penale delle persone giuridiche, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di GIARDA, VARRASO, SPANGHER, MANCUSO, IPSOA, 2007, p. 292. Nello stesso senso GARUTI-SALA, *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative*, in AA. VV.,

lacune siano scongiurate proprio dall'esplicito richiamo alle disposizioni del codice di rito. Non deve fuorviare, a tal proposito, l'esistenza del vaglio di compatibilità richiesto dalla norma. Questo si attegga in modo parzialmente differente rispetto alla valutazione che l'interprete compie nel procedimento analogico (*legis* o *iuris*), volto ad evidenziare un'identità di *ratio* tra due situazioni delle quali l'una è normata, l'altra no. L'indagine reclamata dall'articolo 34 attiene, invece, alla possibilità di convogliare meccanismi procedurali da sempre riferiti al processo a carico della persona fisica in quello a carico dell'ente. Consente, cioè, di evitare incongruenze applicative e di utilizzare le norme processuali delineate per l'individuo, purché esse risultino coerenti rispetto ai tratti propri del procedimento penale *de societate* così come individuati dal decreto.

Ci si è chiesti, piuttosto, se il richiamo dell'articolo 34 alle norme del codice sia "aperto" o "chiuso", ossia se la recezione di eventuali mutamenti nella disciplina codicistica sia automatica oppure no. La soluzione preferibile è quella per cui il richiamo è alla fonte in generale, con conseguente adattamento automatico in caso di modifiche normative⁷. In questo modo, da un lato si evitano inutili complicazioni operative, dall'altro si recepiscono immediatamente possibili sviluppi in senso più garantistico.

Di non facile soluzione, invece, è il problema del contenuto del vaglio di compatibilità che la stessa norma richiede. Si potrebbe ritenere che esso si espliciti semplicemente nella valutazione circa l'applicabilità della norma codicistica a un soggetto privo di una sua "fisicità", con la conseguente esclusione di tutte quelle norme che presuppongono una persona fisica quale

Enti e responsabilità da reato, a cura di VENEZIANI, GARUTI, CADOPPI, UTET giuridica, 2010, p. 516. A tal proposito, gli Autori parlano di un sistema completo ma non autonomo.

⁷GARUTI-SALA, *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di VENEZIANI, GARUTI, CADOPPI, UTET giuridica, 2010, p. 516.

destinatario. Tale esegesi, tuttavia, è contraddetta da una serie di elementi. Anzitutto dalla Relazione al decreto⁸, stando alla quale l'ente dovrebbe poter essere sottoposto ad interrogatorio per mezzo del suo rappresentante; ma soprattutto dalla constatazione per cui così argomentando si finisce per rendere incompatibile una buona parte di norme del codice di rito. La soluzione, perciò, non è soddisfacente, dato che comporta il rischio di rinvenire nel "calderone" delle norme inapplicabili molte disposizioni che tutelano la posizione dell'imputato (si pensi, per l'appunto, alle norme in materia di interrogatorio o di dichiarazioni spontanee) e mortificare, così, il contenuto precettivo dell'articolo 35 del decreto: l'equiparazione dell'ente all'imputato rimarrebbe confinata a profili marginali o comunque non conformi alla latitudine che il legislatore ha voluto imprimere alla norma.

Il vaglio, allora, va condotto alla stregua di un altro, più rigido, criterio: l'incompatibilità è limitata ai soli casi in cui le differenti scansioni procedurali la impongono⁹: saranno, cioè, incompatibili soltanto le norme del codice di rito la cui *ratio* sia difforme rispetto al peculiare atteggiarsi del procedimento penale *de societate*¹⁰. Effettuata con esito positivo questa valutazione, dunque, l'indagine deve spostarsi sull'ulteriore piano del necessario "adattamento" della norma codicistica, la quale, concepita per essere applicata nel procedimento a carico persone fisiche, deve subire una «rimodulazione» che

⁸ Relazione ministeriale al d.lgs 231/2001, p. 35. Lo rileva GIARDA, *L'accertamento: disposizioni generali*, in AA. VV., *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, a cura di GIARDA, VARRASO, SPANGHER, MANCUSO, IPSOA, 2007, p. 293. L'Autore, in realtà, solleva la questione in riferimento all'art. 35 del decreto. Le stesse considerazioni, tuttavia, possono svolgersi già con riguardo all'art. 34.

⁹ GARUTI-SALA, *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di VENEZIANI, GARUTI, CADOPPI, UTET giuridica, 2010, p. 517.

¹⁰ DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 60.

ne consenta l'applicazione anche al soggetto collettivo¹¹. Tale ponderazione, comunque, va effettuata caso per caso.

Queste considerazioni, si è detto, risultano avvalorate dall'articolo 35 del decreto, che prevede espressamente che all'ente si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni processuali relative all'imputato.

Sulla reale portata di tale precetto si sono sollevati non pochi dubbi, destinati, poi, ad aleggiare su tutte quelle questioni che riguardano ora il ruolo dell'ente, ora quello del suo rappresentante legale, ora la portata del diritto di difesa nel procedimento penale *de societate*. È controverso, cioè, se la norma rappresenti una petizione di principio, un «manifesto»¹², o se invece il suo contenuto si colori di profili ulteriori rispetto a quelli già rinvenibili nell'articolo 34 del decreto. Probabilmente, il suo inserimento tra le norme processuali del decreto è stato dettato dalla volontà legislativa di fugare ogni possibile dubbio sulla posizione dell'ente nel procedimento a suo carico¹³, vista anche la presenza di alcune norme (si pensi all'articolo 44 del decreto) che avrebbero potuto condurre l'interprete a ritenere che il meccanismo dell'articolo 34 del decreto non operasse anche con riferimento alle disposizioni processuali relative all'imputato. In questi termini, l'equiparazione operata dall'articolo 35 del decreto appare essere una proiezione di quel criterio di delega che, come si è visto, imponeva la creazione di un sistema idoneo a garantire al soggetto collettivo una partecipazione e una difesa effettive¹⁴.

¹¹ DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 60.

¹² LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in Cass. Pen., 2002, p. 2524.

¹³ Si badi, tuttavia, che nel decreto l'ente non è mai definito «imputato», ma soltanto ad egli equiparato.

¹⁴ GIARDA, *L'accertamento: disposizioni generali*, in AA. VV., *Responsabilità penale delle persone giuridiche, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di GIARDA, VARRASO, SPANGHER, MANCUSO, IPSOA, 2007, p. 293.

1.2 La controversa natura della responsabilità

La natura della responsabilità da reato dell'ente rappresenta, ormai dal 2001, un problema irrisolto della nuova normativa¹⁵. La stessa disciplina legislativa è ambigua perché, se da un lato viene definita come amministrativa la responsabilità del soggetto collettivo, dall'altro il processo penale è individuato quale sede dell'accertamento e all'ente è riconosciuta una serie di garanzie tipiche dell'ordinamento penale¹⁶. Dinanzi all'indubbia equivocità che tali contraddizioni generano, gli interpreti non hanno potuto fare a meno di chiedersi se l'etichetta scelta dal legislatore per la responsabilità dell'ente fosse in realtà solo di facciata; se celasse, cioè, una ritrosia normativa a chiamare le cose col loro nome, dato che, in questo caso, ciò avrebbe significato prendere una posizione netta sul problema della assoggettabilità del soggetto collettivo alla responsabilità penale, da sempre riservata alle sole persone fisiche. Probabilmente non era questa l'unica preoccupazione del legislatore che, definendo la responsabilità dell'ente come amministrativa, si è riservato la possibilità di discostarsi in certi punti (esemplarmente nell'articolo 44 del

¹⁵ Sul punto, AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità dell'ente*, in Cass. Pen., 2005, p. 320 ss.; IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità «amministrativa» - codici di autodisciplina)*, in G. Comm., 2003, p. 693 ss.; BERTONAZZI, *Il d.lgs. 231 del 2001 e il nuovo modello sanzionatorio dei soggetti collettivi*, in Dir. Proc. Amm., 2001, p. 1166 ss.; PULITANO, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in Enc. Dir., Agg. VI, 2002; PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in Corr. Giur. n.7, 2001, p.845 ss.; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 10 ss.; VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito?*, in AA. VV., *Responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, a cura di ROSSI, VINCIGUERRA, CERESA-GASTALDO, CEDAM, 2004, p.183 ss.; EPIDENDIO, *I principi costituzionali e internazionali e la disciplina punitiva degli enti*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 451 ss.; DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualifica giuridica*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002, p. 38 ss.; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002.

¹⁶ Lampanti, ad esempio, gli articoli 2 e 3 d.lgs 231/2001, che sanciscono il principio di legalità e disciplinano la successione di leggi nel tempo: tutte tematiche prettamente penalistiche.

decreto) dai principi che ispirano il sistema penale, evitando al contempo possibili censure di illegittimità costituzionale. Ciò ha consentito, pur sacrificando un po' di chiarezza, il bilanciamento di talvolta contrapposti interessi: la necessità di assicurare all'ente «l'effettiva partecipazione e difesa [...] nelle diverse fasi del procedimento penale», come richiedeva la legge di delega; la volontà di fornire al giudice uno strumentario operativo idoneo alla complessa realtà degli enti e degli illeciti che possono maturare al loro interno, essendosi giudicati insufficienti i poteri dell'Autorità amministrativa nel modello procedimentale delineato dalla legge n. 689 del 1981¹⁷; il proposito di non sacrificare sull'altare delle garanzie le esigenze connesse all'accertamento dell'illecito.

L'interprete si trova perciò a destreggiarsi in un quadro assai frammentario, nel quale tuttavia si impone un approccio sostanziale. La nuova forma di responsabilità prevista dal decreto può avere pesanti ricadute sulla “vita” dell'impresa¹⁸: è dunque essenziale individuare la cornice costituzionale di riferimento e, quindi, i diritti fondamentali dell'ente-imputato. Ricostruita in questi termini, la *querelle* sulla natura della responsabilità non è sterile speculazione e non è solo una questione di etichette, dato che l'atteggiarsi delle garanzie costituzionali dipende in buona misura proprio dalla sua soluzione¹⁹.

Invero, si deve dare atto della posizione espressa da una parte della dottrina, stando alla quale dal momento che il processo penale è stato scelto proprio per

¹⁷ Relazione al decreto, p.29.

¹⁸ Si pensi, a titolo di esempio, alle sanzioni “amministrative” del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione o dell'interdizione dall'esercizio dell'attività di cui all'art. 9 del decreto, le quali potrebbero anche essere applicate in via definitiva ai sensi dell'art. 16. In questo caso l'interdizione dall'esercizio dell'attività rappresenta per l'ente una sorta di pena capitale, ma la stessa conclusione vale anche per la sanzione del divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione laddove, ad esempio, sia applicata a un ente il quale svolga la sua attività principalmente tramite contrattazione con la Pubblica Amministrazione.

¹⁹ EPIDENDIO, *I principi costituzionali e internazionali e la disciplina punitiva degli enti*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI E EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 451.

tutelare la posizione dell'ente e le garanzie ad esso connesse affondano nella Costituzione, è coerente ritenere che queste siano comunque destinate ad assistere il soggetto collettivo, a prescindere dal dibattito sulla natura della responsabilità²⁰. Parimenti, si è evidenziato che è vero che qualificare certe sanzioni come penali significa riconoscere l'operatività di certe garanzie che non sono tipiche dell'illecito amministrativo, tuttavia alcune di tali garanzie fondamentali si applicano comunque perché concernono i meccanismi punitivi a prescindere dalle qualificazioni normative in materia di natura della responsabilità²¹. L'accoglimento di tali teorie esimerebbe l'interprete dallo sforzo ermeneutico teso alla ricerca della natura della responsabilità almeno per quanto concerne il problema dello statuto costituzionale applicabile. Queste tesi, tuttavia, potrebbero prestare il fianco a una "facile" critica: la stessa Corte Costituzionale, in svariate pronunce²², ha sottolineato l'impossibilità di estendere le garanzie tipiche dello statuto penalistico a materie che penali non sono. In particolare, la Corte ha sancito che dinanzi a sanzioni di carattere amministrativo sono inoperanti i principi costituzionalizzati con riferimento alla sola materia penale.

La soluzione al problema della natura della responsabilità, allora, risulta dirimente laddove non si ritenga che la scelta del processo penale sia di per sé sufficiente a fondare l'applicabilità delle garanzie costituzionali che ne costituiscono naturale appendice.

²⁰ Così BELLUTA, *Le disposizioni generali del processo all'ente, tra richiami codicistici e autonomia di un sistema in evoluzione*, AA. VV., *Il processo penale de societate*, a cura di BERNASCONI, Giuffrè, 2006, p.27.

²¹ LATTANZI in AA. VV., *Societas puniri potest- La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di Palazzo, CEDAM, 2003, 291. L'Autore fa l'esempio delle garanzie sancite dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra le quali, stando alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, spicca anche il diritto al silenzio.

²² C. Cost., 14 marzo 1984, n. 68; C. Cost., 9 giugno 1961, n. 29; C. Cost., 16 giugno 1964, n. 46.

In estrema sintesi, gli interpreti oscillano tra tre possibili ricostruzioni: responsabilità penale, amministrativa o *tertium genus*. Quanti propendono per la prima mettono in luce la derivazione della responsabilità direttamente da un reato, e non da un illecito amministrativo, la cognizione del giudice penale, l'autonomia delle responsabilità del soggetto collettivo e della persona fisica²³. A questi rilievi si replica che, da un lato, il decreto disciplina una forma di responsabilità per un fatto altrui e, dall'altro, che di responsabilità penale si può parlare solo laddove l'assoggettamento a pena si espliciti nella funzione rieducativa tipica della sanzione penale, e nessuno «si illude di vedere una persona giuridica rieducata»²⁴. Il rilievo tuttavia non è decisivo. Non può in via di principio escludersi che, a seguito della commissione di un reato e della successiva risposta sanzionatoria, l'ente sia spinto a implementare le procedure interne di gestione del rischio reato e quindi ad attestarsi su livelli di prevenzione e legalità sempre più evoluti. Quanto invece al problema della responsabilità per fatto altrui, basta rammentare che esso si prospetta solo laddove si ritenga ancora, secondo teorie ormai superate, che l'ente sia una finzione giuridica²⁵. Occorre sottolineare, poi, che, anche laddove si ritenga che l'imputazione dell'illecito penale all'ente sia un mero artificio, tuttavia ciò non costituisce un limite per il diritto penale: basta porre alla mente la disciplina enucleata dall'articolo 40 cpv del codice penale, che introduce un criterio di attribuzione della responsabilità tutt'altro che naturalistico²⁶.

²³ Si veda, ad esempio, PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in Corr. Giur. n.7, 2001, p.845 ss.

²⁴ Così, IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità "amministrativa"- codici di autodisciplina)*, in Giur. comm. 2003, 693.

²⁵ Tale era la posizione, di indubbia impronta giusnaturalistica, del Von Savigny, che riteneva che la sola persona fisica fosse capace di essere destinataria di diritti e doveri e avesse la capacità di commettere reati. Queste teorie, che trovavano fondamento nella concezione formalistica del diritto, furono poi superate a partire dalle elaborazioni di Otto von Gierke, che riteneva che le persone giuridiche fossero organismi naturali portatori di propri interessi ed in grado di manifestare una propria volontà.

²⁶ EPIDENDIO, *I principi generali in materia di punizione degli enti giuridici*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 8.

I rilievi di cui sopra, dunque, non sono sufficienti a escludere la natura penale della responsabilità.

I sostenitori della teoria del *tertium genus*, invece, pur riconoscendo la presenza di chiare commistioni con la responsabilità penale, ritengono che l'ascrizione a tale categoria non sia possibile *in toto* a causa della presenza, nel decreto, di alcune discipline che non rispetterebbero i principi e i meccanismi di uno statuto penalistico: si è fatto l'esempio del regime della prescrizione, di stampo civilistico, e della disciplina delle vicende modificative dell'ente (trasformazione, fusione, scissione e cessione d'azienda), non conforme al principio della responsabilità penale personale²⁷. Questa tesi pare, tuttavia, scontare una sorta di *deficit* informativo. Se è vero che l'individuazione della natura della responsabilità serve a ricostruire il quadro costituzionale in cui inserire la normativa del decreto, la teoria del *tertium genus*, pure avallata dalla Corte di Cassazione²⁸, non sembra fornire alcuna indicazione in merito. Inoltre, essa pare far emergere un'inversione metodologica: dagli elementi della disciplina si ricava la natura della responsabilità. Invece l'*iter* logico da seguire dovrebbe essere opposto, ossia: individuata la natura della responsabilità e, quindi, il quadro costituzionale di riferimento, si dovrà verificare che la disciplina sia ad esso conforme.

Decisiva appare la giurisprudenza sovranazionale, e in particolare quella della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁹, che si è espressa a favore di una concezione sostanzialistica per la quale non conta l'etichetta utilizzata dal legislatore ma la

²⁷ Così, ad esempio, LATTANZI in AA. VV., *Societas puniri potest- La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di Palazzo, CEDAM, 2003, p. 291. Sullo stesso piano le considerazioni di BERTONAZZI, *Il d.lgs. 231 del 2001 e il nuovo modello sanzionatorio dei soggetti collettivi*, in Dir. Proc. Amm., 2001, p. 1166 ss. L'Autore ritiene che il decreto individui una forma di responsabilità penale per fatto altrui.

²⁸ SS. UU., 18 settembre 2014, n. 38343, Thyssenkrupp.

²⁹ Caso Engel e altri c. Olanda (Ricorsi nn. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72) e caso Grande Stevens c. Italia (Ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10).

natura sostanziale dell'addebito. Il *nomen iuris* è solo il punto di partenza dal quale poi si deve dipanare tutta una serie di considerazioni volte a verificare che esso sia realmente pregnante. Tali considerazioni passano per l'individuazione della natura dell'infrazione, da valutarsi sulla base di vari criteri, quali, ad esempio, la funzione deterrente della norma, e per l'apprezzamento della severità della sanzione, in termini di ripercussioni sul soggetto che vi è sottoposto. Applicando i cosiddetti criteri Engel alla responsabilità degli enti, così come delineata dal decreto, non pare difficile giudicare che essa abbia i connotati di una repressione di stampo penalistico. La stessa legge di delega n. 300 del 2000, all'articolo 11, demanda al Governo l'individuazione di sanzioni dissuasive e tale richiesta si è tradotta, nel decreto, nella predisposizione di un sistema sanzionatorio fortemente afflittivo, connotato da sanzioni pecuniarie potenzialmente molto elevate e da sanzioni interdittive suscettibili di avere gravi ripercussioni sulla "vita" del soggetto collettivo.

Stando così le cose, non è condivisibile la tesi di chi sostiene che il modello definito dal decreto legislativo del 2001 sia una sorta di ibrido che vede «l'apparato giudiziario penale adibito a repressioni amministrative»³⁰. Sembra piuttosto che la scelta del processo penale sia stata dettata dalla volontà di tutelare il soggetto in esso coinvolto, e in ciò si coglie già un velato riconoscimento della natura sostanzialmente penale della responsabilità. D'altronde, questa taciuta consapevolezza permea tutto il decreto, a partire dalla scelta dei criteri d'imputazione del fatto all'ente. Immediato costatare, a tal proposito, che se la natura amministrativa e non penale della responsabilità fosse davvero stata incontrovertibile il legislatore non avrebbe battuto l'impervia strada della ricerca di un sistema d'imputazione idoneo ad evitare la creazione di una responsabilità oggettiva, ma si sarebbe limitato a ravvisare il coinvolgimento del

³⁰ CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 1327.

soggetto collettivo alla semplice commissione di un reato al suo interno, come pure accade in altri paesi³¹. Lo sforzo creativo proteso alla realizzazione di un sistema di incriminazione rispettoso dei principi che ispirano l'ordinamento penale costituisce dunque un primo importante indice per l'individuazione della reale natura della responsabilità da reato dell'ente. Le congetture che ne discendono divengono poi dati difficilmente controvertibili se letti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che è vincolante per il giudice italiano.

In conclusione pare potersi accogliere la tesi della natura penale della responsabilità, a dispetto delle classificazioni formali.

1.3 I diritti fondamentali dell'imputato

Si è visto che la soluzione del problema riguardante la natura della responsabilità da reato dei soggetti collettivi illumina la strada dell'interprete con riferimento al tema cruciale dell'applicabilità all'ente sottoposto al procedimento di accertamento dell'illecito "amministrativo" dei precetti costituzionali che tutelano la posizione dell'imputato³². Vista la scelta del processo penale quale sede dell'accertamento dell'illecito dell'ente e, se ciò non bastasse, la natura penale della sua responsabilità, deve concludersi nel senso che il soggetto collettivo sia destinatario di tutte quelle disposizioni Costituzionali che riguardano il processo penale e il soggetto in esso coinvolto, con riferimento, quanto meno, ai diritti fondamentali dell'imputato, a meno che non si voglia sostenere che l'ente, coinvolto in un procedimento nel quale rischia di vedersi

³¹ Il codice penale francese, ad esempio, all'articolo 121-2, stabilisce che l'ente è responsabile dell'illecito commesso per suo conto da un suo organo o rappresentante.

³² Lo rileva anche FLORA, in AA. VV., *Societas puniri potest- La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di Palazzo, CEDAM, 2003, p. 277 ss.

applicate sanzioni di natura sostanzialmente penale, sia destinatario di garanzie deteriori rispetto a qualunque altro imputato per il solo fatto di essere non una persona fisica, ma un'aggregazione di persone fisiche.

Tra le garanzie fondamentali dell'imputato spicca l'articolo 24 Cost. La norma, che nel sancire il diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento si riferisce a qualsiasi tipo di processo penale, civile o amministrativo, acquista nel primo, in cui è generalmente in discussione la stessa libertà personale degli accusati, una pregnanza specifica. Non a caso, come si è visto, la stessa legge di delega n. 300 del 2000 richiedeva al Governo l'individuazione di un sistema di accertamento dell'illecito che assicurasse «l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale».

Viene, poi, in rilievo l'articolo 13 Cost.³³, nella misura in cui il suo contenuto si declina come garanzia della libertà di autodeterminazione del soggetto sottoposto al procedimento penale³⁴ e dunque come riconoscimento dell'incoercibilità del contributo di costui all'accertamento del reato.

In ossequio all'articolo 25, comma 1 Cost., anche nel procedimento a carico dell'ente l'individuazione dell'organo giudicante deve attuarsi tramite criteri predeterminati, in modo da evitare qualsiasi discrezionalità e da consentire, già in prima approssimazione, la realizzazione del principio enunciato dall'articolo 111, comma 2 Cost., per il quale ogni processo deve svolgersi davanti a un giudice terzo e imparziale.

Parlando, poi, di diritti fondamentali del soggetto sottoposto al procedimento penale, è scontato il richiamo all'articolo 27 comma 2 Cost., che individua nella presunzione di innocenza un principio cardine del processo penale e una guida e per il giudice e per il legislatore. Essa si atteggia, nel procedimento a carico della

³³ Vedi infra, Cap. 3, par. 6.

³⁴ G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale (contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in AA. VV., *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, UTET, 1960, p. 1641.

persona fisica così come in quello *de societate*, come regola di trattamento e insieme di giudizio. Quale regola di giudizio assicura l'appartenenza all'accusa dell'onere della prova e che il dubbio si risolva sempre a favore dell'imputato³⁵, il quale può essere destinatario del rimprovero penale solo laddove, sulla base degli elementi raccolti nel corso del processo, emerga la sua colpevolezza «oltre ogni ragionevole dubbio»: così recita anche l'articolo 533 c.p.p.; quale regola di trattamento prescrive al giudice di non anticipare la pena a momenti precedenti rispetto all'emanazione di una sentenza definitiva³⁶.

Da ultimo, occorre dar conto del rilievo dell'articolo 111 Cost., così come novellato dalla l. cost. 23 novembre 1999 n. 2, la quale ha trasposto nel nostro ordinamento i principi del “giusto processo”³⁷. Tra questi, spicca il principio di formazione della prova nel contraddittorio delle parti.

Quelli appena enucleati sono i valori fondamentali e irrinunciabili³⁸ di ogni processo penale, sede elettiva dell'accertamento della responsabilità penale. La scelta di un determinato modello di imputazione, accertamento e repressione comporta che se ne accolgano i valori di fondo. La verifica circa l'esito positivo di tale vaglio spetta all'interprete, al giudice e, in ultima istanza, alla Corte Costituzionale.

³⁵ Vedi TRANCHINA-DI CHIARA, *Il diritto processuale penale e il processo penale: linee introduttive*, in AA. VV., *Diritto processuale penale*, a cura DI DI CHIARA, PATANÈ, SIRACUSANO, Giuffrè, 2013. Nello stesso senso, TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2016, p. 252.

³⁶ DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 12.

³⁷ Invero, questi erano, in buona parte, già presenti nel nostro ordinamento a seguito dell'attuazione, tramite la normativa italiana, delle clausole internazionali contenute nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e nel Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici. Ne era tuttavia discusso il rango normativo. Oggi, a seguito della “costituzionalizzazione”, tali principi assumono rango superprimario. Lo rileva MOSCARINI, *I principi delle prove penali*, Giappichelli, 2014, p. 30.

³⁸ Per una rassegna completa delle norme costituzionali rilevanti nel procedimento penale si vedano TRANCHINA-DI CHIARA, *Il diritto processuale penale e il processo penale: linee introduttive*, in AA. VV., *Diritto processuale penale*, a cura di DI CHIARA, PATANÈ, SIRACUSANO, Giuffrè, 2013, p. 9 ss.

1.4 Le disposizioni generali sulle prove

Nel pur complesso panorama del sistema probatorio nel procedimento *de societate*, non sembrano rinvenirsi profili di criticità con riguardo al vaglio di compatibilità di alcune norme del codice di procedura penale. Ci si riferisce, da un lato, alle disposizioni di carattere generale che nel codice di rito introducono la trattazione della materia probatoria; dall'altro, alle disposizioni in materia di istruttoria dibattimentale e predibattimentale, e, infine, ad alcuni specifici mezzi di prova per i quali il vaglio di compatibilità condotto ai sensi dell'articolo 34 del decreto ha soluzione positiva.

Circa la prima delle categorie enunciate, di sicura applicabilità è l'articolo 187 c.p.p., che definisce l'oggetto della prova compendiandolo nei fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità, alla determinazione della pena e della misura di sicurezza, nonché ai fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali. Saranno, dunque, oggetto di prova nel procedimento a carico del soggetto collettivo gli elementi costitutivi dell'illecito amministrativo, tra i quali specifica rilevanza assumono il reato presupposto della responsabilità dell'ente, le condizioni di procedibilità, la determinazione della sanzione amministrativa applicabile, i fatti impeditivi, o esimenti, di cui agli articoli 6 e 7 del decreto, i fatti dai quali dipende l'applicazione delle norme processuali³⁹.

Di dubbia applicabilità invece, almeno allo stato della giurisprudenza, è l'ultimo comma dell'articolo 187 c.p.p. La consolidata posizione della Suprema Corte sul

³⁹ BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 618.

punto milita, infatti, nel senso di escludere la possibilità della costituzione di parte civile nel procedimento a carico dell'ente⁴⁰.

Nessun dubbio circa l'applicabilità dell'articolo 188 c.p.p., considerata la sua centralità in un sistema processuale che miri a garantire non solo la libera autodeterminazione della persona che coopera all'assunzione della prova, ma anche la genuinità stessa del risultato probatorio; valori, questi, non sacrificabili in alcun procedimento penale.

Stesso epilogo anche con riguardo agli articoli 189 e 190 c.p.p., in tema, rispettivamente, di prova atipica e di diritto alla prova. Nel procedimento a carico dell'ente, dunque, saranno ben acquisibili, nel rispetto dei limiti e delle condizioni dettati dall'articolo 189 c.p.p., prove non disciplinate dalla legge. Inoltre, rimangono invariate le regole in materia di disponibilità della prova nonché le eventuali eccezioni al principio, ammesse dal secondo comma dell'articolo 190 c.p.p.

Con riguardo all'articolo 190-bis c.p.p., che disciplina i requisiti della prova in alcuni casi particolari, sarà ben prospettabile un'applicazione del primo comma, in particolare laddove le fattispecie delittuose contenute nel richiamato comma 3-bis dell'articolo 51 c.p.p. coincidano con altrettanti reati presupposto della responsabilità dell'ente, di cui all'articolo 24-ter del decreto. E lo stesso dicasi con riguardo al comma 1-bis dell'articolo 190-bis c.p.p.

Per ciò che concerne l'inutilizzabilità delle prove acquisite illegittimamente, non sconta alcun problema di compatibilità neppure l'articolo 191 c.p.p., mentre particolare attenzione merita l'articolo 192 c.p.p. Ci si riferisce, nello specifico, alla regola che si enuclea dal comma 3 dell'articolo medesimo, la quale impone al giudice dei limiti valutativi con riferimento alle dichiarazioni rese dal coimputato nel medesimo reato o da persona imputata in procedimento connesso

⁴⁰ Sez. V, 22 gennaio 2011, n. 2251, Fenu e altri.

a norma del articolo 12 c.p.p. La sua portata nel processo penale a carico dell'ente è facilmente intuibile, laddove si tenga conto dell'eventualità, o meglio della probabilità, nel medesimo procedimento nel quale si accerta la responsabilità dipendente da reato, dell'audizione della persona imputata nel reato presupposto⁴¹. Fatto, quest'ultimo, che, come abbiamo visto, è certamente oggetto di prova nel procedimento.

Ora, se è vero che stando alle tesi della dottrina prevalente⁴² l'imputato nel reato presupposto e l'ente sono da considerare coimputati nel medesimo reato, per di più secondo lo schema della connessione *ex art. 12, comma 1, lett. a) c.p.p.*, da ciò non può che conseguire l'applicazione della regola limitativa del principio del libero convincimento risultante dal comma 3 dell'articolo 192 c.p.p.

Il giudice dovrà pertanto valutare le dichiarazioni rilasciate dall'imputato nel reato presupposto unitamente ad altri elementi di prova. Tale procedimento valutativo sarà a maggior ragione necessario in tutti i casi in cui dalle suddette dichiarazioni emergano profili di responsabilità dell'ente.

Infine, alla pacifica compatibilità delle regole succitate non fa eccezione l'articolo 193 c.p.p., che abbatte per il procedimento penale i limiti probatori tipici di quello civile.

1.5 Le disposizioni probatorie relative alla fase predibattimentale e dibattimentale

Nella fase dibattimentale e predibattimentale, il procedimento a carico dell'ente si plasma, per lo più, su quello a carico della persona fisica. Pertanto, nei casi previsti dall'articolo 392 c.p.p., il presidente del Tribunale o della Corte d'Assise

⁴¹ Pur trattandosi di soggetto incompatibile a testimoniare, tuttavia, come vedremo, il suo contributo può essere assunto nelle modalità previste dall'art. 210 c.p.

⁴² Vedi Cap. 2, par. 6

potranno disporre, a richiesta di parte, l'assunzione delle prove non rinviabili con l'osservanza delle norme in materia di dibattimento *ex art. 467 c.p.p.*⁴³. Parimenti applicabile risulta l'articolo 468 c.p.p.⁴⁴, in materia di citazione di testimoni, periti e consulenti tecnici, col conseguente obbligo, anche a carico della difesa dell'ente, di depositare le liste testimoniali nella cancelleria del giudice competente almeno sette giorni prima della data fissata per il dibattimento.

Circa le richieste di prova, ci si atterrà al dettato dell'articolo 493 c.p.p. Inoltre, stando a quanto sancito dall'art 494 c.p.p., il rappresentante dell'ente potrà rilasciare dichiarazioni spontanee, a condizione che abbia espletato la procedura di costituzione prevista dall'articolo 39 del decreto 231/2001⁴⁵. In conclusione, sono compatibili con il procedimento *de societate* gli articoli 495 e 496 ss. c.p.p.⁴⁶, con i necessari accorgimenti in tema di acquisizione delle dichiarazioni dell'imputato nel reato presupposto e del rappresentante legale dell'ente.

Una dovuta precisazione riguarda il tema delle contestazioni e, in particolare, il caso in cui l'imputato abbia reso in precedenza dichiarazioni a carico del soggetto collettivo. L'assimilazione del primo al coimputato nel medesimo reato, *ex art. 210 c.p.p.*, a prescindere dalla riunione o separazione dei procedimenti, consentirà di individuare le modalità di svolgimento della sua audizione nello statuto dell'articolo 500 c.p.p., anziché in quello dell'articolo

⁴³ BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, 612

⁴⁴ BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI-EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, 613

⁴⁵ Così, FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 473.

⁴⁶ BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 613.

503 c.p.p., così evitando l'agevole recupero di materiale probatorio *contra alios* acquisito fuori dal contraddittorio con l'ente⁴⁷.

1.6 I mezzi di prova

I mezzi di prova di cui al capo III, IV e V del libro III del codice di rito, ossia, rispettivamente, confronti, ricognizioni ed esperimenti giudiziali, sono da annoverare tra quegli strumenti per i quali il vaglio di compatibilità nel procedimento *de societate* trova soluzione positiva. Pur dovendosi costatare la loro più probabile pertinenza al procedimento a carico della persona fisica, tali strumenti possono rivelarsi utili anche nel procedimento "societario" per la prova di alcuni elementi costitutivi dell'illecito amministrativo⁴⁸.

Quando, ad esempio, sia da accertare il rapporto tra l'autore materiale del reato e l'ente, che si proceda separatamente o congiuntamente, potrebbe risultare vantaggioso il ricorso allo strumento del confronto, per consentire al giudice la più corretta ricostruzione del nesso che lega l'autore del reato all'ente, considerando il fatto che, presumibilmente, quest'ultimo sarà portato a negare la sua esistenza o a sminuirlo al fine di sottrarsi alla responsabilità penale, mentre la persona fisica tenterà di avvalorarlo per scaricare buona parte del giudizio di colpevolezza sull'ente di appartenenza⁴⁹.

Altro strumento di indubbia centralità nel procedimento *de societate* è quello della perizia, prevista e disciplinata nel capo VI del libro III del codice di rito. Essa costituisce un prezioso mezzo nelle mani del giudice, non solo perché gli consente di avvalersi di competenze tecniche che egli, normalmente, non

⁴⁷ 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, CEDAM, 2002, p. 351.

⁴⁸ BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 624.

⁴⁹ Vedi nota 85.

possiede, ma soprattutto perché si tratta di uno strumento che è nella sua disponibilità, potendola egli disporre d'ufficio al ricorrere dei presupposti di legge (articoli 220 e 224 c.p.p.).

Nel procedimento penale *de societate* la perizia può risultare particolarmente utile quando, ad esempio, si tratti di accertare l'esatto ruolo rivestito nell'ente dall'autore del reato e ciò richieda particolari competenze tecniche. Lo stesso dicasi per i casi in cui sia necessario stabilire se l'articolazione organizzativa in cui il reato è stato commesso abbia autonomia funzionale o meno, o ancora quando si debba determinare l'esatta entità del prezzo o del profitto del reato al fine di procedere alla confisca *ex art. 19* del decreto.

L'apporto del perito è, inoltre, estremamente prezioso in tutti i casi in cui debba ricostruirsi la situazione economica e finanziaria dell'ente e non siano disponibili le scritture contabili, perché alterate o distrutte⁵⁰.

Come è stato efficacemente sostenuto, «il processo penale a carico degli enti diventa il luogo privilegiato della prova scientifica»⁵¹.

Problematica è, invece, la questione della ammissibilità della perizia disposta per la valutazione dell'idoneità del modello organizzativo a prevenire illeciti del tipo di quello commesso. Come si avrà modo di constatare ulteriormente in seguito, si ravvisa talvolta il ricorso a una prassi⁵² distorsiva e non in linea con le indicazioni legislative, per la quale la suddetta valutazione di idoneità, non limitata soltanto agli aspetti tecnicamente più complessi, viene affidata *tout court* al perito, limitandosi il giudice a una ratifica delle sue osservazioni. Tale pratica legittima l'impressione di un abuso dello strumento della perizia. L'articolo 220 c.p.p., infatti, ne limita il ricorso ai casi in cui siano da svolgere valutazioni

⁵⁰ Per una casistica più approfondita vedi BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 625.

⁵¹ VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012, p. 377.

⁵² Vedi, ad esempio, ord. Trib. Roma, 22 novembre 2002, Finspa.

particolarmente complesse per le quali il giudice sarebbe privo delle necessarie competenze. Inoltre, è indubbio che in tal modo si crei uno sconfinamento delle competenze del perito in quelle del giudice, la qual cosa risulta particolarmente grave se solo si tiene conto delle conseguenze fortemente sfavorevoli che possono derivare da un esito negativo del giudizio di idoneità.

Il giudice, pertanto, dovrà in ogni caso riservarsi la valutazione finale sul modello, rielaborando autonomamente gli spunti pur forniti dal perito⁵³.

Sempre con riguardo alla perizia, e come avremo modo di approfondire nel prosieguo della trattazione, altri e ben più complessi problemi solleva l'interrogativo circa la possibilità di utilizzare lo strumento nella fase cautelare.

1.7 Le disposizioni del decreto in materia di prove

L'articolo 44 rappresenta l'unica disposizione in materia probatoria di tutto il decreto. Vi si individuano due ipotesi di incompatibilità a testimoniare: quella del soggetto imputato per il reato presupposto e quella del rappresentante legale dell'ente, indicato nella dichiarazione di costituzione *ex art. 39* del decreto, che fosse tale anche al momento della commissione del reato.

Occorre, almeno in via preliminare, mettere in luce i motivi che hanno ispirato la scelta di introdurre una disposizione *ad hoc* in materia probatoria, unica in tutto il decreto. Scelta questa che, lungi dal semplificare l'analisi ermeneutica, la complica fortemente, al punto che si è parlato della norma come di un vero e proprio «rompicapo» normativo⁵⁴.

⁵³ Dello stesso avviso, BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 62.

⁵⁴ L'espressione è di BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002, p. 305.

Evidentemente, tale impostazione non è casuale, ma tradisce l'intenzione di attribuire alla norma un suo peso specifico nella sistematica del "microcodice" rappresentato dalle disposizioni processuali del decreto "integrate" da quelle del codice di rito.

Il tenore dell'art 34 del decreto, in effetti, avrebbe di per sé reso superflua un'apposita disciplina in materia di incompatibilità a testimoniare, non foss'altro che per la presenza, nel codice di rito, di una specifica norma che individua i casi in cui un soggetto non è idoneo a ricoprire il ruolo di testimone e, pertanto, la sua audizione deve avvenire in forme diverse.

Come è stato osservato⁵⁵, l'obbligo testimoniale in capo al soggetto imputato per la commissione del reato presupposto si sarebbe già potuto scongiurare con l'applicazione delle regole generali. In particolare ci si riferisce all'articolo 197 c.p.p., applicabile ai sensi dell'articolo 34 del decreto. In effetti, quanto meno per ragioni sistematiche, ci si sarebbe aspettati dal legislatore una scelta uniforme rispetto a quella operata in riferimento agli altri mezzi di prova. Scelta che sarebbe cioè consistita nel consegnare all'interprete il compito di procedere al vaglio di compatibilità di cui all'articolo 34 del decreto.

Sarebbe tuttavia risultato problematico il raggiungimento dell'obiettivo realmente sotteso alla norma, e cioè l'esclusione del rappresentante legale dell'ente dai soggetti incompatibili a testimoniare. L'articolo 35 del decreto, infatti, espressamente equipara il soggetto collettivo all'imputato, sancendo l'applicabilità all'ente le disposizioni processuali a quest'ultimo riferite, in quanto compatibili.

⁵⁵ FIDELBO, *Testimonianza: casi di incompatibilità*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 491. L'Autore, evidenziando le ragioni che hanno spinto il legislatore a ribadire l'incompatibilità a testimoniare, sottolinea che, essendo l'articolo 197 c.p.p. norma eccezionale rispetto al generalizzato obbligo di testimoniare, si è voluto scongiurare il timore di un'interpretazione che potesse considerarsi estensiva.

Occorre preliminarmente osservare che il vaglio di compatibilità richiesto dall'articolo 35 del decreto non attiene al diritto di difesa in sé considerato. La clausola di compatibilità con il procedimento penale a carico dell'ente non sembra, cioè, autorizzare l'interprete a congetturarne un'estensione minore rispetto a quello riconosciuto alla persona fisica, ma semplicemente sancisce la necessità di tenere in debita considerazione alcuni profili peculiari della natura dell'ente. Così, ad esempio, non saranno compatibili nel procedimento *de societate* tutte quelle disposizioni le quali implicano come necessario destinatario una persona fisica. In definitiva, la disposizione menzionata, con la sua clausola di compatibilità, non sembra consentire *sic et simpliciter* un'esegesi compressiva del diritto di difesa dell'ente, ma al contrario si pone quale regola di generale equiparazione dei diritti dell'ente a quelli dell'imputato, ovviamente in quanto non sia diversamente sancito⁵⁶. Ciò premesso, proprio la portata di questa norma avrebbe rafforzato il risultato positivo di quel vaglio di compatibilità che, già consentito dall'articolo 34 del decreto, avrebbe travasato nel procedimento a carico dell'ente tutte le prerogative difensive dell'imputato e, centralmente, il diritto al silenzio.

Viceversa, anticipando quanto più diffusamente si tratterà in seguito, può osservarsi che la lett. b) dell'articolo 44 del decreto induce l'interprete a un ragionamento *a contrario* da cui non può che derivare, quale corollario, l'obbligo testimoniale del rappresentante legale dell'ente, e, dunque, l'esclusione del diritto al silenzio di quest'ultimo.

⁵⁶ A proposito dell'art. 35, si è sostenuto anche che la norma implichi l'estensione automatica all'ente di ogni previsione che comporti un *quid pluris* di garanzie per la persona fisica. In questo senso, BELLUTA, *Le disposizioni generali del processo all'ente, tra richiami codicistici e autonomia di un sistema in evoluzione*, in AA. VV., *Il processo penale de societate*, a cura di BERNASCONI, Giuffrè, 2006, pag. 27.

La disciplina che ne risulta lascia perplessi per le sue ambiguità di fondo e per il fatto che il legislatore, anziché procedere in modo chiaro e deciso, si sottrae a una presa di posizione netta e, in una norma dalla quale non ci si attende che la peculiare disciplina di un mezzo di prova, calibra il ruolo del rappresentante legale dell'ente nel processo e la latitudine stessa del diritto al silenzio, intollerabilmente compresso.

Si creano in questo modo insanabili crepe nel diritto di difesa dell'imputato, le quali non mancano di suscitare dubbi di costituzionalità della disciplina.

Capitolo 2

La deposizione della persona imputata del reato presupposto (art. 44, comma 1, lett. a) del decreto)

2.1 Il regime delle incompatibilità a testimoniare: la disciplina del codice di procedura penale. – 2.2 La posizione dell'imputato nel reato presupposto. – 2.3 La persona fisica imputata in un reato connesso o collegato a quello presupposto della responsabilità dell'ente. – 2.4 La posizione della persona prosciolta o condannata con sentenza irrevocabile. – 2.5 La posizione del destinatario del provvedimento di archiviazione o di proscioglimento alla luce delle recenti sentenze della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale. – 2.6 Le modalità di audizione del soggetto incompatibile e il problema dei rapporti tra l'illecito della persona fisica e quello dell'ente.

2.1 Il regime delle incompatibilità a testimoniare: la disciplina del codice di procedura penale

Nel procedimento penale *de societate* lo statuto dell'incompatibilità a testimoniare emerge dal confronto tra regole provenienti da fonti eterogenee. Alla disciplina dettata dall'articolo 44 del decreto, che prevede due peculiari ipotesi di "inidoneità" a ricoprire l'ufficio di testimone, si affiancano le regole del codice di rito in quanto compatibili.

L'incompatibilità a testimoniare⁵⁷ ricorre in tutti quei casi in cui un soggetto, ancorché astrattamente capace al ruolo ai sensi dell'articolo 196 c.p.p., non è legittimato a ricoprirlo in virtù della posizione assunta nel procedimento o dell'attività da egli svolta al suo interno⁵⁸.

Quanto a questo secondo profilo, l'articolo 197, comma 1, lett. d) c.p.p. riferisce l'incompatibilità a «coloro che nel medesimo procedimento svolgono o hanno svolto la funzione di giudice, pubblico ministero o loro ausiliario» nonché al «difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva e coloro che hanno formato la documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni assunte ai sensi dell'articolo 391-ter». La funzione già svolta da questi soggetti all'interno del procedimento è incompatibile con quella di testimone⁵⁹.

La lett. c) dell'articolo 197 c.p.p., che sancisce l'impossibilità di ricoprire l'ufficio di testimone per il responsabile civile e per la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria, è ispirata, invece, da una diversa finalità. Si vuole escludere che tali soggetti abbiano un obbligo penalmente sanzionato di

⁵⁷ Sul punto, CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, UTET giuridica, 2015, p. 233 ss. e p. 256 ss.; TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2016, p. 295 ss. e p. 316 ss.; CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 565 ss.; D. SIRACUSANO-F. SIRACUSANO, *Le prove*, in AA. VV., *Diritto processuale penale*, a cura di DI CHIARA, PATANÈ, SIRACUSANO, Giuffrè, 2013, p. 278 ss.; GAROFOLI, *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2008, p. 208 ss.; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2016, p. 236 ss.; SCALFATI, *Le prove*, in AA. VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da SPANGHER, UTET giuridica, 2009; GREVI, *Prove*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di CONSO, GREVI, BARGIS, CEDAM, 2014, p. 338 ss.

⁵⁸ TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2016, p. 296.

⁵⁹ TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2016, p. 296.

dire la verità, in quanto sono portatori di interessi propri nell'ambito del procedimento⁶⁰.

Questa medesima *ratio* è, in modo ancora più pregnante, riferibile anche alle ipotesi disciplinate dalle lett. a) e b) dell'articolo 197 c.p.p. Qui, tuttavia, la disciplina si complica fortemente perché l'incompatibilità riguarda soggetti coinvolti nell'accertamento di un illecito penale⁶¹ che, in certa misura, risulta collegato, a livello fattuale, a quello per il quale si procede. In questi casi, dunque, se da un lato è fortemente avvertita l'esigenza di apprestare garanzie idonee a fronte di un elevatissimo rischio di autoincriminazione, dall'altro si tenta di recuperare il contributo conoscitivo di tali soggetti laddove il rischio di *se detegere* sia più attenuato.

Più specificamente, si tratta del coimputato nel medesimo reato e dell'imputato in procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lett. a) e lett. c) c.p.p. o collegato ai sensi dell'articolo 371, comma 2, lett. b) c.p.p.

Per tali soggetti l'articolo 197 c.p.p. appresta un regime normativo diversificato a seconda del tipo di "collegamento" che viene in rilievo.

La prima ipotesi di incompatibilità è individuata con riferimento ai coimputati nel medesimo reato nonché ai casi di connessione di cui all'articolo 12, comma 1, lett. a) c.p.p.⁶²; la seconda, invece, investe le ipotesi di connessione *ex art.* 12, comma 1, lett. c)⁶³ o collegamento *ex art.* 371, comma 2, lett. b) c.p.p.⁶⁴. La

⁶⁰ Per i cooperanti non istituzionali con l'amministrazione della giustizia «si postula un'assenza di interessi personali all'esito del procedimento», CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, UTET giuridica, 2015, p. 233.

⁶¹ Si è sottolineato che il riferimento all'«imputato» contenuto nell'articolo 197 c.p.p. riguarda anche chi tale è suscettibile di divenire pur non essendolo ancora, in virtù dell'art. 61, comma 2 c.p.p. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 755.

⁶² L'art. 12, comma 1, lett. a) individua un'ipotesi di connessione tra procedimenti in tutti i casi in cui «il reato per cui si procede è stato commesso da più persone in concorso o cooperazione fra loro, o se più persone con condotte indipendenti hanno determinato l'evento».

⁶³ Si tratta delle ipotesi in cui «dei reati per cui si procede gli uni sono stati commessi per eseguire o per occultare gli altri».

⁶⁴ La norma stabilisce che si ha collegamento investigativo se «si tratta di reati dei quali gli uni sono stati commessi in occasione degli altri, o per conseguirne o assicurarne al colpevole o ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità, o che sono stati commessi da più persone in

disciplina diverge a seconda che si cada nell'una o nell'altra fattispecie. Nei casi di connessione «di tipo soggettivo»⁶⁵ (ci si riferisce alle ipotesi di coimputazione nel reato e di connessione *ex art. 12, comma 1, lett. a) c.p.p.*), infatti, l'esigenza più impellente di evitare una violazione del principio del *nemo tenetur se detegere* guida il legislatore nella scelta di apprestare un regime più garantistico. Così, l'incompatibilità a testimoniare cade solo con una sentenza irrevocabile⁶⁶ di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti (art. 197, comma 1, lett. a) c.p.p.). Ciò si spiega in virtù della stessa natura del collegamento di cui si discorre. La sostanziale sovrapponibilità del nucleo fattuale, e, di conseguenza, di buona parte del *thema probandum*, suggerisce di mantenere il presidio dell'incompatibilità anche laddove il soggetto abbia rilasciato in precedenza dichiarazioni a carico di altri. Nei casi di connessione cd «teleologica» (connessione *ex art. 12, comma 1, lett. c)*⁶⁷ o di mero collegamento ai sensi dell'articolo 371, comma 2, lett. b) c.p.p., invece, l'assenza di questi «fattori di rischio», o meglio la loro presenza in misura minore, determina la scelta di un regime più elastico, che consente all'obbligo testimoniale di riespandersi non solo laddove sia intervenuto il giudicato, ma anche in tutti i casi in cui il soggetto abbia in precedenza rilasciato dichiarazioni sull'altrui responsabilità penale⁶⁸, essendo stato previamente informato, ai sensi dell'articolo 64, comma 3, lett. c) c.p.p., delle conseguenze che da tale scelta

danno reciproco le une delle altre, ovvero se la prova di un reato o di una sua circostanza influisce sulla prova di un altro reato o di un'altra circostanza».

⁶⁵ L'espressione è di CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, UTET giuridica, 2015, p. 238.

⁶⁶ In caso di sentenza irrevocabile, infatti, il rischio di autoincriminazione viene meno, in quanto il soggetto non può essere processato due volte sullo stesso fatto, ai sensi dell'art. 649 c.p.p.

⁶⁷ L'espressione, ancora una volta di CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, UTET giuridica, 2015, p. 233 ss. e p. 238.

⁶⁸ Con riguardo alla locuzione di «fatti che concernono la responsabilità di altri», di cui all'art. 64, comma 3, lett. c) c.p.p., si è sottolineata l'esigenza di una lettura rigorosa stando alla quale dalla dichiarazione del soggetto deve emergere riconoscibilmente la responsabilità di un terzo, «una condotta incriminabile o qualche fatto donde indurre la stessa», affinché l'interrogato non assuma «obblighi al buio». CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 757.

derivano (art. 197, comma 1, lett. b) c.p.p.)⁶⁹. In questo caso, dunque, l'esigenza di garantire un contraddittorio con il soggetto sulla cui penale responsabilità si è dichiarato e quella di non perdere un contributo conoscitivo probabilmente cospicuo prevalgono, per consapevole scelta del dichiarante, su quella di tutela contro l'autoincriminazione.

Laddove, comunque, l'incompatibilità venga meno, le modalità di audizione di tali soggetti non sono quelle ordinarie. A tal proposito, occorre far riferimento alla normativa introdotta dalla Legge del 2001 n. 63, che, all'articolo 197-bis c.p.p., ha disciplinato la figura del "testimone assistito"⁷⁰. In questa categoria convergono le ipotesi di cui alla lett. a), comma 1, dell'articolo 197 c.p.p. laddove sia intervenuta una sentenza irrevocabile, nonché i casi di cui alla lett. b), comma 1, dell'articolo 197 c.p.p. laddove il soggetto abbia in precedenza rilasciato dichiarazioni a carico di altri avendo ricevuto l'avviso di cui all'articolo 64, comma 3, lett. c) c.p.p. ovvero, ancora una volta, sia intervenuta una sentenza irrevocabile.

Il "testimone assistito", al pari di qualunque altro testimone, ha l'obbligo di presentarsi al giudice e di rispondere secondo verità (ai sensi dell'articolo 198, comma 1 c.p.p.). Egli, tuttavia, non è obbligato a deporre sui fatti dai quali possa emergere la propria responsabilità penale, ai sensi dell'articolo 198, comma 2 c.p.p.⁷¹. È assistito da un difensore e le dichiarazioni rese non possono essere utilizzate contro di lui nel procedimento che lo vede coinvolto, nell'eventuale procedimento di revisione, nonché in qualunque altro giudizio civile o amministrativo relativo ai fatti che sono oggetto delle sentenze o dei

⁶⁹ Ossia della possibilità di assumere l'ufficio di testimone in ordine ai fatti che concernono la responsabilità di altri. A tal proposito, si è rilevato come l'obbligo testimoniale sorga anche laddove il soggetto non fosse affatto consapevole di dichiarare sul fatto altrui. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2016, p. 328.

⁷⁰ Così si suole indicarli. Il *nomen* è mutuato dalla disciplina, in quanto costoro sono sempre assistiti dal difensore.

⁷¹ TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2016, p. 325.

procedimenti a suo carico. In questo modo, si intende neutralizzare eventuali conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla deposizione⁷². Il comma 6 dell'articolo 197-bis c.p.p., infine, richiama la disposizione di cui all'articolo 192, comma 3 c.p.p., cosicché le dichiarazioni rese da questi particolari testimoni devono essere valutate congiuntamente ad altri elementi di prova che ne attestano l'attendibilità.

La restante disciplina diverge a seconda della causa che elise l'incompatibilità. Il soggetto nei confronti del quale sia stata pronunciata in giudizio⁷³ una sentenza irrevocabile di condanna (di qualunque tipo di connessione o collegamento si tratti) ha sempre l'obbligo di dire la verità, anche in relazione ai fatti (propri) oggetto della sentenza a suo carico, salvo che nel procedimento avesse negato la propria responsabilità o non avesse rilasciato dichiarazioni. In caso di connessione "teleologica"⁷⁴ o di collegamento, invece, il soggetto che abbia dichiarato sul fatto altrui e abbia ricevuto l'avviso di cui all'articolo 64, comma 3, lett. c) non può essere obbligato a deporre sui fatti che concernono la propria responsabilità.

Si è evidenziato in dottrina⁷⁵ come questa disciplina, sancita dall'ultimo periodo del comma 4 dell'articolo 197-bis c.p.p., sia tesa a tutelare il dichiarante nel caso di dichiarazioni su fatti inscindibili. Sul fatto altrui, infatti, il testimone, ancorché "assistito" ai sensi dell'articolo 197-bis c.p.p., ha sempre l'obbligo di deporre. Laddove, invece, il fatto altrui sia inestricabilmente legato al proprio, la facoltà di rimanere in silenzio si estende al fatto del terzo. La decisione di testimoniare, tuttavia, comporta l'obbligo di rispondere secondo verità.

⁷² TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2016, p. 325.

⁷³ Stando alle conclusioni di LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2016, p. 251, il riferimento al «giudizio» esclude l'applicabilità della norma ai casi di cui all'art. 444 c.p.p.

⁷⁴ Nel senso su specificato.

⁷⁵ TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2016, p. 327.

Da notare, infine, che la disciplina delineata dall'articolo 197-bis c.p.p. si applica a prescindere dal fatto che i procedimenti siano riuniti o separati, in quanto la norma non prospetta alcuna differenza sul punto⁷⁶.

Nei casi in cui non sia sopravvenuta alcuna causa a rimuovere l'incompatibilità a testimoniare per i soggetti indicati dalle lett. a) e b) dell'articolo 197 c.p.p., la normativa applicabile è contenuta nell'articolo 210 c.p.p., che disciplina l'esame dell'imputato in procedimento connesso (o collegato). Va preliminarmente osservato che questa tipologia di esame diverge rispetto a quella "ordinaria", individuata dall'articolo 208 c.p.p., in quanto la scelta di sottoporvisi non è liberamente assunta. L'articolo 210 c.p.p., infatti, non solo prevede che l'esame sia disposto su richiesta di (qualsiasi) parte e d'ufficio nei casi previsti dall'articolo 195 c.p.p., ma sancisce anche l'obbligo, per l'esaminando, di recarsi dal giudice. Il legislatore mostra, in questo modo, di non voler rinunciare preventivamente al possibile contributo di soggetti che potrebbero essere a conoscenza di fatti riguardanti la responsabilità di altri. Da ciò la singolarità di escluderli dall'obbligo di testimoniare, ma prevedere in capo a costoro alcuni obblighi tipici del testimone⁷⁷.

Occorre precisare che, ai sensi dell'articolo 210, comma 1 c.p.p., l'operatività di questa disciplina è limitata ai casi in cui a carico del soggetto che si vuole esaminare si proceda o si sia proceduto separatamente. La norma, cioè, non si spinge fino a postulare obblighi di collaborazione in capo all'imputato nel suo stesso procedimento, il quale è, dunque, escluso dall'obbligo di sottoporsi all'esame in assenza di una sua libera scelta. Una sentenza della Corte

⁷⁶ Lo rileva TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2016, p. 328. Le stesse considerazioni sono svolte da LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2016, p. 249, con riferimento all'ipotesi di "trasformazione" in testimone "assistito" sancita dall'art. 210, comma 6 c.p.p.

⁷⁷ D. SIRACUSANO-F. SIRACUSANO, *Le prove*, in AA. VV., *Diritto processuale penale*, a cura di DI CHIARA, PATANÈ, SIRACUSANO, Giuffrè, 2013, p. 285.

Costituzionale⁷⁸, tuttavia, ha ridimensionato la portata di tale esclusione, dichiarando l'illegittimità dell'articolo 210 c.p.p. nella parte in cui non ne è prevista l'applicazione all'esame dell'imputato nello stesso procedimento su fatti riguardanti la responsabilità di altri, laddove su tali fatti egli avesse in precedenza rilasciato dichiarazioni all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero.

Le persone esaminate ai sensi della norma di cui si discorre sono assistite da un difensore, il quale ha il diritto di partecipare, e non soltanto assistere, all'esame, diversamente da quanto previsto nell'articolo 197-bis, precedentemente esaminato. La divergenza più significativa rispetto a tale ultima norma, comunque, è sancita dal comma 4 dell'articolo 210 c.p.p., che riconosce ai soggetti sottoposti all'esame la facoltà di rimanere in silenzio⁷⁹ e, al contempo, sancisce che ne siano informati. Questa diversa disciplina deriva, già a livello concettuale, dalla natura del mezzo di prova cui il soggetto è chiamato a sottoporsi, trattandosi di esame e non di testimonianza. In termini più sostanziali, comunque, essa può essere così motivata: l'articolo 210 c.p.p. è destinato ad applicarsi ai casi di connessione cd "di tipo soggettivo", laddove non sia intervenuto il giudicato sul fatto di colui che si vuole assoggettare ad esame, ovvero, ai sensi del comma 2 dell'articolo 210 c.p.p., ai casi di connessione "teleologica" o di collegamento laddove, oltre a non essere destinatario di sentenza irrevocabile, il soggetto non abbia neppure reso in precedenza dichiarazioni su fatti concernenti la responsabilità altrui. Nel primo caso, cioè, il diritto al silenzio deriva dal forte rischio di autoincriminazione del dichiarante,

⁷⁸ C. Cost., 2 novembre 1998, n. 361.

⁷⁹ Non è mancato chi ha sottolineato l'ambiguità della previsione, che, da un lato, obbliga un soggetto a sottoporsi a una serie di domande, dall'altro gli riconosce la facoltà di non rispondere e affida, dunque, alla sua «scelta sovrana» la buona riuscita dell'atto. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 741.

non tollerabile visto che nei suoi confronti ancora si procede; nel secondo caso, dalla circostanza che non rendendo dichiarazioni sul fatto altrui (anche ipotizzando che ne fosse a conoscenza), il soggetto per scelta si è sottratto alla possibile futura assunzione degli obblighi del testimone.

Con riferimento a quest'ultima categoria di soggetti, cioè gli imputati in procedimenti connessi ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lett. c) e collegati ai sensi dell'articolo 371, comma 2, lett. b) c.p.p. che non abbiano in precedenza dichiarato sul fatto di altri, va evidenziato che l'assoggettamento alla disciplina di cui all'articolo 210 c.p.p. è, per così dire, "precario": sottoposti all'esame, essi ricevono l'avviso previsto dall'articolo 64, comma 3, lett. c) c.p.p.⁸⁰ e, se non si avvalgono della facoltà di non rispondere, "trasfigurano" in testimoni assoggettati alla normativa di cui all'articolo 197-bis c.p.p. (art. 210, comma 6 c.p.p.). Tale disciplina, stando all'ultimo orientamento delle Sezioni Unite sul punto⁸¹ dovrebbe applicarsi anche nel caso in cui il soggetto, pur avendo dichiarato sul fatto altrui, non abbia ricevuto l'avviso suddetto.

Come si è detto in apertura del paragrafo, della disciplina dell'incompatibilità a testimoniare individuata dal codice di rito si dovrà tenere conto ogni qual volta il decreto non ne individui una apposita. Il vaglio di compatibilità, comunque, va effettuato caso per caso, tenendo conto della peculiare situazione che viene in rilievo.

2.2 La posizione dell'imputato nel reato presupposto

⁸⁰ Sul punto si registra un dubbio interpretativo. Ci si chiede, cioè, se il soggetto sottoposto all'esame debba decidere fin dall'inizio se avvalersi della facoltà di tacere oppure non farlo e assumere la veste di testimone. In senso positivo, BALSAMO, *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali*, in Cass. pen., 2002, p. 397 e BARGIS, *Commento alla L. 1/3/2001, n. 63, sub art. 8*, in Leg. pen., 2002, p. 231. In senso critico, TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2016, p. 319.

⁸¹ SS.UU., 29 luglio 2015, n.33583

Si è ricordato che al primo comma, lett. a), l'articolo 44 del decreto sancisce l'impossibilità per la persona imputata nel reato presupposto di vestire i panni del testimone nel procedimento a carico dell'ente.

Come si è già accennato⁸², l'incompatibilità sarebbe, con ogni probabilità, già derivata dall'applicazione delle regole generali del codice di rito, trapiantate nel sistema processuale degli enti grazie al positivo vaglio di compatibilità condotto ai sensi dell'articolo 34 del decreto. La possibilità di un'applicazione estensiva dell'articolo 197, comma 1 lett. a) c.p.p., che sancisce l'incompatibilità a testimoniare del coimputato nel medesimo reato per il quale si procede, sarebbe dunque derivata dalla stessa ricostruzione del rapporto intercorrente tra l'ente e l'autore materiale del reato nei termini di una ipotesi concorsuale⁸³. La volontà del legislatore di scongiurare interpretazioni estensive della norma eccezionale di cui all'articolo 197 c.p.p., tuttavia, ha condotto alla diversa scelta di sancire espressamente questa causa di incompatibilità.

La *ratio* dell'esclusione di cui al comma 1, lett. a) dell'articolo 44 del decreto è spiegata dalla Relazione ministeriale al decreto⁸⁴ sulla base dell'inopportunità di addossare l'obbligo testimoniale a un soggetto il quale si trova, con ogni probabilità, in conflitto di interessi con l'ente. Potrebbe accadere, infatti, che l'imputato nel reato presupposto, al fine di attenuare il giudizio di rimproverabilità nei suoi confronti (ad esempio per vedersi riconosciuta una circostanza attenuante generica), sia portato a scaricare la responsabilità dell'illecito su altri subordinati o apicali dell'ente o sull'ente stesso, facendone così emergere profili di colpa organizzativa⁸⁵. Il conflitto è presunto *iuris et de*

⁸² Vedi Cap. 1, par. 7.

⁸³ Vedi *infra*, Cap. 2, par. 6.

⁸⁴ Relazione ministeriale al decreto, pag. 31.

⁸⁵ BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 639. Proprio questa evenienza, d'altronde, è alla base dell'impossibilità per l'imputato nel reato presupposto di rappresentare l'ente, ai sensi dell'articolo 39 del decreto. Si veda anche la Relazione ministeriale al decreto, p. 31.

iure, senza, pertanto, la possibilità di fornire una prova contraria⁸⁶ e in piena sintonia con il dettato dell'articolo 39 del decreto, il quale fa scaturire dall'imputazione nel reato presupposto l'ulteriore conseguenza dell'impossibilità per il soggetto di rivestire il ruolo di rappresentante legale dell'ente nel procedimento.

Invero, la *ratio* sottesa all'esclusione è riconducibile in primo luogo, all'esigenza di scongiurare il rischio di una *self-incrimination*⁸⁷ da parte del dichiarante. Rischio che deriva, come è facilmente intuibile, dalla circostanza che il procedimento a carico dell'ente è strettamente connesso a quello a carico della persona fisica. Visto che il reato presupposto costituisce il fulcro dell'illecito amministrativo dell'ente⁸⁸, l'incompatibilità è l'unica scelta che tutela il diritto al silenzio del soggetto accusato.

Dalla lettura della norma si evince un ambito di operatività alquanto esteso. Non si pongono limiti riguardanti i rapporti tra l'imputato e l'ente; pertanto l'incompatibilità si estenderà a tutte le ipotesi in cui il soggetto sia imputato, o comunque indagato, per il compimento del reato presupposto e a prescindere dal fatto che al *tempus commissi delicti* fosse rappresentante legale dell'ente o un mero dipendente⁸⁹.

Vale la pena di sottolineare fin da subito che l'incompatibilità di cui si discorre si estende, senza la necessità di ricorrere alle norme del codice di rito e grazie alla copertura dello stesso articolo 44 del decreto, anche al coimputato nel medesimo reato, il cui illecito si presenti, quindi, in rapporto di connessione *ex*

⁸⁶ In questo senso, vedi Sez. VI, 28 ottobre 2009, n. 41398, Caporello e Sez. Un, 28 luglio 2015, n. 33041, Gabrielloni.

⁸⁷ FIDELBO, *La testimonianza: casi di incompatibilità*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010, 491. *Dello stesso avviso*, S. CHIMICHI, *Le prove dichiarative nel procedimento penale contro gli enti*, in Dir. pen. e proc. n. 2/2015.

⁸⁸ BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 640.

⁸⁹ SANTORIELLO, *La prova testimoniale nel processo alle società*, in Resp. Amm. Soc., f2, 2006, p. 95.

art. 12 lett. a) c.p.p. rispetto all'illecito presupposto della responsabilità dell'ente⁹⁰, anche laddove per costui si proceda separatamente. Ciò per il semplice fatto che l'articolo 44 del decreto investe la posizione di tutti gli imputati nel reato presupposto, e tale è il coimputato nel medesimo reato a prescindere dalla sede nella quale si accerta la sua responsabilità.

Ci si dovrebbe chiedere, invece, quale sia la disciplina applicabile nel caso in cui siano acquisite, nel procedimento a carico dell'ente, le dichiarazioni di un soggetto, sentito come testimone, che venga poi, in un secondo momento, ad essere individuato quale possibile autore del reato presupposto.

L'ipotesi postula che il processo nei confronti dell'ente abbia inizio prima di quello nei confronti della persona fisica, il che è di difficile, ma non impossibile verifica, visto il principio di autonomia della responsabilità dell'ente sancito all'articolo 8 del decreto. D'altronde, anche al di là di questo marginale caso, si può ancor più facilmente ipotizzare che il dichiarante venga successivamente individuato quale possibile concorrente nel reato presupposto per il quale si procede di già nei confronti di un'altra persona fisica.

Il problema è spinoso. Probabilmente, la soluzione preferibile è quella dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni: ancorché la loro acquisizione sia avvenuta *secundum legem*, infatti, l'articolo 44 stabilisce espressamente l'incompatibilità a testimoniare dell'imputato (o indagato) nel reato presupposto. Se ne dovrebbe desumere l'inutilizzabilità delle sue dichiarazioni. In due sentenze del 1998⁹¹, d'altronde, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono soffermate sulla problematica relativa all'applicazione del principio del *tempus regit actum* al procedimento probatorio. Nelle pronunce viene sottoposta

⁹⁰ In questo senso, 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, CEDAM, 2002, p. 350.

⁹¹ SS.UU. 25 febbraio 1998, Gerina e altro; SS.UU. 13 luglio 1998, Citaristi.

a vaglio critico la tendenza ad assimilare tipologie diverse di atto processuale, con la conseguenza di un'applicazione indiscriminata del principio suddetto.

Al contrario, «bisogna [...] distinguere l'atto che si esaurisce senza residui nel suo puntuale compimento [...] da quello, invece, che non ha mera funzione autoreferenziale né si consuma con effetti istantanei, atteso il suo carattere strumentale e preparatorio rispetto alla successiva attività cognitiva cui esso è destinato»⁹². L'atto probatorio si colloca in questa seconda categoria, di talché esso non può dirsi “esaurito” sino all'approdo all'ultima delle fasi in cui esso si articola e verso la quale tutte le altre tendono: la valutazione del giudice. Di qui il corollario: «in materia di utilizzabilità o di inutilizzabilità della prova, il principio *tempus regit actum* deve essere riferito al momento della decisione e non a quello dell'acquisizione». Nell'atto di valutare le dichiarazioni rese dall'imputato (o indagato) nel reato presupposto, in conclusione, dovrebbe trovare applicazione la disciplina dell'articolo 44 del decreto.

La soluzione dell'inutilizzabilità si rafforza laddove si tenga conto della *ratio* della norma appena citata, nella quale si proietta non solo l'esigenza di tutelare il dichiarante da una possibile autoincriminazione, ma anche quella di evitare un obbligo di verità in capo a un soggetto che versa in un conflitto di interessi rispetto all'ente. Il testimone, invece, è generalmente terzo rispetto alla vicenda processuale.

La radicale sanzione dell'impossibilità di basare sull'atto il convincimento del giudice, rispetto ad altre soluzioni pure astrattamente praticabili, quali quella di una nullità di regine intermedio, poggia sulla costatazione dell'assoluto divieto, per il soggetto, di assumere l'ufficio del testimone (SS. UU. 29 luglio 2015, n. 33583)⁹³.

⁹² SS.UU. 25 febbraio 1998, Gerina e altro.

⁹³ «Non può sussistere dubbio alcuno che, ove la eventuale violazione delle regole di assunzione probatoria incida sul terreno della stessa capacità a testimoniare, se ne deve dedurre la piena inutilizzabilità delle dichiarazioni rese, giacché non si tratterebbe di affermazioni da

A questa soluzione interpretativa, ostano, tuttavia, tanto alcuni rilievi di carattere sistematico, quanto i *dicta* di alcune pronunce più recenti della Corte di Cassazione che sembrano porsi in termini di discontinuità rispetto all'indirizzo precedentemente riportato.

Nella stessa sentenza del 2015 prima richiamata⁹⁴, la Corte ha ritenuto che, in virtù del principio di conservazione degli atti e della connessa regola del *tempus regit actum*, siano legittimamente utilizzabili le dichiarazioni rese dal soggetto successivamente sottoposto a indagini, laddove acquisite in un momento nel quale costui fosse ancora considerato alla stregua di una persona a conoscenza dei fatti (e non vi fossero già, a suo carico, sospetti di coinvolgimento nella vicenda processuale). La pronuncia si pone nel solco di un filone interpretativo inaugurato già nel 2000⁹⁵, anno in cui alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione fu rimessa la complessa questione riguardante l'utilizzabilità delle dichiarazioni rese un soggetto, in qualità di persona informata sui fatti, nel successivo procedimento a suo carico e contro di lui. Anche in quella sede al quesito si dette soluzione positiva, di talché, dal 2000 fino ad oggi, la giurisprudenza di legittimità sembra rinnegare quella particolare fisionomia che le pronunce degli ultimi anni '90 avevano assegnato all'atto probatorio quale procedimento in divenire non suscettibile di un distinguo netto fra i vari momenti che lo costituiscono.

Anche volendo prescindere dagli orientamenti giurisprudenziali, per definizione suscettibili di mutamento e quindi mai risolutivi di una questione una volta per tutte, un'esegesi sia letterale che sistematica suggerisce il carattere

"corroborare" perché promananti da soggetto "non terzo" rispetto all'oggetto ed al tema della deposizione, ma da persona per la quale sussiste un divieto *ex lege* di assumere la posizione e gli obblighi del testimone».

⁹⁴ SS. UU. 29 luglio 2015, n. 33583.

⁹⁵ SS. UU. 21 giugno 2000, n. 16, Tammaro.

approssimativo della soluzione volta ad escludere l'utilizzabilità delle dichiarazioni del (futuro) indagato o imputato nel reato presupposto. Da un lato, l'articolo 191 c.p.p. riferisce la sanzione dell'inutilizzabilità alle prove illegittimamente «acquisite». Pur guardando al procedimento probatorio come un atto non istantaneo ma *in fieri*, è difficilmente obiettabile che la fase di acquisizione e quella di valutazione rimangono almeno ontologicamente distinte e che solo alla prima delle due la norma fa esplicito riferimento per i casi di irritualità. Dall'altro, l'articolo 63, comma 2, c.p.p. limita l'inutilizzabilità alle dichiarazioni rese dal soggetto che doveva, fin dall'inizio, essere sentito nella veste di imputato o di persona sottoposta alle indagini, con ciò mostrando di respingere la possibilità di una inutilizzabilità generalizzata per tutti i casi in cui il dichiarante venga poi sottoposto al procedimento.

La soluzione che consente l'impiego delle dichiarazioni è, in definitiva, quella più corretta ma anche più problematica nella misura in cui comporta l'ingresso dell'apporto probatorio riferibile a un soggetto in conflitto di interessi (e quindi poco attendibile) nella piattaforma conoscitiva sottoposta alla valutazione del giudice per la decisione.

Questo inconveniente potrebbe essere risolto, comunque, tramite l'applicazione della regola sancita dal comma 3 dell'articolo 192, con la conseguenza che le dichiarazioni sarebbero sì utilizzabili, ma da corroborare con ulteriori elementi di prova che ne confermino l'attendibilità.

2.3 La persona fisica imputata in un reato connesso o collegato a quello presupposto della responsabilità dell'ente

Visto il silenzio dell'articolo 44 del decreto sul punto, ci si è interrogati sulla posizione del soggetto imputato in un reato connesso o collegato a quello da cui discende l'illecito amministrativo. La dottrina è pressoché unanime nel sostenere

che la risposta al quesito è fornita dalle regole che disciplinano il procedimento a carico della persona fisica e che si enucleano dalla lettura dell'articolo 197 c.p.p.⁹⁶, fermo restando che, ad ogni modo, ci si sta riferendo alle sole ipotesi di connessione *ex art. 12*, comma 1, lett. c) o di collegamento *ex art. 371*, comma 2, lett. b. Infatti, come si è già detto, la posizione del soggetto che abbia commesso un reato che si pone in termini di connessione *ex art. 12*, comma 1, lett. a) rispetto al reato presupposto della responsabilità dell'ente è già abbracciata dall'articolo 44 del decreto, pertanto non si rende necessario alcun richiamo alle norme codicistiche.

Nel caso di specie, il vaglio di compatibilità condotto ai sensi dell'articolo 34 del decreto conduce alla conclusione favorevole all'applicazione delle regole del codice di rito in materia. In sostanza, all'audizione dei soggetti che abbiano commesso un reato diverso da quello che costituisce presupposto della responsabilità dell'ente, ma comunque a esso connesso o collegato, si procederà nei modi previsti dall'articolo 197 lett. b) c.p.p.⁹⁷.

La disciplina che ne risulta dovrebbe ritenersi valida a prescindere dalla circostanza che le dichiarazioni precedenti abbiano riguardato l'ente o la persona fisica⁹⁸, considerando che i fatti da costoro commessi presentano sempre e inevitabilmente un nucleo comune.

⁹⁶ In questo senso, FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002, p. 234. Dello stesso avviso VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012, p. 380. Ribadisce la posizione di Ferrua anche 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, CEDAM, 2002, p. 350. L'Autore specifica, inoltre, che, nel caso di connessione *ex art 12*, c.1, lett. c) o di collegamento *ex art 371*, c.2, lett. b), la stessa conclusione si impone a prescindere dalla riunione o separazione dei procedimenti per l'illecito penale e quello amministrativo. Ancora sulla stessa linea, S.CHIMICHI, *Le prove dichiarative nel procedimento penale contro gli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 2/2015.

⁹⁷ Vedi Cap. 2, par. 1.

⁹⁸ Così, FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002, p. 235.

In ogni caso, e dunque indipendentemente dal fatto che si proceda *ex art. 197-bis* o *ex art. 210 c.p.p.*, alle dichiarazioni rese si applicherà la regola valutativa di cui all'articolo 192, comma 3 c.p.p. Ciò in virtù del duplice richiamo all'obbligo di *corroboration* che le succitate norme effettuano. Infine, come già precisato⁹⁹, la disciplina che è stata delineata opera a prescindere dalla riunione o separazione dei procedimenti. Pertanto, anche laddove il procedimento a carico della persona fisica procedesse in via separata rispetto a quello a carico dell'ente, tuttavia in quest'ultimo le dichiarazioni degli imputati in un reato connesso o collegato a quello presupposto sarebbero assunte nelle forme su descritte. La ragione della simmetria è facilmente intuibile e risiede, ancora una volta, nella medesimezza del nucleo fattuale da cui originano le responsabilità penali della persona fisica e del soggetto collettivo.

2.4 La posizione della persona prosciolta o condannata con sentenza irrevocabile

L'articolo 44 del decreto non va oltre l'asserzione della incompatibilità a testimoniare dell'imputato nel reato presupposto, lasciando così all'interprete l'onere di temperare l'assolutezza della norma e darne un'esegesi compatibile con il principio della generale capacità di testimoniare sancito dall'articolo 196 c.p.p. Questa, infatti, può incontrare limiti soltanto nei casi, previsti dalla legge, nei quali si impone la necessità sacrificare l'obbligo di verità a fronte dell'esigenza di tutela di interessi ritenuti prevalenti, quali, in via esemplificativa, il diritto al silenzio dell'imputato o la facoltà di astensione dei prossimi congiunti di cui all'articolo 199 c.p.p.

⁹⁹ Vedi nota 96.

Il ricorso all'articolo 34 del decreto consente, ad ogni modo, di evitare il paradossale risultato della creazione di un inedito caso di incompatibilità a testimoniare «a tempo indeterminato»¹⁰⁰. In altri termini, l'articolo 197 c.p.p. si affianca alle disposizioni processuali del decreto e, superato il vaglio di compatibilità di cui all'articolo 34 del decreto, circoscrive le ipotesi di impossibilità di assumere l'ufficio di testimone ai soli casi in cui non sia intervenuta una sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti di cui all'articolo 444 c.p.p. Il verificarsi di una di queste precondizioni apre alla possibilità di un'applicazione dell'articolo 197-bis c.p.p., che disciplina l'assunzione delle dichiarazioni da parte di una peculiare figura, quella del testimone "assistito", nella quale, come si è visto, l'obbligo testimoniale e la necessità di garanzie più pregnanti rispetto a quelle che il sistema attribuisce al semplice testimone si incontrano generando una sorta di ibrido di disciplina. In altre parole, l'imputato nel reato presupposto, allorché sia destinatario di una delle sentenze indicate dal comma 1, lett. a) dell'articolo 197 c.p.p., perde il velo protettivo dell'incompatibilità¹⁰¹. Costui potrà essere obbligato a presentarsi di fronte al giudice e a rispondere secondo verità, nei limiti, naturalmente, del corredo di garanzie comunque apprestato dalla legge in suo favore¹⁰².

Occorre precisare, comunque, che la disciplina sopra descritta si attaglia al solo caso in cui si proceda separatamente nei confronti dell'ente e della persona fisica. Solo fuori dall'ipotesi del *simultaneus processus*, infatti, è ipotizzabile che il

¹⁰⁰ L'espressione è di BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 642.

¹⁰¹ Di questo avviso, fra gli altri, FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002, P. 234.

¹⁰² Correttamente, dunque, Trib. Milano, sez. X, 25 ottobre 2011. Nella sentenza si afferma che l'art. 44 non trova applicazione nei confronti del soggetto la cui posizione sia stata definita con sentenza irrevocabile. Costui, pertanto, deve essere sentito ai sensi dell'art. 197-bis c.p.p., e non già esaminato *ex art.* 210 c.p.p.

procedimento a carico della persona fisica sia definito prima di quello a carico dell'ente. Ciò, peraltro, non è di difficile verifica. Si pensi a tutti i casi nei quali la separazione si impone a causa della scelta, da parte della persona fisica, di un rito speciale volto appunto all'accelerazione del procedimento penale nei suoi confronti e alla sua definizione in tempi più brevi di quelli che il rito ordinario normalmente richiede. Nel contestuale procedimento riunito, pertanto, l'imputato nel reato presupposto non potrà mai essere sentito come testimone. Egli potrà richiedere di sottoporsi all'esame ma avrà il diritto di non aderire ad una richiesta che derivi da una parte diversa. Infine, vale la pena ricordare che l'assunzione della veste testimoniale ai sensi dell'articolo 197-bis c.p.p. comporta, quale conseguenza, l'applicazione della regola valutativa di cui all'articolo 192, comma 3 c.p.p. Il giudice, pertanto, dovrà valutare le dichiarazioni rilasciate dal soggetto corroborandole con ulteriori elementi di prova che ne confermino l'attendibilità¹⁰³. La previsione non è di poco conto se si considera che si sta discorrendo della deposizione dell'imputato nel reato presupposto, soggetto che tendenzialmente è portatore, come si è già più volte sottolineato, di interessi potenzialmente in conflitto con quelli dell'ente. Tuttavia, non si può sottacere che la sopravvenienza del giudicato sul suo procedimento attenua, o elide del tutto, tale conflitto.

2.5 La posizione del destinatario del provvedimento di archiviazione o di proscioglimento alla luce delle recenti sentenze della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale

¹⁰³ Si vedrà a breve, tuttavia, come a seguito di due pronunce della Corte Costituzionale, l'una del 2006, l'altra del 2017, l'obbligo di *corroboration* non sussista in relazione alle dichiarazioni rese dai destinatari di una sentenza definitiva di proscioglimento per non aver commesso il fatto o perché il fatto non sussiste.

Negli ultimi anni, alcune sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione hanno introdotto, in tema di incompatibilità con il regime di testimonianza ordinario, importanti modifiche e nuove prospettive ermeneutiche.

Dalle decisioni in commento emerge un orientamento incline ad attenuare la rigidità del regime che caratterizzava le deposizioni di alcuni soggetti coinvolti in vicende giudiziarie in qualche modo legate a quella trattata nella sede nella quale si procede.

Ciò, naturalmente, non può che generare dei riflessi anche sulla posizione dell'imputato nel reato presupposto che sia destinatario di uno dei provvedimenti presi in considerazione dalle succitate sentenze.

Nel 2006 la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 381, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'articolo 197-bis, commi 3 e 6 c.p.p., nella parte in cui si prevede, rispettivamente, la necessaria assistenza del difensore e l'obbligo, per il giudice, di valutare le dichiarazioni rilasciate corroborandole con ulteriori elementi di prova che ne attestino l'attendibilità, ai sensi dell'articolo 192, comma 3 c.p.p., in caso di deposizione testimoniale resa dalle persone indicate nel comma 1 della norma censurata nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento per non aver commesso il fatto.

Nella decisione si evidenzia l'irragionevolezza della perpetuazione, anche a seguito di un giudicato di assoluzione con formula piena, di un regime normativo non più giustificabile alla luce della dichiarazione di estraneità del soggetto rispetto al fatto. Quanto al comma 6 dell'articolo 197-bis c.p.p., esso sarebbe lesivo del principio di uguaglianza nella misura in cui genera una «compromissione del valore probatorio» delle dichiarazioni di un soggetto che, definitivamente giudicato estraneo al fatto di reato, dovrebbe considerarsi di pari attendibilità rispetto a qualunque altro testimone. In relazione al comma 3 del medesimo articolo, la Corte reputa priva di giustificazione, e ancora una volta

lesiva del principio di uguaglianza, la necessaria assistenza del difensore per l'audizione di un soggetto non più esposto al rischio di *se detegere*. Con questa pronuncia, dunque, la Corte riavvicina l'attuale regime dell'incompatibilità a testimoniare a quello risalente alla prima versione del codice del 1988, che prevedeva che il sopraggiungere di una sentenza di proscioglimento passata in giudicato comportasse la possibilità dell'assoggettamento alla testimonianza.

Sullo stesso solco si inserisce una sentenza recentissima (sent. n. 21 del 2017), ancora una volta della Corte Costituzionale. Si tratta di una pronuncia "gemella" rispetto a quella del 2006 (di cui non a caso si ripercorrono le argomentazioni) nella quale si dichiara l'incostituzionalità dell'articolo 197-bis, commi 3 e 6, nella parte in cui non se ne esclude l'applicazione ai soggetti prosciolti con sentenza definitiva perché il fatto non sussiste. Le motivazioni poste alla base della declaratoria di illegittimità sono essenzialmente le stesse della precedente pronuncia del 2006. Anche l'assoluzione perché il fatto non sussiste accerta «l'assoluta indifferenza [del soggetto] rispetto alla vicenda oggetto di giudizio». Si badi, comunque, che in nessuna delle due sentenze di cui si discorre l'illegittimità è stata estesa al comma 5 dell'articolo 197-bis, con la conseguenza che le dichiarazioni rese durante lo svolgimento della testimonianza non sono comunque utilizzabili nei confronti del loro autore in un eventuale giudizio civile o amministrativo relativo ai fatti oggetto delle sentenze che ne hanno sancito il proscioglimento.

La compatibilità dell'articolo 197-bis con il procedimento penale a carico dell'ente comporta che anche in tale sede le due sentenze costituzionali del 2006 e del 2017 riversino i loro effetti, con la fondamentale conseguenza che il giudice non sarà tenuto a valutare insieme con ulteriori elementi di prova le eventuali dichiarazioni del soggetto che, imputato nel reato presupposto, sia poi prosciolto per non aver commesso il fatto o perché il fatto non sussiste. Questa evenienza, comunque, non produce problemi di particolare rilievo. Si è detto, infatti, che la

soppravvenienza del giudicato attenua, o addirittura elide, quell'immanente conflitto di interessi che caratterizza la posizione dell'imputato nel reato presupposto rispetto a quella dell'ente.

Molto più penetranti, invece, le conseguenze della sentenza n. 12067 del 2010 con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno stabilito che la limitazione della capacità di testimoniare, di cui agli articoli 197, 197-bis e 210 c.p.p., non si applica al soggetto destinatario di un provvedimento di archiviazione¹⁰⁴.

La pronuncia perviene a questo risultato sulla base di argomenti tanto letterali quanto sostanziali. Anzitutto, la Suprema Corte evidenzia che l'articolo 197 c.p.p. si rivolge al solo imputato, e tale non è mai stato il destinatario di un provvedimento di archiviazione. Non può neppure richiamarsi l'articolo 61 c.p.p., che estende all'indagato le disposizioni previste per l'imputato, poiché la stessa qualifica di indagato viene a perdersi laddove vi sia un'archiviazione. A livello sostanziale, poi, «l'adozione e l'approvazione di iniziative esattamente antitetiche all'esercizio dell'azione penale», e dunque la cessazione «di ogni "immanenza" procedimentale» nei confronti del soggetto, comporta il venir meno delle esigenze difensive dello stesso. Quanto al problema della caducità del provvedimento di archiviazione, suscettibile di "cadere" ogni qual volta il pubblico ministero prospetti al giudice l'esigenza di nuove investigazioni ai sensi dell'articolo 414 c.p.p., nella sentenza si osserva che l'eventualità della riapertura delle indagini è probabilisticamente equiparabile, se non inferiore, all'evenienza di un'indagine condotta *ex novo* a carico di un soggetto qualunque.

¹⁰⁴ Stando al testo della sentenza, qualunque fosse il grado di connessione che collegava il suo procedimento a quello nel quale deve effettuarsi la deposizione e non soltanto con riferimento alle ipotesi di connessione ai sensi dell'art. 12 lett. c) c.p.p. e di collegamento ai sensi dell'art. 371, comma 2, lett. b) c.p.p., come pure si è sostenuto. Vedi, ad esempio, CAPITTA, *La qualifica processuale del dichiarante dopo il provvedimento di archiviazione: itinerari giurisprudenziali*, in *Dir. pen. cont.*, 2011.

Alla luce di queste osservazioni, il destinatario di un provvedimento di archiviazione non rientrerebbe nelle categorie indicate dall'articolo 197 c.p.p.: il suo contributo conoscitivo, pertanto, dovrebbe assumersi secondo le ordinarie regole in materia di testimonianza, fra le quali centrale importanza rivestirebbe, a questo punto, quella sancita dall'articolo 198, comma 2 c.p.p. Tale norma tutela la persona sottoposta all'audizione in ogni caso in cui l'osservanza dell'obbligo di dire la verità possa far emergere la sua responsabilità penale ed è quindi uno "strumento" prezioso per il soggetto che sia ascoltato su fatti nei quali egli potrebbe essere coinvolto. Il provvedimento di archiviazione, infatti, non contiene alcun accertamento in termini negativi sulla responsabilità del soggetto e potrebbe essere motivato¹⁰⁵ da una mera insufficienza degli elementi raccolti dal pubblico ministero a sostenere l'accusa in giudizio, ai sensi dell'articolo 25 d.lgs. n. 271 del 1989.

L'applicazione dei principi contenuti nella sentenza di cui si discute, pertanto, potrebbe generare qualche criticità, in quanto rischia di far emergere, dall'audizione del soggetto nei cui confronti il procedimento si è "chiuso" proprio quegli elementi che il pubblico ministero non era stato in grado di rinvenire quando costui era tutelato dal diritto di tacere. Da qui il rilievo particolare dell'articolo 198, comma 2 c.p.p.

Proiettata nel procedimento *de societate*, la disciplina risultante dall'arresto delle Sezioni Unite genera perplessità ulteriori dal momento che essa escluderebbe l'applicazione della peculiare disciplina valutativa di cui all'articolo 192, comma 3 c.p.p. Prima della sentenza del 2009, cioè, le dichiarazioni rese nel procedimento a carico dell'ente dall'indagato nel reato presupposto che fosse

¹⁰⁵ Si procede con l'archiviazione anche nei casi in cui: manca una condizione di procedibilità, il reato è estinto, il fatto non è previsto dalla legge come reato, l'autore del reato è rimasto ignoto, il fatto è di particolare tenuità offensiva (art. 411 c.p.p.).

stato destinatario di un provvedimento di archiviazione avrebbero dovuto essere valutate insieme ad altri elementi di prova che ne confermassero l'attendibilità. Un'eventuale adesione, da parte dei giudici di merito, ai principi enucleati dalla Corte di Cassazione rispetto al venir meno dell'obbligo di *corroboration* susciterebbe forti perplessità. Si è visto che l'autore del reato presupposto si trova in una posizione di conflitto d'interessi con l'ente e che, pertanto, potrebbe essere indotto a rilasciare dichiarazioni volte a far emergere la sua responsabilità. La possibilità di una riapertura delle indagini, insieme con l'assenza delle garanzie di inutilizzabilità delle dichiarazioni autoaccusatorie sancite dal comma 5 dell'articolo 197-bis c.p.p., rende ancora più elevato il rischio che le dichiarazioni del soggetto si sostanzino in una ricostruzione dei fatti artatamente accentrativa dei profili di responsabilità dell'ente, soprattutto laddove il soggetto collettivo abbia a sua volta fondato la sua difesa sull'affermazione della responsabilità della persona fisica (argomentando sul mancato interesse o vantaggio dell'ente all'operazione o sull'aggiramento fraudolento del modello organizzativo). L'utilizzo del modello valutativo di cui all'articolo 192, comma 3 c.p.p. obbligherebbe il giudice, quanto meno, a rinvenire elementi ulteriori su cui fondare un'eventuale affermazione di colpevolezza rispetto alla mera dichiarazione di un soggetto che, evidentemente, potrebbe non essere terzo rispetto all'esito del procedimento nel quale si pretende la sua collaborazione.

2.6 Le modalità di audizione del soggetto incompatibile e il problema dei rapporti tra l'illecito della persona fisica e quello dell'ente

L'assenza di una disciplina esplicita obbliga l'interprete, ancora una volta, a uno sforzo esegetico teso all'individuazione del regime applicabile all'audizione del soggetto incompatibile. Le alternative in campo sono, essenzialmente, due e il punto di partenza è rappresentato, ancora una volta, dall'articolo 197 c.c.p.

Si è visto che la norma, nell'individuare le ipotesi di incompatibilità a testimoniare, richiama, oltre agli specifici casi di cui alle lettere c) e d), due distinte ipotesi di connessione: una più penetrante, che quindi giustifica un regime di incompatibilità più rigido, l'altra più elastica, che comporta invece un regime d'incompatibilità attenuata.

Naturalmente, la scelta di ricondurre la posizione dell'imputato nel reato presupposto nell'una o nell'altra ipotesi, con le diverse conseguenze che ne derivano, passa anzitutto per una corretta ricostruzione del rapporto che intercorre tra l'illecito della persona fisica e quello dell'ente. Ricostruire tale rapporto nei termini di un concorso potrebbe forse risultare fuorviante, dal momento che questo non può prescindere dalla medesimezza della condotta incriminata. Il fatto dell'ente, invece, si colora di sfumature ulteriori rispetto a quello della persona fisica. Il riferimento è anzitutto ai criteri di imputazione dell'ente e, segnatamente, ai fatti impeditivi e alla colpa d'organizzazione.

Questo *quid pluris* che connota l'illecito amministrativo non ci consente di affermare che i fatti alla sua base sono gli stessi che fondano la responsabilità della persona fisica, ancorché con questi ultimi condividano certamente un nucleo essenziale.

Allo stesso modo, tuttavia, riesce difficile ipotizzare che l'illecito amministrativo sia commesso per eseguire o occultare quello penale o viceversa, dato che i due sono più propriamente in rapporto di stretta dipendenza, e cioè l'illecito amministrativo si origina da quello penale¹⁰⁶. Piuttosto, potrebbe supporre l'esistenza di un collegamento *ex art. 371, comma 3, lett. b) c.p.p.*, essendo i due illeciti fortemente interconnessi a livello probatorio o, comunque, potendo l'illecito amministrativo considerarsi commesso in occasione di quello penale.

¹⁰⁶ BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 640.

Ciò condurrebbe all'applicazione del meno garantistico statuto di cui alla lett. b) dell'articolo 197 c.p.p. La soluzione, tuttavia, è respinta dalla dottrina pressoché unanime. Degradare a semplice collegamento il rapporto che lega i due illeciti significa ignorare l'evidente medesimezza del nucleo fattuale che li accomuna. L'esistenza di alcune divergenze normative sul punto, che in fondo dipendono dalla necessità di evitare un'imputazione oggettiva del fatto all'ente più che da un'effettiva differenza strutturale degli illeciti, non deve far abbandonare la strada di un approccio sostanziale.

Sulla base di questi rilievi la dottrina¹⁰⁷ prevalente equipara il rapporto tra l'illecito dell'ente e quello della persona fisica a una situazione di concorso nel reato, e quindi di connessione *ex art. 12, comma 1, lett. a) c.p.p.* Ciò implica che l'imputato nel reato presupposto sia colpito da un'assoluta incapacità a ricoprire l'ufficio del testimone, che è suscettibile di venire meno solo ove intervenga una sentenza irrevocabile. Nel procedimento riunito, il suo contributo potrà essere

¹⁰⁷ Fra gli altri, CERESA-GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, in AA. VV., *Responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, a cura di ROSSI, VINCIGUERRA, CERESA-GASTALDO, CEDAM, 2004, p. 130. Per l'Autore «attesa la sostanziale identità del fatto, la *relatio* tra l'illecito amministrativo e la fattispecie penale non può che essere assimilata alla coimputazione nel medesimo reato ai sensi dell'articolo 12 lett. a) c.p.p.». Sullo stesso piano, le argomentazioni di BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 641 e di CHIMICHI, *Le prove dichiarative nel procedimento penale contro gli enti*, in Dir. pen. e proc. n. 2/2015.

Dello stesso avviso, FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002, 237. L'Autore evidenzia che, stando all'art 5 del decreto, l'ente risponde del reato commesso nel suo interesse o vantaggio, e che sarebbe formalistico negare l'applicazione della disciplina prevista per i casi di connessione nello stesso reato soltanto perché il legislatore adotta per gli illeciti due diverse qualifiche: l'una amministrativa, l'altra penale.

Sembra sposare questa soluzione anche FIDELBO, *La testimonianza: casi di incompatibilità*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 495. L'Autore tuttavia ammonisce sulle perplessità ancora esistenti circa la possibilità di qualificare il rapporto tra il reato della persona fisica e l'illecito dell'ente in termini di concorso. Nega, ad esempio, tale assimilazione, PAGLIARO, *Intervento*, in AA. VV., *Societas puniri potest- La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di PALAZZO, CEDAM, 2003, p. 72. L'Autore critica la ricostruzione nei termini di concorso dal momento che mentre questo si configura allorché da più azioni reali si genera un solo reato, nel caso della responsabilità dell'ente, al contrario, da un unico fatto derivano più imputazioni.

assunto solo con le modalità dell'articolo 208 c.p.p., e dunque unicamente in caso di una sua richiesta o comunque col suo consenso. In caso di separazione dei procedimenti, invece, potrà essere sottoposto coattivamente all'esame *ex art.* 210, ma manterrà la facoltà di non rispondere. Quest'ultima disciplina, per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 361 del 1998¹⁰⁸, trova applicazione anche nel caso di *simultaneus processus*, laddove l'audizione riguarda fatti concernenti la responsabilità altrui, già oggetto di precedenti dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero.

Infine, il soggetto potrà essere sottoposto all'obbligo testimoniale, ma nelle modalità garantite dell'articolo 197-bis c.p.p., soltanto nel caso in cui sopraggiunga a suo carico una sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex art.* 444 c.p.p.

Capitolo 3

La deposizione del rappresentante legale dell'ente (art. 44, comma 1, lett. b) del decreto)

3.1 La posizione del rappresentante legale dell'ente (il regime della partecipazione al procedimento). – 3.2 L'incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale. – 3.3 Le ipotesi problematiche: la posizione del rappresentante legale nel procedimento a carico della persona fisica. – 3.3.1 Le dichiarazioni rese dal rappresentante legale prima del sopravvenire della

¹⁰⁸ Vedi *supra*, p. 36.

posizione di incompatibilità – 3.3.2 La posizione del rappresentante legale indagato o imputato per un illecito amministrativo connesso o collegato a quello per il quale si procede. – 3.3.3 La posizione del rappresentante legale cessato dall'incarico – 3.4 Le modalità di acquisizione del contributo del rappresentante incompatibile. – 3.5 Il rappresentante che non fosse tale anche al *tempus commissi delicti* (la *vexata quaestio* del diritto al silenzio dell'ente). - 3.6 L'inquadramento costituzionale e le soluzioni possibili

3.1 La posizione del rappresentante legale dell'ente (il regime della partecipazione al procedimento)

Nell'atto di dare attuazione alla l. n. 300 del 2000, il legislatore delegato si è imbattuto in una serie di problematiche derivanti dalla particolarità del destinatario della nuova normativa. Il sistema penale italiano si presentava, per così dire, alla stregua di una maschera che ben calzava alla sola persona fisica. Pertanto, i suoi istituti, i suoi principi e i suoi stessi meccanismi procedurali hanno dovuto subire un rimodellamento per potersi attagliare alla più complessa fisionomia dell'ente.

Il maggiore, e più evidente, ostacolo nel quale il legislatore è incorso è senz'altro quello della natura non antropomorfica del soggetto collettivo, che ha imposto la predisposizione di una disciplina *ad hoc* per alcuni istituti di diritto tanto sostanziale quanto processuale penale.

Si è reso necessario individuare un tramite per la partecipazione al procedimento dell'ente indagato o imputato e questo è stato rinvenuto nella figura del suo rappresentante legale, da individuarsi nell'atto di costituzione richiesto dall'articolo 39 del decreto.

Al primo comma, l'articolo 39 esclude che la costituzione dell'ente possa effettuarsi tramite il soggetto imputato, nonché indagato, in virtù dell'estensione

operata dall'articolo 61 c.p.p., del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. La ragione dell'esclusione è duplice¹⁰⁹. Anzitutto, l'imputato, o indagato, del reato presupposto è portatore di interessi confliggenti con quelli dell'ente e, dunque, è inidoneo a rappresentarlo in giudizio. Il rischio è quello di una inconciliabilità delle strategie difensive dei due soggetti. In secondo luogo, la norma tutela la persona fisica accusata del reato dal rischio di autoincriminazione derivante dalla attiva partecipazione al procedimento a carico dell'ente, che, fra l'altro, potrebbe essere riunito al proprio ai sensi dell'articolo 38 del decreto. Stando alla giurisprudenza delle Sezioni Unite, il conflitto di interessi è presunto *iuris et de iure*¹¹⁰. Di conseguenza, non va effettuata alcuna valutazione in concreto circa la sua esistenza e il giudice non ha alcun obbligo di motivazione sul punto. Stando a quanto risulta dalla sentenza in questione, l'assolutezza del divieto posto dall'articolo 39 sarebbe «funzionale ad assicurare la piena garanzia del diritto di difesa del soggetto collettivo imputato in un procedimento penale». Nella stessa pronuncia viene affrontato il problema della mancata individuazione, nell'articolo 39, delle modalità di partecipazione dell'ente al procedimento nel caso di incompatibilità del suo rappresentante. Tale circostanza, lungi dal rappresentare una violazione dei diritti difensivi del soggetto collettivo, attesta la volontà del legislatore di non ingerirsi nell'organizzazione dell'impresa e di rimettere all'ente la scelta circa la possibile soluzione da adottare. La Corte ne individua tre: la nomina di un nuovo rappresentante non incompatibile; l'inerzia, ossia la rinuncia all'effettuazione di una nuova nomina; l'investitura di un rappresentante *ad processum*.

¹⁰⁹ BASSI, *Disposizioni generali sul procedimento*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 533.

¹¹⁰ Sez. VI, 28 ottobre 2009, n. 41398, Caporello.

Delle tre soluzioni, la terza è quella auspicabile. La prima comporta un rimodellamento del vertice operativo dell'ente, che può dimostrarsi molto complesso tanto nelle piccole realtà societarie (si pensi ad aziende a conduzione familiare), quanto nelle grandi¹¹¹; la seconda, come è agevole intuire, genera la compressione degli spazi operativi dell'ente nel procedimento.

Stando a una parte della dottrina¹¹², il divieto sancito al primo comma dell'articolo 39 del decreto riguarda anche il rappresentante indagato o imputato in un illecito connesso o collegato a quello dal quale si origina la responsabilità dell'ente. L'estensione del regime si giustificherebbe sulla base della *ratio* sottesa alla norma, operante anche nei casi di solo parziale sovrapposizione del nucleo fattuale degli illeciti. Ad avviso di una diversa dottrina¹¹³, tuttavia, nei casi di connessione ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lett. c) e di collegamento ai sensi dell'articolo 371, comma 2, lett. b) si imporrebbe una diversa soluzione. Vista la diversità dei fatti sottesi agli illeciti, il conflitto di interessi tra l'ente e l'imputato o indagato nell'illecito connesso o collegato sarebbe, in queste ipotesi, non la regola, ma una mera evenienza. L'Autorità Giudiziaria avrebbe il compito di compiere una valutazione sulla situazione concreta e, se del caso, imporre la sostituzione del rappresentante ritenuto in conflitto di interessi. La soluzione non è pienamente convincente, in quanto attribuisce all'autorità procedente un potere valutativo non previsto dalla legge e potenzialmente fuori

¹¹¹ BASSI, *Disposizioni generali sul procedimento*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 534.

¹¹² BASSI, *Disposizioni generali sul procedimento*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 535. Dello stesso avviso FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002, p. 238.

¹¹³ GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002, p. 286.

controllo, non essendo tale potere in alcun modo disciplinato non solo nell'*an*, ma neanche nel *quomodo*.

Individuato il suo rappresentante nei limiti previsti dall'articolo 39, comma 1, del decreto, l'ente può costituirsi nel procedimento depositando nella cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente una dichiarazione contenente, fra l'altro, l'indicazione della procura speciale conferita al difensore nelle forme previste dall'articolo 100, comma 1, c.p.p. La dottrina¹¹⁴ non ha mancato di sottolineare come le modalità di costituzione dell'ente nel procedimento penale a suo carico richiamino quelle relative alle parti private e come tale regime sia una normale conseguenza delle peculiarità del soggetto collettivo. La sua natura non antropomorfa comporta l'impossibilità di una partecipazione al procedimento scissa dall'individuazione di un soggetto deputato a rappresentarlo. La comparsa di tale soggetto nel procedimento deve avvenire tramite un atto di volontà dell'ente, cioè la sua dichiarazione di costituzione, la quale consenta, fra l'altro, la verifica circa l'assenza di un conflitto di interessi e, dunque, circa il rispetto della regola sancita in apertura dall'articolo 39.

In assenza dell'atto di costituzione, il soggetto collettivo è dichiarato contumace (salvo che si sia ancora nella fase delle indagini preliminari: non a caso l'articolo 41 del decreto fa seguire la contumacia alla mancata costituzione nel «processo») e i suoi spazi di autodifesa subiscono una compressione. È sempre garantita l'assistenza del difensore di fiducia o di quello d'ufficio; costoro, tuttavia, non possono porre in essere atti di natura personale¹¹⁵. Gli effetti della contumacia

¹¹⁴ Fra gli altri, BASSI, *Disposizioni generali sul procedimento*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 537.

¹¹⁵ FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 471. Si veda anche SS. UU., 28 luglio 2015, n. 33041, Gabrielloni. La sentenza limita l'ammissibilità della richiesta di riesame presentata, ai sensi dell'art. 324 c.p.p., dal difensore di fiducia nominato dal rappresentante dell'ente in assenza di un previo atto formale di costituzione ai soli casi in cui, precedentemente o contestualmente alla esecuzione del sequestro, non sia stata comunicata l'informazione di garanzia prevista dall'art. 57 del decreto.

mutano a seconda della fase procedimentale nella quale ci si trova. Nelle indagini preliminari, l'ente non potrà, ad esempio, rilasciare dichiarazioni spontanee o partecipare personalmente all'udienza nella quale si decide sull'applicazione delle misure interdittive¹¹⁶. Ciò, comunque, non impedisce la normale conduzione delle indagini da parte del pubblico ministero, il quale si interfaccia con il rappresentante legale dell'ente pur non costituito. Nella fase del giudizio, sono preclusi atti quali l'interrogatorio o la prestazione del consenso alla contestazione del fatto nuovo¹¹⁷.

La disciplina ricavabile dagli articoli 39 e 41 del decreto dà la misura dell'importanza del ruolo del rappresentante legale nel procedimento. La sua presenza assicura all'ente una "voce" propria nello svolgimento del rito.

Si è sottolineato come, «da un punto di vista processuale, ci troviamo in presenza di una situazione caratterizzata da una divergenza tra l'assunzione della qualità di imputato e la capacità di agire dello stesso all'interno del procedimento»¹¹⁸.

Se è vero che l'ente agisce attraverso il suo rappresentante, tuttavia il decreto sembra ripudiare la scelta di una totale sovrapposizione dei due.

Come è stato evidenziato, il soggetto che rappresenta l'ente nel processo ha una natura ibrida¹¹⁹, dal momento che, per un verso, impersona il soggetto collettivo; per altro verso, non coincide perfettamente con esso.

Una soluzione diversa sarebbe stata quella di equiparare all'imputato non solo l'ente, ma anche il soggetto che lo rappresenta. Tuttavia non è stata questa la scelta del legislatore che, all'articolo 35 del decreto, effettua la suddetta equiparazione solo con riferimento al primo dei due soggetti.

¹¹⁶ FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p.473.

¹¹⁷ FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p.471.

¹¹⁸ GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002, p. 284.

¹¹⁹ L'osservazione è di BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 647.

Anche nel procedimento *de societate* il rappresentante legale e l'ente mantengono, dunque, soggettività giuridiche distinte¹²⁰. Da questa duplicità di ruoli si genera una serie di problematiche connesse, ad esempio, alla possibilità di effettuare, anche nel procedimento *de societate*, l'interrogatorio o l'esame dell'imputato e alla applicabilità al rappresentante legale dell'ente (e quindi all'ente stesso) dello statuto di garanzie previsto per l'imputato. Come si è visto¹²¹, alcune di tali questioni si superano conducendo il vaglio di compatibilità di cui all'articolo 34 del decreto su un duplice piano: prima la verifica circa la coerenza della normativa codicistica rispetto al sistema delineato dal decreto, poi l'adattamento della stessa al peculiare atteggiarsi del procedimento *de societate*. Come si legge nella stessa Relazione al decreto, il rappresentante legale potrà essere sottoposto a interrogatorio per conto dell'ente. Potrà, inoltre, chiedere di essere esaminato e rilasciare dichiarazioni spontanee. Attraverso l'individuazione di un soggetto deputato a impersonare l'ente nel procedimento a suo carico, dunque, viene superato il limite della natura non antropomorfa del soggetto collettivo e, quindi, si consente la concretizzazione dell'equiparazione di quest'ultimo all'imputato, così come sancito dall'articolo 35 del decreto¹²².

I problemi maggiori sorgono quando ci si muove nel campo delle garanzie e, in particolare, della estendibilità al rappresentante dell'ente di tutte quelle prerogative che sono tipiche dell'imputato. Qui si coglie il senso di quell'affermazione per cui il soggetto di cui si sta discorrendo ha una natura "ibrida".

¹²⁰ BASSI, *Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica*, in Riv. 231, n. 3, 2006

¹²¹ Cap. I, par. 1.

¹²² BASSI, *Disposizioni generali sul procedimento*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 532.

Il “doppio binario” delineato dal decreto con riferimento alla figura di cui si discorre si è dovuto misurare, e si misura ancora oggi, con le decise critiche di una parte della dottrina stando alla quale «poiché l’ente può partecipare al procedimento solo attraverso il suo rappresentante, è giocoforza estendere a quest’ultimo le stesse garanzie del soggetto rappresentato»¹²³. Per giungere a questo risultato potrebbe farsi leva sul rapporto di immedesimazione organica che, secondo la scienza giuridica, lega l’ente al soggetto deputato ad esternare le sue determinazioni. Non può non osservarsi, tuttavia, come tali conclusioni siano osteggiate dal decreto in più punti. Si vedrà, ad esempio, come la non totale sovrapposizione del soggetto collettivo al suo rappresentante conduce in certi casi, nell’articolo 44 del decreto, all’assoggettamento del secondo all’obbligo testimoniale.

3.2 L’incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale

L’articolo 44 del decreto sancisce l’incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale dell’ente, individuato nella dichiarazione di costituzione di cui all’articolo 39 del decreto, che fosse tale anche all’epoca della commissione del reato. Si è sostenuto in dottrina che la *ratio* che ispira la disposizione è duplice. Da un lato, c’è la necessità di evitare che il rappresentante legale che era tale anche al momento della commissione del fatto di reato possa essere sottoposto a un obbligo di verità in relazione a fatti dai quali potrebbero emergere profili di responsabilità a suo carico. Non sfugge, infatti, come colui che rappresentava l’ente al *tempus commissi delicti* possa aver causato o contribuito

¹²³ FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002, P. 238. Dello stesso avviso, CERESA-GASTALDO, *L’accertamento dell’illecito*, in AA. VV., *Responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse*, a cura di ROSSI, VINCIGUERRA, CERESA-GASTALDO, CEDAM, 2004, p. 122.

a causare il *deficit* organizzativo che ha occasionato l'illecito¹²⁴. Dall'altro si sarebbe voluto evitare che fosse chiamato a testimoniare un soggetto non terzo rispetto alla vicenda processuale, in potenziale conflitto di interessi con la persona fisica e quindi plausibilmente indotto a tentare di scagionare se stesso e l'ente addossando ogni responsabilità all'individuo accusato della commissione del reato¹²⁵. Quest'ultima ricostruzione si espone, tuttavia, a una ineluttabile critica: suo corollario naturale sarebbe l'estensione dell'incompatibilità a testimoniare a ciascun rappresentante legale dell'ente, e non soltanto a quello che aveva già tale incarico quando fu commesso il fatto¹²⁶. Al contrario, è solo per quest'ultimo che il legislatore sancisce l'"incapacità" di ricoprire l'ufficio di testimone.

Volendo dare una lettura più ampia, si potrebbe sostenere che la causa dell'incompatibilità risieda anche nella volontà legislativa di tutelare non solo la persona fisica, ma anche l'ente da un rischio di autoincriminazione¹²⁷. Questa lettura potrebbe essere avallata dall'osservazione dell'assoggettamento all'obbligo di verità del rappresentante legale cessato dall'incarico¹²⁸. Costui è sottoposto all'obbligo testimoniale pur in presenza di un rischio di *self-incrimination*. Seguendo un ragionamento *a contrario*, allora, verrebbe da dire che ciò che preme al legislatore nel sancire l'incompatibilità di cui alla lettera b) dell'articolo 44 del decreto non è tanto la tutela della persona fisica (la cui compressione non si spiegherebbe alla luce della mera cessazione dell'incarico), quanto quella dell'ente e del suo diritto di difesa. Tuttavia, il legislatore non

¹²⁴ Un obbligo di testimoniare potrebbe rivelarsi particolarmente rischioso per il soggetto laddove, ad esempio, il reato presupposto abbia natura omissiva. Si pensi alla violazione della normativa in materia di sicurezza sul lavoro, di cui all'art. 25-septies d.lgs 231/2001.

¹²⁵ BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 650.

¹²⁶ In senso critico, vedi, infatti, TRICOMI L., *Violazioni amministrative: il giudice fa il pieno*, in Guida al diritto, 2001, 26, p. 86.

¹²⁷ Così si legge nella Relazione ministeriale al decreto, p. 31

¹²⁸ Vedi *infra*, Cap. 3, par. 3.3.

estende l'incompatibilità anche al caso del nuovo rappresentante legale. Ciò che emerge da questo farraginoso quadro, dunque, non è l'intento di tutelare l'ente da un rischio di *se detegere*, quanto piuttosto una malcelata anomalia, derivante da una tecnica legislativa non sempre chiara, in sé non sufficiente a suffragare la tesi di una spinta garantistica del legislatore.

Pertanto, il reale (e solo) obiettivo sotteso alla norma pare essere quello di scongiurare il rischio di *self-incrimination* da parte di un soggetto che rappresentava l'ente in un momento in cui al suo interno si consumava un fatto di reato.

Nel definire la causa di incompatibilità, la norma indica due presupposti operativi che sembrano dover coesistere: oltre alla qualità di rappresentante legale dell'ente, che, come visto, deve risalire già al momento della commissione del reato presupposto, emerge l'ulteriore requisito dell'indicazione del rappresentante all'interno della dichiarazione di costituzione di cui all'articolo 39 del decreto.

La dottrina si è interrogata sulla natura di tali condizioni, chiedendosi se queste generassero l'effetto escludente solo laddove presenti congiuntamente. Il problema si è posto, in particolare, con riguardo al riferimento alla necessaria individuazione del rappresentante nell'atto costitutivo.

Dalla formulazione legislativa sembra desumersi l'inoperatività dell'esclusione dall'ufficio testimoniale laddove l'ente non abbia depositato l'atto costitutivo. Questa soluzione è però contrastata da una parte della dottrina, stando alla quale una lettura formalistica frustrerebbe le finalità della norma. La presenza o meno dell'atto costitutivo, infatti, non altera in alcun modo quelle che sono le ragioni sottese all'incompatibilità, che restano valide con o senza di esso. La soluzione opposta avrebbe l'effetto di sottoporre a un obbligo di verità penalmente sanzionato un soggetto per il quale continua a sussistere un pericolo di

autoincriminazione. Inoltre, come è stato sottolineato¹²⁹, non si vede perché per l'ente contumace dovrebbero apprestarsi garanzie deteriori al diritto di difesa.

La necessità di un approccio più sostanziale, inoltre, è sottolineata anche con riferimento a un ulteriore aspetto: una lettura ossequiosa alla lettera della legge condurrebbe alla conclusione di rimettere alla sola volontà dell'ente la scelta circa le modalità acquisitive delle dichiarazioni del suo rappresentante legale¹³⁰.

Il che da un lato risulta privo di qualsiasi giustificazione sostanziale, dall'altro non tiene conto dell'eventualità in cui, ad esempio, sia indicato nell'atto costitutivo un soggetto che non è il reale rappresentante legale dell'ente e nessuno eccepisca l'inammissibilità della dichiarazione.

Visti questi rilievi, pertanto, si tende a ritenere che l'incompatibilità di cui alla lett. b) dell'articolo 44 del decreto si estenda a qualsiasi soggetto che abbia la rappresentanza legale dell'ente, indipendentemente dal fatto che sia individuato nell'atto costitutivo¹³¹. L'accoglimento della soluzione opposta, d'altronde, non terrebbe conto del fatto che l'articolo 39 del decreto non prevede alcun termine di decadenza per l'esercizio del diritto di costituirsi nel procedimento. L'ente, cioè, potrebbe depositare la dichiarazione di cui alla norma suddetta in qualsiasi momento e, laddove lo faccia successivamente all'audizione del rappresentante secondo la disciplina della testimonianza, si porrebbe il problema di verificare che per le dichiarazioni da egli rese non sia sopravvenuta un'ipotesi di inutilizzabilità.

¹²⁹ Il rilievo è di S.CHIMICHI, *Le prove dichiarative nel procedimento penale contro gli enti*, in Dir. pen. e proc. n. 2/2015.

¹³⁰ Lo sottolinea 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, CEDAM, 2002, p. 352.

¹³¹ Di diverso avviso, tuttavia, VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012, p. 383, per il quale «non pare sostenibile, [...] forzando il dato normativo, che la situazione di incompatibilità si verifichi a prescindere dalla dichiarazione di costituzione».

In realtà una lettura formalistica della norma sembrerebbe generare un'ulteriore discrasia. Il riferimento al rappresentante legale individuato nell'atto costitutivo potrebbe condurre alla conclusione di escludere dall'incompatibilità a testimoniare ogni altro soggetto che, pur avendo la rappresentanza legale dell'ente, tuttavia non sia nominato nell'atto di costituzione dell'ente. Questa circostanza potrebbe prospettarsi, ad esempio, laddove, trattandosi di società, la rappresentanza sia attribuita, ex art. 2266 del codice civile, a tutti i soci amministratori¹³², o comunque laddove, per espressa statuizione dell'atto costitutivo, essa sia attribuita a due o più soggetti. In un caso del genere, laddove l'ente indichi un solo rappresentante per il processo, ritenere che l'incompatibilità operi solo per costui significa privare del diritto al silenzio tutti gli altri, anche laddove fossero già rappresentanti quando fu commesso il reato, con evidente frustrazione della *ratio* della norma e del diritto di difesa dell'ente.

3.3 Le ipotesi problematiche: la posizione del rappresentante legale nel procedimento a carico della persona fisica

La disciplina dell'articolo 44 del decreto non è esaustiva con riguardo a tutte le possibili questioni che possono sorgere in relazione alla deposizione del rappresentante dell'ente.

Un profilo problematico riguarda la modalità di acquisizione delle dichiarazioni del legale rappresentante nel procedimento a carico della persona fisica. Al riguardo, la norma non fornisce alcuna indicazione.

¹³² L'art. 2266 c.c. sancisce che, in mancanza di diverse disposizioni contrattuali, la rappresentanza si estende a ciascun socio amministratore e si estende a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale.

A prima vista, la circostanza di trovarsi in una sede processuale diversa da quella nella quale si accerta la responsabilità dell'ente sembrerebbe suggerire la conclusione di equiparare il legale rappresentante a un qualunque testimone. Tuttavia si tratta di una soluzione fuorviante, che frustrerebbe le finalità della norma perché priverebbe del diritto al silenzio un soggetto a forte rischio di autoincriminazione, riducendo al contempo gli spazi difensivi dell'ente. Non può non notarsi, poi, come l'eventualità di un obbligo testimoniale sia da scongiurare alla luce della naturale conflittualità tra l'imputato nel reato presupposto e l'ente, e quindi il suo rappresentante, che dunque non sarebbe contraddistinto dall'estraneità rispetto alla vicenda processuale che deve caratterizzare il testimone. Si è già avuto modo di sottolineare, infatti, la naturale tendenza del rappresentante dell'ente a riversare la responsabilità per la commissione del reato sulla persona fisica.

Per sciogliere il nodo occorre interrogarsi sulla natura del rapporto intercorrente tra l'ente e il suo rappresentante. Vale a dire, cioè, che solo la sostanziale "equiparazione" del secondo al primo può avere come conseguenza quella di escludere la deposizione testimoniale del rappresentante nel distinto procedimento a carico della persona fisica, nel quale costui sarebbe dunque considerato, al pari dell'ente, alla stregua di un imputato.

Per giungere a questo risultato può farsi leva sul rapporto di immedesimazione organica che lega l'ente al suo rappresentante, essendo evidente che il primo non può che agire per mano del secondo, e non potendo, da tale "incapacità di azione" dell'ente, trarsi la sbrigativa conclusione di una formale alterità tra rappresentante e rappresentato. Infine, e soprattutto, se, come abbiamo più volte ribadito, l'illecito dell'ente e quello della persona fisica si pongono tra loro in rapporto di connessione ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lett. a) c.p.p., la conclusione non può che essere ricostruita nei termini che seguono: l'incompatibilità si conserva anche nel procedimento a carico dell'autore del

reato presupposto, e lo statuto applicabile è quello dell'articolo 197, comma 1 lett. a) del codice di rito¹³³. Anche in questo caso, dunque, soltanto una sentenza irrevocabile (a carico dell'ente) potrà abilitare il soggetto a ricoprire l'ufficio testimoniale nel procedimento a carico della persona fisica¹³⁴.

3.3.1 Le dichiarazioni rese dal rappresentante legale prima del sopravvenire della posizione di incompatibilità

Nel procedimento penale a carico dell'ente, così come in quello a carico della persona fisica, potrebbero sopravvenire alcune situazioni tali da mettere in discussione il precedente contributo dichiarativo reso dal rappresentante legale. Potrebbe verificarsi, ad esempio, che nel procedimento *de societate* si acquisisca la testimonianza del rappresentante legale dell'ente per il quale emerga, solo successivamente, che tale era la sua qualifica già al momento in cui fu commesso

¹³³ In questi termini, BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 652. Sullo stesso piano, le considerazioni di BERNASCONI-BELLUTA, *Sub art. 44*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti: commento articolo per articolo al d.lgs 231/2001*, a cura di PRESUTTI, BERNASCONI, FIORIO, CEDAM, 2008. Così anche CERESA-GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, in AA. VV., in AA. VV., *Responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, a cura di ROSSI, VINCIGUERRA, CERESA-GASTALDO, CEDAM, 2004. L'Autore richiama, sul punto, le considerazioni di FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002, p. 236.

Individua invece qualche criticità FIDELBO, *La testimonianza: casi di incompatibilità*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 494. L'Autore sottolinea le difficoltà del raggiungimento di una posizione unanime in dottrina circa la ricostruzione dei rapporti intercorrenti tra l'illecito dell'ente e quello della persona fisica. Rileva, tuttavia, che «allo stesso modo deve riconoscersi che escludere ogni ipotesi di incompatibilità, sul presupposto della non applicabilità di istituti riferibili ad altre situazioni, risulterebbe scelta eccessivamente formalistica e foriera di conseguenze eccessivamente negative per lo stesso rappresentante legale, non potendosi negare il forte legame che sussiste tra i due illeciti, che hanno in comune lo stesso "nucleo fattuale"».

¹³⁴ La giurisprudenza, tuttavia, sembra giungere talora a soluzioni nettamente opposte. Si veda, ad esempio, Trib. Milano, sez. X, 25 ottobre 2011. Nella sentenza si afferma che l'art. 44 d.lgs 231/2001, che individua alcuni specifici casi di incompatibilità con l'ufficio di testimone, trova applicazione solo nell'ambito del procedimento a carico dell'ente e non, quindi, nell'ambito del procedimento a carico delle persone fisiche, laddove a carico dell'ente si proceda separatamente.

il fatto. Ciò è suscettibile di verificarsi nel caso in cui siano differiti i tempi di commissione del reato. Si ipotizzi, ad esempio, che la data di commissione del reato fosse inizialmente fissata in un periodo in cui il soggetto non aveva ancora assunto la rappresentanza dell'ente ma che, a seguito di una diversa ricostruzione dei fatti, questa "slitti" a un momento successivo in cui invece costui risultava essere già legale rappresentante.

È necessario, già da ora, puntualizzare che laddove la disposizione di cui al comma 1 lett. b) dell'articolo 44 fosse interpretata nel senso di non escludere dall'incompatibilità a testimoniare l'attuale rappresentante legale dell'ente (che non fosse tale anche al momento di commissione del fatto)¹³⁵ il problema non si porrebbe affatto o sarebbe in buona parte ridimensionato. Le sue dichiarazioni, infatti, sarebbero probabilmente inutilizzabili in quanto riferibili a un soggetto incapace al ruolo. Postulando che questa non sia la corretta esegesi della norma succitata, la soluzione è allora da rinvenire nel disposto dell'articolo 44 del decreto, che pare individuare un'ipotesi assoluta di incompatibilità.

In ossequio all'articolo 191 c.p.p., la prova così assunta sarebbe inutilizzabile poiché resa da un soggetto «astrattamente incapace al ruolo»¹³⁶.

Affine a questa è un'altra problematica che riguarda, stavolta, l'utilizzabilità delle dichiarazioni rese dal legale rappresentante nel procedimento, nato prima di quello *de societate*, a carico della persona fisica. Laddove i due procedimenti siano nati congiuntamente *nulla quaestio*, dato che in tal caso eventuali dichiarazioni saranno effettuate nel rispetto del regime di incompatibilità sancito dal decreto. Per lo stesso motivo, non emergono criticità neppure nel caso in cui il procedimento di accertamento dell'illecito dipendente da reato abbia avuto

¹³⁵ Sul punto si veda, ad esempio, la ricostruzione di CERESA-GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, in AA. VV., *Responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, a cura di ROSSI, VINCIGUERRA, CERESA-GASTALDO, CEDAM, 2004, p. 127.

¹³⁶ Così, 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, CEDAM, 2002, p. 353.

inizio prima di quello penale. I dubbi sorgono nel caso in cui nel procedimento, nato prima, a carico della persona fisica sia stato sentito come testimone il rappresentante legale dell'ente che era già tale al *tempus commissi delicti*.

Ora, ipotizzando che i due procedimenti possano essere riuniti, l'impiego nei confronti dell'ente delle dichiarazioni rese in precedenza incontrerebbe l'ostacolo posto dall'articolo 44 comma 1 lett. b) del decreto, che ne determina l'inutilizzabilità. Medesimo è l'epilogo anche laddove si proceda separatamente, nel qual caso l'impossibilità di avvalersi, nel procedimento *de societate*, delle dichiarazioni rese in precedenza deriverebbe dall'estensione dell'incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale anche al procedimento a carico della persona fisica, secondo l'esegesi esposta in precedenza¹³⁷.

Un'eventuale soluzione positiva al quesito andrebbe, comunque, raccordata alla disciplina individuata dall'articolo 238¹³⁸ del codice di rito, il quale consente, in presenza di certe condizioni, l'acquisizione del materiale probatorio raccolto in un distinto procedimento.

In particolare, ciò è possibile laddove si tratti di prove assunte nel corso del dibattimento o dell'incidente probatorio, nel qual caso, comunque, ai fini dell'utilizzabilità delle dichiarazioni rese contro l'imputato è necessario che il suo difensore abbia partecipato all'assunzione della prova o che comunque l'imputato stesso vi consenta.

Tali condizioni non sono, invero, di difficile verifica: si può ipotizzare, ad esempio, che il difensore del legale rappresentante, il quale avrà dunque partecipato all'assunzione della prova nel distinto procedimento, assista anche l'ente.

¹³⁷ La prova assunta illegittimamente, infatti, non è utilizzabile in alcun procedimento penale ancorché diverso da quello originario.

¹³⁸ Si precisa fin da subito, tuttavia, che la compatibilità dell'art. 238 c.p.p. nel procedimento *de societate* non è un approdo fuori discussione. Si avrà modo di approfondire il tema nel prosieguo della trattazione.

Cionondimeno, stante la natura incondizionata dell'esclusione della compatibilità a testimoniare sancita in questo caso dal decreto, la soluzione preferibile sembra quella di ritenere comunque che le dichiarazioni rilasciate in precedenza nella diversa sede processuale non siano utilizzabili e vadano dunque riacquisite nei modi previsti dall'articolo 44¹³⁹.

Il meccanismo di integrazione previsto dall'articolo 34 del decreto non risulta in questo caso praticabile, dovendosi ritenere che il disposto dell'articolo 44 prevalga sul possibile utilizzo dell'articolo 238 c.p.p.

La soluzione si consolida laddove si costati che le norme che, sancendo delle ipotesi di incompatibilità ad assumere la veste di testimone, eccettuano al generale obbligo testimoniale sono poste molto spesso a presidio non solo del diritto di difesa del soggetto incompatibile, ma anche di esigenze cognitive.

Non sfugge come l'articolo 44 del decreto sia una di queste, visto che in tal caso l'incompatibilità si giustifica non solo per la necessità di ridurre il rischio di *self-incrimination* del dichiarante, ma anche per l'esigenza di prendere atto della probabile posizione di conflitto di interessi in cui egli si trova.

Questa circostanza, com'è facile intuire, intacca la limpidezza della deposizione. Il che rafforza la conclusione dell'inutilizzabilità cui si è giunti poc'anzi.

3.3.2 La posizione del rappresentante legale indagato o imputato per un illecito amministrativo connesso o collegato a quello per il quale si procede

La posizione del rappresentante legale indagato o imputato per un illecito amministrativo connesso o collegato a quello per il quale si proceda dovrebbe essere regolata dal precetto dell'articolo 196 c.p.p., che sancisce un obbligo

¹³⁹ Così, BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 655.

generalizzato di testimoniare, suscettibile di compressione solo in casi eccezionali. L'articolo 44 del decreto, infatti, non individua al riguardo alcuna ipotesi di incompatibilità a testimoniare. Non resta, perciò, che verificare se la situazione prospettata rientra in uno di quei casi eccezionali che giustificano il venir meno della pretesa di cooperazione all'accertamento del fatto vantata dallo Stato nei confronti del testimone.

Bisogna distinguere: se per il rappresentante legale non sussiste, nel procedimento a carico dell'ente da lui rappresentato, la prerogativa dell'incompatibilità a testimoniare, avendo egli assunto l'incarico solo dopo la commissione del fatto di reato, occorre concludere che essa non opererà neppure nell'altro procedimento, connesso o collegato, in cui debba essere acquisito il suo contributo.

Laddove, invece, operi la regola di cui alla lett. b) dell'articolo 44 del decreto, l'incompatibilità a testimoniare potrebbe estendersi anche all'altra sede processuale.

Ancora una volta, viene in soccorso l'immedesimazione organica che lega l'ente al suo rappresentante. Questa consente, tramite l'articolo 34 del decreto, di concludere per la compatibilità della disciplina di cui all'articolo 197 del codice di rito, così optando per una ricostruzione più realistica, che tenga conto della sostanziale coincidenza tra rappresentante e rappresentato. Ciò significa che, a seconda delle varie tipologie di connessione o collegamento che possono emergere nel caso concreto, si delineeranno altrettante ipotesi di incompatibilità a testimoniare. Comunque appare più probabile che, laddove una connessione ci sia, si tratti di un collegamento probatorio, *ex* articolo 371 comma 2 lett. b) c.p.p.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Il rilievo è di BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 656. L'Autrice sottolinea, inoltre, come una connessione rilevante può realizzarsi laddove allo stesso ente siano attribuiti più illeciti amministrativi, commessi allo scopo di realizzare un medesimo interesse o vantaggio per

3.3.3 La posizione del rappresentante legale cessato dall'incarico

Il decreto non individua alcuna causa di incompatibilità in capo al rappresentante che fosse tale al *tempus commissi delicti*, ma che non abbia mantenuto tale qualifica anche nel procedimento a carico dell'ente.

Visto il tenore letterale della disposizione, pare che questi sia suscettibile di ricoprire l'ufficio di testimone: conclusione, questa, imposta tanto dalla *littera legis*, quanto dall'impossibilità di percorrere la via di un'interpretazione sistematica tesa a valorizzare profili di sostanziale sovrapposibilità del rappresentante cessato dall'incarico a quello attuale: per il primo, infatti, non soccorre l'attualità dell'immedesimazione organica con l'ente¹⁴¹.

Ad ogni modo, egli sarà tutelato dallo statuto del secondo comma dell'articolo 198 c.p.p., che appresta anche per il testimone una embrionale tutela del diritto al silenzio, stabilendo che egli non può essere obbligato a deporre sui fatti dai quali può emergere la sua responsabilità penale¹⁴².

Pur stando così le cose per la maggior parte degli interpreti, si deve dare atto di una minoranza che si colloca su una posizione opposta. Si è sostenuto, ad esempio, che una più attenta lettura della *ratio legis* impone la diversa conclusione della incompatibilità a testimoniare o comunque della necessità di

l'ente e si voglia sentire come testimone il rappresentante legale attuale e dell'epoca di uno solo fra i vari reati presupposto.

¹⁴¹ Sul punto, BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 659. Si specifica che l'incompatibilità sussisterà, comunque, in tutte le ipotesi in cui il vecchio rappresentante sia indagato o imputato del reato presupposto.

Medesima conclusione anche per FIDELBO, *Testimonianza: casi di incompatibilità*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 497. Sembra aderire alla tesi anche VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012, p. 383. L'Autore richiama, sul punto, le considerazioni di P. IELO, *Sub art. 44*, in AA. VV., *Codice di procedura penale*, a cura di TRANCHINA, Giuffrè, 2012, p. 6122.

¹⁴² S.CHIMICHI, *Le prove dichiarative nel procedimento penale contro gli enti*, in *Dir. pen. e proc. n. 2/2015*.

utilizzare uno statuto più garantistico rispetto a quello previsto per la testimonianza in generale. Tale posizione prende le mosse dalla constatazione che per il rappresentante legale del *tempus commissi delicti* sussiste sempre un pericolo di autoincriminazione derivante dalla posizione che egli rivestiva quando il reato fu commesso. Di fronte ad un'effettiva carenza organizzativa dell'ente, il soggetto, sottoposto all'obbligo di verità, avrebbe due possibilità: mentire oppure riconoscere un *deficit* organizzativo che egli stesso avrebbe dovuto eliminare¹⁴³.

Ancora più criticamente, potrebbe profilarsi la possibilità di un'autoincriminazione con riferimento all'eventuale concorso del rappresentante cessato nel reato presupposto laddove il suo coinvolgimento non sia ancora emerso.

Si prospetta, pertanto, una soluzione correttiva, volta all'estensione dell'articolo 44 del decreto anche al cessato, o comunque all'utilizzo del più garantistico statuto della testimonianza assistita *ex art. 197-bis c.p.p.*¹⁴⁴

La soluzione delineata incontra tuttavia un limite probabilmente invalicabile nel carattere di eccezionalità che connota le norme di esclusione dell'obbligo testimoniale. In assenza di una opzione legislativa di diverso avviso sul punto e nell'impossibilità di assimilare tale situazione a quelle previste dall'articolo 197 c.p.p., che sarebbe applicabile *ex art. 34* del decreto, sembra preferibile l'accoglimento della tesi che vede il rappresentante cessato come un mero testimone, comunque garantito dalla disciplina dell'articolo 198 comma 2 c.p.p.

¹⁴³ Così, SANTORIELLO, *La prova testimoniale nel processo alle società*, in Resp. Amm. Soc., f2, 2006, p. 91, il quale lamenta una lesione del principio del *nemo tenetur se detegere*.

¹⁴⁴ Ancora, SANTORIELLO, *La prova testimoniale nel processo alle società*, in Resp. Amm. Soc., f2, 2006. Rileva una possibile lesione del diritto a non autoincriminarsi e prospetta un'interpretazione estensiva dell'art. 44 anche DIDDI, *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in Dir. pen. E proc., 2005.

Pur non dubitando della correttezza di questa conclusione, non si può fare a meno di chiedersi se la norma appena richiamata sia sufficiente ad apprestare una tutela effettiva contro il rischio di autoincriminazione del dichiarante.

La deposizione testimoniale si svolge, secondo le regole generali, senza l'assistenza di un difensore. Il motivo è intuibile: il testimone è un soggetto tendenzialmente estraneo ai fatti. L'evenienza di un suo coinvolgimento nella vicenda penale, e, quindi, il rischio di una sua autoincriminazione, sono alquanto improbabili. Improbabili ma non impossibili; pertanto l'articolo 198 comma 2 c.p.p. individua un'ipotesi di diritto al silenzio a tutela del testimone e ciò è sufficiente ad onorare il principio, immanente nel nostro ordinamento processuale penale, per cui *nemo tenetur se detegere*.

Almeno da un punto di vista fattuale, la posizione del rappresentante legale cessato dall'incarico non è perfettamente sovrapponibile a quella di un qualunque testimone. La circostanza del suo inserimento (fra l'altro a livello apicale) nell'organizzazione aziendale al momento della commissione del reato è spia di una sua tutt'altro che improbabile implicazione nella "fattenda" illecita. Senza l'ausilio del difensore, il precedente rappresentante legale che non riesca, da solo, a comprendere la pertinenza di una domanda a lui rivolta a un possibile fatto proprio o la potenziale capacità autoaccusatoria di una sua risposta e non si avvalga, quindi, della tutela fornita dall'articolo 198 comma 2 c.p.p., rischia di autoincriminarsi molto più di quanto non rischi un normale testimone. La situazione si fa ancor più problematica se si tiene conto del fatto che la probabilità che si richieda la sua audizione nel corso del dibattimento è molto elevata, dal momento che trattasi di un soggetto che, come sottolineato, ricopriva nell'impresa una posizione di vertice al *tempus commissi delicti*. È plausibile, quindi, che nel procedimento non si rinunci al suo contributo.

Queste perplessità, che non vanno sottaciute, non sono, tuttavia, sufficienti a vincere il tenore normativo dell'attuale disciplina, pena, come si è detto,

l'applicazione analogica delle norme eccezionali in materia di incapacità a testimoniare. Ci si potrebbe, semmai, attendere un intervento legislativo sul punto.

3.4 Le modalità di acquisizione del contributo del rappresentante incompatibile

L'articolo 44 del decreto si limita a stabilire che il soggetto incompatibile è esaminato e interrogato nelle forme e con i limiti previsti per l'interrogatorio e l'esame della persona imputata in procedimento connesso, ma non individua il grado di connessione cui far riferimento. Nel silenzio della norma, pertanto, si rende necessario rinvenire lo statuto applicabile facendo riferimento alle possibili tipologie di connessione che il nostro sistema conosce: quella *ex art. 12 comma 1 lett. a) c.p.p.*, quella *ex art. 12 comma 1 lett. c) e il collegamento ex art. 371 comma 2 lett. b) c.p.p.* La soluzione è foriera di importanti e diverse conseguenze, dal momento che in un caso la preclusione è assoluta, nell'altro l'incompatibilità è suscettibile di venir meno laddove il soggetto decida di rilasciare dichiarazioni sull'altrui responsabilità penale¹⁴⁵.

Anche in questo caso, la soluzione prospettata dai più è quella dell'applicabilità dello statuto della connessione *ex art. 12, comma 1 lett. a) c.p.p.*, in virtù dell'«immedesimazione organica che lega il rappresentante legale all'ente, rapporto che consente di assimilare il rappresentante legale alla figura del concorrente – ancorché anomalo – nello “stesso fatto” attribuito all'ente che rappresenta»¹⁴⁶. L'audizione del rappresentante nel procedimento *de societate*

¹⁴⁵ Cap. 2, par. 1

¹⁴⁶ BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 651. L'Autrice, comunque, non tace le problematiche connesse a una ricostruzione di questo tipo, che si presta a strumentalizzazioni da parte dell'ente che, nell'intento di sottrarre “stabilmente” al processo un importante contributo

soggiacerà, dunque, alla disciplina della connessione *ex art. 197 comma 1 lett. a) c.p.p.*

Non sfugge come una ricostruzione di questo tipo sia quanto meno insolita. Il rappresentante dell'ente, in effetti, non ha altro legame con l'illecito attribuito al soggetto collettivo che non sia quello che deriva dal fatto che egli ne rappresenta in giudizio gli interessi. In altre parole, il rappresentante è la bocca dell'ente. La sua assimilazione all'imputato in procedimento connesso costituisce una mera finzione finalizzata soltanto all'individuazione della disciplina applicabile, che, tuttavia, si impone a causa della riluttanza del legislatore a sovrapporre completamente le due figure del rappresentante e del rappresentato.

Ulteriore dubbio riguarda l'esclusività del riferimento alla disciplina della connessione di cui all'articolo 44. Ci si chiede, cioè, se la disciplina applicabile sia sempre e solo quella dell'articolo 210 c.p.p., ovvero se una distinzione si possa prospettare in base alla riunione o separazione dei procedimenti. Laddove si ritenga che il richiamo contenuto nell'articolo 44 del decreto sia perentorio, si dovrebbe concludere sempre per l'applicabilità dell'articolo 210 c.p.p., con la conseguenza che, anche nel procedimento a carico dell'ente, il contributo del suo rappresentante sarà sottratto al più garantistico statuto dell'articolo 208 del codice di rito, per ricadere sempre sotto l'area applicativa dell'istituto dell'esame dell'imputato nel procedimento connesso.

Pertanto l'ente, per il tramite del suo rappresentante, sarà sottoposto all'esame coattivamente, pur mantenendo la prerogativa del diritto al silenzio¹⁴⁷.

conoscitivo, mantenga appositamente in carica il rappresentante legale dell'epoca in cui il reato fu commesso.

La stessa soluzione è prospettata da FIDELBO, *Testimonianza: casi di incompatibilità*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 502.

¹⁴⁷ Questa sembra essere la posizione di 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, CEDAM, 2002, p. 354.

Una diversa interpretazione, invece, potrebbe vertere sulla distinzione tra i casi di separazione o riunione dei procedimenti. Si è sostenuto¹⁴⁸, ad esempio, che nel procedimento riunito il rappresentante è sentito nei modi indicati dall'articolo 208 del codice di rito, se non abbia in precedenza rilasciato dichiarazioni *contra alios* al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero¹⁴⁹. Nel qual caso lo statuto applicabile sarebbe comunque quello dell'articolo 210 c.p.p. Solo laddove, invece, si proceda separatamente a carico della persona fisica, il rappresentante dell'ente sarebbe sentito, in tale sede, secondo le regole dell'articolo 210 c.p.p. Tale ultima esegesi, in verità, sembra contraddire in parte la *ratio* della norma. Se la disciplina applicabile fosse realmente quella da ultimo individuata, la disposizione non avrebbe motivo di esistere. L'applicazione dell'articolo 208 c.p.p. sarebbe derivata semplicemente dall'operatività dei meccanismi previsti dagli articoli 34 e 35 del decreto. Pare, invece, che il legislatore si serva della specificazione proprio al fine di evitare questo risultato e costringere il legale rappresentante dell'ente (e quindi l'ente stesso) quanto meno a sottoporsi all'audizione. A ciò si aggiunga che la norma non prospetta distinzioni di sorta, così accreditando la tesi per cui la disciplina applicabile è da rinvenire sempre nell'articolo 210 c.p.p.

La conclusione, comunque, non stupisce se la si inquadra nelle finalità che si compendiano nell'articolo 44 del decreto, o meglio nella tendenza del legislatore a vedere nel contributo dell'ente un elemento significativo del procedimento a suo carico.

La disposizione di cui si discorre solleva, infine, un ultimo dubbio laddove fa riferimento alle modalità di audizione del soggetto nella fase delle indagini

¹⁴⁸ S.CHIMICHI, *Le prove dichiarative nel procedimento penale contro gli enti*, in Dir. pen. e proc. n. 2/2015.

¹⁴⁹ Ancora una volta per effetto della sent. C. Cost. 2 novembre 1998, n. 361.

preliminari e, in particolare, alla disciplina dell'interrogatorio¹⁵⁰. L'incongruenza si manifesterebbe se l'espressione fosse interpretata come un rinvio alla disciplina prevista dagli articoli 64 e 65 c.p.p. Questa lettura sarebbe sì suffragata dall'articolo 35 del decreto, che estende all'ente i diritti dell'imputato, ma cozzerebbe con la circostanza, abbastanza limpida, del richiamo alla disciplina dell'esame dell'imputato in procedimento connesso per quanto concerne la fase dibattimentale. Sarebbe, cioè, anomalo che il medesimo soggetto possa essere sottoposto, a seconda della fase processuale che viene in rilievo, a metodi di acquisizione del suo contributo sempre diversi. Ora l'esame *ex art.* 210 c.p.p. o la testimonianza laddove ne sussistano i presupposti, ora l'interrogatorio dell'indagato.

Per ricomporre il tutto in una cornice di minore disorganicità, si è sostenuto¹⁵¹ che l'interrogatorio cui la norma fa riferimento non è quello di cui agli articoli 64 e 65 c.p.p., ma quello di cui all'articolo 363 c.p.p. (interrogatorio di persona imputata in procedimento connesso), col conseguente obbligo di recarsi dal giudice, ma col mantenimento del diritto al silenzio. In tal modo, i rinvii operati dall'articolo 44 del decreto apparterrebbero ad un perimetro comune, ossia quello delle dichiarazioni degli imputati in procedimento connesso.

Ad ogni modo potrebbe rilevarsi come, senza dover intraprendere percorsi esegetici "correttivi", la conclusione sembra offerta dalla stessa lettera della norma, che sancisce 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". Il riferimento alla disciplina della connessione, che

¹⁵⁰ La norma recita 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».

¹⁵¹ L'osservazione è di 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, CEDAM, 2002, p. 354.

sembra riguardare non solo l'esame, ma anche l'interrogatorio, accomuna i due istituti cosicché ulteriori specificazioni normative sarebbero state sovrabbondanti.

3.5 Il rappresentante che non fosse tale anche al *tempus commissi delicti* (la *vexata quaestio* del diritto al silenzio dell'ente)

Il dibattito sviluppatosi intorno all'articolo 44 del decreto ha fatto emergere, già dalle prime battute, le perplessità generate dalla norma laddove essa consente di trarre la conclusione dell'obbligo testimoniale dell'attuale rappresentante legale dell'ente che non fosse tale anche al *tempus commissi delicti*.

Sul punto la Relazione al decreto non è univoca: da un lato registra le difficoltà connesse al fatto di considerare il rappresentante legale alla stregua di un testimone, visto che la sua posizione è più simile a quella dell'imputato; dall'altro evidenzia che la parificazione all'imputato, di cui all'articolo 35 del decreto, viene effettuata con riguardo all'ente, non al legale rappresentante, per il quale è previsto un regime peculiare che non lo esclude dalle garanzie che cautelano l'imputato ma che lo assimila in certi casi al testimone¹⁵². Al contempo però egli può essere sottoposto a interrogatorio per conto dell'ente¹⁵³. La Relazione pare attestare quindi l'esistenza di un doppio schema che vede il legale rappresentante come testimone o come imputato a seconda dei casi, ma non precisa che cosa faccia scattare l'una o l'altra qualifica.

Ad ogni modo, non è sfuggito agli interpreti più attenti l'effetto dirompente della norma che, se interpretata letteralmente, condurrebbe, tramite un'incerta "perifrasi *a contrario*", alla compressione del diritto al silenzio dell'ente e a una possibile violazione dei precetti costituzionali preposti alla sua tutela.

¹⁵² Relazione al decreto, p. 30.

¹⁵³ Relazione al decreto, p. 35.

Questo aspetto ha da sempre rappresentato uno dei punti nevralgici dell'elaborazione dottrinale sul microsistema processuale degli enti in quanto la norma in discorso, mettendo in discussione uno dei "dogmi" del processo penale contemporaneo, si espone a costanti crisi di rigetto¹⁵⁴.

Non sono mancate interpretazioni che, più o meno mutilando l'originaria gittata della norma, hanno tentato di riportare le criticate scelte legislative entro i confini fisiologici del processo penale e dei suoi principi.

Si sono prospettate soluzioni *tranchant*, come quella di chi ha sostenuto che l'articolo 44 del decreto «è una norma inutile, anzi nociva, perché, senza dire nulla di originale, lascia falsamente supporre un obbligo testimoniale del rappresentante privo di tale qualifica al momento della commissione del reato»¹⁵⁵. Questa riflessione poggia sulla constatazione della debolezza dell'*argumentum a contrario* in base al quale si esclude che le ipotesi di incompatibilità ricomprendano anche la posizione del nuovo rappresentante legale. Chiave di lettura sarebbe allora l'articolo 35 del decreto, che sancisce la riferibilità all'ente dei diritti riconosciuti all'imputato: tale norma andrebbe estesa anche al legale rappresentante, in quanto è solo attraverso di lui che il soggetto collettivo può partecipare al processo. Da ciò deriverebbe la necessità di riconoscere sempre a chi rappresenta l'ente il diritto di tacere.

Si è evidenziato come tale soluzione, che si sostanzia in un'interpretazione abrogatrice della norma, incontri l'ostacolo dell'argomento letterale¹⁵⁶, in quanto

¹⁵⁴ Ne è prova, ad esempio, un'ordinanza del Tribunale di Verbania del 2012 in cui il giudice, nel ritenere manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 44 del decreto, dà un'interpretazione adeguatrice della norma. Nell'ordinanza si legge che in forza della parificazione dell'ente all'imputato di cui all'art. 35 del decreto e del principio costituzionale del diritto di difesa, un'esegesi sistematica e costituzionalmente orientata dell'art. 44 del decreto porta a ritenere che il rappresentante dell'ente che non fosse tale anche al momento della commissione del reato debba essere sentito ai sensi dell'art. 210 c.p.p.

¹⁵⁵ FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002, p. 238.

¹⁵⁶ BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in AA. VV., *Il processo penale de societate*, a cura di BERNASCONI, Giuffrè, 2006, p. 100.

l'articolo 44 del decreto oltre ad essere inequivoco nel non ricomprendere il nuovo rappresentante legale fra gli incompatibili ad assumere l'ufficio testimoniale, pare confermare questa soluzione nell'ultimo comma, che, indicando le modalità di audizione dei rappresentanti incompatibili, lascia intendere che esiste comunque una cerchia di rappresentanti che tali non sono. Simile nelle conclusioni è la tesi sostenuta da quanti riconoscono che l'incompatibilità a testimoniare non si estenda al nuovo rappresentante legale dell'ente, in quanto per costui non c'è il pericolo di autoincriminazione che per il soggetto che rivestiva la qualifica anche al momento del fatto-reato giustifica il riconoscimento del diritto al silenzio. Tuttavia, l'incompatibilità sarebbe suscettibile di sopravvenire laddove l'ente si costituisse a mezzo del suo (nuovo) rappresentante ai sensi dell'articolo 39 del decreto. In tal caso la prerogativa dello *ius tacendi* tornerebbe a prevalere in virtù della norma estensiva di cui all'articolo 35¹⁵⁷. Anche questa tesi, al pari di quella precedente, fornisce un'interpretazione non ancorata al dato normativo, anche perché non tiene conto del fatto che è la stessa disposizione a subordinare l'operatività dell'esclusione dall'obbligo testimoniale alla avvenuta espletazione delle formalità individuate dall'articolo 39 del decreto. A prescindere dalle problematiche, affrontate in precedenza, connesse al requisito della costituzione richiesto dall'articolo 44, non pare potersi interpretare la norma nel senso di un'estensione del suo contenuto (cioè dell'incompatibilità a testimoniare) oltre i suoi limiti originari facendo leva su un presupposto che la disposizione già richiede per la sua operatività a regime normale.

Ad ogni modo, occorre rilevare che la norma non si presta ad essere costretta in percorsi logici troppo rigidi: ogni soluzione perentoria, che si sostanzia nel riconoscimento della sua incapacità a produrre effetti o nella totale adesione al

¹⁵⁷ AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in Cass. Pen, 2005, p. 334.

testo normativo, presta il fianco a critiche di varia natura. Nel primo caso si avrebbe un'eggesi contraria al tenore della disposizione, nel secondo profili di incostituzionalità piuttosto evidenti. Alla luce di questo dato, si sono prospettate soluzioni per così dire intermedie, come quella di distinguere la posizione del nuovo rappresentante che debba essere interrogato su fatti appresi dopo l'assunzione dell'incarico da quella dello stesso soggetto che però debba essere sentito su fatti conosciuti prima di tale momento. Solo nella prima ipotesi opererebbe la prerogativa del diritto al silenzio, in virtù dell'estensione di cui all'articolo 35 del decreto¹⁵⁸. L'asimmetria è spiegata nei termini che seguono: colui che fosse già a conoscenza di fatti rilevanti prima di assumere l'incarico sarebbe comunque un possibile testimone a prescindere dalla successiva investitura, alla quale l'ente ha proceduto pur sapendo che costui avrebbe potuto, in futuro, rilasciare dichiarazioni a suo carico. Nell'altro caso, invece, l'ente ha nominato il rappresentante non prospettandosi questa eventualità, pertanto la sua posizione va tutelata.

A parte la difficoltà di sapere con certezza quando un soggetto sia venuto a conoscenza di un fatto, cosa tutta interna alla sua psiche o comunque difficilmente valutabile esternamente salvo casi eccezionali, questa ricostruzione è solo parzialmente risolutiva del problema del diritto al silenzio, comunque negato in alcuni casi sulla base della constatazione per cui è l'ente stesso che sceglie di nominare un nuovo rappresentante legale, così riducendo i propri spazi difensivi; pertanto deve farsi carico della decisione che deliberatamente assume. Tuttavia, basta pensare al caso in cui il rappresentante legale dell'ente sia indagato o imputato per il reato presupposto per comprendere come queste conclusioni non siano sempre calzanti. In un caso del genere, infatti, l'ente sarebbe costretto a nominare un nuovo rappresentante laddove volesse

¹⁵⁸ SANTORIELLO, *La prova testimoniale nel processo alle società*, in Resp. Amm. Soc. 2006, f.2, p. 91.

partecipare al procedimento, ai sensi dell'articolo 39 del decreto. La sua decisione non sarebbe liberamente assunta perché esso si troverebbe dinanzi a due possibili alternative: costituirsi ma vedere negato il proprio diritto al silenzio ovvero non farlo e vedere compressi i propri spazi operativi nell'ambito del procedimento penale.

Non è necessario soffermarsi su tutte le teorie che gli interpreti e gli studiosi del processo penale hanno avanzato per ricomporre le tensioni tra l'articolo 44 e i precetti costituzionali. Basta dire, in questa sede, che lo sforzo interpretativo è stato notevole, e talvolta molto creativo. Si è sostenuto, ad esempio, che il soggetto cui l'articolo 44 riferisce l'obbligo testimoniale non è il rappresentante dell'ente nel procedimento: costui è sempre incompatibile in quanto equiparato all'imputato. Si tratterebbe, invece, del rappresentante legale precedente sostituito nell'incarico¹⁵⁹. Questo esito si otterrebbe dall'inversione dei due sintagmi che costituiscono la norma, così da ottenere l'incompatibilità a testimoniare del soggetto che rappresentava l'ente al momento della commissione del reato, che è cessato poi dall'incarico.

La farraginosità di tale soluzione ermeneutica è figlia di una norma ambigua, che costringe l'interprete a talvolta contorti sviluppi esegetici.

Non manca chi, tuttavia, riconosce alla norma un diritto d'asilo nel nostro ordinamento e ipotizza, sulla falsariga della stessa Relazione al decreto, una duplicità di ruoli in capo al rappresentante legale. Egli sarebbe, a seconda dei casi, ora testimone ora imputato. Il criterio distintivo proposto fa leva sulla natura dell'atto da compiere. Così, il rappresentante mantiene lo *status* di imputato quando si tratti di esercitare diritti difensivi (si pensi al rilascio di dichiarazioni spontanee), ma assume l'ufficio testimoniale in tutti gli altri casi,

¹⁵⁹ CERESA-GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, in AA. VV., *Responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, a cura di ROSSI, VINCIGUERRA, CERESA-GASTALDO, CEDAM, 2004, p. 126.

con conseguente rischio di autoincriminazione per l'ente¹⁶⁰. Questa soluzione rappresenta una rinuncia a comporre quel possibile conflitto con i principi costituzionali cui si accennava poc'anzi, rinuncia che viene motivata col "prosciugamento delle fonti di conoscenza"¹⁶¹ che si sarebbe determinato laddove al rappresentante legale fosse stato riconosciuto il diritto di tacere¹⁶². Non vi è dubbio sul fatto che questa sia stata la *ratio* genitrice della norma, ma ciò non mette a tacere tutte le censure che ad essa si sono mosse nel corso degli anni. La dicotomia di ruoli in capo al legale rappresentante solo apparentemente tutela il diritto di difesa dell'ente, in quanto i contributi assunti quando egli veste il ruolo di testimone sono destinati a prevalere su qualunque atto difensivo possa compiere. E ciò per il semplice fatto che sull'atto testimoniale incombe sempre l'obbligo, penalmente sanzionato, di dire la verità. In questo modo il terreno del diritto di difesa è assoggettato a continue incursioni e ne esce irrimediabilmente vulnerato.

3.6 L'inquadramento costituzionale e le soluzioni possibili

La difficoltà di rinvenire, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, un approdo definitivo sull'interpretazione della forse più controversa disposizione processuale del decreto, pone l'esegeta dinanzi alla necessità di chiedersi se effettivamente una compressione del diritto al silenzio dell'ente sia ammissibile nel nostro sistema processuale penale e compatibile con i principi che lo informano.

¹⁶⁰ FIDELBO, *Testimonianza: casi di incompatibilità*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 500.

¹⁶¹ FIDELBO, *Testimonianza: casi di incompatibilità*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 498.

¹⁶² All'ente sarebbe bastato nominare legale rappresentante il soggetto detentore di informazioni rilevanti per sottrarre il suo contributo conoscitivo alle autorità procedenti.

Il punto di partenza non può che essere costituito, come sempre quando si tratta di diritti fondamentali, dalla Carta Costituzionale. Essa ha rappresentato, anche in questo campo, un punto di svolta, favorendo la nascita di un modo diverso di concepire il processo penale: non più ricerca convulsa di una verità storica che si pretende sempre ricostruibile, ma luogo nel quale le regole dell'accertamento costituiscono «condizione di validità della conoscenza medesima»¹⁶³. In un contesto così profondamente rinnovato il riconoscimento dell'inviolabilità della difesa (art. 24 Cost.) da un lato, la presunzione d'innocenza (art. 27 comma 2 Cost.) dall'altro spostano il fulcro del processo penale dalle necessità dell'accertamento e della repressione degli illeciti a quelle di tutela del soggetto ad esso sottoposto. Le logiche del sistema accusatorio, accolte dal nuovo codice di rito del 1988, hanno suggellato poi definitivamente l'approdo alla nuova concezione "garantista" del processo¹⁶⁴, permettendo il consolidamento dell'idea per cui nessun obbligo di collaborazione con la giustizia può essere imposto al soggetto accusato della commissione di un reato.

Questo breve *excursus* consente di comprendere meglio la posizione e la portata attuale del diritto al silenzio nel nostro sistema: esso è non solo una conseguenza dell'atto di riconoscere che chiedere a qualcuno di *se detegere* è contro la sua stessa natura, ma assurge a regola elementare dell'accertamento, irrinunciabile nel processo penale¹⁶⁵. La sua funzione epistemologica, cioè, precede quella garantistica.

¹⁶³ PATANE', *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Premessa, Giappichelli, 2006.

¹⁶⁴ La Corte di Cassazione, sul punto, sottolinea che «l'imputato, [...], anche se è il depositario della verità, non è tenuto a dichiararla. La reticenza o la menzogna dell'imputato non sono, nell'ordinamento vigente, suscettibili di effetti pregiudizievoli. Ed è questa una scelta di rilievo sistematico-storico-politico che dà l'avvio ad una visione del processo quale strumento di difesa delle libertà». Cass. Sez. I, Pravatà e altri, 24 novembre 1986.

¹⁶⁵ ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in Pol. e dir., 1999, p. 305. Per l'Autore «il diritto al silenzio di chi è chiamato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale è sicuramente un principio informatore del processo penale, che trova riscontro nel diritto dell'interessato di essere avvertito della facoltà di non rispondere e nella inutilizzabilità come prova delle dichiarazioni rese prima dell'avvertimento».

Il diritto al silenzio promana direttamente da alcuni principi fondamentali sanciti dalla Costituzione. Benché essa non lo menzioni mai espressamente, ormai da tempo la dottrina¹⁶⁶ lo ricollega alle garanzie derivanti, *in primis*, dall'articolo 24 Cost., che riconosce il diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento. Ancorché la disposizione non ne individui l'estensione e il contenuto, è indubbio che nel processo penale diritto di difesa significhi anzitutto diritto di autodifendersi¹⁶⁷ e di autodeterminarsi, quindi, al silenzio¹⁶⁸. In questi termini, il diritto di non rilasciare dichiarazioni sui fatti che sono oggetto dell'addebito è funzionale alla realizzazione del senso stesso del processo penale, che «deve servire [...] soprattutto all'imputato, alle sue ragioni e alla sua causa. Non è immaginabile una condotta processuale dell'imputato in termini di doverosità; non è concepibile - nonostante una diffusa mentalità operativa contraria (sorretta, per la verità, da una irrazionale legislazione di emergenza) - scolorire la distinzione tra imputato e testimoniaio»¹⁶⁹.

L'aggancio costituzionale comporta l'effetto di impedire una compressione del diritto in parola ad opera della legge ordinaria. Semmai, questa potrà derivare dal bilanciamento con altre norme di fonte superprimaria. Anche qui, però, è lo stesso testo costituzionale a dare un monito all'interprete: l'indicazione deriva dalle modalità con cui il legislatore costituente traspone il diritto di difesa nella norma, e cioè da quell'aggettivo («inviolabile») chiamato a specificarne la portata.

¹⁶⁶ Si veda, ad esempio, GREVI, *Diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, in Riv. Ita. dir. e proc. pen., f4, 1998. Secondo l'Autore «non c'è dubbio che quello relativo alla facoltà di non rispondere riconosciuta al soggetto interrogato sia un vero e proprio diritto, ricollegabile nel quadro costituzionale all'esplicazione del diritto di autodifesa, sotto il particolare profilo della non collaborazione (art. 24 comma 2 Cost.), e radicato nella presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 Cost.)». Nello stesso senso PALADIN, *Autoincriminazione e diritto di difesa*, in Giur. Cost., 1965.

¹⁶⁷ PATANE', *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, 2006, p. 86.

¹⁶⁸ Stesso approdo anche per la Corte Costituzionale. Si vedano, ad esempio, le sentt. 30 ottobre 1975, n. 236 e 30 novembre 1971, n. 190.

¹⁶⁹ Cass. Sez. I, 24 novembre 1986, Pravatà e altri.

All'interno della stessa Costituzione è possibile ricavare una sorta di gerarchia di valori nell'ambito della quale si suole individuare un «nucleo fondamentale non derogabile da altre norme della Costituzione»¹⁷⁰. In questo senso pare orientata la stessa giurisprudenza costituzionale. In una fondamentale sentenza del 1973¹⁷¹, ad esempio, la Corte riconosce la supremazia delle norme comunitarie sulla stessa Costituzione purché esse non contrastino con «i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale». Anche se solo implicitamente, dunque, nella pronuncia si attesta l'esistenza di alcune norme costituzionali più «importanti» di altre, non derogabili neppure ad opera dalla disciplina sovranazionale comunitaria, di cui pure si riconosce il primato su tutte le altre norme costituzionali. Similmente, e stavolta esplicitamente, in una pronuncia del 1971¹⁷² la Corte, discorrendo sullo *status* dell'articolo 3 fra le altre norme costituzionali, riconosce «la sussistenza (del resto valevole per ogni corpo di disposizioni coordinate in sistema) di un ordine che conduce a conferire preminenza ad alcune di esse rispetto ad altre».

In questo nucleo di norme «essenziali» rientra a pieno titolo il diritto di difesa, così come ogni altro diritto cui la Carta Costituzionale accordi la prerogativa dell'invulnerabilità, con l'effetto di «rendere incomprimibile tutt'intera la disciplina che li concerne»¹⁷³.

Ciò significa che il diritto di difesa, e con esso il diritto al silenzio, è destinato a prevalere anche a fronte di un bilanciamento con altri principi o garanzie, comunque sanciti dalla Costituzione, che tuttavia non assurgano al rango «supercostituzionale». Questa costatazione, come vedremo, ha un peso specifico

¹⁷⁰ CERRI, *Appunti sul concorso conflittuale di diverse norme della Costituzione*, in Giur. Cost. 1976, p. 279. Vedi anche MANCINI, *Commento all'art. 4*, in AA. VV., *Commentario alla Costituzione- Principi fondamentali*, a cura di BRANCA, Zanichelli, 1975, p. 276.

¹⁷¹ C. Cost., 27 dicembre 1973, n. 183.

¹⁷² C. Cost., 14 luglio 1971, n. 175.

¹⁷³ CERRI, *Appunti sul concorso conflittuale di diverse norme della Costituzione*, in Giur. Cost. 1976, p. 279.

nella problematica che si sta affrontando perché, se è vero che le esigenze legate all'accertamento dei fatti di reato non rientrano nel nucleo fondamentale di cui si è parlato poc'anzi, allora esse non hanno possibilità di prevalere in un ipotetico bilanciamento col diritto di difesa.

Sempre a proposito del rilievo costituzionale, è necessario osservare come l'impronta difensiva tipica del processo penale odierno e degli strumenti ad esso afferenti conduce all'individuazione dell'articolo 13 comma 4 Cost. quale ulteriore baluardo del diritto al silenzio, da intendersi anche come libertà morale dell'imputato di rifiutare qualsivoglia contributo proprio all'attività accertativa del reato¹⁷⁴. Occorre preliminarmente precisare che, benché l'articolo 13 comma 4 della Costituzione menzioni la libertà personale e non morale dell'individuo, tuttavia è a quest'ultima che la norma accorda tutela. La condizione di limitazione della libertà personale è semplice presupposto della tutela approntata dalla disposizione¹⁷⁵, precipuamente riferita alla libertà di autodeterminazione della persona sottoposta a una restrizione nella sua sfera fisica. Inoltre, ancorché la Costituzione non la menzioni mai espressamente, tuttavia «la libertà morale è un valore che aleggia in tutta la normativa costituzionale sulle libertà ed è vero che queste la rafforzano [...] perché (essa) costituisce il presupposto dal quale tutte le altre si dipartono e sono sovrastate»¹⁷⁶. La differenza tra la libertà morale e le altre libertà si coglie nel fatto che, anche a fronte della compressione delle seconde (si pensi alla disposizione di un fermo o all'adozione di una custodia cautelare), la prima si conserva, essendo questa espressione non dell'agire, ma dell'essere stesso dell'uomo¹⁷⁷. Da ciò si ricava che non è tollerabile alcuna

¹⁷⁴ In questo senso, PATANE', *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, 2006, p. 101. Di questo avviso anche DI BITONTO, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, in *Giur. di merito*, suppl. 07-08/2008.

¹⁷⁵ G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale (contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in AA. VV., *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, UTET, 1960, p. 1641.

¹⁷⁶ TAORMINA, *Narcoanalisi*, in *Enc. Dir.*, Vol XXVII, 1977.

¹⁷⁷ TAORMINA, *Narcoanalisi*, in *Enc. Dir.*, Vol XXVII, 1977.

forma di compressione della libertà morale, anche a costo di sacrificare le esigenze relative all'accertamento dei fatti di reato¹⁷⁸.

Da ultimo, il diritto al silenzio trova un preciso fondamento nella presunzione di non colpevolezza di cui all'articolo 27 comma 2 Cost.¹⁷⁹, dal momento che essa, ponendo in capo all'accusa l'onere della prova dei fatti sui quali verte l'addebito, esonera l'imputato da qualunque dovere di collaborazione. Egli non dovrebbe essere considerato alla stregua di una persona informata sui fatti, ma come un soggetto le cui dichiarazioni hanno prima di tutto finalità difensiva; cosicché non avrebbe senso pretendere il contributo conoscitivo di un supposto innocente e, dunque, di una persona che si presume essere all'oscuro di tutto¹⁸⁰. Dunque, «l'unica soluzione rispettosa della presunzione di non colpevolezza [...] è quella di escludere ogni obbligo di collaborazione a carico dell'interrogato e di vietare all'autorità procedente di coltivare anche solo un'aspettativa di collaborazione»¹⁸¹.

A livello sopranazionale, poi, le prerogative contro l'autoincriminazione trovano diretta protezione nel Patto internazionale sui diritti civili e politici all'articolo 14, par. 3 lett. g), in cui si attribuisce all'accusato il diritto «a non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole». Inoltre, ancorché non ve ne sia traccia nella relativa Convenzione, ormai da tempo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riconosce che tali garanzie hanno implicito ancoraggio nell'articolo 6 della Carta. In varie sentenze, infatti, essa ha avuto modo di sottolineare che le guarentigie del diritto al silenzio e del *privilege against self-incrimination* giacciono nel cuore della nozione di giusto processo¹⁸².

¹⁷⁸ AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in Riv. Proc. pen., 1974, p. 411.

¹⁷⁹ PATANE', *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, 2006, p. 107.

¹⁸⁰ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, 2004, p. 48.

¹⁸¹ Ancora, O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, 2004.

¹⁸² *Case Serves vs France* (82/1996/671/893) e *Case Murray vs United Kingdom* (Application no. 18731/91).

Di conseguenza, non è mancato chi ha sottolineato come l'ancoraggio alla normativa pattizia sovranazionale possa costituire un parametro di legittimità costituzionale della normativa italiana¹⁸³. In virtù dell'ultimo orientamento giurisprudenziale sul punto¹⁸⁴, infatti, la norma di diritto internazionale si interpone nel giudizio di legittimità costituzionale sulla norma interna condotto ai sensi dell'articolo 117 Cost., che impone che la potestà legislativa sia esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

Parlando della normativa sovranazionale, occorre tuttavia precisare che, da ultimo, il legislatore europeo si è mostrato piuttosto "scettico" sull'estensione al soggetto collettivo delle prerogative difensive generalmente riferite alla persona fisica nel processo penale.

Nel 2016 il Consiglio e il Parlamento europeo hanno adottato, nel contesto dell'articolo 82, par. 2, lett. b) TFUE e tramite direttiva, norme minime sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo.

L'intervento normativo si indirizza su più fronti, fra i quali spicca quello del diritto al silenzio dell'imputato. Cionondimeno, il campo di applicazione della direttiva in questione, la n. 343/2016, è limitato alle sole persone fisiche, mentre si lascia agli stati membri la libertà di individuare autonomamente l'estensione del diritto di difesa delle *legal persons*. Questa scelta, che alcuni hanno criticato come «un'opportunità mancata»¹⁸⁵, ha mostrato un certo *self-restraint* del legislatore europeo che, almeno ad oggi, non prende alcuna posizione sull'estensione dei diritti difensivi del soggetto collettivo nel procedimento penale.

¹⁸³ DI BITONTO, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, in Giur. di merito, suppl. 07-08/2008.

¹⁸⁴ Corte Costituzionale, sentt. 24 ottobre 2007, n. 348 e 349.

¹⁸⁵ LAMBERIGTS, *The directive on the presumption of innocence, a missed opportunity for legal persons?*, in *Eucrim*, 2016/1, p. 36.

Più che escludere che l'ente sia titolare di un diritto al silenzio, infatti, pare che con la direttiva *de qua* il legislatore europeo abbia semplicemente deciso di non esporsi su un tema abbastanza caldo, visto che molti degli stati membri hanno adottato solo recentemente una normativa in materia di responsabilità penale degli enti e che, con ogni probabilità, hanno appena iniziato ad affrontare, internamente, tematiche di questo tipo. Nello stesso preambolo della direttiva si legge che, allo stato attuale del diritto e della giurisprudenza nell'ambito degli stati membri e dell'Unione, legiferare sulla presunzione di innocenza relativamente ai soggetti collettivi appare «premature».

La posizione del legislatore europeo potrebbe apparire in controtendenza rispetto a quanto si è finora sostenuto e si sosterrà nell'elaborato, ma occorre riflettere su un punto per comprendere in che misura ciò sia solo parzialmente vero.

La scelta di non includere i soggetti collettivi nella direttiva si è imposta per l'opposizione del Consiglio, supportato dalla Commissione, alle richieste del Parlamento europeo, schierato, invece, per l'inclusione degli enti nell'ambito applicativo della direttiva stessa. Ciò è sintomatico dell'esistenza, anche in seno ad alcuni organi legislativi dell'Unione, della coscienza del problema e della volontà di risolverlo a favore dell'imputato. Volontà, questa, che finora non è stata esternata per il timore di un'azione prematura, ma che potrebbe avere la meglio in un prossimo futuro, anche perché, come si è visto, la direttiva non contiene una vera e propria presa di posizione sul punto, ma si limita a “rimbalzare” il problema agli stati membri.

Ciò premesso questione del diritto al silenzio, quando si tratta di enti, va affrontata anzitutto internamente.

Occorre sottolineare che la risposta all'interrogativo prima sollevato circa la legittimità della sua compressione con riferimento a un soggetto collettivo passa per altre preliminari questioni.

Dal momento che le prerogative che discendono dalle norme costituzionali summenzionate appartengono all'imputato in qualunque procedimento penale a suo carico, bisogna anzitutto stabilire se questa è la posizione del soggetto collettivo e del suo legale rappresentante laddove si proceda per l'accertamento della responsabilità derivante dal decreto legislativo 231 del 2001. In secondo luogo, occorre chiedersi se vi siano delle ipotesi in cui la limitazione del diritto al silenzio è conforme a Costituzione e, in caso positivo, quali siano.

Quanto al primo punto, le difficoltà derivano *in primis* dal problema della natura della responsabilità dell'ente. Si è già visto¹⁸⁶, tuttavia, come la soluzione preferibile sia quella della natura penale della responsabilità e come ciò comporti che anche l'ente sia detentore quanto meno dei diritti essenziali che la Costituzione riconosce all'imputato.

Quanto al secondo punto, questo si sostanzia nell'interrogativo se il soddisfacimento delle esigenze connesse all'accertamento degli illeciti possa giustificare una compressione del diritto di difesa.

Negli anni '70 un'autorevole dottrina¹⁸⁷ sostenne che, già dal 1969¹⁸⁸, al quesito se i diritti del soggetto sottoposto al procedimento penale cedessero dinanzi ai doveri connessi all'accertamento si dovesse dare risposta negativa. Ciò si evinceva e si evince ancora oggi da diversi indici: non solo dalla finalità della novella del 1969, che, riconoscendo al soggetto sottoposto all'interrogatorio il diritto di essere informato della facoltà di tacere, metteva in luce la funzione difensiva dell'atto; ma soprattutto dalla nostra Carta Costituzionale, i cui precetti, che hanno faticato in passato ad essere accolti nella loro massima

¹⁸⁶ Cap. 1, par. 3.

¹⁸⁷ GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972, p. 68, Per l'Autore l'obiettivo del legislatore del 1969 era quello di «subordinare il fine della ricerca della verità alle scelte autodifensive dell'imputato».

¹⁸⁸ Si tratta dell'anno in cui per la prima volta si sancì che l'imputato fosse preavvisato del diritto di rimanere in silenzio.

potenza espressiva a causa dei reflussi illiberali che ne disturbavano l'ascesa, trovano oggi terreno più fertile al garantismo.

Una conferma di quanto qui si sostiene è offerta dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza del 1998¹⁸⁹ nella quale si afferma che la compressione del diritto al silenzio rispetta i parametri costituzionali solo laddove non si sostanzia in una lesione del diritto di difesa, ossia solo laddove lo stesso *ius tacendi* sia positivamente garantito in maniera eccedente rispetto ai livelli necessari e sufficienti alla tutela del soggetto contro l'autoincriminazione. Al di fuori di questi casi, però, la funzione del processo penale «non può essere utilizzata per attenuare la tutela - piena e incoercibile - del diritto di difesa, coesistente allo stesso processo. Sono invece censurabili, sotto il profilo della ragionevolezza, soluzioni normative che, non necessarie per realizzare le garanzie della difesa, pregiudichino la funzione del processo».

In conclusione, alla luce delle argomentazioni svolte e della natura sostanzialmente penale della responsabilità dell'ente, interpretare l'articolo 44 del decreto alla stregua di una previsione effettivamente idonea a sottoporre l'imputato al rischio di autoincriminazione significa esporre la norma a probabili censure di incostituzionalità.

Ciò detto, perde di rilievo anche la questione, pure sollevata dagli interpreti, del contrasto tra l'articolo 44 e l'articolo 35 del decreto. Nella Relazione ministeriale al decreto si legge che, a ben vedere, l'equiparazione all'imputato è effettuata con riguardo all'ente, non al suo legale rappresentante, al quale, dunque, può ben essere negato il diritto al silenzio. Anche a non voler riconoscere che è inevitabile che le garanzie del rappresentato si estendano al rappresentante, essendo il primo un ente e non potendo l'ente agire se non per il tramite di una persona fisica¹⁹⁰,

¹⁸⁹ Corte Cost. 2 novembre 1998, n. 361.

¹⁹⁰ Sul punto, fra gli altri, FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002, p. 238.

la legittimità della presenza di una norma come l'articolo 44, comma 1, lett. b) del decreto nel nostro ordinamento va valutata tramite il raffronto con le norme costituzionali, prima ancora che con le altre norme del decreto. A prescindere, cioè, dal contrasto con l'articolo 35 del decreto, rimarrebbe la lesione del diritto al silenzio dell'imputato e quindi di tutte quelle norme costituzionali che ne costituiscono il baluardo.

Non resta, quindi, che tentare un percorso esegetico che consenta, da un lato, di riportare la disposizione entro i limiti di una compressione non irragionevole del diritto al silenzio e, dall'altro, di non frustrare la *littera legis* con interpretazioni che hanno come risultato la sostanziale abrogazione del precetto normativo. In dottrina si è proposto di bilanciare queste due contrapposte esigenze tramite il ricorso all'articolo 198 comma 2 c.p.p., che riconosce anche al testimone il diritto di tacere quando si debba scongiurare una sua autoincriminazione e che sarebbe compatibile, ai sensi dell'articolo 34 del decreto, nel procedimento a carico degli enti. All'interno di quest'ultimo la norma opererebbe su un duplice piano, ossia non solo per la tutela della posizione del rappresentante legale ma anche per quella dell'ente. Vale a dire, cioè, che il primo, oltre ad avere il diritto di tacere sui fatti dai quali potrebbe emergere una propria responsabilità penale, conserverebbe tale prerogativa anche sui fatti dai quali potrebbe emergere la responsabilità dell'ente¹⁹¹.

Questa esegesi è l'unica che consente di contemperare quelle opposte esigenze cui prima si faceva riferimento, anche se si espone a qualche nota critica per il fatto che nel procedimento a carico del soggetto collettivo è probabile che alla norma si faccia ricorso ogni qual volta debba essere sentito il rappresentante legale, visto che è verosimilmente prevedibile che egli sia a conoscenza di fatti

¹⁹¹ DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 83. La stessa soluzione è paventata da 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, CEDAM, 2002, p. 353.

potenzialmente incriminatori per l'ente. Si rischia, cioè, di trasformare l'articolo 198 comma 2 c.p.p. in una norma dall'applicazione generalizzata nel procedimento *de societate*, quando invece essa è stata pensata, in quello tradizionale, per essere applicata in casi del tutto marginali rispetto al consueto svolgimento del processo penale.

Queste osservazioni critiche si ridimensionano, però, se si tiene conto del fatto che il rappresentante cui si fa riferimento è quello che ha assunto l'incarico dopo la commissione del fatto di reato, visto che a quello del *tempus commissi delicti* è la stessa previsione normativa a riconoscere il diritto al silenzio. Dunque non è così scontato che il soggetto, che è intervenuto in un momento solo successivo alla commissione del reato e che presumibilmente nulla ha a che vedere con la vecchia gestione, sia a conoscenza di fatti che potrebbero incriminare l'ente rappresentato. Ma laddove così fosse, non si vede come lo si possa obbligare a incriminare il soggetto che rappresenta, e cioè lo stesso imputato.

A prescindere dalla soluzione che si decida di accogliere, comunque, non si può non constatare come il legislatore del 2001 intraveda nell'audizione del soggetto sottoposto al procedimento penale uno fra i tanti mezzi di ricerca della verità. Si deve rammentare, però, quanto ci è stato insegnato sul tema da un maestro del processo penale che già nel 1972, fiutando evidentemente l'avvento del sistema accusatorio, sottolineava come l'interrogatorio dell'imputato avesse subito una trasfigurazione e fosse passato dall'essere un mezzo di prova ad essere una mera fonte di prova¹⁹². Le proprie dichiarazioni dovrebbero rappresentare, cioè, per l'accusato di un reato uno strumento di autodifesa e non di collaborazione con l'Autorità.

¹⁹² GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972, p. 127 ss.

Non solo così non pare essere per l'ente-imputato, ma addirittura lo si vorrebbe asserragliare nell'obbligo di dire la verità, anche se per bocca del suo legale rappresentante.

Con il processo penale *de societate* il legislatore ha costruito uno strumento per fare emergere il più velocemente possibile la criminalità d'impresa, nonché per consentire il sollecito ripristino della legalità all'interno del soggetto collettivo; e probabilmente la natura non-umana dell'ente ha giocato un ruolo importante nella scelta di favorire l'accertamento del reato a discapito delle garanzie¹⁹³.

Si è in parte trascurata la centralità che il diritto di difesa assume nel processo penale, luogo dominato dal dubbio perché il giudizio non ha mai un risultato certo e il giudice non conosce mai la verità se non dopo il procedimento. Pertanto, «il pericolo è che il dubbio non gli sia presente, non che egli ne sia travagliato, ed il mezzo per proporgli il dubbio è il contraddittorio. [...] L'accusa deve essere bilanciata, e perciò integrata, dalla difesa»¹⁹⁴. Nel procedimento penale a carico dell'ente, prima ancora che il giudice, pare che il dubbio non abbia colto lo stesso legislatore, che, nell'intento di favorire la verifica dei reati e l'"eticizzazione" dell'operato delle imprese, omette di farsi custode anche della posizione dell'imputato, la qual cosa dovrebbe rappresentare l'aspirazione massima di ogni normativa processualpenalistica che si pretenda rispettosa del giusto processo.

¹⁹³ Viene da pensare, oltre all'art. 44, all'inversione dell'onere della prova che sembra paventata dall'articolo 6 del decreto in caso di reato commesso dagli apicali.

¹⁹⁴ BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Giuffrè, 1965, p. 184

Capitolo 4

Il regime delle prove diverse dalla testimonianza

4.1 Il ruolo della prova scientifica nel procedimento penale *de societate*. – 4.1.2 Le peculiarità del procedimento cautelare nel sistema del decreto legislativo 231/2001. – 4.1.3 Lo svolgimento della perizia nella fase cautelare alla luce delle peculiarità del procedimento cautelare *de societate*. - 4.2 Le intercettazioni. – 4.2.1 Nei procedimenti riuniti. – 4.2.2 Nei procedimenti separati. – 4.2.3 Profili problematici. – 4.3 La prova documentale. – 4.3.1 L'utilizzo dei verbali di prova e delle sentenze irrevocabili provenienti da altri procedimenti penali

4.1 Il ruolo della prova scientifica nel procedimento penale *de societate*

È opinione condivisa che nel processo penale *de societate* la prova tecnica assuma un rilievo peculiare e sia, talvolta, decisiva nelle determinazioni del giudice di merito. Questo dato dipende dal peculiare atteggiarsi dell'accertamento dell'illecito commesso dall'ente, che trova un suo fondamentale perno nella verifica di quella che, in letteratura, è definita "colpa organizzativa". La mancanza di una dimensione interiore riferibile al soggetto collettivo ha posto il legislatore del 2001 di fronte alla scelta di esimere il giudice dall'accertamento della colpevolezza del soggetto sottoposto al procedimento penale ovvero di declinare tale accertamento secondo un paradigma del tutto innovativo che valorizzasse autonomi profili di rimproverabilità dell'ente.

La scelta di intraprendere questa seconda, più impervia, strada, ha condotto il legislatore alla predisposizione un sistema che consente di escludere la sanzione penale in tutti i casi in cui l'ente si sia adeguatamente adoperato al fine di evitare

la commissione di un reato al suo interno. Al soggetto collettivo si richiede, dunque, di individuare, sulla base della peculiare attività svolta, i rischi connessi alla commissione degli illeciti da parte di soggetti “apicali” o “sottoposti” (art. 5 del decreto) e, successivamente, procedure che siano idonee alla riduzione del cd “rischio reato”.

Questa complessa attività di auto-normazione converge nel Modello Organizzativo, il quale indica le misure adottate al fine di prevenire la commissione di illeciti nel soggetto collettivo. Gli articoli 6 e 7 del decreto, seppure con alcune non trascurabili differenze, prospettano la possibilità di sottrarsi alla sanzione penale allorquando, anzitutto, il modello sia idoneo alle suddette finalità prevenzionistiche.

Queste considerazioni contribuiscono a spiegare il motivo del massiccio ricorso allo strumento della perizia da parte dei giudici di merito. La valutazione sull’idoneità del modello di prevenzione può richiedere il possesso di competenze tecniche in campo aziendalistico che il giudice, normalmente, non possiede.

Vista l’importanza dell’apporto del perito, che interviene su un elemento centrale della fattispecie di illecito amministrativo, e vista la maggiore frequenza dei casi in cui si rende necessario il suo contributo rispetto ai procedimenti penali tradizionali, ben si comprendono le preoccupazioni relative a un possibile sconfinamento dell’operato del perito nelle competenze del giudice.

A questo quadro complessivo si aggiunga l’assenza di meccanismi di convalida *ex ante* del modello da parte di apposite autorità. Quest’ultimo, dunque, incontra il suo primo, ed unico, banco di prova nella sede giurisdizionale, nella quale il giudice non è coadiuvato, nelle sue valutazioni, da altri strumenti che non siano la sua personale, e generalmente insufficiente, competenza e quella di un perito. Con ciò non si vuole sostenere che il ricorso alla perizia da parte del giudice sia

sempre indispensabile. L'articolo 220 c.p.p. limita l'utilizzo dello strumento ai casi in cui sia necessario svolgere indagini ovvero acquisire dati o valutazioni che richiedono competenze tecniche, scientifiche o artistiche. Se da un lato è probabile che all'interno di un modello si raggiunga in certi punti una complessità tale da richiedere l'ausilio di un esperto, dall'altro è altrettanto probabile che vi siano degli aspetti che il giudice può valutare autonomamente. Pertanto pare potersi ritenere che il giudice possa ben affidare al perito, ad esempio, l'analisi di procedure finanziarie che risultino particolarmente complesse, mentre dovrebbe effettuare un percorso valutativo autonomo laddove si tratti di procedure la cui cognizione non sia fuori dalla sua portata. Da questo punto di vista, potrebbe nutrirsi qualche dubbio sulla conformità all'articolo 220 c.p.p. della prassi di incaricare il perito valutazione del modello *tout court*, senza cioè procedere alla selezione dei soli aspetti che il giudice non è in grado di valutare da solo.

Il vero terreno di scontro in questo campo è rappresentato, comunque, da un tema tanto complesso quanto sottovalutato. Nella prassi giudiziaria si registra l'uso "disinvolto" della perizia in una fase nella quale si dubita fortemente della sua praticabilità, ossia quella del procedimento cautelare che, come vuole il decreto, si svolge nelle forme del rito camerale (articolo 127 c.p.p.). In letteratura si è più volte sottolineata l'irritualità di tale *modus operandi*, che vede lo svolgimento di un'attività istruttoria fuori dai casi in cui questa è espressamente consentita.

La Suprema Corte non ha mai avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità di tale operazione nel procedimento *de societate* e ciò, oltre a rendere assai tortuoso qualsiasi percorso esegetico si voglia intraprendere sul punto, tradisce un certo lassismo non solo dei giudici, ma delle parti stesse. L'immagine che questa generale condizione di incertezza (protrattasi dal 2001 fino ad oggi) restituisce all'interprete è quella di un sistema in cui i vari attori accettano di buon grado il

ricorso a una pratica controversa ma che, nella maggior parte dei casi, si risolve a beneficio di tutte le parti in quanto consente una maggiore ponderatezza della decisione del giudice.

4.1.2 Le peculiarità del procedimento cautelare nel sistema del decreto legislativo 231/2001

Il procedimento cautelare *de societate* è, per molti aspetti, assolutamente originale rispetto a quello che il codice di rito ha delineato per le persone fisiche. Più in generale, è la stessa fase delle indagini preliminari, nella quale si colloca più frequentemente il procedimento cautelare, ad avere una fisionomia sua propria, nella quale la tendenza del legislatore alla creazione di un sistema processuale calibrato sulle specifiche esigenze di repressione della criminalità d'impresa si manifesta più chiaramente.

L'articolo 56 del decreto, rubricato «termine per l'accertamento dell'illecito amministrativo nelle indagini preliminari», per ben tre volte utilizza l'espressione «accertamento». Una svista che pare tradire l'assoluta centralità della fase delle indagini. È questo il segmento procedimentale in cui, generalmente, si “gioca la partita” sulla responsabilità dell'ente¹⁹⁵. Non a caso la maggior parte dei procedimenti si risolve, dopo lo svolgimento delle indagini, nell'accesso a un rito speciale.

Se letto in relazione all'articolo 47 del decreto, il termine «accertamento» presente nell'articolo 56 svela all'interprete il senso del suo utilizzo in una norma nella quale ad essere regolata è una fase, quella delle indagini, in cui ci si

¹⁹⁵ DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010, p. 594. Secondo l'Autrice, «la ricognizione dei presupposti della responsabilità dipendente da reato può ben essere effettuata già nel corso delle indagini preliminari, in esito al procedimento applicativo delle misure cautelari, che [...] prevede la partecipazione in contraddittorio dell'ente».

dovrebbe limitare alla raccolta di elementi finalizzati alla determinazione in ordine alla opportunità di esercitare l'azione penale.

Per il procedimento cautelare *de societate* il legislatore ha architettato un sistema di contraddittorio anticipato. I commi 2 e 3 dell'articolo 47 del decreto prevedono che, una volta presentata la richiesta di applicazione della misura da parte del pubblico ministero, il giudice fissi un'udienza per la discussione sull'adozione della stessa, da svolgersi nelle forme del rito camerale (art. 127 c.p.p.). Il contraddittorio, quindi, precede la decisione del giudice di concedere o negare la misura, a differenza di quanto accade nel procedimento tradizionale. Ciò si spiega sulla base di molteplici rilievi.

Anzitutto, l'assenza del pericolo di fuga spiega la possibilità di porre l'indagato nella posizione di svolgere un contraddittorio rispetto all'accusa che precede l'adozione della misura stessa pur senza vanificarla. In sostanza, non è necessario il cosiddetto "effetto a sorpresa". In effetti, la posticipazione dell'esercizio del diritto di difesa è legittima solo in quanto siano da salvaguardare altre fondamentali esigenze anche di carattere processuale¹⁹⁶.

Stando all'articolo 45 del decreto, la misura cautelare può essere adottata quando, sussistendo gravi indizi di responsabilità dell'ente, fondati e specifici elementi facciano ritenere l'esistenza di un pericolo concreto che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per il quale si procede. L'unica esigenza cautelare manifestata dal decreto, dunque, è quella relativa alla prevenzione di nuovi illeciti. Mentre eventuali esigenze relative al pericolo per l'acquisizione della prova potranno soddisfarsi tramite il ricorso alle misure cautelari reali¹⁹⁷. La cautela perde quindi i suoi usuali connotati di strumentalità

¹⁹⁶ GREVI, *Garanzie difensive e misure cautelari personali*, in AA. VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Giuffrè, 1997, p. 93.

¹⁹⁷ FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti, a cura di LATTANZI*, Giuffrè, 2010, p. 547.

rispetto al processo e si traduce in una misura di carattere spiccatamente preventivo¹⁹⁸.

La valutazione circa il pericolo di reiterazione dell'illecito passa necessariamente attraverso l'analisi dell'assetto organizzativo dell'ente e dell'effettivo funzionamento, al suo interno, delle misure adottate per la prevenzione dei reati. Si spiega anche in questo modo il ricorso al contraddittorio anticipato, non solo possibile in virtù della particolare natura del soggetto collettivo, ma auspicabile in vista dell'accertamento da svolgere, che richiede, ovviamente, l'acquisizione del modello organizzativo dell'ente e in generale di qualunque elemento che documenti l'assetto prevenzionistico del soggetto collettivo. Si è così sottolineato che nell'udienza di cui all'articolo 47 del decreto si manifesta una sorta di momento collaborativo dell'ente nei confronti dell'autorità procedente¹⁹⁹. Il suo apporto sarebbe indispensabile per svolgere le valutazioni richieste dal decreto non solo quanto all'esistenza degli elementi richiesti dall'articolo 45, ma anche con riferimento ad esigenze eccentriche rispetto a quella cautelare, quale quella di nominare un commissario giudiziale o di procedere alla sospensione della misura.

Al contempo, esso si traduce in un prezioso strumento difensivo. La misura cautelare è applicata solo nell'ipotesi in cui, all'esito dell'udienza di cui all'articolo 47 del decreto, risulti che i moduli organizzativi dell'ente siano insoddisfacenti per la prevenzione di nuovi reati della stessa indole.

Peraltro, nell'ambito della medesima udienza²⁰⁰, l'ente può chiedere, ex art. 49 del decreto, la sospensione del procedimento finalizzata all'adozione delle

¹⁹⁸ FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 529.

¹⁹⁹ FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 544. L'Autore, ad ogni modo, precisa che il giudice non potrà cogliere alcuna valutazione negativa dalla mancata collaborazione dell'ente.

²⁰⁰ FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 556. Vedi anche G.i.p. Trib. Milano, 5 maggio 2004, Siemens.

necessarie misure prevenzionistiche, la quale, in caso di esito positivo, preclude non solo l'applicazione della misura cautelare, ma anche delle sanzioni interdittive. Emerge con forza la potenza espansiva degli effetti di tale procedimento, che possono estendersi fino a condizionare l'applicazione della pena.

In questo peculiare sistema, il contraddittorio anticipato consente il dispiegarsi dei diritti difensivi in una fase che, sostanzialmente, anticipa la decisione finale²⁰¹. Le posizioni dell'accusa e della difesa ritrovano, rispetto al procedimento cautelare classico, l'equilibrio e la parità. D'altronde, è la stessa tipologia dell'accertamento che si svolge in questa sede a imporre queste scadenze. Oltre a richiedere il riscontro dei gravi indizi di responsabilità dell'ente, l'articolo 45 del decreto impone al giudice di verificare il pericolo di reiterazione del reato. Tale ultima verifica, in assenza di un contraddittorio sul punto, risulterebbe probabilmente approssimativa. Effetto, questo, che può essere evitato senza che il contraddittorio stesso mini l'efficacia della misura.

Risulta più facile a questo punto cogliere il senso del triplice richiamo dell'articolo 56 al termine «accertamento». Nella fase delle indagini preliminari, il procedimento penale *de societate* si atteggia come sostanzialmente anticipatorio del successivo accertamento. Della ideale suddivisione delle fasi introdotta dal codice di rito del 1988 si conserva forse la forma ma, probabilmente, non la sostanza e ciò si coglie anche nell'individuazione delle misure applicabili. L'articolo 45 prescrive l'applicazione, quale misura cautelare, di una delle sanzioni interdittive previste dall'articolo 9 del decreto. Si verifica una sorta di anticipazione della pena nella fase cautelare. Non ci si può esimere dal chiedersi se tale operazione sia conforme ai principi

²⁰¹ FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 504.

costituzionali e, in particolare, all'articolo 27 comma 2 Cost., che prescrive al giudice (e al legislatore) di non anticipare la pena a un momento precedente all'emanazione della condanna definitiva.

È vero che l'applicazione della misura mantiene il carattere di provvisorietà tipico del "momento" cautelare, ma è altrettanto vero che il suo contenuto è sostanzialmente identico a quello della pena, con tutto quello che ciò comporta in termini di conseguenze, ovviamente negative, per l'ente. Ad ogni modo, l'applicazione in fase cautelare di una misura potenzialmente "distruttiva" per il soggetto collettivo, quale potrebbe essere, ad esempio, quella dell'interdizione dall'esercizio dell'attività, risulta soluzione meno "odiosa" se si considera l'anticipazione del contraddittorio fra le parti e quindi la possibilità di una decisione giudiziale più ponderata. Se si considera, in sostanza, che all'anticipazione della pena si accompagna un'"anticipazione" dell'accertamento normalmente riservato alla fase di merito.

4.1.3 Lo svolgimento della perizia nella fase cautelare alla luce delle peculiarità del procedimento cautelare *de societate*

La dottrina²⁰² ha aspramente criticato il ricorso allo strumento della perizia da parte del giudice nel corso del procedimento cautelare che, come anticipato, si svolge nei modi previsti dall'articolo 127 c.p.p., ossia con il rito camerale. La prassi sarebbe non conforme all'articolo 127, che non menziona la possibilità di svolgere alcuna attività istruttoria, la quale sarebbe contraria all'essenza stessa del rito camerale, alla sua informalità e speditezza. Si ritiene, di conseguenza, che il contraddittorio debba svolgersi tramite il deposito, ad opera delle parti, di

²⁰² Vedi, ad esempio, FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 543.

elementi precostituiti, oltre che naturalmente tramite la dialettica contrapposizione delle posizioni di accusa e difesa nell'ambito dell'udienza. Al più, si potrebbe procedere all'acquisizione di prove costituende tramite incidente probatorio ex art. 392 c.p.p.²⁰³

Da un punto di vista formale, e con particolare riferimento ai riti camerale *de libertate*, si è comunemente ritenuto che lo svolgimento di un'attività istruttoria dia luogo ad un contraddittorio per la prova, abnorme rispetto al procedimento e privo di riscontri normativi²⁰⁴. Fanno eccezione, ovviamente, le ipotesi di espressa previsione normativa, riguardanti, per esempio, l'incidente probatorio ex art. 392 c.p.p. o la rinnovazione dell'istruttoria in appello ex art. 599 c.p.p. In questi casi, fra l'altro, il meccanismo camerale subisce dei correttivi in virtù della specifica attività da esplicare, e al contraddittorio eventuale previsto in via generale dall'articolo 127 c.p.p. (le parti sono sentite «se compaiono») si sostituisce un contraddittorio necessario.

Nello svolgimento dell'attività istruttoria risiede la *ratio* della necessaria presenza delle parti, di talché la prima non può svolgersi senza la seconda²⁰⁵. Non può non notarsi come l'articolo 45 del decreto si limiti a richiamare il rito di cui all'articolo 127 c.p.p. senza apportare alcuna specificazione. Il fatto che il rito si svolga con la presenza solo eventuale delle parti, e dunque in un contraddittorio "monco", potrebbe considerarsi un ulteriore elemento a riprova della non praticabilità di un'attività istruttoria.

Da un punto di vista sostanziale, poi, l'esclusione della praticabilità della perizia trova un forte argomento nella necessità di evitare che la cognizione, necessariamente sommaria, del procedimento cautelare possa pregiudicare la

²⁰³ BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 625.

²⁰⁴ DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerale*, Giuffrè, 1994, p. 377.

²⁰⁵ DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerale*, Giuffrè, 1994, p. 220.

successiva fase del giudizio, mettendo così a rischio la tenuta del principio di autonomia delle fasi. Il giudizio di merito, che potrebbe eventualmente aprirsi a seguito delle indagini preliminari, dovrebbe essere impermeabile rispetto agli elementi acquisiti nella fase precedente. Tale principio vale a maggior ragione quando si sia svolto un procedimento cautelare e il giudice per le indagini preliminari abbia ritenuto l'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza di cui all'articolo 273 c.p.p., dal momento che il provvedimento con il quale si è disposta l'applicazione di una misura cautelare confluisce, ai sensi dell'articolo 432 c.p.p., nel fascicolo per il dibattimento.

È questo un problema che riguarda, invero, ogni procedimento penale e che è stato affrontato con una importante pronuncia²⁰⁶ delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la quale ha precisato che gli effetti della cognizione svoltasi nel procedimento *de libertate* rimangono confinati nell'ambito del procedimento incidentale, non potendo gli elementi indiziari acquisiti incidere sulle successive valutazioni sul rinvio a giudizio né, tanto meno, sulla cognizione del giudice del dibattimento.

Nel procedimento *de societate* il problema desta preoccupazioni ulteriori. Pur ammettendo la possibilità di disporre la perizia sul modello, ci si dovrebbe assicurare che questa non condizioni la successiva cognizione del giudice dibattimentale, il quale potrebbe sì disporre una nuova perizia, ma ciò non gli impedirebbe di trarre una qualche influenza da quella svoltasi in precedenza nell'ambito di un'udienza che, fra l'altro, vede il contraddittorio, almeno eventuale, delle parti. Queste possibili suggestioni, inoltre, verrebbero a ricadere non su un qualsiasi strumento di acquisizione probatoria, ma sulla perizia che, come si è visto, tende ad assumere un ruolo particolarmente rilevante nel

²⁰⁶ SS.UU., 12 ottobre 1993, in Cass. pen., 1994, p. 283.

procedimento *de societate* e a divenire una fonte essenziale di informazioni per il giudice.

Occorre sottolineare un ultimo possibile effetto distorsivo. L'adozione della perizia nel procedimento cautelare contribuirebbe ulteriormente a connotare come quasi-giurisdizionale una fase nella quale mancano i presidi tipici del dibattimento e, in particolare, quello della formazione della prova nel contraddittorio delle parti. Esiste, dunque, il rischio che il giudice proceda all'acquisizione della perizia al di fuori non solo dei casi, ma anche dei modi previsti dalla legge. Le parti potrebbero non essere messe nelle condizioni di contribuire alla formazione della prova nei modi previsti dagli articoli 220 ss. del codice di rito. D'altronde, solo nella fase del dibattimento il contraddittorio vede la sua massima espansione. Al di fuori di questo, esso tende a rarefarsi²⁰⁷. Quanto al quadro giurisprudenziale, esso è frammentario e, in parte, contraddittorio.

La legittimità del ricorso alla perizia è in genere motivata dai giudici di merito tramite il richiamo a una sentenza, ormai non molto recente, della Corte di Cassazione. Nella pronuncia²⁰⁸ si afferma il principio di diritto secondo il quale il procedimento camerale, vista la sua struttura scarsamente formale, ammette l'acquisizione di prove, anche d'ufficio e senza l'osservanza dei principi espressi dall'articolo 190 c.p.p., col solo limite del rispetto della libertà morale e delle garanzie del contraddittorio. La sentenza pare aprire alla possibilità di uno svolgimento dell'istruttoria fuori dalle ipotesi nelle quali essa è espressamente prevista, confutando l'opposto orientamento che costituiva, e invero costituisce ancora oggi, acquisizione pressoché pacifica quanto meno nel panorama dottrinale. La pronuncia, tuttavia, è rimasta isolata, probabilmente a causa del

²⁰⁷ DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Giuffrè, 1994, p. 227.

²⁰⁸ Sez. I, 27 aprile 1995, n. 2510.

suo contenuto fortemente innovativo non accompagnato da un apparato motivazionale sufficientemente nutrito. Solo nel 2004 la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, riprende il filo del discorso iniziato anni prima collocandosi, però, su una posizione nettamente opposta²⁰⁹. Invero, sulla questione dello svolgimento dell'istruttoria nel rito camerale la Corte si pronuncia solo "incidentalmente". Il quesito rivolto alle Sezioni Unite riguardava, infatti, la possibilità, nel procedimento d'appello contro l'ordinanza cautelare, di acquisire elementi probatori sopravvenuti rispetto al provvedimento impugnato. Nell'individuare le caratteristiche del rito camerale, la pronuncia, senza alcun accenno alla giurisprudenza precedente, precisa che trattasi di un rito in cui il materiale argomentativo su cui fondare la decisione deve essere addotto *ab externo* dalle parti e senza la possibilità di procedere all'acquisizione di prove costituende. Al di fuori delle ipotesi «eccezionali» nelle quali è prevista un'attività di integrazione probatoria, è consentito alle parti solo di produrre memorie e presentare documentazione precostituita rispetto all'udienza.

Da ultimo, occorre segnalare una sentenza²¹⁰ del 2015 con cui la Corte di Cassazione ha affrontato la problematica relativa al possibile svolgimento dell'attività istruttoria nel corso del procedimento camerale di esecuzione finalizzato all'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato di cui all'articolo 671 c.p.p. Secondo la Corte, la struttura del procedimento camerale di esecuzione di cui all'articolo 666 c.p.p. (applicabile nel caso di specie ancorché non richiamato dall'articolo 671 c.p.p.) consente, per la sua estrema informalità, l'attribuzione dal giudice di poteri istruttori. Unici limiti, come nella sentenza del 1995, la libertà morale e il rispetto del contraddittorio.

²⁰⁹ SS. UU., 31 marzo 2004, n. 18339.

²¹⁰ Sez. I, 9 gennaio 2015, n. 17020.

La pronuncia, che richiama espressamente quella del 1995, sembra condividere con quest'ultima, se non le premesse, la soluzione finale. Pare si raccolga e si rinvigorisca, così, quell'orientamento che, dopo la sentenza del '95, pareva essersi risolto nel nulla. A un'analisi più approfondita, tuttavia, la conclusione appare affrettata.

Nonostante il richiamo esplicito alla veterana pronuncia degli anni '90, il substrato normativo sotteso alle due sentenze è molto diverso. L'articolo 666 c.p.p., a differenza dell'articolo 127, contiene una spia dell'esperibilità di un'attività istruttoria: il comma 5 della norma prevede espressamente che, laddove debbano raccogliersi delle prove, il giudice procede in udienza nel rispetto del contraddittorio.

In definitiva, l'attuale assetto normativo e giurisprudenziale sembra escludere la praticabilità di un ricorso alla perizia nel procedimento cautelare *de societate*, nonostante la contraria e diffusa prassi fatta propria dai giudici di merito.

Qualche spazio applicativo potrebbe residuare con riferimento al disposto dell'articolo 299 comma 4-ter c.p.p., che prevede, in materia di revoca o sostituzione della misura cautelare precedentemente applicata, che il giudice, laddove si trovi nell'impossibilità di decidere allo stato degli atti, possa disporre accertamenti sulle «condizioni di salute o su altre condizioni o qualità personali dell'imputato». La norma potrebbe legittimare il ricorso alla perizia quanto meno nell'ambito del procedimento per la revoca o sostituzione della misura, laddove si ritenga che nella formula delimitativa degli accertamenti esperibili ivi contenuta rientrino le valutazioni da compiere circa l'assetto organizzativo interno dell'ente finalizzato alla prevenzione dei reati. Si tratterebbe, comunque, di un risultato anomalo, vista la difficoltà di spiegare l'asimmetria che si verrebbe a generare tra la fase precedente e quella successiva all'adozione della misura. Fra l'altro, la soluzione appare non lineare rispetto alle scelte legislative

riguardanti il procedimento cautelare *de societate*, in particolare con riferimento a quella di anticipazione del contraddittorio. Sembrerebbe più logico ritenere che laddove un'attività istruttoria possa svolgersi, questa si debba svolgere già in sede di prima applicazione della misura.

Ad ogni modo, per l'esclusione dell'esperibilità della perizia in questa fase parteggia la dottrina maggioritaria²¹¹, nell'ambito della quale si è, fra l'altro, evidenziato che l'assenza di uno spazio istruttorio non reca necessariamente pregiudizio all'imputato, vista la possibilità di ricorrere alle indagini difensive²¹². In realtà, non mancano orientamenti di senso opposto, volti ad avallare la prassi di ricorrere alla perizia nell'udienza camerale quanto meno nei casi più complessi²¹³.

In effetti, la mancata attribuzione di poteri istruttori al giudice nell'incidente cautelare a carico dell'ente desta qualche perplessità in quanto potrebbe generare degli squilibri non colmabili tramite il semplice ricorso alle indagini difensive. Da un lato, è lo stesso legislatore che ha dato vita a un sistema processuale che, per sua natura, tende a spostare il fulcro del procedimento dalla fase del giudizio a quella delle indagini. Se così è, l'anticipazione dei poteri istruttori sarebbe quanto meno una “pratica *in bonam partem*”, in quanto favorirebbe la ponderatezza di una decisione che può avere pesanti ricadute sul soggetto collettivo. La possibilità di applicare in via cautelare le sanzioni interdittive troverebbe un contrappeso nelle maggiori capacità cognitive del giudice, soprattutto se si tiene conto del fatto che, a seguito delle indagini, si registra una

²¹¹ VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012, p. 2003. Vedi anche PERONI, *Il sistema delle cautele*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002, p.257 e FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 543.

²¹² FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 543.

²¹³ L. MORELLI, *Il sistema cautelare: vicende evolutive. Cautele reali*, in AA. VV., *Il processo penale de societate*, a cura di BERNASCONI, Giuffrè, 2006, p.178.

preponderanza dei riti speciali rispetto a quello ordinario²¹⁴, dunque anche nella successiva fase processuale l'accertamento tende a non essere pieno.

Quanto alle possibili ricadute sulla cognizione del giudice del dibattimento, si tratta, come anticipato, di un problema che riguarda ogni procedimento penale nel quale sia adottata una misura cautelare, indipendentemente dal fatto che si sia svolta un'attività istruttoria. Il principio di separazione delle fasi richiede che il giudice dibattimentale sia, di regola, *tabula rasa* rispetto alle valutazioni svolte nel corso delle indagini e ai materiali ivi acquisiti. Per il rispetto di tale principio, però, non sembra necessaria né sufficiente la limitazione dei poteri cognitivi del giudice delle indagini anche in casi assolutamente peculiari come quello del procedimento a carico dell'ente. Come sempre deve farsi affidamento sulla correttezza dei percorsi valutativi del giudice del dibattimento, comunque sindacabili grazie alla costante e fondamentale presenza della motivazione.

In questo modo, anche la perizia svolta nel procedimento cautelare potrebbe rimanere nel perimetro suo proprio, quello degli atti di indagine, non incidendo sulla cognizione del giudice dibattimentale e, al contempo, fornendo al giudice per le indagini preliminari le conoscenze adeguate all'apprezzamento di una regiudicanda squisitamente tecnica.

4.2 Le intercettazioni

Nel procedimento penale *de societate*, la disciplina delle indagini preliminari ricalca in buona misura quella prevista per la persona fisica dal codice di rito, tanto quanto agli organi, tanto quanto alle attività svolte²¹⁵. Alcuni contrasti

²¹⁴ DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 593.

²¹⁵ DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 595.

interpretativi si sono evidenziati con riferimento a specifici istituti e, in particolare, a quello delle intercettazioni.

Il decreto non prevede in merito alcuna specifica disciplina e ciò ha portato a sviluppi esegetici talora nettamente opposti. Tali divergenze scaturiscono, probabilmente, dalla delicatezza del tema che ci si attinge a trattare, attestata dalla normativa costituzionale (art. 15 Cost.) che definisce come inviolabili la libertà, e quindi la segretezza²¹⁶, delle comunicazioni. Rispetto agli altri mezzi di ricerca della prova, d'altronde, il codice di rito appresta delle garanzie rafforzate. A differenza di quanto si prevede in materia di ispezioni (art. 244 c.p.p.) e perquisizioni (art. 247 c.p.p.), che possono essere disposte per qualunque tipo di reato, all'attività di intercettazione può procedersi solo in presenza di alcuni presupposti cumulativi. Anzitutto, è necessario che il procedimento riguardi i reati indicati negli articoli 266 e 266-bis c.p.p. Si tratta o di reati particolarmente gravi ovvero di reati per i quali l'attività captativa risulta generalmente essenziale per l'accertamento della responsabilità penale. In secondo luogo, è necessario che vi siano gravi indizi di reato e che l'intercettazione sia assolutamente indispensabile alla prosecuzione delle indagini. Tali presupposti dovranno essere presenti anche nell'eventuale procedimento *de societate*, laddove si ritenga che l'attività di captazione delle comunicazioni nei confronti dell'ente non sia preclusa.

Come si è anticipato, infatti, si sono riscontrati orientamenti nettamente opposti. Secondo alcuni autori²¹⁷, l'utilizzo di tale mezzo di ricerca della prova sarebbe incompatibile con il procedimento penale a carico del soggetto collettivo in

²¹⁶ DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 18. Secondo l'Autrice, «se non fosse tutelata la segretezza delle comunicazioni, ne risulterebbe compromessa anche la loro libertà, visto che nessuno parlerebbe più liberamente se sapesse che quanto riferito riservatamente ai suoi interlocutori risulta destinato ad una divulgazione indiscriminata».

²¹⁷ BASSI, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 562.

quanto gli illeciti amministrativi sarebbero esclusi dal novero dei «reati» indicati dall'articolo 266 c.p.p. L'esclusione deriverebbe quindi da un dato di carattere formale, ossia dalla non assimilabilità degli illeciti amministrativi individuati dal decreto ai reati in generale. Medesimo sarebbe l'epilogo, e medesima la motivazione, con riferimento all'applicabilità dell'articolo 270 c.p.p., da escludersi sulla base della constatazione per cui la norma fa riferimento ai «delitti» per i quali si prevede l'arresto obbligatorio in flagranza.

Da un punto di vista sostanziale, più che terminologico, il mancato superamento del vaglio di compatibilità richiesto dall'articolo 34 del decreto si giustificerebbe sulla base della distinzione che lo stesso legislatore ha scelto di effettuare individuando nell'illecito dell'ente una fattispecie autonoma rispetto a quella integrata dalla persona fisica, essendo la seconda soltanto presupposto della prima, la quale si arricchisce poi di elementi ulteriori quali la colpa organizzativa e la sussistenza dell'interesse o del vantaggio che l'ente trae dalla commissione del reato.

A questo orientamento, certamente teso a esaltare l'importanza del valore costituzionale della segretezza delle comunicazioni e a circoscriverne quindi la compressione soltanto ai casi espressamente previsti dalla legge ai sensi dell'articolo 15 Cost., se ne è contrapposto un altro secondo il quale, purché si proceda per uno dei reati previsti dall'articolo 266 c.p.p., non vi è ragione per distinguere tra il procedimento a carico dell'ente e quello a carico della persona fisica, in quanto comunque si è in presenza di procedimenti relativi a reati per i quali l'attività di captazione delle comunicazioni non è preclusa²¹⁸. D'altronde, oltre ad essersi già più volte sottolineato come l'illecito amministrativo sia,

²¹⁸ DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 595.

almeno sostanzialmente, un reato, questa lettura sembra confermata anche dalla più recente giurisprudenza sul tema.

Si è giunti al punto di affermare la legittimità dell'utilizzo dei risultati dell'intercettazione svoltesi in un procedimento penale nella sede civile, a ciò non ostando l'articolo 270 c.p.p., norma che giustifica il sacrificio della ricerca della verità materiale con riferimento al solo procedimento penale, caratterizzato da regole più stringenti in materia probatoria²¹⁹. Invero, la sentenza investe un profilo (quello relativo all'utilizzo delle intercettazioni in un procedimento distinto) diverso rispetto a quello trattato in questa sede, che riguarda piuttosto la stessa possibilità di ricorrere alle intercettazioni. Nonostante ciò, tuttavia, la pronuncia si inquadra in un solco giurisprudenziale, non sempre esente da critiche, di graduale apertura, teso alla valorizzazione dello strumento previsto dall'articolo 266 c.p.p. e alla progressiva espansione della sua utilizzabilità²²⁰.

Anche alla luce di questi recenti risvolti, pare potersi sostenere che anche per gli illeciti amministrativi sia praticabile una attività di captazione delle comunicazioni. Laddove non lo si volesse ammettere, la giurisprudenza avrebbe comunque la facoltà di ritenere che i risultati delle intercettazioni svolte a carico della persona fisica siano utilizzabili contro l'ente tanto nel caso di riunione, quanto nel caso di separazione dei procedimenti, visti gli ultimi orientamenti riguardanti l'articolo 270 c.p.p. e, in generale, le linee guida, piuttosto "largheggianti", che la stessa Corte di Cassazione offre agli interpreti nella materia *de qua*²²¹. La giurisprudenza di legittimità, infatti, si è orientata addirittura a ritenere l'indiscriminata utilizzabilità delle intercettazioni all'interno di un medesimo procedimento a prescindere dal fatto che tutti i reati

²¹⁹ SS. UU. Civili, 12 febbraio 2013, n. 3271.

²²⁰ Si vedano, ad esempio, SS. UU., 26 giugno 2014, n. 32697, in materia di intercettazioni costituenti corpo del reato.

²²¹ Sez. VI, 14 giugno 2011, n. 34735.

in esso trattati rientrano fra quelli indicati dall'articolo 266 c.p.p., vista l'esigenza di una valutazione unitaria, coerente e complessiva del materiale legittimamente acquisito all'interno processo. Ciò considerato, non pare che possa efficacemente sostenersi che un tale orientamento possa trovare una causa di contenimento in un elemento meramente formale, come quello del *nomen iuris* attribuito all'illecito. E allora si genererebbe l'inspiegabile incongruenza di ritenere utilizzabili nei confronti dell'ente le intercettazioni disposte nei confronti della persona fisica, ma non quelle disposte nei confronti dello stesso soggetto collettivo.

4.2.1 Nei procedimenti riuniti

Laddove l'accertamento del reato presupposto e dell'illecito amministrativo si svolgano nella medesima sede procedimentale²²², il pubblico ministero, ai sensi dell'articolo 267 c.p.p., potrà richiedere al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione allo svolgimento delle intercettazioni tanto nei confronti dell'ente, quanto nei confronti della persona fisica. Si è sottolineato, ad ogni modo, che l'organo titolare dell'accusa potrebbe tendere a richiedere che l'attività captativa si svolga sempre con riferimento al reato presupposto, vista la maggiore difficoltà legata all'individuazione dei gravi indizi di illecito amministrativo piuttosto che dei gravi indizi di reato²²³, per poi utilizzare i contenuti delle intercettazioni anche nei confronti del soggetto collettivo.

²²² Questa dovrebbe essere l'ipotesi più frequente stando alla lettera dell'articolo 38 del decreto, il quale, fra l'altro, non sembra limitare la riunione al processo, ma parte estenderla anche alla fase precedente all'esercizio dell'azione penale. L'obbligo di riunire le regiudicande spetterebbe dunque già al pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 459.

²²³ CERCOLA, *Le intercettazioni nella dinamica del processo penale*, Giappichelli, 2016, p. 61.

Laddove, comunque, decidesse di effettuare la richiesta nei confronti dell'ente, andrebbe accertato che sussistano tutte le altre condizioni richieste dalla legge e, in particolare, che si proceda per uno dei reati previsti dall'articolo 266 c.p.p.

Stando all'attuale giurisprudenza, tuttavia, se l'intercettazione è legittimamente disposta all'interno di un procedimento riguardante uno dei reati previsti dall'articolo 266 c.p.p., i suoi esiti possono essere utilizzati anche per tutti gli altri reati, soggettivamente o oggettivamente connessi o collegati, rientranti nel medesimo procedimento, ancorché per essi non sia esperibile un'autonoma attività captativa²²⁴. Ciò significa che se l'accertamento dell'illecito contestato all'ente si svolge in una sede nella quale si procede anche per altri reati rientranti nel novero dell'articolo 266 c.p.p., i risultati delle intercettazioni ivi disposte potranno essere utilizzati anche nei confronti dell'ente ancorché l'illecito amministrativo che lo riguarda non rientri tra gli illeciti previsti dalla norma succitata. Secondo la Corte, la conclusione si impone dal raffronto sistematico tra gli articoli 266, 270 e 271 c.p.p. L'articolo 271, infatti, ricollega l'inutilizzabilità al solo caso di vizi genetici relativi all'attività di intercettazione. Al contempo, gli articoli 266 e 270 c.p.p. non contengono elementi contrastanti con la lettura sopra fornita, anzi paiono avallarla. Da un lato, la prima di queste due norme non disciplina espressamente l'ipotesi del concorso di reati nel medesimo procedimento per escludere l'utilizzabilità degli esiti delle intercettazioni con riferimento a reati diversi da quelli indicati. D'altro canto, sarebbe paradossale ritenere l'inutilizzabilità, nel medesimo procedimento, di materiali il cui uso sarebbe invece legittimo in un procedimento diverso, dato che l'articolo 270 c.p.p. presenta presupposti applicativi diversi da quelli dell'articolo 266 c.p.p.

²²⁴ Sez. VI, 14 giugno 2011, n. 34735.

Al fine dell'utilizzo delle intercettazioni, dunque, è sufficiente che fra i reati per i quali si procede anche solo uno rientri fra quelli previsti dall'articolo 266 c.p.p. Tale esegesi, che pure trova riscontro nelle norme prima analizzate, pare tradire il principio di tassatività che ha guidato il legislatore nella scelta degli illeciti che autorizzano alla compressione del fondamentale diritto alla segretezza e alla libertà delle comunicazioni. Si vedrà, comunque, come tali aperture interpretative sul tema delle intercettazioni non siano frutto di interventi isolati, ma appartengano, piuttosto, a un filone esegetico che da tempo tenta estendere il campo applicativo di questo mezzo di ricerca della prova.

4.2.2 Nei procedimenti separati

Nel caso di separazione dei procedimenti, dovrebbe trovare applicazione la regola prevista dall'articolo 270 c.p.p., la quale consente l'utilizzo delle intercettazioni in procedimenti distinti rispetto a quelli nei quali furono disposte al ricorrere di alcune condizioni. In particolare, è necessario che l'impiego dei risultati della captazione nel diverso procedimento sia indispensabile per l'accertamento di delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, mentre non si richiede altresì che il procedimento di destinazione afferisca a uno dei reati previsti dall'articolo 266 c.p.p. La norma si pone in termini di eccezionalità rispetto al precetto dell'articolo 238 comma 3 c.p.p., stando al quale è ammessa l'acquisizione della documentazione inerente ad altri procedimenti purché relativa a atti irripetibili. Ancora una volta, l'individuazione di garanzie e limiti applicativi ulteriori rispetto a quelli ordinari scaturisce dalla compressione dell'«inviolabile» diritto di cui all'articolo 15 Cost.

La norma, tuttavia, va letta alla luce dell'ultima giurisprudenza di legittimità, la quale ha fornito una nozione di «procedimenti diversi» assai restrittiva, sostanzialmente ampliando il campo della medesimezza dei procedimenti e, di conseguenza, restringendo l'ambito applicativo dell'articolo 270 c.p.p.

Stando alla Corte di Cassazione²²⁵, la nozione di medesimo procedimento va enucleata alla luce di un criterio sostanzialistico, valutando l'esistenza di una connessione sotto il profilo oggettivo, finalistico o probatorio tra il contenuto della notizia di reato per la quale furono disposte le intercettazioni e il reato per il quale si procede, prescindendo da elementi di carattere formale quali il numero di iscrizione del procedimento nel registro delle notizie di reato. Al contempo, la riunione di procedimenti non è di per sé condizione sufficiente ad escluderne la diversità²²⁶.

Le ricadute di un simile orientamento sono particolarmente evidenti nell'ipotesi in cui le intercettazioni fossero state disposte nel procedimento a carico della persona fisica e si volessero, successivamente, utilizzare in quello a carico dell'ente o viceversa. È intuibile, infatti, come i due illeciti presentino sempre una consistente connessione quanto meno sotto il profilo probatorio, cosicché le intercettazioni disposte nell'ambito di uno dei due procedimenti sono suscettibili di valicarne i confini con estrema facilità, assumendo una valenza pressoché trasversale.

²²⁵ SS. UU., 26 giugno 2014, n. 32697.

²²⁶ Sez. II, 10 ottobre 2014, n. 3253.

4.2.3 Profili problematici

L'orientamento giurisprudenziale sopra riportato rischia, nel procedimento penale *de societate*, di trasformare il provvedimento di cui all'articolo 267 c.p.p. in una sorta di autorizzazione in bianco, della quale il pubblico ministero può giovare ottenendo una cospicua facilitazione nello svolgimento delle indagini.

Visti i più lunghi tempi di prescrizione dell'illecito amministrativo (articolo 22 del decreto) rispetto al reato, è ipotizzabile che l'organo titolare dell'accusa decida di procedere prima nei confronti della persona fisica, per poi riversare successivamente i risultati delle indagini svolte nel procedimento a carico dell'ente.

Nella fase delle indagini preliminari, poi, questo meccanismo potrebbe rivelarsi particolarmente proficuo laddove il pubblico ministero decidesse di richiedere al giudice l'applicazione di una misura cautelare nei confronti dell'ente. Visto che, tendenzialmente, la misura cautelare non è espressione, per l'ente, di improcrastinabili esigenze processuali quanto, piuttosto, della necessità di evitare una reiterazione degli illeciti, il pubblico ministero ben potrebbe attendere i risultati delle intercettazioni svolte nel procedimento a carico della persona fisica e, al momento opportuno, porli a fondamento della richiesta di applicazione della misura cautelare nel procedimento, formalmente distinto ma sostanzialmente unitario, a carico dell'ente.

Pratiche di questo tipo, che mortificano le esigenze difensive del soggetto collettivo, devono essere scongiurate. In parte, ciò pare possibile già grazie all'impianto del decreto, che sembra far trapelare una «immanente esigenza di

simultaneus processus»²²⁷, testimoniata dal comma 1 dell'articolo 38, a norma del quale il procedimento per l'illecito amministrativo dell'ente è riunito a quello penale instaurato nei confronti dell'autore del reato. Di regola, dunque, fin dall'iscrizione della notizia di reato dovrebbe procedersi simultaneamente, salvo che eccezionali esigenze, quale, ad esempio, la necessità di individuare gli elementi identificativi dell'ente²²⁸, impediscano una originaria trattazione congiunta²²⁹. Ciò, oltre ad evitare possibili contrasti tra decisioni di merito scaturenti da procedimenti diversi, impedisce che il pubblico ministero si avvalga di alcuni espedienti investigativi a sua disposizione nel solo procedimento a carico della persona fisica per poi utilizzarne i risultati in quello successivo a carico dell'ente, con evidente lesione dei suoi diritti difensivi. Ciò vale a maggior ragione quando si discorre di intercettazioni, visto il rilievo dei diritti suscettibili di essere lesi tramite tali strumenti.

4.3 La prova documentale

Nel procedimento penale *de societate* il ricorso alla prova documentale appare del tutto scontato.

L'ente che intenda dimostrare la sua innocenza, presumibilmente, provvederà anzitutto a fornire la prova dell'esistenza del modello organizzativo e di un organismo di controllo, producendo in giudizio i relativi documenti aziendali.

²²⁷ DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 117.

²²⁸ Si ricorda che nel procedimento penale *de societate* la *notitia criminis* non può essere iscritta a carico di ignoti.

²²⁹ DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 123.

Lo strumento a ciò preposto è quello risultante dall'articolo 234 c.p.p., che consente l'acquisizione agli atti del procedimento di scritti o altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante qualsiasi mezzo.

Si tratta di una formulazione assai ampia, attraverso la quale il legislatore ha inteso consentire il costante adeguamento del concetto di prova documentale all'evoluzione scientifica e tecnica, creatrice di metodi di rappresentazione sempre nuovi.

Proprio intorno all'idea di rappresentazione ruota il concetto di prova documentale, definita da un'autorevole dottrina come «ogni oggetto, manufatto o meccanicamente prodotto, che comunichi qualcosa [...] rappresentandolo»²³⁰. L'ampiezza della formula utilizzata dal legislatore ha comportato, nel tempo, l'insorgere di numerose questioni circa la tipologia di strumenti riconducibili alla nozione di prova documentale.

L'interrogativo di maggior rilievo ha riguardato l'utilizzabilità, alla stregua di una prova documentale, di atti procedimentali, quali ordinanze di custodia cautelare, di convalida di arresto o fermo o addirittura di sentenze non ancora passate in giudicato.

In senso negativo deporrebbe l'ideale distinzione che il legislatore ha operato tra i documenti in senso stretto e gli atti processuali, come, ad esempio, i verbali, essendosi, secondo alcuni, riferita solo ai primi la disciplina dell'articolo 234 c.p.p.²³¹.

Ulteriore argomento in questo senso potrebbe derivare, inoltre, dall'articolo 238-bis c.p.p., che consente l'utilizzo probatorio delle sole sentenze irrevocabili²³².

²³⁰ CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 795.

²³¹ GREVI, *Prove*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di CONSO, GREVI, BARGIS, CEDAM, 2014, p. 369.

²³² In questo senso, Sez. II, 12 marzo 1996, n. 6631.

La giurisprudenza, tuttavia, sembra essersi per lo più orientata sulla soluzione opposta. In varie pronunce si è sostenuto che l'articolo 234 ricomprende nella nozione di documento tutto quanto sia caratterizzato dal requisito della scrittura, consentendo l'acquisizione al processo tanto delle sentenze non ancora passate in giudicato, tanto delle ordinanze di custodia cautelare e di convalida di arresto o fermo²³³.

Si è tuttavia precisato che, essendo la piena valenza probatoria riservata alle sole sentenze passate in giudicato ex art. 238-bis c.p.p., da tali atti non può trarsi la prova dei fatti in essi descritti, ma esclusivamente quella dell'esistenza della sentenza o dell'ordinanza ovvero delle vicende processuali ad essi relative. Stando ad alcune pronunce, tuttavia, ciò non escluderebbe la possibilità, per il giudice, di trarre da tali provvedimenti elementi di giudizio finalizzati all'accertamento della verità, in base al suo libero convincimento²³⁴.

La coerenza di tali posizioni rispetto all'impianto sistematico del nostro processo penale è per lo meno dubbia. In sostanza, si consente surrettiziamente al giudice di motivare un'affermazione di responsabilità penale sulla base di elementi non raccolti nel contraddittorio tra le parti o comunque non assistiti dall'intangibilità del giudicato. Con riferimento ai provvedimenti di convalida di arresto o fermo, si rischia di sbiadire i confini tra le varie fasi del procedimento, introducendo nella fase del giudizio elementi propri della fase ad esso logicamente precedente. Le sentenze non irrevocabili pronunciate in altro procedimento, dal canto loro, non dovrebbero poter influenzare in alcun modo l'argomentazione probatoria del

²³³ Sez. III, 4 dicembre 1996, n. 1061. Vedi anche Sez. VI, 28 gennaio 2015, n. 15912.

²³⁴ Vedi, ad esempio, Sez. III, 4 dicembre 1996 e Sez. V, 26 ottobre 2004, n. 46193. Nella prima di queste pronunce, addirittura, si ammette che il giudice tragga, dalla ordinanza di convalida del fermo attinente al medesimo procedimento, elementi che, inseriti nel complessivo contesto probatorio, consentano di addivenire ad esiti di certezza in ordine alla responsabilità penale dell'imputato.

giudice, in quanto, per loro stessa natura, non sono depositarie di un accertamento definitivo.

Deve escludersi, pertanto, ogni utilizzo finalizzato alla valutazione probatoria dei fatti contenuti in tali provvedimenti, esclusivamente idonei, semmai, alla sola prova dell'esistenza del provvedimento stesso o delle vicende processuali ad esso afferenti. Conclusione, questa, che si impone anche alla luce dei principi di oralità e immediatezza che ispirano l'odierno processo penale, rispetto ai quali l'articolo 238-bis c.p.p. si pone in termini di eccezionalità ma relativamente alle sole sentenze irrevocabili²³⁵.

Nel procedimento penale *de societate*, dunque, può ipotizzarsi l'acquisizione probatoria di sentenze non irrevocabili rese nel procedimento separato a carico dell'autore del reato (il quale, ad esempio, abbia richiesto di procedersi tramite giudizio abbreviato). Tuttavia, è corretto ritenere che da tali provvedimenti il giudice non possa inferire elementi di prova da utilizzare a rafforzamento dell'*iter* motivazionale in ordine alla colpevolezza dell'ente. Così, ad esempio, il giudice non potrà, da una sentenza di condanna non ancora passata in giudicato a carico della persona fisica, trarre elementi che vadano ad avvalorare il suo convincimento circa l'effettiva commissione del reato presupposto.

Alla luce delle osservazioni finora svolte, ma stavolta con riferimento alla fase delle indagini, suscita qualche riserva l'orientamento giurisprudenziale che ammette l'utilizzo di sentenze rese in altri procedimenti e non ancora passate in giudicato ai fini della prova dei gravi indizi di colpevolezza di cui all'articolo 273 c.p.p.²³⁶, pratica, questa, che non violerebbe l'articolo 238-bis c.p.p., riferito al solo giudizio di responsabilità penale e non alle condizioni sancite per l'applicazione di una misura cautelare.

²³⁵ SS. UU., 20 settembre 2005, n. 33748.

²³⁶ Sez. I, 2 marzo 2001, n. 17269.

Già in via generale è discutibile che una misura restrittiva della libertà personale possa essere applicata sulla base di una valutazione svolta in un altro procedimento, da un altro giudice e per di più non costituente un accertamento definitivo. Per quanto si specifichi che il giudice deve sottoporre ad autonomo vaglio critico i risultati acquisiti, è indubbio che pratiche di questo tipo finiscano per avallare censurabili stratagemmi di semplificazione probatoria.

Declinato al procedimento penale *de societate*, questo orientamento agevolerebbe sensibilmente la prova dei gravi indizi di responsabilità da reato ai fini dell'applicazione di una misura interdittiva all'ente. L'acquisizione del provvedimento adottato nel separato procedimento a carico della persona fisica esimerebbe il giudice da un autonomo apprezzamento sulla verosimile commissione del reato presupposto, elemento centrale della fattispecie complessa dell'illecito dell'ente e da valutare per l'applicazione di una misura cautelare al soggetto collettivo. Per di più, vista la immancabile connessione tra l'illecito dell'ente e quello della persona fisica, questa pratica rischia di trasformarsi in una prassi cui fare ricorso in ogni caso di separazione dei procedimenti, con esiti sfavorevoli all'ente e favorevoli al pubblico ministero, il quale vedrebbe considerevolmente appianati gli sforzi probatori a lui richiesti in circostanze normali.

Tuttavia, queste problematiche si ridimensionano se si tiene conto del fatto che l'integrazione dei presupposti necessari al ricorso a pratiche di questo tipo non è cosa scontata, visto che l'articolo 38 del decreto impone, quale regola generale, la riunione dei procedimenti. Occorre allora immaginare, ad esempio, che vi sia stata una separazione dovuta alla rapida conclusione delle indagini nei confronti della persona fisica e che la sentenza di primo grado a carico di quest'ultima sia intervenuta in un momento in cui le indagini a carico dell'ente non erano ancora concluse. Ovvero, sempre a titolo di esempio, che il pubblico ministero abbia

inizialmente agito esclusivamente nei confronti della persona fisica e che il procedimento a carico del soggetto collettivo si sia aperto solo molto tempo dopo.

4.3.1 L'utilizzo dei verbali di prova e delle sentenze irrevocabili provenienti da altri procedimenti penali

Procedendo con la disanima delle problematiche che insorgono nel procedimento penale *de societate* con riferimento alla prova documentale, è necessario soffermarsi sugli articoli 238 e 238-bis c.p.p. Tali norme, da sempre oggetto delle riflessioni della dottrina, pongono ulteriori e più complesse questioni quando si discute della loro compatibilità con il procedimento a carico del soggetto collettivo.

L'articolo 238 c.p.p. disciplina l'acquisizione di verbali di prove di altri procedimenti, possibile a condizione che si tratti di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento. Tuttavia i verbali di dichiarazioni possono essere utilizzati contro l'imputato soltanto se il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova. Tale circostanza può verificarsi laddove l'ente abbia partecipato, in qualità di responsabile civile, al processo contro la persona fisica²³⁷. Inoltre, l'acquisizione di dichiarazioni è sempre ammessa se si tratta di atti irripetibili, anche laddove l'irripetibilità sia sopravvenuta per circostanze imprevedibili, ovvero laddove il soggetto collettivo vi consenta. La norma dovrebbe rispondere all'esigenza di prevenire, in qualche misura, il contrasto di giudicati e di favorire l'economia processuale²³⁸.

²³⁷ BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 634.

²³⁸ NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2004, p. 469.

Parte della dottrina, tuttavia, ha fermamente disapprovato l'articolo in questione, almeno per come esso risulta attualmente formulato, e le preoccupazioni di quanti ritengono che esso tradisca, di fatto, lo spirito dell'articolo 111 Cost., sacrificando i principi di oralità e immediatezza del procedimento e di contraddittorio nella formazione della prova non possono ignorarsi²³⁹. In effetti, l'articolo 238 si accontenta di un contraddittorio su una prova già formata al cospetto di altri, mentre l'articolo 111 Cost. sembra richiedere uno sforzo maggiore. Contraddittorio nella formazione della prova dovrebbe voler dire, anzitutto, immancabilità del contributo delle parti interessate proprio al momento della sua formazione, non solo successivamente.

Pare allora corretto, quanto meno, ipotizzare che il ricorso ai meccanismi di cui all'articolo 238 c.p.p. sia un'ipotesi residuale. E certamente lo è nei procedimenti tradizionali, in cui la presenza di un legame probatorio con altre vicende processuali non è certo la regola.

Ora, la dottrina è generalmente concorde nel ritenere che le norme di cui all'articolo 238 c.p.p. siano compatibili anche con il procedimento penale *de societate*²⁴⁰, ma la soluzione non è del tutto scontata. Occorre chiedersi, infatti, se sia opportuno assecondare con così tanta facilità fenomeni di circolazione della prova in un ambito nel quale un legame probatorio tra procedimenti è sempre presente. Avendo l'illecito dell'ente e quello della persona fisica un nucleo fattuale comune, come si è ormai più volte ribadito, il rischio di generare

²³⁹ DELL'ANNO, *Prova documentale e circolarità della prova*, in AA. VV., *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale, La prova penale*, a cura di A. GAITO, UTET, 2008, p. 651. L'Autore sottolinea come il principio del contraddittorio nella formazione della prova sia sacrificabile, stando all'art. 111 Cost. c. 5, solo in ipotesi eccezionali e come l'art. 238 c.p.p. non onori questo precetto.

²⁴⁰ Vedi, ad esempio, VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012, p. 369; BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI e EPIDENDIO, Giuffrè, 2006, p. 634.

dei procedimenti “osmotici” è elevatissimo, con buona pace del principio di autonomia della cognizione del giudice penale.

Ciò vale, a maggior ragione, con riferimento all'articolo 238-bis c.p.p.

La norma consente l'acquisizione, con valenza probatoria quanto ai fatti in esse accertati, delle sentenze irrevocabili rese in altri procedimenti penali, con l'unico limite della loro necessaria valutazione ai sensi dell'articolo 192 comma 3 c.p.p. Si impone, dunque, che i risultati raccolti siano corroborati per mezzo di riscontri esterni.

Alle problematiche, già viste, riferibili anche all'articolo 238 c.p.p., se ne aggiungono altre. Un'autorevole dottrina ha definito l'articolo 238-bis c.p.p. una norma «infelice», in quanto fa confusione tra dato istruttorio, decisione, argomenti adottati dal motivante e cosa giudicata²⁴¹. Contrasta con il principio dell'autonomia cognitiva del giudice in sede penale che le valutazioni svolte in una sede processuale travalichino i confini loro propri e ciò perché, ben vedere, ciò che è suscettibile di passare in giudicato non è la parte motiva della sentenza ma il dispositivo.

Le critiche indirizzate alla norma sono giunte fino alla Consulta²⁴², che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della stessa, sollevata con riferimento all'articolo 111 commi 4 e 5 Cost., in quanto il rispetto del principio della formazione della prova in contraddittorio sarebbe assicurato dal diritto delle parti di sottoporre le risultanze acquisite alle loro osservazioni critiche. Ammettendo pure che in ciò solo si compendi il senso del principio del contraddittorio nella formazione della prova, questa osservazione non scalfisce comunque l'assunto iniziale per cui il giudicato non dovrebbe attribuire alle valutazioni di un giudice alcuna capacità di espansione al di fuori del

²⁴¹ CORDERO, Procedura penale, Giuffrè, 2012, p. 802.

²⁴² Cost., 6 febbraio 2009, n. 29.

procedimento nel quale esse si compiono. Come si è efficacemente sostenuto, «i precedenti giudiziari servono a molti fini ma non provano niente»²⁴³ e il vigore di una tale riflessione non pare venir meno ancorché si precisi, come si è fatto, che l'articolo 238-bis non comporta automatismi, non facendo venir meno la necessità, per il giudice, di decidere secondo il suo libero convincimento²⁴⁴.

Ad acuire ulteriormente il problema, un orientamento giurisprudenziale che sostiene che i riscontri esterni necessari ex art. 192 comma 3 c.p.p. possano essere rinvenuti anche in elementi già utilizzati in un altro giudizio, eventualmente quello da cui la sentenza proviene, purché la loro recezione non sia acritica²⁴⁵.

L'imputato, insomma, rischia di vedere affermata la sua colpevolezza sulla base di elementi raccolti esclusivamente in procedimenti rispetto ai quali non ha potuto fornire il suo apporto. Non si può fare a meno di chiedersi se il suo diritto di difendersi nel procedimento con tutti i mezzi a sua disposizione sia rispettato, visto che si rischia di far residuare in capo a costui la sola possibilità di contestare elementi provenienti da procedimenti rispetto ai quali egli è rimasto completamente estraneo. I dubbi sulla legittimità di una tale disciplina, elusiva dei limiti posti alla circolazione della prova²⁴⁶, si esacerbano.

Ora, nonostante quanto si è finora osservato, l'impiego della norma nel procedimento penale tradizionale è stato, per così dire, tollerato, in quanto se ne

²⁴³ CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 802.

²⁴⁴ Sez. I, 16 novembre 1998, n.12595; Sez. III, 13 gennaio 2009, n. 8823.

²⁴⁵ Sez. V, 19 aprile 2011, n. 23478.

²⁴⁶ DELL'ANNO, *Prova documentale e circolarità della prova*, in AA. VV., *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale, La prova penale*, a cura di A. GAITO, UTET, 2008, p. 683. Secondo l'Autore, la norma disconosce la stessa ragion d'essere dell'art. 238 c.p.p., che pone limiti al fenomeno della circolazione della prova. Tramite lo schermo della sentenza passata in giudicato, il legislatore attribuisce valore probatorio a tutto ciò che essa contiene, rinviando il contraddittorio a un momento successivo alla formazione della prova e non richiedendo neppure il consenso dell'imputato. A questo punto, il richiamo all'art. 192 c. 3 c.p.p. ha un valore, per così dire, "lenitivo", di riequilibrio del sistema, ma con scarsi risultati.

è fatto un uso limitato al precipuo scopo di facilitare l'onere della prova con riferimento a situazioni di contesto²⁴⁷. Inoltre, lo si è detto anche con riferimento all'articolo 238 c.p.p. ma il rilievo è mutuabile in questa sede, il collegamento probatorio tra due procedimenti è eventualità residuale.

Non resta che chiedersi se, alla luce di queste riflessioni, l'articolo 238-bis c.p.p. sia compatibile con il procedimento penale *de societate*, nel quale il ricorso alla norma potrebbe essere favorito, per lo più, dalla conduzione separata dei procedimenti a seguito della richiesta di giudizio abbreviato²⁴⁸ da parte della persona fisica.

Buona parte della dottrina ritiene di poter dare all'interrogativo risposta affermativa²⁴⁹. Tuttavia, questa soluzione appare precipitosa. Le problematiche che l'articolo 238-bis c.p.p. solleva con riferimento al procedimento penale tradizionale si esasperano in quello *de societate*, a causa della ontologica connessione probatoria tra l'illecito dell'ente e quello della persona fisica. L'acquisizione della sentenza irrevocabile pronunciata a carico della persona fisica diventerebbe una pratica ordinaria in ogni caso di separazione dei procedimenti, minando, in tal modo, le esigenze difensive del soggetto collettivo con riferimento alla prova della sussistenza del reato presupposto²⁵⁰.

²⁴⁷ NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2004, p. 466. La norma è stata introdotta a ridosso delle stragi di mafia verificatesi negli anni '90, al fine di facilitare il compito dei pubblici ministeri che avevano l'onere di provare, in ogni processo, l'esistenza di una data associazione criminale.

²⁴⁸ Pare, invece, che nessuna efficacia possa attribuirsi, a tal fine, alle sentenze di patteggiamento, dal momento che la giurisprudenza esclude che esse contengano un vero e proprio accertamento. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 460. *L'Autore richiama, fra le varie pronunce sul punto, SS. UU., 25 marzo 1998, n. 6.*

²⁴⁹ In questo senso, FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010, p. 461. Dello stesso avviso, FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002, p. 227 e VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012, p. 370.

²⁵⁰ DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 157.

Il carattere di occasionalità che contrassegna l'utilizzo dell'articolo 238-bis nel procedimento penale classico e che consente di mitigare le censure rivolte alla norma verrebbe meno, con il rischio, fra l'altro, di favorire pratiche poco ortodosse da parte delle procure, che potrebbero essere tentate di ricorrere alla separazione dei procedimenti in più casi di quanti l'articolo 38 del decreto, che mostra un evidente *favor* per la trattazione congiunta, consenta²⁵¹.

Visti, infatti, i tempi di prescrizione più lunghi per l'illecito dell'ente, niente impedirebbe agli organi dell'accusa di concentrarsi prima sul procedimento a carico della persona fisica per poi riversare i risultati dello stesso in quello *de societate*, con esiti di indubbia semplificazione probatoria, ma anche di indubbio indebolimento delle possibilità difensive dell'imputato.

In conclusione, il vaglio condotto ai sensi dell'articolo 34 del decreto non può che avere esito negativo. Le esigenze connesse all'accertamento cedono il passo al rispetto delle prerogative difensive dell'imputato, le stesse che hanno determinato l'attribuzione della competenza in materia al giudice penale e la scelta individuare nel *simultaneus processus* il metodo privilegiato per l'accertamento della responsabilità.

²⁵¹ DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 157.

Capitolo 5

La questione del diritto al silenzio dell'ente alla luce di uno studio comparatistico con l'esperienza francese

5.1 Il dibattito *ante* riforma e le ragioni dell'introduzione della responsabilità penale degli enti in Francia. – 5.2 Le caratteristiche fondamentali del sistema di responsabilità penale degli enti nell'ordinamento francese. 5.3 Costituzionalità della nuova disciplina e reazioni della giurisprudenza. – 5.4 Le fonti del procedimento penale *de societate* nel sistema francese. – 5.4.1 Lineamenti generali del procedimento penale in Francia. – 5.4.2 Il procedimento a carico dell'ente. – 5.5 La rappresentanza dell'ente nel procedimento penale. – 5.5.1 La disciplina delle prove dichiarative nella procedura penale francese. – 5.5.2 Il diritto al silenzio nel sistema francese. Portata e fondamento. – 5.5.3 Il riconoscimento del diritto al silenzio dell'accusato nel procedimento penale *de societate* francese. – 5.5.4 Le possibili ragioni del diverso approccio interpretativo tra l'ordinamento francese e quello italiano.

5.1 Il dibattito *ante* riforma e le ragioni dell'introduzione della responsabilità penale degli enti in Francia

Al momento dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 231 del 2001, il legislatore francese aveva introdotto già da sette anni la responsabilità penale degli enti.

Il superamento del dogma per cui *societas delinquere non potest*, avvenuto con l'introduzione del codice penale del 1994, è stato un processo lungo, nel quale si sono manifestate tutte le difficoltà connesse al ribaltamento di un principio così fortemente consolidato nel pensiero giuridico del paese.

Alla nascita di una “capacità” penale degli enti ostava anzitutto, come del resto in tutta Europa, la teoria per la quale il soggetto collettivo è mera finzione giuridica, sprovvisto di volontà personale, condizione indispensabile della responsabilità penale.

Un altro importante limite era rappresentato dalla natura della sanzione penale, apparentemente suscettibile di rivolgersi alla sola persona fisica. Infine, qualunque pena eventualmente applicata all'ente avrebbe prodotto effetti negativi su tutti i membri dello stesso, anche su coloro i quali non avevano voluto la commissione del reato, con la conseguente violazione del principio di personalità della responsabilità penale²⁵².

Già dalla fine del XIX secolo queste teorie iniziarono ad essere messe in discussione. La visione della *personne morale* come finzione giuridica si avviava al suo tramonto per lasciare spazio a una più moderna concezione di soggetto collettivo come portatore di una volontà propria, distinta da quella di coloro che lo compongono, orientabile anche al compimento di atti sanzionati dalla legge penale²⁵³.

Anche le obiezioni relative all'impossibilità di applicare all'ente una sanzione penale e al rischio di una violazione del principio di personalità della responsabilità penale rivelarono ben presto la loro debolezza. Da un lato, la

²⁵² Per una trattazione organica, si veda DESPORTES e LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 2009, p. 542.

²⁵³ L'impulso all'elaborazione di queste nuove teorie si deve a MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris, 1899. L'Autore ipotizza, per primo, la possibilità di introdurre una responsabilità penale della *personne morale*.

personne morale è titolare di un patrimonio proprio che può ben costituire l'oggetto della misura sanzionatoria. Dall'altro, ogni condanna penale può avere ripercussioni su terzi innocenti. Si pensi, ad esempio, alla famiglia di un reo destinatario di una cospicua sanzione pecuniaria²⁵⁴.

Ulteriore impulso alla introduzione della responsabilità penale degli enti fu rappresentato dalla sempre crescente importanza delle società nel sistema economico, cui corrispondeva, tuttavia, una legislazione non completamente adeguata. A riprova di ciò, nel progetto di riforma del codice penale depositato nel 1986 si stigmatizzava la diffusa prassi giurisprudenziale per la quale, vista l'impossibilità di colpire con la sanzione penale l'ente stesso, la responsabilità era addossata in maniera pressoché automatica ai suoi dirigenti. L'esigenza di repressione di fatti connotati da un notevole di disvalore sociale incappava nei limiti di una normativa obsoleta e così quelli che erano difetti strutturali o organizzativi dell'ente venivano a ricadere sulla persona fisica²⁵⁵. Ne risultava una costante (e fino ad allora tollerata) violazione del principio di responsabilità penale personale.

Si rendeva necessaria l'introduzione di meccanismi punitivi in grado di colpire direttamente il soggetto collettivo²⁵⁶. Questo spiega le tensioni che si manifestarono nel processo legislativo che portò all'approvazione del nuovo codice penale e che ponevano su fronti contrapposti quanti ritenevano che alla responsabilità penale dell'ente dovesse corrispondere un'immunità della persona fisica e quanti ribattevano che una tale scelta sarebbe stata priva di fondamento giuridico e lesiva del principio di uguaglianza. Non si vede, in effetti, come la

²⁵⁴ DESPORTES e LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 2009, p. 543.

²⁵⁵ BUFFELAN-LANORE, *La procédure applicable aux infractions commises par les personnes morales*, in *Revue des sociétés*, 1993, p. 315.

²⁵⁶ MAYAUD, *Droit pénal général*, 5° ed., puf, 2015, p.

commissione di un reato per conto di un terzo possa rappresentare una causa di irresponsabilità per il solo fatto di far parte di un soggetto collettivo²⁵⁷.

Il nuovo codice penale fu approvato nel luglio del 1992 ed entrò in vigore il primo marzo 1994.

Ci vollero più di 100 anni perché l'idea di un superamento del principio per cui *societas delinquere non potest*, germogliata alla fine del 1800, trovasse il suo compimento.

5.2 Le caratteristiche fondamentali del sistema di responsabilità penale degli enti nell'ordinamento francese

Gli articoli 121-2 e seguenti del *code pénal*²⁵⁸ disegnano un sistema di responsabilità degli enti alquanto essenziale.

L'articolo 121-2 stabilisce che le *personnes morales*, ad esclusione dello Stato, sono responsabili penalmente delle infrazioni commesse, per loro conto, dai loro organi o rappresentanti²⁵⁹.

L'enunciazione è assai ampia già con riferimento agli enti suscettibili di essere colpiti da questa forma di responsabilità: si tratta di tutte i soggetti collettivi dotati di personalità giuridica, ad eccezione dello Stato.

²⁵⁷ DESPORTES e LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 2009, p. 591.

²⁵⁸ D'ora in poi, c.p.

²⁵⁹ Quanto alla nozione di organo, è necessario guardare alla legislazione in materia di *personnes morales* e allo statuto dell'ente. Organo è la persona fisica (o più persone fisiche) incaricata dalla legge o dallo statuto dell'amministrazione o della direzione del soggetto collettivo. Quanto alla nozione di rappresentante, occorre anzitutto rilevare che essa si sovrappone in parte a quella di organo nella misura in cui la maggior parte degli organi hanno anche poteri di rappresentanza (cd rappresentanti legali). Vi è quindi un certo numero di rappresentanti che deficitano della qualifica di organo. A titolo esemplificativo, si pensi a un amministratore provvisorio o al liquidatore di una società. DESPORTES e LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 2009, p. 582 ss.

Una prima opportuna osservazione riguarda l'esclusione, dal campo applicativo della norma, degli enti privi di personalità giuridica. Con ogni probabilità, questa scelta è stata dettata, oltre che da esigenze di carattere funzionale, anche da alcuni rilievi teorici. Quanto alle prime, ci si riferisce, anzitutto, all'impossibilità di condannare una persona che non ha né un'identità giuridica, né un patrimonio da colpire tramite la sanzione. Inoltre, la difficoltà di definire in modo chiaro i confini della non-personalità giuridica avrebbe determinato inaccettabili incertezze applicative²⁶⁰. Quanto ai secondi, potrebbe aver giocato un qualche ruolo la volontà di conformarsi al principio di uguaglianza sancito dall'articolo 1 della Costituzione, in quanto, essendo il codice penale pensato per le persone, allora solo le persone, fisiche o giuridiche, sono passibili del rimprovero penale²⁶¹.

In secondo luogo, tra gli enti di diritto pubblico solo lo Stato è escluso, mentre alcuna eccezione è prevista per gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. Si tratta di una scelta che, sicuramente ispirata al principio di uguaglianza davanti alla legge, comporta l'assoggettamento alla sanzione penale di ogni ente pubblico nonché dei sindacati e dei partiti politici, in Italia esclusi dal campo di applicazione del decreto. Una precisazione è comunque necessaria con riferimento agli enti territoriali, per i quali la responsabilità penale è limitata alle sole infrazioni verificatesi nello svolgimento di attività suscettibili di una delega di diritto pubblico²⁶² (art. 121-2, al. 2 c.p.). Quanto alle attività non

²⁶⁰ DESPORTES e LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 2009, p. 562.

²⁶¹ TRICOT, *Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français*, in RSC, 2013, 1, p. 19.

²⁶² Si è posto fin da subito il problema di capire cosa la legge intendesse per attività suscettibili di una delega di diritto pubblico, vista l'assenza di una definizione legale. Sul punto è intervenuta la legge n. 2001-1168 dell'11 dicembre 2001, la quale ha specificato che una delega di servizio pubblico è il contratto tramite il quale una *personne morale* di diritto pubblico affida la gestione di un servizio pubblico, del quale essa ha la responsabilità, a un delegatario pubblico o privato, la cui remunerazione è legata al risultato dell'espletamento del servizio.

delegabili, gli enti territoriali sono quindi assimilati allo Stato, per il quale l'esclusione si spiega principalmente sulla base dell'osservazione per cui non avrebbe senso che l'organo titolare del monopolio di punire sia lui stesso sottomesso alla repressione penale.

Questa singolare disciplina si spiega sulla base delle perplessità che erano state sollevate, in sede di dibattito parlamentare, dal Conseil d'Etat, il quale aveva ritenuto che la responsabilizzazione degli enti territoriali avrebbe potuto arrecare pregiudizio al principio di separazione dei poteri²⁶³.

Nonostante queste censure, il legislatore francese ha ritenuto di valorizzare il principio di uguaglianza, estendendo la repressione penale anche a fatti riferibili ad enti territoriali quanto meno laddove siano posti in essere nell'ambito di attività regolate da norme di stampo privatistico e, quindi, assoggettate alle normali regole della concorrenza²⁶⁴.

Il campo applicativo della responsabilità penale degli enti in Francia è connotato da una particolare ampiezza anche sotto un altro fronte. Attualmente, nessuna limitazione si prevede quanto alle infrazioni suscettibili di determinare la repressione penale. A partire dall'entrata in vigore della legge n. 2004-204 del 9 marzo 2004 gli articoli 121-2 ss. *c.p.* si applicano quale che sia l'infrazione commessa dall'organo o rappresentante dell'ente. Si è così superata l'originaria formulazione del testo normativo che prevedeva che l'implicazione del soggetto collettivo nella vicenda penale fosse limitata ai casi espressamente previsti dalla legge. In sostanza, per ogni tipo di reato previsto dalla legge era necessaria una clausola espressa di estensione della responsabilità alla *personne morale* e la Corte di cassazione aveva escluso che una tale estensione potesse risultare

²⁶³ Journal Officiel Sénat, 11 maggio 1989.

²⁶⁴ MAYAUD, *Droit pénal général*, 5° ed. puf, 2015, p. 407.

semplicemente da un testo normativo che designasse come possibile autore del reato «qualunque persona»²⁶⁵.

Un simile sistema era stato adottato dal legislatore francese con lo scopo di verificare passo per passo l'attuazione della nuova normativa, che già di per sé comportava un'importante rottura rispetto al passato, e di consentire alle imprese un costante ma graduale adeguamento. Esso favorì tuttavia l'insorgere di continue interpolazioni legislative finalizzate all'introduzione, nell'ambito dei reati presupposto, di un numero sempre maggiore di infrazioni, le quali dimostrarono ben presto l'inutilità di una clausola limitativa. Inoltre, alcuni interpreti²⁶⁶ criticarono quella che doveva essere la sostanziale giustificazione dell'esclusione di alcuni reati, che risiedeva nell'osservazione per cui, per loro stessa natura, gli enti non avrebbero potuto commettere alcune infrazioni come, ad esempio, una violenza sessuale²⁶⁷. Si ribatté che questa tesi derivava da una non perfetta comprensione del meccanismo di imputazione del fatto all'ente. La responsabilità del soggetto collettivo non è diretta, ma dipende in tutto e per tutto (soltanto) dal fatto della persona fisica. Pertanto qualunque reato commesso da quest'ultima può imputarsi all'ente.

Questo meccanismo di imputazione è in genere definito come “*responsabilité par ricochet*”, responsabilità di rimbalzo. La Corte di Cassazione²⁶⁸ ha ben presto sottolineato che il giudice non deve verificare l'esistenza di un fatto distinto della *personne morale*, perché il fatto del rappresentante o dell'organo è esso stesso, e senza bisogno di elementi ulteriori, fatto proprio dell'ente.

²⁶⁵ Crim. 18 aprile 2000, Bul. n. 153.

²⁶⁶ DESPORTES e LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 2009, p. 567.

²⁶⁷ BOULOC, *Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *La responsabilité pénale des personnes morales*, Dalloz, 1993, p. 291.

²⁶⁸ Crim. 2 dicembre 1997, Bul. n. 420.

Richiedere l'accertamento di una qualunque spia di negligenza nell'organizzazione endoaziendale, al contrario, significherebbe sostenere che il soggetto collettivo è una sorta di complice del suo organo nella misura in cui contribuisce alla realizzazione del reato a causa dell'esistenza di pratiche societarie poco ortodosse mentre, si è efficacemente sostenuto, l'organo è la persona morale stessa²⁶⁹. Tutti gli elementi del reato vanno accertati con riferimento alla persona fisica.

Questo particolare meccanismo suscita alcune riflessioni. Il legislatore francese non ha caratterizzato il fatto dell'ente con elementi ulteriori rispetto a quelli tipici del reato commesso dalla persona fisica. Si sarebbe trattato di un sistema di imputazione certamente più complesso e che avrebbe richiesto uno sforzo normativo maggiore, il quale però avrebbe consentito al soggetto collettivo di non essere considerato alla stregua di un'entità alla mercé dei suoi rappresentanti. D'altronde, se si sostiene che la *societas delinquere potest* in quanto è capace di risoluzioni sue proprie, distinte dalla volontà individuale dei soggetti che la rappresentano, è giocoforza concludere che di tale capacità di autodeterminazione si debba tener conto non solo al fine di un giudizio di colpevolezza, ma anche, eventualmente, al fine di un'assoluzione. È ben possibile che la realizzazione di un fatto criminoso corrisponda ad una determinazione della persona fisica ma non dell'ente.

A questi rilievi potrebbe obiettarsi che la normativa francese è comunque idonea ad evitare la creazione di una responsabilità di tipo oggettivo nella misura in cui si prevede che il fatto debba essere commesso «*pour compte*» dell'ente (art. 121-2 c.p.). La locuzione è stata interpretata nel senso di un qualunque vantaggio, anche non in termini esclusivamente economici, l'ente possa trarre dal reato. Vale

²⁶⁹ DESPORTES e LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 2009, p. 577.

a dire che è commesso per conto dell'ente il fatto realizzato nell'esercizio di una qualunque attività avente l'obiettivo di assicurare l'organizzazione, il funzionamento o il raggiungimento degli scopi della *personne morale*²⁷⁰. Cosicché questa non è responsabile per il reato che sia commesso nell'esclusivo interesse della persona fisica. È facile constatare, tuttavia, che ciò non esclude che la determinazione criminosa possa essersi sviluppata completamente al di fuori della politica aziendale, eventualmente, addirittura, eludendola.

In conclusione, il legislatore francese sembra aver prediletto l'esclusiva individuazione di meccanismi di imputazione oggettiva del fatto all'ente. La riferibilità del comportamento dell'organo o del rappresentante al soggetto collettivo è pressoché automatica e ciò contribuisce a generare l'impressione di un meccanismo di imputazione alquanto vicino a quello della responsabilità oggettiva.

Probabilmente proprio un simile impianto ha comportato l'ascesa di prassi giurisprudenziali che, almeno nei primi anni dopo l'entrata in vigore della riforma, hanno avallato “scorciatoie probatorie” alquanto criticate in dottrina²⁷¹.

L'articolo 121-2 del *code pénal*, infatti, individua la commissione di un reato da parte di un organo o di un rappresentante quale presupposto della responsabilità dell'ente, ma nei tribunali è accaduto di frequente che il soggetto collettivo sia stato condannato senza il previo accertamento della effettiva attribuibilità del fatto verificatosi al suo interno a un suo organo o rappresentante.

Prima di concludere, è necessario sottolineare un ultimo aspetto di particolare interesse: si discorre di una responsabilità dichiaratamente penale.

²⁷⁰ DESPORTES e LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 2009, p. 588.

²⁷¹ MARON e ROBERT, *Cent personnes morales pénalement condamnées*, JPC, 6, 1999, I, n.11.

In Francia il dibattito sul superamento del principio di irresponsabilità penale degli enti è stato condotto alle sue estreme, e invero naturali, conseguenze.

Non ci sono stati imbarazzi sulla natura di questa nuova forma di responsabilità, tanto che le norme di carattere sostanziale e processuale relative ai suoi presupposti e allo svolgimento del procedimento sono state inserite direttamente nel codice penale e nel codice di procedura penale. Questo è probabilmente uno degli elementi che contribuiscono a spiegare il peculiare approccio esegetico che la dottrina francese ha manifestato rispetto ad alcune questioni interpretative insorte nel tempo²⁷². A questo proposito, si impone un'ultima annotazione.

Le problematiche connesse all'interpretazione delle nuove norme sono state tutto sommato modeste se si considera che il metodo normativo adottato dal legislatore francese è stato alquanto peculiare, essendosi dedicate alla materia della responsabilità penale degli enti molte meno disposizioni di quanto non si sia fatto in Italia. L'impianto del sistema si sostanzia, infatti, in poche norme di carattere generale situate nel codice penale (articoli 121-2 ss.) e nel codice di procedura penale (articoli 706-41 ss.), alle quali si è accompagnata la modifica di alcune norme particolari di natura sia sostanziale che processuale. Si è mantenuto, per così dire, un profilo basso e si è lasciato al giudice il difficile compito di enucleare, da quelli che potrebbero definirsi i principi generali della materia, la restante e più dettagliata disciplina²⁷³.

²⁷² Più diffusamente *infra*, par. 5.5.4.

²⁷³ TRICOT, *Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français*, in RSC, 2013, 1, p. 19. L'Autrice parla di un ruolo fondamentale dell'autorità giudiziaria nella costruzione dell'architettura della responsabilità penale della *personne morale*. Vedi anche DESPORTES e LE GUNHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017. Per gli Autori questa tecnica legislativa presenta il vantaggio della semplicità, lasciando alle giurisdizioni il compito di regolare, caso per caso, le difficoltà che si possono presentare. A detta di altri autori, questo effetto rappresenterebbe invece l'aspetto negativo della scelta normativa in discussione, in quanto comporta che sia il giudice a dover regolare alcune questioni spinose. BENILLOUCHE, *La poursuite des personnes morales*, in AA. VV.,

È verosimile che il chiaro ed inequivocabile riconoscimento del carattere penale della responsabilità abbia contribuito, in buona misura, a sostenere gli interpreti nell'espletamento di questa delicata missione.

5.3 Costituzionalità della nuova disciplina e reazioni della giurisprudenza

Nonostante la presa di posizione del legislatore, il periodo successivo all'entrata in vigore del codice del 1994 rivelò che il superamento delle obiezioni sollevate alla responsabilità penale degli enti prima della sua introduzione non si era compiuto appieno.

Il principale *punctum dolens* era rappresentato dalla possibile violazione del principio della personalità della responsabilità penale, dovuta al fatto che l'ente avrebbe risposto, almeno sostanzialmente, di un fatto commesso da un soggetto diverso da lui. Inoltre, il meccanismo di responsabilità *par ricochet* avrebbe potuto eludere la presunzione di innocenza.

L'idea di un'incostituzionalità della disciplina fu tuttavia respinta con forza dalla Cour de Cassation, la quale, in due successive pronunce²⁷⁴, rigettò la richiesta di rinviare alla Corte Costituzionale la questione di legittimità relativa all'articolo 121-2 c.p., ritenendo l'insussistenza di qualunque deroga al principio di personalità della responsabilità penale e alla presunzione di innocenza.

Pur essendo la motivazione di entrambe le pronunce alquanto succinta, se ne trae che le condizioni previste dal legislatore per il coinvolgimento del soggetto collettivo nella vicenda penale sono sufficienti a scongiurare un'illegittimità costituzionale della nuova normativa. Ci si riferisce, in particolare, alla

Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales Puf, Collection CEPRISCA, 2009, p. 18.

²⁷⁴ Crim. 29 marzo 2011, 11-90.007 e Crim. 27 aprile 2011, 11-90.013.

previsione per cui l'ente risponde esclusivamente di un fatto commesso da un suo organo o rappresentante e per suo conto.

In sostanza, lo stesso riferimento alla commissione di un fatto di reato da parte dell'organo o del rappresentante dell'ente nel suo interesse dovrebbe escludere una violazione del principio di responsabilità penale personale nonché della presunzione di innocenza, visto che è vero che la *societas* risponde puramente e semplicemente del fatto della persona fisica, ma è vero anche che quella persona fisica la rappresenta e ne esprime la volontà²⁷⁵. Proprio per questo motivo la normativa francese esclude che il reato presupposto possa essere commesso da un qualsiasi dipendente dell'ente privo di poteri rappresentativi²⁷⁶.

Lo stesso legislatore sembra aver prestato alla questione un'attenzione particolare. L'enunciazione della responsabilità penale dell'ente (articolo 121-2 c.p.) segue immediatamente quella della responsabilità penale personale (articolo 121-1 c.p.), come ad ammonire che la prima non è una deroga ma, semmai, una specificazione della seconda.

D'altronde, la stessa Corte Costituzionale, nel 1998, aveva avallato, seppur solo indirettamente, la legittimità del riconoscimento della “capacità” penale degli enti, quando, pronunciandosi su una questione relativa all'immunità penale riconosciuta dall'ordinamento giuridico a determinate associazioni umanitarie, aveva affermato che, seppur nel rispetto del principio di uguaglianza, il legislatore aveva la possibilità di accordare l'immunità penale a certe categorie di persone fisiche o di *personnes morales*.

Può osservarsi, ad ogni modo, come la giurisprudenza abbia accolto la riforma con un iniziale *self-restraint*. Dopo una isolata pronuncia nel 1994, le altre

²⁷⁵ DESPORTES e LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 2009, p. 575.

²⁷⁶ Questa esclusione, fra l'altro, pare atteggiarsi alla stregua di un contrappeso rispetto alla scelta di criteri essenzialmente oggettivi d'imputazione del fatto all'ente.

risalgono solo alla seconda metà del 1995. L'applicazione della nuova normativa è andata tuttavia fluidificandosi nel tempo²⁷⁷.

Le incertezze iniziali, legate soprattutto al carattere a volte generico delle poche norme che il legislatore francese ha utilizzato per regolare questa nuova forma di responsabilità, sono andate attenuandosi col passare degli anni, grazie anche ai sempre più frequenti interventi chiarificatori della Corte di Cassazione.

5.4 Le fonti del procedimento penale *de societate* nel sistema francese

Le regole procedurali applicabili alle *personnes morales* si devono alla legge n. 92-1336 del 16 dicembre 1992, che ha inserito nel libro IV del codice di procedura penale, concernente la trattazione alcune di procedure particolari²⁷⁸, un titolo XVIII dedicato allo svolgimento del processo penale a carico del soggetto collettivo.

È stato necessario mettere a punto dei meccanismi che consentissero lo svolgimento di un processo penale nei confronti di una persona priva di un'esistenza fisica. L'ostacolo più evidente è stato quello relativo all'individuazione del soggetto deputato alla rappresentanza dell'ente nel procedimento, come testimoniato dalla particolare attenzione che, nel tempo, tanto la dottrina che la giurisprudenza hanno prestato all'argomento²⁷⁹. Pare,

²⁷⁷ DESPORTES e LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 2009, p. 541.

²⁷⁸ Trattasi di riti soggetti a regole differenziate rispetto a quello ordinario per ragioni legate alla peculiarità di particolari istituti o alla specificità dei reati per i quali si procede. A titolo di esempio, nel libro IV vengono regolate le procedure relative all'estradizione (Titolo X, Cap. V), al mandato d'arresto europeo (Titolo X, Cap. IV), ai crimini contro l'umanità e ai crimini di guerra (Titolo I), agli atti di terrorismo (Titolo XV), al traffico di stupefacenti (Titolo XVI), ai reati in materia economica e finanziaria (Titolo XVIII), alla criminalità organizzata (Titolo XXV) e così via.

²⁷⁹ Cfr. BUFFELAN-LANORE, *La procédure applicable aux infractions commises par les personnes morales*, in *Rev. Soc.*, 1993, p. 315; DESPORTES e LE GUNEHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes*

anzi, che l'elaborazione teorica e giurisprudenziale sulla figura del rappresentante legale abbia finito per oscurare gli altri numerosi problemi che la procedura penale in genere pone²⁸⁰, soprattutto quando la sua messa a punto viene, per una cospicua parte, affidata agli studiosi.

La scelta del legislatore francese, infatti, è stata quella di individuare un insieme di regole speciali piuttosto ridotto (artt. 706-41 ss. *code de procédure pénale*²⁸¹) e di lasciare agli interpreti, per il resto, il compito di adattare al procedimento *de societate* le restanti disposizioni previste per la persona fisica.

L'articolo 706-41 c.p.p. pone la regola della generale applicabilità, al procedimento a carico della *personne morale*, delle norme previste dal codice di rito, nonché delle disposizioni contenute nel titolo dedicato alla materia. Si tratta, in tutto, di soli sei articoli di ispirazione alquanto generale, tanto che si è parlato di una sorta di *soft law*, visto il margine interpretativo assai ampio lasciato alla giurisprudenza²⁸².

Pur in mancanza di una norma assimilabile all'articolo 34 d.lgs. 231 del 2001, anche nel sistema francese il giudice procede di volta in volta alla verifica circa la compatibilità della regola di rito al procedimento a carico del soggetto collettivo. La necessità di interrogarsi sulla possibilità di estendere a un essere privo di una propria fisicità delle regole originariamente pensate per una persona

morales, JCP, 20, 1995, agg. 2017; MATSOPOULOU, *Responsabilité pénale des personnes morales*, in Répertoire de droit des sociétés, 2002; BOULOC, *La représentation de la personne morale poursuivie: une loi à refaire*, Recueil Dalloz, 1998; ROBERT, *La représentation devant les juridictions pénales des personnes morales poursuivies ou le syndrome de Pyrrhon*, in AA. VV., *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit*, presses universitaire limoges, 2004; BENILLOUCHE, *La poursuite des personnes morales*, in AA. VV., *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Puf, Collection CEPRISCA, 2009, p. 21.

²⁸⁰ DESPORTES e LE GUNHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017.

²⁸¹ D'ora in poi, c.p.p.

²⁸² BENILLOUCHE, *La poursuite des personnes morales*, in AA. VV., *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Puf, Collection CEPRISCA, 2009, p. 18.

fisica è sempre presente. A titolo di esempio, l'articolo 6 del codice di procedura penale francese, norma astrattamente applicabile al procedimento *de societate* vista la clausola di estensione prevista all'articolo 706-41 c.p.p., prevede che la morte del soggetto sottoposto al procedimento penale costituisca una causa di estinzione dell'azione pubblica. La dottrina si è subito interrogata sulla possibilità di utilizzare la norma anche nel procedimento a carico dell'ente, evidenziando la necessità, in caso positivo, di un suo adattamento: applicata al procedimento a carico di una *personne morale*, la norma implicherebbe l'estinzione dell'azione pubblica al momento non della morte, che ovviamente non può colpire che una persona fisica, ma della dissoluzione dell'ente²⁸³.

È interessante notare, inoltre, come il legislatore francese non abbia espressamente sancito l'assimilazione dell'ente all'imputato, essendo essa sostanzialmente implicita nella regola contenuta nell'articolo 706-43 c.p.p., che precisa che l'azione pubblica è esercitata contro la *personne morale* nella persona del suo rappresentante.

Nell'ordinamento francese l'assimilazione dell'ente all'imputato è stata una scelta così ovvia che non si è avvertito il bisogno di esplicitarla né di ancorarla ad alcuna clausola di compatibilità. L'assenza di specificazioni ulteriori sembrerebbe, quindi, segnalare un approccio più autenticamente garantista.

Sotto altro profilo, invece, il sistema ricavabile dagli articoli 706-41 ss. c.p.p. è parso in qualche misura insoddisfacente a una parte della dottrina francese a

²⁸³ La Corte di Cassazione si è pronunciata su questo argomento accogliendo, infine, la tesi della applicabilità dell'articolo 6 c.p.p. al procedimento a carico dell'ente nel caso di una sua dissoluzione, argomentando nel senso che la società aveva perso la sua esistenza giuridica, pertanto il procedimento penale non aveva più motivo di essere portato avanti. Crim. 15 novembre 2005, n. 04-85.441. Conclusione non dissimile per quanto riguarda un caso di assorbimento di una società sottoposta a un procedimento penale. La Corte di Cassazione ha ritenuto che, in virtù del principio della responsabilità penale personale, non è possibile svolgere il processo penale a carico di nessuna delle due società, quella assorbente per non aver commesso il reato, quella assorbita per non essere più dotata di un'esistenza giuridica propria. Crim. 20 giugno 2000, Bul. n. 237.

causa del carattere estremamente conciso delle poche norme procedurali elaborate dal legislatore, il quale, in un terreno largamente inesplorato, si è guardato dal mettere a punto una regolamentazione troppo minuziosa²⁸⁴.

L'elaborazione di un sistema procedurale completo ed esaustivo avrebbe richiesto tempi troppo lunghi per quella che, in Italia come in Francia, era stata concepita inizialmente come una forma di responsabilità da sperimentare e perfezionare nel tempo.

La procedura, tuttavia, è una materia che richiede precisione²⁸⁵ e ancorché una circolare ministeriale del 1998²⁸⁶, nell'atto di analizzare le prime cento condanne a carico di *personnes morales*, abbia messo in evidenza che nessuna difficoltà particolare si era fino ad allora manifestata nell'ambito procedurale, gli autori hanno avuto modo di ribattere che questo sembrava un bilancio fin troppo positivo e che, con ogni probabilità, gli ostacoli che si erano presentati erano stati semplicemente sorvolati²⁸⁷.

Volendo delineare la struttura essenziale della procedura penale degli enti francese, pertanto, occorre interrogarsi non solo sulle disposizioni appositamente introdotte agli articoli 706-41 ss. c.p.p., ma anche su tutto quanto, non essendo espressamente sancito dal legislatore, comporta il necessario rinvio alle regole

²⁸⁴ «Le législateur s'est gardé, dans un domaine largement inexploré, d'élaborer une réglementation trop minutieuse», DESPORTES e LE GUNEHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017.

²⁸⁵ ROBERT, *La représentation devant les juridictions pénales des personnes morales poursuivies ou le syndrome de Pyrrhon*, in AA. VV., *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit*, Presses Universitaire Limoges, 2004, p. 540.

²⁸⁶ CRIM-98-1/FI, 26 gennaio 1998. Nell'ordinamento francese, la circolare è un atto amministrativo che il ministro, o anche il superiore gerarchico di un'amministrazione, indirizza ai suoi subordinati al fine di guidarli nell'espletamento della loro missione, indicando loro in che modo devono essere applicati i testi di legge e i regolamenti ai quali essi devono dare attuazione. Come nel sistema italiano, neppure in quello francese la circolare ha natura di atto normativo, essendo esclusa dalla gerarchia delle fonti. Vedi CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2017, p. 113. Vedi anche DUPRÉ DE BOULOIS, in AA. VV., *Traité de droit administratif*, a cura di GONOD, MELLERAY e PHILIPPE, Tome 2, Dalloz, 2011, p. 161.

²⁸⁷ MARON e ROBERT, *Cent personnes morales pénalement condamnées*, JPC, 6, 1999, I, n.11.

applicabili al procedimento a carico della persona fisica e la verifica della loro compatibilità.

5.4.1 Lineamenti generali del procedimento penale in Francia

Alla luce del dispositivo dell'articolo 706-41 c.p.p., la procedura applicabile alla *personne morale* è, in via di principio, identica a quella riservata alle persone fisiche, ma con alcuni necessari adattamenti²⁸⁸. Si rende, pertanto, necessaria una breve disamina del procedimento penale tradizionale francese.

In estrema sintesi, esso è sostanzialmente bifasico: a una prima fase di indagini preliminari, detta *enquête de police*²⁸⁹, diretta dal pubblico ministero e deputata alla raccolta degli elementi necessari alla determinazione circa l'esercizio dell'azione penale²⁹⁰, segue, di regola, quella delle *poursuites*, caratterizzata, per l'appunto, dall'esercizio dell'azione pubblica e dall'intervento del giudice. Occorre sottolineare, per inciso, che il legislatore francese ha previsto anche la possibilità di ricorrere a vie alternative rispetto alle *poursuites*, tra le quali particolare importanza nel procedimento *de societate* assume, come si vedrà, la *composition pénale*²⁹¹.

²⁸⁸ BUFFELAN-LANORE, *La procédure applicable aux infractions commises par les personnes morales*, in Rev. Soc., 1993, p. 315.

²⁸⁹ Al termine di questa fase, conformemente all'art. 40-1 c.p.p., il pubblico ministero può anche decidere di archiviare il caso.

²⁹⁰ Occorre, a tal proposito, sottolineare una peculiarità del sistema francese. L'art. 40 c.p.p. Sancisce il principio dell'opportunità delle *poursuites*. Il pubblico ministero, pertanto, può decidere di non dare seguito alle indagini e non esercitare, dunque, l'azione pubblica per ragioni di mera opportunità lasciate al suo esclusivo apprezzamento. A titolo di esempio, il procuratore potrebbe decidere di archiviare il caso in virtù della lievità del fatto o della riparazione dei danni effettuata dall'autore dello stesso. VERNY, *Procédure pénale*, Dalloz, 2016, p. 123.

²⁹¹ A norma dell'art. 41-2 c.p.p., il pubblico ministero, prima che l'azione pubblica sia esercitata può proporre una *composition pénale* a una persona fisica che riconosca di aver commesso una contravvenzione o un delitto punito con la pena dell'ammenda o della reclusione di durata non superiore a cinque anni. La legge indica le svariate misure che il pubblico ministero può proporre al soggetto in composizione penale; ad esempio, il versamento di un'ammenda di

La fase delle *poursuites*, a seconda dei casi, può essere contrassegnata dalla previa esecuzione di un'istruttoria, nel qual caso viene adito un giudice istruttore, o vedere il coinvolgimento diretto del giudice che adotterà la sentenza finale²⁹².

Lo svolgimento della fase istruttoria, nella quale si raccoglie il materiale probatorio a sostegno della successiva decisione, è obbligatorio nei procedimenti per i reati più gravi, per i quali è competente la *Cour d'Assises*²⁹³, mentre negli altri casi è subordinato alla assenza di un quadro probatorio completo²⁹⁴.

Conformemente all'articolo 51 c.p.p., il giudice istruttore non può svolgere le sue funzioni che in virtù di una richiesta del pubblico ministero o di un ricorso con costituzione di parte civile ad opera della persona danneggiata dal reato.

Nell'ambito della fase istruttoria, possono essere disposte misure restrittive della libertà personale. In particolare, può farsi ricorso al *contrôle judiciaire*²⁹⁵ e, laddove questa misura appaia insufficiente, alla *détention provisoire*²⁹⁶.

L'istruttoria si chiude con un provvedimento del giudice che, a seconda dei casi, dispone che si proceda nei confronti dell'accusato o meno. Se il giudice ritiene

composizione al Tesoro. La composizione penale deve essere convalidata dal giudice competente, la cui decisione non è ricorribile.

²⁹² DESPORTES, LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2015, p. 687.

²⁹³ Nel sistema francese, a diverse tipologie di reato corrispondono organi diversi deputati a giudicarli. Per le infrazioni più gravi, i crimini, è competente la *Cour d'Assises*; per i delitti, di gravità intermedia, è competente il *Tribunal Correctionnel*; per le contravvenzioni, reati di minore gravità, sono competenti il *Tribunal de Police* e la *Jurisdiction de Proximité*.

²⁹⁴ VERNY, *Procédure pénale*, Dalloz, 2016, p. 137.

²⁹⁵ Art. 138 c.p.p. L'istituto, la cui applicazione può essere disposta dal giudice istruttore, consente, per motivi attinenti al corretto svolgimento dell'istruttoria o per ragioni di sicurezza, di sottoporre il soggetto che rischia di vedersi applicata la pena della reclusione o una pena più grave a una o più obbligazioni individuate dal giudice fra quelle indicate dalla legge. Ad esempio, il soggetto può essere costretto a non oltrepassare determinati limiti territoriali indicati dall'ordinanza o al pagamento di una cauzione (art. 138, al. 2 c.p.p.). Il giudice istruttore può, in ogni momento ed eventualmente d'ufficio, modificare il contenuto della misura o disporre la sua cessazione.

²⁹⁶ Art. 137-1 c.p.p. La misura può essere disposta se il *contrôle judiciaire* risulta insufficiente. Inoltre, è necessario che il soggetto abbia commesso un fatto punito con la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni oppure che si sia sottratto volontariamente alle obbligazioni inerenti al *contrôle judiciaire*. Non è il giudice istruttore a disporre la misura ma il *juges des libertés et de la détention* (art. 137-1 c.p.p.).

che i fatti addebitati al soggetto non costituiscono reato ovvero se l'autore è rimasto sconosciuto o ancora se le prove raccolte non sono sufficienti, l'articolo 177 c.p.p. dispone che sia emessa un'ordinanza di non luogo (*non lieu*), che impedisce l'approdo del procedimento alla successiva fase di giudizio. Nel caso in cui, invece, il giudice ritenga che i fatti addebitati al soggetto costituiscano reato, emette, laddove la giurisdizione competente sia il Tribunal Correctionnel, il Tribunal de Police o la Jurisdiction de Proximité, un'ordinanza di rinvio, laddove sia competente la Cour d'Assises, una *mise en accusation* (artt. 178 ss. c.p.p.).

Nel caso in cui non sia necessario svolgere l'istruttoria, invece, viene adito direttamente il giudice del dibattimento. Ciò può avvenire tramite le ordinarie modalità della *citation directe*²⁹⁷ e della *comparution volontaire*²⁹⁸ oppure accedendo a riti alternativi che consentono una maggiore speditezza a fronte della più semplice ricostruibilità di un fatto di reato non eccessivamente grave. Essi consistono nella *convocation par procès-verbal*²⁹⁹, nella *comparution*

²⁹⁷ Artt. 390 e 533 c.p.p. Tramite questo istituto, il soggetto viene convocato direttamente dinanzi alla giurisdizione competente a decidere la causa nel merito, senza il previo svolgimento della fase di *enquête de police*. Si tratta di una via praticabile sia dal pubblico ministero che dalla persona danneggiata dal reato, tuttavia non accessibile in caso di crimini, di competenza della Cour d'Assises, per i quali è sempre necessario lo svolgimento delle indagini e successivamente dell'istruttoria. Il soggetto che ricorre alla citazione diretta, pubblico ministero o persona lesa dal reato che sia, deve essere già in possesso degli elementi che possono attestare la colpevolezza dell'accusato.

²⁹⁸ Artt. 389 e 532 c.p.p. Si tratta della comparizione volontaria in udienza del soggetto precedentemente avvertito (esclusivamente) dal pubblico ministero. La comparizione volontaria dispensa il pubblico ministero dall'obbligo di procedere alla citazione. Anche in questo caso, la procedura non può essere adottata in caso di crimini.

²⁹⁹ Artt. 393 ss. c.p.p. Una volta che una persona sospettata della commissione di un delitto sia stata condotta davanti al pubblico ministero, costui può, dopo avere raccolto sue eventuali dichiarazioni, invitarla a comparire in tribunale non prima di dieci giorni ma entro i successivi sei mesi, dandole comunicazione dei fatti addebitatigli nonché del giorno, dell'ora e del luogo dell'udienza. Trattasi, dunque, di una procedura che consente una celere definizione del giudizio di primo grado, a fronte di fatti di facile e chiara ricostruzione dei fatti.

*immédiate*³⁰⁰ e nella *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*³⁰¹.

Va, infine, precisato che la normativa francese prevede alcuni riti alternativi che consentono di evitare addirittura lo svolgimento dell'udienza dibattimentale, come accade per l'*amende forfaitaire*³⁰² e per l'*ordonnance pénale*³⁰³, istituto, quest'ultimo, molto simile al procedimento per decreto del sistema italiano.

Il provvedimento emesso al termine della fase del giudizio è impugnabile nei modi previsti dalla legge.

³⁰⁰ Art. 395 c.p.p. Possibile solo in caso di commissione di un delitto per cui è prevista la pena della reclusione nel massimo di due anni (sei mesi in caso di flagranza). Il pubblico ministero dinanzi al quale la persona sospettata è stata condotta può ordinare che questa sia trasportata coattivamente dinanzi al tribunale il giorno stesso. Il soggetto, pertanto, compare non libero in udienza. Anche in questo caso, il ricorso alla procedura presuppone che non sia necessario lo svolgimento di ulteriori indagini, risultando i fatti semplici e chiari.

³⁰¹ Art. 495-7 c.p.p. Per i delitti puniti con la pena dell'ammenda o della reclusione non superiore a cinque anni, il pubblico ministero può, d'ufficio ovvero alla richiesta dell'interessato o del suo avvocato, ricorrere alla procedura *de qua* laddove il sospettato riconosca la sua colpevolezza in relazione ai fatti addebitatigli. In questo caso, il pubblico ministero propone al soggetto l'applicazione di una pena da lui individuata. In caso di accettazione, la persona è condotta dinanzi al presidente del Tribunale di grande istanza (vedi n. 324), al quale il pubblico ministero chiede l'omologazione dell'"accordo".

³⁰² Art. 529 c.p.p. Applicabile solo in materia contravvenzionale, e solo per alcune delle contravvenzioni previste dalla legge, consente di evitare l'esercizio dell'azione pubblica, e quindi lo svolgimento dell'intera fase delle *poursuites*, dietro il pagamento di una somma di denaro. Ancorché una contravvenzione rientri tra quelle assoggettabili a tale procedura, il pubblico ministero può comunque decidere di esercitare l'azione pubblica (Crim. 12 marzo 2002, Bul. n. 61).

³⁰³ Artt. 495 ss. e 524 ss. c.p.p. Si tratta di una procedura praticabile in caso di contravvenzioni e di alcuni delitti indicati dalla legge in presenza di certi presupposti. In particolare, è necessario che i fatti posti alla base del procedimento penale siano semplici e incontrovertibili; che si sia a conoscenza delle informazioni relative alla personalità dell'accusato, alle accuse a lui rivolte e alle risorse finanziarie dello stesso; che, tenuto conto della gravità del fatto, possa escludersi una condanna alla reclusione o al pagamento di un'ammenda di importo superiore a 5000 euro; che il ricorso alla procedura non leda i diritti della vittima. Quanto alla procedura, il pubblico ministero presenta al giudice competente a seconda dei casi (Tribunal de Police o Jurisdiction de Proximité in caso di contravvenzioni, presidente del Tribunal Correctionnel in caso di delitti) il dossier formato a seguito delle indagini chiedendo l'emanazione dell'ordinanza. Il giudice provvede, senza lo svolgimento di un contraddittorio, a condannare l'accusato al pagamento di una somma di denaro ovvero ad assolverlo. Tuttavia, se ritiene che lo svolgimento del contraddittorio sia necessario ovvero che possa essere applicata la pena della reclusione, restituisce gli atti al pubblico ministero perché proceda secondo le modalità ordinarie.

5.4.2 Il procedimento a carico dell'ente

Dall'analisi delle norme processuali dedicate al procedimento penale *de societate*, emerge, anzitutto, che il legislatore non ha dettato alcuna regola particolare con riferimento alla fase di *enquête de police*. Occorre, perciò, procedere alla verifica circa la applicabilità delle regole dettate per il procedimento a carico la persona fisica.

Secondo la dottrina più accreditata³⁰⁴, le indagini dovrebbero svolgersi senza particolari difficoltà a carico della *personne morale*, con la precisazione che mentre è necessaria l'individuazione dell'ente affinché il procedimento possa proseguire, non pare potersi dire lo stesso con riferimento a quella degli organi o rappresentanti che hanno commesso il fatto, dato che alcune pronunce hanno ritenuto che essa non è necessaria ai fini dell'affermazione della responsabilità dell'ente.

Nel corso dell'*enquête* possono effettuarsi atti di indagine quali perquisizioni, visite domiciliari e sequestri. Stando a quanto stabilito dall'articolo 76 c.p.p., tuttavia, è necessario il consenso della persona nella cui abitazione l'atto ha luogo. Trattandosi di enti, potrebbe ritenersi che il consenso debba essere prestato dal rappresentante legale quanto meno nel caso in cui si proceda nella sede sociale o in un luogo in cui è svolta l'attività collettiva³⁰⁵.

Non sembra invece possibile il ricorso alla *garde à vue*, istituto che consente agli organi di polizia di mantenere il controllo a vista su un soggetto sospettato

³⁰⁴ DESPORTES e LE GUNEHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017.

³⁰⁵ DESPORTES e LE GUNEHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017.

di aver commesso un crimine o un delitto punibile con la reclusione (art. 62-2 c.p.p.)³⁰⁶.

La misura non è, per ovvi motivi, applicabile alla *personne morale*, e tale conclusione sembra imporsi anche per quanto riguarda una sua eventuale applicazione al rappresentante della stessa. L'articolo 706-44 c.p.p., infatti, sancisce che costui non può essere sottoposto ad alcuna misura di coercizione personale diversa da quella applicabile al testimone.

Come nel procedimento penale tradizionale, il procuratore, al termine dell'inchiesta preliminare, decide discrezionalmente se archiviare il caso o esercitare l'azione penale, eventualmente anche nei confronti del solo soggetto collettivo. Nel caso di indagini condotte congiuntamente a carico dell'ente e della persona fisica, dunque, il procuratore può ben decidere di procedere nei confronti di uno solo dei due e non di entrambi³⁰⁷. Ciò facilita sensibilmente il lavoro del pubblico ministero, il quale potrà procedere contro l'ente anche laddove l'autore del reato presupposto non sia stato identificato, purché si sia certi della sua qualifica di organo o rappresentante.

Come si diceva, al termine delle indagini il procuratore decide se esercitare l'azione penale dando avvio alla fase delle *poursuites* in uno dei modi previsti dalla legge, tramite il ricorso a un giudice istruttore o, direttamente, a quello deputato a giudicare nel merito.

Il pubblico ministero, tuttavia, potrebbe decidere di ricorrere a una delle alternative alle *poursuites* previste dalla legge. Fra queste, spicca la *composition*

³⁰⁶ La misura è finalizzata, in sostanza, ad assicurare la presenza del sospettato laddove essa sia necessaria, ad evitare che egli possa in qualsiasi modo alterare le prove o coartare i testimoni e garantire l'attuazione delle misure necessarie a far cessare l'esecuzione del reato. Essa a una durata limitata (24 ore) e si svolge sotto il controllo del procuratore della repubblica.

³⁰⁷ Il trend giurisprudenziale, anzi, pare essere questo. La circolare del 26 gennaio 1998, che ha analizzato le prime cento condanne a carico di *personnes morales*, ha rilevato che, fra queste, solo quarantasei riguardavano anche la persona fisica.

pénale. Benché l'articolo 41-2 c.p.p. riservi l'istituto alle sole persone fisiche, la l. n. 2005-882 del 2005 ne ha esteso l'applicabilità alle *personnes morales*.

Tale procedimento presenta indubbi vantaggi per l'ente, in quanto gli consente di evitare di sostenere un lungo e costoso processo, attenuando altresì gli effetti negativi che da esso derivano in termini di pubblicità.

Da ultimo, il legislatore, ispirandosi alla *composition pénale*, ha introdotto un nuovo istituto, sempre alternativo rispetto alle *poursuites*, che, per espressa previsione, è applicabile alle *personnes morales*. La misura, indicata come «convenzione giudiziaria di interesse pubblico», si inserisce nel quadro di una novella del 2016 (legge del dicembre 2016, n.2016-1691) relativa alla trasparenza, alla lotta contro la corruzione e alla modernizzazione della vita economica. Pertanto essa si applica solo nel caso di commissione di alcuni delitti di corruzione appositamente individuati. Anche in questo caso, naturalmente, sono elencate le misure che l'ente può vedersi applicare.

Oltre ai vantaggi che anche la composizione penale comporta, la convenzione di interesse pubblico ne presenta altri affatto marginali: l'accesso alla misura non è subordinato al riconoscimento della colpevolezza e, di conseguenza, non v'è neppure l'iscrizione al casellario giudiziale.

Se non opta per l'archiviazione del caso o per una delle altre alternative alle *poursuites* previste dalla legge, il pubblico ministero procede all'esercizio dell'azione penale. Secondo un'autorevole dottrina³⁰⁸, tuttavia, tra le varie modalità di apertura delle *poursuites* ve ne sono alcune non compatibili con il procedimento penale *de societate*. Si tratta, in particolare, della *comparution immédiate* e della *convocation par procès-verbal*.

³⁰⁸ DESPORTES e LE GUNEHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017.

Entrambi gli istituti prevedono come presupposto la previa conduzione, dinanzi al pubblico ministero, della persona sospettata della commissione del reato, la qual cosa si verifica, generalmente, nell'ambito di una *garde à vue* (o di altra misura restrittiva della libertà personale), che come si è visto non è applicabile all'ente.

Un'ulteriore osservazione riguarda la possibilità di ricorrere, in caso di delitto, alle procedure speciali dell'*ordonnance pénale* e della *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*. Non pare di poter individuare elementi che ostino all'applicazione di tali procedure alla *personne morale*, pur essendo necessarie alcune precisazioni: quanto all'*ordonnance pénale*, deve ritenersi che questa debba indicare la sede e la denominazione del soggetto collettivo; quanto alla *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, in virtù del dispositivo dell'articolo 706-43 c.p.p. il soggetto deputato alla ammissione di colpevolezza dovrebbe essere il rappresentante legale dell'ente³⁰⁹.

Laddove il pubblico ministero decida di esercitare l'azione penale, potrebbe essere necessario lo svolgimento di un'istruttoria. In questo caso, anziché rivolgersi direttamente al giudice deputato all'adozione della sentenza finale, il procuratore investe della questione un giudice istruttore.

Nella fase istruttoria, come nel procedimento a carico della persona fisica, potrebbe manifestarsi la necessità di ricorrere a misure restrittive della libertà personale. Dal momento che non è ipotizzabile una detenzione provvisoria con riferimento ad un ente, l'unica misura praticabile è quella del *contrôle judiciaire*.

Quanto alla *personne morale*, il legislatore ha introdotto una norma apposita (art. 706-45 c.p.p.), deputata all'individuazione degli obblighi applicabili all'ente a titolo di controllo giudiziario (come, ad esempio, l'interdizione dallo

³⁰⁹ DESPORTES e LE GUNEHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017.

svolgimento di certe attività professionali, il divieto di emettere assegni, il deposito di una cauzione etc.) e, ovviamente, delle misure da adottare in caso di violazione degli stessi.

Può notarsi come il legislatore francese si sia guardato dalla scelta di un'applicazione anticipata delle misure sanzionatorie nella fase cautelare, mostrandosi ossequioso al principio della presunzione di innocenza.

La fase istruttoria procede, per il resto, conformemente alle regole previste per il processo tradizionale, con i necessari adattamenti riguardanti l'audizione del rappresentante legale dell'ente³¹⁰.

Conclusa l'istruttoria e conformemente alle regole generali, si apre la fase del giudizio, riguardo alla quale il legislatore non ha previsto alcuna regola particolare, lasciando all'interprete l'onere di verificare l'applicabilità della normativa riferibile alla persona fisica.

A tal proposito, bisogna distinguere a seconda che si proceda davanti alla Cour d'Assises, al Tribunal Correctionnel, al Tribunal de Police o alla Juridiction de Proximité.

Quanto al procedimento in Cour d'Assises, è sorto il problema dell'applicazione dell'articolo 272-1 c.p.p., il quale prevede l'obbligo, per l'accusato di un crimine, di comparire davanti alla corte al fine di sottoporsi all'interrogatorio imposto dall'articolo 272 c.p.p. In caso di assenza non giustificata da un legittimo motivo, la norma consente l'adozione di un mandato d'arresto nei confronti del soggetto. Trattandosi di una *personne morale*, tuttavia, la norma risulta sostanzialmente inapplicabile. Nell'impossibilità di eseguire la misura nei confronti di un soggetto dalle sembianze non antropomorfe, si imporrebbe l'adozione della stessa nei confronti del suo rappresentante. Tale *modus procedendi*, tuttavia, è

³¹⁰ *Ultra*, parr. 5.5 e 5.5.3.

precluso dal dispositivo dell'articolo 706-44 c.p.p. Non resta, in assenza di regole specifiche, che affidarsi alla ragionevolezza del rappresentante³¹¹.

Tale problematica non si pone nel caso in cui si proceda per un delitto davanti alla *jurisdiction correctionnelle*. L'articolo 411 c.p.p. consente all'accusato di essere giudicato in sua assenza purché egli sia rappresentato dal suo avvocato o da quello d'ufficio e salvo che il Tribunale non ritenga necessaria la sua presenza. In questo caso l'udienza viene rinviata e l'accusato è invitato a comparire. La mancata comparizione, a questo punto, non impedisce il giudizio purché l'avvocato dell'accusato sia presente e venga ascoltato.

Identica è la procedura con riferimento al giudizio in materia di contravvenzioni. Anche in questo caso, dunque, non sono stati riscontrati problemi particolari.

Infine, neppure con riferimento alle impugnazioni il legislatore ha individuato regole particolari. Dall'analisi della dottrina e della giurisprudenza, tuttavia, non emergono aspetti problematici legati a questo tema.

Occorre, da ultimo, ricostruire la disciplina applicabile in tema di notifiche e citazioni e in tema di competenza territoriale. In entrambi i casi, il legislatore ha dettato un'apposita disciplina.

In materia di notifiche e citazioni, l'articolo 706-46 c.p.p. fa rinvio alle regole particolari rinvenibili nel titolo IV del libro II del codice di procedura penale, appositamente modificate per far fronte alle peculiarità del nuovo soggetto sottoposto al procedimento penale. Così, l'articolo 550 c.p.p. prevede che laddove l'atto di citazione o notifica riguardi una *personne morale*, deve farsi menzione della sede della stessa, mentre, a mente dell'articolo 555 c.p.p., l'atto deve essere consegnato al rappresentante legale, a una persona da lui delegata o

³¹¹ DESPORTES e LE GUNEHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017.

a tutte le persone a ciò abilitate. In ogni caso, l'ufficiale giudiziario deve informare l'ente della consegna tramite lettera semplice.

Infine, in materia di competenza territoriale, l'articolo 706-42 c.p.p. distingue a seconda che il procedimento riguardi la sola *personne morale* o anche una persona fisica.

Nel primo caso, ossia laddove si proceda esclusivamente nei confronti dell'ente, il giudice competente è quello del luogo in cui è stato commesso il reato ovvero del luogo in cui il soggetto collettivo ha la sua sede legale o statutaria. Ci si è chiesti se il criterio sia suscettibile di ricomprendere anche la sede effettiva dell'ente, ossia quella in cui è concretamente esercitata la direzione dello stesso. Potrebbe considerarsi, a tal fine, la giurisprudenza che, in materia civile e commerciale, ammette che l'attore possa adire anche il tribunale del luogo in cui l'attività è effettivamente esercitata. In questo modo, al criterio della sede legale o statutaria si affiancherebbe quello della sede effettiva dell'ente³¹².

Allo stesso modo, pare sia ancora una volta necessario il ricorso alla giurisprudenza per sciogliere il dubbio nei casi di pluralità di stabilimenti sul territorio nazionale. Nel campo civilistico, da tempo si ammette che il tribunale competente sia non soltanto quello del luogo in cui si trova la sede sociale della *personne morale* ma anche quello del luogo in cui sorge la succursale cui è riferibile l'attività che ha formato oggetto del contendere³¹³.

Per il caso in cui, invece, si proceda congiuntamente anche nei confronti di una persona fisica, l'articolo 706-42 prevede che la competenza territoriale sia individuata senza pregiudizio delle regole generalmente applicabili. Ciò implica che, in tal caso, il processo, cumulativo, si svolga dinanzi al giudice competente

³¹² DESPORTES e LE GUNEHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017.

³¹³ DESPORTES e LE GUNEHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017.

a conoscere del reato posto in essere dalla persona fisica. Si tratta di una scelta quasi obbligata, soprattutto tenendo conto che, in Francia, il fatto dell'ente non presenta elementi ulteriori rispetto a quello dell'autore del reato presupposto.

La trattazione simultanea risponde a un criterio di economia processuale ma anche di garanzia. La possibilità di intervenire nel procedimento a carico della persona fisica, essendo tale procedimento suscettibile di avere una qualche influenza sul proprio, consente all'ente di esercitare appieno il suo diritto di difesa.

La disposizione in discorso, ad ogni modo, sembra delineare un campo applicativo ben più ampio di quello che potrebbe risultare dal ragionamento che si è appena svolto. Non si precisa, infatti, né l'oggetto del procedimento a carico della persona fisica, né se quest'ultima debba ricoprire un ruolo particolare all'interno dell'ente perché possa ritenersi applicabile il criterio di competenza appena illustrato.

Pare, dunque, che non sia necessario che il soggetto collettivo e la persona fisica siano perseguiti per lo stesso fatto, essendo sufficiente che vi sia un rapporto di connessione fra le infrazioni addebitate all'uno e all'altra. Inoltre, dovrebbe farsi ricorso al cumulo anche nel caso in cui la persona fisica sottoposta al procedimento penale non sia un rappresentante o comunque un membro dell'ente³¹⁴.

Ci si dovrebbe chiedere, invece, se questo meccanismo possa operare anche in senso contrario, cioè se, iniziato un procedimento a carico di una *personne morale*, il giudice sia competente a conoscere anche dell'infrazione commessa dalla persona fisica nei cui confronti si proceda successivamente. A tal proposito, una circolare del 14 maggio 1993, n. 27, esclude questa possibilità, ma alcuni

³¹⁴ DESPORTES e LE GUNEHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017.

autori sottolineano come la regola sancita dall'articolo 706-42 non sia altro che l'espressione dei principi generali in materia di competenza³¹⁵, pertanto non vi è motivo di ritenere che essa operi solo unilateralmente³¹⁶.

5.5 La rappresentanza dell'ente nel procedimento penale

L'individuazione del soggetto deputato a impersonare l'ente ha rappresentato, anche in Francia, uno degli snodi fondamentali nell'articolazione del diritto di difesa del soggetto collettivo. La centralità del tema è dimostrata dal fatto che la stessa giurisprudenza, negli anni, sembra aver tralasciato alcune questioni interpretative pur importanti per concentrarsi su quella della rappresentazione della *personne morale* nel processo³¹⁷.

L'articolo 706-43 c.p.p. prevede che l'azione pubblica sia esercitata nei confronti del rappresentante legale dell'ente all'epoca delle *poursuites* e che costui rappresenti il soggetto collettivo per tutti gli atti della procedura.

Dal tenore dell'enunciato si coglie che la rappresentanza è esclusa nella fase dell'inchiesta, ciò che può sembrare logico dal momento che si tratta di una fase nella quale la *personne morale* non è ancora parte del processo penale, ma che non manca di sollevare alcuni problemi relativi alla modalità d'audizione del rappresentante.

In assenza di una disposizione specifica, può concludersi che costui debba essere sentito come un testimone, eventualmente costretto a comparire tramite

³¹⁵ Si veda, ad esempio, l'art. 382 al. 3 c.p.p., che regola la competenza del *Tribunal Correctionnel*, deputato a giudicare i delitti.

³¹⁶ MATSOPOULOU, *Responsabilité pénale des personnes morales*, in Répertoire de droit des sociétés, 2002.

³¹⁷ DESPORTES e LE GUNHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017.

l'impiego della forza pubblica³¹⁸. Ad ogni modo, ciò non rappresenta, con ogni probabilità, una falla nel diritto di difesa dell'ente: nella fase dell'inchiesta, infatti, non è prevista la prestazione del giuramento da parte di coloro che sono sottoposti all'audizione, con la conseguenza che un'eventuale reticenza o menzogna nello svolgimento della stessa non sono penalmente perseguibili³¹⁹.

Quanto alla locuzione “à l'époque des poursuites”, utilizzata nell'articolo 706-43 a indicare il momento dal quale la rappresentanza dell'ente si dispiega, il riferimento dovrebbe essere alla notificazione delle *poursuites* all'ente per mezzo del suo rappresentante³²⁰, il quale, almeno inizialmente, è generalmente individuato dagli organi procedenti, anziché dall'ente, nella persona del soggetto deputato alla rappresentanza di quest'ultimo per previsione di legge o di statuto. A differenza di quanto accade nel sistema italiano, infatti, l'ente non è libero di non costituirsi nel procedimento, tanto che, come si vedrà meglio in seguito, nell'assenza di qualunque persona deputata alla rappresentanza dell'ente si procede alla nomina di un mandatario di giustizia³²¹ (art. 406-43 c.p.p., ultimo comma). Se la normativa italiana, dunque, rimette al soggetto collettivo la scelta

³¹⁸ DESPORTES e LE GUNEHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017.

³¹⁹ La prestazione del giuramento è necessaria esclusivamente a partire dalla fase dell'istruttoria (art. 103 c.p.p.)

³²⁰ BENILLOUCHE, *La poursuite des personnes morales*, in AA. VV., *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Puf, Collection CEPRISCA, 2009, p. 21.

³²¹ Costui assume la rappresentanza dell'ente nell'ambito del procedimento. Il testo normativo non precisa quali sono i soggetti abilitati a ricoprire l'incarico. Per analogia, si potrebbe ricorrere al dispositivo dell'art. 131-46 c.p., stando il quale una *personne morale* potrebbe essere condannata alla pena della sorveglianza giudiziaria, che comporta la nomina di un mandatario di giustizia i cui compiti sono precisati dal giudice. Stando all'art. R. 131-53 c.p., il mandatario di giustizia è scelto tra gli iscritti alla lista prevista dall'art. 811-2 del codice di commercio oppure tra gli iscritti a una delle liste previste dall'articolo 157 c.p. A titolo eccezionale, inoltre, il giudice può, con decisione motivata, nominare come mandatario un soggetto non iscritto nelle liste ma avente un'esperienza o una qualifica particolari. Sembra, dunque, che il mandatario debba essere un soggetto professionale e indipendente dalla *personne morale*. DESPORTES e LE GUNEHEC, Art. 70641 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017.

di determinare una restrizione dei suoi stessi spazi difensivi, quella francese ripudia una tale possibilità e pretende la costante presenza, all'interno del procedimento, di un soggetto che esprima la volontà dell'ente.

È difficile dire se una tale impostazione normativa sia espressione della volontà di accordare all'ente la più ampia tutela possibile o, piuttosto, dell'esigenza di giovare di un suo contributo all'interno del procedimento. Qualunque sia la *ratio* ideologica e politica sottesa a tali scelte, non ci si può esimere dal chiedersi se un sistema così congegnato non risulti, in qualche misura, poco liberale, soprattutto se si considera che, almeno a una prima lettura, l'articolo 706-43, comma 1, c.p.p. sembra individuare nella nomina di un mandatario di giustizia, e quindi di un soggetto esterno all'ente, l'unica legittima alternativa per il caso in cui il rappresentante legale sia a sua volta indagato o imputato.

L'articolo 706-43 prosegue con la previsione per cui il soggetto collettivo può essere rappresentato anche dal soggetto che beneficia, conformemente alla legge o allo statuto, di una delega di poteri a questi effetti. In questo caso, la persona incaricata della rappresentanza dell'ente ha l'onere di portare la sua nomina a conoscenza della giurisdizione adita, indicando la sua identità tramite lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Una medesima incombenza si prevede anche nel caso di cambiamento della persona del rappresentante nel corso della procedura.

La possibilità, per l'ente, di farsi rappresentare da un soggetto a ciò delegato risponde ad un'esigenza di carattere pratico, consentendo al soggetto collettivo di evitare che uno dei suoi gestori sia a lungo impegnato in una vicenda legale che potrebbe sottrargli il tempo necessario alla corretta amministrazione dell'ente³²².

³²² MATSOPOULOU, *Responsabilité pénale des personnes morales*, in *Répertoire de droit des sociétés*, 2002. Vedi anche DESPORTES e LE GUNHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite*,

La dottrina francese ha evidenziato alcune difficoltà interpretative sollevate dalla norma. In particolare, ci si è chiesti se anche una persona esterna all'ente potesse essere investita della delega. Secondo i più, il riferimento, testuale, alla conformità alla legge o allo statuto escluderebbe questa possibilità, con la conseguenza che soltanto un soggetto interno all'ente, eventualmente anche un semplice dipendente, sarebbe suscettibile dell'investitura³²³.

L'ultimo comma dell'articolo 706-43 c.p.p. sancisce una regola di chiusura: in mancanza di qualunque persona abilitata a rappresentare l'ente, il presidente del Tribunale di Grande Istanza³²⁴ può designare, su richiesta del giudice dell'istruzione, del pubblico ministero o della parte civile, un mandatario di giustizia.

Un tale “vuoto rappresentativo”, in genere temporaneo, potrebbe derivare, ad esempio, dalla morte del rappresentante legale dell'ente combinata all'assenza della designazione di un delegato. Ma, per l'appunto, la carenza del rappresentante è per lo più temporanea, essendo l'ente certamente dotato di meccanismi in grado di porvi fine in tempi brevi. In sostanza, il ricorso alla nomina di un mandatario di giustizia sarà limitato al caso in cui, al momento dell'apertura delle *poursuites*, l'ente si manifesti privo di rappresentante.

Trattasi comunque di un *modus operandi* eccezionale. Proprio per questo si ritiene che la missione del mandatario di giustizia cessi nel momento in cui il soggetto collettivo addiviene all'individuazione di un nuovo rappresentante

instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales, JCP, 20, 1995, agg. 2017. Vedi anche BOULOC, *La représentation de la personne morale poursuivie: une loi à refaire*, Recueil Dalloz, 1998, p. 296.

³²³ ROBERT, *La représentation devant les juridictions pénales des personnes morales poursuivies ou le syndrome de Pyrrhon*, in AA. VV., *Apprendre à douter; Questions de droit, questions sur le droit*, Presses Universitaire Limoges, 2004, p. 542. Vedi anche DESPORTES e LE GUNEHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017.

³²⁴ Si tratta della più ampia formazione giurisdizionale da cui discende e si articola il *Tribunal Correctionnel*, deputato a giudicare dei delitti.

legale, venendo meno, in questo caso, la stessa ragion d'essere della sua nomina³²⁵.

La norma non sembra invece applicabile nel caso in cui il rappresentante legale, pur presente, si rifiuti di presentarsi a seguito di convocazioni e citazioni e non nomini un delegato, non essendo integrata la condizione, richiesta dalla norma, della assenza di un qualsiasi rappresentante³²⁶.

Un'ulteriore, più problematica ipotesi di nomina di un mandatario di giustizia attiene al caso in cui il rappresentante legale dell'ente sia anch'egli penalmente perseguito per gli stessi fatti o per fatti connessi a quelli addebitati all'ente.

L'originaria versione della norma prevedeva che, nel caso di *poursuites* simultanee a carico dell'ente e del suo rappresentante, il presidente del Tribunale di Grande Istanza nominasse un mandatario di giustizia. La previsione normativa, che prendeva atto della presenza di un irriducibile conflitto di interessi tra l'ente e il suo rappresentante, fu aspramente criticata da una parte della dottrina e le critiche si acuirono quando la Corte di Cassazione³²⁷ precisò che il tenore letterale della norma era nel senso di una designazione obbligatoria e non meramente facoltativa del mandatario.

Il dibattito che ne scaturì affondava in realtà le sue radici in un altro fondamentale tema, quello dei rapporti tra l'illecito della persona fisica e quello dell'ente. In effetti, un conflitto di interessi è ipotizzabile solo laddove si ritenga che il fondamento della responsabilità dell'ente differisca da quello della responsabilità della persona fisica. Quanti propendevano per questa

³²⁵ DESPORTES e LE GUNHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017.

³²⁶ MATSOPOULOU, *Responsabilité pénale des personnes morales*, in Répertoire de droit des sociétés, 2002. Vedi anche BENILLOUCHE, *La poursuite des personnes morales*, in AA. VV., *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Puf, Collection CEPRISCA, 2009, p. 26.

³²⁷ Crim. 7 dic. 1997, n. 97-83.079.

ricostruzione sottolineavano, dunque, la necessità di tenere distinte le difese del soggetto collettivo e del suo rappresentante.

In giurisprudenza, tuttavia, trionfò la tesi opposta, per la quale la *personne morale* si fa carico di una “responsabilità per rappresentazione”³²⁸, con la conseguenza che, essendo la sua vicenda penale intrinsecamente legata a quella del suo rappresentante, non è ravvisabile un conflitto di interessi e nulla osta ad una difesa congiunta.

Questo nuovo orientamento giurisprudenziale rafforzò le critiche che parte della dottrina da tempo muoveva alla versione originaria del testo, che fu infine modificato ad opera della l. 10 luglio del 2000, n. 2000-647.

Ad oggi, la norma prevede che in caso di *poursuites* simultanee a carico dell'ente e del suo rappresentante, quest'ultimo possa adire il presidente del tribunale di grande istanza al fine di ottenere la designazione di un mandatario di giustizia. Rispetto al testo precedente, dunque, non solo la nomina del mandatario è facoltativa, ma è per di più rimessa all'iniziativa dello stesso rappresentante sottoposto al procedimento penale.

Se la regola precedente era troppo rigida nel suo automatismo, quella attuale sembra fin troppo elastica e insuscettibile di raggiungere appieno l'obiettivo della prevenzione di un conflitto di interessi che si rivela immancabilmente a discapito dell'ente³²⁹.

Alcuni autori³³⁰ sottolineano come la teoria della rappresentazione, o della *responsabilité par ricochet*, che ha attecchito in buona parte della dottrina e, a

³²⁸Crim. 2 dic. 1997, Bul. n. 256 e 306.

³²⁹ DESPORTES e LE GUNEHÉC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017.

³³⁰ ROBERT, *La représentation devant les juridictions pénales des personnes morales poursuivies ou le syndrome de Pyrrhon*, in AA. VV., *Apprendre à douter, Questions de droit, questions sur le droit*, Presses Universitaire Limoges, 2004, p. 546.

partire dal 1997, nella giurisprudenza, finisce in sostanza per essere tradita dalle stesse parti in causa. Accade spesso che il difensore della persona fisica che ha commesso il reato ne organizzi la difesa in modo tale da riversare sull'ente, almeno in parte, le responsabilità da esso derivanti, facendo leva sull'esistenza, all'interno del soggetto collettivo, di pratiche poco ortodosse e difficilmente contrastabili³³¹.

Almeno in sostanza, dunque, il sistema francese consente che la difesa dell'ente passi per un soggetto portatore di interessi conflittuali rispetto ad esso. Si consideri anche che la stessa l. del 10 luglio 2000 ha apportato un'importante modifica al codice penale, prevedendo che nei casi di reato colposo la persona fisica, ma non l'ente, sia esonerata dal rimprovero penale laddove il fatto sia dovuto a colpa lieve e sia solo indirettamente imputabile all'agente³³².

Quale migliore modo per la persona fisica, per esonerarsi dalla responsabilità penale, di dimostrare la lievità della sua colpevolezza invocando le carenze dell'ente di appartenenza?³³³

In casi come questo il conflitto di interesse pare assolutamente reale e la sua gestione è rimessa alla lealtà dello stesso soggetto portatore di tale conflitto.

Infine, l'articolo 706-43 sembra offrire all'ente, in caso di *poursuites* simultanee, una soluzione alternativa a quella della nomina del mandatario di giustizia: ci si

³³¹ Trattasi di un argomento difensivo poco in linea con la teoria sopra menzionata, la quale, invece, presuppone una perfetta sovrapponibilità dell'illecito dell'ente e di quello della persona fisica.

³³² Art. 121-3, comma 3, c.p. Il fatto è indirettamente imputabile all'agente quando costui non ha causato direttamente il danno ma ha creato o contribuito a creare le condizioni che hanno permesso la sua realizzazione o non ha preso le misure necessarie ad evitarlo.

³³³ ROBERT, *La représentation devant les juridictions pénales des personnes morales poursuivies ou le syndrome de Pyrrhon*, in AA. VV., *Apprendre à douter, Questions de droit, questions sur le droit*, Presses Universitaire Limoges, 2004, p. 546.

riferisce al ricorso alla delega di poteri di cui al secondo comma della norma. Si tratta, tuttavia, di un espediente la cui legittimità non è pacifica³³⁴.

Il testo normativo offre due possibili letture. Secondo una prima, più restrittiva, interpretazione, l'individuazione di un mandatario è, per l'ente, l'unica alternativa praticabile se vuole evitare di essere rappresentato da un suo organo penalmente perseguito. Ma la norma può essere letta anche nel senso che quest'ultimo possa, anziché sollecitare la nomina del mandatario, provvedere a delegare la rappresentanza a un soggetto da lui individuato.

Questa seconda lettura è generalmente ritenuta più coerente non solo con il testo normativo, ove mai si precisa che la possibilità di individuare un delegato è limitata ai casi in cui la *personne morale* è perseguita singolarmente³³⁵, ma anche con l'ultima modifica legislativa del 2000, che ha sensibilmente ampliato gli spazi di manovra del rappresentante legale dell'ente, ancorché perseguito. Infine, è lo stesso impianto generale del sistema a far considerare la nomina di un mandatario di giustizia (persona esterna all'organizzazione dell'ente e scelta da un giudice) come un'ipotesi residuale ed eccezionale. D'altronde, prima del 2000 poteva ribattersi che se la presenza di un conflitto di interessi non consentiva all'organo dell'ente di esercitare funzioni di rappresentanza, tanto meno poteva consentirgli di nominare egli stesso un soggetto che lo sostituisse. Questa possibile obiezione, ad oggi, è messa a tacere dallo stesso legislatore, nella misura in cui sembra presumere l'assenza di un tale conflitto di interessi tra l'ente e il suo rappresentante penalmente perseguito per i medesimi fatti o per fatti connessi.

³³⁴ DUCOULOUX-FAVARD, *Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales*, in Recueil Dalloz, 1998, p. 395.

³³⁵ BOULOC, *La représentation de la personne morale poursuivie: une loi à refaire*, Recueil Dalloz, 1998, p. 296.

5.5.1 La disciplina delle prove dichiarative nella procedura penale francese

La disciplina relativa all'acquisizione di dichiarazioni rilevanti per il procedimento penale³³⁶ si dipana in maniera parzialmente diversa a seconda delle fasi del procedimento stesso: l'inchiesta, la fase istruttoria e il giudizio.

Le differenze normative tra tali fasi poggiano sulle diverse finalità delle stesse. Così, ad esempio, nella fase dell'inchiesta, che non mira alla raccolta del materiale probatorio ma piuttosto delle informazioni utili al prosieguo del procedimento, il testimone non effettua alcun giuramento e le regole previste per l'audizione delle persone informate sui fatti di reato sono caratterizzate da una maggiore informalità³³⁷.

Nonostante tali divergenze normative, è possibile individuare dei tratti comuni. Così, in generale, ci si riferisce all'audizione della persona *mise en examen*³³⁸ con il termine *interrogatoire*, mentre si parla di *audition* negli altri casi, cioè con riferimento alla raccolta delle informazioni detenute dai testimoni, dalle parti civili, dai *témoins assistés* e dalle persone sospettate di un coinvolgimento nei fatti di reato ma per le quali non sussistono le condizioni per una *mise en examen*.

³³⁶ BUISSON, GUINCHARD, *Procédure pénale*, Lexis Nexis, 2014; VERNY, *Procédure pénale*, Dalloz, 2016; DESPORTES, LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2015; BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 2015.

³³⁷ DESPORTES, LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2015, p. 1646.

³³⁸ La *mise en examen* è l'atto con il quale, ai sensi dell'art. 80-1 c.p.p., il giudice istruttore indirizza le investigazioni verso una persona determinata contro la quale esistono indizi gravi o concordanti che rendono verosimile che essa abbia partecipato, come autore o complice, alla commissione del reato. Il giudice può procedere alla *mise en examen* soltanto dopo aver provveduto all'audizione della persona. L'applicazione dell'istituto ha l'importante effetto di rendere applicabili, nel corso del procedimento, le misure restrittive della libertà personale previste dalla legge. Inoltre, con la *mise en examen* si ha la piena estensione dei diritti della difesa che, con riferimento a figure diverse dal *mis en examen*, come il *témoïn assisté*, trovano un'applicazione solo limitata.

Nella fase dell'inchiesta preliminare (articoli 61 e 78 c.p.p.) procedono all'audizione un ufficiale o un agente di polizia giudiziaria sotto il controllo del primo.

L'ufficiale di polizia giudiziaria può convocare qualunque persona in grado di fornire informazioni utili sui fatti di reato e il soggetto convocato è obbligato a comparire. In caso di mancata comparizione è consentito all'ufficiale, previa autorizzazione del procuratore della repubblica, il ricorso alla forza pubblica.

Le regole relative all'audizione vera e propria sono diverse a seconda che si proceda o meno nei confronti di un sospettato, ossia di una persona a riguardo della quale sussistono plausibili ragioni di ritenere che abbia commesso o tentato di commettere un reato (art. 61-1 c.p.p.).

La persona nei confronti della quale sussistono dei sospetti, tanto nel corso dell'inchiesta quanto nel corso dell'istruttoria, può essere sentita attraverso due differenti modalità: l'audizione libera e l'audizione in *garde à vue*.

Nel primo caso, il soggetto compare libero davanti alla polizia giudiziaria, in assenza di qualunque misura di restrizione della libertà personale. Prima dell'inizio dell'audizione, costui deve ricevere una serie di informazioni, prima fra tutte quella relativa alla qualificazione, alla data e al luogo della presunta infrazione. Deve, inoltre, essere informato, fra l'altro, del diritto di lasciare in ogni momento i locali in cui si svolge l'audizione, del diritto di tacere e di essere assistito da un avvocato nel corso dello svolgimento dell'atto³³⁹.

Il riconoscimento del diritto al silenzio implica l'assenza della prestazione del giuramento. Si è visto come nel corso dell'inchiesta esso sia in generale escluso, ma in questo caso la sua esclusione si giustifica non alla luce della natura della

³³⁹ Per una rassegna completa, si veda l'art. 61-1 c.p.p.

fase cui l'audizione attiene, quanto, piuttosto, alla luce del necessario dispiegarsi dei diritti della difesa³⁴⁰.

Quanto all'audizione in *garde à vue*³⁴¹, basta sottolineare che il soggetto beneficia degli stessi diritti poc'anzi enunciati con riferimento al sospettato sottoposto all'audizione libera, insieme ad alcuni ulteriori diritti specifici legati alla privazione della libertà personale relativa all'istituto, come, ad esempio, il diritto di fare avvisare una terza persona della sua condizione³⁴².

Laddove si debba procedere all'audizione di una persona nei confronti della quale non sussistano ragioni plausibili per sospettare che abbia commesso o tentato di commettere un reato, l'articolo 62 c.p.p. vieta agli inquirenti l'applicazione di misure restrittive della libertà personale. Il soggetto può essere trattenuto esclusivamente per il tempo strettamente necessario alla sua audizione, per un massimo di quattro ore.

Se nel corso dello svolgimento dell'atto emergono indizi di commissione di un reato, si impone il dispiegarsi dei diritti della difesa e il ricorso all'informativa prevista, per la persona sospettata, dall'articolo 61-1 c.p.p. Laddove, inoltre, i sospetti emersi riguardino la commissione di reati puniti con la pena della reclusione, il soggetto non può essere tenuto, tramite la forza pubblica, a disposizione degli inquirenti se non tramite l'applicazione del regime della *garde à vue*.

Nella fase giurisdizionale dell'istruttoria, deputata, per l'appunto, alla raccolta delle prove necessarie alla decisione nella successiva fase del giudizio, la disciplina delle prove dichiarative è maggiormente formalizzata nonché più complessa. L'ideale suddivisione da operare riguarda non solo le persone

³⁴⁰ DESPORTES, LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2015, p. 1652.

³⁴¹ Vedi nota n. 306.

³⁴² Art. 63-1 c.p.p.

sospettate e quelle non sospettate: entrano in gioco figure nuove, come quella del *témoïn assisté*, della persona *mise en examen* e della parte del procedimento penale, entrato ormai nel vivo del suo svolgimento.

Una prima distinzione da fare è quella tra testimone semplice e “assistito”.

Il primo non è in alcun modo coinvolto nell'inchiesta, non sussistendo ragioni tali da far ritenere la sussistenza di un suo coinvolgimento nei fatti di reato. L'articolo 105 c.p.p. esclude infatti che il giudice d'istruzione possa esaminare come testimone una persona nei confronti della quale sussistano indizi gravi e concordanti di partecipazione al fatto di reato.

Il testimone regolarmente convocato ha l'obbligo di comparire e di prestare giuramento (art. 103 c.p.p.) e si espone, in caso di menzogna o reticenza, alle pene previste per la falsa testimonianza, e ciò anche laddove questa sia determinata dalla necessità di evitare un'autoincriminazione³⁴³.

Si tratta di una importante differenza rispetto alla normativa italiana, per la quale neppure il testimone può essere obbligato a deporre su fatti dai quali possa emergere la sua responsabilità penale (art. 198, comma 2, c.p.p.). Si evince una minore estensione del diritto al silenzio.

Il procuratore della repubblica può assistere all'audizione del testimone soltanto laddove l'abbia sollecitata lui stesso al contempo richiedendo espressamente al giudice istruttore di poter presenziare. (art. 82 c.p.p.).

Diversa dalla posizione del testimone semplice è quella del *témoïn assisté*. Trattasi di una figura ibrida, a metà tra il testimone e la persona *mise en examen*. Pur non essendo formalmente una parte del procedimento penale³⁴⁴, è ad esse assimilato e ciò comporta l'applicazione della regola sancita dall'articolo 114

³⁴³ BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 2015, p. 660.

³⁴⁴ BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 2015, p. 662. VERNY, *Procédure pénale*, Dalloz, 2016, p. 217.

c.p.p., stando alla quale ogni partecipante al procedimento non può essere sentito che in presenza del suo avvocato, a meno che non vi rinunci espressamente. Inoltre, il *témoin assisté* beneficia del diritto di tacere e di mentire, quindi dell'esclusione dall'obbligo di prestare giuramento. Questa disciplina trova il suo fondamento nel possibile coinvolgimento del soggetto nei fatti di reato.

Gli articoli 113-1 e 113-2 c.p.p. Individuano, tramite appositi elenchi, le categorie di persone la cui audizione deve avvenire necessariamente tramite l'applicazione dello statuto del *témoin assisté* e pongono, infine, una regola di chiusura per la quale le norme ad esso relative si applicano nei confronti di qualunque persona per la quale sussistano indizi che rendano verosimile una sua partecipazione, come autrice o complice, alla commissione del reato (art. 113-2 c.p.p.). In buona sostanza, il *témoin assisté* è direttamente coinvolto nelle indagini compiute nel corso della fase istruttoria, ma per lui non sussistono le condizioni per una *mise en examen*³⁴⁵, che giustificerebbe un accesso pieno ai diritti riservati all'imputato.

Egli ha il diritto di essere difeso, nel corso dell'audizione, da un avvocato il quale deve esserne precedentemente avvisato e ha accesso al dossier della procedura (art. 113-3 c.p.p.). Il giudice ha l'obbligo di informare il soggetto dei suoi diritti già a partire dalla sua prima audizione. In virtù delle dichiarazioni rilasciate nello svolgimento dell'atto, il giudice potrebbe determinarsi alla *mise en examen* del *témoin assisté*, che segna il suo ingresso nella procedura in qualità di vero e proprio imputato.

Laddove intenda effettuare la *mise en examen* di una persona che non è già stata sentita in qualità di testimone “assistito”, il giudice istruttore (art. 116 c.p.p.) deve procedere al primo interrogatorio del soggetto secondo le modalità previste

³⁴⁵ Per la *mise en examen*, è necessario che sussistano indizi gravi e concordanti di commissione del reato, ai sensi dell'art. 113-8 c.p.p.

dalla legge. Trattandosi di un individuo sospettato di avere commesso o tentato di commettere un reato, costui deve essere informato del diritto di fare dichiarazioni, di rispondere alle domande che gli sono poste o di tacere (art. 116, comma 4 c.p.p.) e il consenso per procedere all'audizione deve essere prestato necessariamente in presenza di un avvocato³⁴⁶. L'interrogatorio stesso deve svolgersi alla presenza di un difensore, anche d'ufficio, il quale può presentare le sue osservazioni. Al termine dell'atto il giudice informa il soggetto ad esso sottoposto della sua intenzione di procedere alla *mise en examen* ovvero di non farlo, nel qual caso costui beneficerà, comunque, dei diritti riservati al *témoin assisté* (art. 116 c.p.p.).

Nel caso di una *mise en examen*, gli ulteriori interrogatori possono essere condotti dal solo giudice istruttore³⁴⁷. Naturalmente, il soggetto conserva il diritto al silenzio nel corso di tutta la procedura.

L'ultima fase del procedimento penale, quella del giudizio, si caratterizza per una sostanziale revisione del materiale probatorio raccolto nel corso dell'istruzione, il quale deve essere sottoposto al giudice che decide, nel merito, sulla responsabilità penale dei soggetti coinvolti.

La procedura è parzialmente diversa a seconda della giurisdizione competente, *Tribunal Correctionnel* o *Cour d'assises*, ma in entrambi i casi si procede all'audizione dei testimoni e all'interrogatorio dell'accusato, ancorché tali atti siano già stati effettuati nella precedente fase istruttoria. Le regole relative all'audizione e all'interrogatorio sono le medesime di tale fase.

5.5.2 Il diritto al silenzio nel sistema francese. Portata e fondamento

³⁴⁶ VERNY, *Procédure pénale*, Dalloz, 2016, p. 221.

³⁴⁷ Generalmente, invece, e salvo alcuni limiti, alle audizioni possono procedere agenti o ufficiali di polizia giudiziaria su incarico del giudice istruttore.

Il principio per cui *nemo tenetur se detegere* non trova, nella Costituzione francese, un riconoscimento esplicito. Neppure l'articolo preliminare del codice di rito francese, che enumera i principi fondamentali del processo penale, vi accenna.

Cionondimeno, la dottrina e la giurisprudenza si sono ampiamente interrogate sulla natura e sul fondamento del diritto di tacere e, in termini più ampi, di non contribuire alla propria incriminazione, il cui mancato esplicito riconoscimento si è collegato, talora, alla persistenza di rimasugli di stampo inquisitorio nella logica della conduzione del processo penale³⁴⁸.

La normativa e la giurisprudenza sovranazionale, in particolar modo quella della Corte europea dei diritti dell'uomo³⁴⁹, hanno rappresentato un forte impulso per il riconoscimento della centralità del diritto al silenzio nell'ambito del processo penale francese.

Benché varie norme, disseminate nel codice di rito, assicurassero già l'operatività in concreto di tale diritto³⁵⁰, solo nel 2004 la Corte Costituzionale ha affermato con decisione la sua diretta derivazione dalla presunzione d'innocenza, sancita all'articolo 9 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789³⁵¹, i cui principi sono solennemente riaffermati nel preambolo della Costituzione del 1958.

³⁴⁸ LEBLOIS-HAPPE, *Le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation*, in AA. VV., *Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice*, Edition Cujas, n.1, 2012.

³⁴⁹ Si è visto in precedenza come la Corte di Strasburgo sia ormai solida nel ritenere che il diritto al silenzio sia un'emanazione dei principi del giusto processo sanciti dall'articolo 6 della Convenzione.

³⁵⁰ Ci si riferisce, in particolare, ai vari obblighi di informazione nei confronti del sospettato sottoposto all'audizione da parte delle autorità inquirenti. Costui deve essere informato del diritto di rimanere in silenzio.

³⁵¹ Cons. Cost., 2 marzo 2004, n. 2004-492.

Così facendo, la Corte ha consacrato anche a livello interno un principio avente già in precedenza un'incidenza importante sulla procedura penale francese. Avendo i trattati ratificati dalla Francia un valore superiore a quello della legge interna (art. 55 Cost.), anche, e soprattutto, il processo penale ha risentito delle norme in essi contenute³⁵². Oltre alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, anche il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966, all'articolo 14, sancisce il diritto del soggetto penalmente perseguito di non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole.

Nonostante il fertile retroterra europeo e internazionale, tuttavia, in Francia il riconoscimento della rilevanza del *nemo tenetur se detegere* è stato faticoso e, secondo alcuni autori, non è ancora del tutto compiuto³⁵³.

Una conferma di tale difficoltà nel legittimare una piena espansione del diritto al silenzio è data dall'incertezza legislativa che dai primi anni del 2000 ha governato la normativa relativa ai diritti riservati al soggetto *gardé à vue*. La legge del 4 marzo 2002 aveva sancito che costui fosse informato del diritto di rilasciare dichiarazioni, di rispondere alle domande postegli o di serbare il silenzio. A distanza di un anno, con la legge 18 marzo 2003, la norma era stata abrogata. Il diritto al silenzio non veniva meno, ma risultava indebolito per la mancanza di un obbligo informativo delle autorità inquirenti. La situazione si è protratta inalterata fino al 2011, anno in cui, a seguito di una condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo³⁵⁴, il legislatore francese³⁵⁵ ha reintrodotta il suddetto obbligo.

³⁵² BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 2015, p. 41.

³⁵³ LEGROS, *Le droit au silence et la détention provisoire*, AA. VV., Bruylant, 1997, p. 17.

³⁵⁴ 14 ottobre 2010, Brusco c. Francia.

³⁵⁵ L. 14 aprile 2011, n. 2011-392.

Le titubanze della giurisprudenza e dello stesso legislatore non hanno, tuttavia, impedito alla dottrina francese di interrogarsi sulla portata e sul fondamento del diritto al silenzio anche prima che la Corte Costituzionale intervenisse sul punto. In assenza di riferimenti normativi espressi, da tempo una parte degli interpreti ritiene che il diritto di tacere sia intimamente legato al diritto di difesa, il quale, pur non essendo espressamente sancito né dalla Costituzione né dalla Dichiarazione del 1789, è stato riconosciuto dalla Corte Costituzionale come principio fondamentale della Repubblica, avente valore costituzionale³⁵⁶. La stessa Corte di Cassazione, in assemblea plenaria, ha affermato il diritto fondamentale di ciascun individuo alla difesa, riconoscendone, a sua volta, il rango costituzionale³⁵⁷.

Tale diritto ha natura complessa e si dirama nelle sue varie componenti senza che sia possibile scorgere tra queste dei confini netti³⁵⁸. Tutti i diritti che ne derivano contribuiscono in egual misura, direttamente o indirettamente, alla difesa delle prerogative del soggetto accusato.

L'articolo preliminare del codice di procedura penale che, come si è visto, indica i principi fondamentali del processo penale, enuncia alcuni dei diritti difensivi del soggetto perseguito, come quello all'assistenza di un avvocato, ma è muto riguardo alla prerogativa del silenzio. Tuttavia, si ritiene generalmente che l'elenco non sia esaustivo, ma vada integrato anche alla luce della normativa sovranazionale che, come si è più volte ribadito, tutela la non collaborazione dell'accusato con le autorità inquirenti e, quindi, il suo diritto di rimanere silente.

³⁵⁶ Cons. Cost. 2 dicembre 1976, n. 76-70.

³⁵⁷ Ass. plén. 30 giugno 1995, Bull. n. 4.

³⁵⁸ DESPORTES, LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2015; BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 2015, p. 352.

La dottrina francese ricostruisce, quindi, la categoria dei diritti della difesa come una categoria aperta, che si adatta incessantemente ai progressi del processo penale e all'evolversi dei principi a protezione dell'imputato³⁵⁹.

All'interno di questa categoria, il diritto al silenzio ha, come è ovvio che sia, un valore centrale, in quanto il colmo della violazione dei diritti della difesa è rappresentato dall'obbligare qualcuno a contribuire alla sua stessa incriminazione. Inoltre, oltre a nuocere al diritto di difesa e alla presunzione di innocenza, la privazione del diritto al silenzio rappresenterebbe un ostacolo per la ricerca della verità stessa³⁶⁰.

Una tale ricostruzione è stata contestata da alcuni autori, i quali hanno tentato di sganciare il diritto al silenzio dalle prerogative difensive, rivendicandone l'autonomia nonché la differenza ontologica. Mentre il diritto di difesa si rivolge a qualsiasi parte in quanto tale, coinvolta in qualunque tipo di procedimento, il diritto al silenzio si rivolgerebbe a una parte in quanto persona, necessariamente coinvolta in un procedimento penale³⁶¹. Si è obiettato, tuttavia, che tale evidenza non è decisiva, potendosi ben ritenere che tra i diritti della difesa ve ne siano alcuni che si rivolgono precipuamente al soggetto accusato della commissione di un reato. Il diritto al silenzio è allora un diritto autonomo, ma intimamente connesso ai diritti di difesa e alla presunzione di innocenza, di cui costituisce inevitabile corollario. Il rapporto, tuttavia, non è di pura derivazione ma di scambio reciproco: esso è collegato alle prerogative del giusto processo, ma non

³⁵⁹ DESPORTES, LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2015, p. 354.

³⁶⁰ DESPORTES, LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2015, p. 391.

³⁶¹ CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 122, Dalloz, 2013, p. 158.

si lega in maniera particolare a nessuno dei suoi svariati aspetti, ancorché contribuisca senza dubbio alla sua realizzazione³⁶².

In definitiva, nell'assenza di una proclamazione solenne di questo imprescindibile principio della procedura penale, gli interpreti sono stati costretti a rinvenirne la matrice in altri fondamentali principi procedurali. Come ha affermato sarcasticamente uno studioso, il diritto al silenzio è «silenzioso».³⁶³

A livello pratico, tuttavia, pare che questi insegnamenti non valgano al sistema francese una maggiore fedeltà al principio e al suo spirito. Al di là dei riconoscimenti formali, permangono, tanto a livello normativo che giurisprudenziale, alcune perplessità sull'operatività e sull'estensione del diritto al silenzio. Lo dimostrano le vicende normative relative alla *garde à vue*, sopra accennate e, più in generale, le difficoltà e i ritardi che si sono riscontrati per un pieno attecchimento del diritto al silenzio alla procedura penale rispetto ad altri paesi europei e, in particolare, all'Italia, che sembra aver maturato in modo più autonomo la consapevolezza della centralità di tale diritto in un processo penale che voglia dirsi equo. Al contrario, oltralpe la spinta è stata per lo più eteroindotta, ora dagli sviluppi della giurisprudenza europea, ora dalla necessità di attuare convenzioni internazionali da tempo ratificate. A questo si deve, probabilmente, la minore estensione del diritto nel sistema francese, che non si è spinto fino al suo riconoscimento al testimone, comunque obbligato a deporre anche su fatti dai quali potrebbe emergere la sua responsabilità penale.

5.5.3 Il riconoscimento del diritto al silenzio dell'accusato nel procedimento penale *de societate* in Francia

³⁶² BESNARD, *Le droit de se taire et de ne pas s'autoincriminer*, Paris II, 2016, p. 44.

³⁶³ VOLO, *Le silencieux droit au silence*, Petites Affiches, 19 luglio 1993, p. 17.

Visto il quadro sopra delineato, non può non stupire come, nonostante le incertezze che nel sistema francese accompagnano ancora oggi l'affermazione del diritto al silenzio dell'imputato come principio immanente della procedura penale, il riconoscimento di questo stesso diritto al soggetto collettivo sia stato pressoché incontrovertito, nonostante un testo normativo non perfettamente limpido.

L'articolo 706-44 del codice di procedura penale francese vieta l'applicazione, nei confronti del rappresentante legale dell'ente, di misure restrittive della libertà personale diverse da quelle applicabili al testimone. Se ne potrebbe ricavare, indirettamente, l'assimilabilità del rappresentante del soggetto sottoposto al procedimento penale al testimone stesso.

Dalla possibilità di applicare una misura coercitiva quale quella dell'accompagnamento coattivo dinanzi al giudice in vista di un'audizione dovrebbe discendere poi, quale corollario, l'applicabilità di tutte le altre regole riguardanti tipicamente la figura del testimone. *In primis*, quella relativa alla prestazione del giuramento e, quindi, all'obbligo di verità. In effetti, non si vede quale logica dovrebbe sottostare a un'operatività soltanto parziale del complesso degli obblighi riferibili a un determinato status. Se il rappresentante dell'ente può subire un accompagnamento coattivo in udienza, è giocoforza dedurre che è anche portatore di un obbligo di verità penalmente presidiato.

Un'esegesi di questo tipo, tuttavia, è portatrice di un insanabile contrasto con il diritto di difesa del soggetto collettivo. La possibilità (o meglio la necessità, nel sistema francese) di essere rappresentato da una persona fisica all'interno del procedimento dovrebbe costituire, per l'ente, una garanzia anziché un motivo di indebolimento delle sue capacità difensive.

Leggendo l'articolo 706-44 del codice francese si avverte l'eco dell'articolo 44 d.lgs. 231 del 2001, ampiamente esaminato in precedenza. Il meccanismo sottostante alle due norme sembra operare in modo molto simile: in entrambi i casi l'assimilazione del rappresentante legale al testimone non è esplicitata, lasciandosi all'interprete l'onere di dedurla tramite un'esegesi della norma *a contrario*. L'impressione è quella di una sorta di riserbo del legislatore, dettato dalla consapevolezza di un'operazione normativa non completamente conforme ai principi direttori del processo penale.

In molti, fra i giuristi italiani, hanno avuto modo di sottolineare come il nostro Paese non sia stato il solo a vedere la sua dottrina giuridica arrovellarsi sulla problematica del diritto al silenzio dell'ente e come, anche oltralpe, quella che potrebbe definirsi una “norma sorella” dell'articolo 44 del decreto abbia creato non pochi “imbarazzi”³⁶⁴.

A un'analisi più approfondita dello spirito della norma, nonché della giurisprudenza e della dottrina francese sul punto, questa considerazione pare, tuttavia, avventata.

Al pari dell'articolo 44 d.lgs. 231, l'articolo 706-44 del codice di rito francese ha, anzitutto, la finalità di individuare lo statuto del rappresentante legale dell'ente all'interno del procedimento. La norma rimarca in modo netto la distinzione, da salvaguardare anche e soprattutto a livello processuale, tra il soggetto collettivo e colui che agisce in suo nome, essendo soltanto il primo il reale accusato della commissione del reato. Stando così le cose, il rappresentante, salvo il caso in cui sia lui stesso coinvolto nel fatto criminoso, beneficia di un'immunità rispetto all'applicazione delle misure restrittive della libertà personale di cui è potenziale destinatario il soggetto accusato. La norma mira, dunque, ad evitare ogni

³⁶⁴ Relazione ministeriale al decreto, p. 30.

possibile ambiguità, ponendo il rappresentante legale dell'ente al riparo da una sua impropria giustapposizione alla figura del sospettato³⁶⁵. La sua partecipazione nel procedimento si compie, come si precisa in dottrina, «è *qualités*»³⁶⁶, ossia in virtù della sua qualità di rappresentante del soggetto a carico del quale esso si svolge, e non di un suo qualche coinvolgimento nel reato.

Tale immunità di principio incontra, però, due eccezioni. Essa è esclusa, anzitutto, nel caso in cui il soggetto sia egli stesso sospettato di avere commesso o contribuito a commettere il reato. In secondo luogo, il rappresentante non beneficia dell'immunità con riferimento alla misura coercitiva applicabile al testimone, ossia l'accompagnamento coattivo in caso di rifiuto di comparire. Nonostante ciò, stando alle ricostruzioni della dottrina e della giurisprudenza, una tale assimilazione alla figura del testimone è solo parziale. Non comporta, cioè, il venir meno delle prerogative difensive del soggetto collettivo. In sostanza, il rappresentante legale, ancorché obbligato a comparire in caso di citazione alla stregua di qualunque altro testimone, ha il diritto di tacere e di mentire in nome dell'ente³⁶⁷.

In effetti, la norma, pur nella sua ambiguità, circoscrive il richiamo alla normativa applicabile al testimone con riferimento al solo suo obbligo di presentarsi davanti alle autorità che lo hanno convocato per un'audizione. Trattasi, dunque, di un richiamo solo parziale, che non si è ritenuto sufficiente per un'esegesi normativa compressiva del diritto al silenzio dell'ente. Essendo, quest'ultimo, un caposaldo della procedura penale, è coerente ritenere che solo

³⁶⁵ MATSOPOULOU, *Responsabilité pénale des personnes morales*, in *Répertoire de droit des sociétés*, 2002.

³⁶⁶ BUFFELAN-LANORE, *La procédure applicable aux infractions commises par les personnes morales*, in *Rev. Soc.*, 1993, p 315.

³⁶⁷ Per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, *infra*.

un'espressa *voluntas legis* possa comportare una qualche limitazione dello stesso³⁶⁸.

Non che la dottrina e la giurisprudenza non si siano interrogate sul punto, chiedendosi quale fosse la *ratio* celata dietro la norma, ma a tali interrogativi si è trovata una risposta con maggiore facilità rispetto a quanto è accaduto e accade in Italia, paese in cui il dibattito sul diritto al silenzio dell'ente imperversa ancora oggi, a distanza di sedici anni dall'entrata in vigore del decreto, con esiti molto spesso sfavorevoli all'imputato.

In Francia, al contrario, se qualche “imbarazzo” legato alla norma c'è stato, questo si è limitato ai primi anni dell'entrata in vigore del nuovo codice penale, per poi risolversi in una scontata riaffermazione dei diritti della difesa, di talché, ad oggi, è difficile anche che questo tema sia oggetto di diffuse trattazioni in seno alla dottrina.

Nei primi anni di vigenza della nuova normativa furono molte le questioni alle quali gli interpreti rivolsero la loro attenzione. Come si è anticipato, fra queste spiccava, ma è così ancora oggi, quella della rappresentanza dell'ente. Con riferimento al tema specifico dello statuto del rappresentante legale all'interno del procedimento, si notò subito come la norma di cui all'articolo 706-44 c.p.p. scontasse un eccesso di laconicità. Anche ammettendo che il rappresentante legale assumesse, nella generalità dei casi, le vesti del testimone, tale status parve fin da subito non adeguato al rappresentante che fosse in funzione già al momento della commissione del fatto, il quale potrebbe essere a conoscenza di elementi suscettibili di incriminare l'ente. «*Est-il un témoin pur et*

³⁶⁸ FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002, P. 237. L'Autore sottolinea come, in questo campo, l'interpretazione *a contrario* sia piuttosto debole.

*simple, ou bien pourrait- il avoir une autre position, dans la procédure? La loi est muette sur ce point»*³⁶⁹. Dalla mancanza di una previsione normativa esplicita che attribuisse al rappresentante i doveri del testimone, si dedusse, quanto meno con riferimento al rappresentante in funzione già all'epoca dei fatti, la non percorribilità di percorsi esegetici che traessero, da un testo normativo “monco”, una limitazione del diritto di difesa poco conforme ai principi generali³⁷⁰.

Questo orientamento interpretativo è, ancora oggi, assolutamente dominante. Nel corso del tempo, inoltre, tali conclusioni si sono estese a qualunque rappresentante del soggetto collettivo, che si tratti di quello già in funzione all'epoca dei fatti o di quello divenuto tale solo in seguito.

In questo senso, si precisa che, ancorché il rappresentante dell'ente detenga, con ogni probabilità, informazioni pertinenti sui fatti di reato, la sua audizione potrà avere luogo solo escludendo un obbligo di giuramento a suo carico, in modo tale da non vulnerare il diritto di difesa della persona che egli incarna. Il rappresentante legale di una *personne morale* sospettata della commissione di un reato potrà sì divenire testimone, ma con lo statuto del *témoin assisté*, secondo le regole generali. La denominazione di semplice “testimone” che la legge gli assegna è, pertanto, inappropriata³⁷¹.

Nel caso in cui, invece, il soggetto collettivo non sia ancora coinvolto direttamente nel procedimento, e quindi non sia ancora *mis en examen* o *témoin assisté*, potrebbe concludersi per un'assimilazione del suo rappresentante a un qualunque testimone. Ciò, tuttavia, avrebbe la problematica conseguenza di

³⁶⁹ Costui è un testimone pure e semplice o potrà avere, all'interno della procedura, una posizione differente? Su questo punto la legge è muta. BOULOC, *La représentation de la personne morale poursuivie: une loi à refaire*, Recueil Dalloz, 1998, p. 296.

³⁷⁰ BOULOC, *La représentation de la personne morale poursuivie: une loi à refaire*, Recueil Dalloz, 1998, p. 296.

³⁷¹ ROBERT, *La représentation devant les juridictions pénales des personnes morales poursuivies ou le syndrome de Pyrrhon*, in AA. VV., *Apprendre à douter, Questions de droit, questions sur le droit*, Presses Universitaire Limoges, 2004, p. 542.

porre il rappresentante nella condizione di dover accusare l'ente di appartenenza e, così, aprire la strada di una sua successiva *mise en examen*. Non sembrerebbe neppure invocabile il disposto dell'articolo 105 c.p.p., che proibisce l'audizione come testimone della persona all'incontro della quale sussistono indizi gravi e concordanti del coinvolgimento nel reato. A ben vedere, infatti, è l'ente, e non il suo rappresentante sottoposto all'audizione, il destinatario di tali sospetti. Una soluzione suscettibile di salvaguardare i diritti difensivi della *personne morale*, tuttavia si impone. Secondo un orientamento essa consisterebbe, ancora una volta, nell'evitare la prestazione del giuramento da parte del rappresentante³⁷². Ad ogni modo, allo stesso risultato può giungersi anche attraverso un'applicazione dell'articolo 105 c.p.p. su citato, valorizzando il disposto dell'articolo 706-43 c.p.p., per il quale il rappresentante legale rappresenta il soggetto collettivo a tutti gli atti della procedura e, se così è, le modalità della sua audizione non possono che dipendere dalla condizione processuale non propria ma del soggetto che rappresenta.

Anche la giurisprudenza, dal canto suo, ha dimostrato di accogliere queste tesi. In una pronuncia del 2016³⁷³ la Corte di Cassazione ha precisato che il disposto dell'articolo 406 c.p.p., che prevede l'obbligo, per il giudice, di informare il pervenuto del suo diritto di tacere nel corso del dibattimento, trova applicazione anche nei confronti della *personne morale*, dal momento che la disposizione non opera alcuna distinzione tra questa e la persona fisica. Successivamente, un'ulteriore pronuncia del 2017, sempre della Corte di Cassazione³⁷⁴, ha concluso allo stesso modo con riferimento all'operatività, nei confronti della *personne morale*, delle disposizioni dell'articolo 116 c.p.p., che impongono al giudice di

³⁷² DESPORTES e LE GUNHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017.

³⁷³ Crim. 24 maggio 2016, n. 15-82.516.

³⁷⁴ Crim. 7 febbraio 2017, n. 16-84.353.

informare il soggetto del suo diritto al silenzio nel momento in cui procede all'interrogatorio di prima comparizione in vista di una *mise en examen*.

La stessa pronuncia rigetta l'impugnazione della banca ricorrente, che lamentava, fra l'altro, una violazione dell'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per avere la polizia giudiziaria, su commissione rogatoria, ascoltato il proprio direttore in qualità di testimone e averlo, quindi, sottoposto a un obbligo penalmente sanzionato di dire la verità sui fatti addebitati all'ente di appartenenza.

La Corte, tuttavia, nel negare una violazione del diritto di difesa della banca, precisa che all'interno della stessa vi sono svariati direttori, ma questa qualifica non è sufficiente ad attribuire a ciascuno di loro il ruolo di rappresentante legale in un procedimento penale. Dal momento che il soggetto sottoposto all'audizione ricopriva le funzioni di direttore ma non quelle di rappresentante legale della banca il ricorso è stato rigettato.

Se ne deve ricavare, *a contrario*, che l'audizione, in qualità di testimone, del rappresentante legale di un ente è illegittima.

Nelle pronunce esaminate non si parla mai apertamente di un diritto al silenzio dell'ente, tuttavia esso si ricava dalla ritenuta necessità di applicare, in materia, le norme riguardanti le persone fisiche.

5.5.4 Le possibili ragioni del diverso approccio interpretativo tra l'ordinamento francese e quello italiano

La giurisprudenza francese ha dunque, senza troppa difficoltà, avviato un processo di equiparazione delle *personnes morales* alle persone fisiche. Presumibilmente, tale processo si compierà con l'estensione alle prime

dell'operatività di tutte le altre norme che, nel codice di rito, impongono al giudice di informare il soggetto accusato o sospettato del diritto di rispondere alle domande poste, di fare dichiarazioni o di rimanere in silenzio.

A fronte delle discussioni che hanno animato e animano ancora oggi la dottrina italiana in merito al diritto al silenzio del soggetto collettivo, quella francese, insieme con la giurisprudenza, ha assunto posizioni quasi categoriche in difesa dei diritti dell'ente.

Si assiste a una sorta di scambio di ruoli nel quale il paese apparentemente più garantista indietreggia e quello apparentemente meno garantista progredisce verso la tutela del diritto al silenzio.

Non resta che chiedersi perché in un paese tendenzialmente meno incline dell'Italia al riconoscimento del principio per cui *nemo tenetur se detegere* l'affermazione del diritto al silenzio dell'ente è stata non solo meno problematica, ma addirittura scontata, pur in presenza di un testo normativo, tutt'altro che lineare, dal quale una compressione del diritto di difesa dell'imputato poteva dedursi senza grandi difficoltà esegetiche.

Viene alla mente l'articolo 706-43 c.p.p., il quale, nel delineare il ruolo del rappresentante legale nel processo, prevede che quest'ultimo rappresenti l'ente «a tutti gli atti della procedura». Si tratta di una formula di particolare ampiezza, che, a differenza di quelle utilizzate dal legislatore italiano, non pare suscettibile di creare una scissione tra il soggetto rappresentato e il suo rappresentante. Si pensi, invece, all'articolo 35 del decreto, che nell'estendere all'ente le disposizioni processuali relative all'imputato utilizza una clausola di compatibilità che ha fatto addirittura interrogare gli interpreti sulla correttezza dell'utilizzo del termine “imputato” con riferimento a un soggetto collettivo.

Nella stessa Relazione ministeriale al decreto, come si è visto, si legge che l'articolo 35 assimila all'imputato l'ente, non il suo rappresentante e che, pertanto, non esiste alcuna contraddizione tra la norma e l'assoggettamento di quest'ultimo agli obblighi imposti al testimone.

Nel sistema francese, la coincidenza del rappresentato e del rappresentante è, quanto ai diritti del primo, totale. Se è vero che il testo normativo può farne dubitare, gli interpreti, soprattutto i giudici, hanno ribadito il principio.

In via generale, può notarsi come i dubbi creati dalla clausola utilizzata dal legislatore italiano nell'articolo 35 del decreto abbiano fatto sì che fossero legittimate alcune scelte normative discutibili sotto il profilo del rispetto dei diritti dell'imputato. Ci si riferisce non solo all'articolo 44 del decreto, ormai ampiamente esaminato, ma anche ad altre norme di dubbia legittimità costituzionale. Si pensi all'articolo 6 del decreto, che produce una sostanziale inversione dell'onere della prova a discapito dell'imputato, così ponendosi in aperto contrasto con il principio della presunzione d'innocenza sancito all'articolo 27, comma 2 Cost.

Il legislatore italiano ha pensato bene che il disposto dell'articolo 35 potesse fargli da scudo contro inevitabili critiche. Tuttavia gli studiosi, nel corso del tempo, hanno individuato e sottolineato tutte le crepe di un sistema normativo che, in molti casi, sacrifica i diritti dell'imputato sull'altare dell'efficienza del processo. Lo scudo dell'articolo 35 è risultato vano: la legittimità di una certa normativa si misura prima con la Carta Costituzionale. Il problema non è l'incoerenza di queste norme rispetto all'articolo 35, quanto piuttosto la loro contrarietà ai principi costituzionali.

La disciplina francese non è stata, sotto questo punto di vista, bersaglio di critiche così numerose da parte della dottrina. Questa lamenta un'eccessiva

lacunosità delle norme processuali relative alle *personnes morales*, piuttosto che la poca chiarezza delle stesse. Il rispetto dei diritti dell'imputato non è, invece, uno degli argomenti normalmente oggetto di dibattito e ciò, evidentemente, perché il legislatore non ha dato motivi agli interpreti per occuparsene. Gli sporadici interrogativi sorti nel tempo sul rispetto del diritto di difesa dell'accusato, come quello sul diritto al silenzio, sono stati risolti generalmente a favore dello stesso, dimostrandosi così una maggiore aderenza ai principi generali che guidano il processo penale nonché al principio di uguaglianza.

Anche la volontà di conformarsi a quest'ultimo principio è uno dei fattori che hanno determinato la differenza di approccio della dottrina e della giurisprudenza francesi rispetto a quelle italiane.

Si è visto come, in ossequio al principio di uguaglianza, il legislatore francese ha esteso la responsabilità penale ai soli enti dotati di personalità giuridica, cosicché le sole persone, fisiche o giuridiche che siano, rispondono oggi penalmente della commissione dei reati.

Alla parità di responsabilità penale non può che corrispondere la parità dei diritti nonché dei principi che ispirano la materia. Questo pensiero è efficacemente espresso da un'autrice francese con riferimento al principio della responsabilità penale personale, ma ben si attaglia a ogni altro principio su cui la procedura penale poggia: «*Puisqu'il s'agit de personnes, la conciliation avec le principe général qui régit la responsabilité pénale s'opère d'elle-même*»³⁷⁵. Trattandosi comunque di persone, la conciliazione con i principi generali che reggono la responsabilità penale si opera da sé.

Qui sta la differenza di fondo tra l'approccio italiano e quello d'oltralpe, ossia nella percezione del soggetto collettivo. In Francia, esso è parificabile a un

³⁷⁵ TRICOT, *Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français*, in RSC, 2013, 1, p. 19.

qualunque accusato persona fisica, mentre in Italia è percepito, dal legislatore prima, da alcuni interpreti poi, alla stregua di un'entità impersonale non meritevole dei livelli di tutela accordati alla persona fisica. Ciò comporta che sia messa in dubbio l'esigenza del rispetto dei principi generali del processo penale. Non può ignorarsi, infine, il ruolo giocato dalla precisa identificazione della natura di questa nuova forma di responsabilità degli enti. Il legislatore francese, qualificando tale responsabilità come penale, non ha dato adito a dubbi circa l'individuazione dei principi regolatori della materia.

In conclusione, il convincimento, diffuso in Italia, per il quale la normativa d'oltralpe presenta, in tema di diritto al silenzio dell'imputato, gli stessi profili problematici che si sono rinvenuti in quella italiana va ridimensionato.

È anche errato ritenere, come pure si è fatto³⁷⁶, che la giurisprudenza francese stia semplicemente ignorando la questione. Pare, anzi, che l'abbia risolta alla stregua dei principi generali, gli stessi della cui operatività si dubita nel nostro paese quando si tratta di enti.

Conclusioni

A sedici anni dall'introduzione della responsabilità penale degli enti, la disciplina delle prove nel procedimento penale *de societate* è ancora un terreno per lo più inesplorato.

L'interprete che con esso si voglia misurare si imbatte in una complessa trama di dubbi irrisolti che, non trovando una soluzione univoca, rischiano di trasformare

³⁷⁶ Sempre nella Relazione ministeriale al decreto, si legge che tale è l'imbarazzo generato dalla presenza di una norma come quella di cui all'art. 706-44 c.p.p., che la giurisprudenza francese «che, in un caso, ha ritenuto che il rappresentante legale di una società inquisita non dovesse prestare giuramento come testimone, disponendo che fosse sentito solo come persona informata sui fatti».

il panorama giudiziario italiano in una sorta di mosaico nel quale giudici diversi interpretano una stessa norma in modo difforme, generando, così, discutibili disparità di trattamento tra gli operatori del processo penale.

Questa situazione è, in buona misura, la scaturigine degli incerti strumenti che il legislatore ha fornito agli interpreti per l'individuazione della procedura applicabile al soggetto collettivo. L'articolo 34 del decreto impone al giudice di vagliare la compatibilità, con il processo penale *de societate*, delle norme del codice di rito, senza indicare, tuttavia, i criteri da seguire nello svolgimento di una tale operazione.

A complicare ulteriormente questo quadro, la latitanza della giurisprudenza di legittimità anche su alcune questioni di maggior rilievo, come quelle relative alla praticabilità della perizia nel procedimento cautelare *de societate*, alla utilizzabilità dello strumento previsto dall'articolo 238-bis c.p.p. e alla ascrivibilità, anche a un soggetto collettivo, del diritto al silenzio.

Come si è visto, quest'ultima problematica è stata risolta, nell'ordinamento francese, a favore dell'imputato, grazie al ricorso ai principi generali del processo penale, ritenuti certamente applicabili in virtù della posizione inequivocabile che il legislatore francese ha assunto nel qualificare la responsabilità degli enti alla stregua di una responsabilità penale.

Al contrario, in Italia, fin dal 2001, anno dell'entrata in vigore del decreto, i più importanti studiosi del processo penale italiano si interrogano sull'estensione dei diritti difensivi dell'imputato-ente, fornendo ognuno il proprio apporto nel tentativo, finora vano, di chiarire se il soggetto collettivo benefici, al pari di qualunque imputato, del diritto di tacere e di mentire; se si giovi quindi, anch'esso, di quel fondamentale perno della procedura penale moderna che è il principio per cui *nemo tenetur se detegere*.

A fronte di una così alta risonanza del tema nell'ambito della dottrina, tuttavia, la giurisprudenza è pressoché muta e la sua inerzia risulta ancor meno comprensibile se si considera che il tema di cui si discute è al centro dei dibattiti dottrinali sul processo penale degli enti soprattutto in quanto sull'articolo 44 del decreto aleggia un sentore diffuso di incostituzionalità.

A dispetto di ciò, non solo la Corte Costituzionale non è mai stata adita, ma la norma non è mai approdata neppure al vaglio della Corte di Cassazione, la quale, quanto meno, potrebbe fornirne un'interpretazione costituzionalmente orientata più autorevole di quella derivante da un qualunque giudice di merito. Inevitabile chiedersi, allora, se il motivo di tanta ritrosia a sottoporre la questione al giudice di legittimità o al giudice delle leggi non risieda nella preoccupazione di un'eventuale pronuncia sfavorevole al soggetto collettivo, che circoscriva la piena estensione dei diritti di difesa e, in particolare, del diritto di non autoincriminarsi, alle sole persone fisiche.

In effetti, non sarebbe, questo, un esito così inatteso, anche alla luce di esperienze giurisprudenziali proprie di altri paesi che, come il nostro, riconoscono la “capacità” penale degli enti. La Corte Suprema³⁷⁷ degli Stati Uniti d'America, ad esempio, nega fin dal 1909 che il *privilege against self-incrimination* si estenda alle *legal persons*: esso tutelerebbe le sole libertà civili, non anche quelle economiche, con la conseguenza che il rappresentante del soggetto collettivo sarebbe tenuto, se del caso, a incriminare l'ente di appartenenza senza potersi appellare al V Emendamento, che sancisce il diritto, proprio di ogni individuo, di non essere obbligato a testimoniare contro se stesso.

³⁷⁷Hale vs. Henkel, 201 U.S. 43 (1909). Il caso riguardava il rifiuto, da parte del tesoriere di una *corporation* coinvolta in un processo penale, di testimoniare contro l'ente di appartenenza e di fornire documenti che avrebbero potuto incriminarlo.

Non ci si può esimere dal chiedersi, tuttavia, se anche una soluzione di questo tipo non sia preferibile all'incertezza che oggi domina sul tema nelle aule giudiziarie.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di A. ALESSANDRI, IPSOA, 2002

AA. VV., *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, a cura di GIUDICELLI-DELAGE e MANACORDA, Société de la législation comparée, 2013

AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in Riv. Proc. pen, 1974

AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in Cass. Pen, 2005

AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità dell'ente*, in Cass. Pen., 2005, p. 320 ss.

BALSAMO, *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali*, in Cass. pen., 2002

BARGIS, *Commento alla L. 1/3/2001, n. 63, sub art. 8*, in Leg. pen., 2002

BASSI, *Disposizioni generali sul procedimento*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI-EPIDENDIO, Giuffrè, 2006

BASSI, *Disposizioni generali sul procedimento*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI-EPIDENDIO, Giuffrè, 2006

BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI-EPIDENDIO, Giuffrè, 2006

BASSI, *Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica*, in Riv. 231, n. 3, 2006

BASSI, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI-EPIDENDIO, Giuffrè, 2006

BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Giuffrè, 1965

BELLUTA, *Le disposizioni generali del processo all'ente, tra richiami codicistici e autonomia di un sistema in evoluzione*, AA. VV., *Il processo penale de societate*, a cura di BERNASCONI, Giuffrè, 2006

BENILLOUCHE, *La poursuite des personnes morales*, in AA. VV., *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, puf, 2009

BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002

BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in AA. VV., *Il processo penale de societate*, a cura di BERNASCONI, Giuffrè, 2006

BERNASCONI-BELLUTA, *Sub art. 44*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti: commento articolo per articolo al d.lgs 231/2001*, a cura di PRESUTTI, BERNASCONI, FIORIO, CEDAM, 2008

BERTONAZZI, *Il d.lgs. 231 del 2001 e il nuovo modello sanzionatorio dei soggetti collettivi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, p. 1166 ss.

BESNARD, *Le droit de se taire et de ne pas s'autoincriminer*, Paris II, 2016

BOULOC, *La représentation de la personne morale poursuivie: une loi à refaire*, Recueil Dalloz, 1998

BOULOC, *Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *La responsabilité pénale des personnes morales*, Dalloz, 1993

BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 2015

BUFFELAN-LANORE, *La procédure applicable aux infractions commises par les personnes morales*, in *Rev. Soc.*, 1993

BUISSON, GUINCHARD, *Procédure pénale*, Lexis Nexis, 2014

CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2017

CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 122, Dalloz, 2013

CAPITTA, *La qualifica processuale del dichiarante dopo il provvedimento di archiviazione: itinerari giurisprudenziali*, in *Dir. pen. cont.*, 2011

CARNEVALE, *Art. 238-bis*, in AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di CONSO, GREVI, cedam, 2015

CERCOLA, *Le intercettazioni nella dinamica del processo penale*, Giappichelli, 2016

CERESA-GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, in AA. VV., *Responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, a cura di ROSSI, VINCIGUERRA, CERESA-GASTALDO, CEDAM, 2004

CERRI, *Appunti sul concorso conflittuale di diverse norme della Costituzione*, in *Giur. Cost.* 1976

CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, UTET giuridica, 2015

CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012

COSTE, *Statut de la parole et présomption d'innocence*, *AJP*, n. 11, 2004

D. SIRACUSANO-F. SIRACUSANO, *Le prove*, in AA. VV., *Diritto processuale penale*, a cura di DI CHIARA, PATANÈ, SIRACUSANO, Giuffrè, 2013

DE FALCO, *L'ente e il dibattimento: principi generali e problematiche specifiche*, in *Riv.* 231, 2007

DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002

DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualifica giuridica*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002

DELL'ANNO, *Prova documentale e circolarità della prova*, in AA. VV., *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale, La prova penale*, a cura di A. Gaito, UTET, 2008

DEPREZ, *Le droit de ne pas s'auto-incriminer; entre nécessité de garanties entourant l'aveu et impératifs liés à l'efficacité judiciaire* », in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p.569-581

DESPORTES e LE GUNEHEC, Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, JCP, 20, 1995, agg. 2017

DESPORTES e LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 2009

DESPORTES, LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2015

DI BITONTO, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, in *Giur. di merito*, suppl. 07-08/2008

DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010

DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, 2012

DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerati*, Giuffrè, 1994

DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010

DIDDI, *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Dir. pen. E proc.*, 2005

DUCOULOUX-FAVARD, *Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales*, in *Recueil Dalloz*, 1998

DUPRÉ DE BOULOIS, in AA. VV., *Traité de droit administratif*, a cura di GONOD, MELLERAY, PHILIPPE, Tome 2, Dalloz, 2011

DURY-FAUVEAU, *L'oralité dans la procédure pénale française (Le droit au silence)*, in AA. VV., *Les procédures accusatoires*, a cura di BENILLOUCHE, Puf, 2012

EPIDENDIO, *I principi costituzionali e internazionali e la disciplina punitiva degli enti*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI-EPIDENDIO, Giuffrè, 2006

EPIDENDIO, *I principi generali in materia di punizione degli enti giuridici*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di BASSI-EPIDENDIO, Giuffrè, 2006

FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, CEDAM, 2002

FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010

FIDELBO, *Testimonianza: casi di incompatibilità*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010

FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2010

FLORA, in AA. VV., *Societas puniri potest*, a cura di PALAZZO, CEDAM, 2003

G. DE FALCO, *Le modalità di intervento dell'ente nella fase delle indagini preliminari*, in Riv. 231, 4-2006, p. 99.

G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale (contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in AA. VV., *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, UTET, 1960

G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Vol. V, 1957, p. 352 ss.

GAROFOLI, *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2008

GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002

GARUTI-SALA, *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di VENEZIANI, GARUTI, CADOPPI, UTET giuridica, 2010

GIARDA, *Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative*, in *Responsabilità degli enti per reati commessi nel loro interesse*, in Cass. pen. 2003, n. 6, suppl. 3, p. 111

GIARDA, *L'accertamento: disposizioni generali*, in AA. VV., *Responsabilità penale delle persone giuridiche, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di GIARDA, VARRASO, SPANGHER, MANCUSO, IPSOA, 2007

GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in Riv. Ita. dir. e proc. pen., f3, 1999

GREVI, *Diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, in Riv. Ita. dir. e proc. pen., f4, 1998

GREVI, *Garanzie difensive e misure cautelari personali*, in AA. VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Giuffrè, 1997

GREVI, *Garanzie difensive e misure cautelari personali*, in AA. VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Giuffrè, 1997

GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972

GREVI, *Prove*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di CONSO, GREVI, BARGIS, CEDAM, 2014

ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in Pol. e dir., 1999

ILLUMINATI, *In difesa del diritto al silenzio*, in Ind. pen., 1993

ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, in Giustizia penale oggi, a cura di GREVI, Zanichelli, 1979

IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità «amministrativa» - codici di autodisciplina)*, in G. Comm., 2003, p. 693 ss.

L. MORELLI, *Il sistema cautelare: vicende evolutive. Cautele reali*, in AA. VV., *Il processo penale de societate*, a cura di BERNASCONI, Giuffrè, 2006

LAMBERIGTS, *The directive on the presumption of innocence, a missed opportunity for legal persons?*, in Eucrim, 2016/1, p. 36

LARGUIER e CONTE, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 2004

LATTANZI in AA. VV., *Societas puniri potest*, a cura di PALAZZO, CEDAM, 2003

LEBLOIS-HAPPE, *Le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation*, in AA. VV., *Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice*, Edition Cujas, n.1, 2012

LEGROS, *Le droit au silence et la détention provisoire*, AA. VV., Bruylant, 1997

LOMBOIS, *Droit pénal général*, Hachette, 1994

LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del d.lg 8 giugno 2001, n. 231*, in Cass. Pen., 2002

LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2016

MANCINI, *Commento all'art. 4*, in AA. VV., *Commentario alla Costituzione-Principi fondamentali*, a cura di BRANCA, Zanichelli, 1975

MARON e ROBERT, *Cent personnes morales pénalement condamnées*, JPC, 6, 1999, I, n.11

MATSOPOULOU, *Responsabilité pénale des personnes morales*, in Répertoire de droit des sociétés, 2002

MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris, 1899

MOSCARINI, *I principi delle prove penali*, Giappichelli, 2014

MOYAUD, *Droit pénal général*, Puf, 2015

NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2004

O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, 2004

P. IELO, *Sub art. 44*, in AA. VV., *Codice di procedura penale*, a cura di TRANCHINA, Giuffrè, 2012

PAGLIARO, *Intervento*, in AA. VV., *Societas puniri potest- La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di PALAZZO, CEDAM, 2003

PALADIN, *Autoincriminazione e diritto di difesa*, in *Giur. Cost.*, 1965

PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.* n.7, 2001, p.845 ss.

PATANE', *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Premessa, Giappichelli, 2006

PERONI, *Il sistema delle cautele*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002

PULITANO', *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in Enc. Dir., Agg. VI, 2002

RASSAT, *Procédure pénale*, ellipses, 2010

ROBERT, *La représentation devant les juridictions pénales des personnes morales poursuivies ou le syndrome de Pyrrhon*, in AA. VV., *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit*, Presses Universitaire Limoges, 2004

S. CHIMICHI, *Le prove dichiarative nel procedimento penale contro gli enti*, in Dir. pen. e proc., n. 2/2005.

SANTORIELLO, *La prova testimoniale nel processo alle società*, in Resp. Amm. Soc., f2, 2006

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, CEDAM, 2002

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, CEDAM, 2002

SCALFATI, *Le prove*, in AA. VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da SPANGHER, UTET giuridica, 2009

TAORMINA, *Narcoanalisi*, in Enc. Dir., Vol XXVII, 1977

TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2016

TRANCHINA-DI CHIARA, *Il diritto processuale penale e il processo penale: linee introduttive*, in AA. VV., *Diritto processuale penale*, a cura DI DI CHIARA, PATANÈ, SIRACUSANO, Giuffrè, 2013

TRICOMI L., *Violazioni amministrative: il giudice fa il piano*, in Guida al diritto, 26, 2001

TRICOT, *Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales: l'exemple français*, in RSC, 2013, 1, p. 19

VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012

VERNY, *Procédure pénale*, Dalloz, 2016

VETRONE, *Consentita la testimonianza per accusa archiviata*, nota a SS. UU. 17 dicembre 2009, n. 12067, in Dir. e Giust., fasc. 0, 2010, p. 163

VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito?*, in AA. VV., *Responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, a cura di ROSSI, VINCIGUERRA, CERESA-GASTALDO, CEDAM, 2004

VOLO, *Le silencieux droit au silence*, Petites Affiches, 19 luglio 1993

