



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN  
Comparazione giuridica e storico - giuridica

CICLO XXVIII

COORDINATORE Prof. Daniele Negri

Interferenze fra accertamento della responsabilità dell'ente e  
procedimento penale a carico della persona fisica

Settore Scientifico Disciplinare IUS/16

**Dottorando**

Dott. Fabio Nicolichia

---

**Tutore**

Chiar.mo Prof. Daniele Negri

---

Anni 2013/2015



## INDICE

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

### CAPITOLO I

#### LE INTERFERENZE FRA ACCERTAMENTO NEI CONFRONTI DELL'ENTE E PROCEDIMENTO PENALE A CARICO DELLA PERSONA FISICA: LA REGOLA DEL *SIMULTANEUS PROCESSUS*

1.1 Ricadute processuali della relazione tra ente accusato dell'illecito ex d.lgs. n. 231/2001 e imputato del reato presupposto.....	7
1.2 La regola della celebrazione congiunta: il <i>simultaneus processus</i> come norma di garanzia.....	15
1.3 Le eccezioni al procedimento cumulativo.....	22
1.3.1 <i>La deroga al processo cumulativo ai sensi dell'art. 38 comma 2 lett. c) del d.lgs. n. 231/2001</i> .....	27
1.4 Per un'interpretazione costituzionalmente orientata della deroga generale al processo simultaneo.....	31

### CAPITOLO II

#### IMPLICAZIONI PROCESSUALI DI UN ACCERTAMENTO DISGIUNTO

2.1 I pregiudizi all'effettività dei diritti processuali di ente ed imputato.....	43
2.2 La circolazione della motivazione tra procedimenti separati.....	46

<b>2.3 La circolazione probatoria tra processo a carico dell'individuo e procedimento de societate.....</b>	<b>59</b>
---	-----------

<b>2.4 Gli effetti della separazione processuale sull'incompatibilità a testimoniare.....</b>	<b>67</b>
---	-----------

### **CAPITOLO III**

#### **LE RELAZIONI D'INTERESSE TRA ENTE ED IMPUTATO PERSONA FISICA: INADEGUAZZE DELL'ASSETTO NORMATIVO**

<b>3.1 Le relazioni d'interesse tra ente ed imputato persona fisica: riflessi in materia di assistenza e partecipazione.....</b>	<b>81</b>
--	-----------

<b>3.2 Il diritto all'assistenza: nomina del difensore, incompatibilità e riservatezza delle comunicazioni tra legale ed assistito.....</b>	<b>85</b>
---	-----------

<b>3.3 La partecipazione "personale" dell'ente.....</b>	<b>98</b>
---	-----------

<b>3.4 Partecipazione dell'ente e relazioni d'interesse tra soggetto collettivo ed imputato persona fisica: brevi considerazioni conclusive alla luce della legge-n.-67/2014.....</b>	<b>108</b>
---	------------

### **CAPITOLO IV**

#### **COOPERAZIONE E PREMIALITÀ NEL PROCEDIMENTO DE SOCIETATE: I RIFLESSI SULLE RELAZIONI TRA ENTE E PERSONA FISICA**

<b>4.1 La rilevanza degli strumenti di cooperazione nel contrasto alla criminalità d'impresa: le previsioni del d.lgs. n. 231/2001.....</b>	<b>119</b>
---	------------

<b>4.2 La cooperazione nel procedimento de societate nord - americano: NPA e DPA.....</b>	<b>129</b>
---	------------

4.2.1 <i>Corporate Internal Investigations</i> e diritti processuali della persona fisica.....	136
4.2.2 <i>Profili evolutivi della disciplina</i> .....	139
<b>4.3 Il d.lgs. n. 231/2001 alla luce della lezione americana: le investigazioni interne dell'ente.....</b>	<b>146</b>
<b>4.4 Diritti dell'imputato e spendibilità processuale delle risultanze delle indagini interne.....</b>	<b>151</b>
<b>Conclusioni.....</b>	<b>157</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>161</b>



## **Introduzione**

Ad ormai quasi quindici anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231<sup>1</sup> e dalla conseguente «rivoluzione copernicana» integrata dal superamento del dogma per cui *societas delinquere non potest*<sup>2</sup>, i tempi sembrano maturi per sviluppare una meditata riflessione in ordine ai principali aspetti d'interesse connessi all'applicazione della disciplina in oggetto.

I temi coinvolti sono però molteplici e variegati, tanto da far emergere immediatamente l'impossibilità di condurre in un'unica sede uno studio sufficientemente approfondito che interessi tutte le questioni discendenti dall'adozione del nuovo modello punitivo, anche limitandosi a considerare soltanto gli aspetti rilevanti dal punto di vista del diritto processuale<sup>3</sup>.

La presente indagine sconta pertanto l'iniziale necessità di individuare un campo d'indagine necessariamente circoscritto ma comunque capace – almeno nelle intenzioni di chi scrive – di offrire un'interessante panoramica dei principali interrogativi connessi all'istituzione di una responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche, almeno con riferimento alle disposizioni deputate a regolare il procedimento per l'accertamento di tale responsabilità. Un simile dominio d'analisi è stato concretamente individuato nello studio dei rapporti esistenti a livello processuale tra i due poli dell'accertamento condotto ex d.lgs. n. 231 del 2001, ossia nelle relazioni tra la posizione dell'ente e dell'imputato persona fisica.

Tra i vari aspetti oggetto di considerazione da parte dell'oramai consistente letteratura scientifica relativa allo studio del procedimento *de societate*, questo appare infatti uno dei temi meno interessati dal dibattito dottrinale. Gli autori che si sono occupati della materia hanno infatti fino ad ora comprensibilmente dedicato la loro attenzione soprattutto all'individuazione dei diritti da assicurare alla persona

---

<sup>1</sup> Gli articoli di legge citati nel presente lavoro senza ulteriore indicazione devono intendersi riferiti al testo del d.lgs. n. 231 del 2001.

<sup>2</sup> In questi termini, per tutti, R. Borsari, *La responsabilità da reato degli enti in cerca d'autore*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2012, p. 70.

<sup>3</sup> Basti solo pensare alla poderosa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale relativa alla possibilità di formalizzare la costituzione di parte civile nel procedimento a carico della persona giuridica, ovvero al corposo dibattito riguardante i presupposti applicativi del sequestro preventivo ex art. 53 del Decreto nonché gli ulteriori dubbi interpretativi connessi all'istituto citato, anche in relazione alla confisca disposta ai sensi dell'art. 19 del Decreto.

giuridica nell'ambito del nuovo modello processuale di cui è protagonista, ovvero all'analisi dei caratteri di specialità che caratterizzano in generale il predetto accertamento, senza soffermarsi sulle implicazioni discendenti dalla frequente celebrazione contestuale di un ulteriore giudizio rispetto a quello a carico della società che ha invece ad oggetto la responsabilità dell'individuo.

Pur a fronte dell'insoddisfacente livello di approfondimento del tema in dottrina e giurisprudenza, esso sembra in verità possedere un'influenza determinante in ordine alla stessa verifica dell'effettività delle prerogative processuali del soggetto collettivo e della persona fisica. Si rende dunque palese la necessità di una sua considerazione maggiormente dettagliata, anche al fine di addivenire alla formulazione di un giudizio quanto più possibile completo in ordine alla bontà delle scelte operate attraverso l'istituzione del modello procedimentale fatto proprio dal legislatore del 2001, operazione che prelude necessariamente alla individuazione di eventuali correttivi interpretativi o di proposte *de jure condendo* tese ad innalzare, ove necessario, il grado delle tutele in favore dei soggetti del procedimento<sup>4</sup>.

Tutto quanto segnalato giustifica dunque la scelta alla base del presente lavoro, che può dirsi sviluppato secondo una prospettiva trasversale. Lo studio prende infatti in considerazione diversi momenti dell'accertamento, occupandosi di analizzare previsioni riferite tanto alla parte c.d. statica quanto a quella dinamica dello stesso, talvolta inerenti la morfologia della fase investigativa ed altre quella del giudizio dibattimentale o del procedimento cautelare, attraverso un'indagine sviluppata lungo la direttrice del tema dei rapporti processuali tra ente ed imputato persona fisica, aspetto che costituisce la vera e propria "spina dorsale" del presente lavoro.

Lo studio ha inoltre una struttura bifasica. Al suo interno possono infatti essere idealmente individuate due distinte linee di indagine, ancora una volta

---

<sup>4</sup> E' recentissima la notizia dell'istituzione di un'apposita Commissione di studio per la modifica del d.lgs. n. 231/2001 il cui obiettivo «è quello di effettuare una ricognizione, a quindici anni dall'entrata in vigore del predetto decreto legislativo, per contrastare e prevenire la criminalità economica, considerata importante elemento di distorsione dei mercati e di freno della crescita». Cfr. al riguardo: <http://www.giurisprudenzapenale.com/2016/03/08/riforma-del-d-lgs-2312001-istituita-una-commissione-per-il-contrasto-alla-criminalita-economica/>.



accomunate dalla tematica riguardante le relazioni tra i due soggetti protagonisti dell'accertamento.

La prima, condensata nei primi due capitoli della trattazione, rappresenta forse la parte meno innovativa del lavoro, almeno nelle sue premesse argomentative. Essa si occupa infatti di approfondire il tema dell'indagine attraverso un punto di vista più strettamente "processuale", partendo dall'analisi del noto principio di celebrazione simultanea degli accertamenti di cui all'art. 38, e sviluppando successivamente la riflessione alla luce delle implicazioni connesse all'operatività della regola in questione, disvelando così la sua fondamentale essenza garantista e la correlativa necessità di un'attenzione interpretativa che ne salvaguardi la *ratio* a dispetto di un testo normativo alquanto scarno ed insoddisfacente.

Nello specifico, nel primo capitolo l'attenzione viene dedicata all'esegesi del principio, evidenziando l'adozione di una tecnica normativa talvolta approssimativa. Il secondo capitolo è poi dedicato alla concreta individuazione degli istituti influenzati dalla modalità di trattazione dei procedimenti, in maniera tale da dare sostanza alle argomentazioni esposte in precedenza.

L'ulteriore aspetto considerato negli ultimi due capitoli è invece collegato all'analisi delle ricadute processuali degli assetti d'interesse esistenti tra soggetto collettivo ed imputato del reato presupposto, così da individuare i principali profili di criticità derivanti da una simile relazione.

Più nel dettaglio, all'interno del terzo capitolo l'indagine si sofferma in primo luogo sull'individuazione delle dinamiche conflittuali potenzialmente discendenti dalla stessa struttura sostanziale dell'illecito ex d.lgs. n. 231 del 2001, identificando i punti di emersione di tale contrasto. La nascita di dinamiche conflittuali tra ente ed imputato persona fisica, in quanto favorita dalle stesse caratteristiche della responsabilità ascrivibile al soggetto collettivo, appare infatti un'eventualità quanto mai reale, in relazione alla quale il legislatore delegato non sembra però avere predisposto adeguati presidi normativi, quanto meno con riguardo alla tutela dei diritti processuali delle parti.

Infine, nel capitolo conclusivo, l'analisi si concentra sulle questioni discendenti dall'esistenza di dinamiche conflittuali questa volta derivanti

dall'operatività – assai diffusa nel contesto del d.lgs. n. 231 del 2001 ma oramai più generalmente nell'ambito del contrasto alla c.d. criminalità economica – di strumenti di cooperazione collegati al riconoscimento di incentivi *lato sensu* premiali in favore di chi intenda fornire il proprio apporto collaborativo all'autorità procedente. Tale approfondimento è stato condotto secondo una metodologia di analisi comparata, che si è avvalsa dell'esperienza maturata al riguardo all'interno di un ordinamento straniero in cui la disciplina della responsabilità penale delle società vanta una grande tradizione, ossia quello degli Stati Uniti d'America. Ciò ha permesso di fare luce su alcuni aspetti di indubbia rilevanza nell'ambito del dibattito relativo ai futuri sviluppi del sistema di responsabilità degli enti all'interno del contesto nazionale. Partendo dall'individuazione dei principali istituti di cooperazione assistita da elementi di premialità presenti all'interno del testo del Decreto si è infatti arrivati a considerare un tema di sicuro interesse, relativo all'utilizzabilità a carico dell'individuo di elementi eventualmente raccolti dalla società attraverso il compimento di processi di revisione interna variamente denominati, verificando altresì l'adeguatezza dell'attuale assetto processuale a tutelare in maniera efficace il rispetto dei principali diritti processuali della persona fisica anche in relazione al recupero dibattimentale delle risultanze di tali investigazioni.

Tale ultimo aspetto rende dunque evidente come la ricerca che qui si introduce, ancorché senza dubbio afferente in via principale al sistema processuale proprio del d.lgs. n. 231 del 2001, posseda però una valenza ulteriore. La frequente presenza sulla scena processuale di un soggetto diverso dall'ente unitamente ad una tecnica legislativa che assimila in larga parte all'interno della disciplina del procedimento per l'accertamento dell'illecito della persona giuridica le disposizioni dettate in via ordinaria dal codice di procedura penale, consentono infatti di riferire il lavoro che qui si introduce non soltanto allo specifico campo del processo *de societate*, evidenziando la sua rilevanza anche con riguardo ad alcuni tra i principali istituti del codice di rito.

Ciò giustifica dunque l'auspicio conclusivo per cui la presente analisi possa fungere da stimolo per riflettere, secondo una prospettiva più generale, sul tema sempre attuale del rispetto dei valori e delle garanzie che devono caratterizzare il

giusto processo di matrice costituzionale, tanto nei riguardi della persona giuridica, che con riferimento alla posizione dell'imputato persona fisica.



## CAPITOLO I

### LE INTERFERENZE FRA ACCERTAMENTO NEI CONFRONTI DELL'ENTE E PROCEDIMENTO PENALE A CARICO DELLA PERSONA FISICA: LA REGOLA DEL *SIMULTANEUS PROCESSUS*

#### 1.1 Ricadute processuali della relazione tra ente accusato dell'illecito ex d.lgs. n. 231/2001 e imputato del reato presupposto.

Il tema dei rapporti in senso lato esistenti tra l'illecito "amministrativo"<sup>5</sup> dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 ed il reato presupposto alla

---

<sup>5</sup> Non è obiettivo del presente lavoro quello di prendere posizione circa l'annosa *querelle* relativa all'effettiva natura della responsabilità dell'ente, questione da taluno addirittura definita forse non del tutto a torto come «stucchevole» e sostanzialmente priva di utilità già poco tempo dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 231/2001. In questi termini, tra gli altri, A. Alessandri, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 556. Il tema, come del resto rilevato già dalla dottrina più attenta, acquista altresì una valenza decisamente ridimensionata a seguito del consolidarsi dell'orientamento interpretativo della giurisprudenza sovranazionale, la quale – sebbene in termini più generali - ribadisce costantemente l'irrilevanza della qualifica formale della responsabilità di volta in volta in questione valorizzando invece l'analisi dei suoi connotati sostanziali già a partire da Corte e.d.u., *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976. Cfr. anche da ultimo Corte e.d.u., X sez., *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014. Per una diversa prospettiva, tesa a sostenere la rilevanza del dibattito in oggetto, si veda però R. Guerrini, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 30 ss. Per una breve rassegna delle principali posizioni assunte al riguardo da dottrina e giurisprudenza cfr. infine G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *Dir. pen. cont.*, consultabile on-line: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1351253564De%20Simone%20definitivo.pdf>, p. 5 ss. Sul punto occorre solo per inciso rammentare come all'incertezza definitiva sul versante sostanziale si accompagni in verità un'inequivoca opzione processuale in favore del modello di accertamento del processo penale, che, pur con tutte le peculiarità derivanti dalla specificità della materia, vale senz'altro a collocare la materia oggetto di attenzione in un'area di sicuro interesse ai fini di un'indagine di natura processual – penalistica. Al riguardo taluno osserva che proprio la scelta di ricorrere allo strumentario del procedimento penale sarebbe del resto idonea a disvelare la natura solo formalmente amministrativa della responsabilità degli enti. Così, da ultimo, L. Camaldo, *I principi generali del procedimento*, in Aa. Vv., *Diritto penale delle società. I profili processuali*, vol. II, a cura di G. Canzio – L.D. Cerqua – L. Lupària, Padova, Cedam, 2014, p. 1299; nonché P. Balducci, *L'ente imputato: profili di efficienza e di garanzia nel processo de societate*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 7; P. Ferrua, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *D&G*, 2001, 29, p. 8.; e, pur con alcune riserve, H. Belluta, *Le disposizioni generali sul processo agli enti, tra richiami codicistici e autonomia di un sistema in evoluzione*, in Aa. Vv., *Il processo penale de societate*, a cura di A. Bernasconi, Milano, Giuffrè, 2006, p. 12 ss.. Sul punto si veda anche C. Santoriello, *Il procedimento penale per l'accertamento della responsabilità amministrativa degli enti collettivi*, Torino, Plenum, 2011, p. 9.

responsabilità del soggetto collettivo, per quanto innovativo, non può dirsi assolutamente sconosciuto al legislatore ed alla dottrina italiana.

Già in epoca alquanto risalente tale aspetto era stato fatto oggetto di specifica attenzione in chiave giustificativa dell'istituzione di una possibile responsabilità penale dell'impresa, allora ancora ostacolata da una pressoché incondizionata adesione al principio per cui *societas delinquere non potest*<sup>6</sup>. Una simile analisi preludeva dunque in qualche maniera allo sviluppo di un'approfondita riflessione circa le implicazioni sostanziali connesse alla relazione tra reato posto in essere dall'individuo ed illecito della persona giuridica, poi effettivamente sviluppatasi nella vigenza del d.lgs. n. 231 del 2001.

E' infatti noto che, in base alle regole dettate dagli artt. 5 e ss.<sup>7</sup>, la responsabilità del soggetto collettivo sorge a seguito dell'integrazione di un fatto di reato commesso nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica da parte di c.d. soggetti apicali ovvero di persone sottoposte alla vigilanza o controllo di questi; da qui la necessità di inquadrare dogmaticamente tale costruzione, anche con speciale riguardo all'individuazione dei criteri di imputazione oggettivi e soggettivi dell'illecito ascritto alla società<sup>8</sup>. In base a quanto brevemente ricordato emerge dunque già che, a differenza di quanto avviene in altre realtà nazionali, dove la responsabilità di ente e persona fisica viene strutturata in termini di sussidiarietà se non di rigida alternatività<sup>9</sup>, il d.lgs. n. 231 del 2001 realizza un modello di "imputazione" potenzialmente cumulativa tra i due soggetti coinvolti<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> F. Bricola, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970, p. 1006 ss., individuava già il criterio di collegamento elettivo per addivenire a teorizzare una responsabilità diretta del soggetto collettivo nella commissione di un fatto dotato di rilevanza penale da parte degli amministratori di questo, preoccupandosi di evidenziare la compatibilità di una simile costruzione con il principio della personalità della responsabilità penale intesa quale responsabilità per fatto proprio e colpevole. Al riguardo cfr. altresì C. De Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 341 ss..

<sup>7</sup> Gli articoli di legge citati senza ulteriori indicazioni si intendono riferiti al d.lgs. n. 231/2001.

<sup>8</sup> Si potrà qui solo operare un riferimento essenziale alla copiosa letteratura esistente in materia. Al riguardo si veda dunque G. Casaroli, *Sui criteri d'imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2008, p. 561 ss.; A. Bernasconi, *La responsabilità dell'ente. I criteri d'imputazione. Il gruppo d'impresa*, in A. Presutti – A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, Giuffrè, 2013, p.59 ss.; O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in Aa. Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., a cura di G. Lattanzi, Milano, Giuffrè, 2010, p. 56 ss..

<sup>9</sup> Si veda, con riferimento al continente europeo, A. Fiorella – A.S. Valenzano, *Linee comuni e prospettive di sviluppo della disciplina degli Stati membri dell'U.E. sulla responsabilità dell'ente da reato* in Aa. Vv., *La responsabilità dell'ente da reato nella prospettiva del diritto penale*

Una simile costruzione arriva ad integrare un *unicum* all'interno delle ipotesi di responsabilità *lato sensu* plurisoggettive previste all'interno del nostro ordinamento<sup>11</sup>. Un medesimo fatto storico risulta infatti produttivo di una duplice responsabilità almeno formalmente eterogenea a carico di due differenti soggetti che saranno di norma entrambi chiamati a rispondere dei fatti loro addebitati<sup>12</sup>. Tale panorama – come appena incidentalmente sottolineato - induce sicuramente approfondite e stimolanti riflessioni nella prospettiva del diritto sostanziale<sup>13</sup>, ma lo

---

“globalizzato”, a cura di A. Fiorella – A.S. Valenzano, Napoli, Jovene, 2015, pp. 4-5, ove si dà atto di come, pur nel quadro di una responsabilità il più delle volte cumulativa «non mancano eccezioni [...] che conducono talora ad escludere la responsabilità della persona fisica (ad esempio in Belgio) o a presupporre, almeno in alcune fattispecie, che la persona fisica non sia punibile (ad esempio in Svizzera)». Più in generale, per un interessante *excursus* storico sulle ragioni dogmatiche alla base della scelta di criminalizzazione del gruppo collettivo all'interno delle diverse realtà nazionali, G. Marinucci, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico – dogmatico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 447 ss. Infine, per un'efficace categorizzazione dei modelli di responsabilità della persona giuridica in rapporto alla posizione dell'individuo, K. Volk, *La responsabilità penale degli enti collettivi*, in *Crit. del dir.*, 2002, p. 225 ss.

<sup>10</sup> Lo evidenzia tra gli altri, menzionando l'esistenza di conseguenze sanzionatorie a carico di due differenti soggetti, M.L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Napoli, Esi, 2012, p. 117. La natura solo potenziale del cumulo di responsabilità è da ricondurre alla pur limitata autonomia della responsabilità del soggetto collettivo che, in base a quanto previsto dall'art. 8 del Decreto, potrà sussistere anche qualora l'autore del reato presupposto non sia individuato o non risulti imputabile. Sul punto in giurisprudenza, di recente, Cass. pen., sez. I, 2 luglio 2015, n. 35818, in *Guida al dir.*, 2015, 44, p. 80, annotata da F. G. Capitani, *Ancora il caso Parmalat. Ente societario e persone fisiche colpevoli viaggiano su binari (processuali) distinti*, in *D&G*, 2015, 31, p. 43.

<sup>11</sup> La giurisprudenza di merito ha peraltro avuto modo di individuare un archetipo normativo del modello delineato dal d.lgs. n. 231/2001 nel disposto dell'art. 24 della legge n. 689/1981. Cfr. G.i.p. Trib. Milano, 5 febbraio 2008, in S.M. Corso, *Codice della responsabilità “da reato” degli enti annotato con la giurisprudenza*, III ed., Torino, Giappichelli, 2015, p. 256. Per un raffronto delle previsioni ex d.lgs. n. 231/2001 con la «vera» responsabilità amministrativa di cui alla l. n. 689/1981 cfr. A. Rossi, *Le sanzioni dell'ente*, in S. Vinciguerra – M. Ceresa Gastaldo – A. Rossi, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D. Lgs. n. 231/2001)*, Padova, Cedam, 2004, pp. 33-34.

<sup>12</sup> Cfr. significativamente L. Tricomi, *Violazioni amministrative: il giudice penale fa il pieno*, in *Guida al dir.*, 2001, 26, p. 84, che, proprio nel trattare dell'unicità del procedimento di accertamento a fronte del dualismo degli illeciti, sottolinea l'esistenza di una «ultrattività della condotta sanzionata, che per l'appunto oltre a essere produttiva di effetti penali per gli autori persone fisiche della stessa, - può determinare rilevanti conseguenze sanzionatorie amministrative per gli enti ai quali la violazione è riconducibile». Al riguardo anche A. Marandola, *Il processo penale agli enti*, in Aa. Vv., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da G. Spangher – A. Marandola, G. Garuti – L. Kalb, vol. III, Torino, Utet giuridica, 2015, pp. 660-661, che si esprime in termini di «convergenza di responsabilità», specificando altresì come «l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica che di quella giuridica s'inquadra nel paradigma penalistico della responsabilità concorsuale».

<sup>13</sup> Oltre al tema già segnalato relativo ai criteri d'imputazione dell'illecito in capo alla persona giuridica, si pensi ancora – con specifico riferimento ai rapporti tra la responsabilità di ente ed individuo – alle difficoltà discendenti dall'inquadramento dogmatico della complessa figura di illecito in esame. La Corte di cassazione ha ad esempio ritenuto di ricondurre l'ipotesi di responsabilità cumulativa di ente e persona fisica allo «schema concorsuale [in quanto] il nesso tra le due responsabilità [...] pur non identificandosi con la figura tecnica del concorso, ad essa è

scenario delineato appare gravido di interessanti implicazioni anche e soprattutto dal punto di vista del sistema processuale. Le relazioni tra ente e persona fisica arrivano infatti a realizzare un complesso assetto procedimentale potenzialmente produttivo di una serie di rilevanti ripercussioni sulle posizioni processuali dei due destinatari dell'accertamento.

Ciò nonostante – e sebbene il tema dei rapporti tra ente ed imputato persona fisica abbia altresì ricevuto una scarna ma esplicita considerazione da parte del legislatore delegato come si avrà modo di evidenziare più compiutamente subito appresso<sup>14</sup> – l'argomento in esame è stato fatto oggetto di un'attenzione decisamente minore da parte degli studiosi processualisti rispetto a quanto avvenuto per gli aspetti sostanziali connessi al problema<sup>15</sup>.

A seguito dell'introduzione della responsabilità almeno formalmente amministrativa delle persone giuridiche ad opera del d.lgs. n. 231/2001, la dottrina si è infatti diffusamente interrogata circa l'effettivo rispetto dei diritti processuali da assicurare in generale all'ente accusato dell'illecito da parte della normativa in questione, affrontando la questione per di più in maniera indipendente rispetto alle specifiche peculiarità determinate da un contestuale accertamento che vede come protagonista la persona fisica accusata della commissione del reato

---

equiparabile». Così Cass. pen., VI, 6 febbraio 2009, n. 19764, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1958, con *Osservazioni* di P. Assumma. In effetti appare arduo ipotizzare la sussistenza di un'ipotesi di concorso ex art. 110 c.p. in senso proprio tra ente e persona fisica, non foss'altro perché la norma da ultimo citata richiede un apporto finalizzato alla commissione di un «medesimo reato». Nella medesima prospettiva si veda più di recente Corte cost., 18 luglio 2014, n. 218, con nota di M. Ceresa Gastaldo, *La pretesa emarginazione del danneggiato nel processo penale alle società*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3476. I giudici, nel chiarire la possibilità per l'ente di essere citato quale responsabile civile nel processo a carico del presunto autore del reato presupposto, hanno testualmente affermato come persona giuridica e fisica «non possono qualificarsi come coimputati del medesimo reato». Sul punto, tra gli altri, A. Melchionda, *Brevi appunti sul fondamento «dogmatico» della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi*, in *Aa. Vv.*, *Societas puniri ipotest – La responsabilità da reato degli enti collettivi. Atti del Convegno (15-16 marzo 2002)*, a cura di F. Palazzo, Padova, Cedam, 2003, p. 229 ss..

<sup>14</sup> Il riferimento va ovviamente alla fondamentale previsione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 231/2001, che si pone in rapporto di diretta derivazione rispetto alla «stretta interdipendenza esistente fra reato presupposto ed illecito amministrativo» come segnalato, tra gli altri, da C. Santoriello, *Procedimento per l'accertamento della responsabilità amministrativa degli enti collettivi*, in *AA. VV.*, *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, tomo II, coord. da C. Santoriello, Torino, Giappichelli, 2010, p. 154.

<sup>15</sup> Uno degli isolati accenni ai riflessi processuali derivanti dalla concomitante responsabilità di persona giuridica ed individuo è rinvenibile in M. Ceresa Gastaldo, *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2239, che evidenzia opportunamente come «il risultato più evidente della contemporanea presenza nello stesso processo di ente ed imputato è proprio il conflitto alimentato tra le posizioni».



presupposto<sup>16</sup>. Si sono così espressi dubbi con riferimento alla tutela del diritto al silenzio della persona giuridica in considerazione della previsione di cui all'art. 44, che sancisce l'obbligo di testimoniare nel processo a carico dell'ente in capo al suo legale rappresentante che non rivestisse tale carica al momento della commissione dell'illecito. A tal riguardo si è infatti osservato che «sarebbe derisorio, lesivo del diritto di difesa se, dopo aver riconosciuto all'ente le garanzie dell'imputato, si costringesse a testimoniare chi lo personifica e gli dà voce nel processo»<sup>17</sup>. E' stato poi segnalato, con particolare riferimento alle dinamiche cautelari proprie del processo *de societate*, che il soggetto collettivo si troverebbe di fronte «ad una vera e propria minaccia», ciò in ragione della «forza intimidatoria decisamente potenziata dai tempi e dai modi dell'intervento cautelare»<sup>18</sup>. Più in generale infine, analizzando la natura spiccatamente special - preventiva che caratterizza il procedimento disciplinato agli artt. 34 e ss. del Decreto, taluno non ha mancato di argomentare che la previsione di consistenti sconti sanzionatori correlati al comportamento *post – factum* del soggetto collettivo, propizierebbe ammissioni di colpa e l'adozione di condotte riparatorie ancor prima di un definitivo accertamento nel merito, «determinando il rischio che ad esser puniti siano coloro che non collaborano (...) più che coloro che abbiano commesso illeciti»<sup>19</sup>.

Le questioni segnalate non esauriscono certo le problematiche proprie del c.d. processo agli enti in relazione alle prerogative difensive del soggetto collettivo<sup>20</sup>, rappresentando soltanto alcuni esempi della diffusa attenzione

---

<sup>16</sup> Sul punto, tra gli altri, M. L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 31 ss., secondo cui «appare dunque urgente, tanto più nell'attuale contingenza economica particolarmente difficoltosa, verificare in concreto il tasso di effettività delle garanzie riconosciute all'ente sottoposto a procedimento penale» (p. 36).

<sup>17</sup> Così P. Ferrua, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze ed anomalie nelle regole di accertamento*, in Aa. Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, Cedam, 2002, p. 238. In argomento cfr. anche, più di recente, R. A. Ruggiero, *Le condotte di collaborazione previste nel d.lg. n. 231 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 399 ss..

<sup>18</sup> In questi termini M. Ceresa Gastaldo, *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 2239.

<sup>19</sup> C. Franzoni, *Il sistema sanzionatorio e cautelare. Riflessioni sull'effettività*, in Aa. Vv., *Il processo penale de societate*, cit., p. 108. Secondo alcuni ancora, l'ente sarebbe «costretto, più che invogliato, al dialogo e al consenso e a porre in essere le condotte riparatorie». In questi termini G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 98-99.

<sup>20</sup> Basti solo pensare, per limitarsi alle problematiche di ordine più generale, ai dubbi circa il rispetto della presunzione di innocenza di cui all'art. 27 comma II Cost. da parte della previsione di cui all'art. 6 del Decreto, che delinea una vera e propria inversione dell'onere della prova a carico del

comprensibilmente riservata alla posizione della persona giuridica nel nuovo modello di accertamento in vigore a partire dal 2001.

Tutto ciò è però sufficiente a far emergere un importante dato di fondo: a fronte della considerazione riservata alla posizione dell'ente, lo studio delle implicazioni più specificamente connesse alla celebrazione di un procedimento parallelo condotto a carico dell'individuo risulta in genere scarsamente approfondito.

Taluno ha in verità segnalato in termini generali l'opportunità di effettuare una comparazione tra i diritti e le garanzie riservate alla persona giuridica e quelle assicurate all'imputato persona fisica nell'ambito dei rispettivi procedimenti, auspicando uno sviluppo della riflessione teorica sul punto<sup>21</sup>. A quanto consta nessuno si è però fatto carico di soddisfare compiutamente una simile necessità attraverso uno studio che si proponesse di considerare in chiave dinamica le relazioni tra i due procedimenti ed i loro riflessi sul terreno più propriamente processuale.

Un simile approccio ha lasciato in ombra diverse questioni pur sempre riconducibili al procedimento ex d.lgs. n. 231/2001, ma che trovano la loro precipua ragion d'essere nella dualità dell'accertamento che caratterizza la responsabilità del soggetto collettivo – tra le quali spicca per rilevanza lo studio dell'effettività delle garanzie processuali dell'imputato persona fisica accusato della commissione del reato presupposto<sup>22</sup> - le quali rappresentano dunque ancora oggi un campo in buona parte inesplorato dalla dottrina.

Una limitazione dello spazio di indagine come quella segnalata appare poi ancor più singolare se si volge lo sguardo alla diffusa attenzione generalmente riservata nell'ambito della procedura penale "classica" allo studio dei rapporti processuali tra procedimenti formalmente distinti ma accomunati da un medesimo fatto storico oggetto di accertamento. L'esempio paradigmatico a tale riguardo non può che essere rappresentato dal dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine al regime di utilizzabilità del contributo dichiarativo reso dal concorrente nel reato

---

soggetto collettivo nel caso di reato commesso da soggetti apicali. Sul punto si veda ancora, anche per ulteriori riferimenti, M. L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 61 ss.

<sup>21</sup> In questo senso H. Belluta, *Le disposizioni generali sul processo agli enti*, cit., p. 27.

<sup>22</sup> Che difatti saranno oggetto di specifica considerazione al IV capitolo.

nei cui confronti si procede o si è proceduto separatamente. Si allude dunque alle alterne vicende giurisprudenziali e legislative concernenti la portata precettiva dell'art. 513 comma 2 c.p.p. in relazione alla lettura delle dichiarazioni rese in sede investigativa o nel proprio dibattimento da parte del concorrente ex art. 210 c.p.p. che, comparso nel diverso processo a carico del coimputato, si fosse avvalso della facoltà di non rispondere<sup>23</sup>. Anche in tale occasione si trattava infatti di verificare l'effettività di alcune fondamentali prerogative processuali alla luce delle implicazioni derivanti dalla conduzione di un accertamento parallelo ma formalmente disgiunto<sup>24</sup>.

Quel dibattito, ormai alquanto risalente nel tempo, dimostra al di là dei suoi esiti concreti un'acquisita consapevolezza maturata già immediatamente dopo l'entrata in vigore del nuovo modello processuale circa la centralità delle implicazioni processuali connesse all'esistenza di procedimenti separati ma profondamente connessi dal punto di vista fattuale.

---

<sup>23</sup> L'art. 513 comma 2 c.p.p. veniva infatti come noto fatto oggetto di declaratoria di incostituzionalità ad opera della sent. Corte cost. n. 254/1992. Nello specifico il giudice delle leggi dichiarava l'incostituzionalità della norma nella parte in cui non consentiva di disporre la lettura e dunque l'utilizzazione delle dichiarazioni rese dal coimputato nel proprio procedimento qualora egli si fosse avvalso della facoltà di non rispondere nel diverso accertamento condotto a carico dell'imputato di reato connesso. Sul punto è altresì da registrare il successivo intervento della I. n. 267/1997 che, in chiave almeno parzialmente riequilibratrice dei valori alla base della scelta accusatoria del 1988, consentiva *per tabulas* la lettura delle predette dichiarazioni solo con l'accordo delle parti. La materia trovava infine definitiva sistemizzazione a seguito di un secondo intervento della Consulta che, con la sent. 2 novembre 1998, n. 361, dichiarava l'illegittimità costituzionale della norma in questione nella parte in cui non consentiva la lettura delle dichiarazioni del soggetto sentito ai sensi dell'art. 210 c.p.p. che si fosse avvalso della facoltà di non rispondere nelle ipotesi di cui all'art. 500 comma 2 *bis* (oggi non più in vigore) e 4 c.p.p.. Sul punto, per un'efficace sintesi della vicenda legislativa e giurisprudenziale, P. Ferrua, *Il giusto processo*, III ed., Bologna, Zanichelli, 2012, p. 6 ss.; nonché, *ex multis*, a commento della pronuncia, S. Carnevale, *Dichiarazioni del coimputato, diritto di difesa ed esigenze di non dispersione della prova: nuovo assetto di un difficile equilibrio*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3636 ss.; G. Di Chiara, *Dichiarazioni erga alios e letture acquisitive: i meccanismi di recupero del sapere preacquisito dall'imputato in procedimento connesso*, in *Aa. Vv.*, *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R. E. Kostoris, Torino, Giappichelli, 2002, p. 25 ss.; S. Buzzelli, *L'art. 513 c.p.p. tra esigenze di accertamento e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 280 ss..

<sup>24</sup> Il dato emerge con nitidezza nel momento in cui si considera la posizione di chi sottolineava l'importanza pratica del citato intervento della Consulta nel 1992 dato l'elevato numero di «processi separati», specie in materia di criminalità organizzata. Così O. Dominioni, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 750.

Il precedente storico menzionato non ha tuttavia consentito di individuare sin da subito la fondamentale importanza del tema della relazione tra procedimenti anche nel particolare contesto della procedura penale delle società<sup>25</sup>.

Solo in tempi relativamente recenti alcuni autori hanno infatti almeno in parte colto la centralità dei rapporti processuali tra ente ed imputato persona fisica, concentrandosi in particolare nell'individuazione dei fondamenti giustificativi alla base dell'obbligo di celebrazione congiunta dei procedimenti a carico di ente ed imputato persona fisica sancito dall'art. 38 del Decreto<sup>26</sup>.

La norma da ultimo citata rappresenta senz'altro un'importante quanto ambivalente<sup>27</sup> testimonianza del rilievo del tema qui oggetto di attenzione. Riservando al prosieguo della trattazione un'analisi più dettagliata dell'effettiva portata della regola che accorda una decisa preferenza alla celebrazione simultanea e del suo effettivo fondamento giustificativo, ciò che importa evidenziare in prima battuta è la stessa esistenza di una previsione che si fa espressamente carico di disciplinare i rapporti tra accertamento nei confronti di ente e persona fisica. L'art. 38 conferma infatti un primo ed importante dato nella prospettiva che si intende in questa sede approfondire, rappresentando il contraltare processuale alle previsioni di cui agli artt. 5 e ss. del Decreto in materia di imputabilità dell'illecito: ferme restando le ipotesi che assurgono ad indici di un certo grado di autonomia tra le vicende inerenti la responsabilità dell'individuo e quella del soggetto collettivo<sup>28</sup>, quest'ultima implica, almeno secondo l'*id quod*

---

<sup>25</sup> Intendendosi con tale termine individuare il particolare settore delle disposizioni processuali codicistiche e speciali tese a regolare la posizione della persona giuridica, secondo un lessico ormai entrato a pieno titolo a far parte anche della terminologia della dottrina italiana, come da ultimo testimoniato dal recentissimo M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società*, Torino, Giappichelli, 2015. Per l'autonoma dignità della dizione, con particolare riferimento al contesto nord – americano, cfr., per tutti, S. W. Buell, *Criminal procedure within the firm*, in *Stanford Law Review*, 59, 6, p. 1613 ss.

<sup>26</sup> Il riferimento è principalmente diretto all'approfondita analisi di M. L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 115 ss. In generale sul principio del *simultaneus processus* cfr., tra gli altri, P. Moscarini, *I principi generali del procedimento de societate*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 1268 ss.

<sup>27</sup> Su tale aspetto si tornerà in chiusura del capitolo.

<sup>28</sup> Principalmente condensate nel disposto dell'art. 8 del d.lgs. n. 231/2001. Per quanto concerne lo specifico tema dell'autonomia della responsabilità "amministrativa" dell'ente, particolare rilievo sembra assumere l'ipotesi di cui alla lett. a) della norma appena citata. Nel caso della commissione di uno dei reati presupposto pur senza che sia stato possibile individuare il soggetto autore dello stesso è infatti innegabile che gli spazi difensivi dell'ente si riducano in maniera sensibile quantomeno in ordine agli aspetti inerenti appunto la sussistenza di una effettiva violazione del precetto penale, con un correlativo «alleggerimento probatorio dell'onere dimostrativo della pubblica accusa» al riguardo. Così G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi*, cit., p.

*plerumque accidit*, la cumulativa presenza sulla scena processuale di un ulteriore soggetto, ossia la persona fisica accusata della commissione del reato presupposto.

Un approccio davvero esaustivo alle principali implicazioni della responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche ex d.lgs. n. 231 del 2001 non può dunque verosimilmente prescindere dallo studio approfondito dei rapporti e delle relazioni esistenti su vari livelli tra i due protagonisti della complessa fattispecie costitutiva della responsabilità della persona giuridica. L’art. 38, integrando il principale punto di emersione normativo di tale tematica, dovrà dunque necessariamente costituire il punto di partenza dell’indagine che ci si accinge a svolgere.

## **1.2 La regola della celebrazione congiunta: il *simultaneus processus* come norma di garanzia.**

L’art. 38 del d.lgs. n. 231 del 2001 prescrive dunque che i procedimenti a carico di ente ed imputato persona fisica devono almeno di norma essere riuniti e, dunque, celebrati simultaneamente<sup>29</sup>. Il tenore della previsione legislativa non lascia spazio a interpretazioni di sorta: «il procedimento per l'illecito amministrativo dell'ente è riunito al procedimento penale instaurato nei confronti dell'autore del reato da cui l'illecito dipende»; l’uso dell’indicativo presente conferisce un tenore davvero inequivoco ed apparentemente perentorio alla prescrizione generale.

Tuttavia i primi dubbi interpretativi sorgono già con riferimento all’esatta individuazione del perimetro operativo della previsione in esame. Più nel dettaglio

---

73, cui si rimanda anche per l’individuazione delle ulteriori problematiche sottese al disposto della norma in questione e per l’esposizione di una condivisibile interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 8 del Decreto. Per altro verso occorre altresì tenere conto di come l’assoluzione del funzionario dell’ente che non venga evidentemente determinata dall’insussistenza del fatto ad egli addebitato, non potrà automaticamente giustificare il raggiungimento di un medesimo epilogo decisorio nel procedimento a carico della persona giuridica. Al riguardo cfr. Cass. pen., s.u., 4 aprile 2013, Citybank, n. 20060, in *D&G*, 10 maggio 2013, con nota di D. Galasso, *L’ente risponde anche se non è individuato e condannato chi ha commesso il reato*.

<sup>29</sup> Dando dunque vita a quello che è stato definito come un «cumulo processuale eterogeneo» da A. Giarda, *Procedimento di accertamento della “responsabilità amministrativa degli enti*, in Aa. Vv., *Compendio di procedura penale*, VII. Ed., a cura di G. Conso – V. Grevi – M. Bargis, Padova, Cedam, 2014, p. 1327.

ci si interroga, ad esempio, circa la necessità di operare la riunione prescritta sin dalla genesi dei due procedimenti, ossia a partire dalla fase delle indagini preliminari. Il dato letterale della norma non sembrerebbe in verità lasciare margini interpretativi di sorta; il riferimento al «procedimento» dovrebbe infatti essere inteso come diretto ad indicare anche la fase che precede il giudizio. Non manca però chi, secondo un argomentare verosimilmente sensibile ad esigenze di funzionalità dell'accertamento che fa leva anche sul disposto dell'art. 17 c.p.p.<sup>30</sup>, suggerisce l'opportunità di una trattazione disgiunta in sede investigativa, facendo salva la successiva possibilità di valutare la necessità di un cumulo delle due regiodicande in seguito alla formale contestazione dell'illecito ed all'esercizio dell'azione penale<sup>31</sup>. Il tenore della norma codicistica è infatti chiaro nel limitare l'operatività della riunione alla fase propriamente processuale.

A prescindere dallo specifico problema segnalato occorre però ancor prima interrogarsi più in generale circa la stessa applicabilità nel contesto del c.d. processo agli enti del citato art. 17 c.p.p., questione che rappresenta dunque un ulteriore ed autonomo problema ermeneutico di non secondaria importanza. E' evidente infatti che una risposta positiva all'interrogativo segnalato comporterebbe necessariamente una considerevole limitazione della portata applicativa dell'art. 38 del Decreto, che risulterebbe subordinata al riscontro dei più restrittivi presupposti dettati dalla previsione contenuta nel codice di rito<sup>32</sup>. Nella specie diverrebbe quindi necessaria la verifica circa la pendenza nello stesso stato e grado delle due regiodicande, ma soprattutto verrebbero aperte le porte ad una discrezionale valutazione del giudice circa l'eventuale sussistenza di un ritardo

---

<sup>30</sup> Applicabile in forza della clausola generale di cui all'art. 34 del Decreto e che, come noto, che limita l'operatività della riunione alla fase più propriamente processuale.

<sup>31</sup> Come si avrà modo di evidenziare nuovamente anche in seguito infatti, procrastinare la riunione alla fase propriamente processuale reca con sé il potenziale effetto di consentire un "congelamento" della posizione processuale della persona giuridica alla fase investigativa, procedendo nel giudizio a carico dell'imputato persona fisica. Gli elementi raccolti nel giudizio a carico dell'individuo potranno poi essere successivamente riversati nell'accertamento nei confronti dell'ente, anche al fine di incoraggiarlo ad optare in favore di percorsi processuali differenziati. Tutto ciò senza il timore di una estinzione dell'illecito amministrativo determinata dallo svolgimento processuale in quanto detto illecito, una volta contestato, è virtualmente imprescrittibile in forza della previsione di cui all'art. 22 comma 4 del Decreto. Pur con accenti in parte diversi evidenzia un simile scenario M. L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti*, cit., pp. 125-126.

<sup>32</sup> Il rapporto tra la norma codicistica e quella del d.lgs. n. 231/2001 appare assai problematico se non altro in ragione dell'opposta essenza che informa le due disposizioni: un chiaro *favor separationis* nel primo caso, ed una netta predilezione per la riunione processuale nel secondo.

nella celebrazione dei procedimenti che potrebbe portare a negare l'opportunità della riunione. Emblematica della varietà delle posizioni assunte al riguardo in dottrina è l'opinione di chi, pur non giungendo a negare in principio l'autonomia della previsione del Decreto rispetto a quella dettata dal codice, suggerisce comunque di operare un vaglio di compatibilità della previsione codicistica in forza della clausola generale dell'art. 34 del d.lgs. n. 231 del 2001. Ciò consentirebbe infatti di evitare potenziali effetti distorsivi derivanti dalla rigida applicazione della norma speciale<sup>33</sup>.

Quelle brevemente segnalate sono solamente alcune delle questioni interpretative inerenti la definizione dell'esatta portata applicativa della norma qui in esame. Piuttosto che indugiare oltre nella loro esposizione giungendo ad esprimere una preferenza a favore di una piuttosto che di un'altra delle possibili soluzioni proposte, appare più proficuo interrogarsi in primo luogo in merito all'effettiva *ratio* giustificatrice fondante l'esistenza della perentoria previsione dell'art. 38. Ciò sembra infatti il primo passo da compiere al fine di tentare di offrire un criterio interpretativo affidabile, coerente e di valore tendenzialmente universale alla luce del quale esaminare la vastità di problemi che involgono l'applicazione del principio del *simultaneus processus*, rifuggendo il ricorso ad interpretazioni contingenti basate su mutevoli interpretazioni del dato normativo.

A tale riguardo bisogna in primo luogo evidenziare come l'opinione tradizionale e maggioritaria individui nella regola di celebrazione simultanea dei procedimenti un semplice espediente volto principalmente a rispondere ad esigenze di economia processuale o, al più, di funzionalità dell'accertamento. Come sottolineato già dalla Relazione illustrativa del Decreto infatti, la regola generale dettata dall'articolo 38, comma 1 sarebbe ispirata ad «intuibili ragioni di effettività, di omogeneità e di economia processuale»<sup>34</sup>. Il *simultaneus processus* sarebbe altresì funzionale a prevenire possibili conflitti tra giudicati relativi ad

---

<sup>33</sup> Quali ad esempio quelli derivanti dalla ipotetica riunione di due procedimenti pendenti in gradi diversi. Per l'opinione segnalata cfr. G. Fidelbo, *Le attribuzioni del giudice penale*, in Aa. Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 458, secondo cui «sebbene l'istituto della riunione disciplinato nel d.lgs. n. 231/2001 non sia sovrapponibile a quello regolato dal codice di procedura penale, [è] comunque necessario verificare in quale misura le disposizioni di cui all'art. 17 c.p.p. siano o meno compatibili con le norme speciali».

<sup>34</sup> Così testualmente il § 15.1 della *Relazione ministeriale al d.lgs. n. 231/2001*.

accertamenti condotti in sedi diverse<sup>35</sup>. La dottrina identifica poi in maniera ancor più specifica uno dei principali fondamenti giustificativi dell'obbligo di celebrazione congiunta nella necessità di evitare i «gravi problemi di accertamento» derivanti dall'applicazione del meccanismo di cui all'art. 238 c.p.p. per il trasferimento del materiale probatorio tra due procedimenti distinti<sup>36</sup>. La conclusione è del resto condivisa anche da chi, con accenti in parte diversi, riconduce l'opzione in esame ad una necessità di completezza e correttezza dell'accertamento, pur manifestando invero fondate perplessità circa l'effettivo perseguimento delle stesse finalità di economia processuale tramite la coerente applicazione del principio in esame<sup>37</sup>.

Rileverebbe poi ancora la necessità pratica di scongiurare il rischio di un contrasto tra giudicati e, in termini più generali, di evitare «inutili dispendi di costi ed energie processuali»<sup>38</sup>.

Secondo tutte queste opinioni dunque, il *simultaneus processus* risulterebbe principalmente se non in via esclusiva funzionale ad implementare il grado di efficienza dell'accertamento nei confronti di ente e persona fisica<sup>39</sup>.

A prescindere dall'effettiva idoneità di detto congegno a garantire effettivamente il perseguimento dei fini dichiarati<sup>40</sup>, è evidente come secondo una

---

<sup>35</sup> Lo evidenzia, tra gli altri, G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi*, cit., p. 126.

<sup>36</sup> In questo senso, tra gli altri, E. M. Mancuso, *Commento all'art. 38*, in Aa. Vv., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. Levis – A. Perini, Bologna, Zanichelli, 2014, p. 950. Cfr. anche, seppur in maniera meno diffusa, M. Ceresa Gastaldo, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 20. Si avrà modo di soffermarsi in maniera più analitica circa gli spazi operativi dell'art. 238 c.p.p. nei rapporti tra il procedimento a carico dell'ente e quello dell'imputato persona fisica.

<sup>37</sup> G. Garuti, *Persone giuridiche e "processo" ordinario di cognizione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 138. In senso conforme anche Id., *Il processo "penale" agli enti*, in Aa. Vv., *Trattato di procedura penale*, vol. VII, a cura di G. Garuti, Torino, Utet giuridica, 2011, p. 1037, dove si sottolinea come «il legislatore non abbia dato priorità assoluta alle esigenze di economia processuale, ma abbia invece preferito esaltare il profilo collegato alla correttezza nonché alla completezza dell'accertamento». Sul punto cfr. altresì G. Spangher, *La pratica del processo penale*, vol. I, Padova, Cedam, 2012, p. 449, il quale liquida la questione indicando come «intuitive» le ragioni alla base della preferenza accordata alla riunione: «evitare decisioni contrastanti e duplicazioni di attività processuale».

<sup>38</sup> In questi termini, riprendendo la già citata Relazione ministeriale, L. Camaldo, *I principi generali*, cit., p. 1317.

<sup>39</sup> Così, in maniera alquanto esplicita, G. Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 112, che individua la *ratio* della norma in esame in un'esigenza di «sano pragmatismo».

<sup>40</sup> Non manca infatti chi sottolinea le conseguenze in verità talvolta antieconomiche derivanti dalla trattazione congiunta. Si pensi all'eventualità in cui l'emersione degli indizi a carico della persona giuridica avvenga solo in seguito all'accertamento del reato durante il processo di primo grado, da



simile prospettiva l'obbligo sancito dall'art. 38 degraderebbe a mero espediente "organizzativo", come tale astrattamente suscettibile di non trovare applicazione in presenza di eventuali configgenti valutazioni che dovessero far ritenere più conveniente una trattazione disgiunta, magari anche in forza di considerazioni orientate non soltanto dall'oggettiva economicità del procedimento, ma influenzate da esigenze di natura "strategica"<sup>41</sup>.

Tuttavia occorre dare conto di una possibile accezione alternativa del principio in esame, in forza della quale le conseguenze appena delineate muterebbero sensibilmente. Ove la vera essenza del *favor* per la celebrazione congiunta venga infatti individuata nell'espressione di una fondamentale valenza garantista, ecco che allora la rinuncia a tale valore dovrebbe essere sicuramente assistita da ben più pregnanti presupposti giustificativi.

Proprio quest'ultima lettura sembra in verità essere preferibile. Pur essendo innegabile il valore delle ricostruzioni tese ad enfatizzare la funzione di economia processuale e di funzionalità dell'accertamento che sarebbero alla base della formulazione del principio sancito all'art. 38, si attaglia maggiormente alle peculiarità del settore in questione la prospettiva - invero finora minoritaria - di chi arriva invece a definire il *simultaneus processus* quale «principio cardine sul quale è imperniato l'intero procedimento concernente la responsabilità dipendente da reato degli enti»<sup>42</sup>.

Ciò sarebbe in primo luogo dimostrato dall'esistenza di importanti indici di coerenza interna al sistema che paiono deporre in questo senso. In tale ottica la previsione in esame giunge infatti ad integrare il presupposto fondamentale per

---

cui conseguirebbe la necessità di operare una riunione con il relativo giudizio già pendente in grado d'appello. L'esempio è di E. M. Mancuso, *Autonomia di accertamento e simultaneus processus*, in Aa. Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, Ipsoa, 2002, pp. 221-222. Sul punto si veda altresì G. Fidelbo, *Le attribuzioni del giudice penale*, cit., p. 458, per cui almeno in alcuni casi il cumulo processuale potrebbe essere foriero di «inefficienze»; cfr. altresì G. Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 111. Cfr. altresì L. Marafioti, *La separazione dei giudizi penali*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 134-135 il quale, sebbene con riferimento alle disposizioni del codice del 1930, contestava l'idoneità della trattazione congiunta dei procedimenti a perseguire finalità di economia processuale.

<sup>41</sup> Si è già fatto cenno (cfr. *retro* nota n. 31) alla potenziale vantaggiosità di una conduzione disgiunta dei procedimenti nell'ottica del pubblico ministero che, definito l'accertamento a carico della persona fisica per la quale si applicano termini di prescrizione assai più stringenti, potrebbe solo successivamente procedere nei confronti dell'ente forte dell'eventuale risultato positivo già ottenuto nel processo che riguarda l'individuo.

<sup>42</sup> Così, emblematicamente, M. L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 115.

dare concreta attuazione alla generale preferenza per il ricorso allo strumentario del processo penale pur nella cornice di un accertamento avente ad oggetto una responsabilità almeno formalmente amministrativa, preferenza chiaramente manifestata dal legislatore delegato attraverso la clausola generale di cui all'art. 34 del Decreto. Come più volte evidenziato, una simile scelta risulta infatti evidentemente motivata dal valore e dalla pregnanza degli interessi in gioco, che giustificerebbero l'applicazione di regole di accertamento particolarmente rigorose, quali appunto quelle dettate per il procedimento all'esito del quale è lecito operare pesanti limitazioni ai diritti costituzionalmente garantiti della persona<sup>43</sup>.

Secondo questa diversa prospettiva la regola della celebrazione congiunta dei procedimenti assolve dunque al fondamentale obbligo di evitare che la preferenza manifestata per l'applicazione delle regole contenute nel codice di procedura penale si atteggi a mero omaggio formale all'operatività delle garanzie proprie della giurisdizione penale, tramutandola in scelta priva di effettive conseguenze pratiche. Un accertamento autonomamente condotto limiterebbe infatti sensibilmente l'effettiva incidenza in chiave garantista dei presidi propri del processo penale<sup>44</sup>.

A riprova di quanto appena affermato risultano significativi alcuni degli esempi in precedenza solo accennati. Si pensi infatti allo svilimento del fondamentale criterio euristico della formazione orale e partecipata della prova qualora, in virtù della pendenza di due procedimenti condotti su binari autonomi ed indipendenti a carico di ente e persona fisica, fosse consentito il massiccio

---

<sup>43</sup> Richiedendone l'applicazione anche per addivenire ad una compressione delle libertà economiche e patrimoniali riconducibili all'impresa come evidenziato ancora da M. L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 31 ss.; sul punto si veda anche G. Fidelbo, *Le attribuzioni del giudice penale*, cit., p. 435 che pure identifica ulteriori ragioni alla base della scelta in favore del modello processuale penale nell'esigenza di evitare le valutazioni discrezionali circa l'opportunità della sanzione potenzialmente esperibili dall'autorità amministrativa e nella «scarsa efficienza della pubblica amministrazione».

<sup>44</sup> Preme notare come, in chiave assolutamente coerente con la prospettiva qui sostenuta, taluno avesse invero già generalmente segnalato le criticità derivanti dalla previsione di una responsabilità dell'ente concorrente ed accessoria rispetto a quella della persona fisica quale quella realizzata dal d.lgs. n. 231/2001, con riferimento al rispetto di alcuni fondamentali diritti processuali quali il principio del c.d. *in dubio pro reo* e della garanzia contro l'autoincriminazione. A tale riguardo K. Volk, *La responsabilità penale degli enti collettivi*, cit., p. 232 ss. Sottolinea la problematica applicazioni di alcuni fondamentali diritti processuali nel contesto del processo *de societate* anche M. Ceresa Gastaldo, *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 2233 ss.

trasferimento delle risultanze istruttorie precostituite nell'accertamento a carico della persona fisica o viceversa.

Al di là degli aspetti fondati su di un presupposto strettamente normativo, quali ad esempio quelli legati all'ineffettività del contraddittorio a seguito della separazione processuale di cui si è appena detto, vi sono altresì ulteriori ragioni che dimostrano la profonda valenza della regola in esame che appaiono però più direttamente connesse a motivi di natura empirica. Una limitazione dell'incidenza del principio dettato dall'art. 38 all'ambito più strettamente processuale potrebbe ad esempio recare con sé inconvenienti di non poco momento legati all'adozione di strategie "abusive" da part dell'accusa. Si pensi al riguardo al potere così astrattamente conferito all'organo dell'accusa di "congelare" liberamente la situazione processuale del soggetto collettivo nell'attesa della positiva definizione della vicenda processuale riguardante la responsabilità della persona fisica. Un tale *modus procedendi* potrebbe verosimilmente essere adoperato a detrimento della persona giuridica per esercitare nei suoi confronti pressioni improprie al fine di ottenere la celere definizione del procedimento che la riguarda<sup>45</sup>, ovvero per perseguire qualsiasi altro epilogo o risultato gradito al Pubblico Ministero<sup>46</sup>. In quest'ottica un'accezione riduttiva dell'obbligo di celebrazione congiunta, consentendo una separazione *ad libitum* delle due regiodicande, arriva dunque ad integrare un vero e proprio elemento di potenziale "inquinamento" della scena processuale, capace di determinare effetti distorsivi certamente non desiderabili.

Ulteriore e specifica attenzione verrà nel prosieguo della trattazione dedicata alla specifica analisi di almeno alcune delle principali conseguenze processuali concretamente derivanti da un'accezione riduttiva del principio del *simultaneus processus* e direttamente incidenti su alcuni fondamentali diritti processuali delle parti<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Soprattutto attraverso la definizione del procedimento a carico della persona giuridica mediante uno dei riti speciali espressamente contemplati dal Decreto.

<sup>46</sup> Particolarmente rilevanti appaiono i comportamenti *lato sensu* collaborativi descritti all'art. 17 del d.lgs. n. 231/2001 che, se posti in essere di norma prima dell'apertura del dibattimento, assicurano all'ente l'immunità dalle più afflittive sanzioni interdittive. E' dunque evidente che in presenza di un accertamento già definito in senso pregiudizievole nei suoi confronti, seppur a carico di soggetto formalmente diverso, l'ente potrebbe essere decisamente incentivato all'adozione delle condotte in questione.

<sup>47</sup> Che saranno oggetto di analisi più specifica e dettagliata nel seguente Il capitolo.

Gli esempi qui tratteggiati sembrano comunque già sufficienti a testimoniare come la regola in esame, piuttosto che rappresentare espressione di un semplice congegno volto ad assicurare il miglior perseguimento di finalità di economia processuale, debba in realtà essere considerata alla stregua di una prescrizione dotata di profonda incidenza sulla posizione processuale dei soggetti coinvolti, con diretti riflessi sull'effettività delle loro prerogative processuali. Ciò basta a suggerire la necessità di fornire un'interpretazione particolarmente attenta e rigorosa della regola dettata dall'art. 38, ed ancor di più delle ipotesi di deroga alla stessa dettate dal secondo comma della disposizione appena citata.

### **1.3 Le eccezioni al procedimento cumulativo.**

Il dettato normativo dell'art. 38 prosegue infatti individuando al secondo comma tre tassative ipotesi di deroga al principio sancito in apertura della disposizione. L'esplicita elencazione delle situazioni che possono limitare l'obbligo di celebrazione congiunta appare operazione almeno in astratto apprezzabile al fine di contenere l'incidenza delle fattispecie che legittimano una deviazione rispetto al principio generale. Sennonché le stesse, per come congegnate, assolvono solo in parte all'obiettivo appena evidenziato.

La prima eccezione al *simultaneus processus*, necessitata e franca espressione di una seppur limitata autonomia della responsabilità del soggetto collettivo che trova il suo corrispondente sostanziale all'art. 8 del Decreto, non solleva in verità di per sé particolari perplessità. Sarà consentito procedere separatamente nei confronti dell'ente ogni qual volta il processo a carico della persona fisica dovrà essere sospeso a causa dell'incapacità di quest'ultima a partecipare coscientemente all'accertamento che la riguarda. In una simile ipotesi appare del tutto giustificato permettere che il procedimento che vede come protagonista il soggetto collettivo segua comunque il suo corso.

Con riguardo a tale eventualità sembra solo il caso di dare brevemente conto dell'opinione di chi teorizza un'interpretazione estensiva dell'ipotesi in esame, ampliandone la portata applicativa ad un momento antecedente alla sospensione

del procedimento nei confronti dell'individuo, che andrebbe concretamente individuato nella fase di accertamento circa l'effettiva capacità dell'imputato<sup>48</sup>. Una simile lettura, oltre a porsi in evidente contrasto con la lettera della legge che si esprime nei termini di una sospensione già ordinata, appare poco attenta alle esigenze di contenimento delle ipotesi di deroga alla celebrazione congiunta.

Sul punto è poi conclusivamente necessario accennare alla modificazione del quadro normativo determinata dal recentissimo intervento della Consulta relativamente alla situazione del c.d. imputato eternamente giudicabile, che ha avuto l'effetto di porre almeno in parte rimedio alla natura potenzialmente indeterminata della durata della sospensione derivante dallo stato di incapacità dello stesso<sup>49</sup>. A seguito di una possibile declaratoria di estinzione del reato ascritto alla persona fisica per intervenuta prescrizione, anche nelle ipotesi di sospensione del procedimento disposta ai sensi dell'art. 71 c.p.p. potranno dunque aversi significativi riflessi pure con riguardo all'accertamento a carico dell'ente e, più in particolare, con riferimento all'estinzione dell'illecito amministrativo secondo il meccanismo previsto dall'art. 60 del d.lgs. n. 231/2001<sup>50</sup>. La questione segnalata è però indubbiamente tema che lambisce solo incidentalmente l'oggetto principale della presente indagine, e sul quale non è dunque opportuno indugiare.

Già più problematica appare la determinazione dell'incidenza applicativa dell'ipotesi di deroga *sub* lett. b) dell'art. 38, riferita all'opzione manifestata da parte dell'imputato per una definizione della sua vicenda processuale secondo alcuni dei percorsi speciali previsti dal codice di rito. Oggetto di specifica menzione sono l'applicazione della pena su richiesta delle parti, il giudizio abbreviato e

---

<sup>48</sup> H. Belluta, *Le disposizioni generali sul processo agli enti*, cit., p. 35.

<sup>49</sup> Dopo diversi moniti indirizzati al legislatore sostanzialmente rimasti inascoltati è infatti questo l'epilogo raggiunto attraverso la sentenza Corte cost. n. 45, 25 marzo 2015, che ha appunto dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 159 primo comma c.p. nella parte in cui, ove lo stato mentale dell'imputato sia tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e questo venga sospeso, non esclude la sospensione quando è accertato che tale stato è irreversibile. Cfr. al riguardo E. A. A. Dei Cas, *Illegittima la disciplina riservata agli "eterni giudicabili"*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2557 ss. Nel vigore della previgente disciplina codicistica si segnalava invece il carattere indeterminato della causa di sospensione in oggetto e, correlativamente, la necessità di operare una separazione del processo a carico dell'ente. Così L. Camaldo, *I principi generali*, cit., p. 1320.

<sup>50</sup> A seguito dell'intervenuta prescrizione del reato ascritto all'imputato incapace di partecipare coscientemente al proprio procedimento potrà infatti aversi l'estinzione dell'illecito riferito all'ente ove lo stesso non sia stato in precedenza già contestato ai sensi dell'art. 59 del Decreto.

l'emissione del decreto penale di condanna, mentre salta immediatamente agli occhi l'assenza di ulteriori epiloghi speciali che possono sicuramente interessare l'accertamento nei confronti della persona fisica. L'opinione maggioritaria, almeno in giurisprudenza, è al riguardo incline a ricomprendere tra le cause di scioglimento del cumulo processuale anche la celebrazione del processo a carico della persona fisica secondo le forme di uno dei riti speciali non esplicitamente menzionati dalla previsione in esame, facendo in verità riferimento al disposto della successiva lett. c) dell'art. 38<sup>51</sup>. Sull'effettiva correttezza di una simile opzione, e dunque in definitiva sul significato da attribuire all'omissione segnalata, ci si interrogherà più specificamente in seguito<sup>52</sup>.

Occorre qui invece segnalare ulteriori e rilevanti dubbi interpretativi condizionanti la determinazione dell'incidenza dell'ipotesi di deroga in esame. Rileva in primo luogo la possibilità di intendere la deroga qui considerata come riferita anche alla speculare ipotesi in cui sia l'ente e non l'imputato ad optare per un percorso processuale differenziato, così come espressamente previsto dagli artt. 62 e ss. del Decreto. Evidenti ragioni di opportunità sistematica suggeriscono di risolvere positivamente la questione evidenziata. Diversamente opinando si realizzerebbe infatti l'effetto di precludere all'ente un'autonoma facoltà di scelta del rito speciale, il quale potrebbe essere richiesto dal soggetto collettivo solo in presenza di un'analogia e contestuale determinazione in tal senso da parte della persona fisica, ovvero nell'ipotesi di una scissione processuale già in precedenza avvenuta. E' dunque chiaro che una simile soluzione si porrebbe in contrasto irrimediabile con le facoltà espressamente sancite in favore dell'ente dagli artt. 62

---

<sup>51</sup> In questo senso, tra gli altri, G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi*, cit., p. 131. In senso contrario cfr. però A. Bernasconi, *I soggetti, la giurisdizione e la competenza*, in A. Presutti – A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 230; A. Bassi, *Disposizioni generali sul procedimento*, in A. Bassi – T. E. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 524-525. Entrambi gli autori citati ritengono infatti che una simile situazione non potrà legittimamente determinare lo scioglimento del cumulo processuale almeno nel caso in cui il rito immediato o direttissimo non possa contestualmente essere esperito nei confronti di entrambi i soggetti. Diversamente dovrebbe infatti essere accordata prevalenza al rito ordinario, anche in aderenza alle previsioni di cui agli artt. 449 comma 6 e 453 comma 2 c.p.p..

<sup>52</sup> Cfr. *infra* par. 1.4. In senso dubitativo rispetto all'indirizzo in esame si segnala però sin da subito G. Piziali, *I procedimenti speciali nei giudizi per la responsabilità da reato degli enti collettivi*, in Aa. Vv., *I procedimenti speciali in materia penale*, II ed., a cura di M. Pisani, Milano, Giuffrè, 2003, p. 668, secondo cui la celebrazione del procedimento secondo il rito ordinario sarebbe comunque da prediligere almeno qualora difettino i presupposti per l'accesso al rito semplificato da parte dell'ente.

e ss. del Decreto<sup>53</sup>. Ciò nondimeno, per estendere la portata della previsione occorre innegabilmente forzare il dato testuale di una disposizione che, almeno negli intenti, dovrebbe rivestire il carattere di previsione assolutamente eccezionale.

Il profilo interpretativo di maggior rilievo può però fondatamente essere individuato nella determinazione del momento in cui potrà effettivamente realizzarsi la separazione processuale ai sensi dell'art. 38 comma 2 lett. b) del d.lgs. n. 231/2001. Il dato normativo sembra infatti subordinare la scissione all'avvenuta *definizione* del procedimento con giudizio abbreviato o sentenza ex art. 444 c.p.p., richiedendo dunque non già una semplice iniziativa in tal senso da parte del soggetto interessato o l'emissione di un provvedimento non ancora definitivo, ma il passaggio in giudicato della relativa statuizione. Al contrario già la semplice emissione del decreto penale di condanna risulterebbe idonea a cagionare la separazione processuale. Ancorare la scissione alla pronuncia di un provvedimento definitivo e non già ad una semplice opzione di definizione alternativa manifestata dalla parte interessata ha indubbiamente il pregio di contenere l'incidenza delle ipotesi di deroga alla celebrazione simultanea, sottraendo lo scioglimento del cumulo alla semplice volontà di una delle parti.

Bisogna tuttavia interrogarsi circa l'effettiva possibilità di distinguere le diverse eventualità in aderenza alla lettera della previsione normativa nel senso poco sopra precisato. Un appoggio in tal senso sembra provenire dall'obiettiva sussistenza di ragioni che parrebbero giustificare in linea teorica una differenziazione circa il momento in cui la separazione dovrà essere operata a seconda che venga in questione l'ipotesi del giudizio abbreviato e del patteggiamento da un lato, e del decreto penale dall'altro. Il differente regime risulterebbe infatti coerente con le esigenze di funzionalità ed unitarietà dell'accertamento già in precedenza citate, esigendo per la separazione processuale la definitività della sentenza suscettibile di utilizzazione in chiave probatoria nel procedimento parallelo, ed accontentandosi invece della semplice emissione del provvedimento monitorio, caratterizzato da un'incidenza pratica assai contenuta nel contesto dei reati che determinano il sorgere di una

---

<sup>53</sup> Lo segnala L. Camaldo, *I principi generali del procedimento*, cit., pp. 1320-1321.

responsabilità del soggetto collettivo, ma soprattutto non passibile di efficacia probatoria *extra* procedimentale<sup>54</sup>. Tale caratteristica renderebbe dunque nell'ipotesi *de qua* superflua la sospensione del procedimento a carico della persona giuridica, che andrebbe invece disposta a seguito della richiesta di definizione del giudizio nelle forme del rito abbreviato ovvero mediante applicazione della pena e nelle more del passaggio in giudicato della relativa statuizione, solo a seguito della quale andrebbe operata la separazione dei procedimenti<sup>55</sup>.

A ben vedere il presupposto argomentativo alla base della necessaria differenziazione tra le ipotesi citate non è però pienamente condivisibile. Occorre infatti notare in primo luogo come non appare comunque aprioristicamente possibile giustificare in termini generali una separazione procedimentale anticipata alla semplice emissione del provvedimento monitorio in funzione della sua limitata attitudine probatoria *extra* procedimentale. Al momento della sua emissione è infatti pur sempre possibile ipotizzare la proposizione di un'opposizione ex art. 461 c.p.p. nei confronti del decreto penale, che condurrebbe dunque all'attivazione del meccanismo procedimentale ordinario, il quale si concluderebbe a sua volta con l'emissione di una sentenza sicuramente passibile di utilizzazione ai sensi dell'art. 238 *bis* c.p.p..

Inoltre, ferma restando l'utilizzabilità ex art. 238 *bis* c.p.p. della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti<sup>56</sup>, è altresì opportuno rammentare come taluno evidenzi la limitata attitudine dimostrativa di un simile provvedimento, che impedirebbe comunque «al giudice del reato o dell'illecito [di] fare affidamento su di ess[o]»<sup>57</sup> nel relativo giudizio. Ciò varrebbe dunque a smentire almeno in parte uno degli argomenti alla base dell'interpretazione segnalata.

---

<sup>54</sup> Risulterebbe infatti coerente con un sistema che «si preoccupa dell'unitarietà delle decisioni, aspettare il formarsi del giudicato nel processo separato a carico della persona fisica con l'efficacia di cui all'art. 238 *bis* c.p.p., soprattutto per il giudizio abbreviato e il patteggiamento, essendo consapevoli che la sommarietà del rito monitorio mal si concilia con la complessità probatoria dei reati presupposto e non ha grande rilevanza concreta nell'ambito de quo». In questi termini G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi*, cit., p. 129.

<sup>55</sup> Così ancora G. Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., pp. 117-118.

<sup>56</sup> In questo senso Cass. pen., sez. VI, 25 febbraio 2011, n. 10094, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1443; nonché, più di recente, Cass. pen., sez. I, 5 giugno 2014, n. 50706, in *CED*, rv261480.

<sup>57</sup> L. Camaldo, *I principi generali del procedimento*, cit., p. 1322; in termini assolutamente adesivi anche G. Garuti, *Il procedimento "penale"*, cit., p. 1040.



Un'incidenza temporale posticipata della deroga di cui alla lett. b) dell'art. 38 in funzione della natura del giudizio speciale esperito si scontra infine con un ulteriore ed assorbente rilievo critico. Risulta infatti arduo immaginare una separazione procedimentale effettivamente rimandata all'emissione di una decisione definitiva quando è opinione comune che anche la semplice pronuncia di un provvedimento, sebbene ancora suscettibile di impugnazione, determini l'incompatibilità del giudice che lo ha emesso a conoscere della questione inerente la responsabilità dell'ente, con la conseguente necessità di sciogliere sin da tale momento il cumulo processuale. E' difatti correntemente affermato<sup>58</sup> che una tale decisione implicherebbe un pregiudizio sufficiente all'applicabilità delle disposizioni generalmente dettate dall'art. 34 c.p.p.. Ciò dimostrerebbe dunque la necessità di operare comunque una separazione tra le due regimicande quantomeno al momento della decisione di primo grado nel procedimento definito con rito speciale, se del caso ricorrendo alla citata ipotesi di scioglimento del cumulo processuale sancita alla successiva lett. c); il tutto a dimostrazione di una «tecnica legislativa tutt'altro che impeccabile»<sup>59</sup> a fronte dell'importanza dei valori in gioco.

### **1.3.1 La deroga al processo cumulativo ai sensi dell'art. 38 comma 2 lett. c) del d.lgs. n. 231/2001.**

E' proprio l'ultima ipotesi di deroga al *simultaneus processus* a rappresentare del resto la migliore testimonianza di un certo grado di superficialità da parte del legislatore nel considerare un problema di così grande rilevanza all'interno dell'economia del processo agli enti, tanto da meritare un'autonoma considerazione rispetto alle due eccezioni precedentemente analizzate. La lett. c)

---

<sup>58</sup> Cfr., per tutti, G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi*, cit., p. 135-136, nonché, in giurisprudenza, ord. Corte app. Milano, sez. I, 14 aprile 2008, in S. M. Corso, *Codice della responsabilità da reato degli enti annotato con la giurisprudenza*, III ed., Torino, Giappichelli 2015, p. 252. *Contra* però, evidenziando l'insussistenza di una incompatibilità che dovrebbe necessariamente fondarsi su un pregiudizio alla neutralità del giudice in conseguenza di valutazioni espresse nel medesimo procedimento, C. Santoriello, *Le ipotesi di incompatibilità del giudice penale nel processo alle società*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, 2006/1, p. 131. L'autore ritiene però sussistenti in tal caso gravi ragioni di convenienza che giustificerebbero l'astensione del giudicante, ovvero di un'indebita manifestazione del proprio convincimento che potrebbe essere posta a fondamento di una dichiarazione di ricsuzione.

<sup>59</sup> G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi*, cit., p. 130.

del secondo comma dell'art. 38 consente infatti la separazione tra le regiodicande ogni qual volta «l'osservanza delle disposizioni processuali lo rend[a] necessario».

Va quasi da sé che tale ipotesi può astrattamente rappresentare un agevole varco di accesso per soluzioni elusive dello spirito e della finalità del principio sancito al primo comma dell'art. 38, sino a consentire di privare di ogni carattere di definitività le prime due deroghe, come osservato da autorevole dottrina<sup>60</sup>. Dovrà allora necessariamente essere l'interprete a farsi carico del compito invero non semplice di attribuire alla disposizione in esame un senso che risulti coerente con l'architettura complessiva del sistema in cui la stessa si inserisce, e che appaia adeguata e coerente rispetto al profondo significato dell'obbligo di celebrazione simultanea dei procedimenti secondo l'accezione chiarita nei precedenti paragrafi. Come già evidenziato, infatti, qualsiasi interpretazione estensiva della disposizione qui richiamata renderebbe di fatto inutile tutto quanto perentoriamente stabilito dall'art. 38 c. 1 e c. 2 lettere a) e b). Per il principio conservativo di interpretazione delle norme di legge dunque – che impone che una norma debba interpretarsi nel senso in cui possa avere autonoma funzione ed effetto – la lettera c) non può essere certamente intesa come una previsione di chiusura sostanzialmente onnicomprensiva.

Un primo punto di generale convergenza circa il significato della previsione in esame può dunque essere individuato nell'opinione negativa circa l'applicabilità nel contesto del processo *de societate* del disposto dell'art. 18 c.p.p.. Una diversa soluzione realizzerebbe infatti il paradossale effetto di estendere e non già di limitare i casi di separazione contemplati dal codice di rito<sup>61</sup>.

Ipotesi generali di separazione innominata dei procedimenti sono poi identificate in primo luogo nella ricorrenza delle generali cause di non punibilità, tra cui un posto di rilievo quanto a frequenza applicativa può essere riservato all'estinzione del reato presupposto per intervenuta prescrizione maturata prima della contestazione dell'illecito<sup>62</sup>. In quest'ultimo caso si procederà dunque alla separazione dell'accertamento fino ad allora condotto unitariamente. Rileverà altresì la pronuncia di sentenza di non luogo a procedere all'esito dell'udienza

---

<sup>60</sup> Di questo avviso F. Cordero, *Procedura penale*, IX ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 1332.

<sup>61</sup> Lo evidenzia, tra gli altri, E. M. Mancuso, *Commento all'art. 38*, cit., p. 326.

<sup>62</sup> G. Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 119.

preliminare, così come l'annullamento del provvedimento in sede di impugnazione nei confronti di uno solo dei soggetti sottoposti ad accertamento<sup>63</sup>. Le ipotesi segnalate opereranno in senso biunivoco, ovverosia – in analogia a quanto argomentato in relazione al disposto dell'art. 38 comma 2 lett. b) – esse potranno trovare applicazione sia qualora il presupposto si verifichi nel procedimento a carico dell'ente che in quello nei confronti della persona fisica. A questo riguardo è qui opportuno ricordare ancora come il riferimento alla previsione della lett. c) dell'art. 38 venga poi operato al fine di giustificare la separazione dei procedimenti nell'ipotesi della celebrazione di uno dei riti diversi rispetto a quelli specificamente elencati nella seconda deroga al *simultaneus processus*<sup>64</sup>.

Per quanto concerne le vicende propriamente afferenti alla posizione processuale della persona fisica taluno arriva a considerare la possibilità di procedere separatamente nei confronti di quest'ultima anche qualora risulti necessario celebrare con celerità il procedimento a suo carico in considerazione dell'imminente scadenza dei termini massima di custodia cautelare<sup>65</sup>.

Sono invece per converso comunemente ritenute ipotesi legittimanti la separazione specificamente riferite all'andamento del processo *de societate* quelle inerenti alla sospensione del procedimento ex artt. 43 e 65 del Decreto. Quest'ultima è come noto disposta al fine di consentire all'ente in precedenza impossibilitato di porre in essere le condotte riparatorie di cui all'art. 17 del d.lgs. n. 231 del 2001, mentre la prima fattispecie deriva dalla peculiare disciplina dettata dall'art. 43 comma 4 del Decreto in materia di notificazioni alla persone giuridica. Tale norma, già in epoca assai antecedente rispetto alla novella di recente operata dalla legge n. 67 del 2014, intervenuta nell'ambito del procedimento penale contro le persone fisiche<sup>66</sup>, consentiva infatti la sospensione del procedimento a carico del soggetto collettivo al fine di tutelarne in maniera più efficace i diritti partecipativi

---

<sup>63</sup> G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi*, cit., pp. 131-132.

<sup>64</sup> Si veda subito *infra* par. 1.4.

<sup>65</sup> Per questa opinione cfr. A. Scalfati, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, in Aa. Vv., *Responsabilità degli enti*, cit., p. 362; nonché anche, da ultimo, A. Marandola, *Il processo penale agli enti*, cit., p. 664.

<sup>66</sup> Sul punto D. Negri, *Il processo nei confronti dell'imputato "assente" al tortuoso crocevia tra svolgimento e sospensione*, in Aa. Vv., *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, a cura di M. Daniele – P. P. Paulesu, Torino, Giappichelli, 2015, p. 197 ss.; Aa. Vv., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, Giappichelli, Torino, 2014, *passim*.

qualora risultasse impossibile eseguire le notificazioni nei modi descritti ai commi precedenti della disposizione<sup>67</sup>.

Ancorché non sempre qualificabile come causa di separazione *stricto sensu* intesa<sup>68</sup>, appare infine meritevole di menzione la generale previsione dell'art. 8 del Decreto, che consente l'autonoma prosecuzione dell'accertamento a carico dell'ente anche qualora l'autore materiale del fatto di reato non venga compiutamente identificato, tanto da spingere taluno ad individuare una vera e propria essenza processuale della norma da ultimo citata nonostante la sua formale collocazione nella parte di articolato relativo alla disciplina sostanziale<sup>69</sup>.

Le predette eventualità sono necessariamente solo esemplificative della considerevole varietà di situazioni astrattamente capaci di riempire di contenuto la previsione qui in esame, e dunque idonee a determinare uno scioglimento del cumulo processuale<sup>70</sup>. In tali casi, a parere della dottrina assolutamente maggioritaria, non residuerebbero particolari spazi operativi per soluzioni che consentano di mantenere l'unitarietà del processo.

Già ad un primo esame non è tuttavia difficile individuare tra esse situazioni in cui la scelta dell'opzione derogatoria dettata dall'art. 38 comma 2 lett. c) del Decreto appare discutibile e più difficilmente giustificabile rispetto ad altre. E' infatti evidente come in tali casi le enunciazioni di principio più sopra ribadite circa la necessaria parsimoniosa applicazione della deroga in oggetto non sembrano essere sempre condivise o comunque tenute nella debita considerazione. Se in forza del tenore generale della previsione di cui all'art. 38 del Decreto può in via di principio condividersi la possibilità di addivenire alla separazione in forza

---

<sup>67</sup> Qualcuno aveva in realtà auspicato una riforma della contumacia della persona fisica in senso almeno parzialmente conforme alle previsioni contenute nel d.lgs. n. 231/2001, come poi in effetti avvenuto tramite la novella del 2014. Sul punto si veda H. Belluta, *Le disposizioni generali sul processo agli enti*, cit., p. 52.

<sup>68</sup> Nelle ipotesi in considerazione potrebbe infatti addirittura esservi *ab origine* un solo procedimento a carico dell'ente, senza che si possa dunque parlare di separazione in senso stretto.

<sup>69</sup> E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 330.

<sup>70</sup> Ulteriori ipotesi di sospensione del rito celebrato nei confronti dell'imputato persona fisica astrattamente capaci di giustificare la separazione tra procedimenti possono infatti essere individuate nella risoluzione di questione pregiudiziale ai sensi degli artt. 3 e 479 c.p.p., ovvero nella decisione sulla richiesta di rimessione del processo ex art. 47 c.p.p., come evidenziato da A. Bernasconi, *I Soggetti, la giurisdizione e la competenza*, in A. Presutti – A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 231.

dell'ipotesi della lett. c) anche qualora la stessa venga suggerita dalla necessità di osservare le disposizioni processuali del codice di rito e non solo quelle più specificamente contenute nell'articolato del d.lgs. n. 231/2001<sup>71</sup>, ciò non dovrebbe comunque consentire un indiscriminato ricorso all'ipotesi di separazione in esame.

#### **1.4 Per un'interpretazione costituzionalmente orientata della deroga generale al processo simultaneo.**

E' però vero che a fronte del tenore indiscutibilmente vago della previsione normativa in esame ed in assenza di un univoco criterio interpretativo alla luce del quale vagliare la percorribilità della separazione processuale ai sensi dell'art. 38 comma 2 lett. c) del Decreto appare oggettivamente arduo contenere la portata applicativa della previsione. L'elaborazione di un affidabile canone ermeneutico rappresenta invero un'attività inedita nell'ambito dell'elaborazione relativa alla norma in esame. La dottrina si è infatti tendenzialmente limitata ad un approccio casistico nei confronti dell'ipotesi di deroga qui in rilievo, valutando la possibilità dello scioglimento del cumulo processuale alla luce delle specifiche evenienze di volta in volta sottoposte al suo scrutinio. Quanto ci si propone qui, al contrario, pur nella consapevolezza dell'oggettiva difficoltà di teorizzare un modello dalla validità universale passibile di trovare un'uniforme applicazione al ricorrere di qualsiasi potenziale ipotesi di separazione processuale giustificata dalla necessità di osservare la normativa processuale, è comunque l'identificazione di un criterio esegetico di massima capace di guidare l'opera dell'interprete almeno nei casi in cui la separazione appare fondarsi su opzioni strategiche dell'autorità procedente ovvero su valutazioni connesse alla semplice economia processuale piuttosto che essere giustificata dalla necessità di soddisfare specifiche esigenze connesse alla coerenza del modello di accertamento.

A tale riguardo sembra dunque possibile individuare un importante parametro interpretativo nella verifica di un coefficiente volontaristico nel contegno di una delle parti interessate in ordine allo scioglimento del cumulo processuale. In altri

---

<sup>71</sup> Come segnalato da L. Camaldo, *I principi generali del procedimento*, cit., p. 1323; nonché, da ultimo, da M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società*, cit., p. 52.

termini la scissione delle regiudicande ai sensi dell'art. 38 comma 2 lett. c) del d.lgs. n. 231 del 2001 potrebbe conseguire alla necessità di osservare la normativa processuale a sua volta determinata da una scelta volontariamente e consapevolmente operata dall'ente o dall'imputato persona fisica.

Una tale opzione ermeneutica appare del resto suffragata da una corretta accezione dell'obbligo di celebrazione congiunta dei procedimenti come fondamentale presidio all'effettività di fondamentali diritti dotati anche di valenza costituzionale. In aderenza a quanto precedentemente esposto<sup>72</sup> ed a quanto si andrà ulteriormente a specificare nel capitolo seguente, la rinuncia al *simultaneus processus* può infatti implicare un'attuazione temperata anche di alcuni tra i valori alla base della nozione di giusto processo condensata all'art. 111 della Costituzione. Basti qui limitarsi per adesso a menzionare le ripercussioni sull'effettività del contraddittorio nella formazione della prova determinate dall'applicabilità delle previsioni di cui agli artt. 238 e 238 *bis* c.p.p. a seguito della separazione dei procedimenti a carico di ente ed imputato persona fisica<sup>73</sup>. Sebbene le norme citate siano state giudicate conformi alle disposizioni costituzionali in materia di giusto processo<sup>74</sup>, non manca chi ne denuncia al contrario l'incompatibilità con la fisionomia dell'accertamento condotto nell'ambito del processo *de societate*, principalmente in ragione della frequenza con cui il transito di materiale istruttorio si verificherebbe nel particolare contesto qui in rilievo, cui conseguirebbe un inaccettabile pregiudizio per l'effettività dei diritti partecipativi delle parti in maniera ancor più preoccupante di quanto non avvenga già nel procedimento penale "ordinario"<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> In particolare alle argomentazioni contenute al par. 2.2.

<sup>73</sup> Su cui cfr. *retro* par. 1.2 nonché, più diffusamente, *infra* par. 2.3. Occorre poi ribadire come l'analisi che verrà svolta nel capitolo seguente consentirà di individuare ulteriori situazioni pregiudizievoli per alcuni diritti fondamentali dell'imputato derivanti dall'inosservanza del principio di cui all'art. 38 comma 1 del Decreto.

<sup>74</sup> Si veda quanto all'art. 238 c.p.p. Corte cost., 26 maggio 1994, n. 198 e, quanto alla norma immediatamente successiva Corte cost., 6 febbraio 2009, n. 29. Per alcuni ulteriori rilievi critici relativi alle pronunce citate cfr. ancora *infra* par. 2.3.

<sup>75</sup> Cfr. soprattutto M. L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 156, la quale denuncia specificamente come il ricorso all'art. 238 *bis* c.p.p. a seguito della separazione dei percorsi processuali di ente ed imputato persona fisica sarebbe di fatto incompatibile con l'opzione legislativa in favore di un rigoroso modello di accertamento quale quello del rito penale anche nell'accertamento di un illecito almeno formalmente amministrativo. Per considerazioni più analitiche sul punto si veda ancora par. 2.3.

Proprio in virtù di tutto ciò, ed in piena aderenza al disposto della previsione contenuta nella nostra Carta fondamentale, si potrebbe allora ritenere che l'accettazione delle conseguenze derivanti dallo scioglimento del cumulo processuale, ove non chiaramente imposta *ex lege*, potrà essere giustificata solo in presenza di determinate circostanze tra cui appunto – per quanto qui rileva nello specifico – il consenso del soggetto imputato<sup>76</sup>. Appare pertanto logico e consequenziale che, stante la pregnanza delle prerogative sottese all'obbligo di celebrazione congiunta dei procedimenti, una scelta derogatoria rispetto a tale principio debba essere assistita anche nella cornice del processo agli enti da un indefettibile coefficiente volontaristico almeno nei casi di c.d. separazione innominata ai sensi dell'art. 38 comma 2 lett. c).

Una simile soluzione sarebbe del resto suggerita dall'opportunità di non relegare l'imputato del reato presupposto alla responsabilità del soggetto collettivo in una posizione deteriore rispetto al suo omologo accusato di un fatto non produttivo di alcun tipo di illecito in capo all'ente, e di non disconoscere la necessità di assicurare il rispetto delle fondamentali prerogative stabilite dalla Costituzione anche in favore della persona giuridica, tradendo in questo modo lo spirito di fondo della scelta garantista operata dal legislatore delegato del 2001<sup>77</sup>.

A tale ultimo riguardo occorre infatti ribadire le considerazioni già svolte a proposito da parte della dottrina più attenta, la quale ha correttamente evidenziato come l'etichetta formalmente amministrativa della responsabilità della persona giuridica non possa in alcun modo far propendere l'interprete per la possibilità di

---

<sup>76</sup> In termini generali, sulla valorizzazione della volontà quale deroga al fondamentale principio della formazione dialettica della prova, cfr. ampiamente E. Marzaduri, *La prova negoziata e l'art. 111 Cost.: tra deroga al contraddittorio e valorizzazione dei profili dispositivi dell'accertamento penale*, in Aa. Vv., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, Torino, Giappichelli, 2009, p. 189 ss.. Sul punto si veda anche, tra gli altri, P. Ferrua, *Il giusto processo*, cit., p. 131 ss.; D. Chinnici, *L'incursione della prova "negoziata" nel giudizio penale (alcuni rilievi critici)*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 864 ss.; L. Marafioti, *Prova "negoziata" e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2933 ss.;

<sup>77</sup> Sulla necessità di garantire il rispetto delle fondamentali prerogative costituzionali assicurate all'imputato persona fisica nel procedimento penale anche all'ente accusato dell'illecito cfr. ancora, ampiamente, M. L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 45 ss. Nella medesima prospettiva, privilegiando l'applicabilità di principi di natura sostanziale pur affermando incidentalmente la riferibilità alla persona giuridica di previsioni di indubbio contenuto processuale quali l'art. 111 Cost., G. De Simone, *La responsabilità da reato della società nell'ottica dei principi costituzionali*, in Aa. Vv., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, a cura di A. M. Stile – V. Mongillo – G. Stile, Napoli, Jovene, 2013, p.261 ss..

privare tale soggetto delle garanzie fondamentali operanti nell'ambito della giurisdizione penale a fronte della natura indiscutibilmente afflittiva della responsabilità del soggetto collettivo<sup>78</sup>. Un tale conclusione pare peraltro l'unica effettivamente in linea con le più recenti prese di posizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo la quale – proprio con riguardo all'operatività delle garanzie fondamentali stabilite con riferimento al processo penale – ha ribadito la necessità della loro applicazione anche nei confronti di ipotesi di responsabilità diversamente qualificate dal punto di vista formale, ma dotate di caratteristiche sostanziali equiparabili a quelle proprie dell'illecito penalmente rilevante<sup>79</sup>.

E' altresì opportuno specificare che una simile interpretazione consentirebbe di contenere l'incidenza delle accezioni più generose in relazione all'ampiezza della deroga al principio del *simultaneus processus* in questione, spesso basate su diffuse quanto discutibili interpretazioni di impronta efficientista, dirette a garantire una pretesa funzionalità dell'accertamento processuale in dichiarato contrasto con la necessità di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali da garantire all'individuo<sup>80</sup> (ed in questo caso anche alla persona giuridica) risulterebbe difficilmente accettabile. A fronte della diffusa incertezza circa l'effettiva *ratio* giustificatrice sottesa alla prescrizione dell'art. 38 comma 1 del Decreto, il rischio di simili derive appare infatti in questo caso più concreto che altrove. Ciò suggerisce dunque di ribadire pur sommariamente le principali ragioni che anche in questo specifico contesto devono opporsi a soluzioni del genere. Sul punto occorre in particolare rammentare come valori pur astrattamente rilevanti e meritevoli di tutela - quali ad esempio la ragionevole durata del processo - non

---

<sup>78</sup> Si veda, per tutti, M. L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 45 ss..

<sup>79</sup> Il riferimento va ancora alla già citata Corte e.d.u., X sez., *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014.

<sup>80</sup> Secondo una tendenza interpretativa attualmente alquanto diffusa in sede giurisprudenziale che ha trovato dapprima una decisa ed importante espressione nella nota Cass. pen., s.u., 29 settembre 2011, n. 155, Rossi, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2410 con nota di F. Caprioli, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensiva*, ed i cui accenti paiono aver almeno in parte informato il recente intervento del giudice europeo in Corte di Giust., Grande Sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco, consultabile on line all'indirizzo: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=167061&pageIndex=0&doclang=it&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=552213>. In generale sul tema, tra gli altri, con speciale riferimento ad un modello di approccio sostanzialistico alla disciplina in materia di invalidità, M. Caianiello, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, Bup, 2013, p. 33 ss.; E. Amodio, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo*, in *Cass.pen.*, 2012, p. 3596 ss..



potranno mai trovare soddisfazione a discapito delle prerogative fondamentali assicurate al soggetto – umano o giuridico che sia – sottoposto all'accertamento<sup>81</sup>. Una diversa opinione pare almeno astrattamente idonea a rappresentare un meccanismo potenzialmente eversivo della struttura del processo penale delineato dal legislatore del 1988. Alla necessità di osservarne i principi si potrà infatti sempre opporre la preminente esigenza di assicurare il perseguimento di mutevoli e discutibili ideali di giustizia. In quest'ottica la procedura penale d'impresa rappresenta dunque senz'altro l'occasione per ribadire con nettezza il rifiuto nei confronti di simili operazioni.

Ecco allora che alla luce di quanto esposto e del criterio interpretativo individuato, almeno alcune delle ipotesi in precedenza enunciate dovrebbero portare a conclusioni opposte rispetto a quelle raggiunte dalla maggioranza degli interpreti.

In via preliminare va evidenziato come il criterio qui proposto non debba in verità essere inteso come canone ermeneutico assoluto ed avulso dall'analisi delle peculiarità del caso concreto. Così ad esempio, al ricorrere di una delle fattispecie di separazione determinate dal verificarsi di uno dei casi di cui all'art. 8 del Decreto e pur in assenza di alcuna volontaria scelta processuale ad opera di una parte, i procedimenti potranno nondimeno essere separati. Appare assorbente infatti il rilievo per cui il processo contro la persona fisica non verrà in tal caso celebrato nella assoluta maggioranza delle ipotesi. Ciò basta a porre al riparo dal rischio di un intollerabile pregiudizio dei diritti processuali di quest'ultima a fronte di una separazione non generata da una volontaria scelta processuale.

E' poi ragionevole ritenere che la separazione potrà essere ulteriormente disposta pur in assenza di una volontaria scelta processuale nell'ipotesi del verificarsi di una invalidità processuale nei confronti di uno dei protagonisti della vicenda processuale fino ad allora unitaria, con conseguente regressione del

---

<sup>81</sup> Sulla valenza sussidiaria del principio di ragionevole durata del processo rispetto ai diritti processuali delle parti cfr., per tutti, P. Ferrua, *Il giusto processo*, cit., p. 113, nonché, in giurisprudenza, Corte cost. n. 204, 22 giugno 2001, secondo cui «il principio della ragionevole durata del processo [...] deve essere infatti letto — alla luce dello stesso richiamo al connotato di "ragionevolezza", che compare nella formula normativa — in correlazione con le altre garanzie previste dalla Carta costituzionale, a cominciare da quella relativa al diritto di difesa (art. 24 Cost.)».

procedimento celebrato nei suoi confronti<sup>82</sup>. Oltre che da evidenti ragioni di buon senso la scissione del cumulo è in questo caso giustificata dalla preponderante necessità di reintegrare il soggetto nella pienezza dei suoi diritti processuali.

Residuano però rilevanti ipotesi in cui alla luce del criterio proposto la separazione non potrebbe essere giustificata dal ricorrere di situazioni che, pur sostanzialmente idonee a testimoniare la sua astratta opportunità, non posseggono un necessario connotato di volontarietà tale da giustificare la rinuncia ai fondamentali valori che la celebrazione simultanea intende preservare.

Un primo esempio può al riguardo essere rinvenuto nello scioglimento del cumulo derivante dalla necessaria osservanza del disposto dell'art. 43 comma 4 del Decreto, che – come si è visto – viene al contrario comunemente annoverata tra le fattispecie legittimanti l'operatività della clausola generale di cui all'art. 38 comma 2 lett. c). A tale evenienza si va poi oggi ad aggiungere la speculare eventualità di una sospensione del procedimento a carico della persona fisica disposta ai sensi della nuova disciplina sull'assenza a seguito della legge n. 67 del 2014. In entrambi i casi citati non pare dunque corretto addivenire alla separazione ai sensi dell'art. 38 comma 2 lett. c). In aderenza ai principali arresti giurisprudenziali di matrice sovranazionale ed alle più sensibili elaborazioni della dottrina, la semplice irreperibilità del soggetto sottoposto ad accertamento non può infatti essere interpretata quale contegno tale da poter testimoniare un inequivoco disinteresse dello stesso nei confronti del procedimento che lo riguarda<sup>83</sup>, e

---

<sup>82</sup> Come in effetti ha già avuto modo di affermare la giurisprudenza di merito e nello specifico Corte app. Brescia, sez. II, 28 giugno 2013, n. 2013, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 446. M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società*, cit., p. 52 limita però la separazione ai casi in cui la regressione riguardi il procedimento a carico dell'ente.

<sup>83</sup> Circa la natura necessariamente inequivoca della rinuncia a comparire per essere interpretata quale volontario disinteresse al procedimento cfr., *ex multis*, Corte e.d.u., *Colozza c. Italia*, 12 febbraio 1985, §28; Corte e.d.u., Grande Camera, *Sejdovic c. Italia*, 1 marzo 2006, §86. Nonché, sulla necessità a tal fine che l'imputato sia stato altresì debitamente informato della data dell'udienza e non si sia comunque presentato senza addurre alcun impedimento, Corte e.d.u., dec., *Battisti c. Francia*, 12 dicembre 2006. Cfr. Aa. Vv., *Commento all'art. 6*, in Aa. Vv., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, Padova, Cedam, 2012, p. 203. In generale sul tema D. Negri, *Il processo in absentia nella giurisprudenza delle corti europee*, in Aa. Vv., *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di A. Gaito, in corso di pubblicazione; B. Nacar, *Il processo in absentia tra fonti internazionali. Disciplina codicistica e recenti interventi riformatori*, Padova, Cedam, 2014, *passim*; E. A. A. Dei-Cas, *Il procedimento penale nei confronti di imputati irreperibili tra giurisprudenza della Corte europea e normativa interna*, in C. Conti - A. Marandola – G. Varraso, *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*,

dunque – nella presente ottica – tale da poter assurgere al rango di volontaria rinuncia al processo cumulativo. Diversamente opinando si consentirebbe di conculcare le fondamentali prerogative dell'ente e dell'imputato persona fisica che la celebrazione congiunta dei procedimenti intende preservare solo sulla base dell'esito di un'attività rimessa all'autorità procedente, quale è senz'altro quella relativa alla procedura di notificazione, senza che possa identificarsi il benché minimo coefficiente volontaristico in tal senso in capo ai soggetti interessati.

Tra la moltitudine di situazioni astrattamente rilevanti ve ne è poi almeno un'altra meritevole di esplicita considerazione, non foss'altro che per la sua rilevanza pratica. Il riferimento va all'opportunità di addivenire alla separazione a seguito di un'opzione processuale speciale non contemplata tra quelle esplicitamente prese in considerazione dalla lett. b) dell'art. 38 e, più nello specifico, alla possibilità di separare i percorsi processuali di ente ed imputato a seguito dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero attraverso richiesta di giudizio immediato o direttissimo rispettivamente ai sensi degli artt. 453 e 449 c.p.p. nei confronti di solo uno dei due soggetti interessati<sup>84</sup>. Una simile eventualità evidenzia infatti in maniera emblematica le implicazioni sottese al tema oggetto di attenzione.

Ove infatti in accordo con l'indirizzo maggioritario espresso dai giudici una tale evenienza si dovesse ritenere consentita, si assegnerebbe alla parte pubblica un sostanziale potere di disporre unilateralmente del grado di effettività dei diritti processuali da assicurare ad ente e persona fisica. In aderenza al criterio interpretativo qui proposto invece, in assenza di qualsiasi manifestazione di assenso circa la separazione processuale da parte dei soggetti interessati, una tale possibilità dovrebbe ritenersi preclusa.

Esemplificando dunque, il pubblico ministero non potrebbe indirizzare la richiesta di celebrazione del rito speciale autoritativo nei confronti di uno solo dei due soggetti processuali coinvolti, mentre potrebbe al più avanzare una richiesta congiunta qualora si ritenesse di aderire al dominante orientamento che ritiene

---

Padova, Cedam, 2014, p. 189 ss.; A. Mangiaracina, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino, Giappichelli, 2010, *passim*.

<sup>84</sup> Nella specie, stante i presupposti per l'operatività dei riti in questione, nel caso di richiesta inoltrata a carico dell'imputato persona fisica. A tale riguardo, con riferimento al caso del c.d. giudizio immediato custodiale, si veda però *infra* nota n. 86.

applicabili anche nei confronti dell'ente le disposizioni relative ai riti speciali non esplicitamente menzionati nell'articolato del Decreto<sup>85</sup>. Quanto poi allo specifico caso della richiesta di giudizio immediato c.d. custodiale di cui all'art. 453 comma 1 *bis* c.p.p., nell'impossibilità del verificarsi dei presupposti di adozione del rito a carico della persona giuridica<sup>86</sup>, la soluzione più corretta appare senz'altro quella di precludere in radice l'esperibilità del rito speciale in esame nei confronti dell'imputato del reato presupposto<sup>87</sup>. Del resto la scelta del pubblico ministero di celebrare il rito a carico delle persone fisiche nella forma semplificata al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 453 commi 1 *bis* e 1 *ter* c.p.p. non può assolutamente dirsi necessitata. La Cassazione ha infatti ribadito, con un'importante sentenza, come sopravviva e resti legittima l'attribuzione *ex art.* 405 c.p.p. di una discrezionalità al pubblico ministero in merito alle forme di esercizio dell'azione penale, a prescindere dalle espressioni letterali utilizzate dal legislatore. In particolare, anche se con specifico riferimento al giudizio direttissimo, i giudici di legittimità hanno affermato il principio generale secondo cui «la sostituzione [...] della previgente formula "può procedere" con quella "procede" non è sufficiente a far ritenere l'obbligatorietà del giudizio direttissimo atteso che tale conclusione sarebbe in contrasto con il principio del monopolio del titolare dell'azione penale in ordine alla scelta del rito»<sup>88</sup>.

La conclusione appare senz'altro coerente con i presupposti argomentativi più sopra sviluppati: a fronte della rilevanza costituzionale dei valori alla base dell'obbligo di celebrazione congiunta dei procedimenti la semplice

---

<sup>85</sup> In questo senso, per tutti, G. Garuti, voce *Responsabilità delle persone giuridiche, II) Profili processuali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXI, Roma, 2002, p. 9.

<sup>86</sup> Si potrebbe in verità ipotizzare di estendere l'applicabilità del rito speciale in questione anche al soggetto collettivo nell'ipotesi in cui, unitamente alla misura custodiale nei confronti degli individui, sia stata disposta in via cautelare la più severa tra le sanzioni interdittive a carico dell'ente, ossia l'interdizione dall'esercizio dell'attività. Una simile operazione potrebbe a prima vista sembrare consentita dal disposto dell'art. 45 del Decreto che, con formula sostanzialmente analoga a quella dell'art. 273 c.p.p., consente l'applicazione della misura «quando sussistono gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente». Tuttavia ciò non sembra sufficiente a consentire l'applicabilità in via analogica delle previsioni di cui all'art. 453 comma 1 *bis* c.p.p. alla persona giuridica.

<sup>87</sup> Questa prospettiva è del resto quella fatta propria, almeno incidentalmente, in un recente intervento della giurisprudenza di legittimità. Proprio in una vicenda in cui i percorsi processuali di ente ed imputati persone fisiche erano stati separati in funzione della necessità di celebrare il rito a carico di queste ultime nelle forme del c.d. immediato custodiale, Cass. pen., sez. VI, 12 marzo 2014, n. 15904, inedita, ove i giudici hanno avuto modo di affermare come i due procedimenti fossero stati separati «pur non ricorrendo le condizioni dettate dall'art. 38».

<sup>88</sup> In questi termini Cass. pen., sez. II, 4 aprile 2010, n. 7822, in *Cass. pen.*, 2012, p. 195.

determinazione dell'organo dell'accusa non sembra certamente poter da sola legittimamente costituire un'ipotesi di deroga alla regola generale attraverso la sua inclusione all'interno della clausola generale di cui all'art. 38 comma 2 lett. c) del d.lgs. n. 231 del 2001. Le ipotesi analizzate confermano dunque l'astratta possibilità di ricorrere alla chiave interpretativa segnalata almeno al fine di valutare l'opportunità di rinunciare alla separazione dei procedimenti nei casi in cui quest'ultima sia esclusivamente determinata da fattori del tutto indipendenti dal contegno dell'imputato o dell'ente.

Si impone tuttavia una notazione conclusiva: una volta chiarite le ragioni che suggeriscono di adottare un'accezione particolarmente restrittiva della disposizione da ultimo citata occorre riconoscere l'assenza di qualsivoglia esplicita sanzione processuale ricollegabile all'inosservanza dell'obbligo di celebrazione cumulativa. Tale lacuna normativa potrebbe in verità essere abbastanza agevolmente colmata dal punto di vista teorico attraverso il ricorso alle generali ipotesi di nullità stabilite dal codice di rito. In base a tutto quanto fin qui esposto non può infatti fondatamente dubitarsi del fatto che l'inosservanza del precetto in esame possa generare un pregiudizio per i diritti di intervento ed assistenza dell'imputato persona fisica o dell'ente così da integrare una violazione rilevante a norma dell'art. 178 lett. c) c.p.p..

Residuano tuttavia rilevanti aspetti pratici che il legislatore ha totalmente ommesso di considerare, che di fatto rendono solo virtuale la possibilità di un reintegro dell'interessato nella pienezza delle proprie facoltà processuali a fronte della violazione del principio del *simultaneus processus*. A seguito del verificarsi di una nullità della specie di quelle appena richiamate in ragione dell'arbitraria separazione tra procedimenti operata dalla parte pubblica, la conseguenza processuale non potrebbe che essere integrata da una regressione del rito al momento in cui detta separazione è intervenuta in aderenza a quanto previsto dall'art. 185 c.p.p., cui dovrebbe seguire la trattazione finalmente unitaria dei procedimenti.

Tale soluzione genera però inconvenienti pratici di non poco momento. L'esempio relativo alla celebrazione del giudizio immediato nei confronti di solo uno tra ente ed imputato persona fisica è nuovamente illuminante al riguardo. Si

pensi al caso del giudice del procedimento ex d.lgs. 231 del 2001 che dovesse in ipotesi effettivamente riconoscere la natura illegittima della separazione operata dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 38 comma 2 lett. c) giustificata in ragione della necessità di procedere a giudizio immediato custodiale nei confronti della persona fisica. Pur ritenendo corretto l'ulteriore passaggio argomentativo che porta a riconoscere in una simile evenienza il verificarsi di una nullità a regime intermedio, la conseguente regressione del procedimento a carico dell'ente non sortirebbe alcun apprezzabile effetto sulla sua situazione processuale. E' infatti più che ragionevole immaginare che, in ragione del percorso processuale differenziato prescelto, in tale momento il procedimento a carico della persona fisica sia ormai concluso e dunque non più passibile di essere riunito con quello nei confronti dell'ente. Peraltro, anche ove il primo fosse ancora pendente, appare fondatamente dubitabile se non fantasioso ipotizzare che il giudice del procedimento ex d.lgs. 231/2001 possa contestualmente ordinare la regressione del procedimento a carico della persona fisica ovvero disporre la sospensione sino a che non risulti possibile una nuova riunione delle due regiudicande.

E' dunque chiaro che il precetto di cui all'art. 38 del Decreto, ancorché interpretato nel senso qui sostenuto, rappresenterebbe comunque una previsione sostanzialmente dotata di scarsa effettività, il cui rispetto risulta di fatto rimesso alla spontanea osservanza del dato normativo da parte dell'autorità procedente. Va da sé che ciò stride in maniera intollerabile con la pregnanza dei valori alla base della celebrazione di un processo cumulativo. D'altronde, a meno di non immaginare un'esplicita presa di posizione sul punto da parte del legislatore o una declaratoria di incostituzionalità ad opera del Giudice delle Leggi<sup>89</sup>, non sembrano ipotizzabili soluzioni interpretative idonee a porre rimedio a quanto segnalato.

Quanto evidenziato basterà comunque a dimostrare la natura ambivalente della disposizione considerata, così come segnalato in apertura di trattazione. Se da un lato essa affronta infatti in maniera esplicita ed innovativa rispetto alle scelte del codice di rito il tema dei rapporti tra procedimento a carico della persona fisica

---

<sup>89</sup> Che dovrebbe verosimilmente riconoscere il contrasto con il disposto degli artt. 24 e 111 della Costituzione di un'interpretazione dell'art. 38 comma 2 lett. c) del d.lgs. n. 231/2001 tesa a consentire la separazione anche al ricorrere di circostanze riconducibili alla mera volontà dell'organo dell'accusa.

ed accertamento nei confronti dell'ente, testimoniando almeno indirettamente la rilevanza della questione, pare trattare la problematica in questione con estrema superficialità, verosimilmente per la mancanza di una piena consapevolezza dei valori sottesi alla piena osservanza del principio in esame e più in generale delle implicazioni connesse all'esistenza di due procedimenti distinti ma profondamente connessi. Le incertezze interpretative concernenti l'operatività della disposizione di cui all'art. 38 e più in particolare l'evanescente ipotesi derogatoria di cui al comma 2 lett. c) della medesima disposizione prese in considerazione ai paragrafi precedenti, sembrano dunque dimostrare la scarsa attenzione dimostrata sul punto da parte del legislatore, confermando così il dato di partenza della presente analisi.





## CAPITOLO II

### IMPLICAZIONI PROCESSUALI DI UN ACCERTAMENTO DISGIUNTO

#### 2.1 I pregiudizi all'effettività dei diritti processuali di ente ed imputato.

Quelle sommariamente esposte nel precedente capitolo sono solamente alcune delle conseguenze che assurgono ad evidenza pratica di una vera e propria *deminutio* delle garanzie processuali derivante dalla conduzione separata dei procedimenti a carico di ente ed imputato persona fisica nel contesto della responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001.

Come preannunciato<sup>90</sup>, le pagine successive saranno dedicate all'approfondimento di alcune delle questioni prima solo abbozzate, unitamente alla trattazione di ulteriori e rilevanti implicazioni direttamente discendenti dalla celebrazione di accertamenti disgiunti. Detta analisi consentirà di verificare ulteriormente la fondamentale valenza del principio del c.d. *simultaneus processus* sancito dall'art. 38 comma 1 del Decreto, dando dunque sostanza alla più volte segnalata necessità di fornire un'interpretazione rigorosa della regola e delle deroghe alla stessa.

Prima di passare all'analitica considerazione di tali implicazioni, preme tuttavia evidenziare una caratteristica comune alle ipotesi che verranno di seguito approfondite.

Esse si riferiscono per lo più ad un pregiudizio di natura "oggettiva", che viene arrecato alla posizione delle parti in ragione della semplice separazione processuale intervenuta. Si tratta in altri termini di situazioni che prescindono generalmente dagli assetti di interesse esistenti tra persona fisica ed ente, i quali pure possono influenzare in varia misura la posizione processuale delle parti<sup>91</sup> ma che - almeno in questo caso - assumono una valenza solo indiretta e tangenziale

---

<sup>90</sup> Cfr. *retro* par. 1.4.

<sup>91</sup> All'analisi delle implicazioni più direttamente connesse alle relazioni di interesse tra ente ed individuo ed ai relativi risvolti processuali saranno infatti specificamente dedicati gli ultimi due capitoli del presente lavoro.

nell'esame dell'effettività delle garanzie assicurate ai soggetti coinvolti. Gli aspetti problematici che qui interessano sembrano piuttosto derivare dalla semplice applicazione delle prescrizioni dettate dal codice di rito e dal Decreto a seguito della separazione processuale di due accertamenti formalmente distinti ma strettamente connessi sul piano fattuale.

Ancora in termini generali appare poi opportuno sottolineare che le fattispecie qui in rilievo determinano sovente il prodursi di un pregiudizio che interessa principalmente la posizione del soggetto collettivo piuttosto che quella dell'imputato persona fisica. Ciò sembra derivare, in maniera per certi versi paradossale, dalla priorità generalmente accordata alla trattazione del procedimento penale a carico dell'individuo.

Per quanto oggi possano dirsi almeno in parte superati i rilievi relativi alla scarsa frequenza applicativa delle disposizioni del Decreto che avrebbe caratterizzato gli anni immediatamente successivi alla sua entrata in vigore<sup>92</sup>, appare infatti ancora possibile teorizzare l'esistenza di una perdurante preminenza riservata all'accertamento della responsabilità dell'autore del reato presupposto, quantomeno sul piano delle tempistiche nella trattazione delle due regiudicande in rilievo. Si è già detto di come ciò sia almeno in parte da ricondurre a ragioni prettamente giuridiche, quali l'esistenza di termini perentori che incentivano la celebrazione prioritaria del procedimento penale nei confronti della persona fisica<sup>93</sup>. Tuttavia sembra qui opportuno dare conto di almeno un ulteriore motivo che giustifica l'esistenza di una tale situazione. Analogamente a quanto osservato in contesti ordinamentali diversi dal nostro, infatti, non può essere escluso che anche in ambito nazionale la necessità di addivenire alla punizione dell'autore materiale del reato sia talvolta avvertita in termini assai più impellenti rispetto a quanto non avvenga in relazione alla posizione dell'ente. Ciò anche in ragione

---

<sup>92</sup> Rilevando l'esigua produzione giurisprudenziale in materia taluno evidenziava infatti «un avvio faticoso e per certi sconcertante» della disciplina, cui è però seguita una «metabolizzazione» del nuovo modello punitivo. Così P. Cipolla, *Il d.lg. n. 231 del 2001 nella prassi giurisprudenziale, a dieci anni dall'entrata in vigore*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 1468. Cfr. però anche G. Garuti, *Il processo "penale" agli enti a dieci anni dalla nascita*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 789 ss., in cui l'autore sottolinea come «fatta eccezione per le Procure della Repubblica presso i Tribunali di Roma e di Milano, particolarmente attive sotto questo profilo e ben attrezzate dal punto di vista organizzativo nonché strumentale, le altre procure si muovono o stanno inerti a seconda della sensibilità, in capo al singolo procuratore o ai suoi sostituti, circa i profili giuridici riconducibili al d.lgs. 231/2001».

<sup>93</sup> Sul punto si rimanda ancora a quanto esposto *retro* alla nota n. 31.

della natura “artificiale” del soggetto collettivo, che determinerebbe una diffusa predilezione per l’affermazione di una responsabilità penale dell’individuo pur a fronte delle considerevoli conseguenze sanzionatorie e ripristinatorie derivanti dall’accertamento positivamente condotto nei confronti dell’ente, che risulterebbe in definitiva comunque meno “appetibile”<sup>94</sup>.

Quali che siano le più profonde ragioni che favoriscono la previa definizione del procedimento contro la persona fisica nel caso della celebrazione di accertamenti disgiunti, il fenomeno determinerà effetti pregiudizievoli soprattutto con riguardo alla posizione processuale del soggetto collettivo. Basti per ora pensare, in termini meramente esemplificativi, alla possibile precostituzione di un’ampia piattaforma di materiale istruttorio nell’accertamento condotto a carico dell’individuo, materiale successivamente utilizzabile nel diverso procedimento che riguarda l’ente, il quale potrebbe dunque subire una mortificazione almeno parziale delle sue prerogative partecipative secondo quanto si andrà poco oltre a chiarire.

L’analisi che ci si accinge a svolgere consentirà quindi di confermare la fondamentale valenza sottesa al principio della celebrazione simultanea e dunque la necessità di una particolare attenzione nell’esegesi della regola, a dispetto della disinvoltura interpretativa talvolta dimostrata dagli operatori, senza dubbio favorita da una tecnica normativa a dir poco approssimativa utilizzata dal legislatore. Si avrà dunque modo di sottolineare come l’inosservanza del perentorio obbligo prescritto dall’art. 38 comma 1 dia luogo ad una serie di implicazioni che interessano diversi aspetti dell’*iter* procedimentale, il tutto a conferma della natura generale e sistemica del problema relativo ai rapporti tra accertamento a carico dell’ente e procedimento penale nei confronti del presunto autore del reato presupposto.

---

<sup>94</sup> Basti per ora il riferimento, con specifico riguardo al contesto della *Corporate Criminal Liability* nordamericana, ad E. B. Diskant, *Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine through Comparative Criminal Procedure*, in *Yale Law Journ.*, 118:126, 2008, *passim*, il quale giunge sostanzialmente ad individuare lo scopo ultimo della responsabilità degli enti nel favorire la punizione dell’individuo autore materiale del reato.

## 2.2 La circolazione della motivazione tra procedimenti separati.

Il primo aspetto sul quale appare opportuno concentrare l'attenzione – in un'ideale percorso a ritroso che si snoda dall'analisi degli aspetti connessi alla struttura del prodotto finale del giudizio, passando per la verifica della coerente applicazione delle regole che presiedono alla formazione del materiale istruttorio anche con riguardo ad aspetti specificamente concernenti la disciplina della prova dichiarativa - è quello inerente le dinamiche relative al “transito” della motivazione del provvedimento emesso in uno dei procedimenti qui in rilievo nel diverso accertamento almeno formalmente disgiunto.

Si tratta in altri termini di considerare il noto problema della c.d. motivazione *per relationem*<sup>95</sup> alla luce del particolare contesto del processo ad ente ed imputato persona fisica. E' *in primis* quasi superfluo evidenziare come la profonda connessione fattuale e logica esistente tra le responsabilità di individuo e persona giuridica favorisca in larga misura l'impiego di detta tecnica<sup>96</sup> nel caso in esame, della quale occorre dunque in questa specifica sede verificare il legittimo impiego.

A tale riguardo un punto di osservazione privilegiato sembra essere rappresentato dalla vicenda cautelare. E' facilmente comprensibile il motivo della sua importanza se si considera, da un lato, la speciale rilevanza delle dinamiche cautelari nel contesto della procedura penale degli enti<sup>97</sup> e, dall'altro, la più

---

<sup>95</sup> La problematica legata alla legittimità dell'impiego di tale tecnica motivazionale emerge con riguardo a diversi sviluppi dell'*iter* procedimentale. Rileva in primo luogo la motivazione del decreto autorizzativo delle intercettazioni telefoniche, che sovente richiama le argomentazioni contenute nella richiesta formulata dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 267 comma 1 c.p.p.. Proprio con specifico riferimento a tale questione è del resto intervenuto un fondamentale pronunciamento della Corte di cassazione nella sua Massima Composizione che ha chiarito le condizioni generali per l'ammissibilità della motivazione con rinvio. Il riferimento va inteso a Cass. pen., s.u., 21 giugno 2000, n. 17, Primavera, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 621, con nota di L. Filippi, *Decreto che autorizza l'intercettazione telefonica e motivazione per relationem*, su cui si veda anche *infra*. La questione può altresì investire la *relatio* operata dalla sentenza di appello al provvedimento emesso in primo grado, su cui, tra gli altri, F. Bardelle, *Sentenza d'appello motivata per relationem*, in *Proc. pen. e giust.*, 2013, p. 63 ss. In termini generali l'astratta legittimità dell'utilizzo della motivazione *per relationem* è stata peraltro affermata anche in ambito sovranazionale dalla Corte EDU nel caso *Panarisi c. Italia*, 10 aprile 2007, in *HUDOC*, annotata da A. Balsamo, *Osservazioni a Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. II, 10 aprile 2007*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3943 ss.

<sup>96</sup> Si veda ancora F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 1348, che nel descrivere le relazioni tra reato ed illecito del soggetto collettivo si esprime appunto nei termini di «tipica pregiudiziale».

<sup>97</sup> Cfr. al riguardo M. L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti*, p. 98 ss.. L'autrice osserva infatti condivisibilmente come la fase cautelare rappresenti uno snodo fondamentale del processo *de*

generale notazione per cui l'utilizzo della tecnica di motivazione qui in rilievo è particolarmente diffuso proprio in tale ambito procedimentale in quanto particolarmente funzionale ad assicurare la «rapidità dell'intervento restrittivo»<sup>98</sup>. Resta comunque inteso che le medesime considerazioni che ci si accinge a svolgere in ordine agli effetti della motivazione con rinvio potranno essere *mutatis mutandis* almeno in linea di massima riferite al provvedimento conclusivo del giudizio<sup>99</sup>.

Occorre dunque in prima battuta considerare come le condizioni per l'impiego della motivazione con rinvio furono in termini generali già a suo tempo dettate da un intervento della Corte di cassazione nella sua massima composizione<sup>100</sup>. In tale occasione il Supremo collegio nomofilattico ebbe più precisamente modo di chiarire come la motivazione *per relationem* potesse dirsi legittima a patto che: l'atto di riferimento, quando non allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, fosse conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile; la motivazione fornisse la dimostrazione che il giudice avesse preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento; la motivazione facesse riferimento, recettizio o di semplice rinvio, a un legittimo atto del procedimento la cui motivazione risultasse congrua rispetto all'esigenza di giustificazione del provvedimento di destinazione<sup>101</sup>.

---

*societate* anche in ragione della sua particolare fisionomia. La facoltà di infliggere all'ente afflittive misure interdittive, unitamente alla possibilità per il soggetto collettivo di domandarne la sospensione e successivamente la revoca ponendo in essere le condotte riparatorie di cui all'art. 17 del Decreto garantendo così il perseguimento delle finalità special – preventive di recupero della legalità alla base del *corpus* normativo in rilievo, incentiverebbe infatti un ampio ricorso alle cautele.

<sup>98</sup> Così D. Negri, *Fumus commissi delicti: la prova per le fattispecie cautelari*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 31.

<sup>99</sup> Fatta ovviamente eccezione per le osservazioni legate all'operatività di specifici istituti della fase cautelare, quali appunto il menzionato art. 47 d.lgs. n. 231/2001 ovvero i riflessi applicativi derivanti dalla recente riforma in materia di misure cautelari di cui alla legge n. 47/2015 su cui si veda ancora *infra*.

<sup>100</sup> Il riferimento è alla già citata Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2000, n. 17.

<sup>101</sup> Le condizioni per l'ammissibilità della motivazione con rinvio elaborate dalla dottrina non sempre coincidono in verità con quelle dettate dalla Suprema Corte. Si veda sul punto E. Amodio, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Giuffrè, 1977, p. 230 ss. L'autore indica al riguardo tre requisiti: provenienza dal giudice dell'atto oggetto di rinvio; struttura interna conforme alla funzione dell'atto di destinazione; antecedenza cronologica rispetto al provvedimento che effettua il rinvio. Cfr. anche I. Carrai, *Sui limiti di ammissibilità della motivazione per relationem*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 542 ss.; M. Concordia, *La motivazione della cautela personale mediante rinvio ad altri atti del procedimento*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1963 ss.; G. Della Monica, *Contributo allo studio della motivazione*, Padova, Cedam, 2002, p. 121 ss.; D. Siracusano, *I provvedimenti*

Alla luce dei requisiti citati la giurisprudenza non ha ravvisato particolari difficoltà ad ammettere l'utilizzo della motivazione con rinvio nel contesto del processo *de societate* con specifico riferimento al procedimento cautelare a carico dell'ente. Si è infatti più volte statuito che, fermo restando l'obbligo per il giudice di motivare specificamente in ordine alla ricorrenza degli ulteriori presupposti che giustificano l'applicazione di una misura cautelare a carico della società, è legittimo il rinvio motivazionale all'ordinanza cautelare emessa ex art. 292 c.p.p. nei confronti della persona fisica, quantomeno al fine di motivare in ordine alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza circa la commissione del reato presupposto<sup>102</sup>.

A tale proposito un aspetto meritevole di autonoma considerazione sarebbe tutt'al più rappresentato dall'analisi dell'incidenza di un momento di contraddittorio anticipato sull'ampiezza dell'onere motivazionale imposto al giudice del procedimento ex d.lgs. n. 231/2001 che rinvii all'ordinanza cautelare emessa nei confronti dell'individuo<sup>103</sup>, tematica necessariamente legata all'individuazione della concreta funzione della garanzia partecipativa in rilievo, su cui occorre dunque preliminarmente soffermarsi.

L'art. 47 del Decreto dispone infatti che, qualora la richiesta di applicazione della misura cautelare sia presentata fuori udienza, il giudice provvede a fissare

---

*penali e le motivazioni implicite per relationem e sommarie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, p. 337.

<sup>102</sup> In questi termini Cass. pen., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627, in *Cass. pen.*, 2007, p. 80, annotata da F. Spagnolo, *Quando la società è da commissariare. Ordinanze interdittive: questo il catalogo*, in *Dir. e giust.*, 2006, 41, p. 50; nonché da S. Renzetti, *Misure cautelari applicabili agli enti: primi interventi della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4228 ss. In senso conforme si veda anche Cass. pen., sez. II, 26 giugno 2008, n. 30412, in *CED*, rv240169, annotata da S. Beltrani, *La motivazione delle ordinanze cautelari interdittive in danno di enti*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, 2009/1, p. 163. Cfr. anche C. Santoriello, *Il procedimento penale*, cit., pp. 49-50.

<sup>103</sup> La migliore dottrina non manca invero di evidenziare l'inadeguatezza di tale definizione. «Sarebbe infatti più corretto parlare di contraddittorio e basta, senza ulteriori qualifiche». E' infatti «fisiologico che il contraddittorio – se esiste – preceda il provvedimento da adottare». In questi termini, sebbene in un contesto generale, G. Illuminati, *Relazione*, in *Aa. Vv.*, *G.I.P. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato (Atti dell'incontro di studio Firenze, 7 maggio 1996)*, Napoli, Jovene, 1997, p. 23-24. L'istituto trova parziale corrispondenza nel disposto dell'art. 289 comma 2 c.p.p. così come modificato dalla l. 16 luglio 1997, n. 234, che prescrive l'interrogatorio dell'indagato prima della decisione sulla richiesta di sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio. Cfr. al riguardo, per tutti, G. Fidelbo, *Le misure cautelari*, in *Aa. Vv.*, *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 541 ss. Evidenza però le differenze tra le due previsioni normative. P. Balducci, *Misure cautelari interdittive e strumenti riparatorio-premiali nel nuovo sistema di responsabilità "amministrativa" a carico degli enti collettivi*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 582. Per un parallelo con il processo penale francese si veda N. Galantini, *Profili della giustizia penale francese*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 126.

appositamente la seduta, dandone avviso al pubblico ministero, all'ente e ai difensori. A tale riguardo si ravvisano diverse interpretazioni circa la *ratio* di una così evidente deviazione rispetto al modello codicistico "ordinario" che risulterebbe giustificata, tra l'altro, dalla necessità di assicurare all'ente la possibilità di fornire la prova liberatoria – il cui onere è posto interamente a suo carico - dell'avvenuta adozione e dell'efficace attuazione di un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi<sup>104</sup>.

Il contraddittorio prima dell'applicazione della misura appare però preordinato anche ad evitare che l'interdizione, paralizzando l'attività della persona giuridica, possa pregiudicare interessi socio - economici ulteriori e distinti rispetto a quelli direttamente imputabili a quest'ultima. In tale ottica esso risulterebbe principalmente funzionale a consentire la nomina di un commissario giudiziale in sostituzione dell'applicazione della cautela, così da permettere all'ente di proseguire la propria attività ed evitare i danni occupazionali ed economici conseguenti all'interruzione della stessa<sup>105</sup>. L'udienza costituirebbe inoltre l'occasione per manifestare l'intenzione di risarcire il danno, di procedere all'adozione *post – factum* di un idoneo modello organizzativo e di mettere a disposizione il profitto conseguito, magari chiedendo la sospensione delle misure cautelari ex art. 49 ed evitando così – ai sensi dell'art. 17 del Decreto – l'applicazione di sanzioni interdittive tanto in via definitiva quanto in sede

---

<sup>104</sup> In tal senso, tra gli altri, P. Moscarini, *Le cautele interdittive nel procedimento penale "de societate"*, Roma, Aracne, 2010, p. 54.; S. Renzetti, *Procedimento cautelare a carico degli enti: quali conseguenze in caso di omesso contraddittorio?*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 3075. L'ultima autrice opera correttamente un parallelo con il procedimento cautelare nei confronti delle persone fisiche, in cui l'art. 273 comma 2 c.p.p. subordina l'applicabilità di una misura cautelare all'assenza di cause di giustificazione, di non punibilità, di estinzione del reato o della pena. Anche in relazione a tali ipotesi si porrebbe dunque il problema di consentire all'indagato di dimostrare preventivamente la sussistenza di una di queste ipotesi. Sul punto si veda anche D. Negri, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 122. Circa le funzioni dell'udienza celebrata ai sensi dell'art. 47 del Decreto cfr. da ultimo F. Cerqua, *Cautele interdittive e rito penale. Uno studio sulle alternative ai modelli coercitivi personali*, Rimini, Maggioli, 2015, p. 172 ss.

<sup>105</sup> Cfr. al riguardo P. Moscarini, *Le cautele interdittive nel procedimento*, cit., p. 54-55; P. Di Geronimo, *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi post-factum ed il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 257. Sul commissariamento in sede cautelare si veda anche, da ultimo, A. Marandola, *Punti fermi e «equivoci interpretativi» in tema di misure cautelari destinate all'ente responsabile dell'illecito da reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 761 ss.

cautelare<sup>106</sup>. In considerazione di ciò, sebbene l'incremento delle garanzie difensive derivante dal necessario coinvolgimento della persona giuridica prima dell'applicazione di una misura cautelare sia valutato positivamente dalla dottrina maggioritaria<sup>107</sup>, non manca chi esprime più di una riserva in relazione all'effettivo valore del contraddittorio anticipato. Esso risulterebbe infatti asservito «ad una funzione essenzialmente “collaborativa” che prevale su quella difensiva, rivelando una spiccata parentela con alcune forme del contraddittorio amministrativo»; si tratterebbe di una garanzia solo sulla carta, di un luogo nel quale alla difesa è riservato un semplice «ruolo di apporto costruttivo»<sup>108</sup>. Da tutto ciò si potrebbe allora desumere l'assenza di qualsiasi riflesso della partecipazione dell'ente al

---

<sup>106</sup> Così, tra gli altri, S. Renzetti, *Procedimento cautelare a carico degli enti*, cit., p. 3075-3076. In relazione a tale aspetto è necessario dar conto delle perplessità sollevate dalla dottrina. La previsione di consistenti sconti sanzionatori propizierebbe infatti ammissioni di colpa e comportamenti riparatori ancor prima di un definitivo accertamento nel merito, «determinando il rischio che ad esser puniti siano coloro che non collaborano (...) più che coloro che abbiano commesso illeciti amministrativi». Così, C. Franzoni, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit., p. 108. In senso conforme si veda anche M. L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 37-38; A. Presutti, *Le cautele interdittive nel processo de societate al vaglio della sperimentazione applicativa*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, a cura di P. M. Corso e F. Peroni, Piacenza, La Tribuna, 2010, p. 722-723. Secondo alcuni poi, l'ente sarebbe «costretto, più che invogliato, al dialogo e al consenso e a porre in essere le condotte riparatorie». In questi termini G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi*, cit., p. 98-99. Nella medesima prospettiva cfr. ancora M. Ceresa Gastaldo, *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 2239, secondo cui l'ente si trova di fronte «più che ad una opportunità (...) ad una vera e propria minaccia», in ragione della «forza intimidatoria decisamente potenziata dai tempi e dai modi dell'intervento cautelare». Cfr. poi G. Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 159; C. Santoriello, *Il procedimento penale*, cit., p. 57. Circa la necessità di garantire l'operatività delle garanzie costituzionali caratterizzanti il sistema penale anche nel processo a carico degli enti, a prescindere dalla natura formalmente amministrativa della responsabilità delle persone giuridiche derivante da reato, si veda M. L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 45 ss.

<sup>107</sup> Cfr., tra gli altri, M. Ceresa Gastaldo, *L'accertamento dell'illecito*, in S. Vinciguerra – M. Ceresa Gastaldo – A. Rossi, *La responsabilità dell'ente*, cit., p. 140. *Contra* però F. Peroni, *Il sistema delle cautele*, in Aa. Vv. *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 256, secondo cui la soluzione normativa in oggetto non potrebbe soddisfare «le basilari esigenze di funzionalità dell'intervento cautelare, notoriamente collegate alla struttura a sorpresa di quest'ultimo». Taluno arriva poi ad auspicare un analogo coinvolgimento dell'indagato prima dell'adozione della misura cautelare anche nel procedimento a carico delle persone fisiche. In questo senso M. Ceresa Gastaldo, *Il «processo alle società»*, cit., p. 47 ss., che giunge a tale conclusione quantomeno in relazione all'adozione di misure cautelari interdittive; nonché P. Moscarini, *Le cautele interdittive nel procedimento*, cit., p. 53; S. Lo Russo, *La responsabilità “da reato” delle persone giuridiche: profili processuali del D. Lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2529-2530; A. Marandola, *L'interrogatorio di garanzia: dal contraddittorio anticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, Cedam, 2006, p. 627. Cfr. anche G. Giostra, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 1256 ss.; L. Giuliani, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova, Cedam, 2012, p. 215 ss.; nonché, da ultimo, A. Ciavola, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2013, p. 132 ss.

<sup>108</sup> Testualmente C. Franzoni, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit., p. 158 e 164.



procedimento cautelare in ordine alle garanzie concretamente assicurate al medesimo con riguardo all'onere motivazionale imposto al giudice procedente.

Tuttavia, per quanto appaia incontestabile la «natura ibrida» dell'istituto in questione, che non costituisce esclusiva espressione delle istanze difensive dell'indagato, «bensì anche incentivo per condotte collaborative e persino strumento di ponderazione di interessi estranei alla domanda cautelare»<sup>109</sup>, questa non pare tuttavia sufficiente ad offuscare del tutto la fondamentale valenza difensiva. La stessa Relazione al Decreto sottolinea infatti come il contraddittorio preventivo in sede cautelare obbligherà il giudice, a fronte della richiesta del pubblico ministero, «a misurarsi con la prospettazione di ipotesi alternative dirette a paralizzare o attenuare l'iniziativa accusatoria»<sup>110</sup>, imponendo conseguentemente allo stesso di motivare debitamente in ordine all'eventuale irrilevanza di tali deduzioni difensive.

A prescindere allora dalla effettiva funzione da riconoscere all'udienza di contraddittorio anticipato è la stessa giurisprudenza di legittimità ad ammettere l'esistenza di rilevanti ricadute della stessa sull'onere motivazionale gravante in capo al giudice che applica la misura cautelare. La Corte di cassazione ha infatti avuto modo di evidenziare come il procedimento cautelare “partecipato” proprio del processo agli enti imponga senza dubbio maggior rigore espositivo nella motivazione del provvedimento di applicazione della cautela. I giudici, oltre a chiarire che la motivazione dell'ordinanza cautelare a carico dell'ente attraverso il solo riferimento all'analogo provvedimento riguardante la persona fisica è necessariamente caratterizzata da un vizio direttamente imputabile alla particolare struttura “complessa” dell'illecito dell'ente e dunque affetta da nullità ex art. 292 comma 2 lett. c) c.p.p. in quanto carente nell'esposizione degli indizi che giustificano l'adozione della misura<sup>111</sup>, hanno più di recente avuto l'occasione di occuparsi specificamente dei riflessi del contraddittorio anticipato con riguardo all'ammissibilità della motivazione con rinvio.

---

<sup>109</sup> S. Renzetti, *Procedimento cautelare a carico degli enti*, cit., p. 3076. Evidenzia la natura “polifunzionale” dell'istituto anche G. Fidelbo, *Le misure cautelari*, cit., p. 542 ss.

<sup>110</sup> Così la *Relazione ministeriale al D. lgs. n. 231, 8 giugno 2001*, in *Guida dir.*, 2001, f. 26, p. 52.

<sup>111</sup> Una simile motivazione non poteva infatti certamente dirsi esaustiva, in quanto l'ordinanza che interessa la persona fisica omette necessariamente di soffermarsi sulla sussistenza degli ulteriori presupposti necessari ad integrare la responsabilità del soggetto collettivo, quali la commissione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente e l'esistenza di una c.d. “colpa di organizzazione”.

Si è così evidenziato che la nullità dell'ordinanza impugnata non discenderebbe in questo caso dalla struttura dell'illecito del soggetto collettivo, bensì appunto dalla peculiare natura del procedimento cautelare del processo agli enti. Il giudice che dispone l'applicazione della misura infatti, anche qualora si preoccupi di integrare il riferimento al provvedimento cautelare a carico della persona fisica motivando in relazione alla sussistenza delle condizioni necessarie a far sorgere la responsabilità dell'ente, dovrebbe pur sempre preoccuparsi di offrire specifica risposta alle doglianze avanzate dall'ente in costanza dell'udienza di contraddittorio anticipato. Diversamente, il provvedimento risulterebbe emesso in violazione dell'art. 292 comma 2 lett. c) *bis* c.p.p.<sup>112</sup>.

Per altro verso i giudici restano comunque fermi nel ribadire l'astratta ammissibilità dell'utilizzo della motivazione con rinvio ad atti appartenenti al diverso procedimento a carico dell'individuo, con l'unica precisazione della necessità di una doverosa integrazione sul punto da parte del giudice del procedimento ex d.lgs. n. 231/2001.

A fronte di tale posizione parte della dottrina non ha invero mancato di sostenere l'incompatibilità dell'utilizzo della motivazione *per relationem* nel contesto del processo agli enti. Al riguardo si è infatti sostenuto che sarebbe illegittimo l'impiego *per relationem* nei confronti dell'ente del provvedimento emesso a carico della persona fisica - almeno nel caso in cui i due procedimenti non siano riuniti ai sensi dell'art. 38 del Decreto - ove questo non sia stato allegato dall'accusa a fondamento della sua richiesta. Una diversa conclusione sarebbe infatti contraria al principio della domanda di parte in materia cautelare e più in generale allo stesso modello di contraddittorio delineato dall'art. 47<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> In questo senso Cass. pen., sez. VI, 5 marzo 2013, n. 10903, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1349, con nota – volendo – di F. Nicolichia, *La motivazione per relationem dell'ordinanza cautelare a carico dell'ente in rapporto al contraddittorio anticipato e alla separazione dei procedimenti*, p. 1350 ss. Al riguardo cfr. anche R. Montanile, *La motivazione dell'ordinanza cautelare nei confronti dell'ente-imputato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 1109 ss.. Più in generale, sulla motivazione delle ordinanze cautelari in relazione al disposto dell'art. 292 comma 2 lett. c) *bis*, si veda G. Giostra, *Sul vizio di motivazione dell'ordinanza cautelare ovvero sul degrado della tecnica legislativa*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2428 ss.; G. Giostra, *Commento all'art. 9 legge n. 332/1995*, in *Aa. Vv.*, *Modifiche al codice di procedura penale: nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, Cedam, 1995, p. 137; F. M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 103 ss.; M. Menna, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, Jovene, 2000, p. 93 ss..

<sup>113</sup> Così M. L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 147 ss..

Per quanto non manchino perplessità circa l'utilizzo della motivazione con rinvio nel particolare contesto che ci occupa, una simile ricostruzione sembra però prestarsi ad essere equivocata. Sembrerebbe infatti più corretto intendere il richiamo al provvedimento a carico della persona fisica non già quale elemento a fondamento della richiesta cautelare, come invece assunto in via preliminare dalla ricostruzione appena offerta, bensì nei termini di una semplice «tecnica di integrazione del testo linguistico» adottata dal giudice<sup>114</sup>. Tale tecnica verrebbe dunque semplicemente a costituire lo strumento attraverso cui rispondere ad eventuali deduzioni difensive già adeguatamente affrontate nell'ordinanza cautelare a carico della persona fisica e non già un contributo rilevante ai sensi dell'art. 291 comma 1 c.p.p.. I rilievi sembrerebbero invece attagliarsi alla diversa ipotesi in cui si voglia riconoscere all'ordinanza cautelare emessa a carico della persona fisica una parziale efficacia preclusiva di natura endoprocedimentale, che impedirebbe al giudice di rivalutare i profili inerenti la sussistenza dei gravi indizi in ordine alla commissione del reato presupposto<sup>115</sup>. Secondo tale opinione il provvedimento a carico della persona fisica verrebbe in effetti a costituire un vero e proprio elemento su cui si fonda la richiesta cautelare del pubblico ministero e dunque, come tale, senz'altro da allegare alla stessa. Appare però più corretto considerare l'ordinanza cautelare emessa nei confronti della persona fisica alla stregua di un precedente almeno giuridicamente non vincolante, e dunque insuscettibile di assumere autonomo rilievo se non nel precisato senso di elemento integrativo della motivazione del diverso provvedimento emesso a carico dell'ente. Diversamente opinando, infatti, per negare l'ammissibilità del ricorso alla motivazione con rinvio si giungerebbe almeno implicitamente ad assegnare alla

---

<sup>114</sup> Così F. M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale*, cit., p. 292.

<sup>115</sup> In questo senso G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi*, cit., p. 204 ss., secondo cui «le decisioni incidentali definitive nei confronti dell'ipotetico autore del medesimo fatto da cui dipende l'illecito amministrativo fondano la preclusione a rivalutare l'attribuibilità dello stesso reato presupposto». Sul punto cfr. anche, da ultimo, F. Cerqua, *Cautele interdittive*, cit., p. 196, il quale sembra almeno in parte condividere una simile prospettiva nel momento in cui esclude dall'operatività di una preclusione conseguente al giudicato cautelare formatosi a carico della persona fisica solamente le eventuali nuove deduzioni avanzate dall'ente nel corso dell'udienza celebrata di cui all'art. 47. Cfr. anche più in generale, in ordine agli eventuali spazi operativi da riconoscere al principio di preclusione nell'ambito dell'accertamento penale ed alle correlative problematiche, Aa. Vv., *Il principio di preclusione nel processo penale*, a cura di L. Marafioti – R. Del Cocco, Torino, Giappichelli, 2011.

pronuncia resa nel diverso procedimento una valenza preclusiva e pregiudicante di cui la stessa pare francamente sprovvista.

Per quanto l'opinione contraria appaia infatti assai diffusa sia in dottrina che in giurisprudenza<sup>116</sup>, riteniamo nettamente preferibile l'opposto indirizzo interpretativo teso a smentire la sussistenza di una simile efficacia in capo al c.d. giudicato cautelare nei rapporti tra procedimento a carico di ente ed imputato persona fisica. Pur tralasciando le generali perplessità legate alla stessa possibilità di teorizzare l'esistenza di un giudicato cautelare ad effetto preclusivo nell'ambito del rito penale a carico delle persone fisiche<sup>117</sup>, sembrano sussistere diverse ragioni sufficienti a sostenere l'impossibilità di riconoscere un tale effetto quantomeno nel contesto del procedimento *de societate*. Rileva indubbiamente in tal senso la mancanza del presupposto principale all'operatività del principio di preclusione, ossia l'assoluta identità dell'oggetto del giudizio<sup>118</sup>, ma è soprattutto la stessa fisionomia del procedimento cautelare ex d.lgs. n. 231 del 2001 a dimostrare la correttezza della tesi qui sostenuta, quantomeno con riguardo all'ipotesi della preclusione operante nel procedimento a carico dell'ente circa la commissione del reato presupposto a seguito del relativo accertamento contenuto nel provvedimento cautelare emesso a carico della persona fisica. Un simile risultato avrebbe infatti l'effetto di menomare le prerogative difensive della persona giuridica, svuotando di contenuto la richiamata garanzia dettata dall'art. 47 comma 2 del Decreto. E'infatti di tutta evidenza che, ove il giudicato cautelare formatosi a carico della persona fisica impedisca una rivalutazione circa la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza circa la commissione del reato presupposto alla

---

<sup>116</sup> Oltre agli autori già citati alla nota precedente si vedano altresì le posizioni espresse, tra gli altri, da T. E. Epidendio, *Le misure cautelari*, in A. Bassi – T. E. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 407; A. Presutti, *Commento agli artt. 45-49*, in A. Presutti – A. Bernasconi – C. Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legis. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, Cedam, 2008, p. 416; nonché, sebbene con accenti più sfumati, G. Spangher, *I profili processuali sull'accertamento*, cit., p. 469. In giurisprudenza cfr. invece Trib. Milano, 14 dicembre 2004, in *Foro. it.*, 2005, II, c. 538; G.i.p. Trib. Vibo Valentia, 20 aprile 2004, *ivi*, c. 29.

<sup>117</sup> A tale riguardo si veda, per tutti, E. Valentini, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Bup, 2012, p. 235 ss.. In generale, sul tema della preclusione, cfr. altresì Aa. Vv., *Il principio di preclusione nel processo penale. Atti del Convegno. Teramo, 16 giugno 2011*, a cura di L. Marafioti – R. Del Coco, Torino, Giappichelli, 2012.

<sup>118</sup> Taluno rileva infatti correttamente che «la domanda cautelare nei confronti dell'ente è necessariamente distinta da quella indirizzata alla persona fisica». In questi termini S. Renzetti, *Azione cautelare nei confronti della persona fisica e dell'ente: reciproche interferenze*, in *Dir. pen. cont.*, p. 4, consultabile on line all'indirizzo: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1387345999RENZETTI%202013a.pdf>.

responsabilità dell'ente, gli spazi difensivi in favore di quest'ultimo verrebbero ingiustificatamente compressi. Il soggetto collettivo non potrebbe tramite il suo difensore offrire una ricostruzione differente rispetto a quanto stabilito dal giudice nell'ordinanza *de libertate*, legittimando così l'esistenza di un «giudizio prognostico di colpevolezza formatosi al di fuori del contraddittorio con la persona giuridica»<sup>119</sup>.

Ferma restando l'impossibilità di qualificare l'ordinanza cautelare emessa a carico della persona fisica alla stregua di elemento su cui si fonda la relativa richiesta nei confronti dell'ente e chiarita dunque la superfluità di una sua allegazione ai sensi dell'art. 291 comma 1 c.p.p., un ulteriore apparente ostacolo all'impiego della motivazione *per relationem* in ambito cautelare potrebbe poi a prima vista essere rappresentato dalle modifiche assai di recente intervenute in materia ad opera della l. n. 47 del 16 aprile 2015. Tra esse sembra rilevare in particolare la novella dell'art. 292 comma 2 lett. c) e c) *bis* c.p.p., secondo cui l'ordinanza applicativa della misura deve oggi necessariamente contenere «l'esposizione e l'*autonoma valutazione*» degli indizi e delle esigenze cautelari, nonché dei motivi che palesano l'eventuale inattendibilità delle deduzioni difensive<sup>120</sup>. Benché l'integrazione del testo normativo appaia principalmente preordinata ad arginare il deprecabile fenomeno di un appiattimento pressoché totale della motivazione del giudice sulle richieste formulate dall'accusa<sup>121</sup>, non è

---

<sup>119</sup> Così testualmente R. Montanile, *La motivazione dell'ordinanza cautelare*, cit., p. 1113. Sulla stessa linea S. Renzetti, *Azione cautelare nei confronti della persona fisica e dell'ente*, cit., p. 5 ss., la quale pure si premura opportunamente di specificare come la conclusione non possa ritenersi superata dal rilievo per cui sarebbe pur sempre consentito all'ente di presentare fatti ed argomenti non esaminati nel procedimento a carico della persona fisica e dunque non coperti dal giudicato. Secondo l'indirizzo giurisprudenziale dominante una simile facoltà non sarebbe infatti idonea a consentire l'esposizione di nuovi "argomenti", intesi quali «tesi logico – giuridiche, volte ad offrire una diversa ricostruzione del fatto o una sua diversa qualificazione giuridica» secondo la definizione offerta da T. E. Epidendio, *Il principio del giudicato cautelare*, in A. Bassi – T. E. Epidendio, *Guida alle impugnazioni dinanzi al Tribunale del riesame*, III ed., Milano, Giuffrè, 2008, p. 892.

<sup>120</sup> Sulla riforma operata dalla l. n. 47/2015 cfr., tra gli altri, P. Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in *Dir. pen. cont.*, consultabile on – line all'indirizzo: [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1432802232BORRELLI\\_2015.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1432802232BORRELLI_2015.pdf); G. Spangher, *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015*, in *Dir. pen. cont.*, consultabile on – line all'indirizzo: [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1436608693SPANGHER\\_2015a.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1436608693SPANGHER_2015a.pdf). Si veda altresì la *Relazione* dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, consultabile on – line all'indirizzo: [http://www.cortedicassazione.it/cassazioneresources/resources/cms/documents/Relazione\\_III\\_03\\_15.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazioneresources/resources/cms/documents/Relazione_III_03_15.pdf).

<sup>121</sup> In questo senso D. Chinnici, *I nuovi parametri di motivazione*, in D. Chinnici – F. Morelli – E. N. La Rocca – D. Negri, *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario» (legge 16 aprile 2015, n. 47)*, a cura di D. Chinnici, Roma, Dike, 2015, p. 73 ss..

escluso che essa possa spiegare effetti di rilievo anche attraverso la pretesa di un maggior rigore nella valutazione della legittimità di apparati motivazionali passivamente ricettivi delle argomentazioni alla base di provvedimenti appartenenti ad altri giudizi, e quindi anch'essi sostanzialmente carenti di una effettiva ed autonoma valutazione delle circostanze alla base della decisione. Il nuovo testo di legge non sembra comunque poter costituire un limite generale ed astratto all'impiego della motivazione con rinvio ad altri atti che – se rispettosa delle condizioni già dettate dalla giurisprudenza di legittimità ed adeguatamente arricchita da specifici elementi valutativi che ne dimostrino l'autonomia – dovrebbe pur sempre ritenersi almeno in astratto legittima.

A ben vedere sembra però possibile rinvenire un diverso fattore impeditivo all'utilizzo della motivazione *per relationem*, legato proprio ai rapporti esistenti tra i procedimenti nei confronti di ente ed individuo nelle ipotesi di conduzione separata dei medesimi. Si pensi infatti a quanto riportato in apertura di paragrafo in ordine alle condizioni dettate dalla stessa giurisprudenza di legittimità per l'ammissibilità della motivazione con rinvio con particolare riguardo all'appartenenza al medesimo procedimento dell'atto oggetto di *relatio*. Il fondamento giustificativo di una simile limitazione appare chiaro: solo «in tal caso è possibile per il giudice dell'impugnazione controllare l'*iter* logico e giuridico che sorregge la decisione impugnata attraverso l'esame degli atti del fascicolo, diversamente da quanto accade in caso di rinvio a provvedimenti di altri procedimenti che non possono essere attinti dal giudice dell'impugnazione»<sup>122</sup>. Una difficoltà almeno in parte analoga sembra altresì sussistere anche nei confronti della parte destinataria del provvedimento, che potrebbe non conoscere o anche solo parzialmente ignorare gli atti processuali alla base di una decisione emessa in un procedimento che non la riguarda direttamente. Tutto ciò dovrebbe dunque far ritenere scontata

---

Fanno esclusivo riferimento al rinvio ad atti del pubblico ministero o della polizia giudiziaria anche F. Caprioli, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in Aa. Vv., *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. Giuliani, Torino, Giappichelli, 2015, p. 180 ss.; L. Pistorelli, *Discrezionalità del giudice e ruolo di garanzia della motivazione*, in Aa. Vv., *La riforma*, cit., p. 332 ss.; C. Bonzano, *Nuove norme sulla motivazione: il sistema cautelare in action*, in Aa. Vv., *Il nuovo volto della giustizia penale. Autoriciclaggio, difesa d'ufficio, misure di contrasto al terrorismo, ordine di protezione europeo, particolare tenuità del fatto, modifiche in materia di misure cautelari e di ordinamento penitenziario*, a cura di G. M. Baccari – K. La Regina – E. M. Mancuso, Padova Cedam, 2015, p. 425 ss..

<sup>122</sup> Così testualmente Sez. III, 25 maggio 2001, n. 33648, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3782.

l'inammissibilità della motivazione *per relationem* operata con riferimento a provvedimenti appartenenti al procedimento a carico della persona fisica nell'ambito dell'accertamento a carico dell'ente almeno qualora le due vicende processuali siano state formalmente separate in applicazione dell'art. 38 comma 2 ovvero condotte sin dall'inizio in maniera disgiunta<sup>123</sup>.

Neppure un simile approdo interpretativo è però condiviso dai giudici, i quali nel valutare la specifica problematica qui in rilievo hanno incidentalmente affermato che, per quanto una delle condizioni dettate dalle Sezioni Unite «non apparisse pienamente rispettata, posto che il provvedimento oggetto di richiamo...non apparteneva formalmente allo stesso procedimento», le due regiodicande devono «essere considerat[e] sostanzialmente unitari[e]» al fine di verificare il rispetto delle condizioni fissate per l'ammissibilità della tecnica motivazionale *per relationem*. A parere dei giudici infatti, il procedimento a carico dell'ente «costituisce in sostanza una mera e immediata filiazione del procedimento sulla cautela personale» così da rendere irrilevante la separazione intervenuta.

Pur a fronte delle innegabili connessioni esistenti tra i due procedimenti, è però evidente che l'interpretazione sostanzialista offerta dalla Corte finisce per svuotare di effettività l'istituto del *simultaneus processus*. Nell'ottica dei giudici la separazione processuale non potrebbe infatti produrre alcuna apprezzabile conseguenza in ordine all'utilizzabilità in chiave motivazionale di atti appartenenti ad un procedimento distinto.

Ancora una volta dunque, a dispetto della centralità della regola in esame, ci troviamo al cospetto di un'interpretazione che non sembra considerare debitamente le esigenze di garanzia sottese alla trattazione unitaria dei due procedimenti, già frustrate dal *deficit* di tassatività delle ipotesi in cui è possibile giungere alla separazione dei due percorsi processuali<sup>124</sup>.

Contrariamente a quanto affermato dai giudici di legittimità sembra dunque corretto ritenere che, qualora i percorsi processuali di ente e persona fisica siano

---

<sup>123</sup> Varrebbe altresì l'ipotesi inversa, ossia quella della illegittimità del rinvio motivazionale effettuato a provvedimenti emessi nel procedimento a carico dell'ente nel contesto dell'accertamento condotto a carico dell'individuo.

<sup>124</sup> Sul punto si veda *retro*, par. 1.3..

stati sin da subito separati e mai riuniti, in deroga alla regola del *simultaneus processus*, la motivazione attraverso il rinvio ad atti appartenenti al diverso procedimento dovrebbe ritenersi preclusa. In tale evenienza infatti, il provvedimento richiamato (beninteso, ove non materialmente allegato al provvedimento che motiva *per relationem*) risulterebbe certamente sconosciuto al giudice dell'impugnazione e comunque la parte interessata non potrebbe esaminare gli atti processuali alla base di tale decisione<sup>125</sup>.

L'inammissibilità della motivazione attraverso il rinvio potrebbe apparire meno netta qualora i due procedimenti, originariamente unitari, siano stati solo successivamente separati. Il provvedimento che opera la *relatio* potrebbe infatti riferirsi ad un atto inserito nel fascicolo inizialmente comune in un momento successivo all'intervenuta separazione. Solo in detta ipotesi questo non sarebbe presente in copia all'interno del fascicolo "separato", risultando così sconosciuto al giudice chiamato a sindacare la legittimità del provvedimento che motiva *per relationem*<sup>126</sup>.

Ciò che è comunque certo è che, coerentemente all'atteggiamento del legislatore, la questione inerente le conseguenze derivanti dalla formale separazione tra i procedimenti a carico di ente e persona fisica appare affrontata in maniera abbastanza sbrigativa dai giudici, nonostante la stessa rivesta un'importanza che trascende il singolo caso oggetto di decisione. Come già chiarito e come ulteriormente dimostrato in questa specifica sede, il *simultaneus processus* costituisce infatti un'esigenza di centrale rilevanza nell'economia del processo agli enti, che sarebbe stato oltremodo opportuno dotare di almeno una conseguenza processuale derivante dalla scelta di trattare separatamente le due regiudicande.

Alla luce dell'indirizzo fatto proprio dalla Corte, al contrario, l'inosservanza della regola sancita dall'art. 38 finisce per risolversi in un'evenienza sostanzialmente neutrale anche con riferimento all'onere giustificativo del giudice, con evidente pregiudizio per l'effettività dei diritti difensivi della parte destinataria di

---

<sup>125</sup> In senso sostanzialmente conforme R. Montanile, *La motivazione dell'ordinanza cautelare*, cit., p. 1111.

<sup>126</sup> Qualora invece l'atto richiamato in motivazione fosse entrato a far parte del fascicolo in un momento anteriore alla separazione, questo risulterebbe invece almeno di norma presente in copia anche all'interno del fascicolo separato.



un provvedimento motivato attraverso il riferimento ad atti appartenenti ad un diverso accertamento.

### **2.3 La circolazione probatoria tra processo a carico dell'individuo e procedimento *de societate*.**

Come già osservato in precedenza, una centrale conseguenza processuale derivante dalla conduzione disgiunta degli accertamenti a carico di individuo e persona giuridica può essere altresì identificata nell'applicabilità della disciplina espressamente dettata dal codice di rito agli artt. 238 e 238 *bis* c.p.p. con riferimento alla circolazione probatoria tra diversi procedimenti.

La rilevanza delle norme da ultimo citate nell'ambito dell'accertamento della responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001 è dai più considerata un dato quasi scontato e direttamente derivante dalla separazione dei percorsi processuali di individuo e persona giuridica<sup>127</sup>. Si è infatti ricordato come taluno identifichi addirittura la stessa *ratio* della regola di cui all'art. 38 comma 1 del Decreto proprio nella necessità di contenere l'incidenza applicativa di tali disposizioni, asseritamente produttive di diseconomie e problemi di accertamento<sup>128</sup>. Con più specifico riferimento all'allegazione di sentenze irrevocabili poi, non manca chi pone il disposto dell'art. 238 *bis* c.p.p. alla base dell'elaborazione relativa all'ampiezza della deroga di cui alla lett. b) dell'art. 38<sup>129</sup>.

E' quindi evidente la profonda relazione esistente tra la celebrazione disgiunta dei due accertamenti e l'operatività delle norme qui in questione che, in quanto dirette a regolare un aspetto centrale della struttura del processo di matrice accusatoria quale quello delle prove legittimamente utilizzabili in giudizio, meritano senza dubbio un'approfondita considerazione alla luce dello specifico contesto che

---

<sup>127</sup> Al riguardo cfr. comunque G. Ranaldi, *L'accertamento della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in Aa. Vv., *La prova penale*, vol. I, diretto da A. Gaito, Torino, Utet giuridica, 2008, p. 561.

<sup>128</sup> Cfr. soprattutto *retro* capitolo I par. 1.2.

<sup>129</sup> Si veda ancora, tra gli altri, G. Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., pp. 117-118. Evidenziava già l'incidenza della previsione di cui all'art. 238 *bis* c.p.p. in un sistema che prediligeva la trattazione separata dei giudizi L. Marafioti, *Simultaneus processus e mito del giudicato*, in Aa. Vv., *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano, Giuffrè, 2010, p. 193-194.

ci occupa<sup>130</sup>. A ben vedere però la loro rilevanza, piuttosto che essere circoscritta ad aspetti esclusivamente inerenti l'economia processuale e la funzionalità dell'accertamento, riguarda più direttamente l'effettività delle prerogative processuali del soggetto destinatario di un accertamento basato su materiale precostituito in una diversa sede processuale.

Per quanto concerne nello specifico l'utilizzabilità di verbali di prove di altri procedimenti occorre evidenziare come la norma di riferimento sia già stata oggetto di un approfondito dibattito nell'ambito della procedura penale "classica" circa la sua generale compatibilità con gli stessi lineamenti fondamentali del nuovo modello processuale fatto proprio dal codice del 1988. A tale riguardo si evidenziavano infatti i limiti gnoseologici di un elemento istruttorio acquisito al di fuori dello specifico contesto in cui esso doveva poi esplicitare la sua attitudine dimostrativa<sup>131</sup>. Le perplessità segnalate venivano solo temperate dall'intervento realizzato ad opera della l. n. 267/1997 e, successivamente, della l. n. 63/2001<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> Già nel vigore del vecchio codice di rito la dottrina si dimostrava del resto consapevole dell'esistenza di importanti riflessi della conduzione unitaria o disgiunta degli accertamenti sulle dinamiche istruttorie. Si veda al riguardo E. Amodio, *Il regime probatorio conseguente alla separazione di procedimenti connessi*, in E. Amodio – O. Dominioni – G. Galli, *Nuove norme sul processo penale e sull'ordine pubblico. Le leggi dell'8 Agosto 1977*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 37 ss..

<sup>131</sup> Sul punto si veda l'analisi di A. Scella, *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, in Aa. Vv., *Il giusto processo*, cit., p. 92, secondo cui la determinazione della portata applicativa dell'art. 238 c.p.p. postula la necessità di «sciogliere l'alternativa tra due metodi di accertamento: l'uno allineato alla regola per cui ogni prova può tornare utile alla decisione, dovunque sia stata formata; l'altro consapevole della dimensione gnoseologica del contraddittorio». Al riguardo si veda altresì, *ex multis*, S. Carnevale, *Commento all'art. 238 c.p.p.*, in Aa. Vv., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di, G. Conso – V. Grevi, Padova, Cedam, 2005, p. 926 ss.; N. Rombi, *La prova documentale*, in Aa. Vv., *La prova penale*, a cura di P. Ferrua – E. Marzaduri – G. Spangher, Torino, Giappichelli, 2013, p. 606 ss.; Id., *La circolazione delle prove penali*, Padova, Cedam, 2003, *passim*; F. Zacchè, *La prova documentale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 123 ss.; P. Dell'Anno, *Prova documentale e circolarità della prova*, in Aa. Vv., *La prova penale*, vol. II, diretto da A. Gaito, Torino, Utet giuridica, 2008, p. 670 ss.. Più in generale, circa l'impatto sui principi di oralità e contraddittorio dell'utilizzo di materiale istruttorio precostituito, cfr. O. Mazza, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio precostituito*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1514 ss. Cfr. infine, da ultimo, P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 179 ss..

<sup>132</sup> Sulla portata degli interventi legislativi citati cfr., tra gli altri, S. Carnevale, *Dichiarazioni del coimputato, diritto di difesa ed esigenze di non dispersione della prova: nuovo assetto di un difficile equilibrio*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3636; H. Belluta, *L. 1 marzo 2001, n. 63 - Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 238 ss.; R. Cantone, *La "circolazione probatoria tra procedimenti". Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2561 ss.; R. De Matteo, *In tema di traslazione probatoria tra procedimenti diversi*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 2-3, consultabile on-line all'indirizzo:[http://www.archiviopenale.it/apw/wpcontent/uploads/2013/06/quesiti\\_5\\_De\\_Matteo\\_prova.pdf](http://www.archiviopenale.it/apw/wpcontent/uploads/2013/06/quesiti_5_De_Matteo_prova.pdf).

La prima novella ha come noto dapprima introdotto il comma 2 *bis* dell'art. 238 c.p.p., poi modificato ad opera del secondo intervento legislativo, che, per quanto qui più interessa, subordina oggi l'acquisizione dei verbali alla celebrazione dell'atto istruttorio alla presenza del difensore di colui contro il quale gli stessi dovranno essere utilizzati.

Pur raccogliendo le indicazioni formulate sul punto dalla Corte costituzionale<sup>133</sup> l'intervento normativo non è stato sufficiente a far venir del tutto meno la diffidenza legata all'attribuzione di un'efficacia dimostrativa *extra* procedimentale alle prove assunte in un diverso accertamento. Si è infatti pur sempre in presenza di elementi acquisiti in un contesto differente rispetto a quello dove verranno poi utilizzati, ed è dato di palmare evidenza che l'approccio difensivo all'escussione probatoria potrebbe mutare sensibilmente al variare delle circostanze sottoposte allo scrutinio del giudice. In altri termini l'esercizio del diritto al contraddittorio non sarebbe indifferente al contesto in cui lo stesso viene ad esplicarsi, di tal che condizionare l'utilizzabilità del verbale alla semplice presenza del difensore dell'imputato non basta a fugare qualsiasi dubbio circa l'effettivo rispetto dei diritti partecipativi di quest'ultimo nella formazione della prova<sup>134</sup>.

Quest'ultima notazione appare esasperata nel contesto che ci occupa, tanto da far ritenere in questa sede acute le perplessità già manifestate in una cornice più generale. Se infatti è vero che lo stesso imputato potrà avere un diverso contegno a seconda dell'accusa e dunque del procedimento che lo vede coinvolto, il rilievo appare a maggior ragione fondato con riferimento alle posizioni di persona fisica ed ente. L'individuo ed il soggetto collettivo infatti, lungi dal potersi dire

---

<sup>133</sup> Il riferimento va a Corte cost., 26 maggio 1994, n. 198, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 893 ss., con nota di R. E. Kostoris, *Incidente probatorio senza "indagato" e limiti all'utilizzabilità della prova nell'ambito dello stesso od altro procedimento*. In tale occasione il Giudice delle leggi arrivava infatti ad affermare che la prova assunta in incidente probatorio senza la partecipazione di coloro che avrebbero avuto diritto a presenziare all'atto doveva essere considerata inutilizzabile nei confronti dei medesimi anche nell'ambito di un differente accertamento. Sul punto cfr. inoltre, per tutti, G. Illuminati, *La giurisprudenza costituzionale in tema di oralità e di contraddittorio*, in Aa. Vv., *I nuovi binari del processo penale. Tra giurisprudenza costituzionale e riforme. Atti del Convegno (Caserta-Napoli, 8-10 dicembre 1995)*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 69.

<sup>134</sup> Basti ad esempio pensare all'esegesi restrittiva, basata su di un'interpretazione letterale del combinato disposto dell'art. 238 commi 1 e 2 *bis* c.p.p., che riconosce la necessità della presenza del difensore dell'imputato solo per l'utilizzazione in altro procedimento dei verbali di prove dichiarative. Al riguardo si veda A. Scella, *Tutela del contraddittorio*, cit., p. 97. Più in generale, sul contraddittorio nella formazione della prova con riguardo all'acquisizione di prove di natura documentale, A. Nappi, *La prova documentale e i limiti del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1185 ss.

sempre accomunati da un identico interesse, possono sicuramente adottare distinte se non addirittura antitetiche strategie difensive a seconda del contesto processuale in cui intervengono<sup>135</sup>, con conseguente accrescimento del pericolo derivante dal transito dell'istruttoria esperita nell'ambito di un accertamento diverso da quello in cui le prove saranno poi utilizzate.

Vi è infine un ultimo ma non meno rilevante aspetto che pare dimostrare la particolare delicatezza della questione relativa all'applicabilità dell'art. 238 c.p.p. nello specifico ambito della procedura penale degli enti. Mentre la norma citata presenta infatti una frequenza applicativa tutto sommato limitata nel contesto di procedimenti riguardanti la responsabilità delle persone fisiche, essendo la sua rilevanza sostanzialmente circoscritta al caso del coinvolgimento del medesimo imputato in diversi dibattimenti celebrati nei suoi confronti tipicamente in ipotesi di responsabilità per reati associativi<sup>136</sup>, altrettanto non può dirsi per il procedimento ex d.lgs. n. 231/2001. La particolare struttura dell'illecito dell'ente, al contrario, determina assai spesso il coinvolgimento di quest'ultimo anche nel diverso procedimento a carico dell'individuo – tipicamente in qualità di responsabile civile ovvero di parte civile<sup>137</sup> - così che il ricorso all'art. 238 c.p.p. può assurgere ad

---

<sup>135</sup> Nell'eventualità della costituzione di parte civile dell'ente nel procedimento a carico dell'imputato persona fisica l'ente non avrà interesse a negare la commissione di un reato da parte della stessa. Specularmente però nel processo che lo riguarda direttamente il soggetto collettivo potrebbe volersi difendere anche negando in radice l'integrazione del reato presupposto.

<sup>136</sup> Che la genesi della norma in esame sia da ricollegare all'esigenza di contrasto a fenomeni associativi di criminalità mafiosa emerge del resto chiaramente dal provvedimento che l'ha introdotta nell'articolato del codice di rito, il d.l. 8 giugno 1992 n. 306 poi convertito con modificazioni dalla l. 8 luglio 1992 n. 356 appunto in tema di criminalità mafiosa. Sul punto, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. A. Miglio, *La sentenza penale come mezzo di prova e il principio del contraddittorio: la Corte costituzionale "promuove l'art. 238 bis c.p.p.*, in *Legisl. Pen.*, 2009, p. 556, che pure ne riconosce l'«ampia e generalizzata» applicabilità. Si veda al riguardo anche A. Gaito, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 11, consultabile on-line all'indirizzo: [http://www.archiviopenale.it/apw/wpcontent/uploads/2013/06/orientamenti\\_5\\_Gaito\\_circolazione\\_prova.pdf](http://www.archiviopenale.it/apw/wpcontent/uploads/2013/06/orientamenti_5_Gaito_circolazione_prova.pdf), il quale evidenzia come è «proprio rispetto a fenomeni criminali di una certa complessità, peraltro, che la migrazione probatoria ricorre più frequentemente». Non mancano altresì le iniziative legislative volte a contenere l'operatività della regola di cui all'art. 238 bis c.p.p. ai soli procedimenti relativi ai delitti di cui agli articoli 51 comma 3 - bis e 3 - quater e 407, comma 2, lett. a). Così il d.l. governativo n. 1440 che non manca peraltro di definire testualmente la regola in oggetto quale «deroga al principio del contraddittorio nel momento formativo della prova». A tale specifico riguardo si veda L. Iafisco, *Acquisizione della prova – sentenza ex art. 238 bis c.p.p. e contraddittorio nel momento di formazione della prova*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 217 ss..

<sup>137</sup> Circa la possibilità per l'ente di essere citato quale responsabile civile nel procedimento a carico dell'autore del reato presupposto cfr. ancora, da ultimo, Corte cost., 18 luglio 2014, n. 218, cit..

evenienza pressoché ordinaria<sup>138</sup>. La scissione delle regidicande basterebbe dunque nella maggior parte dei casi a fungere da presupposto sufficiente a consentire il transito di materiale probatorio acquisito secondo modalità non del tutto rispettose del principio del contraddittorio.

La situazione non sembra differente con riferimento all'art. 238 *bis* c.p.p.. Rileva ancora una volta l'analisi delle implicazioni generalmente derivanti dall'applicazione della norma in esame con riferimento allo svolgimento processuale "ordinario", a prescindere dunque dal coinvolgimento dell'ente sulla scena processuale e dal tema dei rapporti tra procedimenti a carico di soggetto collettivo ed individuo.

A tale riguardo si potrà dunque ricordare come la dottrina più attenta abbia avuto modo di evidenziare che, se l'art. 238 c.p.p. rappresenta un'opinabile attuazione temperata dei principi del giusto processo, la norma immediatamente successiva dovrebbe essere allora considerata alla stregua di una plateale negazione dei medesimi<sup>139</sup>. Ciò in quanto la sentenza non rappresenterebbe un

---

<sup>138</sup> Benché una simile possibilità non risulti essere stata mai esplicitamente invocata, sembra comunque opportuno escludere nettamente la possibilità di fare ricorso alla norma in rilievo in forza di un'eventuale titolarità comune del mandato difensivo di ente ed imputato. A tale proposito si potrebbe infatti argomentare per la sufficienza della semplice presenza all'escussione probatoria del difensore di colui contro il quale il verbale deve essere utilizzato, senza richiedere che detta partecipazione nel diverso procedimento debba essere stata determinata da un incarico difensivo conferito proprio dal soggetto contro cui si chiede l'utilizzazione dei verbali nel processo *ad quem*. Il rilievo ha importanti implicazioni per quanto qui ci occupa: se infatti una simile condizione dovesse ritenersi effettivamente superflua è evidente che ogni qual volta in cui persona fisica ed ente siano assistiti da un medesimo difensore nell'ambito dei relativi procedimenti ciò basterebbe a garantire l'indiscriminata circolazione probatoria dei verbali delle prove assunte. Una simile lettura non può però dirsi convincente. Essa si baserebbe infatti su di una interpretazione miope e capziosa del dato normativo. Per quanto l'art. 238 c.p.p. non sia infatti esplicito nel richiedere che la partecipazione difensiva nei diversi procedimenti debba intendersi come riferita ad una partecipazione operata quale rappresentante del medesimo soggetto, non paiono davvero sussistere alternative a quest'ultima soluzione ermeneutica. Diversamente opinando la portata precettiva della norma in esame, che già desta più di qualche perplessità in ordine all'effettivo rispetto dei canoni fondamentali di un processo di autentica matrice accusatoria, si attergerebbe a mero simulacro formale dell'osservanza dei valori alla base del nostro processo penale. Se appaiono già ampiamente condivisibili i rilievi critici evidenziati con riguardo alla diminuita efficacia di un contraddittorio "decontestualizzato", accontentarsi di una presenza meramente incidentale del difensore nel procedimento *a quo* equivarrebbe di fatto a realizzare una pressoché totale obliterazione dei principi alla base del giusto processo costituzionale. Sottolinea la circostanza per cui la partecipazione difensiva nel procedimento *a quo* debba intendersi riferita al difensore del medesimo imputato contro il quale il verbale deve essere utilizzato, P. Ferrua, *Il contraddittorio nel processo penale e il doppio volto della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1457.

<sup>139</sup> P. Ferrua, *Il giusto processo*, cit., p. 259 ss. In argomento si veda altresì L. Marafioti, *Trasmigrazione di atti, prova "per sentenze" e libero convincimento del giudice*, in *Aa. Vv., Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, coord. da A. Gaito, Padova, Cedam, 1996, p. 247

semplice mezzo di prova ma un atto di valutazione della stessa che si pretende di introdurre all'interno di un diverso giudizio. Una simile facoltà avrebbe il sostanziale effetto di permettere a sua volta l'ingresso di risultanze probatorie sfornite di qualsiasi contributo dialettico nella loro formazione da parte dei soggetti contro cui verranno utilizzate, realizzando peraltro una interpretazione abrogatrice della norma immediatamente precedente<sup>140</sup>. Neppure varrebbe obiettare che la giurisprudenza di legittimità ha espressamente escluso che l'art. 238 *bis* c.p.p. possa costituire il canale per consentire l'ingresso di materiale istruttorio non altrimenti acquisibile<sup>141</sup>. Vietare l'assunzione e la diretta valutazione di alcuni elementi su cui la sentenza si fonda non equivale infatti a proibire l'utilizzazione in chiave probatoria del provvedimento nella sua interezza, anche ove lo stesso si fondi almeno in parte su prove assunte al di fuori del contraddittorio<sup>142</sup>. Ove poi la sentenza in questione rappresenti l'esito di uno dei percorsi processuali speciali su base consensuale, ecco che la perplessità da ultimo segnalata sarebbe dotata di ancora maggiore fondatezza. Si è infatti in presenza di un epilogo decisorio basato in via esclusiva su elementi sottratti alla dialettica processuale ma ciò nondimeno valutabile dal giudice del procedimento *ad quem*<sup>143</sup>.

---

ss.; L. Iafisco, *La sentenza penale come mezzo di prova*, Torino, Giappichelli, 2002, *passim*; F. Zacchè, *La prova documentale*, cit., p. 165 ss..

<sup>140</sup> P. Ferrua, *Il giusto processo*, cit., p. 261.

<sup>141</sup> Come invece espressamente statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza, 6 febbraio 2009, n. 29, la quale dichiarava l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 238 *bis* c.p.p. nella parte in cui consentiva «al giudice di acquisire elementi di prova formati in assenza del contraddittorio con il soggetto contro il quale possono essere utilizzati». A parere della Consulta l'esercizio del diritto al contraddittorio sarebbe poi comunque garantito dalla possibilità di controvertere circa il valore probatorio del provvedimento, la cui valutazione risulterebbe peraltro condizionata dall'operatività della regola di cui all'art. 192 comma 3 c.p.p.. In chiave critica rispetto alle osservazioni della Corte si veda, tra gli altri, P. Ferrua, *Il giusto processo*, cit., p. 262 ss.; Id., *Il contraddittorio nel processo penale*, cit., p. 1453 ss.; Id., *Dalla procedura al processo*, in *Giust. Pen.*, 2014, III, c. 1 ss.; nonché C. Miucci, *Principio del contraddittorio e acquisizione del documento-sentenza: un rapporto che continua a rimanere in crisi*, in *Giust. Pen.*, 2009, I, c. 114 ss.; I. Calamandrei, *Prova per sentenza e contraddittorio*, in *Giust. Pen.*, 2011, III, c. 52 ss., che evidenziano in particolare le problematiche connesse all'obbligo valutativo del documento – sentenza secondo la previsione di cui all'art. 192 comma 3 c.p.p.. Si veda poi ancora A. Miglio, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit., p. 556 ss.; P. Dell'Anno, *“Contraddittorio limitato” per l'acquisizione delle sentenze passate in giudicato*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1115 ss.. In argomento cfr. anche L. Iafisco, *Acquisizione della prova – sentenza* cit., p. 217 ss.; R. A. Ruggiero, *I limiti dell'art. 238 bis c.p.p. alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3170 ss..

<sup>142</sup> Lo rileva correttamente ancora P. Ferrua, *Il giusto processo*, cit., p. 267.

<sup>143</sup> A tal riguardo non si può dunque non richiamare l'analisi svolta con riferimento alla portata applicativa della deroga alla celebrazione cumulativa dei procedimenti di cui all'art. comma 2 lett. b) d.lgs. n. 231/2001, dove si è dato conto delle interpretazioni che legano la determinazione della

Analogamente a quanto evidenziato con riferimento alla circolazione di verbali di prove assunte in altri procedimenti, le perplessità relative all'acquisizione di sentenze irrevocabili acquisiscono ulteriore consistenza se rapportate allo specifico contesto qui in esame, tanto da spingere taluno a ritenere l'art. 238 *bis* c.p.p. in radice non «compatibile con l'opzione legislativa a favore di un coinvolgimento pieno del soggetto collettivo nel procedimento penale nel quale si dà luogo all'accertamento di tutti gli aspetti da cui possa discendere la sua responsabilità da reato»<sup>144</sup>.

Depone ancora in tal senso la particolare struttura della responsabilità dell'ente che, lungi dall'apparire meramente collegata a quella dell'individuo, è legata alla stessa da una relazione di pregiudizialità di fatto. Tale relazione incentiverebbe l'acquisizione in chiave probatoria della sentenza quale ordinaria modalità di accertamento della responsabilità della società, riducendo in maniera sensibile gli spazi difensivi di quest'ultima in ogni caso di separazione dei procedimenti<sup>145</sup>.

E' altresì opportuno notare come il pregiudizio sarebbe ancor più grave nel caso in cui l'acquisizione sia realizzata in senso inverso, ossia dal procedimento riguardante il soggetto collettivo in quello a carico dell'individuo. Se infatti la sentenza nei confronti della persona fisica si limita necessariamente ad affrontare solo un aspetto della complessa fattispecie costituente la responsabilità dell'impresa societaria, il provvedimento pronunciato nei confronti di quest'ultima esaurisce di per sé l'accertamento in ordine alla commissione del reato presupposto<sup>146</sup>. Un simile *modus procedendi* avrebbe il collaterale effetto di incentivare una interpretazione estensiva dei casi di separazione tra procedimenti, in dichiarato contrasto con lo spirito dell'art. 38 del Decreto<sup>147</sup>.

---

portata applicativa della previsione proprio ai risvolti connessi all'utilizzabilità del provvedimento emesso nel procedimento separato.

<sup>144</sup> Così M. L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 156.

<sup>145</sup> Sulle perplessità specificamente legate all'utilizzo della sentenza irrevocabile emessa in altro giudizio a fondamento della prova in ordine a circostanze centrali oggetto del giudizio *ad quem*, cfr. N. Rombi, *Acquisizione della sentenza come mezzo di prova: presupposti e limiti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 482 ss.

<sup>146</sup> E' dunque innegabile che l'esistenza di un simile provvedimento, pur non arrivando ad integrare - almeno secondo l'accezione che si stima più corretta - una preclusione alla rivalutazione dei fatti in esso accertati nell'ambito di un diverso procedimento, arrecherebbe comunque un consistente pregiudizio di fatto alla posizione dell'individuo imputato della commissione del reato presupposto.

<sup>147</sup> Lo evidenzia correttamente ancora M. L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 157.

Ai profili segnalati se ne deve infine aggiungere almeno un altro di non minore rilevanza. La formale acquisizione della sentenza pronunciata a carico dell'ente nel procedimento riguardante la responsabilità dell'individuo (o viceversa) varrebbe a far venir meno l'unico limite pur astrattamente opponibile all'impiego in chiave motivazionale del provvedimento appartenente al diverso giudizio<sup>148</sup>. Una volta che esso sarà infatti entrato formalmente a far parte del procedimento *ad quem* in forza della sua acquisizione ai sensi dell'art. 238 *bis* c.p.p., risulterà preclusa qualsivoglia eccezione relativa alla sua formale appartenenza ad un diverso accertamento, senza che siano però in alcun modo mutate le perplessità legate alla sua utilizzazione pur in assenza di qualsiasi apporto partecipativo nella sua genesi da parte del soggetto contro cui lo si vuole far valere<sup>149</sup>. Pur a fronte del giudizio positivo espresso dalla Consulta con riguardo alla compatibilità dell'art. 238 *bis* c.p.p. con i principi del nostro processo penale sembra pertanto legittimo dubitare circa la legittimità del ricorso a tale ultima norma almeno nell'ambito dei rapporti tra processo *de societate* e procedimento contro l'imputato del reato presupposto alla responsabilità dell'ente.

Da quanto esposto appaiono quanto mai evidenti le implicazioni negative per la posizione processuale di ente ed individuo direttamente derivanti dall'operatività degli artt. 238 e 238 *bis* c.p.p. a seguito dell'avvenuta separazione dei relativi percorsi processuali. Il *vulnus* è in questo caso di sconcertante centralità: ad essere potenzialmente minati in radice sono infatti alcuni dei postulati fondamentali alla base del nostro modello processuale di accertamento, quali il contraddittorio nella formazione della prova e l'assenza di un'efficacia vincolante *erga omnes* del giudicato penale<sup>150</sup>.

Si è già fatto cenno ad un possibile correttivo a tale situazione: seppur limitatamente al disposto dell'art. 238 *bis* c.p.p., taluno ha infatti sostanzialmente suggerito di vietarne *in toto* l'applicazione in forza di una valutazione negativa circa la compatibilità della disposizione con il procedimento di accertamento

---

<sup>148</sup> Secondo quanto sostenuto *retro* al par. 2.2..

<sup>149</sup> Ancorché formalmente parte del procedimento il provvedimento in questione potrebbe infatti comunque essere stato formato in assenza di qualsiasi apporto partecipativo del soggetto contro cui verrebbe utilizzato.

<sup>150</sup> Al riguardo, per tutti, si veda G. De Luca, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 63.



dell'illecito ex d.lgs. n. 231/2001<sup>151</sup>. Tralasciando i problemi interpretativi connessi all'esatta identificazione del parametro definitorio contenuto all'art. 34 del Decreto<sup>152</sup>, la soluzione proposta rappresenterebbe comunque pur sempre un rimedio soltanto parziale. Essa sarebbe infatti al più idonea a fronteggiare le conseguenze derivanti dalla circolazione probatoria nel solo procedimento a carico dell'ente, senza poter in alcun modo arginare il transito probatorio operato in senso inverso.

L'alternativa non potrà allora che essere ancora una volta rappresentata da una rigorosa osservanza dell'obbligo di celebrazione simultanea di cui all'art. 38 comma 1, unitamente ad un'interpretazione restrittiva dei casi di separazione processuale sanciti al successivo comma 2 della medesima disposizione. E' infatti evidente che la celebrazione cumulativa dell'accertamento consentirebbe di scongiurare il ricorso agli artt. 238 e 238 *bis* c.p.p., che potrebbe in caso contrario atteggiarsi ad evenienza pressoché ordinaria.

#### **2.4 Gli effetti della separazione processuale sull'incompatibilità a testimoniare.**

Il tema della circolazione probatoria di verbali e sentenze appartenenti ad un diverso procedimento non esaurisce però l'ambito delle previsioni in materia di istruzione probatoria che appaiono profondamente influenzate dalla modalità di trattazione – unitaria o distinta – degli accertamenti a carico di individuo e persona giuridica. Rileva infatti a tal proposito anche l'unica norma dettata al riguardo dal d.lgs. n. 231/2001: l'art. 44 disciplinante l'incompatibilità con l'ufficio di testimone nel processo *de societate*.

---

<sup>151</sup> Questa pare infatti la conclusione pressoché imposta dai già esposti rilievi di M. L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 156.

<sup>152</sup> A fronte dell'indubitabile vaghezza del parametro normativo manca ad oggi un'elaborazione tesa a delineare univocamente i caratteri della clausola di compatibilità di cui all'art. 34 del Decreto, essendo le singole questioni di volta in volta affrontate e risolte mediante un approccio casistico.

Tale previsione, definita da taluno come un vero e proprio «rompicapo normativo»<sup>153</sup>, presenta infatti profili di indubbia rilevanza anche in relazione allo specifico tema qui oggetto di approfondimento. Ancora una volta, in maniera non dissimile rispetto a quanto in precedenza già evidenziato con riguardo ad altre disposizioni del Decreto, essa è stata tuttavia oggetto di un'analisi principalmente limitata a considerare i risvolti applicativi della disposizione nel procedimento contro l'ente, senza dedicare specifica attenzione ai problemi più strettamente connessi ai rapporti tra accertamento nei confronti dell'imputato e del soggetto collettivo, aspetto oggetto di considerazione il più delle volte solo incidentale.

Il dibattito è stato dunque principalmente incentrato sull'effettivo significato da attribuire alla previsione di cui alla lett. b) dell'art. 44, che pare in effetti integrare uno degli aspetti di maggior problematicità con riguardo alla determinazione delle situazioni che cagionano l'incompatibilità a testimoniare nel processo *de societate*. La statuizione contenuta alla lett. a) della medesima disposizione presenta infatti un contenuto almeno apparentemente più lineare, chiara espressione della medesima necessità che ha ispirato la generale previsione di cui all'art. 197 comma 1 lett. a) c.p.p.<sup>154</sup>. Il forte legame esistente tra la commissione del reato presupposto e l'illecito del soggetto collettivo farebbe dunque sì che l'imputato persona fisica sia esentato dal deporre in ordine a circostanze potenzialmente implicantanti il rilascio di dichiarazioni *contra se*<sup>155</sup>.

Tornando dunque all'incompatibilità determinata dalla carica di legale rappresentante al momento della commissione del reato – ipotesi invero anch'essa almeno in parte riconducibile alla necessità di tutelare l'interessato dal rischio di dichiarazioni auto accusatorie - si è in primo luogo osservato come essa arrivi a stabilire un'operatività eccessivamente ridotta dell'incompatibilità a testimoniare. L'art. 44 comma 1 lett. b) nulla dice infatti in ordine alla posizione del legale rappresentante nominato a seguito della commissione dell'illecito, che dovrebbe difatti essere generalmente considerato come perfettamente compatibile

---

<sup>153</sup> Così A. Bernasconi, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in Aa. Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi*, cit., p. 305.

<sup>154</sup> In questo senso C. Santoriello, *La prova testimoniale nel processo alle società*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, 2006/2, p. 96.

<sup>155</sup> Evidenzia tale profilo G. Fidelbo, *La testimonianza: casi di incompatibilità*, in Aa. Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 491.

a rivestire l'ufficio di testimone almeno in base ad un'interpretazione letterale del dettato normativo<sup>156</sup>. Sul punto non si può però non osservare come ciò equivalga a compromettere in maniera determinante il diritto al silenzio dell'ente, costretto per mezzo del suo rappresentante che non fosse tale al *tempus commissi delicti* a deporre secondo verità in ordine a fatti potenzialmente impicanti una sua responsabilità. Ciò cagionerebbe altresì una serie di rilevanti problematiche applicative con riferimento a diversi istituti del codice di rito operanti sin dalla fase delle indagini preliminari, rendendo sostanzialmente incerto se al legale rappresentante non incompatibile debba effettivamente riconoscersi *in toto* la qualità di soggetto formalmente terzo con riferimento allo svolgimento procedimentale, o se non debba al contrario comunque accordarsi prevalenza alla sua funzione di rappresentanza del soggetto accusato dell'illecito<sup>157</sup>. Foriera di problemi interpretativi di non secondaria importanza appare altresì la previsione che subordina comunque l'incompatibilità a testimoniare del legale rappresentante in carica al momento della commissione del reato alla circostanza che lo stesso sia stato indicato anche come rappresentante processuale dell'ente nella dichiarazione di costituzione ex art. 39 del Decreto. Sebbene la norma appaia in verità chiara sul punto, si osserva a proposito come risulti ancora una volta irragionevole condizionare l'operatività della disciplina ad una semplice scelta discrezionale dell'ente legata alla decisione di costituirsi o meno nell'accertamento che lo riguarda<sup>158</sup>. Da ultimo la norma in esame sembrerebbe non porre limiti alla

---

<sup>156</sup> Sul punto si veda G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi*, cit., p. 381 - 382, che a tal riguardo osserva come la norma sia chiara nel configurare due «presupposti dell'incompatibilità, due condizioni concorrenti, mancando le quali e argomentando *a contrario* sembrerebbe sorgere l'obbligo a testimoniare».

<sup>157</sup> A tale riguardo si veda ancora G. Fidelbo, *La testimonianza*, cit., p. 499, ove si evidenziano i risvolti applicativi derivanti dalla soluzione al quesito relativo all'effettiva possibilità di sottoporre ad interrogatorio il legale rappresentante dell'ente compatibile a rivestire l'ufficio di testimone. Per alcune considerazioni più generalmente riferite all'effettiva qualifica prevalente del legale rappresentante – più prossima a quella di imputato o di semplice testimone – cfr. A. Bernasconi, *Modelli organizzativi, regole di giudizio*, cit., p. 96.

<sup>158</sup> Lo segnala in chiave critica, tra gli altri, A. Scalfati, *Le norme in materia di prova e giudizio*, in Aa. Vv., *Responsabilità degli enti*, cit., p. 352. Il tema relativo agli effetti della dichiarazione di costituzione non limita peraltro i suoi effetti all'ambito qui specificamente in considerazione. Sul punto è in particolare opportuno segnalare la recente pronuncia con cui la Corte di cassazione a Sezioni Unite ha espressamente statuito la necessità di provvedere alla nomina del difensore dell'ente appunto mediante la sua indicazione nell'atto di cui all'art. 39 del Decreto, senza che sia consentito procedervi con le modalità di cui all'art. 96 c.p.p. dopo che l'ente abbia ricevuto l'informazione di garanzia prescritta all'art. 57 del Decreto (Cass. pen., s.u., 28 maggio 2015, n. 33041, in *Guida al dir.*, 2015, 38, p. 89, annotata da P. Grillo, *Le Sezioni Unite intervengono sui*

possibilità di riconoscere la qualità di testimone in capo al soggetto che rivestisse la carica di legale rappresentante al momento della commissione del reato, ma che risulti oramai “cessato” all’epoca della celebrazione del processo. Anche a tale proposito non si può non evidenziare come ciò implicherebbe necessariamente l’assoggettabilità al vincolo testimoniale di un dichiarante che non riveste certo una posizione di assoluta terzietà in ordine alle circostanze su cui è chiamato a deporre<sup>159</sup>.

Tutti gli aspetti segnalati appaiono sicuramente meritevoli di attenzione in quanto direttamente riguardanti un problema di cruciale importanza quale quello della selezione delle fonti cognitive attraverso cui vagliare la responsabilità del soggetto collettivo e, forse ancor prima, della verifica dell’ampiezza del diritto al silenzio del soggetto dichiarante. Essi tuttavia, come anticipato, non sembrano approfondire adeguatamente gli ulteriori risvolti applicativi più specificamente connessi alla natura cumulativa o separata degli accertamenti nei confronti di individuo e persona giuridica, tema che rappresenta invece l’oggetto principale della presente trattazione e su cui è dunque opportuno concentrare l’attenzione nel prosieguo dell’esposizione.

Anche in relazione alla previsione di cui all’art. 44 bisogna infatti evidenziare che la modalità di conduzione dei procedimenti è capace di influenzare significativamente l’operatività della norma in questione.

Con specifico riferimento all’incompatibilità a testimoniare derivante dalla qualifica di soggetto imputato del reato presupposto la relativa previsione risulterebbe addirittura sostanzialmente superflua nel caso della conduzione congiunta degli accertamenti. E’ infatti evidente che la persona fisica imputata rivestirà in tale ultimo caso la qualifica di parte nel procedimento che coinvolge anche l’ente e dunque, come tale, sicuramente incompatibile a rivestire l’ufficio di

---

*poteri del difensore dell’ente “sotto processo”, in D&G, 2015, p. 108; D. Cimadomo, Esigenze difensive dell’ente e formalità della sua partecipazione al procedimento, in Dir. pen. cont.; G. Varraso, Il “compromesso” delle Sezioni Unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell’ente “incolpato” nel procedimento, in Cass.pen., 2016, p. 73).*

<sup>159</sup> Lo evidenzia, tra gli altri, L. Camaldo, *Il giudizio e le prove*, cit., p. 1508, dando altresì conto di come sia stata comprensibilmente avanzata in dottrina la tesi per cui l’incompatibilità a testimoniare dovrebbe estendersi anche al legale rappresentante “cessato” che non rivesta la qualità di imputato. In questo senso, A. Diddi, *Il regime dell’incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 1169.

testimone<sup>160</sup>. Per converso, nell'ipotesi di scioglimento del cumulo processuale, l'opinione maggioritaria è incline a consentire il ricorso alle previsioni di cui agli artt. 210 e 197 *bis* c.p.p.<sup>161</sup>. Più nel dettaglio, riconducendo il rapporto tra l'illecito del soggetto collettivo ad una connessione "forte" assimilabile a quella sussistente nel caso del concorso di persone nel reato rilevante *ex art. 12 lett. a) c.p.p.*<sup>162</sup>, la persona fisica potrà rivestire la qualifica di testimone assistito ogni qual volta il relativo procedimento – condotto autonomamente - sia stato già definito con sentenza irrevocabile di proscioglimento o condanna.

Già questa prima notazione sembra sufficiente a far emergere più di qualche perplessità in ordine alle ricadute della separazione dei percorsi processuali di ente ed individuo. Non si vede infatti come il semplice scioglimento del cumulo degli accertamenti possa determinare, anche se solo a seguito di una pronuncia definitiva nei confronti del dichiarante, il venir meno di una incompatibilità a testimoniare altrimenti indiscutibilmente sussistente.

L'applicabilità della disciplina di cui agli artt. 210 e 197 *bis* c.p.p., per quanto quasi scontata ad opinione della dottrina maggioritaria, potrebbe poi incontrare più di qualche ostacolo in ragione delle difficoltà legate all'effettiva possibilità di ricondurre i rapporti sostanziali tra illecito amministrativo dell'ente e reato presupposto al paradigma del concorso di persone<sup>163</sup>. Qualora dovessero dunque ritenersi effettivamente sussistenti degli impedimenti insormontabili in tal senso, la soluzione potrebbe allora addirittura essere rappresentata dall'ammettere senza riserve la testimonianza dell'imputato del reato presupposto nel separato procedimento che riguarda l'ente. Specularmente, si potrebbe giungere a negare qualsiasi legittimazione dell'imputato persona fisica in tal senso.

La prima soluzione pare francamente impraticabile. Il contrasto con le esigenze di tutela del dichiarante appare in questo di palese evidenza. Più fondata

---

<sup>160</sup> Cfr. ancora L. Camaldo, *Il giudizio e le prove*, cit., p. 1504.

<sup>161</sup> Evidenza simile differenziazione, tra gli altri, G. Ranaldi, *L'accertamento della responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 572.

<sup>162</sup> Questa sembrerebbe in effetti la soluzione interpretativa più corretta posto che – una volta riconosciuta la possibilità di qualificare l'illecito dell'ente alla stregua di un fatto di reato rilevante a norma dell'art. 197 c.p.p. – il legame con il reato attribuito alla persona fisica sembrerebbe effettivamente configurarsi in termini ben più diretti rispetto ad una semplice ipotesi di collegamento rilevante *ex art. 371 comma 2 lett. b)*.

<sup>163</sup> Al riguardo, più diffusamente, *retro*, nota n. 13. La problematica è presa in considerazione trattando della specifica ipotesi qui in rilievo da G. Fidelbo, *La testimonianza*, cit., p. 495.

sembra invece la seconda opzione interpretativa. A fronte dell'indiscutibile legame che interessa le posizione di ente e persona fisica imputata del reato presupposto sembrerebbe infatti assolutamente ragionevole vietare la possibilità per quest'ultima di testimoniare nel procedimento che riguarda l'ente pur nell'impossibilità di ravvisare un rapporto di imputazione concorsuale tra le due fattispecie in rilievo. La strada per raggiungere un simile risultato sarebbe quella di un'interpretazione estensiva della prescrizione di cui all'art. 44 comma 1 lett. a) del Decreto, che intenda il riferimento all'imputazione a carico dell'individuo come del tutto indifferente rispetto al contesto processuale in cui la stessa interviene, così da renderla da sola sufficiente a determinare il sorgere di un'incompatibilità assoluta alla testimonianza.

Sul punto è ancora una volta assai pertinente il riferimento al dibattito che ha interessato le rilevanti disposizioni processuali generalmente riferite al rito nei confronti delle persone fisiche. Si ricorderà infatti come nell'ambito della procedura penale ordinaria sia già stato preso approfonditamente in considerazione il tema delle conseguenze derivanti dalle modalità di conduzione di accertamenti plurisoggettivi in termini di obblighi testimoniali e regime dichiarativo delle parti coinvolte. La norma oggetto di attenzione era allora rappresentata dall'art. 210 c.p.p. e, più nello specifico, la questione concerneva l'individuazione della qualifica da attribuire al coimputato nel medesimo procedimento dichiarante circa la responsabilità di altri soggetti. A tale riguardo si sottolineava infatti l'irragionevole disparità di trattamento tra il regime riservato al coimputato in procedimento connesso ai sensi dell'art. 12 comma 1 lett. a) c.p.p. nei cui confronti si procedeva o si fosse proceduto separatamente – che in base al testo dell'art. 210 c.p.p. può essere obbligato a presentarsi al giudice per essere esaminato salvo conservare il proprio diritto al silenzio – e quello proprio del concorrente imputato nel medesimo procedimento dichiarante in relazione alla responsabilità di altri, a cui continuava invece ad applicarsi la previsione dell'art. 208 c.p.p.. Sul punto è come noto intervenuta la Corte costituzionale, la quale ha censurato la disciplina che regolamentava in maniera diversa situazioni analoghe solo in ragione del regime

riunito o separato dei procedimenti<sup>164</sup>. Sebbene la questione appaia qui posta in termini per certi versi speculari rispetto a quanto avvenuto con riguardo all'art. 210 c.p.p.<sup>165</sup>, anche nel considerare i rapporti tra procedimenti nel contesto dell'accertamento ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 pare comunque possibile richiamarsi alle osservazioni poste alla base della soluzione allora offerta al quesito. La modalità di conduzione dell'accertamento non dovrebbe in altri termini incidere – né in positivo né in negativo - sugli oneri dichiarativi dell'imputato-testimone.

In base a quanto esposto emerge al contrario ancora una volta in maniera incontrovertibile la disparità di trattamento connessa alla trattazione disgiunta dei procedimenti a carico della persona giuridica e dell'individuo accusato del reato presupposto. Si è infatti detto di come nel caso del cumulo processuale risulterà evidente l'assoluta incompatibilità a testimoniare della persona fisica parte dell'unico procedimento esistente mentre, nella seconda evenienza, la soluzione più accreditata ritiene quantomeno consentito il ricorso alle *status* di cui all'art. 197 *bis* c.p.p., con la conseguente vigenza dei relativi obblighi dichiarativi.

Passando ora a considerare la seconda ipotesi descritta dall'art. 44 del Decreto, la stessa appare interessata da perplessità non dissimili rispetto a quelle che riguardano la precedente. Anche in questo caso è infatti agevole evidenziare come l'operatività della previsione risulti sensibilmente influenzata dal regime di trattazione dei procedimenti nei confronti di ente e persona fisica. Ferme restando dunque le perplessità legate all'ambito di concreta operatività dell'ipotesi di incompatibilità di cui all'art. 44 comma 1 lett. b) del Decreto, risulta comunque problematico individuare il regime dichiarativo del legale rappresentante incompatibile nel giudizio a carico della persona fisica.

Non pare in primo luogo possibile desumere l'esistenza di un'incompatibilità a testimoniare di tale soggetto dalla semplice applicazione dell'art. 44 del Decreto. Sul punto la giurisprudenza ha infatti avuto modo di affermare a chiare lettere che

---

<sup>164</sup> Si veda la già citata Corte cost., 2 novembre 1998, n. 361, con particolare riferimento al rilievo secondo cui «la coesistenza di due regimi di utilizzabilità, a seconda che si tratti di imputato giudicato contestualmente (art. 513, comma 1) o separatamente (art. 513, comma 2) evidenzia una irragionevole disparità di trattamento».

<sup>165</sup> La questione si poneva allora nei termini della necessità di una generalizzazione della sfera di operatività dell'obbligo di presentazione del coimputato anche nel contesto di un accertamento condotto cumulativamente.

la norma in questione esaurisce la propria incidenza applicativa nel procedimento a carico dell'ente, senza la possibilità di esplicitare i suoi effetti nell'accertamento condotto nei confronti della persona fisica laddove i due giudizi siano celebrati separatamente<sup>166</sup>. Una simile conclusione troverebbe del resto conforto nella collocazione sistematica della disposizione, parte di un *corpus* normativo specificamente riferito all'accertamento a carico della persona giuridica.

A tale riguardo, analogamente a quanto evidenziato in relazione all'incompatibilità derivante dalla qualità di persona imputata del reato presupposto, taluno ha dunque argomentato per l'applicabilità nei confronti del legale rappresentante "originario" del generale regime di cui all'art. 197 *bis* comma 1 c.p.p. quanto alla sua posizione nel procedimento a carico dell'individuo<sup>167</sup>. A ben vedere l'applicazione analogica delle disposizioni codicistiche appare però in questo caso ancor più problematica. Al di là delle segnalate difficoltà derivanti dalla concreta identificazione della relazione sostanziale esistente tra reato presupposto ed illecito del soggetto collettivo infatti, la posizione del legale rappresentante incompatibile sembra dar luogo ad ulteriori e specifici problemi interpretativi.

Mentre nell'ipotesi della persona imputata del reato presupposto un argomento a sostegno del ricorso all'incompatibilità a testimoniare di matrice codicistica potrebbe effettivamente essere rintracciato nella qualifica di soggetto formalmente imputato esistente in capo all'individuo, nel caso del rappresentante "originario" detta caratteristica non potrà dirsi sussistente. La fattispecie di cui alla lett. b) comma 1 dell'art. 44 appare anzi riferita proprio a quei soggetti che, ancorché investiti di funzioni di rappresentanza al *tempus commissi delicti*, risultano nondimeno estranei a qualsiasi profilo di responsabilità in relazione alla commissione del reato presupposto<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> Cfr. al riguardo Trib. Milano, sez. X, ord. 25 ottobre 2011, in *Foro ambr.*, 2011, p. 381, secondo cui «l'art. 44 del d.lg. 231/2001 [...] 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».

<sup>167</sup> Sul punto, per tutti, G. Fidelbo, *La testimonianza*, cit., p. 493.

<sup>168</sup> Diversamente gli stessi sarebbero autonomamente interessati dall'incompatibilità prevista dall'art. 44 comma 1 lett. a) del Decreto, in quanto soggetti imputati del reato presupposto alla responsabilità dell'ente.



Taluno desume allora l'applicabilità della normativa in materia di testimonianza assistita anche nei confronti del legale rappresentante nell'ambito del procedimento a carico dell'individuo dalla previsione di cui al comma 2 dell'art. 44 del Decreto. Detta norma si limiterebbe infatti a prescrivere che il legale rappresentante incompatibile sia esaminato nelle forme dettate per l'interrogatorio e l'esame della persona imputata in un procedimento connesso, senza premurarsi di differenziare il contesto in cui avviene la sua audizione<sup>169</sup>. Prescindendo però dalla difficoltà di estendere la portata applicativa della previsione speciale anche all'accertamento a carico dell'autore del reato presupposto<sup>170</sup>, sul punto occorre altresì riconoscere che l'operatività della disposizione di cui al comma 2 dell'art. 44 appare comunque subordinata alla effettiva sussistenza di un'incompatibilità della persona che rappresenta l'ente<sup>171</sup>. Detta incompatibilità potrebbe però ritenersi a monte insussistente nell'ambito del separato procedimento a carico della persona fisica. Basti pensare al caso in cui questo preceda la celebrazione dell'eventuale accertamento nei confronti dell'ente: in una simile ipotesi non sarebbe ad esempio certamente possibile individuare il rappresentante processuale dell'ente incompatibile con l'ufficio di testimone in quanto non risulterebbe ancora formalizzata la dichiarazione di costituzione di cui all'art. 39 del Decreto.

L'impossibilità di applicare in via analogica la disciplina di cui agli artt. 197 *bis* e 210 c.p.p.<sup>172</sup> potrebbe portare a considerare l'imputato del reato presupposto ed il legale rappresentante alla stregua di comuni testimoni nel diverso accertamento rispettivamente a carico dell'ente o della persona fisica. Una simile soluzione però – oltre a realizzare un'irragionevole disparità di trattamento a seconda delle

---

<sup>169</sup> Lo evidenzia L. Camaldo, *Il giudizio e le prove*, cit., p. 1510. Appare comunque incidentalmente opportuno evidenziare come la norma in questione non brilli per chiarezza espositiva. Essa infatti, nel disciplinare le regole per l'esame del legale rappresentante incompatibile, si limita a compiere un generico rinvio ai limiti ed agli effetti previsti per l'interrogatorio e l'esame della persona imputata in un procedimento connesso, omettendo però di precisare a quale ipotesi di connessione debba farsi in concreto riferimento. Sul punto si veda P. Ferrua, *Il processo penale contro gli enti*, cit., p. 236.

<sup>170</sup> Cfr. *retro* nota n. 68 in ordine all'impossibilità di estendere la portata applicativa dell'art. 44 del Decreto anche nell'accertamento autonomamente condotto a carico della persona fisica.

<sup>171</sup> La norma in esame è infatti esplicita nel subordinare la sua operatività alla presenza di una incompatibilità del legale rappresentante che, in base a quanto appena visto, potrebbe dirsi insussistente nell'ambito del procedimento a carico della persona fisica.

<sup>172</sup> La possibilità di applicare in via analogica la normativa in materia di testimonianza assistita dovrebbe infatti a sua volta implicare il ricorso alla previsione di cui all'art. 210 c.p.p. qualora i presupposti dettati dall'art. 197 *bis* c.p.p. non si siano verificati.

modalità di conduzione dell'accertamento peraltro destando più di qualche perplessità in relazione alla tutela del diritto al silenzio delle parti interessate - determinerebbe altresì fondati timori per quanto concerne la genuinità dei contributi così raccolti.

Occorre infatti considerare come il legale rappresentante dell'ente, ancorché formalmente estraneo a qualsiasi accusa, rivesta una posizione tutt'altro che disinteressata con riguardo alle accuse mosse alla persona fisica. Il primo sarà tendenzialmente interessato a dimostrare l'estraneità del soggetto collettivo ai fatti oggetto di contestazione, vuoi evidenziando la mancanza di qualsivoglia interesse o vantaggio a beneficio del medesimo oppure mediante la dimostrazione dell'elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione o gestione, ovvero ancora propugnando l'osservanza degli obblighi di direzione o vigilanza gravanti sul soggetto collettivo<sup>173</sup>. Una situazione non dissimile può riguardare l'imputato del reato presupposto, le cui dichiarazioni potrebbero essere dirette principalmente a difendere la propria posizione addebitando l'esclusiva responsabilità dell'illecito alla persona giuridica. Simili rilievi hanno con tutta evidenza almeno in parte ispirato la previsione delle ipotesi di incompatibilità descritte all'art. 44, la cui operatività risulterebbe però sensibilmente ridimensionata nei casi di uno scioglimento del cumulo processuale delle regiudicande.

I timori segnalati permarrebbero però anche a seguito dell'assunzione della qualifica di testimoni assistiti in capo alla persona fisica imputata ed al legale rappresentante. E' comunque evidente che anche in tale ultimo caso sussisterebbe un preciso obbligo testimoniale nei confronti dei dichiaranti, eventualmente solo temperato dalle disposizioni di cui all'art. 197 *bis* c.p.p.. La norma da ultimo citata potrebbe infatti far venir meno esclusivamente i timori legati al rilascio di dichiarazioni potenzialmente pregiudizievoli per la posizione del teste,

---

<sup>173</sup> Si veda ancora L. Camaldo, *Il giudizio e le prove*, cit., p. 1507, secondo cui la *ratio* dell'incompatibilità a testimoniare dovrebbe essere individuata anche nella volontà di «impedire che sia chiamato a rispondere un soggetto in possibile posizione di conflitto di interesse, il quale potrebbe quindi essere indotto, al fine di scagionare se stesso o l'ente, a scaricare l'intera responsabilità su terzi». Sul punto cfr. anche L. Tricomi, *Violazioni amministrative*, cit., p. 86, il quale critica l'ambito eccessivamente ridotto dell'ipotesi di incompatibilità *sub* lett. b) dell'art. 44, manifestando l'opportunità che la stessa fosse riferita a qualsiasi legale rappresentante dell'ente anche se "cessato" o intervenuto successivamente alla commissione del reato appunto in ragione della sua posizione necessariamente interessata.

ma non rimedirebbe comunque al profilo di maggiore problematicità derivante dal genetico difetto di attendibilità dei contributi così raccolti<sup>174</sup>.

E' certamente vero che l'applicabilità - peraltro non scontata - della disciplina di cui all'artt. 197 *bis* o 210 c.p.p. anche nei confronti della persona fisica imputata o del legale rappresentante non interessato da alcuna contestazione determinerebbe a sua volta la necessità di ricorrere alla previsione di cui all'art. 192 comma 3 c.p.p., ma tale norma non sembra da sola sufficiente a scongiurare del tutto i rischi derivanti dall'utilizzazione in chiave probatoria del contributo dichiarativo di un soggetto almeno potenzialmente non estraneo ai fatti oggetto di accertamento, anzi verosimilmente interessato a contenere la responsabilità nei limiti di quella ascrivibile alla persona fisica ovvero – specularmente - ad imputare le conseguenze dell'azione illecita esclusivamente al soggetto collettivo. La previsione in oggetto si limita infatti pur sempre a dettare una semplice regola di valutazione della prova, peraltro connotata da un certo coefficiente di elasticità<sup>175</sup>,

---

<sup>174</sup> Seppure in prospettiva per certi versi opposta a quella qui evidenziata si pensi del resto a come la giurisprudenza di legittimità giunga a negare qualsiasi valore alle dichiarazioni "a discarico" rese dal soggetto impiegato presso il datore di lavoro imputato in base al rilievo per cui «il dipendente di una piccola impresa è portato, specie in contesti territoriali ristretti, a rendere dichiarazioni compiacenti verso il datore di lavoro, a cui è legato da stringenti interessi». Così Cass. pen., V sez., 27 settembre 2013, n. 8378, in *Giur. it.*, 2014, p. 1001, con nota di G. Garuti, *Il valore delle dichiarazioni di soggetti variamente "interessati" al processo*.

<sup>175</sup> Si allude in particolare alla necessaria presenza degli altri elementi di prova che confermino le propalazioni del dichiarante. Può dunque talvolta risultare problematico determinare l'effettiva portata dei c.d. riscontri estrinseci idonei a dimostrare l'attendibilità della prova. Si discute ad esempio se detti riscontri debbano limitarsi a confermare l'attendibilità della dichiarazione nel suo complesso ovvero – secondo una corrente interpretativa maggiormente rigorosa – debbano individualmente dimostrare la coerenza di ciascuna dichiarazione di scienza relativa a diversi correi. Cfr. da ultimo sul punto, anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, G. Barrocu, *Chiamata in correità de relato: il libero convincimento del giudice come "cavallo di Troia" per il recupero del sapere investigativo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 1447. Ancora in termini meramente esemplificativi risulta altresì controverso se gli elementi di riscontro debbano necessariamente essere costituiti da contributi acquisiti con il supporto del metodo dialettico o se al contrario, in considerazione della loro limitata attitudine dimostrativa, possano essere integrati anche da elementi acquisiti in assenza di contraddittorio. A tale riguardo, tra gli altri, G. Ubertis, *Argomenti di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 194; F. Cassibba, *Acquisizione e criteri di valutazione del riscontro incrociato tra chiamate di correo alla luce dell'art. 111, comma 4, Cost.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 727. In generale sull'argomento si veda pure, V. Grevi, *Le "dichiarazioni rese dal coimputato" nel nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 1150; M. Nobili, *Commento all'art. 192*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. II, Giappichelli, Torino, 1990, p. 417; L. Verrina, *Valutazione probatoria e chiamata di correo*, Torino, Giappichelli, 2000.

senza spingersi sino ad impedire in radice il ricorso al mezzo istruttorio in questione come apparirebbe in verità più opportuno<sup>176</sup>.

Occorre dunque conclusivamente prendere atto di come il legislatore abbia ignorato l'indubbia opportunità di disciplinare in maniera puntuale la materia oggetto di attenzione, magari introducendo ipotesi di incompatibilità specificamente riferite anche al separato procedimento che interessa l'individuo o la persona giuridica. Stante la natura eccezionale della relativa disciplina, una simile iniziativa risulterebbe in verità quanto mai opportuna<sup>177</sup>. La tassatività delle ipotesi di incompatibilità a rivestire l'ufficio di testimone dimostra infatti che, con riferimento alle diverse situazioni esposte, non sarebbe inverosimile ipotizzare l'impossibilità di desumere la sussistenza di detta incompatibilità sulla base della semplice interpretazione estensiva della normativa codicistica ovvero forzando il dato letterale dell'unica previsione dettata al riguardo dal Decreto. Ciò impone dunque di segnalare un ulteriore profilo di profonda incidenza della regola di celebrazione congiunta dell'accertamento sui diritti delle parti. La sua inosservanza determinerebbe infatti rilevanti disparità di trattamento in ordine all'ampiezza del diritto al silenzio del dichiarante, cagionando altresì l'ingresso tra il materiale probatorio legittimamente utilizzabile di contributi di dubbia affidabilità.

L'analisi svolta consente comunque di confermare definitivamente la già segnalata disattenzione nei confronti dei risvolti processuali connessi all'ipotesi di una separazione dei procedimenti a carico di ente ed individuo. La scissione del cumulo processuale produce infatti il sorgere di considerevoli disparità di trattamento nei confronti delle parti rispetto all'ipotesi della conduzione unitaria dell'accertamento, confermando così la necessità di ancorare la separazione

---

<sup>176</sup> Analizza in maniera approfondita le differenze tra semplici criteri valutativi e regole di esclusione del mezzo di prova M. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, Giappichelli, 2009. Circa la necessità di mantenere ferma una rigida distinzione concettuale tra ammissibilità e valutazione della prova si veda P. Ferrua, *Il giudizio penale fatto e valore giuridico*, in P. Ferrua – F. M. Grifantini – G. Illuminati – R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2007, p. 355 ss.

<sup>177</sup> Evidenzia la natura eccezionale delle ipotesi di cui all'art. 197 c.p.p., pertanto insuscettibili di trovare applicazione analogica al di fuori dei casi esplicitamente disciplinati dalla norma in oggetto, Corte cost., 17 luglio 2000, n. 294, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2256. Si veda altresì, in dottrina, per tutti, N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, Cedam, 1992, p. 136. Per un nutrito catalogo delle principali fattispecie che hanno determinato dubbi in ordine alla possibilità di essere ricomprese all'interno del perimetro di operatività dell'art. 197 c.p.p. cfr. N. Triggiani, *Testimonianza*, in Aa. Vv., *La prova penale*, cit., p. 181 ss..

processuale a presupposti ben più solidi rispetto a quelli talvolta derivanti dall'esegesi dell'art. 38 comma 2 del Decreto, e suggerendo al contempo la scrupolosa osservanza del principio di cui al comma precedente della medesima disposizione.



## CAPITOLO III

### LE RELAZIONI D'INTERESSE TRA ENTE ED IMPUTATO PERSONA FISICA: INADEGUATEZZE DELL'ASSETTO NORMATIVO

#### 3.1 Le relazioni d'interesse tra ente ed imputato persona fisica: riflessi in materia di assistenza e partecipazione.

Dopo aver dato conto delle conseguenze processuali discendenti dalla separazione degli accertamenti a carico di ente ed imputato persona fisica occorre a questo punto soffermarsi su quelli che possono essere invece in via di prima approssimazione identificati come i riflessi sulla normativa procedurale riconducibili alle particolari relazioni d'interesse esistenti sul piano sostanziale tra soggetto collettivo ed individuo nell'ambito della responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001. In questo caso non è dunque la modalità di conduzione unitaria o disgiunta del rito a cagionare di per sé un pregiudizio almeno potenziale all'effettività dei diritti dei soggetti coinvolti ma – secondo una relazione per certi versi invertita – sono i rapporti tra i protagonisti dell'accertamento ad influenzare la portata delle regole che disciplinano il procedimento deputato alla verifica delle loro responsabilità.

L'esame della normativa in materia di incompatibilità a testimoniare ha già consentito di evidenziare almeno incidentalmente il potenziale rilievo dei rapporti d'interesse che caratterizzano le posizioni di ente e persona fisica in ordine all'operatività delle norme processuali<sup>178</sup>. La previsione di cui all'art. 44 del Decreto non è però l'unico e forse nemmeno il principale ambito in cui tali legami sostanziali sembrano assumere un rilievo decisivo nell'applicazione delle regole

---

<sup>178</sup> Cfr., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, *retro* par. 2.4. Il riferimento va in particolare al punto ove si sottolinea come la portata prescrittiva delle ipotesi di incompatibilità a testimoniare sancite dall'art. 44 del Decreto determinerebbe fondate perplessità in ordine alla genuinità dei contributi dichiarativi comunque assunti nel separato procedimento nei confronti della persona fisica, appunto in ragione degli interessi che caratterizzano la posizione dell'imputato del reato presupposto e del rappresentante dell'ente che fosse tale al momento della sua commissione.

riguardanti l'accertamento dell'illecito di cui al d.lgs. n. 231/2001<sup>179</sup>. Un più approfondito esame di tali relazioni e dei loro effetti non può quindi non caratterizzare uno studio che si propone di analizzare le interferenze tra il procedimento a carico del soggetto collettivo e quello nei confronti della persona fisica. Prima di passare in rassegna le principali ipotesi in tal senso rilevanti è però necessario soffermarsi sulla concreta individuazione dei differenti assetti che possono collegare gli interessi della persona giuridica e del singolo.

Sul punto è innanzitutto bene chiarire che il tema in rilievo appare profondamente influenzato dalla particolare struttura sostanziale dell'illecito ascrivibile alla società. Come noto, infatti, la responsabilità di quest'ultima sorge solo a seguito della commissione di uno dei cosiddetti reati presupposto da parte di uno degli appartenenti al suo organigramma<sup>180</sup>. Tale rilievo non è necessariamente sintomatico dell'esistenza di una relazione conflittuale tra i soggetti del procedimento. Se isolatamente considerato l'aspetto inerente la commissione del reato presupposto potrebbe infatti addirittura determinare una convergenza di interessi tra la posizione dell'ente e quella della persona fisica. Entrambi potrebbero essere infatti interessati a difendersi dimostrando la mancata integrazione degli estremi di uno dei reati rilevanti ai sensi degli artt. 24 e ss. del Decreto, ovvero imputando la commissione del medesimo a persona estranea alla compagine societaria. Ambedue le evenienze basterebbero infatti a determinare l'assenza di qualsiasi responsabilità tanto in capo al soggetto collettivo quanto a carico della persona fisica<sup>181</sup>. E' quindi evidente come in questo caso non si pongano particolari problemi in ordine allo svolgimento dell'*iter* processuale; la totale condivisione della strategia difensiva determina l'assenza di conflitto tra i

---

<sup>179</sup> Circa la natura endemica del conflitto che caratterizza le posizioni di ente ed imputato persona fisica nel contesto del procedimento ex d.lgs. n. 231/2001 cfr. M. Ceresa Gastaldo, *Processo penale e accertamento della responsabilità degli enti*, cit., p. 2239. Secondo l'autore, infatti, «il risultato più evidente della contemporanea presenza nello stesso procedimento di ente ed imputato è proprio il conflitto alimentato tra le posizioni, insanabile quando il secondo è una figura "apicale" del primo». Sul tema si veda anche A. Bisignano, *Il conflitto di interessi tra l'ente e il legale rappresentante imputato*, in *Igiene & Sicurezza del Lavoro*, 2014, p. 523 ss..

<sup>180</sup> E' chiaro in tal senso il disposto dell'art. 5 d.lgs. n. 231/2001. A tale riguardo per tutti, con particolare riguardo al rispetto da parte della scelta legislativa del principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost., O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 56 ss..

<sup>181</sup> Se in base al citato art. 5 «l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio» è dunque evidente, *a contrario*, che non potrà sussistere alcuna responsabilità della persona giuridica qualora l'illecito penale non risulti a monte integrato.



destinatari dell'accertamento e, conseguentemente, non si ravviseranno particolari profili di criticità in ordine all'effettivo rispetto delle prerogative processuali delle parti.

L'eventualità appena segnalata potrebbe però apparire assai meno frequente di quanto ci si possa attendere. Identificare lo scenario tracciato alla stregua dell'*id quod plerumque accidit* sarebbe infatti sbagliato e per certi versi illusorio.

E' infatti vero, d'altro canto, che diversi aspetti problematici possono emergere con riguardo alle previsioni sostanziali del Decreto le quali, a vario titolo<sup>182</sup>, escludono la possibilità di sanzionare la persona giuridica pur a seguito dell'obiettiva integrazione di un delitto da parte della persona fisica, valorizzando in chiave esimente elementi legati al contegno dello stesso individuo ovvero ad iniziative intraprese dalla società<sup>183</sup>.

Rileva indubbiamente a tal proposito la previsione di cui all'art. 5 comma 2, secondo cui «l'ente non risponde se le persone [da cui deriva la sua responsabilità] hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi»<sup>184</sup>. Quanto poi al reato commesso dai soggetti c.d. apicali si pensi ancora alla possibilità per la persona giuridica di andare esente da punizione dimostrando l'efficace adozione ed attuazione del modello di organizzazione e gestione e – per quanto qui più interessa – la sua elusione fraudolenta da parte dei soggetti che hanno

---

<sup>182</sup> Se l'esistenza di un interesse o di un vantaggio in favore dell'ente rilevante ai sensi dell'art. 5 del Decreto sembra infatti elemento riconducibile alla categoria dei «criteri d'imputazione oggettivi» dell'illecito ascrivibile alla persona giuridica (in tal senso, per tutti, G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 32 ss.), si ritiene generalmente che le previsioni di cui agli artt. 6 e 7 comma 2 del d.lgs. n. 231/2001 relative all'adozione e all'efficace attuazione del modello organizzativo e di gestione debbano essere invece inquadrare dal punto di vista dogmatico alla stregua di elementi che dimostrano l'insussistenza dell'antigiuridicità e, dunque, come vere e proprie esimenti. In questi termini, tra gli altri, A. Alessandri, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in Aa. Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 51; In senso contrario però, quanto meno con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 6, qualificata come ipotesi di «scusante», G. De Vero, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 1135 ss..

<sup>183</sup> Sul punto, tra gli altri, P. Di Geronimo, *Aspetti processuali del d.lg. n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1564.

<sup>184</sup> Sulla problematica definizione dei concetti di interesse e vantaggio cfr. ancora, per tutti, G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 32 ss., nonché, tra gli altri, A. Astrologo, *“Interesse” e “vantaggio” quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 649 ss.; N. Selvaggi, *L'interesse dell'ente collettivo*, Napoli, Jovene, 2006, *passim*.

commesso il reato, così come disposto dall'art. 6 lett. c) del d.lgs. n. 231/2001<sup>185</sup>. Le facoltà difensive del soggetto collettivo non implicanti la negazione della commissione di un illecito penale da parte di uno dei suoi appartenenti trovano poi almeno un altro importante referente normativo nella previsione dell'art. 7, che si accontenta della già citata adozione ed efficace attuazione del modello al fine di sancire l'assenza di responsabilità in capo all'ente nell'ipotesi in cui il reato sia stato commesso da persone sottoposte alla vigilanza o alla direzione degli organi di vertice della società<sup>186</sup>.

In tutti questi casi è dunque verosimile ipotizzare che l'ente sfrutterà il più delle volte tutti gli spazi difensivi a sua disposizione e dunque, pur potendo in via principale confutare la stessa integrazione di una delle fattispecie che precludono alla sua responsabilità, la società potrebbe pur sempre difendersi contestando l'esistenza di una c.d. colpa di organizzazione o argomentando per l'assenza di qualsiasi interesse o vantaggio derivante dal compimento dell'azione delittuosa pure in ipotesi verificatasi. Va dunque da sé che in tal caso le posizioni, l'interesse nel procedimento ed in definitiva la strategia processuale dei soggetti coinvolti potrebbero divergere in maniera sensibile, fino a collocarsi addirittura su posizioni antitetiche<sup>187</sup>.

Quanto segnalato avrebbe dunque ragionevolmente dovuto indurre il legislatore delegato del 2001 ad un'attenta considerazione delle problematiche connesse al rapporto tra la persona fisica e l'ente alla luce del potenziale conflitto d'interessi che lega i due soggetti, quantomeno attraverso la predisposizione di appositi presidi normativi idonei a neutralizzare i più rilevanti pregiudizi all'effettività dei diritti processuali delle parti. Detto profilo, tuttavia, come si avrà modo di vedere più nel dettaglio in seguito, sembra sostanzialmente ignorato nella

---

<sup>185</sup> A tale riguardo, tra gli altri, A. F. Tripodi, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, Cedam, 2013, *passim*; P. Cipolla, *L'elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 733 ss.

<sup>186</sup> Sono note le differenze in termini di onere probatorio tra le due ipotesi da ultimo considerate. Mentre nel caso di reato commesso da soggetti c.d. apicali dovrà infatti essere la persona giuridica a dimostrare positivamente l'avvenuta adozione ed efficace attuazione del modello, spetterà viceversa all'accusa provare l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza da parte della persona giuridica qualora l'autore dell'illecito penale sia un soggetto sottoposto all'altrui direzione. Sul punto cfr. A. Bernasconi, *L'esimente: il modello organizzativo per i reati degli "apicali"*, in A. Presutti – A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 88.

<sup>187</sup> Sarà in particolare questo il caso in cui l'ente sosterrà l'elusione fraudolenta del modello da parte del proprio organo di vertice.

stesura del testo normativo del Decreto ed affrontato con preoccupante approssimazione dalle pronunce giurisprudenziali che si sono occupate della materia.

Quanto fin qui evidenziato sembra comunque sufficiente a giustificare l'indagine che si andrà a compiere nelle seguenti pagine, attraverso cui si tenterà di dimostrare la scarsa sensibilità del legislatore delegato del 2001 con riguardo alle dinamiche in rilievo, ponendo in risalto le principali inadeguatezze dell'assetto normativo esistenti all'interno della disciplina del procedimento di accertamento della responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001.

### **3.2 Il diritto all'assistenza: nomina del difensore, incompatibilità e riservatezza delle comunicazioni tra legale ed assistito.**

Un primo aspetto senz'altro rilevante in tal senso è rappresentato dalla verifica dell'effettività del diritto al difensore tanto dell'individuo imputato del reato presupposto e quanto della persona giuridica.

Il tema segnalato rappresenta infatti una questione di sicura centralità, non foss'altro per la fondamentale rilevanza - anche costituzionale - della facoltà in questione<sup>188</sup>. La questione possiede un sicuro rilievo anche nell'elaborazione giurisprudenziale delle corti sovranazionali, ed in particolare della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo la quale - coerentemente all'approccio pragmatico che caratterizza la disamina delle problematiche sottoposte al suo scrutinio - ha peraltro avuto modo di sottolineare esplicitamente come la garanzia in questione possa dirsi effettivamente rispettata solo qualora la stessa non rimanga confinata all'interno di un'accezione puramente «teorica ed illusoria», ma risulti al contrario

---

<sup>188</sup> Rileva ovviamente in tal senso il disposto dell'art. 24 comma 2 della Carta fondamentale su cui, senza alcuna pretesa di completezza e limitatamente agli aspetti di natura processual - penalistica, P. Ferrua, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. III, Torino, Utet, 1989, p. 371 ss.; A. Cristiani, voce *Difensore (diritto processuale penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol V, Torino, Utet, 1968, p. 610 ss.; G. Alpa, *Il ruolo del difensore tra normativa interna e sovranazionale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 5 ss.; F. R. Dinacci, *Le garanzie di libertà del difensore tra tutela costituzionale e difficoltà operative*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 17 ss. Circa la rilevanza della previsione costituzionale nello specifico contesto in esame cfr. infine G. Spangher, *La pratica del processo penale*, cit., p. 454, secondo cui «nel rispetto dell'art. 24 Cost., posta l'equiparazione dell'ente all'imputato [...] si applicheranno ex art. 34 le previsioni codicistiche rivolte a quest'ultimo».

assicurata in termini di sufficiente concretezza ed effettività<sup>189</sup>. La notazione sembra assumere uno speciale rilievo proprio all'interno del contesto che ci occupa, dove non sono di norma in discussione macroscopiche violazioni del diritto alla difesa rappresentate da plateali negazioni della facoltà di assistenza attraverso il diniego stesso del diritto a nominare e farsi assistere da un legale di fiducia, ma piuttosto situazioni in cui il diritto al difensore – ancorché formalmente rispettato – potrebbe nondimeno subire un rilevante pregiudizio in ragione dei rapporti d'interesse esistenti tra i soggetti interessati dall'accertamento.

A tale riguardo non si può non accennare in primo luogo alle criticità generalmente connesse all'operatività del diritto al difensore nell'ambito del procedimento ex d.lgs. n. 231/2001, specialmente con riguardo alla posizione della persona giuridica. La questione è stata infatti recentemente oggetto di un vivo quanto interessante dibattito con particolare riferimento agli adempimenti demandati all'ente che voglia compiutamente esercitare la facoltà qui in questione. Più in particolare si discuteva delle formalità connesse alla nomina difensiva da parte della società, tema che vedeva contrapporsi due opposti orientamenti ermeneutici. Secondo una prima corrente interpretativa la nomina poteva dirsi validamente effettuata se formalizzata nel rispetto delle prescrizioni dettate dagli artt. 96 e ss. c.p.p., applicabili in forza della clausola generale di compatibilità di cui all'art. 34 del Decreto e del principio di equivalenza tra la posizione dell'ente e quella dell'imputato persona fisica nell'esercizio dei diritti processuali sancita dal successivo art. 35<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> In questi termini, tra le altre sentenze, Corte e.d.u., Artico c. Italia, 13 maggio 1980. Un'accezione "sostanzialista" del diritto alla difesa tecnica si ravvisa altresì nelle più rilevanti fonti del diritto dell'Unione, ed in particolare all'interno della recente direttiva 2013/48 appunto in tema di diritto al difensore. Quest'ultima prescrive infatti al suo art. 3 par. 1 che «gli Stati membri assicurino che gli indagati ed imputati abbiano diritto di avvalersi di un difensore in tempi e secondo modalità tali da permettere agli interessati di esercitare i propri diritti di difesa in modo concreto ed effettivo». E' infine significativo evidenziare come il diritto alla difesa tecnica risulti positivamente sancito all'art. 14 par. 3 lett. b) e d) del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966 nonché nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea agli artt. 47 e 48.

<sup>190</sup> La dottrina assolutamente maggioritaria è infatti concorde nell'affermare che «l'ente ha diritto di nominare due difensori di fiducia nelle forme libere fissate dall'art. 96 c.p.p.». Così, G. Varraso, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed "eterointegrazione" giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1386, nonché tra gli altri, in termini assolutamente adesivi, L. Pistorelli, *Le modalità di partecipazione dell'ente al procedimento nell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, 2010/2, p. 176, richiamandosi a quanto affermato da Cass. pen., sez. VI, 5 novembre 2007, n. 43642, in *CED*, rv238322.

Una differente ricostruzione argomentava, al contrario, per la necessaria prevalenza della normativa speciale dettata dal Decreto ed in particolare dall'art. 39, secondo cui si sarebbe invece resa necessaria la formalizzazione della nomina attraverso l'apposita dichiarazione di costituzione dell'ente<sup>191</sup>. La questione ha di recente trovato un'autorevole risoluzione ad opera di un intervento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, le quali si sono pronunciate in favore di una soluzione che potrebbe definirsi di compromesso<sup>192</sup>. Tuttavia, per quanto di assoluto rilievo, la specifica questione non appare direttamente attinente al tema oggetto della presente trattazione, non involgendo nello specifico aspetti immediatamente connessi alle relazioni d'interesse tra le parti coinvolte nell'accertamento, e dunque non pare opportuno in questa sede indulgiare oltre nella sua esposizione.

Ben più importante appare invece nell'ottica dell'indagine che qui si vuole approfondire un diverso aspetto specificamente relativo all'efficacia della nomina difensiva in favore dell'ente formalizzata dal legale rappresentante incompatibile ai sensi dell'art. 39 comma 1 del Decreto, evidentemente viziata a monte dall'esistenza di una situazione di conflitto d'interesse da parte di chi ha conferito il mandato difensivo per la persona giuridica. La questione appare tanto più interessante alla luce dell'orientamento fatto proprio al riguardo dalla giurisprudenza assolutamente maggioritaria, tanto di merito quanto di legittimità.

Le pronunce esistenti in materia sono infatti tutte sostanzialmente concordi nel riconoscere l'invalidità della nomina formalizzata nell'interesse della società dal legale rappresentante imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo appunto in ragione della situazione di conflittualità quantomeno potenziale che

---

<sup>191</sup> Questo era in particolare l'indirizzo espresso in altre pronunce dei giudici di legittimità, come Cass. pen., sez. VI, 5 febbraio 2008, n. 15689, in *CED*, rv241011, annotata da S. Beltrani, *Il diritto di difesa degli enti nel processo penale*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, 2009/2, p. 145 ss., il quale non mancava di evidenziare come il «conflitto di interessi deflagrerebbe in tutta la sua virulenza ove fosse consentito al legale rappresentante dell'ente, imputato del reato costituente presupposto della responsabilità amministrativa contestata all'ente, di designare il difensore destinato a patrocinare l'ente ed a fornirgli assistenza difensiva tecnica»; nonché Cass. pen., sez. II, 9 dicembre 2014, n. 52748, in *CED*, rv261967.

<sup>192</sup> A parere del Supremo Consesso nomofilattico infatti, la nomina del difensore dell'ente effettuata nelle forme di cui all'art. 96 c.p.p. è da ritenersi validamente formalizzata a patto che la stessa persona giuridica non abbia ancora ricevuto l'informazione di garanzia prevista dall'art. 57 del d.lgs. n. 231/2001, contenente lo specifico avvertimento relativo al necessario deposito della dichiarazione di cui all'art. 39 comma 2 del Decreto da parte dell'ente che voglia partecipare al procedimento celebrato nei suoi confronti. Così Cass. pen., s.u., 28 maggio 2015, n. 33041, cit..

caratterizza la sua posizione in rapporto a quella della persona giuridica<sup>193</sup>. In altri termini, la presunzione *iuris et de iure* della sussistenza di un conflitto d'interessi in capo al medesimo determinerebbe un'incompatibilità assoluta a rappresentare la persona giuridica nel procedimento che la riguarda, impedendo lo svolgimento di qualsiasi attività processuale riferita al soggetto collettivo ed essendo quindi di ostacolo al valido compimento di quegli adempimenti connessi al concreto esercizio del diritto di difesa, quali appunto la nomina del difensore di fiducia della società<sup>194</sup>.

Il precipitato argomentativo delle sentenze *de qua* appare almeno a prima vista condivisibile. E' infatti chiara l'esigenza che guida le corti nel loro ragionamento: la nomina del difensore di fiducia rappresenta un atto tutt'altro che neutrale rispetto all'effettività delle garanzie partecipative dell'ente e, pertanto, non può ritenersi validamente effettuata se proveniente da soggetto che non sia assolutamente terzo rispetto all'oggetto dell'accertamento ed alla posizione del soggetto collettivo<sup>195</sup>.

Taluno non manca in verità di manifestare qualche perplessità in ordine all'ampiezza dei presupposti fattuali che determinerebbero l'invalidità dell'atto. Si segnala infatti come, pur a fronte dell'obiettiva sussistenza di un'ipotesi di incompatibilità, il legale rappresentante potrebbe comunque agire in buona fede, magari perché egli stesso ignaro della qualità di indagato rilevante ai sensi dell'art. 39 comma 1<sup>196</sup>. Potrebbe altresì verificarsi l'ipotesi in cui il legale rappresentante, ancorché formalmente incompatibile, ritenga di addossarsi interamente la responsabilità dell'illecito commesso, con effetti liberatori per la posizione della persona giuridica<sup>197</sup>. In tal caso, dunque, risulterebbe obiettivamente

---

<sup>193</sup> Cfr. da ultimo in questi termini Cass. pen., s.u., 28 maggio 2015, n. 33041 cit.; nonché Cass. pen., sez. VI, 31 maggio 2011, n. 29930, in *CED*, rv250432; Cass. pen., sez. VI, 19 giugno 2009, n. 41398, in *CED*, rv244407. Si veda anche, per quanto concerne la giurisprudenza di merito, Corte app. Brescia, sez. II, 28 giugno 2013, n. 2013, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 446, con nota di A. Spinelli, *Il rappresentante legale imputato: l'incompatibilità ed i suoi riflessi sul processo penale de societate*.

<sup>194</sup> Con l'unica singolare eccezione relativa al disposto dell'art. 43 del Decreto in materia di notificazione all'ente, su cui ampiamente *infra* par. 3.3.

<sup>195</sup> In questi termini le pronunce precedentemente citata alla nota n. 193.

<sup>196</sup> Lo rileva H. Belluta, *Partecipazione e difesa dell'ente nel «suo» processo: primi (parziali) approdi interpretativi*, in *Le Società*, 2010, p. 1001.

<sup>197</sup> La situazione in cui il legale rappresentante si orienti «verso l'assunzione della responsabilità individuale, tutelando di tal guisa la posizione processuale della persona giuridica» integrerebbe infatti ad avviso di A. Spinelli, *Il rappresentante legale imputato*, cit., p. 455 un ulteriore caso di

sproporzionata ed inutile la sanzione dell'invalidità per un atto verosimilmente non viziato da alcun conflitto<sup>198</sup>. Sarebbe allora in questi casi più prudente affidarsi ad una valutazione in concreto della situazione esistente, attraverso l'applicazione analogica ex art. 34 della normativa di cui all'art. 106 c.p.p.<sup>199</sup>.

Rileverebbero altresì i doveri di correttezza e fedeltà imposti al difensore comunque nominato, presidiati da sanzioni di carattere addirittura penale oltre che disciplinari<sup>200</sup>. Simili previsioni sarebbero sufficienti a dimostrare l'inadeguatezza della soluzione offerta dai giudici, facendo al contempo propendere per la conservazione dell'efficacia della nomina ancorché proveniente da soggetto gravato da una presunzione di incompatibilità.

Sebbene i timori manifestati da parte della dottrina non appaiano certo destituiti di qualsiasi fondamento, essi non sembrano tuttavia sufficienti a giustificare l'adozione di una soluzione fondata esclusivamente sull'operatività della generale previsione di cui all'art. 106 c.p.p.. Sul punto occorre in primo luogo prendere in considerazione l'estrema difficoltà che caratterizza la concreta identificazione delle mutevoli dinamiche che interessano le relazioni d'interesse tra i soggetti coinvolti nell'accertamento, di tal che non appare irragionevole l'adozione di un rimedio che – per quanto indubbiamente radicale – appare comunque forse l'unico in grado di tutelare in maniera adeguata l'effettività delle fondamentali prerogative difensive della persona giuridica<sup>201</sup>.

L'unica perplessità obiettivamente insuperabile derivante dalla soluzione offerta al quesito dalla giurisprudenza appare casomai quella legata alle

---

assoluta convergenza degli interessi tra le parti, che si andrebbe ad aggiungere a quello precedentemente segnalato relativo alla radicale negazione dell'integrazione stessa degli estremi di un fatto di reato ad opera della persona fisica. Sul punto non pare però inopportuno specificare che ciò può esser vero solo qualora all'assunzione di una responsabilità individuale in relazione alla commissione del reato presupposto si accompagni l'affermazione del perseguimento di un interesse egoistico da parte della persona fisica, rimanendo diversamente in capo all'ente l'ulteriore onere di dimostrare l'assenza di qualsiasi colpa di organizzazione, almeno nell'ipotesi di reato commesso da soggetto c.d. apicale.

<sup>198</sup> Cfr. ancora A. Spinelli, *Il rappresentante legale imputato*, cit., p. 454.

<sup>199</sup> In questo senso tra gli altri, G. Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 135.

<sup>200</sup> Evidenzia l'opportunità di considerare la rilevanza dell'etica professionale del difensore dell'ente G. Varraso, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente*, cit., p. 1395; Id., *Commento all'art. 39*, cit., p. 976, ove l'autore richiama esplicitamente la previsione incriminatrice di cui all'art. 380 c.p.p..

<sup>201</sup> Circa l'intrinseca inadeguatezza del congegno di cui all'art. 106 c.p.p. ad offrire una soddisfacente risposta alla problematica qui in rilievo cfr. *infra*. Basti pertanto qui limitarsi a sottolineare come potrebbe rivelarsi assai arduo stabilire con un sufficiente grado di certezza l'effettiva rispondenza delle iniziative intraprese dal difensore all'interesse della persona giuridica.

conseguenze pregiudizievoli che possono paradossalmente interessare lo stesso ente a seguito della declaratoria d'invalidità della nomina difensiva, le quali sembrano comprensibilmente rivestire un ruolo non secondario nelle critiche avanzate al riguardo da parte della dottrina maggioritaria<sup>202</sup>. E' infatti singolare notare come la maggior parte delle fattispecie sottoposte all'esame dei giudici concerneva l'ammissibilità di atti d'impugnazione presentati da parte del difensore della persona giuridica nominato dal legale rappresentante imputato<sup>203</sup>. La conseguenza indefettibile derivante dall'invalidità dell'atto così compiuto era quindi rappresentata dall'inammissibilità del gravame proposto nell'interesse dell'ente, con effetti indiscutibilmente negativi per la stessa società<sup>204</sup>.

Il pregiudizio segnalato non appare però insuperabile: sembra infatti possibile porre rimedio all'anomalia segnalata pur senza rinunciare in radice all'impostazione teorica fatta propria dalle pronunce giurisprudenziali in esame. Si potrebbe in primo luogo modulare l'inefficacia degli atti compiuti dal difensore invalidamente nominato in funzione dell'oggettiva attitudine degli stessi ad incidere sulla posizione processuale dell'assistito. Nel caso di specie non dovrebbero dunque incontrarsi particolari problemi a riconoscere l'ammissibilità di un'iniziativa caratterizzata da un oggettivo connotato di favore in relazione alla posizione del soggetto nel cui interesse è esperita, qual è indubbiamente la proposizione dell'atto di impugnazione<sup>205</sup>. Alternativamente, piuttosto che giungere sempre e comunque ad una declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione così proposta,

---

<sup>202</sup> La nomina effettuata dal legale rappresentante incompatibile determina infatti ad avviso dei giudici l'invalidità derivata degli atti posti in essere dal difensore così nominato. Sul punto, tra gli altri, D. Potetti, *Art. 39 comma 1 del d.l.vo n. 231 del 2001: incapacità del rappresentante legale dell'ente e diritto di difesa*, in *Arch. della nuova proc. pen.*, 2014, p. 11 ss.

<sup>203</sup> Lo rileva R. Puglisi, *Processo agli enti: il rappresentante incompatibile non può nominare il difensore*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 250 ss.

<sup>204</sup> Per un caso in cui l'invalidità della nomina determina invece il verificarsi di una nullità a regime intermedio e dunque la regressione del procedimento al momento della formalizzazione dell'atto invalido cfr. Corte di app. Brescia, II sez., 17 luglio 2013, n. 2013, cit.. Almeno con riguardo ad una simile evenienza, in cui la nullità della nomina non è connessa all'inammissibilità del gravame proposto dall'ente, sembra lecito affermare che la soluzione concretamente adottata potrebbe effettivamente costituire un efficace rimedio al pregiudizio eventualmente subito dalla società.

<sup>205</sup> Il rilievo è sicuramente riferibile alla richiesta di riesame ex artt. 53 comma 1 d.lgs. n. 231/2001 e 322 c.p.p. che, in quanto mezzo d'impugnazione sottratto all'iniziativa dell'accusa, è strutturalmente inidoneo a determinare effetti peggiorativi rispetto alle previsioni del provvedimento impugnato. In maniera non troppo dissimile taluno propone alternativamente di ricondurre l'ipotesi in esame al regime delle nullità intermedie ex art. 178 lett. c) c.p.p., con la conseguente applicabilità delle previsioni in materia di sanatorie generali delle nullità, che impedirebbero di riconoscere il verificarsi dell'invalidità almeno nel caso in cui l'iniziativa del difensore sia stata accettata dal soggetto collettivo. Sul punto D. Potetti, *Art. 39 comma 1*, cit., p. 13-14.



non sembra peregrino teorizzare la possibilità di attribuire al nuovo difensore eventualmente nominato la possibilità di ratificare l'atto compiuto dal precedente patrono, così da salvaguardarne gli effetti in ipotesi favorevoli per la parte.

A prescindere da quanto segnalato il problema sembra comunque porsi in ottica per certi speculari rispetto alle perplessità manifestate da parte di alcuni autori: a preoccupare non sono tanto gli effetti derivanti dalla declaratoria d'invalidità della nomina difensiva rispondente ad un effettivo interesse della persona giuridica ancorché proveniente da soggetto gravato da una presunzione assoluta di incompatibilità ad agire nell'interesse di quest'ultima. Ben più problematica appare infatti l'ipotesi in cui la nomina difensiva compiuta nell'interesse dell'ente provenga da soggetto formalmente compatibile, ma ciò nondimeno interessato da una situazione di sostanziale conflitto rispetto alla posizione del soggetto collettivo. Se infatti è innegabile che almeno in alcune ipotesi l'invalidità della nomina potrebbe interessare un atto compiuto da chi, ancorché di fatto incompatibile, potrebbe trovarsi in una posizione di perfetta comunanza d'interesse rispetto all'ente, è per contro assolutamente verosimile ipotizzare l'eventualità di una nomina formalizzata da parte di persona che, pur non versando nella situazione legalmente tipizzata dall'art. 39, sia comunque portatrice di un interesse che la oppone alla società.

In altri termini, piuttosto che contenere l'incidenza di una previsione sanzionatoria generalizzante appare dunque assai più impellente offrire rimedio ai casi in cui i diritti partecipativi dell'ente rischierebbero di patire un intollerabile pregiudizio. Si pensi in via solo esemplificativa alla nomina proveniente da soggetto non ancora formalmente indagato ma comunque coinvolto nei fatti da cui deriva la responsabilità della società. Egli sarebbe infatti pienamente legittimato a formalizzare la nomina difensiva in favore dell'ente sebbene almeno in astratto interessato ad agire anche per il perseguimento di un proprio egoistico interesse<sup>206</sup>. Rileva poi ancora l'eventualità – pure segnalata in dottrina sebbene non con specifico riferimento alla questione qui in rilievo – della designazione di un

---

<sup>206</sup> Appare poi possibile richiamare i rilievi già svolti con riguardo all'ambito di operatività eccessivamente ristretto che caratterizza la previsione di cui all'art. 44 comma 1 lett. b) del Decreto, in relazione ai quali si rimanda, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, al par. 2.4, in particolare note nn. 60-63.

c.d. legale rappresentante *ad processum* ai fini della partecipazione dell'ente al procedimento. Tale figura sarebbe senza dubbio abilitata a nominare il difensore nell'interesse della persona giuridica senza che la normativa positiva ponga limiti di sorta in ordine alla scelta di tale figura, che potrebbe dunque essere individuata in persona solo formalmente terza ed autonoma rispetto al vertice della società coinvolta nel procedimento<sup>207</sup>. In tutti questi casi l'effettività del diritto al difensore del soggetto collettivo è esposta ad un rilevante pregiudizio che non trova alcuno specifico presidio normativo nell'articolato del Decreto.

Ecco che potrebbe allora effettivamente venire in rilievo il disposto dell'art. 106 c.p.p., norma sicuramente applicabile in chiave sussidiaria rispetto alle specifiche previsioni del d.lgs. n. 231/2001 ma che, a dire il vero, appare solo parzialmente rispondente alla necessità di tutelare le prerogative difensive dell'ente e – secondo una prospettiva invertita - del soggetto imputato del reato presupposto.

E' bene innanzitutto notare come l'art. 106 c.p.p., nel prevedere l'impossibilità di assumere la difesa comune di imputati in «posizioni tra loro incompatibili», detti una disciplina solo parzialmente sovrapponibile alla specifica ipotesi qui in considerazione. Per evitare una confusione dei piani d'indagine è dunque bene specificare che la norma in esame si preoccupa di offrire disciplina alla peculiare situazione dell'assunzione di un mandato difensivo congiunto a favore di imputati con posizioni tra loro incompatibili. La norma potrebbe allora fungere da rimedio nei casi in cui il legale rappresentante incompatibile provveda alla nomina di un unico legale in suo favore ed in nome della società<sup>208</sup>. Non è però scontato che la designazione difensiva effettuata dal soggetto in conflitto d'interesse rispetto alla persona giuridica debba necessariamente indicare il medesimo soggetto che lo assiste personalmente. Gli organi di vertice ben potrebbero anzi procedere alla nomina di un differente patrono, magari proprio al fine conferire alla difesa dell'ente un'autonomia che potrebbe però rivelarsi soltanto di facciata.

---

<sup>207</sup> In termini generali cfr., tra gli altri, L. Pistorelli, *Le modalità di partecipazione*, cit., p. 178.

<sup>208</sup> Un'ulteriore ipotesi applicativa pure venuta all'attenzione dei giudici sarebbe quella relativa ad un unico incarico difensivo quale difensore dell'ente tanto nella sua veste di responsabile civile per il fatto dell'imputato quanto in relazione alla sua qualifica di parte civile per ottenere il risarcimento del danno derivante dal reato commesso dalla persona fisica. Al riguardo si veda Trib. Milano, sez. IV, ord. 2 febbraio 2009, in *Il foro ambr.*, XI, 2009, p. 19, con nota di G. Camera, *Incompatibilità del patrocinatore e genuinità della prova testimoniale un terreno "scivoloso" per il diritto di difesa*.

E' altresì bene specificare come la previsione di cui all'art. 106 c.p.p. risulterebbe poi del tutto inadeguata a disciplinare alcune tra le ipotesi più problematiche in relazione alla salvaguardia delle prerogative difensive del soggetto collettivo. E' questo ad esempio il caso della nomina effettuata dal legale rappresentante non (ancora) indagato o imputato comunque interessato al procedimento in relazione al quale, appunto in quanto non formalmente attinto da elementi di responsabilità, potrebbe essere arduo ipotizzare la sussistenza di una fattispecie di incompatibilità nella difesa.

Tutto ciò sembra dunque sufficiente a testimoniare come la soluzione offerta dai giudici possa in verità apparire assai più ragionevole di quanto non sembri. Ciò posto, è comunque innegabile la rilevanza della generale questione relativa all'astratta opportunità di consentire l'assunzione di una difesa congiunta delle posizioni di ente e persona fisica, tema su cui occorre dunque brevemente soffermarsi.

Se infatti la titolarità del duplice mandato in capo ad un unico difensore potrebbe per un verso facilitare la predisposizione di una più efficace strategia difensiva, non è però trascurabile il rischio che si potrebbe determinare per l'effettività del diritto di difesa. Ferme restando le perplessità segnalate derivanti da un incarico congiunto conferito dal legale rappresentante "interessato", il difensore comune, se invece individuato dall'ente, potrebbe essere verosimilmente portato a privilegiare gli interessi della persona giuridica in luogo di quelli dell'individuo, anche in ragione del maggiore potere economico e contrattuale della prima<sup>209</sup>. Ecco che allora la natura biunivoca delle relazioni d'interesse –

---

<sup>209</sup> Il tema relativo all'effettività del diritto di difesa del singolo qualora la scelta del difensore dell'individuo sia lasciata nella disponibilità dell'ente è stato oggetto di diffuso approfondimento dell'ambito del contesto della *corporate criminal liability* nord - americana. Al riguardo si segnala in particolare l'analisi svolta da J. S. Nelson – R. O. Parry, *Protecting Employee Rights and Prosecuting Corporate Crime: A Proposal for Criminal Cumis Counsel*, in *BBLJ*, vol. 10, 1, p. 115 ss. Dopo aver compiutamente analizzato il problema, gli autori suggeriscono l'estensione al campo della *corporate criminal liability* di un risalente principio di diritto affermato per la prima volta da una corte californiana in materia di diritto assicurativo. Nello specifico, ove l'assicurato sia citato in giudizio da parte di un terzo che pretenda di ottenere il risarcimento di un danno coperto dalla polizza, la compagnia assicurativa, che è obbligata anche a sostenere le spese legali dell'assicurato, perde – in quanto portatrice di un potenziale conflitto di interessi – il suo diritto a scegliere il difensore incaricato di rappresentarlo, pur conservando la sua obbligazione al pagamento del legale che potrà dunque essere liberamente individuato dal cliente. L'applicazione di tale principio in materia di responsabilità delle persone giuridiche consentirebbe dunque all'imputato del reato presupposto di individuare autonomamente un difensore se del caso anche

differentemente rispetto a quanto appena osservato in relazione alla nomina difensiva in favore dell'ente da parte del legale rappresentante incompatibile – sembra in questo caso arrecare un pregiudizio riguardante la posizione della persona fisica.

Rileva in tal senso la particolare “debolezza” dell’art. 106 c.p.p. proprio nell’ambito del procedimento di accertamento della responsabilità della persona giuridica. A tale riguardo un primo apparente ostacolo interpretativo alla sua applicabilità potrebbe essere rappresentato dalla stessa possibilità di qualificare l’ente alla stregua di un imputato, ancorché formalmente accusato di un illecito amministrativo dipendente da reato. Sul punto non si può del resto tacere che l’art. 59 del Decreto si esprime effettivamente nei termini di «contestazione dell’illecito amministrativo», palesando un’evidente differenza terminologica rispetto alle previsioni del codice di rito, che all’art. 405 disciplina invece l’esercizio dell’azione penale attraverso la formulazione dell’imputazione<sup>210</sup>. Sul punto sembra però abbastanza agevole concludere che, a prescindere dalla segnalata questione nominalistica, la disposizione dovrebbe comunque trovare applicazione in forza dell’operatività delle clausole generali di cui agli artt. 34 e 35 del Decreto.

Più in generale sono poi da considerare le rilevanti incertezze circa le conseguenze derivanti dall’inosservanza delle prescrizioni contenute nella norma in esame<sup>211</sup>. L’assenza di esplicite indicazioni al riguardo rischia infatti di rendere

---

diverso da quello dell’ente, pur conservando – ove previsto – il suo diritto ad essere tenuto indenne dal pagamento delle spese legali.

<sup>210</sup> La questione è più in generale connessa al dibattuto tema dell’effettiva natura della responsabilità della persona giuridica. E’ infatti evidente che ove si ritenesse di aderire all’orientamento che la qualifica come sostanzialmente penale, non sarebbero rinvenibili problemi di sorta nell’equiparazione dell’ente ad un imputato. Sullo specifico tema si veda, tra gli altri, V. Maiello, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una "truffa delle etichette" davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 879 ss.; L. Stortoni – D. Tassinari, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 7 ss.; O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 10 ss.

<sup>211</sup> Sebbene appaia corretto aderire all’orientamento giurisprudenziale che riconosce il verificarsi di una nullità (così, tra le altre, Cass. pen., sez. I, 23 ottobre 2012, n. 29479, in *CED*, rv256448), non mancano ad esempio pronunce che – pur con specifico riferimento alla fattispecie di cui al comma 4 bis dell’art. 106 c.p.p. – affermano che la violazione della disposizione in oggetto «non costituisce causa di nullità o inutilizzabilità». In questi termini Cass. pen., sez. VI, 11 ottobre 2012, n. 10887, in *Cass. pen.*, 2014, p. 241 nonché, conformemente, Cass. pen., s.u., 22 febbraio 2007, n. 21834, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 853, con nota di L. Milani, *In tema di inosservanza del divieto di difesa cumulativa di cui all’art. 106, comma 4 bis, c.p.p.*; annotata anche da S. Renzetti, *Nessuna conseguenza invalidante per la violazione dell’art. 106, comma 4 bis, c.p.p.: una lettura obbligata?*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1947.

la loro violazione priva di qualsiasi conseguenza invalidante, con evidente pregiudizio per l'effettività delle previsioni in oggetto. La semplice rimozione del difensore incompatibile, impregiudicata la validità degli atti compiuti dal medesimo prima della sua sostituzione ma dopo il verificarsi dell'incompatibilità, sembra infatti insufficiente a tutelare in maniera effettiva il diritto di difesa dell'imputato, specialmente in considerazione della ricordata accezione sostanzialista della garanzia in questione consolidata nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>212</sup>.

Il vero punto critico della disciplina non può però che essere rappresentato in questa sede dallo stesso presupposto per l'operatività del divieto in esame, ossia l'incompatibilità delle posizioni dei coimputati. Una simile nozione costituisce infatti un parametro definitorio particolarmente insoddisfacente e difficilmente determinabile a priori nel contesto delle relazioni tra ente ed imputato persona fisica. Non è dunque possibile escludere a priori che eventualità quali quelle segnalate in precedenza potrebbero non trovare adeguata tutela in forza del disposto della norma in esame, almeno in tutti i casi in cui il conflitto tra ente ed imputato non appaia palese anche agli occhi del giudice.

In ragione di tutto quanto segnalato non sembra dunque irragionevole ipotizzare l'introduzione di una previsione che – superando di fatto l'elaborazione di giurisprudenza e dottrina sul punto – impedisca in radice l'assunzione di un mandato difensivo congiunto in favore di ente e persona fisica nell'ambito del procedimento ex d.lgs. n. 231/2001. Un simile divieto, pur non costituendo un ostacolo assoluto al verificarsi di un pregiudizio a danno di una delle parti coinvolte<sup>213</sup>, potrebbe almeno porre rimedio alle più frequenti e macroscopiche

---

<sup>212</sup> A tal proposito pare pertinente menzionare il caso già citato Corte eur. dir. uomo, 13.05.1980, *Artico c. Italia*. In tale occasione la Corte riscontrava infatti la violazione dell'art. 6 della Convenzione, con particolare riferimento al diritto di difesa, nel caso della nomina di un difensore che si fosse poi disinteressato del procedimento, non offrendo un'assistenza adeguata ed effettiva all'imputato. Come già in parte anticipato, nello specifico la Corte aveva modo di contrastare l'argomento del Governo italiano, secondo cui l'obbligazione convenzionale da parte dello Stato poteva dirsi soddisfatta in ragione della semplice esistenza di una formale nomina difensiva, affermando esplicitamente che «*the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective; this is particularly so of the rights of the defence in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial, from which they derive*».

<sup>213</sup> Residuerrebbe infatti pur sempre la già segnalata eventualità in cui il conflitto trovi espressione attraverso la nomina di un difensore diverso rispetto a quello che assiste la persona fisica, ma pur sempre diretta espressione degli interessi di quest'ultima.

violazioni dell'effettività delle prerogative processuali dei protagonisti dell'accertamento<sup>214</sup>. Per quanto non appaiano poi certamente da disconoscere i segnalati benefici potenzialmente derivanti da un'assunzione congiunta del mandato difensivo, il rilievo non pare comunque sufficiente a sconsigliare l'adozione di una soluzione quale quelle appena proposta. Occorre infatti considerare come tali benefici possano pur sempre essere adeguatamente garantiti attraverso la titolarità di una difesa che – ancorché nominalmente differente – possa giovare della meditata concertazione delle iniziative processuali da intraprendere.

A prescindere dall'opzione concretamente preferibile sembra comunque emergere incontrovertibilmente il generale disinteresse del legislatore nei confronti di una problematica dalla portata a dir poco fondamentale, che non risulta destinataria di alcuna una specifica disciplina, e che deve dunque almeno allo stato trovare risoluzione attraverso la mutevole opera interpretativa della giurisprudenza.

Il tema appena approfondito lascia inoltre emergere un'ulteriore criticità di non poco momento. Oltre alle perplessità poco sopra evidenziate in ordine al contenuto prescrittivo dell'art. 106 c.p.p., specie con riguardo alla possibilità di identificare una effettiva situazione di incompatibilità tra le posizioni degli assistiti, è infatti ulteriormente necessario considerare l'eventualità in cui l'inconciliabilità di queste emerga in epoca non prossima all'assunzione del mandato congiunto, il che basta ad evidenziare i riflessi negativi della disciplina in questione anche in relazione alla riservatezza delle comunicazioni tra il difensore e la parte, con particolare riguardo alle informazioni fornite al legale che la rappresentava prima del manifestarsi di una posizione di incompatibilità.

Un simile rilievo sposta dunque l'attenzione sul tema della confidenzialità del rapporto tra difensore ed assistito, ulteriore questione oggetto di rilevante e specifica trattazione nel contesto della responsabilità di individuo e persona giuridica in ordinamenti diversi da quello nazionale<sup>215</sup>, ma in relazione alla quale lo

---

<sup>214</sup> Quali appunto la nomina di un comune difensore che agisce nel sostanziale interesse di una sola delle parti coinvolte.

<sup>215</sup> Il tema risulta particolarmente approfondito nell'ambito della responsabilità delle persone giuridiche all'interno dell'ordinamento nord – americano, con specifico riguardo alla spendibilità processuale a carico dell'individuo dei risultati dei processi di *audit* condotti dall'ente. Il tema sarà

stato dell'arte a livello interno registra un evidente ritardo. Ciò è palese a seguito di una pur sommaria disamina del quadro normativo esistente in materia.

Sebbene le previsioni in materia di segreto prevedano infatti la facoltà di astensione del legale su quanto conosciuto in ragione della propria professione<sup>216</sup>, la natura riservata delle comunicazioni difensive non mette al riparo dalla possibilità di un utilizzo processuale delle dichiarazioni rese al difensore. Non ci si può esimere dal rilevare come le norme in questione risultino infatti solo parzialmente rispondenti alle finalità di tutela dell'assistito in quanto prevedono una semplice facoltà di astensione in capo al legale senza stabilire alcun divieto di testimonianza. Per altro verso l'art. 197 lett. d) c.p.p., che pure sancisce espressamente l'incompatibilità a testimoniare del difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva<sup>217</sup>, non vale ad istituire un generale divieto in tal senso. Come noto infatti, una volta rinunciato al mandato, il legale assume legittimamente la qualifica di teste<sup>218</sup>. L'applicazione del principio di diritto in oggetto sarebbe peraltro particolarmente problematica nel contesto del procedimento di accertamento della responsabilità delle persone giuridiche, in cui si potrebbe argomentare che la menzionata rinuncia al mandato sarebbe addirittura superflua nell'ipotesi in cui il procedimento a carico del soggetto collettivo e dell'individuo siano stati separati ai sensi dell'art. 38 comma 2 del Decreto. Non manca infatti chi sostiene, sebbene in prospettiva più generale, che il difensore «non [può] testimoniare [solo] nello stesso procedimento in cui esercita

---

oggetto di specifica considerazione nel capitolo seguente. Ai presenti fini basti dunque il rinvio a B. A. Green – E. S. Podgor, *Unregulated Internal Investigation. Achieving fairness for Corporate Constituents*, in *54 B.C.L. Rev.* 73 (2013), p. 100.

<sup>216</sup> Sul punto rilevano l'art. 200 comma 1 lett. b) c.p.p. e l'art. 58 del codice deontologico forense. Al riguardo Non è quindi inverosimile immaginare che il difensore che rappresenti l'ente decida comunque di non avvalersi di simile facoltà.

<sup>217</sup> Oltre a spiegare i propri effetti solo in relazione alle risultanze dell'attività di investigazione difensiva. Così A. Camon, *Le nuove regole sulla testimonianza del difensore al vaglio della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3794 ss.; v. anche C. Conti, *Due nuove ipotesi di incompatibilità a testimoniare: il difensore che ha svolto investigazioni difensive e l'ausiliario che ha verbalizzato l'intervista*, in *Aa.Vv.*, *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore. Investigazioni private – difesa d'ufficio – Patrocinio per i non abbienti*, a cura di L. Filippi, Padova, Cedam, 2001, p. 27 ss.

<sup>218</sup> Cfr. Corte cost. n. 215/1997, che dichiarava infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 197 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva l'incompatibilità a testimoniare del difensore, nonché *Cass. pen.*, sez. V, 5 febbraio 2010, n. 16255, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2301. Sul tema v. anche A. Camon, *L'incompatibilità tra difensore e testimone*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 1 ss.

il mandato»<sup>219</sup>. Simile constatazione evidenzia un ulteriore potenziale profilo di garanzia connesso alla rigorosa osservanza delle regole in materia di *simultaneus processus* che va ad aggiungersi a quelli segnalati nei precedenti capitoli, il quale verrebbe però vanificato da un'interpretazione lassista di tale principio che, anche in base a quanto diffusamente argomentato nei primi due capitoli, è tutt'altro che inverosimile ipotizzare.

### **3.3 La partecipazione “personale” dell’ente.**

Il tema dell’assistenza difensiva non è però l’unico aspetto che evidenzia l’inadeguatezza delle previsioni del Decreto con specifico riguardo alla tutela dell’effettività delle prerogative processuali di ente ed imputato persona fisica alla luce dei rapporti d’interesse che caratterizzano la relazione tra le due parti. Se con riferimento alla disciplina in materia di diritto al difensore tale inadeguatezza si manifesta infatti attraverso un sostanziale disinteresse nei confronti delle problematiche derivanti dal fenomeno qui in rilievo, talvolta – come nel caso che si andrà a considerare - è addirittura l’esplicito assetto normativo del Decreto a manifestare un’evidente inconsapevolezza dei risvolti processuali conseguenti al conflitto almeno potenziale che investe le posizioni di soggetto collettivo ed individuo. E’ appunto questa l’ipotesi relativa alle previsioni riguardanti la partecipazione dell’ente al procedimento per l’accertamento della sua responsabilità.

Anche tale specifico aspetto è in realtà interessato da perplessità che riguardano più in generale l’effettività della prerogativa in questione nell’ambito del processo *de societate* a prescindere dall’incidenza degli assetti d’interesse tra soggetto collettivo ed individuo. Rileva indubbiamente in tal senso il quesito relativo alle modalità di partecipazione dell’ente, e nello specifico la necessità di

---

<sup>219</sup> In questi termini F. Grifantini, *Il segreto difensivo nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 76-77.



un atto di formale costituzione della persona giuridica come presupposto ineliminabile per un compiuto esercizio delle sue facoltà di auto difesa<sup>220</sup>.

Il vero e proprio *punctum dolens* al riguardo è però identificabile – almeno per quanto qui più interessa - nella previsione che si pone quale indefettibile premessa all'utile svolgimento di qualsiasi attività partecipativa da parte della società nel procedimento che la riguarda, ossia nell'unica previsione che il Decreto dedica alle notificazioni nei confronti della persona giuridica. E' infatti evidente che l'effettiva e tempestiva conoscenza dell'esistenza di un accertamento celebrato a suo carico costituisce per il soggetto collettivo il presupposto ineliminabile per intraprendere qualsiasi attività all'interno del medesimo, ovvero per rimanere consapevolmente inerte<sup>221</sup>.

Ai sensi dell'art. 43 d.lgs. n. 231/2001 la prima notificazione all'ente dovrà dunque essere eseguita secondo quanto disposto dall'art. 154 comma 3 c.p.p., ossia mediante le forme stabilite dal processo civile. Già in base a tale rinvio normativo sembra quindi possibile dedurre che la notifica potrà nella maggior parte dei casi dirsi validamente effettuata se perfezionata mediante consegna al rappresentante della persona giuridica<sup>222</sup>. Con una previsione che sembra potersi definire di "chiusura" il secondo comma dell'art. 43 sancisce altresì la validità della notifica comunque effettuata mediante consegna al legale rappresentante dell'ente, anche se imputato del reato presupposto alla responsabilità della società<sup>223</sup>.

---

<sup>220</sup> L'opinione assolutamente dominante, diversamente rispetto a quanto si stima più corretto ritenere avendo invece riguardo ai poteri connessi al diritto di difesa dell'ente, evidenzia infatti la necessità della costituzione ex art. 39 al fine dell'esercizio delle facoltà partecipative del soggetto collettivo connesse alle sue prerogative di auto difesa. Senza tale atto la società non potrebbe infatti dirsi "esistente" all'interno del procedimento che la riguarda. In questo senso, per tutti, G. Varraso, *Commento all'art. 39*, in Aa. Vv., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 964. Sul punto cfr. anche *infra* par. 3.4.

<sup>221</sup> Resta ovviamente salva la possibilità che l'ente, pur non avendo ricevuto alcuna notificazione, si attivi spontaneamente per conoscere l'eventuale esistenza di iscrizioni a suo carico nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., facoltà espressamente riconosciutagli dall'art. 55 comma 2 del Decreto. L'attribuzione disgiunta di tale ultima prerogativa «all'ente o al suo difensore» è peraltro da taluno individuata quale uno degli argomenti a sostegno della superfluità della costituzione ex art. 39 ai fini della nomina del difensore della persona giuridica. In questi termini R. Montanile, *La difesa dell'ente imputato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 1117. Sul punto cfr. anche *retro* note nn. 18 ss..

<sup>222</sup> Le rilevanti norme del c.p.c. individuano infatti la prima modalità di notificazione alle persone giuridiche nella «consegna di copia dell'atto al rappresentante» (cfr. art. 145 comma 1 c.p.c.).

<sup>223</sup> In senso sostanzialmente analogo P. Corvi, *La disciplina delle notificazioni all'ente*, in Aa. Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 259 ss..

Spicca dunque in maniera singolare il contrasto rispetto a quanto diffusamente evidenziato nel precedente paragrafo: lo stesso soggetto gravato da una presunzione *iuris et de iure* di incompatibilità che gli inibisce il compimento di qualsivoglia iniziativa processuale finanche intrapresa nell'apparente interesse dell'ente è però *per tabulas* identificato quale naturale destinatario della notifica degli atti relativi al procedimento ex d.lgs. n. 231/2001.

La norma in esame viene così ad integrare una evidente eccezione rispetto alla ritenuta incompatibilità assoluta del legale rappresentante imputato, eccezione di cui appare invero difficile cogliere la ragionevolezza. Il profilo non è sfuggito a chi ha sollevato apposita questione di legittimità costituzionale della norma in rilievo, denunciandone appunto l'insanabile contrasto con i principi di cui agli artt. 3, 24 e 76 Cost.. Il giudice remittente evidenziava infatti principalmente come la notifica eseguita nei confronti del legale rappresentante imputato esponesse al rischio di una tardiva conoscenza del procedimento da parte dell'ente a seguito di un contegno "reticente" serbato dal medesimo in ordine all'informativa ricevuta, che determinerebbe in maniera assolutamente consequenziale l'«impossibilità di difendersi a partire dalla fase delle indagini preliminari» per il soggetto collettivo<sup>224</sup>.

Non sembra poi trascurabile il rilievo per cui la disciplina in esame manifesterebbe i maggiori profili di criticità proprio nel caso ove l'ente sia rimasto inerte all'interno dell'accertamento, omettendo il deposito di un apposito atto di costituzione ai sensi dell'art. 39 del Decreto, ossia nell'ipotesi in cui le cautele informative nei confronti della società dovrebbero essere osservate con maggior rigore<sup>225</sup>. Ai sensi dell'art. 43 comma 3 la formale costituzione della persona

---

<sup>224</sup> Così la parte espositiva della sent. Corte cost., n. 249 del 20 luglio 2011 in relazione al contenuto della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Salerno e dichiarata inammissibile dalla stessa Corte. A commento della pronuncia si veda G. Varraso, *Rappresentante legale "incompatibile" e notificazioni all'ente nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3211 ss.; A. Marandola, *Sulla validità costituzionale del regime delle notificazioni all'ente effettuate al legale rappresentante imputato del medesimo reato*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3207 ss.; G. Leo, *Sulle modalità di effettuazione delle notifiche in favore dell'ente cui si addebita responsabilità da reato per un fatto ascritto al legale rappresentante*, in *Dir. pen. cont.*, consultabile on – line all'indirizzo: <http://www.penalecontemporaneo.it/area/2-15-1-1928>.

corte\_cost\_\_27\_luglio\_2011\_\_n\_\_249\_\_pres\_\_quaranta\_\_rel\_\_lattanzi\_\_sulle\_modalit\_\_di\_effettuazione\_delle\_notifiche\_in\_favore\_dell\_\_ente\_cui\_si\_addebita\_responsabilit\_\_da\_reato\_per\_u\_n\_fatto\_ascritto\_al\_legale\_rappresentante/.

<sup>225</sup> Proprio nel caso di omessa attivazione della persona giuridica sembrano infatti assumere maggiore consistenza le perplessità con relative all'effettiva conoscenza da parte sua di un procedimento a suo carico.

giuridica avrebbe infatti l'effetto di determinare la necessità di effettuare la notifica nel luogo a tal fine indicato dalla stessa<sup>226</sup>.

La Corte non accoglieva però l'impostazione dell'ordinanza di rimessione, dichiarando la relativa questione inammissibile. A parere dei giudici della Consulta, infatti, la *ratio* dell'incompatibilità processuale non potrebbe estendersi alla materia delle notificazioni. Le esigenze conoscitive sottese all'attività di notifica non sarebbero necessariamente pregiudicate «dall'eventuale divaricazione d'interessi» che caratterizza la posizione del legale rappresentante imputato. Sarebbe anzi assolutamente ragionevole prevedere che questi, «nel fedele esercizio del proprio mandato, ponga gli altri organi dell'ente a conoscenza dell'atto notificato», permettendo così alla persona giuridica di attivarsi eventualmente anche mediante la nomina di un diverso rappresentante processuale *ad hoc* designato.

I giudici individuano poi un ulteriore profilo di inammissibilità della questione di legittimità proposta nell'erronea individuazione della norma del Decreto denunciata di incostituzionalità<sup>227</sup>. Non è questa la sede per interrogarsi nello specifico circa la correttezza giuridica della specifica decisione assunta dalla Corte. Sul punto basterà solo incidentalmente osservare come non risultino forse del tutto insussistenti profili formali sufficienti a giustificare la decisione di inammissibilità della relativa questione, connessi anche all'inopportunità di una pronuncia additiva da parte della Corte nei termini richiesti da parte del giudice remittente<sup>228</sup>.

Vi è però un dato che emerge dal tenore letterale dello stesso provvedimento in questione che sembra almeno indirettamente confermare la sostanziale inadeguatezza dell'assetto normativo in esame. A parere del Giudice delle leggi l'ipotesi di un'infedele condotta del legale rappresentante in conflitto d'interessi

---

<sup>226</sup> Cfr. sul punto G. Varraso, *Rappresentante legale "incompatibile" e notificazioni*, cit., p. 3212.

<sup>227</sup> Più nel dettaglio il remittente arrivava a teorizzare l'opportunità di istituire un procedimento di nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 secondo comma c.p.c.. Egli avrebbe dovuto fungere da intermediario della notificazione in favore dell'ente avendo altresì «il compito di interagire con i suoi organi abilitati a deliberare sulla partecipazione al procedimento», il che implicherebbe ad avviso della Corte l'individuazione di un diverso destinatario dell'atto da notificare. Per addivenire ad un simile risultato sarebbe però necessario estendere la portata applicativa dell'art. 39 al momento della notificazione con la conseguenza che su tale norma avrebbe dunque dovuto incentrarsi il giudizio di legittimità costituzionale.

<sup>228</sup> Cfr. ancora al riguardo G. Varraso, *Rappresentante legale "incompatibile" e notificazioni*, cit., p. 3211 ss.

«può certamente verificarsi, ma deve ritenersi eccezionale e patologica». Orbene, se tale eccezionale evenienza non può forse effettivamente essere posta alla base di una declaratoria d'incostituzionalità della normativa in rilievo, la semplice possibilità di un'eventuale condotta infedele del legale rappresentante sembra comunque sufficiente a testimoniare in maniera inequivocabile l'insoddisfazione derivante dalla soluzione adottata dal Decreto.

Più nel dettaglio occorre in primo luogo evidenziare come non appaiano assolutamente convincenti i rilievi in ordine «all'errore percettivo in cui sarebbe caduto il giudice remittente anche in considerazione della sovrapposizione dei diversi istituti richiamati»<sup>229</sup>. Per quanto appaia indubitabile la diversità ontologica esistente tra l'art. 43 in materia di notificazioni, norma con una finalità meramente cognitiva, e l'art. 39, inerente invece all'incompatibilità del legale rappresentante imputato a svolgere funzioni partecipative e rappresentative nel procedimento che riguarda l'ente, sembra altrettanto innegabile l'esistenza di una profonda connessione tra le due dimensioni richiamate. In altri termini, la partecipazione dell'ente<sup>230</sup> potrà dirsi effettivamente garantita solo in quanto assistita a monte da un'efficace informazione in ordine all'esistenza di un procedimento a suo carico ed ai diritti esercitabili all'interno del medesimo. Per quanto nel caso sottoposto allo scrutinio della Corte non fossero dunque direttamente in discussione le concrete modalità di esercizio del diritto della società a prendere parte all'accertamento celebrato a suo carico, la garanzia di una tempestiva ed effettiva conoscenza circa la pendenza del procedimento a carico dell'ente non sembra potersi dire assolutamente irrilevante rispetto alla prima facoltà. Qualora detta informazione non sia compiutamente assicurata a causa del conflitto d'interesse che può caratterizzare la posizione del legale rappresentante è infatti evidente che il diritto alla partecipazione effettiva della persona giuridica risulterà a monte pregiudicato.

L'esito interpretativo della pronuncia in rilievo appare poi ancor più criticabile in ragione della crescente consapevolezza circa la natura fondamentale del diritto in questione. Se infatti – come si stima corretto e come almeno in parte

---

<sup>229</sup> Così testualmente A. Marandola, *Sulla validità costituzionale delle notificazioni*, cit., p. 3209.

<sup>230</sup> Così come il suo volontario disinteresse all'accertamento.

recentemente riconosciuto dallo stesso legislatore<sup>231</sup> – una compiuta ed effettiva informazione in ordine allo svolgimento processuale rappresenta il principale presupposto per l'effettivo esercizio del diritto dell'imputato a prendere parte all'accertamento che lo riguarda, non si vede come sia possibile accontentarsi della ottimistica costruzione fatta propria dalla Corte, che si fonda di fatto su di un mero auspicio circa la diligenza del legale rappresentante destinatario della notifica. Si pensi del resto a come l'esigenza di effettuare la consegna dell'atto da notificare a persona in posizione di assoluta terzietà rispetto al destinatario dello stesso sia esplicitamente presa in considerazione anche all'interno del codice di rito. Rileva infatti in tal senso il disposto dell'art. 157 comma 5 c.p.p. il quale, in materia di prima notificazione all'imputato non detenuto, prevede la rinnovazione «della notificazione quando la copia è stata consegnata alla persona offesa dal reato». E' dunque evidente come la norma in oggetto si faccia carico di garantire l'effettivo assolvimento dell'onere informativo connesso alla notifica qualora la stessa sia stata in concreto eseguita attraverso la consegna dell'atto ad un soggetto gravato da una presunzione di inaffidabilità, disponendone in tal caso la reiterazione.

Ove ciò non bastasse, e per quanto qui forse più rileva, vi sono poi specifiche peculiarità connesse alla struttura del procedimento *de societate* a dimostrare l'imprescindibilità di un'informazione effettiva e tempestiva in ordine agli sviluppi connessi all'accertamento a carico dell'ente, che non può certo ritenersi garantita

---

<sup>231</sup> Il rilievo si riferisce alla normativa dettata in materia di partecipazione dell'imputato dettata dalla l. n. 67/2014. L'attenzione nei confronti del diritto dell'accusato a prendere parte all'accertamento celebrato nei suoi confronti ha altresì animato l'azione del legislatore dell'Unione europea nell'adozione della recentissima direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. Il testo dell'atto è consultabile on – line all'indirizzo: [http://www.quotidianogiuridico.it/~media/Giuridico/2016/02/23/la-recente-direttiva-europea-sulla-presunzione-di-innocenza-e-sul-diritto-alla-partecipazione-alprocesso/dirUE\\_innocenza%20pdf.pdf](http://www.quotidianogiuridico.it/~media/Giuridico/2016/02/23/la-recente-direttiva-europea-sulla-presunzione-di-innocenza-e-sul-diritto-alla-partecipazione-alprocesso/dirUE_innocenza%20pdf.pdf).

Alla luce dell'importanza del diritto in questione non sembrano dunque da condividersi i rilievi di chi, in chiave adesiva rispetto alle conclusioni della Consulta, evidenzia appunto l'assenza di qualsiasi interferenza tra la sussistenza di una incompatibilità rilevante ai sensi degli artt. 39 comma 1, 44 e la normativa in materia di notificazioni di cui all'art. 43 comma 2 del Decreto. In questo senso invece A. Marandola, *Sulla validità costituzionale delle notificazioni*, cit., p. 3210, secondo cui «il richiamo effettuato a quell'entità fisica non pare, in conclusione, casuale, né sovrapponibile all'analoga indicazione che regola l'incompatibilità derivante dall'assunta qualità di imputato, *rectius*, di indagato del rappresentante e la sua capacità a stare in giudizio, in nome e per conto dell'ente, da un lato, e quello di fornire il proprio contributo dichiarativo, dall'altro. Se in questi casi, sono, infatti, gli aspetti squisitamente e fortemente "processuali" e "sostanziali" a giustificare le previsioni, al contrario, quella necessità non sembra avvertita volgendo lo sguardo alla materia delle notificazioni».

mediante la notifica effettuata nelle mani di un soggetto in potenziale conflitto d'interesse rispetto al soggetto collettivo. Al di là delle pur rilevanti facoltà generalmente derivanti da un'attiva partecipazione al procedimento penale sin dalla fase investigativa, infatti<sup>232</sup>, è appunto la fisionomia del rito ex d.lgs. n. 231/2001 ad evidenziare ulteriori risvolti connessi alla specifica questione qui in rilievo.

Si pensi a come il soggetto collettivo sarà quanto mai interessato ad una immediata conoscenza dell'apertura di un procedimento a suo carico al fine di attivare le talvolta complesse procedure di revisione interna necessarie per una prima verifica della fondatezza dell'addebito contestatogli e dunque per l'organizzazione di una efficace strategia processuale<sup>233</sup>. Dal punto di vista più squisitamente normativo non si può poi non evidenziare come una pronta conoscenza del procedimento si ponga in chiave direttamente strumentale rispetto alla compiuta realizzazione delle condotte di cui all'art. 17 del Decreto, da porre in essere «prima dell'apertura del dibattimento di primo grado»<sup>234</sup>.

Appare altresì significativo il rilievo per cui la notifica di determinati atti acquista per l'ente una valenza ulteriore rispetto allo scopo cui gli stessi sono direttamente preordinati. Sembra questo il caso dell'informazione di garanzia ex art. 57 la quale – oltre alle consuete finalità informative che caratterizzano normalmente l'atto in esame – produce in capo alla persona giuridica l'onere di procedere alla nomina del proprio difensore secondo le rigorose forme di cui all'art. 39 del Decreto<sup>235</sup>. E' quindi chiaro che il contegno eventualmente infedele del legale rappresentante, oltre ad impedire una tempestiva conoscenza del

---

<sup>232</sup> Basti pensare in via esemplificativa all'esercizio del diritto di raccogliere elementi di prova riconosciuto anche in favore dell'indagato ovvero all'esercizio delle facoltà elencate nell'avviso di cui all'art. 415 *bis* c.p.p..

<sup>233</sup> Il rilievo possiede una diretta attinenza rispetto agli scenari che verranno approfonditi nell'ultimo capitolo in relazione alla spendibilità processuale dei risultati dei processi di revisione interna eventualmente condotti da parte della persona giuridica.

<sup>234</sup> Ferma restando pur sempre la possibilità per l'ente di domandare la sospensione del processo ai sensi dell'art. 65 qualora dimostri di non essere stato in grado di provvedere alle attività in rilievo in un momento precedente. In senso conforme, circa la particolare importanza per la società di una immediata conoscenza del procedimento sin dalla fase preliminare, si veda G. De Falco, *Le modalità d'intervento dell'ente nella fase delle indagini preliminari*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, 2006/4, p. 99 ss. Sul punto cfr. altresì H. Belluta, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in *Aa. Vv., Diritto penale delle società*, cit., p. 1355 ss., che valorizza l'importanza della fase preliminare alla luce della connotazione special-preventiva dell'impianto normativo del Decreto.

<sup>235</sup> Questa è almeno la conclusione che si impone a seguito di Cass. pen., s.u., 28 maggio 2015, n. 33041, cit..

procedimento da parte dell'ente, potrebbe recare con sé l'ulteriore effetto di incidere negativamente in ordine alla validità dell'atto di nomina eventualmente comunque posto in essere in via autonoma dalla società.

Occorre infine evidenziare come, diversamente rispetto a quanto da taluno argomentato<sup>236</sup>, non appaia fondata l'opinione per cui le facoltà partecipative del soggetto collettivo potrebbero comunque essere adeguatamente garantite dall'operatività della disciplina di cui agli artt. 420 *bis* ss. c.p.p.<sup>237</sup>. Sembra dirimente in tal senso la recente modifica delle disposizioni in questione ad opera della l. n. 67/2014 la quale, nell'intento di assicurare una maggiore effettività alle garanzie partecipative dell'imputato adeguandosi ai canoni prescritti in materia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>238</sup>, ha però per certi versi paradossalmente ridotto lo *standard* di tutela garantito all'assente. Per quanto qui più rileva, se in passato si poteva pur sempre fare affidamento sul discrezionale potere del giudice di ordinare la rinnovazione della notifica eventualmente eseguita nelle mani del legale rappresentante incompatibile qualora fosse apparso probabile che l'ente non ne avesse avuto effettiva conoscenza, oggi il semplice verificarsi di una delle condizioni di cui al comma 2 del medesimo art. 420 *bis*

---

<sup>236</sup> Si veda ancora A. Marandola, *Sulla validità costituzionale delle notificazioni*, cit., p. 3211, che pure ammette come l'operatività delle previsioni in rilievo «non copre il versante investigativo», salvo però ritenere la lacuna colmata dalla necessità dell'invio dell'informazione ex art. 57 ogni qual volta debba procedersi al compimento di un atto per cui è necessaria la presenza del difensore. Per un verso tale disposizione è però strutturalmente inadeguata a garantire un'effettiva informazione all'ente indagato ogni qual volta in cui non si renda necessario il compimento di un c.d. atto garantito, ma soprattutto, in mancanza di un atto di costituzione validamente presentato, la notifica di detta informazione potrebbe pur sempre essere eseguita mediante le modalità di cui all'art. 43 comma 2 del Decreto, mantenendo dunque inalterate tutte le perplessità segnalate.

<sup>237</sup> In questo senso, già nel vigore della previgente disciplina in materia di processo contumaciale, G. Varraso, *Rappresentante legale "incompatibile" e notificazioni all'ente*, cit., p. 3213, ove si evidenzia come «i dubbi di legittimità attengono alla disciplina codicistica che integra il capo III del d.lgs. n. 231 del 2001, laddove consente un giudizio in contumacia dell'ente a seguito della valutazione insindacabile ad opera del giudice della probabilità dello stesso ente di conoscere il processo e non di una prova certa e di una inequivoca volontà di rinunciare all'intervento personale».

<sup>238</sup> Cfr. al riguardo, tra gli altri, D. Negri, *Il processo nei confronti dell'imputato "assente"*, cit., p. 202 ss.; D. Chinnici, *La sospensione del processo e il rito degli irreperibili tra novità e ambiguità*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 783 ss.; A. Mangiaracina, *Il "tramonto" della contumacia e l'affermazione di un'assenza "multiforme"*, in *Legisl. pen.*, 2014, p. 556 ss.; Aa. Vv., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, cit., *passim*; Si veda altresì, in chiave dubitativa circa l'effettiva idoneità della novella a porre rimedio alle criticità riscontrate dai giudici di Strasburgo, S. Quattrocchio, *Il contumace cede la scena processuale all'assente. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2014, p. 105-106.

c.p.p. basterà a fondare la decisione di procedere in assenza del soggetto collettivo<sup>239</sup>.

A prescindere dall'aspetto appena segnalato bisogna altresì ricordare che l'operatività delle previsioni in materia di costituzione delle parti sarebbe comunque limitata alla fase più propriamente processuale dell'accertamento, risultando così strutturalmente inidonea a garantire l'effettiva partecipazione della società sin dalla fase preliminare<sup>240</sup> ed a porre rimedio all'ingiustificata compressione delle facoltà partecipative che spettano al soggetto collettivo durante lo svolgimento delle indagini.

Al di là delle conseguenze più direttamente legate all'effettività dei diritti processuali dell'ente, l'attuale disciplina legittima altresì la creazione di una situazione di evidente squilibrio informativo tra due soggetti con interessi almeno potenzialmente opposti, incidendo così in maniera pregiudizievole sulla stessa funzionalità del procedimento di accertamento inteso nella sua interezza.

Non è ad esempio inverosimile immaginare che il legale rappresentante imputato possa ingiustamente avvantaggiarsi dell'informazione ottenuta attraverso la notifica a lui effettuata in nome della persona giuridica ponendo in essere le più disparate iniziative volte ad "alleggerire" la sua responsabilità a discapito di quella configurabile in capo al soggetto collettivo, beneficiando dell'inconsapevolezza di quest'ultimo in ordine agli sviluppi processuali che lo riguardano in maniera diretta<sup>241</sup>. Il rischio denunciato sarebbe altresì esasperato proprio in quelle situazioni in cui la persona fisica possiede un effettivo interesse all'adozione di un contegno reticente nei confronti del soggetto collettivo, il quale – ove reso edotto degli sviluppi processuali - potrebbe attivarsi al fine di dimostrare la sussistenza di

---

<sup>239</sup> Il tema sarà oggetto di ulteriore e più specifica considerazione nel successivo paragrafo.

<sup>240</sup> Peraltro in netto contrasto con quanto statuito all'art. 11 comma 1 lett. q) della l. n. 300/2000 in materia di «Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalita' giuridica», il quale è esplicito nel prevedere la necessità di assicurare «l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del *procedimento penale*»

<sup>241</sup> Ancora nell'ambito della *corporate criminal liability* nord – americana è celebre l'esempio di una dirigente imputata di "intralcio alla giustizia" per aver distrutto un'ingente mole di documenti pregiudizievoli per la sua posizione raccolti dall'ente di appartenenza nel corso delle procedure di *audit* interna scaricandoli nella *toilette* del luogo di lavoro. Sulla vicenda, tra gli altri, R. Buchholz, *When your Best Friend is your Worst Enemy: How 18 U.S.C. § 1519 Transforms Internal Investigations into State Action and Unexpected Waiver of Attorney-Client Privilege*, in *New England Law Rev.*, 2012, 46, 4, p. 812.



taluna delle condizioni che cagionano un'irresponsabilità della società a discapito della posizione della persona fisica.

I rilievi appena svolti sembrano altresì riferibili anche alla posizione del rappresentante formalmente non ancora destinatario di alcun addebito, ma comunque coinvolto nei fatti che determinano la responsabilità dell'ente. In capo a tale ultima figura è infatti ancor più probabile la sussistenza di un interesse ad "inquinare" la scena investigativa al fine di mantenersi indenne rispetto agli sviluppi processuali. Ciò nondimeno la disciplina del Decreto non si premura di disciplinare in alcun modo la notifica effettuata nelle mani di tale figura.

Tale ultima notazione evidenzia dunque come, al di là delle perplessità oggetto di specifica censura innanzi alla Consulta, le previsioni in materia di partecipazione della persona giuridica presentino generali profili di inadeguatezza in rapporto alle relazioni tra ente e persona fisica. A prescindere dalla regola sancita dall'art. 43 comma 2 e dagli effetti da ricollegare all'incompatibilità del legale rappresentante imputato è comunque evidente che la salvaguardia delle prerogative del soggetto collettivo non potrà comunque essere in via esclusiva affidata alla semplice previsione di cui all'art. 39 comma 1. Pare utile a tale riguardo richiamarsi a quanto più volte già segnalato in tema di incompatibilità a testimoniare, e più nello specifico alla formulazione eccessivamente restrittiva della relativa disciplina. In altri termini, anche qualora la notifica venga eseguita nelle mani del legale rappresentante non (ancora) incompatibile non paiono del tutto insussistenti i dubbi in ordine all'idoneità di un simile adempimento a porre la persona giuridica nell'effettiva posizione di poter esercitare in maniera compiuta le proprie facoltà partecipative.

Sarebbe allora possibile teorizzare la necessità di introdurre una norma che, almeno nell'ambito del procedimento di notifica del primo atto del procedimento all'ente, prescindendo dal coinvolgimento degli organi di vertice del medesimo, ad esempio individuando il naturale destinatario della stessa negli organi di controllo eventualmente presenti all'interno della società<sup>242</sup> ovvero – come pure proposto –

---

<sup>242</sup> Il riferimento principe potrebbe essere ad esempio inteso, ove presente, all'Organismo di Vigilanza sulla effettiva ed efficace attuazione del modello ex art. 6 comma 1 lett. b) del d.lgs. n. 231 /2001.

in una figura *ad hoc* appositamente nominata<sup>243</sup>. Alternativamente appare ipotizzabile una diversa soluzione che, pur senza rinunciare ad un coinvolgimento della struttura dell'ente, imponga una comunicazione diffusa dell'atto in rilievo garantendo la conoscenza del medesimo non solo al legale rappresentante della persona giuridica, ma anche agli organi amministrativi ed assembleari dell'ente, così da favorire il controllo in ordine alle iniziative da intraprendere e minimizzare il rischio di condotte "egoistiche" non rispondenti all'effettivo interesse del soggetto collettivo.

A prescindere dall'effettiva praticabilità delle soluzioni abbozzate vi è un dato che preme ancora una volta evidenziare: anche in questo caso il legislatore delegato del 2001 si è dimostrato profondamente insensibile rispetto alle dinamiche sottese ai rapporti d'interesse tra i protagonisti del procedimento *de societate*. Alla situazione denunciata non è poi ancora stato possibile porre rimedio né attraverso un'operazione di supplenza giudiziaria, né tantomeno mediante una meditata iniziativa riformatrice da parte del legislatore.

### **3.4 Partecipazione dell'ente e relazioni d'interesse tra soggetto collettivo ed imputato persona fisica: brevi considerazioni conclusive alla luce della legge n. 67/2014.**

Le pagine precedenti hanno consentito di mettere in luce alcune criticità relative all'effettivo rispetto dei diritti di partecipazione ed assistenza dell'ente

---

<sup>243</sup> Secondo quanto in definitiva teorizzato dallo stesso giudice remittente nel caso affrontato dalla Corte cost. nella sent. n. 249/2011. Per quanto l'introduzione di una simile figura determinerebbe indiscutibilmente un'inversione di tendenza rispetto alla scelta legislativa di non consentire alcuna ingerenza dell'autorità procedente nella designazione della figura abilitata a rappresentare l'ente nel procedimento a suo carico (evidenza a chiare lettere *l'intentio legis* Cass. pen., sez. VI, 19 giugno 2009, n. 41398, cit.), una simile prerogativa risulterebbe comunque preferibile rispetto alla possibilità di una patologica lacuna informativa nei confronti della persona giuridica, tanto più che la nomina della figura in oggetto potrebbe pur sempre avvenire al fine esclusivo di informare in maniera effettiva gli organi del soggetto collettivo così da porre quest'ultimo nella condizione di esercitare consapevolmente il proprio diritto a prendere parte al processo, senza che ciò implichi il conferimento diretto di funzioni partecipative al soggetto così nominato. In senso favorevole rispetto alla nomina in favore dell'ente imputato di un curatore speciale sulla falsa riga rispetto a quanto statuito dall'art. 77 comma 2 c.p.p. in relazione alla parte civile, G. Alice – A. De Sanctis, *La rappresentanza dell'ente in giudizio: incompatibilità e diritto di difesa*, in *Resp. Amm. soc. e degli enti*, 2008/4, p. 159 ss..

discendenti dalle peculiari relazioni d'interesse che possono caratterizzare i rapporti tra soggetto collettivo ed imputato persona fisica. I temi considerati integrano senza dubbio alcuni dei principali aspetti relativi all'incidenza dello specifico tema in esame all'interno della dinamica processuale, anche in quanto attributi ineliminabili di un processo *de societate* che possa dirsi effettivamente giusto. Del resto è la stessa legge delega a riconoscere la necessità di predisporre una disciplina processuale che, a seguito dell'istituzione della responsabilità "penale" delle persone giuridiche, sia in grado di assicurare «l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale»<sup>244</sup>.

Gli aspetti connessi all'esercizio dei diritti di partecipazione ed assistenza del soggetto collettivo sembrano altresì significativi anche in quanto testimoniano in maniera diretta una problematica di fondo connessa all'istituzione di una autonoma responsabilità della società e, per quanto qui più interessa, della necessaria attribuzione alla medesima di una forma di soggettività processuale. Per quanto possa oggi infatti dirsi superato l'assioma secondo cui *societas delinquere non potest*, non si può comunque non riconoscere come la costruzione che pretende di fondare una responsabilità "personale" degli enti collettivi continui a basarsi in buona sostanza su di una finzione interpretativa: dal punto di vista della realtà dei fatti occorre infatti prendere atto di come il soggetto collettivo sia pur sempre formato da esseri umani che agiscono in sua vece, i quali sono gli stessi individui chiamati a rispondere del fatto di reato loro attribuito da cui deriva a sua volta la responsabilità della persona giuridica. Se ciò ha generato un vivace dibattito sul versante del diritto sostanziale<sup>245</sup>, ad interessare in questa sede sono

---

<sup>244</sup> Così il già citato art. 11 comma 1 lett. q) della legge n. 300/2000.

<sup>245</sup> Il riferimento va all'interessante quanto complessa disputa relativa alla effettiva possibilità di ipotizzare l'esistenza di una responsabilità personale dell'ente sul piano sostanziale distinta rispetto a quella derivante dal contegno dei suoi appartenenti, generalmente risolta in senso positivo attraverso il riferimento alla c.d. teoria organicistica. Sul punto, senza alcuna pretesa di completezza, N. Selvaggi, *L'interesse dell'ente collettivo*, cit., p. 167, che individua nella sussistenza dell'interesse della persona giuridica un parametro assimilabile alla *suitas* sufficiente a giustificare l'attribuzione di un autonomo titolo di responsabilità al soggetto collettivo. Cfr. altresì C. E. Paliero, *La responsabilità delle persone giuridiche*, cit., p. 51; P. Balducci, *L'ente imputato*, cit., p. 40. Per una interessante riflessione in ordine alle ontologiche differenze esistenti tra individuo e persona giuridica, posta alla base dello sviluppo di interessanti considerazioni legate soprattutto alla natura del modello d'imputazione dell'illecito ex d.lgs n. 231/2001, cfr. da ultimo R. Bartoli, *Alla ricerca di una coerenza perduta...o forse mai esistita. Riflessioni preliminari a posteriori) sul "sistema 231"*, in *Dir. pen. cont.*, consultabile on-line all'indirizzo:

ovviamente i risvolti connessi a tale peculiare situazione che interessano invece la normativa processuale.

A tale riguardo si deve dunque in primo luogo evidenziare la scelta di fondo operata a tale riguardo dal legislatore italiano: differentemente rispetto a quanto avvenuto nell'ambito di esperienze giuridiche diverse da quella nazionale<sup>246</sup>, l'opzione dei compilatori del 2001 è stata quella di affidare l'esercizio dei diritti partecipativi dell'ente nel procedimento celebrato a suo carico ai medesimi soggetti appartenenti all'organigramma societario, senza consentire al giudice la nomina di un terzo con funzioni rappresentative della società. Non interessa qui discutere dell'effettiva bontà di simile soluzione<sup>247</sup>, quanto però importa sottolineare è che, una volta perseguita tale scelta, massima sarebbe dovuta essere l'attenzione nei confronti delle implicazioni derivanti dal potenziale conflitto derivante da un simile assetto. Tuttavia, in base a tutto quanto considerato, ciò non pare potersi dire compiutamente avvenuto.

Al di là delle specifiche questioni di volta in volta in rilievo è dunque la stessa opzione di fondo a causare problemi di non poco momento nella verifica dell'effettività di alcune prerogative fondamentali dei destinatari dell'accertamento e, per quanto qui rileva nello specifico, dell'ente. Esso infatti, in quanto entità di creazione giuridica, non potrà che subire le scelte operate nel mondo dei "fatti" da parte dei suoi componenti, talvolta essere animati da un interesse opposto rispetto a quello del rappresentato.

Si potrebbe allora addirittura discutere in ordine alla necessità di un radicale ripensamento delle modalità di partecipazione della persona giuridica all'accertamento che la riguarda. Del resto il congegno di cui all'art. 39 del Decreto, che subordina l'esercizio dei diritti partecipativi della persona giuridica ad un atto di formale costituzione nel procedimento più affine alle modalità di partecipazione delle parti private diverse dall'imputato<sup>248</sup>, non appare certo

---

[http://www.penalecontemporaneo.it/area/2-economia/-/4536alla\\_ricerca\\_di\\_una\\_coerenza\\_perduta\\_o\\_forse\\_mai\\_esistita/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/2-economia/-/4536alla_ricerca_di_una_coerenza_perduta_o_forse_mai_esistita/)

<sup>246</sup> Quale quella francese, esplicitamente richiamata all'interno della Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 231/2001 come ricordato da G. Varraso, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente*, cit., nota n. 24.

<sup>247</sup> Per una critica al riguardo cfr. *retro* nota n. 243.

<sup>248</sup> Cfr., tra gli altri, M. Ceresa Gastaldo, *Il "processo alle società"*, cit., p. 24; L. Camaldo, *I principi generali del procedimento*, cit., p. 1331. La norma è stata inoltre fatta oggetto di una questione di

ineccepibile. Se infatti è stato sino ad ora discusso se la formale costituzione del soggetto collettivo potesse essere considerato un onere ineliminabile per l'attivazione dei poteri di assistenza dell'ente<sup>249</sup>, la dottrina assolutamente maggioritaria non ha mai dubitato che l'atto di cui all'art. 39 fosse sicuramente necessario al fine del compiuto esercizio dei poteri di auto difesa da parte della società<sup>250</sup>. Alternativamente, una diversa soluzione potrebbe a buon diritto essere individuata in una delimitazione dell'ambito soggettivo di applicabilità delle disposizioni del Decreto. E' infatti innegabile che le maggiori criticità in ordine all'applicazione della disciplina qui in rilievo sono ravvisabili ogni qual volta in cui la persona giuridica destinataria dell'accertamento rivesta le caratteristiche di un'impresa individuale che fa dunque capo ad un'unica persona fisica<sup>251</sup>. In tale evenienza risulterebbe totale la coincidenza soggettiva tra imputato persona fisica e rappresentante del soggetto collettivo accusato dell'illecito ex d.lgs. n. 231/2001, il che sembra sufficiente a dotare di ancora maggiore concretezza le perplessità in precedenza esposte in relazione all'effettività dei diritti partecipativi della società in presenza di una situazione di conflitto d'interessi che dovesse eventualmente contrapporla all'individuo.

Non sembra però questa la sede per approfondire adeguatamente così ambiziose proposte. Ci si limiterà qui pertanto a considerare alcuni risvolti sulla posizione della persona giuridica connessi ai recenti sviluppi relativi alla disciplina generalmente prevista con riguardo alla partecipazione dell'imputato, modificata

---

costituzionalità invero formulata in termini alquanto generici e conseguentemente dichiarata manifestamente inammissibile dai giudici della Consulta. Si veda al riguardo ord. Corte cost., 12 giugno 2007, n. 186. Sul punto cfr. Trib. Roma, 26 novembre 2007, in *Giust. pen.*, 2008, c. 121, con nota di F. Pugliese, *Divieti di partecipazione al processo degli enti e tentativi di interpretazioni creative di una norma incostituzionale*, la quale dichiarava la manifesta infondatezza della questione di legittimità formulata nei confronti della norma in oggetto «in quanto è possibile, qualora l'ente non elimini spontaneamente la situazione di incompatibilità, ricorrere a forme di curatela speciale come quella prevista dall'art. 78, comma 2, c.p.c.».

<sup>249</sup> Questione che può oggi dirsi risolta a seguito di Cass. pen., s.u., 28 maggio 2015, n. 33041, cit..

<sup>250</sup> In questo senso, per tutti, D. Potetti, *Costituzione in giudizio dell'ente e diritto di difesa nel d. lg. n. 231 del 2001: quale nesso?*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2024 ss., in cui l'autore opera altresì una corretta e necessaria differenziazione tra partecipazione del soggetto collettivo ed esercizio dei suoi diritti di assistenza, in relazione al quale si dovrebbe ritenere superfluo il deposito della costituzione ex art. 39.

<sup>251</sup> Lo rileva anche G. Garuti, *Il processo "penale" agli enti*, cit., p. 791. Quanto evidenziato sembra dunque aggiungere un'ulteriore perplessità - questa volta di ordine squisitamente processuale - a quelle già segnalate in relazione alla ritenuta applicabilità del d.lgs. n. 231 del 2001 alle imprese individuali. Sul punto, per tutti, R. Borsari, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 106 ss.; L. Pistorelli, *L'insostenibile leggerezza della responsabilità da reato delle imprese individuali*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2560 ss..

ad opera della l. n. 67/2014. Gli aspetti che si andranno a considerare sembrano infatti dimostrare in maniera emblematica come la strutturale inadeguatezza della disciplina relativa dettata al riguardo nell'ambito del processo *de societate* rischi di produrre un indesiderato effetto "a cascata", capace di incidere negativamente su situazioni certamente non prevedibili al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 231/2001.

Operazione preliminare è dunque senza dubbio quella di verificare la concreta applicabilità della disciplina in materia di assenza di cui ai novellati artt. 420 *bis* e ss. del codice di rito anche nell'ambito del procedimento contro la società. Sul punto una soluzione positiva al quesito appare quantomeno possibile, non sembrando sussistere cause di incompatibilità strutturali della relativa disciplina rispetto all'accertamento *de societate* che impedirebbero l'operatività della clausola generale di cui all'art. 34 del Decreto<sup>252</sup>. Al contrario una diversa soluzione, che argomentasse nel senso della perdurante vigenza dell'istituto della contumacia rispetto all'ente pur a seguito dell'abolizione del discusso istituto nel procedimento a carico delle persone fisiche, ingenererebbe fondati dubbi di legittimità costituzionale con riguardo al rispetto del criterio di ragionevolezza ed uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.. Pertanto, come pure da taluno già sostenuto<sup>253</sup>, le recenti modifiche apportate dalla l. n. 67/2014 dovrebbero avere l'effetto di

---

<sup>252</sup> In senso almeno parzialmente contrario però P. Di Geronimo, *La riforma del processo penale in absentia e le possibili ripercussioni sulla disciplina della contumacia dell'ente*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, 2015/1, p. 27 ss., secondo cui la disciplina di cui alla l. n. 67/2014 non potrebbe avere l'effetto di abrogare *n toto* l'art. 41 del Decreto, in forza dell'autonomia di tale previsione rispetto alle disposizioni codicistiche non più in vigore in materia di contumacia. Si veda altresì M. Bontempelli, *La contumacia dell'ente e il processo "in absentia"*, in Aa. Vv., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., p. 257 ss., il quale evidenzia peraltro come difficilmente potrebbe dimostrarsi un'incolpevole conoscenza del procedimento da parte dell'ente (p. 266-267). Stante l'operatività dell'art. 43 del Decreto infatti, qualora non sia stato possibile eseguire le notificazioni nei confronti della persona giuridica, il relativo procedimento andrebbe comunque sospeso antecedentemente al momento della verifica della regola costituzione delle parti in cui opera il nuovo art. 420 *bis* c.p.p.. Il rilievo non sembra in verità convincente: esso parte infatti dalla premessa per cui la notificazione ritualmente eseguita sia sempre e comunque idonea a garantire alla società l'effettiva conoscenza del procedimento. Tale assunto non può però dirsi sempre vero, specialmente proprio nel caso della notifica eseguita nelle mani del legale rappresentante incompatibile. Da ultimo sul tema si veda anche G. Varraso, *Il "compromesso" delle Sezioni Unite*, cit., nota n. 36.

<sup>253</sup> A. Bisignano, *Il conflitto di interessi*, cit., p. 525. Sul punto cfr. anche la "Proposta di riforma del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 formulata dall'Associazione dei componenti degli Organismi di Vigilanza ex D.lgs. 231/2001, consultabile on - line all'indirizzo: [http://www.aodv231.it/images/pdf/187410Progetto%20riforma%20231\\_AODV231\\_9%20marzo%202016.pdf](http://www.aodv231.it/images/pdf/187410Progetto%20riforma%20231_AODV231_9%20marzo%202016.pdf), che prevede al nuovo art. 41 l'inserimento dell'inciso per cui «Si osservano le disposizioni di cui all'art. 420-quater del codice di procedura penale, in quanto applicabili»

abrogare implicitamente la previsione di cui all'art. 41 del d.lgs. n. 231/2001 disciplinante appunto la contumacia del soggetto collettivo, con la conseguenza di determinare l'applicabilità nei suoi confronti delle nuove previsioni dettate dal codice di rito.

Dimostrata dunque l'eventualità di un'estensione delle nuove previsioni anche nel procedimento a carico dell'ente è assai interessante analizzare gli effetti di tale fenomeno, che arrivano a determinare risultati sicuramente indesiderati, talvolta in diretto contrasto con lo stesso spirito della novella legislativa. Quest'ultima è infatti come noto intervenuta con il dichiarato intento di porre rimedio a quelle situazioni in cui l'abrogato istituto della contumacia consentiva la celebrazione dell'accertamento nei confronti di soggetti potenzialmente ignari dell'esistenza di un procedimento a loro carico, determinando conseguentemente un'intollerabile lesione delle loro facoltà partecipative più volte sanzionata anche a livello sovranazionale<sup>254</sup>.

Orbene, se taluno dubita ancora dell'effettivo conseguimento di un simile risultato nell'ambito del rito penale "ordinario"<sup>255</sup>, l'obiettivo sembra certamente non potersi dire conseguito nel contesto del procedimento *de societate*. La nuova disciplina non determina infatti la creazione di alcun apprezzabile miglioramento in ordine all'effettività dei diritti dell'ente. Al contrario, le peculiarità connesse allo speciale regime di partecipazione del soggetto collettivo sembrano addirittura evidenziare rilevanti perplessità specificamente relative al contesto in esame.

Si pensi ad esempio a come l'atto di formale costituzione sottoscritto da parte del legale rappresentante "infedele"<sup>256</sup> contenente l'indicazione del legale di fiducia dell'ente – oltre a spiegare evidenti riflessi negativi in ordine all'effettività del diritto al difensore della società – potrebbe risultare idoneo ad arrecare un significativo pregiudizio ai diritti partecipativi del soggetto collettivo che, appunto in base a tale atto, sarà considerato presuntivamente a conoscenza del procedimento a suo carico secondo il disposto del nuovo art. 420 *bis* comma 2 c.p.p.. Qualora tale

---

<sup>254</sup> Sul punto si veda *retro* nota n. 238.

<sup>255</sup> Cfr. ancora, per tutti, S. Quattrocchi, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., p. 105-106.

<sup>256</sup> L'uso del termine non è casuale, volendo alludere a quelle situazioni in cui, pur non sussistendo in capo al rappresentante un'incompatibilità rilevante ai sensi dell'art. 39 comma 1 che invaliderebbe l'atto di costituzione, egli potrebbe nondimeno essere portatore di interessi difforni rispetto a quelli dell'ente rappresentato.

ultima condizione non si dovesse essere effettivamente verificata sarà poi onere dell'ente fornire la non facile prova di una incolpevole mancata conoscenza del procedimento rilevante ai sensi del comma 4 della norma da ultimo citata. Tale aspetto evidenzia dunque un'ulteriore ragione a sostegno della necessità dell'adozione di una pur radicale sanzione nei confronti degli atti posti in essere dal legale rappresentante incompatibile<sup>257</sup>. Sul punto non si possono poi non richiamare le perplessità generalmente collegate alla concreta identificazione del perimetro di rilevanza delle cause di incompatibilità della persona fisica a rappresentare l'ente. I pregiudizi derivanti dalla sua dimensione eccessivamente contenuta si estenderebbero infatti sino a determinare il prodursi di effetti ulteriori rispetto a quelli direttamente collegabili alla formalizzazione dello specifico atto posto in essere.

Il profilo relativo all'effettiva conoscenza del procedimento celebrato nei suoi riguardi non è però l'unico aspetto che testimonia come la nuova normativa in materia di assenza dell'imputato sia astrattamente idonea a produrre effetti distorsivi se calata nel contesto del processo *de societate*. A rilevare in tal senso è altresì l'ipotesi della sospensione del relativo procedimento disposta ai sensi dell'art. 420 *quater* c.p.p. nel caso in cui non risulti possibile stabilire neppure in via presuntiva la conoscenza del procedimento da parte dell'imputato<sup>258</sup>. La disciplina astrattamente congegnata in chiave di garanzia nei confronti dell'imputato rischia infatti di tradursi in un risultato pregiudizievole per il soggetto collettivo. Si pensi ad esempio al caso della società amministrata unicamente dal legale rappresentante incompatibile e dunque incapace di porre in essere validamente qualsiasi atto partecipativo nell'interesse del soggetto collettivo. Qualora non emerga *aliunde* la prova in ordine alla effettiva conoscenza del

---

<sup>257</sup> Appunto in quanto il deposito della dichiarazione di costituzione, se validamente effettuato, determinerebbe il sorgere di una presunzione di conoscenza del procedimento in capo al soggetto collettivo. Al riguardo cfr. G. Varraso, *Il "compromesso" delle Sezioni Unite*, cit., p. 85, il quale evidenzia come il recente intervento del Supremo Consesso nomofilattico abbia determinato «una abrogazione di fatto del processo *in absentia* nei confronti dell'ente».

<sup>258</sup> Anche in tal caso, pur non mancando opinioni contrastanti in dottrina (in particolare M. Bontempelli, *La contumacia dell'ente*, cit., p. 260), si ritiene possibile applicare la norma in oggetto anche nel processo *de societate*. Dirimente appare in tal senso la sua valenza ulteriore rispetto alle previsioni già contenute all'art. 43 del Decreto. Per un'esemplificazione a tale riguardo cfr. *retro* nota n. 252. Favorevole all'applicabilità della nuova disciplina P. Di Geronimo, *La riforma del processo penale*, cit., p. 34.



procedimento o la volontaria sottrazione alla medesima da parte dell'ente<sup>259</sup> non sarebbe dunque irrealistico teorizzare la necessità di disporre la sospensione dell'accertamento. Tale sospensione sarebbe tuttavia destinata a protrarsi almeno potenzialmente *sine die*, con conseguente pregiudizio per la posizione del soggetto collettivo che non vedrebbe mai definita la propria posizione. Per quanto l'ultimo comma dell'art. 159 c.p. sia infatti esplicito nel prevedere che nell'ipotesi di sospensione *ex art. 420 quater* c.p.p. la durata della sospensione della prescrizione non potrà comunque essere superiore ai limiti sanciti dal successivo art. 161 comma 2 c.p., tale previsione è destinata a rimanere priva di qualsiasi operatività nell'accertamento a carico della società. Come noto, infatti, a mente dell'art. 22 comma 4 del Decreto l'illecito ascrivibile alla persona giuridica è virtualmente imprescrittibile a seguito dell'interruzione determinata dalla contestazione del medesimo. Ciò basterebbe a cagionare l'indesiderato effetto della creazione di una nuova figura di "imputato" eternamente giudicabile, che si andrebbe a sostituire a quella del soggetto affetto da incapacità irreversibile di partecipare coscientemente al processo recentemente eliminata ad opera del giudice costituzionale<sup>260</sup> generando perplessità non dissimili rispetto a quelle che hanno determinato l'intervento del Giudice delle leggi. Varrebbero infatti anche con riguardo al procedimento di accertamento della responsabilità per l'illecito *ex d.lgs. n. 231 del 2001* le osservazioni relative alla violazione del principio di ragionevole durata del processo «nella duplice accezione di "garanzia oggettiva", relativa al buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia e all'esigenza di evitare la prosecuzione di giudizi dilatati nel tempo, anche tenuto conto dei relativi oneri economici, nonché di "garanzia soggettiva", quale diritto dell'imputato ad essere giudicato in un tempo ragionevole, sancito altresì dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà

---

<sup>259</sup> Non sembra infatti irrealistico ipotizzare che l'ente, ancorché non dotato di una propria "corporalità", potrebbe comunque porre in essere un simile contegno, ad esempio rendendosi di fatto irreperibile attraverso continue ed "insidiose" modificazioni della sede presso cui ricevere le notificazioni.

<sup>260</sup> Cfr. al riguardo Corte cost., 25 marzo 2015, n. 45, annotata da E. A. A. Dei-Cas, *Illegittima la disciplina riservata agli "eterni giudicabili"*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2257 ss.; D. Micheletti, *"Eterni giudicabili": dal monito alla dichiarazione d'illegittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 380 ss..

fondamentali»<sup>261</sup>. Del resto è significativo notare che la Consulta operava nella pronuncia in oggetto un riferimento esplicito proprio alla disciplina di cui al nuovo art. 420 *quater* c.p.p., evidenziando appunto la fondamentale circostanza per cui la sospensione disposta a norma dell'articolo appena citato, differentemente rispetto all'ipotesi denunciata di illegittimità costituzionale, poneva «un limite alla sospensione del corso della prescrizione, stabilendo che la sua durata non può superare i termini previsti dal secondo comma dell'articolo 161 del codice penale, e cioè che, una volta maturato tale termine, la sospensione deve cessare anche se continua l'irreperibilità e la correlativa sospensione del procedimento». Come segnalato però, tale apprezzabile differenziazione rischierebbe di venire meno in ragione dell'operatività delle particolari regole dettate dal d.lgs. n. 231 del 2001 in materia di prescrizione.

Una simile disparità di trattamento non potrebbe poi trovare giustificazione in ragione dell'ontologica diversità esistente tra la figura dell'imputato persona fisica e la società. Sembra infatti corretto rilevare come anche l'impresa, analogamente all'individuo, posseda un interesse meritevole di tutela ad una celere definizione del procedimento che la riguarda, senza che l'accertamento a suo carico venga protratto per una durata indefinita. Dirimente in tal senso appare l'esigenza di certezza delle relazioni giuridiche, sicuramente pregiudicata dall'esistenza di pendenze potenzialmente capaci di non trovare mai definizione, circostanza idonea ad arrecare un rilevante nocumento all'attività economica della persona giuridica<sup>262</sup>.

Le situazioni prese in considerazione pur senza alcuna pretesa di completezza dimostrano dunque ancora una volta come il dato per certi versi insuperabile relativo alla necessità di un coinvolgimento nel procedimento *de societate* delle persone fisiche che compongono l'ente non possa certo esimere dall'affrontare il tema in rilievo con estrema attenzione e consapevolezza degli scenari qui tracciati, testimoniando altresì l'impellente necessità di una maggiore

---

<sup>261</sup> Così la Corte costituzionale nella pronuncia citata alla nota precedente.

<sup>262</sup> Per analoghe considerazioni, sebbene più generalmente riferite all'analisi della disciplina in materia di prescrizione dell'illecito ex d.lgs. n. 231 del 2001, M. L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 36-37, ove si sottolinea «l'eccessiva indeterminatezza dei limiti cronologici del procedimento a carico dell'impresa» ed il pregiudizio così arrecato all'ente in considerazione della condivisibile affermazione per cui «la mera pendenza del procedimento è un costo per le imprese, quasi una pena aggiuntiva».

sensibilità nei confronti delle implicazioni processuali connesse al potenziale conflitto d'interesse che può caratterizzare i rapporti tra le parti. L'entrata in vigore delle nuove disposizioni in materia di assenza evidenzia poi l'esistenza di rilevanti difetti di coordinamento tra la normativa codicistica e le previsioni speciali, che non giovano alla coerenza globale di un quadro normativo già sufficientemente problematico.



## CAPITOLO IV

### COOPERAZIONE E PREMIALITÀ NEL PROCEDIMENTO *DE SOCIETATE*:

#### I RIFLESSI SULLE RELAZIONI TRA ENTE E PERSONA FISICA

#### 4.1 La rilevanza degli strumenti di cooperazione nel contrasto alla criminalità d'impresa: le previsioni del d.lgs. n. 231/2001.

Le norme del Decreto relative alla struttura dell'illecito ascrivibile al soggetto collettivo non rappresentano l'unico fattore capace di incidere in maniera rilevante sui rapporti tra ente ed imputato persona fisica. Vi è infatti un ulteriore aspetto su cui pare opportuno soffermarsi in quanto capace di alimentare in maniera significativa il conflitto d'interesse tra l'individuo e la società. Esso può essere in via di prima approssimazione identificato nella presenza all'interno del d.lgs. n. 231 del 2001 di istituti a carattere *lato sensu* premiale connessi all'adozione di condotte cooperative da parte dell'impresa.

Il tema segnalato introduce scenari quanto mai complessi che prescindono dallo specifico contesto qui in considerazione, che non è ovviamente possibile approfondire debitamente in questa sede. Basti pertanto qui limitarsi ad evidenziare la crescente valenza assunta dalla normativa processuale nella strategia di contrasto al crimine economico, anche attraverso la previsione di appositi incentivi in favore dell'imputato che intenda fornire il proprio apporto cooperativo all'accertamento<sup>263</sup>.

Rileva in tal senso anche l'istituzione di percorsi processuali differenziati in relazione alla c.d. criminalità d'impresa, nonché il ruolo delle inchieste di natura amministrativa che talvolta precedono la fase più propriamente penale del procedimento<sup>264</sup>. Tuttavia, di tutte le manifestazioni del fenomeno, è proprio quella relativa alla predisposizione di meccanismi premiali collegati all'adozione di

---

<sup>263</sup> Sul punto cfr. L. Lupària, *Contrasto alla criminalità e ruolo del processo penale: orizzonti comparativi e vedute nazionali*, in *Proc. pen. e giustizia*, 5/2015, p. 4 ss., dove si evidenzia la nascita di un «trend verso una spiccata agevolazione dei riti alternativi, segnatamente a matrice negoziale e premiale». Si veda anche, con specifico riferimento alla responsabilità degli enti, P. Moscarini, *Contrasto della corruzione e procedimento penale de societate*, in *Proc. pen. e giust.*, 2013, p. 1 ss..

<sup>264</sup> In questo senso ancora L. Lupària, *Contrasto alla criminalità e ruolo del processo penale*, cit., p. 2 ss.

condotte collaborative a destare il più vivo interesse nell'ottica della presente trattazione, appunto in ragione dell'attitudine di una simile tendenza ad incrementare il rischio di un conflitto più o meno latente tra le posizioni delle parti e dunque, nel caso di specie, tra il soggetto collettivo e la persona fisica.

Se dunque il d.lgs. n. 231 del 2001 rappresentava una delle prime espressioni del fenomeno tratteggiato, anche in quanto portato dichiarato dell'esperienza maturata all'interno di realtà diverse da quella nazionale<sup>265</sup>, la tendenza segnalata sembra nel corso degli ultimi anni aver indubbiamente "preso piede" nel più generale ambito del contrasto alla criminalità economico – finanziaria, anche al di fuori dello specifico contesto della responsabilità delle persone giuridiche.

Un rilievo preminente in tal senso può essere sicuramente attribuito alla c.d. legge anti corruzione n. 190 del 6 novembre 2012, la quale ha per la prima volta istituzionalizzato all'interno del nostro ordinamento la figura del c.d. *whistleblower*<sup>266</sup>. La previsione in oggetto – pur non spingendosi sino ad introdurre un diretto incentivo premiale collegato alla segnalazione di condotte penalmente rilevanti<sup>267</sup> - si occupa infatti di garantire una serie di tutele dirette a scongiurare l'adozione di iniziative discriminatorie nei confronti del dipendente pubblico che

---

<sup>265</sup> Al riguardo la stessa *Relazione ministeriale al d.lgs. n. 231/2001*, al § 3.3, è infatti esplicita nell'affermare che «un modello assai utile è stato fornito dal sistema dei *compliance programs* da tempo funzionante negli Stati Uniti».

<sup>266</sup> Come oramai ai più noto, è in via di approssimazione possibile designare attraverso tale termine i soggetti che denunciano all'autorità l'adozione di comportamenti illeciti all'interno della realtà organizzativa di appartenenza. Il fenomeno in oggetto ha ricevuto l'attenzione più diffusa nell'ambito del contesto nord – americano, in cui è approfondito sin dagli anni Ottanta del secolo scorso. Cfr. al riguardo G. Amato, *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2014, p. 553, cui si rimanda anche per gli opportuni riferimenti bibliografici (si veda nello specifico nota n. 12). Per un'interessante analisi dal punto di vista criminologico dell'istituto in esame, anche per un parallelismo con gli obblighi di segnalazione derivanti dal testo del d.lgs. n. 231 del 2001, cfr. G. Forti, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. "Doppio standard" e "doppio vincolo" nelle decisioni di delinquere o di blow the whistle*, in Aa. Vv., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 173 ss..

<sup>267</sup> Rispetto alla formulazione originaria della proposta elaborata dalla *Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione* (consultabile on – line all'indirizzo: [http://www.esteri.it/mae/ministero/trasparenza/sensibilizzazioneip/prime\\_riflessioni\\_e\\_proposte\\_e\\_mendative.pdf](http://www.esteri.it/mae/ministero/trasparenza/sensibilizzazioneip/prime_riflessioni_e_proposte_e_mendative.pdf)) è stata infatti abolita la previsione di cui all'art. 4 *bis*, che riconosceva in favore dell'autore della segnalazione di condotte produttive di un danno erariale o all'immagine della p.a. la corresponsione di una somma in denaro non inferiore al 15 e non superiore al 30 per cento di quanto recuperato a seguito di condanna definitiva della Corte dei conti. Si veda al riguardo G. Amato, *Profili penalistici del whistleblowing*, cit., p. 552 – 553.

«denuncia all'Autorità Giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro».

Sebbene il legislatore italiano abbia adottato un approccio al tema in questione assai meno deciso rispetto a quello che caratterizza l'esperienza di altri ordinamenti, escludendo per il *whistleblower* – come appena ricordato - una diretta rilevanza in chiave premiale conseguente alla segnalazione di comportamenti illeciti<sup>268</sup>, la novella sembra comunque assai rilevante nella presente prospettiva. Si pensi alle comprensibili preoccupazioni relative alla genuinità delle notizie provenienti dall'informatore potenzialmente animato dall'interesse di assicurarsi una posizione di particolare favore nell'accertamento conseguente alla sua denuncia ponendosi in una luce positiva agli occhi degli inquirenti<sup>269</sup>. Risalta ancora la collegata tematica - invero fino ad ora oggetto di considerazione solo incidentale - relativa al regime di utilizzabilità dei contributi provenienti dal *whistleblower* ed alla tutela processuale da assicurare in tal senso al destinatario della segnalazione<sup>270</sup>. Emerge comunque per quanto qui più

---

<sup>268</sup> Al di là del profilo relativo all'assenza di uno specifico incentivo premiale in favore del *whistleblower*, rileva più in generale l'inadeguatezza della disciplina italiana a regolare in maniera soddisfacente il fenomeno in rilievo, affrontato da un'unica previsione normativa giocoforza limitata. E' questa almeno l'opinione del G.R.E.C.O. (organismo istituito all'interno del Consiglio d'Europa con funzioni di controllo del rispetto degli standard e delle norme anti - corruzione) che, al par. 96 del proprio *Compliance Report on Italy* del 27 maggio 2011 (consultabile on - line all'indirizzo: [https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC1&2\(2011\)1\\_Italy\\_EN.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC1&2(2011)1_Italy_EN.pdf)), afferma che «*a study on the state of play concerning whistleblower protection in Italy, including proposals for improving the system, as necessary, is yet to be completed. [...] In particular, the legislative provisions enshrining the principle that whistleblowers are to be protected from retaliatory action, must be accompanied with a more comprehensive/detailed protection framework for civil servants reporting suspicions of corruption in good faith, including concrete provisions on how reporting can be done in practice (e.g. internal/external reporting lines, confidentiality assurances, degree of suspicion) and the relevant mechanisms to protect them from retributive action (e.g. authorities and systems for enforcing protection, forms of compensation)*».

<sup>269</sup> Eventualità che non appare inverosimile in relazione a figure coinvolte in prima persona nell'illecito denunciato. Il rilievo è tradizionalmente diffuso all'interno della dottrina di area tedesca, che evidenzia appunto i risvolti negativi della disciplina in relazione all'ipotesi della presenza di motivi egoistici alla base della segnalazione. Sul punto ancora G. Amato, *Profili penalistici del whistleblowing*, cit., p. 592.

<sup>270</sup> Evidenzia tale profilo G. Amato, *Profili penalistici del whistleblowing*, cit., p. 587, sottolineando la necessità solo eventuale di rivelare l'identità dell'informatore e le possibili problematiche discendenti dal transito di materiale istruttorio dal giudizio civile o disciplinare al procedimento penale eventualmente instaurato a carico del destinatario della segnalazione.

interessa l'attitudine dell'istituto a stimolare lo sviluppo di dinamiche conflittuali all'interno delle realtà di volta in volta interessate<sup>271</sup>.

E' poi bene evidenziare come la previsione richiamata presenti evidenti affinità strutturali rispetto alle previsioni del d.lgs. n. 231 del 2001 in materia di prevenzione dell'illecito attraverso l'istituzione di idonei meccanismi di controllo e segnalazione, tanto da far arrivare taluno a teorizzare la realizzazione di una generale convergenza nelle strategie di contrasto al crimine economico nel settore pubblico e privato<sup>272</sup>. La figura del *whistleblower* manifesta altresì importanti similitudini rispetto ad un fenomeno che verrà più compiutamente analizzato nei seguenti paragrafi, relativo alla creazione di inedite alleanze cooperative tra l'autorità incaricata della repressione del fenomeno criminale e gli appartenenti alla stessa realtà d'impresa sottoposta ad indagine<sup>273</sup>.

Di sicuro rilievo appare altresì la disposizione contenuta all'ultimo comma dell'art. 323 *bis* c.p., recentemente introdotto dalla legge n. 69 del 27 maggio 2015. La norma richiamata è questa volta esplicita nel riconoscere un trattamento sanzionatorio di favore – attraverso la riduzione della pena da un terzo a due terzi – a chi, nell'ambito di alcuni gravi delitti contro la pubblica amministrazione, «si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite».

Non è compito dello scrivente quello di formulare un compiuto giudizio in ordine alla desiderabilità di un crescente coinvolgimento privato all'interno dell'azione repressiva dei fenomeni criminali in rilievo<sup>274</sup>. Importa piuttosto qui evidenziare l'incontestabile circostanza per cui le ipotesi prese in considerazione

---

<sup>271</sup> L'istituto in esame sembra del resto inserirsi a pieno titolo nel fenomeno legato all'esplosione dei controlli interni alla realtà d'impresa, capace di determinare un'erosione del tessuto fiduciario e relazionale ormai diffusa nella società». Così F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, p. 45.

<sup>272</sup> Sul punto, sebbene con specifico riferimento all'istituzione del piano della prevenzione della corruzione nell'ambito della pubblica amministrazione in rapporto al modello ex d.lgs. n. 231 del 2001 che caratterizza gli oneri dell'impresa privata, A. Rossi, *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, *Speciale corruzione*, p. 44 ss..

<sup>273</sup> Per uno spunto in tal senso, attraverso il riferimento alla normativa anti – riciclaggio, G. Amato, *Profili penalistici del whistleblowing*, cit., p. 571, nota n. 56.

<sup>274</sup> In maniera non dissimile rispetto a quanto evidenziato *retro* alla nota n. 268, si potrebbe infatti dubitare della genuinità di contributi privati offerti in maniera talvolta non disinteressata.



sembrano testimoniare in maniera inequivoca la generale diffusione di strumenti di collaborazione “istituzionalizzata” in materia di contrasto alla criminalità economica, fenomeno di cui non si può non tenere conto nell’analisi delle dinamiche che caratterizzano il procedimento *de societate*.

Come già accennato, infatti, il d.lgs. n. 231 del 2001 rappresenta una delle prime e più dirette espressioni della tendenza segnalata. Già nei primi anni della sua vigenza era risultata evidente agli occhi dei commentatori l’innovativa natura spiccatamente special – preventiva del modello punitivo varato dal legislatore del 2001, principalmente attento a garantire il recupero della legalità e la riorganizzazione dell’impresa anche mediante l’adozione di condotte cooperative da parte della stessa piuttosto che a perseguire l’indefettibile punizione dell’autore dell’illecito<sup>275</sup>. Una simile connotazione, che incentiva in maniera palese l’adozione di iniziative riparatorie da parte della persona giuridica, sembra dunque porsi nella medesima prospettiva degli istituti appena richiamati, favorendo così la creazione di relazioni conflittuali tra le parti interessate<sup>276</sup>.

Si pensi al disposto della norma principale a tale riguardo dettata dal Decreto, rappresentata dall’art. 17. La previsione in oggetto inibisce l’applicazione delle più afflittive sanzioni interdittive nei confronti del soggetto collettivo che - prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado - abbia provveduto a risarcire integralmente il danno derivante dal reato ed eliminato le conseguenze dannose o pericolose dello stesso; abbia provveduto ad adottare un idoneo modello di organizzazione e gestione ed abbia infine messo a disposizione ai fini della confisca il profitto conseguito<sup>277</sup>. Per quanto le condotte cooperative

---

<sup>275</sup> Lo evidenzia la stessa *Relazione ministeriale al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, la quale si esprime nei termini di «una linea di politica sanzionatoria che non mira ad una punizione indiscriminata ed indefettibile, ma che, per contro, punta dichiaratamente a privilegiare una dimensione che salvaguardi la prevenzione del rischio della commissione di reati in uno con la necessaria previa eliminazione delle conseguenze prodotte dall’illecito». Sul punto, per tutti, C. Franzoni, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit., p. 105 ss..

<sup>276</sup> Sul ruolo delle «metodiche del diritto premiale» all’interno del d.lgs. n. 231 del 2001 cfr., M. Riverditi, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Napoli, Jovene, 2009, p. 340 ss..

<sup>277</sup> Le medesime condotte potranno poi come noto essere poste in essere anche successivamente se, in base al disposto dell’art. 65, l’ente dimostrerà di essersi trovato nell’impossibilità di adempiervi in precedenza. E’ addirittura prevista la possibilità di ottenere una conversione delle sanzioni interdittive già irrogate qualora la società proceda alla realizzazione delle condotte descritte all’art. 17 successivamente alla condanna. E’ infine altresì da ricordare la facoltà di domandare la sospensione delle misure cautelari interdittive eventualmente inflitte se il soggetto

astrattamente esigibili dall'ente non sembrano possedere una diretta incidenza negativa sulla posizione processuale dell'individuo, ad uno sguardo più attento la conclusione potrebbe apparire meno netta. Se infatti è ormai un dato acquisito quello per cui la realizzazione degli adempimenti descritti all'art. 17 reca con sé un'innegabile attitudine a pregiudicare la posizione dell'ente<sup>278</sup>, sembra potersi giungere a conclusioni almeno in parte analoghe per ciò che riguarda la persona fisica.

L'integrale risarcimento del danno derivante da reato e l'eliminazione delle conseguenze comunque ascrivibili all'azione delittuosa, unitamente all'offerta del profitto «*conseguito*» dal reato, potrebbero rappresentare un riconoscimento almeno indiretto dell'integrazione degli elementi costitutivi di un illecito penalmente rilevante. L'iniziativa risarcitoria spontaneamente intrapresa dalla persona giuridica risulterebbe dunque potenzialmente idonea a pregiudicare in maniera sensibile almeno dal punto di vista empirico una difesa orientata a negare in radice la commissione del reato presupposto, con evidenti riflessi negativi in ordine all'ampiezza degli spazi difensivi dell'individuo. Ciò nondimeno l'ente, piuttosto che difendersi nel merito della contestazione elevata, potrebbe comunque essere decisamente incentivato a realizzare le condotte in precedenza descritte in virtù dei rilevanti benefici connessi alla loro adozione<sup>279</sup>.

I pregiudizi per la persona fisica potrebbero poi non arrestarsi alla dimensione dell'accertamento, estendendosi sino ad intaccare diritti diversi

---

collettivo chiede di poter realizzare gli adempimenti qui in rilievo in base a quanto previsto dall'art. 49. Sulla rilevanza delle condotte collaborative in questione cfr., tra gli altri, R. A. Ruggiero, *Le condotte di collaborazione*, cit., p. 397.

<sup>278</sup> Sebbene in prospettiva più generale, circa le conseguenze pregiudizievoli eventualmente derivanti dall'adozione dei comportamenti qui in esame, cfr. M. Ceresa Gastaldo, *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 2239, secondo cui l'operatività della previsione in questione, unitamente alla potenziale inflazione di una misura cautelare a carico della persona giuridica, determinerebbe il sorgere di «una vera e propria minaccia» a carico dell'ente. Si veda altresì A. Bernasconi, *Societas delinquere (et puniri) potest*, in A. Bernasconi – A. Presutti, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 14, che evidenzia come la vocazione finalistica del Decreto – principalmente espressa attraverso le previsioni in rilievo - determinerebbe «un prezzo elevato sul piano delle garanzie. [...] La scelta a favore delle condotte riparatorie e riorganizzative si risolve in un'implicita ammissione di colpevolezza; viceversa, l'esercizio del diritto di negare i fatti – o di avvalersi del silenzio – spesso comporta la sopportazione di provvedimenti interinali anche gravosi».

<sup>279</sup> Le ripercussioni economiche derivanti dal pregiudizio reputazionale sofferto dall'impresa a seguito della condanna potrebbero infatti indurla a perseguire una definizione “concordata” del procedimento pur in presenza di significativi spazi difensivi in ordine alla possibilità di contestare l'effettiva sussistenza dell'illecito.

rispetto a quelli specificamente derivanti dalle sue prerogative processuali. Sul punto occorre infatti evidenziare che i comportamenti qui in esame risultano talvolta descritti in maniera alquanto aspecifica e non tassativa, essendo pertanto suscettibili di un'interpretazione in sede applicativa che potrebbe apparire non sempre attenta alla tutela dei soggetti interessati. Questo pare ad esempio il caso del riferimento operato *sub* lett. b) dell'art. 17, che si occupa di prescrivere l'eliminazione «delle carenze organizzative che hanno determinato il reato», adempimento non di rado tradotto sul piano fattuale nel licenziamento delle persone fisiche ritenute responsabili dell'illecito<sup>280</sup>. La Cassazione arriva infatti ad attribuire rilevanza a tale provvedimento adottato nei confronti del dipendente accusato del reato presupposto ai fini del giudizio in ordine alla persistenza dei presupposti che giustificano l'applicazione della misura, considerando simile adempimento alla stregua di un «sintomo che l'ente inizia a muoversi verso un diverso tipo di organizzazione, in cui sia presente l'obiettivo di evitare il rischio reato»<sup>281</sup>. Simile affermazione, oltre a destare più di qualche perplessità circa la corretta accezione della garanzia di cui all'art. 27 comma 2 Cost., ricorda da vicino fenomeni già noti in contesti ordinamentali diversi dal nostro, che non hanno mancato di destare fondate preoccupazioni in ordine al rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti<sup>282</sup>.

Occorre dunque a questo punto osservare come la riferibilità soggettiva delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dallo scenario per adesso solo abbozzato sembri porsi in termini sostanzialmente invertiti rispetto a quanto in precedenza segnalato relativamente alle conseguenze processuali derivanti dall'intervenuta separazione degli accertamenti a carico di ente e persona fisica e – sebbene in maniera talvolta meno netta – con riferimento alle implicazioni derivanti dalle particolari modalità di partecipazione della persona giuridica al procedimento celebrato a suo carico. Se infatti la deroga al principio del *simultaneus processus* produceva effetti negativi principalmente riferibili alla posizione del soggetto

---

<sup>280</sup> A tal proposito si veda Trib. Firenze, 15.5.2012, in *Giur. mer.*, 2013, p. 1601, con nota di R. Feroni, *Revoca della sanzione interdittiva emessa in via cautelare: condizioni*.

<sup>281</sup> Così Cass. pen., sez. VI, 23.6.2006, n. 32626, in *Guida al dir.*, 2012, 14, p. 86.

<sup>282</sup> Rileva in tal senso il dibattito relativo all'opportunità di riconoscere l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rilasciate nel contesto di investigazioni interne intraprese dall'ente raccolte sotto la minaccia della perdita del posto di lavoro rivolta all'intervistato. A tale riguardo si veda *infra* nota n. 322.

collettivo<sup>283</sup>, in questo caso sembra invece essere l'imputato del reato presupposto a patire più spesso le conseguenze negative derivanti dalla presenza di incentivi premiali in favore del soggetto che intenda collaborare all'accertamento.

La conflittualità almeno potenziale tra i protagonisti dell'accertamento si inserisce infatti nel contesto di un rapporto di per sé connotato da significativi elementi di squilibrio almeno dal punto di vista sostanziale. E' in altri termini possibile delineare una relazione che vede l'individuo occupare una posizione di innegabile svantaggio rispetto a quella rivestita dall'ente, che sembra invece atteggiarsi alla stregua di parte "forte" del rapporto in esame. Ciò in quanto la persona giuridica dispone in genere di risorse organizzative ed economiche di gran lunga maggiori sul piano meramente fattuale rispetto a quelle della persona fisica, che al contrario beneficia spesso di strumenti assai più modesti. Non è dunque irrealistico evidenziare il rilevante squilibrio delle forze in campo, che potrebbe vedere addirittura confrontarsi una imponente realtà economica - magari anche di dimensione transnazionale - con un singolo individuo<sup>284</sup>.

Al di là degli aspetti per così dire "quantitativi", rileva inoltre la stessa posizione ricoperta all'interno della compagine societaria dall'imputato del reato presupposto. In quanto tale egli sarà infatti legato all'ente da un rapporto d'impiego variamente qualificabile. Ciò basta a far ritenere non infondati i timori legati all'adozione di iniziative *lato sensu* "punitive" nei confronti del soggetto che dovesse in varia maniera rifiutarsi di assecondare la strategia processuale del soggetto collettivo – datore di lavoro<sup>285</sup>

Seppure in un ambito diverso dalla realtà nazionale è stato poi condivisibilmente rilevato che il conflitto d'interesse che oppone l'individuo all'ente potrebbe non essere immediatamente percepibile agli occhi dello stesso imputato persona fisica, specialmente ove si tratti di soggetto occupante le ultime posizioni

---

<sup>283</sup> Si veda la diffusa analisi effettuata al capitolo I.

<sup>284</sup> Sul punto, per tutti, E. S. Podgor, *White Collar Cooperators: the Government in Employer – Employee Relationships*, in *Cardozo Law Rev.*, 23, 2005, p. 805, che evidenzia come «*a corporation may be in a superior position in securing the benefits associated with cooperation. In contrast to individuals, the financial resources available to the organization may enhance its ability to be first in the race to the courthouse to serve in the role of government cooperator*».

<sup>285</sup> Il medesimo problema è approfondito con riguardo all'ampiezza del diritto di critica del lavoratore e la legittimità del suo licenziamento a seguito di esternazioni riconducibili all'ambito di operatività dell'art. 54 *bis* del d.lgs. n. 165 del 2001. Cfr. ancora, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, G. Amato, *Profili penalistici del whistleblowing*, cit., p. 576 ss..

dell'organigramma societario. Non è infatti inverosimile ipotizzare che egli possa avvertire un particolare dovere di fedeltà nei confronti del proprio datore di lavoro<sup>286</sup>, inconsapevole del fatto che in realtà quest'ultimo persegue scopi assolutamente pregiudizievoli per la sua posizione<sup>287</sup>. In altri termini è assai concreto il rischio che l'individuo non sia immediatamente edotto della situazione di potenziale conflitto di interessi che lo vede opposto al soggetto collettivo, ignorando dunque almeno inizialmente gli effetti nocivi derivanti dal suo contegno eventualmente accondiscendente rispetto alle iniziative intraprese dal soggetto collettivo<sup>288</sup>.

A ciò deve poi ulteriormente aggiungersi l'estrema fluidità degli assetti d'interesse esistenti tra individuo e persona giuridica, passibili di rilevanti mutamenti a seconda degli sviluppi procedimentali specialmente durante la fase investigativa. Se dunque in un primo momento i due soggetti potrebbero essere effettivamente portati a condividere la loro posizione, differenti valutazioni di

---

<sup>286</sup> Evidenziano una simile eventualità A. Green – E. S. Podgor., *Unregulated Internal Investigation*, cit., p. 88.

<sup>287</sup> Per un'efficace descrizione della potenziale relazione conflittuale tra individuo ed ente e delle relative conseguenze cfr. A. Green – E. S. Podgor, *Unregulated Internal Investigation*, cit., p. 99 ss., in cui si sottolinea come il risultato delle investigazioni interne «*is meant to be disclosed to the government, which will use the information against the corporate employees and treat the corporation leniently in exchange*». Si veda poi E. S. Podgor, *White Collar Cooperators*, cit., p. 795 ss. che, oltre ad analizzare le peculiarità proprie della cooperazione nel contesto del *white collar crime*, evidenzia come «*placing the employer and employee in an adversarial position, in an attempt to secure the benefits of cooperation, interferes with the overriding fiduciary employment relationship*» (p. 803).

<sup>288</sup> Rischio esasperato dalla circostanza per cui i rapporti tra persona fisica e giuridica mutano di frequente nel corso delle investigazioni a seconda degli sviluppi di queste ultime. Lo evidenziano ancora A. Green – E. S. Podgor., *Unregulated Internal Investigation*, cit., p. 100. La dottrina è poi sostanzialmente concorde nel valutare l'insufficienza delle previsioni dirette ad informare l'individuo delle conseguenze derivanti dalla sua scelta di cooperare. Gli avvisi che il difensore dell'ente deve obbligatoriamente rivolgere a coloro che partecipano alle investigazioni (c.d. *Upjohn warnings*) non garantiscono infatti una piena comprensione delle dinamiche sottese all'attività di revisione compiuta dalla persona giuridica (cfr. tra gli altri G. Mark – T. C. Pearson, *Corporate Cooperation during investigations and audits*, in *Stanford Journ. of Law, Business & Finance*, 13, 2007, nota n. 180, secondo cui «*the standard "Upjohn warning" (...) does not always serve to make clear to the employee that his statements may be disclosed to the government (and later used against him)*». In senso conforme, anche per un'analisi del contenuto degli avvisi in questione, S. Heyman, *Bottoms – Up: An Alternative Approach for Investigating Corporate Malfeasance*, in *American Journ. of Criminal Law*, 37, 2010, p. 203 ss.). Taluno è pertanto arrivato a suggerire l'introduzione di specifici obblighi informativi emblematicamente denominati *Adnarim warnings*, ossia Miranda alla rovescia. Questi dunque, sulla falsa – riga di quanto stabilito appunto dai cc.dd. *Miranda warnings* per l'interrogatorio dell'indagato privato della libertà personale, dovrebbero rendere specificamente edotto l'intervistato della sua posizione e dalla futura utilizzabilità nei suoi confronti delle dichiarazioni che egli si appresta a rendere. Sul punto si veda B. L. Garrett, *Corporate Confessions*, in *Cardozo Law Rev.*, 30, 3, 2009, p. 942 ss.; A. Green – E. S. Podgor, *Ivi*, nota n. 113.

opportunità potrebbero successivamente indurre uno dei due protagonisti a mutare la propria strategia, senza che l'altra parte venga immediatamente resa edotta di tale cambiamento.

Le previsioni più direttamente inerenti la predisposizione di specifici incentivi premiali non esauriscono però il novero delle disposizioni rilevanti ai fini della presente analisi. In termini più generali non può non rilevare anche la disciplina generalmente dettata dal Decreto in materia di riti speciali e, in particolare, di applicazione della pena su richiesta delle parti. E' infatti evidente che il contegno serbato dalla persona giuridica potrebbe essere valutato – tanto in chiave positiva che negativa – quale elemento al fine di orientare dapprima il pubblico ministero nella valutazione circa l'opportunità di prestare il proprio assenso alla richiesta in tal senso avanzata dal soggetto collettivo, e successivamente lo stesso giudice nella formalizzazione dell'accordo intervenuto tra le parti<sup>289</sup>.

Ma non è tutto: l'adozione di condotte cooperative da parte della società può infatti essere determinata dalle previsioni che ricollegano alla loro realizzazione ulteriori benefici. Si pensi al disposto dell'art. 11 del d.lgs. n. 231 del 2001 che, in materia di determinazione della sanzione pecuniaria da applicare all'ente, impone al giudice di tenere conto anche «dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti».

La rilevanza del fenomeno impone dunque di considerare le sue potenziali implicazioni specificamente riferibili al processo *de societate*, approfondendo un'indagine sostanzialmente inedita nell'attuale panorama scientifico nazionale. Come in parte già evidenziato, infatti, l'attenzione della dottrina italiana è stata finora comprensibilmente concentrata sull'analisi delle prerogative processuali dell'ente nell'ambito del procedimento di accertamento della sua responsabilità, a discapito di un'indagine specificamente riferita alla verifica circa l'effettività dei diritti processuali del singolo. Parimenti innovativo sembra altresì uno studio più generalmente rivolto ad approfondire l'impatto delle relazioni esistenti tra società ed imputato persona fisica, con particolare attenzione – per quanto qui interessa

---

<sup>289</sup> Evidenzia la rilevanza del procedimento speciale in oggetto quale strumento riabilitativo condizionato all'adozione di determinate condotte da parte della persona giuridica F. Mazzacuva, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo – americana*, in *Ind. pen.*, 2013, p. 759 ss..

nello specifico – alle implicazioni processuali derivanti dall’operatività dei meccanismi di carattere premiale presenti all’interno del testo del Decreto<sup>290</sup>.

Un utile punto di partenza nella complessa analisi che ci si propone di sviluppare può essere dunque identificato in alcune considerazioni di natura comparatistica che consentano di inquadrare correttamente la problematica in esame e di impostare in maniera efficace la trattazione del tema beneficiando dell’esperienza già maturata sul tema nell’ambito di sistemi giuridici stranieri, ed in particolare all’interno di un ordinamento di grande tradizione in materia di responsabilità delle società al quale il legislatore italiano si è deliberatamente ispirato nell’elaborare il sistema delineato dal Decreto: quello della *corporate criminal liability* nord – americana<sup>291</sup>.

#### **4.2 La cooperazione nel procedimento *de societate* nord - americano: NPA e DPA.**

Le regole che disciplinano la responsabilità degli enti negli Stati Uniti non sono codificate in maniera organica all’interno di uno specifico testo normativo ma, in maniera del tutto coerente con la tradizione di *common law* che caratterizza tale ordinamento, queste sono da ricercare principalmente nella *case law* delle Corti americane<sup>292</sup>. Per quanto riguarda poi nello specifico le disposizioni processuali

---

<sup>290</sup> Differentemente rispetto ai precedenti capitoli, in cui il sorgere di aspetti problematici riguardanti le relazioni tra ente e persona fisica erano rispettivamente determinati dai riflessi derivanti dall’applicazione delle norme processuali in materia di riunione e separazione e dalla particolare struttura sostanziale dell’illecito ex d.lgs. n. 231/2001.

<sup>291</sup> Cfr. ancora la *Relazione ministeriale al d.lgs. n. 231 del 2001* al § 3.3. Al riguardo si veda anche, tra gli altri, A. Alessandri, *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro. Un’introduzione*, in Aa. Vv., *Impresa e giustizia penale*, cit., p. 56, che, operando un parallelismo tra le regole di cui al d.lgs. n. 231/2001 e la disciplina statunitense in materia di responsabilità societaria, non manca di avvertire che «il modello riabilitativo è vistosamente approdato a lidi correzionistici, peraltro familiari alla tradizione penitenziaria, da sempre *formalisticamente* orientata al recupero sociale del reo, in termini di omologazione e in chiave puritana. In essa si infiltrano pesanti elementi di vera collaborazione con l’autorità inquirente, nel senso della richiesta di una *piena, incondizionata, disponibilità alla collaborazione processuale*, anche attraverso l’individuazione dei colpevoli (persone fisiche) e la raccolta delle prove a loro carico».

<sup>292</sup> Sul punto si veda E. B. Diskant, *Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine through Comparative Criminal Procedure*, in *Yale Law Journ.*, 118:126, 2008, p. 137, per cui «*the true origins of American criminal liability, in other words, did not*

applicabili nei confronti del soggetto collettivo, la mancanza di un testo normativo *ad hoc* rende necessario almeno in prima battuta il ricorso ai principi generalmente dettati per il procedimento a carico dell'imputato persona fisica. Anche nell'ordinamento americano però, il rito *de societate* ha nel tempo acquisito alcuni tratti di specialità, principalmente tesi a conseguire le medesime finalità special – preventive che caratterizzano il processo agli enti disciplinato dal d.lgs. n. 231/2001.

Già nel 1991 la *Federal Sentencing Commission* emanava infatti le *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*<sup>293</sup>, documento che fornisce ai giudici una serie di parametri per l'individuazione della pena pecuniaria da infliggere in concreto ai soggetti collettivi, attraverso la determinazione di un *culpability score* calcolato in base alle iniziative intraprese dall'ente sotto processo<sup>294</sup>.

Un punto di svolta per quanto concerne la valorizzazione processuale della condotta dell'ente è però tradizionalmente individuato nei primi anni del nuovo millennio, periodo in cui i casi di corporate crime registrano un netto incremento nell'utilizzo di un particolare istituto di *pretrial diversion*: i c.d. *deferred e non prosecution agreements* stipulati tra il *Department of Justice* e le *corporations* coinvolte nelle investigazioni governative<sup>295</sup>.

---

*lie in legislative efforts, nor did they result from policy debate or logically crafted statutory choices».* Già a partire dalla metà del XIX secolo i *prosecutors* di alcuni Stati iniziarono infatti a perseguire le condotte criminali delle *corporations* sebbene la tradizione di *common law* e le previsioni legislative non facessero menzione esplicita di una simile possibilità. E' poi nel 1909, con la celebre decisione *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, che la Corte Suprema Americana afferma per la prima volta la costituzionalità di una legge federale che imponeva agli enti sanzioni penali, determinando così la nascita della c.d. *corporate criminal liability doctrine*. Per un'analisi in lingua italiana della responsabilità penale delle persone giuridiche nel sistema statunitense si veda C. De Maglie, *L'etica e il mercato*, cit., p. 12 ss..

<sup>293</sup> Esse costituiscono oggi il capitolo VIII dello *United States Sentencing Commission Guidelines Manual*, consultabile on – line all'indirizzo: <http://www.ussc.gov/training/organizational-guidelines/2013-ussc-guidelines-manual>.

<sup>294</sup> Circa la valenza special - preventiva delle linee guida cfr., tra gli altri, W. Laufer, *Corporate Prosecution, Cooperation and the Trading of Favors*, in *Iowa Law Rev.*, 87, 2002, p. 644 ss.

<sup>295</sup> Cfr. L. D. Finder – R. D. McConnel, *Devolution of Authority: the Department of Justice's Corporate Charging Policies*, in *St. Louis Univ. Law Journ.*, 51, 2006, p. 1, ove si evidenzia come nel solo periodo compreso tra il 2002 ed il 2005 il *Department of Justice* abbia concluso il doppio degli accordi stipulati nel decennio precedente. Per un'analisi in lingua italiana del fenomeno si veda R. A. Ruggiero, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. cont.*, consultabile on – line all'indirizzo: [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1444213846RUGGIERO\\_2015a.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1444213846RUGGIERO_2015a.pdf).



Gli accordi in oggetto rappresentano strumenti alternativi al processo fino ad allora pressoché sconosciuti alle indagini in materia di *corporate crime*<sup>296</sup>, che trovavano il loro ambito di applicazione privilegiato nel contesto della *juvenile justice*<sup>297</sup>. L'*agreement* costituisce una vera e propria intesa formalizzata in un documento scritto che viene raggiunta tra l'autorità governativa e l'indagato. Quest'ultimo si impegna a rispettare le condizioni fissate nell'accordo in cambio della garanzia per cui – ove le prescrizioni vengano diligentemente adempiute – non si procederà nei suoi confronti (*non prosecution agreement*), ovvero verranno fatte cadere le accuse originariamente formulate a suo carico (*deferred prosecution agreement*)<sup>298</sup>.

La prassi dell'utilizzo degli accordi in oggetto nel campo della *corporate criminal liability* venne definitivamente consacrata in una serie di *memoranda* diffusi ad opera del *Department of Justice*<sup>299</sup>. Nel 2003 infatti, il c.d. *Thompson - memo*<sup>300</sup> è per la prima volta esplicito nel suggerire il ricorso a strumenti di *pretrial diversion* in favore del soggetto collettivo<sup>301</sup>, codificando così la prassi dell'utilizzo di *deferred e non prosecution agreements*.

---

<sup>296</sup> V. per tutti L. K. Griffin, *Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure*, in *New York Univ. Law Journ.*, vol. 82, n. 2, 2007, p. 323 («DPAs themselves are not a new devices, but they were rarely pursued in corporate criminal cases»).

<sup>297</sup> R. M. Cooper, *Deferred prosecution: an added technique for resolving federal criminal investigation of organizations*, National Legal Centre for the Public Interest, Washington D.C., 2006, p. 5, per cui «deferred prosecution originated as a means of disposing of criminal charges against individuals, initially juveniles».

<sup>298</sup> Nel senso che la conclusione di un *deferred prosecution agreement* implica «the filing of formal criminal charges against a company» e più in generale circa la conclusione degli accordi in oggetto si veda L. K. Griffin, *Compelled cooperation*, cit., p. 321.

<sup>299</sup> Il primo dei quali diffuso nel 1999 ad opera del *Deputy Attorney General* Eric Holder. I *memoranda* in questione dettavano una serie di criteri («*factors to be considered*») al fine di limitare la discrezionalità dei *prosecutors* nella scelta relativa all'opportunità di procedere penalmente nei confronti di un ente. Le «linee - guida» infatti, dopo aver ribadito il principio generale secondo cui per decidere se porre formalmente in stato d'accusa un soggetto collettivo dovevano venire in questione i medesimi fattori previsti per le persone fisiche, specificavano una lista di otto criteri aggiuntivi da tenere in considerazione a tal fine. Sul punto, tra gli altri, D. M. Uhlmann, *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, in *Maryland Law Rev.*, 72, 2013, p. 1308 ss.; R. J. Ridge – M. A. Baird, *The Pendulum Swings Back: Revisiting Corporate Criminal Liability and the Rise of Deferred Prosecution Agreements*, in *Daytona Law Rev.*, 33, 2008, p. 190 ss.

<sup>300</sup> Dal nome del suo autore, *Attorney General* Larry D. Thompson. Il testo del *memorandum* è consultabile on – line all'indirizzo: [http://federalevidence.com/pdf/Corp\\_Prosec/Thompson\\_Memo\\_1-20-03.pdf](http://federalevidence.com/pdf/Corp_Prosec/Thompson_Memo_1-20-03.pdf)

<sup>301</sup> A differenza del suo predecessore il *memorandum* del 2003 è infatti esplicito nell'affermare, al §VI A-B, che in determinate circostanze può essere nell'interesse del governo assicurare all'ente «immunity or amnesty or pretrial diversion». Sul punto si veda D. M. Uhlmann, *Deferred*

Come prevedibile il consolidarsi del fenomeno ha ben presto determinato lo svilupparsi di un acceso dibattito. Accanto a chi sottolineava gli effetti positivi derivanti dal ricorso agli accordi<sup>302</sup>, non mancavano infatti coloro che esprimevano una serie di perplessità legate alla diffusione delle intese.

Con riguardo ai diritti dell'ente sotto processo taluno, criticando l'eccessivo potere nelle mani dei *prosecutors*, evidenziava che il soggetto collettivo si sarebbe trovato davanti alla scelta obbligata di accettare qualsiasi condizione pur di non fronteggiare le conseguenze legate all'inizio di un procedimento nei suoi confronti<sup>303</sup>, sottolineando peraltro l'assenza di un controllo giudiziale in relazione al contenuto delle intese<sup>304</sup>. Infine, almeno a parere degli studiosi più radicalmente

---

*Prosecution and Non-Prosecution Agreements*, cit., p. 1311, il quale sottolinea l'assenza del riferimento alla *pretrial diversion* nel documento diffuso nel 1999.

<sup>302</sup> Evidenzia la complessità delle indagini in materia di *corporate crime* ed il rilevante risparmio di risorse conseguente alla conclusione di un accordo in cui l'ente riconosce la propria responsabilità, M. L. Seigel, *Corporate America Fights Back: The battle over Waiver of the Attorney-Client Privilege*, in *Boston College Law Rev.*, 49, 2008, p. 13 ss.; cfr. poi E. R. Sheyn, *Anything But a Racket: Why Professor Richard Epstein's attack on the Nature and Function of Deferred and Non-Prosecution Agreements Misses the Mark*, 28 novembre 2009, disponibile on – line nel catalogo SSRN all'indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=1514905>, secondo cui «*deferred and non-prosecution agreements rebuild shareholder and public confidence in corporations while allowing companies to avoid certain death by indictment*» (p. 1).

<sup>303</sup> E' infatti opinione comune che anche la semplice formalizzazione di un'accusa a carico dell'ente può cagionare al soggetto collettivo un danno reputazionale potenzialmente letale. Così, tra gli altri, A. Weissmann – D. Newman, *Rethinking Corporate Criminal Liability*, in *Indiana Law Journ.*, 82, 2007, p. 426 («*a criminal indictment can have devastating consequences for a corporation and risks the market imposing what is in effect a corporate death penalty*»). Ciò determinerebbe dunque un eccessivo potere nella negoziazione degli accordi in questione in capo al *prosecutor*, assimilabile addirittura ad una «*gun to (the) head*» of the corporation». In questi termini, *United States v. Stein (Stein I)*, 435 F. Supp. 2d 330, 336 (S.D.N.Y. 2006) [sentenza della U.S. District Court for the Southern District of New York]. Per le medesime ragioni altri autori hanno poi definito gli enti come degli «*eggshell defendants*», ossi imputati - guscio d'uovo, immagine evocativa della estrema debolezza della loro posizione in relazione a quella del governo. Così, P. Bharara, *Corporations Cry Uncle and their Employees cry Foul: Rethinking Prosecutorial Pressure on Corporate Defendants*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 44, 2007, p. 73 ss. In effetti non mancano esempi concreti di *agreements* che impongono alla *corporation* condizioni alquanto singolari e quantomeno inopportune, come ad esempio il finanziamento di un corso di *business ethics* da tenersi presso una determinata università imposto dal paragrafo 20 dell'accordo siglato nel 2006 da Bristol – Myers – Squibb con il *Department of Justice*. Assai critico nei confronti di tale previsione, ritenuta sintomatica di un evidente abuso di potere, R. Epstein, *The Deferred Prosecution Racket*, in *Wall Street Journ.*, 28 novembre 2006, disponibile on – line all'indirizzo: <http://online.wsj.com/news/articles/SB116468395737834160>. *Contra* però il già citato E. R. Sheyn, *Anything But a Racket*, cit., nonché, più in generale, E. S. Keller, *Corporate Cooperation in Criminal Investigation: Waiving Privileges without Coercion*, in *Golden Gate Univ. Law Rev.*, 39, 2008, p. 139, secondo cui le politiche del *Department of Justice* non raggiungono un livello di coercizione tale da porre in pericolo il diritto all'autodeterminazione dell'ente sotto processo («*at all times, the corporation has a choice. Based upon a weighing of its financial interests, and upon the advice of experienced counsel*»).

<sup>304</sup> Evidenzia simile circostanza argomentando per l'opportunità di uno scrutinio giudiziale B. M. Greenblum, *What Happens to a Prosecution Deferred? Judicial Oversight of Corporate Deferred*

critici nei confronti del fenomeno in questione, l'opzione sempre più frequente di non perseguire il soggetto collettivo avrebbe determinato una generale crisi di effettività del sistema di responsabilità degli enti, favorendo il diffondersi di un discutibile assioma per cui l'esigenza di preservare l'esistenza di importanti realtà economiche avrebbe sempre dovuto prendere il sopravvento sulla necessità di assicurare alla giustizia il soggetto collettivo autore di illeciti<sup>305</sup>.

Le maggiori perplessità, almeno nell'ottica della presente indagine, sembrano però derivare dai potenziali pregiudizi ai diritti degli individui accusati della commissione del reato presupposto, con particolare riferimento all'inedita alleanza tra *corporations* ed autorità governativa a seguito della conclusione degli accordi in oggetto. Infatti, sebbene fosse lo stesso *Department of Justice* ad evidenziare che l'importanza strategica delle intese nella tutela di rilevanti interessi economici, consentendo di scongiurare gli esiti pregiudizievoli potenzialmente fatali derivanti anche dalla semplice formalizzazione di un'imputazione a carico dell'ente<sup>306</sup>,

---

*Prosecution Agreements*, in *Columbia Law Rev.*, 105, 2005, p. 1863 ss. Taluno ha persino suggerito di estendere l'applicabilità agli accordi in oggetto dei principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di *contract law*. Più in particolare verrebbe in rilievo il concetto di *duress*, che ha l'obiettivo di evitare che una parte con maggiore potere contrattuale possa indebitamente avvantaggiarsi delle condizioni imposte al contraente più debole. Cfr. M. Zierdt – S. Podgor, *Corporate Deferred Prosecutions Through the Looking Glass of Contract Policies*, in *Kentucky Law Journ.*, vol. 96 – 1, 2007 – 2008, p. 25 ss. Altri ancora infine, caldeggiavano l'intervento del Congresso attraverso specifiche previsioni legislative. In tal senso cfr. J. A. Gallagher, *Legislation is Necessary for Deferred Prosecution of Corporate Crime*, in *Suffolk Univ. Law Rev.*, 43, 2010, p. 447 ss.

<sup>305</sup> Fenomeno efficacemente riassunto nella massima «*too big to fail is too big to jail*». Così l'editoriale del *New York Times*, 11 dicembre 2012, consultabile on – line all'indirizzo: [http://www.nytimes.com/2012/12/12/opinion/hsbc-too-big-to-indict.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2012/12/12/opinion/hsbc-too-big-to-indict.html?_r=0). Al riguardo si veda anche D. Markoff, *Arthur Andersen and the Myth of Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century*, in *University of Pennsylvania Journ. of Business Law*, 15:3, 2013, p. 810.

<sup>306</sup> Secondo i *Principles of Federal Prosecution of Business Organization*, 9-28.1000B - ultima versione tuttora vigente dei *memoranda* governativi contenuta nello *United States Attorney Manual*, consultabile on – line all'indirizzo: [http://www.justice.gov/usao/eousa/foia\\_reading\\_room/usam/title9/28mcrm.htm#9-28.1000](http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/28mcrm.htm#9-28.1000) - gli accordi in oggetto sarebbero infatti principalmente finalizzati ad evitare le conseguenze collaterali derivanti da una condanna. Una simile esigenza, che non è sconosciuta al nostro sistema di responsabilità degli enti, è tuttavia apparsa con particolare evidenza nel contesto nord – americano a partire dal 2002, quando la sola imputazione per il crimine di *obstruction of justice* nei confronti della società di revisione e consulenza Arthur Andersen & Co. determinava il fallimento del colosso operante a livello mondiale e la conseguente perdita di migliaia di posti di lavoro ancor prima che le accuse mosse nei confronti di Andersen potessero essere esaminate in dibattimento. A massimizzare gli effetti di un simile avvenimento contribuì inoltre l'annullamento della condanna da parte della Corte Suprema, che rovesciò il verdetto di colpevolezza ravvisando l'erroneità delle istruzioni sulla base delle quali la giuria si era pronunciata. Per un esame della vicenda, e più in generale sulla nascita del c.d. *Arthur Andersen Effect*, cfr. tra gli altri C. D. Weisselberg – S. Li, *Big Law's Sixth Amendment: The Rise of Corporate White-Collar Practices in Large U.S. Law Firms*, in

sembra corretto identificare il principale fattore che ha determinato la diffusione degli *agreements* proprio nella necessità per il governo di assicurarsi l'apporto cooperativo delle *corporations*<sup>307</sup>.

I *memoranda* sono infatti alquanto diretti nell'attribuire un valore decisivo alle scelte di cooperazione del soggetto collettivo al fine di valutare l'opportunità della conclusione di uno degli accordi in questione, e non pare priva di significato la circostanza per cui il riferimento esplicito alla possibilità di ricorrere alla *pretrial diversion* operato dal *Thompson memorandum*, sia contenuto proprio nel paragrafo che tratta della “*cooperation and voluntary disclosure*” da parte della persona giuridica. Molti autori sottolineano poi che la collaborazione degli enti risulta un contributo imprescindibile per il governo nel contesto di indagini riguardanti realtà organizzative talvolta assai complesse e per certi versi impenetrabili<sup>308</sup>. Del resto, per quanto non sia possibile individuare un modello standard di accordo, l'impegno della società ad assicurare piena collaborazione alle autorità governative rappresenta un contenuto pressoché indefettibile delle intese<sup>309</sup>. Una simile attenzione nei riguardi della cooperazione del soggetto

---

*Arizona Law Rev.*, 53, 2011, p. 1239 ss.; J. P. Kelly, *The Power of an Indictment and the Demise of Arthur Andersen*, in *South Texas Law Rev.*, 48, 2006, p. 509 ss.

<sup>307</sup> In senso conforme cfr. R. M. Cooper, *Deferred prosecution: an added technique for resolving federal criminal investigation of organizations*, National Legal Centre for the Public Interest, Washington D.C., 2006, cit., p. 32, «*the provisions for organizational cooperation in deferred prosecution agreements are probably the principal reason that prosecutor enter into them*». Concorde anche D. M. Uhlmann, *Deferred Prosecution and Non Prosecution Agreements*, cit., p. 1312 («*I therefore would agree that the Department's increased use of deferred prosecution and non-prosecution agreements initially occurred because the government wanted to obtain as much cooperation as possible from corporations involved in criminal activity*»). Quest'ultimo autore sottolinea peraltro come il numero degli *agreements* conclusi prima del 2008 – anno in cui vennero diffuse le nuove linee guida che si riferiscono per la prima volta in maniera esplicita alla necessità di evitare conseguenze collaterali per l'ente sotto processo – sia assai maggiore rispetto a quello delle intese stipulate successivamente a tale data. Altri autori infine contestano in radice la stessa validità dei presupposti su cui si basa il c.d. *Arthur Andersen effect*, evidenziando come non si possa sostenere che la condanna di un ente porti necessariamente alla sua “morte” e sostenendo che una simile conseguenza sia una prerogativa esclusiva dei casi in cui le misure conseguenti al verdetto di colpevolezza vanno ad intaccare il c.d. *core business* della realtà economica, ossia la principale se non unica attività attraverso cui la *corporation* realizza il proprio profitto. In questi termini D. Markoff, *Arthur Andersen and the Myth of Corporate Death Penalty*, cit., p. 831 ss..

<sup>308</sup> Cfr. L. K. Griffin, *Compelled cooperation*, cit., p. 341. In senso conforme si veda anche, tra gli altri, E. B. Diskant, *Comparative Corporate Criminal Liability*, cit., p. 151, il quale evidenzia come «*white-collar charges often involve the most complex factual predicates and nuanced understandings of guilt: quite literally, there is no “smoking gun”*».

<sup>309</sup> Lo evidenzia H. First, *Branch Office of the Prosecutor: the New Role of the Corporation in Business Crime Prosecution*, in *North Carolina Law Rev.*, 2010, p. 47.

collettivo non poteva che determinare il sorgere di numerose e rilevanti perplessità circa il rispetto dei diritti dell'imputato persona fisica.

Basti pensare al già menzionato tema del diritto al difensore del dipendente<sup>310</sup>. Già il *memorandum* diffuso nel 1999, infatti, al fine di verificare l'opportunità di concludere un'intesa con l'ente, incaricava il *prosecutor* di vagliare l'autenticità della cooperazione offerta dal soggetto collettivo accertando l'assenza di qualsivoglia atteggiamento di protezione da parte di questo nei confronti degli individui accusati della commissione dell'illecito. A tal riguardo assumeva dunque un rilievo decisamente negativo l'eventuale pagamento delle spese legali delle persone fisiche da parte dell'ente<sup>311</sup>. Una simile previsione è stata ritenuta particolarmente controversa nel contesto americano, in cui l'opportunità di una c.d. *indemnification* per le spese legali derivanti dalla commissione di un crimine nell'esercizio della propria attività lavorativa è principio ampiamente riconosciuto<sup>312</sup>, e dove è talvolta la stessa legislazione di alcuni Stati a prevedere esplicitamente il dovere in capo all'ente di sostenere le spese legali almeno dei suoi componenti apicali<sup>313</sup>. E' comunque *ictu oculi* evidente la situazione di particolare svantaggio in cui versa l'individuo che avrebbe avuto diritto alla copertura delle spese legali da parte del proprio datore di lavoro, ma che si vede negare tale beneficio in conseguenza di un'azione governativa che incentiva in maniera determinante il soggetto collettivo ad impegnarsi in senso contrario. Gli effetti pregiudizievoli sono poi amplificati nel contesto del c.d. *white collar crime*, dove la frequente complessità dei casi rende talvolta assai ingenti i costi per la predisposizione di una difesa adeguata, e dove l'impossibilità di ricorrere alle

---

<sup>310</sup> Cfr. *retro* par. 3.2.

<sup>311</sup> I cc.dd. Holder e Thompson *memoranda* prescrivevano infatti al par. VI B che «*the corporation's promise of support to culpable employees and agents, either through the advancing of attorneys fees (...) may be considered by the prosecutor in weighing the extent and value of a corporation's cooperation*».

<sup>312</sup> Si veda ancora *United States v. Stein (Stein I)*, cit., secondo cui il principio in oggetto «*is very much a part of American life*».

<sup>313</sup> Cfr. S. Buell, *Criminal procedure within the firm*, cit., p. 1652, il quale evidenzia come, secondo la legislazione vigente nello stato del *Delaware*, l'ente *deve* indennizzare gli apicali assolti nel merito di tutti i costi sostenuti per la difesa in giudizio. La circostanza è nota agli stessi *memoranda* governativi, che si preoccupano opportunamente di specificare che almeno in tale evenienza il pagamento delle spese da parte dell'ente non potrà essere considerato negativamente nella valutazione della condotta del soggetto collettivo. Cfr. Thompson *memo* par. VI B., nota n. 4.

risorse del datore di lavoro si traduce spesso nell'impossibilità di usufruire di una difesa effettiva<sup>314</sup>.

#### **4.2.1 Corporate Internal Investigations e diritti processuali della persona fisica.**

Le perplessità più rilevanti circa il rispetto delle prerogative processuali degli individui nell'ambito del sistema nord – americano discendevano però da ulteriori modalità attraverso cui si estrinsecava in concreto l'apporto cooperativo dell'ente.

Secondo le esplicite indicazioni dei memoranda esaminati<sup>315</sup>, infatti, il soggetto collettivo, una volta venuto a conoscenza della commissione di un illecito all'interno del suo contesto organizzativo, è incentivato ad avviare una approfondita investigazione interna al fine di reperire eventuali elementi che possano liberarlo dalla responsabilità. Scopo ulteriore delle indagini in questione è però anche quello di apparire sin da subito cooperativo agli occhi delle autorità governative<sup>316</sup>, alle quali l'ente si impegna di norma a trasmettere le risultanze degli accertamenti effettuati<sup>317</sup>. La *corporation* arriva dunque a comportarsi alla stregua di un agente governativo, barattando gli esiti della propria attività di revisione interna con la garanzia dell'accesso ad uno degli *agreements* esaminati<sup>318</sup>. Si avrà modo di soffermarsi ulteriormente in seguito sulle implicazioni di un simile scenario, ma occorre sin da subito evidenziare alcune delle principali problematiche derivanti da tale *modus procedendi*.

---

<sup>314</sup> Sul punto si veda per tutti S. Ribstein, *A Question of Costs: Considering Pressure on White-Collar Criminal Defendants*, in *Duke Law Journ.*, 58, 2009, p. 857 ss..

<sup>315</sup> Si veda il c.d. Thompson *memorandum* al par. VI B., che evidenzia come «*the Department [of Justice], (...) encourages corporations, as part of their compliance programs, to conduct internal investigations and to disclose their findings to the appropriate authorities*». Sulla rilevanza delle investigazioni interne compiute dall'ente cfr. anche H. First, *Branch Office of the Prosecutor*, cit., p. 29.

<sup>316</sup> Sottolinea il duplice scopo delle investigazioni interne S. Heyman, *Bottoms – Up*, cit., p. 198.

<sup>317</sup> Si veda ancora il c.d. Thompson *memo* al par. VI A., ove si afferma che «*in gauging the extent of the corporation's cooperation, the prosecutor may consider the corporation's willingness to (...) disclose the complete results of its internal investigation*».

<sup>318</sup> Cfr. Tra gli altri H. First, *Branch Office of the Prosecutor*, cit., p. 48, il quale sottolinea come «*these agreements have further shifted the role of corporations in the criminal process from criminal target to prosecutorial agent*».

Basti pensare alla già segnalata circostanza per cui il duplice ruolo dell'ente potrebbe non essere immediatamente comprensibile agli occhi degli individui coinvolti nelle *internal investigations*, specialmente ove si tratti di soggetti occupanti le ultime posizioni dell'organigramma societario. Questi potrebbero dunque essere indotti a rilasciare dichiarazioni anche di natura auto indiziante, anche in ragione dei doveri discendenti dal rapporto di lavoro che li lega alla società<sup>319</sup>, inconsapevoli del fatto che il loro contributo potrà poi costituire la principale moneta di scambio che l'ente offrirà al *prosecutor* in cambio di un trattamento favorevole<sup>320</sup>.

A ciò si aggiunga poi che, per quanto le investigazioni in questione costituiscano almeno formalmente un'iniziativa privata liberamente intrapresa dall'ente, esse sono comunque dotate di un elevato tasso di coercizione, paragonabile a quello delle indagini compiute dall'autorità governativa<sup>321</sup>, cui non corrisponde però alcuna disciplina posta a tutela dei diritti degli individui<sup>322</sup>. Più nello specifico, la persona fisica non potrà avvalersi della protezione assicurata dal quinto emendamento della Costituzione americana, che garantisce all'indagato il c.d. *privilege against self incrimination*. Per quanto taluno argomenti per l'applicabilità della garanzia in questione anche nel campo delle *corporate internal investigations*, sostenendo l'inutilizzabilità delle dichiarazioni raccolte sotto la minaccia di sanzioni come la perdita del posto di lavoro<sup>323</sup>, si tende per lo più a negare la possibilità di ricorrere ad una simile protezione nel caso in esame<sup>324</sup>.

---

<sup>319</sup> Evidenziano una simile eventualità A. Green – E. S. Podgor, *Unregulated Internal Investigation*, cit., p. 88.

<sup>320</sup> Cfr. i riferimenti di cui *retro* nota n. 286.

<sup>321</sup> Basti pensare a come assai di frequente gli individui siano minacciati di sanzioni disciplinari nonché della perdita del posto di lavoro ove non si dimostrino cooperativi nel corso delle investigazioni. Si veda per tutti L. K. Griffin, *Compelled cooperation*, cit., p. 355, secondo cui «*the threat of job loss is routine and real*».

<sup>322</sup> A. Green – E. S. Podgor, *Unregulated Internal Investigation*, cit., p. 76, «*corporations' internal investigations contrast with government and regulatory investigations, which are subject to rules of criminal procedure and federal statutes to protect individuals from overreaching by investigators*». Gli autori evidenziano anche l'assenza di un qualsiasi controllo giudiziale relativamente alle attività compiute durante le investigazioni in questione. Lo scrutinio del giudice è infatti meramente eventuale e successivo, avendo questo luogo solo in giudizio nel caso in cui l'individuo contesti l'ammissibilità degli elementi di prova raccolti durante le *internal investigations* (p. 88).

<sup>323</sup> In particolare L. K. Griffin, *Compelled cooperation*, cit., p. 352 ss. suggerisce l'applicazione della c.d. *Garrity immunity*. In *Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493 (1967) la Corte Suprema ha infatti per la prima volta ravvisato una violazione del *privilege against self – incrimination* sancito dal V emendamento in conseguenza della minaccia della perdita del posto di lavoro compiuta dalla polizia giudiziaria ove l'indagato si fosse avvalso della facoltà di non rispondere nel corso di un

E' infine importante sottolineare le ricadute pregiudizievoli della situazione tratteggiata in ordine all'aspetto – anch'esso già oggetto di considerazione con riguardo al sistema interno<sup>325</sup> - relativo alla confidenzialità delle informazioni fornite dall'assistito al difensore. Allorquando l'ostilità dell'ente sia infatti finalmente divenuta manifesta alla persona fisica, questa non potrà accampare nessun diritto alla riservatezza delle comunicazioni intervenute durante le investigazioni al fine di sottrarle alla cognizione dell'autorità giudiziaria<sup>326</sup>. E' infatti assai arduo per l'individuo sostenere la natura confidenziale e dunque l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rilasciate ai legali della società nel corso delle investigazioni interne<sup>327</sup>. Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema americana solo la persona giuridica può eventualmente eccepire la riservatezza della documentazione relativa alle *internal investigations* in base al c.d. *attorney – client*

---

interrogatorio. L'autrice argomenta dunque per l'estensione della sanzione al campo delle *internal investigations*, rilevando come la natura formalmente privata delle investigazioni in questione non possa essere di ostacolo ad una simile operazione. La minaccia in oggetto infatti, ancorché formalmente proveniente dai legali della società che conducono le investigazioni interne, è di fatto almeno indirettamente attribuibile al governo in tutti i casi in cui i primi agiscono per adempiere alle richieste di cooperazione fissate in un *deferred prosecution agreement* ovvero al fine di procurarsi elementi utili da spendere nei negoziati con il *Department of Justice*, attuando così una sorta di coercizione delegata. Ciò sarebbe dunque sufficiente a dimostrare la sussistenza di una c.d. *State action*, necessaria per l'applicabilità della protezione in oggetto. Le perplessità relative al rispetto della previsione di cui al V emendamento non si esauriscono però con riferimento alle investigazioni interne. *United States v. Stein (Stein II)*, 440 F.Supp.2d 315 (S.D.N.Y. 2006) [sentenza della *U.S. District Court for the Southern District of New York*], evidenzia infatti correttamente che anche la condotta della società che minaccia di licenziare i propri dipendenti che non si dimostrino cooperativi con le indagini governative sia idonea ad integrare una violazione del *privilege against self – incrimination*, cagionando l'inutilizzabilità delle dichiarazioni così raccolte.

<sup>324</sup> Si veda ancora A. Green – E. S. Podgor, *Unregulated Internal Investigation*, cit., nota n. 14.

<sup>325</sup> Si veda *retro* par. 3.2.

<sup>326</sup> Cfr. per tutti A. Green – E. S. Podgor, *Unregulated Internal Investigation*, cit., p. 74, ove si evidenzia il generale insuccesso dei tentativi da parte degli individui di contestare l'utilizzabilità delle dichiarazioni da essi rilasciate ai legali della società nel corso delle investigazioni interne.

<sup>327</sup> Ciò anche ove siano presenti elementi obiettivi che abbiano potuto ragionevolmente indurre la persona fisica a ritenere di essere personalmente rappresentata dal legale della società, confidando così nella riservatezza dei colloqui intervenuti con lo stesso. Un caso emblematico è rappresentato da *United States v. Norris*, 419 F. App'x 190, 195 (3d Cir. 2011) [sentenza della *Court of Appeals of Third Circuit*]. In tale occasione l'imputato ha senza successo sostenuto l'incompatibilità a testimoniare del difensore dell'ente circa le dichiarazioni rilasciate dal primo al secondo nel corso delle *internal investigations*. Sebbene Norris avesse infatti fornito significativi elementi che dimostravano come il legale non si fosse limitato a rappresentare l'ente, ma avesse contemporaneamente assunto anche la sua difesa (il difensore aveva infatti presenziato ai colloqui dell'imputato con le autorità *Antitrust* coinvolte nelle indagini ed aveva esso stesso riconosciuto la concorrente rappresentanza di ente e persona fisica), la Corte riteneva che tali elementi non fossero comunque sufficienti a soddisfare il c.d. *Bevill test*, che fissa un rigoroso onere probatorio in capo a chi intende eccepire la natura confidenziale delle dichiarazioni rilasciate ad un legale invocando il c.d. *attorney – client privilege*. Sul punto si veda A. Green – E. S. Podgor, *Unregulated Internal Investigation*, cit., p. 101 ss. Segnalano l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale al riguardo G. Mark – T. C. Pearson, *Corporate Cooperation*, cit., p. 10.



*privilege* sancito dal sesto emendamento della Costituzione statunitense<sup>328</sup>. L'ente rappresenta infatti l'unico soggetto nel cui interesse il legale svolge la propria attività, ed è dunque il titolare esclusivo del privilegio in questione in relazione ai risultati dell'attività di revisione<sup>329</sup>. Proprio alla luce di tale precisazione devono dunque essere lette le previsioni di entrambi i memoranda finora analizzati, che si premurano di specificare come la condotta cooperativa del soggetto collettivo, per essere ritenuta fattiva, dovrà estendersi sino alla rinuncia al privilegio di riservatezza ove ciò risulti necessario per assicurare al governo una completa cognizione degli esiti delle indagini<sup>330</sup>.

#### **4.2.2 Profili evolutivi della disciplina.**

Le critiche relative alla sostanziale erosione del c.d. *attorney – client privilege* ad opera dei *memoranda* governativi hanno presto determinato un graduale cambio di prospettiva nell'atteggiamento del governo. Le denunce degli operatori del mondo accademico e professionale<sup>331</sup>, che criticavano l'istituzione di quella

---

<sup>328</sup> In generale sul privilegio di riservatezza delle comunicazioni tra difensore ed assistito nell'ordinamento americano, anche con riferimento alla c.d. *work – product doctrine*, relativa alla protezione della documentazione difensiva predisposta in funzione della controversia, cfr. per tutti E.S. Epstein, *The Attorney – Client Privilege and the Work – Product Doctrine*, 4°ed., ABA, 2001, *ibidem* nonché, con particolare riferimento al campo della *corporate criminal liability*, p. 99 ss.

<sup>329</sup> Il *leading case* in materia è rappresentato da *Upjohn Co. et al. v. United States et al.*, 449 U.S. 383 (1981) che, sancendo la possibilità di eccepire la natura riservata delle comunicazioni intervenute tra il legale della persona giuridica e tutti i componenti dell'ente – rigettando così la teoria del c.d. *control group test* che limitava tale facoltà ai soli colloqui tra difensore ed apicali - identificava però nel soggetto collettivo l'unico legittimato in tal senso. Sul punto, tra gli altri, cfr. E. B. Diskant, *Comparative Corporate Criminal Liability*, cit., p. 154-155; C. D. Weissberg – S. Li, *Big Law's Sixth Amendment*, cit., p. 1242. La dottrina ha condivisibilmente evidenziato l'inattualità della costruzione elaborata dalla Corte Suprema in *Upjohn*. L'evolversi delle relazioni tra ente ed individuo imporrebbe infatti oggi l'adozione di un nuovo modello, che consenta alle persone fisiche un maggiore controllo sulle loro dichiarazioni rilasciate nel corso delle *internal investigations*. Cfr. nello specifico A. Green – E. S. Podgor, *Unregulated Internal Investigation*, cit., p. 111 ss.

<sup>330</sup> Cfr. Holder e Thompson *memoranda* § II n. 4 secondo cui, nel valutare l'opportunità di perseguire l'ente, il *prosecutor* deve valutare «*the corporation's timely and voluntary disclosure of wrongdoing and its willingness to cooperate in the investigation of its agents, including, if necessary, the waiver of corporate attorney-client and work product protection*».

<sup>331</sup> Cfr., anche con riferimento alle iniziative intraprese dall'*American Bar Association*, L. K. Griffin, *Compelled Cooperation*, cit., p. 349. Sul fronte legislativo veniva proposta l'adozione di una specifica normativa a tutela del privilegio in questione attraverso il c.d. *Attorney Client Privilege Protection Act* del dicembre 2006, iniziativa dapprima abbandonata ma poi nuovamente intrapresa nel febbraio 2009 a seguito della pubblicazione delle nuove linee guida del *Department of Justice*

che è stata definita come una vera e propria «*culture of waiver*»<sup>332</sup>, hanno infatti costretto il *Department of Justice* a rivedere ulteriormente le sue *policies* attraverso la diffusione, nel 2006, del c.d. *McNulty memorandum*<sup>333</sup>.

Il documento tentava di offrire una risposta alle perplessità segnalate attraverso una più attenta regolamentazione dei presupposti per la rinuncia ai privilegi di riservatezza da parte dell'ente. Il memorandum specificava innanzitutto che l'integrale *disclosure* del materiale in possesso del soggetto collettivo non poteva essere considerata un pre-requisito essenziale per valutare positivamente la sua cooperazione, regolamentando poi in maniera analitica la procedura per l'accesso alle informazioni in oggetto. Più nello specifico si distinguevano due diverse categorie di dati confidenziali, i primi – di natura fattuale – potevano essere conosciuti solo dopo aver ottenuto un'apposita autorizzazione scritta da parte di uno degli *United States Attorney*; l'accesso ai secondi – relativi invece alle comunicazioni più strettamente personali tra difensore ed assistito – poteva essere concesso solo ove il prosecutor fosse stato in grado di dimostrare una legittima necessità in tal senso<sup>334</sup> ed esclusivamente a seguito di un'apposita autorizzazione scritta ottenuta dal *Deputy Attorney General*.

In relazione al pagamento delle spese legali dell'imputato persona fisica, il *memorandum* precisava che, almeno in via generale, i *prosecutors* si sarebbero dovuti astenere dal prendere in considerazione la circostanza per cui l'ente si fosse o meno impegnato a coprire le spese legali dei propri dipendenti sottoposti

---

(sul punto si veda *infra*). A tal riguardo cfr. K. C. Copeland, *Preserving the Corporate Attorney Client – Privilege*, in *Univ. of Cincinnati Law Rev.*, 78, 2010, p. 1233.

<sup>332</sup> Intendendosi con tale espressione la generalizzata rinuncia imposta dal Governo ai diritti processuali della parte. Sul punto M. L. Seigel, *Corporate America Fights Back*, cit., p. 30.

<sup>333</sup> Diffuso dal *Deputy Attorney General* Paul J. McNulty e consultabile on – line all'indirizzo: [http://www.justice.gov/dag/speeches/2006/mcnulty\\_memo.pdf](http://www.justice.gov/dag/speeches/2006/mcnulty_memo.pdf). Il *memorandum* in questione veniva in realtà preceduto da un ulteriore documento, il c.d. *Mc Callum memo* del 21 ottobre 2005. Quest'ultimo riveste però un interesse marginale ai fini della presente trattazione, limitandosi esclusivamente a suggerire la generalizzazione della prassi adottata da alcuni *United States Attorneys* che, al fine di garantire l'uniforme applicazione dei principi sanciti dal *Thompson memorandum*, imponevano l'assenso scritto da parte del capo del distretto per le richieste di rinuncia al privilegio di riservatezza. Cfr. H. Wray – C. Hur, *Corporate Criminal Prosecution in a Post – Enron World: the Thompson Memo in Theory and Practice*, in *American Criminal Law Rev.*, 43, 2006, p. 1178.

<sup>334</sup> Cfr. *McNulty memorandum*, cit., VII.B.2. secondo cui «*prosecutors may only request waiver of attorney-client or work product protections when there is a legitimate need for the privileged information*». Descrive analiticamente il meccanismo in questione C. J. Carpenter, *Federal Prosecution of Business Organizations: The Thompson Memorandum and its Aftermath*, in *Alabama Law Rev.*, 59, 1, 2007, p. 228 ss..

ad indagine<sup>335</sup>, sconfessando dunque apertamente la controversa prassi esaminata nel precedente paragrafo.

I cambiamenti operati dal *McNulty memorandum* non furono però sufficienti a sopire le critiche nei confronti del sistema<sup>336</sup>, tanto che, nell'agosto del 2008, il *Department of Justice* diffondeva un'ulteriore versione delle proprie linee guida relativamente alle indagini a carico dei soggetti collettivi<sup>337</sup>. Tale *memorandum*, sviluppando ulteriormente il percorso intrapreso dal suo predecessore, vietava in maniera categorica ai *prosecutors* di considerare qualsivoglia aspetto relativo al pagamento delle spese legali dei dipendenti sottoposti ad indagine da parte del datore di lavoro al fine di valutare la cooperatività del soggetto collettivo. Esso impediva poi di richiedere alla *corporation* il rilascio di qualsiasi informazione protetta da confidenzialità, affermando così per la prima volta una vera e propria "don't ask rule".

Anche la diffusione del documento in oggetto però, lungi dal tacitare le voci critiche, ha determinato il sorgere di ulteriori perplessità<sup>338</sup>. Taluno ha sottolineato infatti la natura non vincolante delle regole dettate dal *memorandum*, mentre altri hanno segnalato come quest'ultimo si limiti a sancire il divieto per il governo di richiedere agli enti la *disclosure* di informazioni riservate, continuando però in maniera contraddittoria a prevedere il dovere per questi ultimi di portare comunque a conoscenza dell'autorità tutti i "fatti rilevanti". Simili previsioni, dal linguaggio alquanto ambiguo, potrebbero dunque tradursi in un rimedio peggiore

---

<sup>335</sup> *McNulty memorandum*, cit., VII.B.3. ove si prescrive che «*prosecutors generally should not take into account whether a corporation is advancing attorneys' fees to employees or agents under investigation and indictment*».

<sup>336</sup> Sul punto si veda G. Mark – T. C. Pearson, *Corporate Cooperation*, cit., p. 69; nonché C. J. Carpenter, *Federal Prosecution*, cit., p. 232 ss., ove si dà conto, tra le altre, della posizione di chi evidenziava come il *memorandum* in questione si limitasse a stabilire delle modeste a garanzie a tutela della riservatezza delle comunicazioni al difensore dell'ente, continuando però a legittimare la controversa prassi di richiedere al soggetto collettivo la rinuncia al privilegio di confidenzialità.

<sup>337</sup> Il riferimento va al c.d. *Filip memorandum*, tuttora costituente il capitolo 28 del titolo IX dello *United States Attorney Manual*. Nello stesso giorno della diffusione del documento, in maniera alquanto simbolica, la *United States Court of Appeal for the Second Circuit* in *United States v. Stein*, 541 F.3d 130, 157 (2d Cir. 2008) confermava la decisione della *District Court for the Southern District of New York* che aveva precedentemente censurato la condotta governativa in relazione al pagamento delle spese legali dei dipendenti da parte dell'ente accusato di illecito.

<sup>338</sup> Cfr. *retro* nota n. 330 con riguardo alla reintroduzione, nel 2009, della proposta di legge a tutela dell'*attorney – client privilege*.

del male, favorendo discutibili pratiche di scambio “sotto banco” e diminuendo il tasso di certezza nelle relazioni tra governo ed ente<sup>339</sup>.

Ciò che importa però è che, al di là della questione relativa al pagamento delle spese legali degli individui, nessuna previsione del *memorandum* diffuso nel 2008 si preoccupa di garantire in maniera migliore il rispetto dei diritti delle persone fisiche nel contesto delle indagini compiute dall’ente, focalizzandosi piuttosto sulle garanzie da assicurare al soggetto collettivo<sup>340</sup>. Come acutamente osservato da qualcuno, infatti, solo una maggiore consapevolezza degli effettivi interessi dell’ente ed una migliore comprensione delle dinamiche sottese alle investigazioni interne potrà porre i membri delle *corporations* al riparo da pratiche irrispettose dei propri diritti, permettendogli sin da subito di intraprendere le più opportune iniziative a tutela della loro posizione<sup>341</sup>.

La situazione relativa alle prerogative dei singoli non può infine dirsi mutata neppure in seguito alla recente diffusione delle nuove *guidelines* governative, avvenuta il 9 settembre 2015 attraverso l’adozione del c.d. *Yates memo*<sup>342</sup>.

Il documento sembra anzi realizzare un arretramento rispetto ai pur limitati risultati conseguiti attraverso le precisazioni intervenute rispetto al testo del c.d. *Thompson memorandum*. L’ultima versione delle linee guida infatti, dopo aver ribadito a chiare lettere che «*one of the most effective ways to combat corporate misconduct is by seeking accountability from the individuals who perpetrated the wrongdoing*»<sup>343</sup>, individua il primo *step* della nuova strategia di contrasto alla *corporate fraud* nella necessità di un’integrale *disclosure* da parte della società delle circostanze relative alle responsabilità individuali nella realizzazione dell’illecito, individuando tale condotta quale requisito imprescindibile affinché

---

<sup>339</sup> Per tutte le osservazioni si veda S. Heyman, *Bottoms – Up*, cit., p. 25. Cfr. anche, pur con specifico riferimento alle previsioni del *memorandum* diffuso nel 2006, B. J. Keefe, *Revisions of the Thompson Memorandum and Avoiding the Stein Problems: a Review of the Federal Policy on the Prosecution of Business Organization*, in *Connecticut Law Rev.*, 42, 2009, p. 317, secondo cui il formale divieto per il *prosecutor* di richiedere all’ente determinate informazioni avrebbe come principale effetto quello di far apparire come volontario il contributo del soggetto collettivo pur ove ciò non corrisponda alla realtà dei fatti, rendendo dunque assai difficile per il giudice ravvisare una indiretta pressione da parte dello Stato come invece avvenuto con riferimento alle previsioni del *Thompson memorandum*.

<sup>340</sup> Si veda ancora B. J. Keefe, *Revisions of the Thompson Memorandum*, cit., p. 314 («*where the revision to the DOJ policy have been made, they have only addressed part of the Stein problem*»).

<sup>341</sup> In questo senso S. Heyman, *Bottoms – Up*, cit., p. 202 e 206.

<sup>342</sup> Consultabile on – line all’indirizzo: <https://www.justice.gov/dag/file/769036/download>.

<sup>343</sup> Confermando così la priorità assegnata alla punizione dell’individuo.

l'ente possa beneficiare di qualsiasi "ricompensa" per l'apporto cooperativo prestato<sup>344</sup>. La nuova previsione dunque, differentemente rispetto a quanto affermato nel documento del 2006, sembra abbandonare la differenziazione tra informazioni coperte da segreto e conoscenze liberamente divulgabili da parte della persona giuridica, imponendo una indiscriminata diffusione del patrimonio informativo in possesso del soggetto collettivo in favore dell'autorità.

Rimangono poi quanto mai attuali le perplessità manifestate con riguardo all'effettività del divieto di auto incriminazione, in ordine al quale la nuova disciplina non si preoccupa di apportare alcun correttivo in senso di garanzia per la persona fisica, enfatizzando invece la necessità di garantire alla giustizia gli individui ritenuti materialmente responsabili dell'illecito ascrivibile al soggetto collettivo in maniera non dissimile rispetto a quanto avvenuto nel 2003.

I recenti sviluppi delle *policies* governative sembrano dunque confermare l'impressione per cui, almeno a partire dal 2003, il fenomeno sinora esaminato ha comportato un deciso cambio di prospettiva nel sistema della *corporate criminal liability* americana. Pressoché tutte le condotte cooperative richieste all'ente apparivano ed appaiono infatti tutt'ora dirette ad agevolare la punizione delle persone fisiche coinvolte nell'illecito<sup>345</sup>, determinando uno spostamento delle priorità punitive sul piano della responsabilità individuale<sup>346</sup>. Logica conseguenza di un simile scenario è stata dunque la maggiore incidenza delle indagini a carico delle persone fisiche materialmente responsabili della condotta criminosa, facilitate dalla preziosa cooperazione degli enti<sup>347</sup>. Del resto un simile risultato

---

<sup>344</sup> Lo stesso memorandum afferma infatti esplicitamente che «*in order for a company to receive any consideration for cooperation under the Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, the company must completely disclose to the Department all relevant facts about individual misconduct. Companies cannot pick and choose what facts to disclose*». Circa quello che è stato definito come un nuovo «*all or nothing approach*», E. E. Joh – T. W. Joo, *The Corporation as a Snitch: The New DOJ Guidelines on Prosecuting White Collar Crime*, in *Va. Law. Rev. Online*, p. 2, consultabile on – line all'indirizzo: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2675266](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2675266).

<sup>345</sup> Sul punto cfr. ancora, tra gli altri, H. Wray – C. Hur, *Corporate Criminal prosecution*, cit., p. 1181, ove si evidenzia come, in conseguenza delle previsioni contenute nei *memoranda* governativi, «*companies may further try to distance themselves from culpable employees, painting them as "rogue" managers whose conduct should not fairly be attributed to the entity itself*».

<sup>346</sup> Cfr. per tutti L. K. Griffin, *Compelled Cooperation*, cit., p. 329 che si esprime al riguardo nei termini di «*shift to individual culpability*».

<sup>347</sup> Fenomeno indicato come «*reverse whistleblowing*». Esso infatti, a differenza di quanto avviene nell'ipotesi ordinaria in cui gli impiegati sono incentivati a denunciare le condotte illecite del soggetto collettivo in ottemperanza alle procedure di *compliance* stabilite dallo stesso, incentiva lo

appare in qualche modo contemplato anche nei criteri enumerati dai *memoranda* governativi a partire dal 2003, che raccordavano la valutazione circa la necessità di procedere nei confronti del soggetto collettivo all'adeguatezza dell'iniziativa penale a carico delle persone fisiche<sup>348</sup>.

Un'analisi non troppo approfondita del fenomeno non manca certo di evidenziare rilevanti perplessità ulteriori rispetto a quelle più specificamente riferite alla tutela delle prerogative processuali della persona fisica. Basti pensare al già segnalato macroscopico squilibrio delle forze in campo<sup>349</sup>. Una c.d. *top – down strategy* nelle investigazioni in materia di *corporate crime*, che incentiva i soggetti posti al vertice dell'organizzazione a cooperare nelle investigazioni a carico degli impiegati di più basso livello in cambio di una sostanziale immunità in favore dei primi, determinerebbe poi il rischio concreto che proprio coloro che più beneficiano in termini economici della commissione dell'illecito vadano esenti da un'effettiva sanzione, pervenendo così ad esiti sicuramente indesiderati dal punto di vista della politica criminale<sup>350</sup>.

---

stesso ente a segnalare nel proprio interesse condotte criminose dei propri appartenenti. A tale riguardo, in maniera non dissimile rispetto a quanto osservato in relazione all'ordinamento nazionale, è assai sentito il tema delle protezioni da assicurare a tali soggetti per tutelarli dalle conseguenze economiche e lavorative derivanti dalle loro denunce. Specifiche previsioni legislative, contenute nel *Sarbanes-Oxley act* del 2002 e più di recente nel *Dodd – Frank act* del 2010, si occupano del problema. Sul punto si veda, tra gli altri, T. M. Dworking, *SOX and Whistleblowing*, in *Michigan Law Rev.*, 105, 8, 2007, p. 1757 ss.; U. Desai, *Crying Foul: Whistleblower Provisions of the Dodd-Frank Act of 2010*, in *Loy. U. Chi. Law Journ.*, 427, 2011-2012, p. 427 ss. Nel caso in esame sono invece i vertici dell'ente a portare all'attenzione delle autorità le condotte illecite verificatesi al suo interno, con lo scopo di ottenere rilevanti sconti sanzionatori per la persona giuridica in cambio della cooperazione nelle indagini a carico degli individui. Sul punto cfr. altresì W. Laufer, *Corporate Prosecution*, cit., p. 648 - 649.

<sup>348</sup> Secondo quanto stabilito dal § II n. 8 del Thompson *memorandum* infatti, nel valutare l'opportunità di perseguire l'ente il *prosecutor* avrebbe dovuto considerare anche «*the adequacy of the prosecution of individuals responsible for the corporation's malfeasance*». Gli stessi rappresentanti governativi non facevano mistero delle strategie del *Department of Justice* affermando esplicitamente che «*the prosecution of guilty individuals should always take precedence over the prosecution of entities*». In questi termini il *Deputy Attorney General* Thompson nel proprio intervento alla *Corporate Fraud Task Force Conference* del 26 settembre 2002, richiamato da H. Wray – C. Hur, *Corporate Criminal Prosecution*, cit., p. 1098.

<sup>349</sup> Sul punto si veda per tutti E. S. Podgor, *White – Collar Cooperators*, cit., 2002 p. 805, che evidenzia come «*a corporation may be in a superior position in securing the benefits associated with cooperation. In contrast to individuals, the financial resources available to the organization may enhance its ability to be first in the race to the courthouse to serve in the role of government cooperator*».

<sup>350</sup> S. Heyman, *Bottoms – Up*, cit., p. 209, secondo cui l'approccio segnalato «*may not deter the right people*». I vertici della società, che orchestrano l'illecito e si avvantaggiano di più in conseguenza della condotta criminale, dovrebbero essere i destinatari principali dell'attenzione del governo, mentre la prassi corrente sembra concentrarsi sugli individui che prendono parte all'attività illecita. In altri termini, «*in the white-collar context it is possible to have two contenders for*

Vi è infine un ulteriore rilievo che sembra dimostrare inequivocabilmente la rilevanza dell'analisi condotta nell'ottica di uno studio diretto ad analizzare l'impatto sulle disposizioni processuali delle relazioni tra ente e persona fisica che caratterizzano il modello di responsabilità dell'impresa fatto proprio dal legislatore italiano, giustificando la diffusa attenzione prestata al tema in esame.

I *deferred prosecution agreements* infatti, lungi dal rimanere confinati all'interno del sistema nord – americano, hanno di recente attraversato l'Atlantico per fare il loro ingresso all'interno del vecchio continente. E' questo quanto avvenuto nel 2013 nel Regno Unito con l'adozione del *Crime and Courts Bill*, contenente appunto la proposta di adottare lo strumento dei DPA all'interno dell'ordinamento britannico, e con la successiva diffusione di un apposito *Code of Practice* contenente i criteri cui i *prosecutor* devono attenersi nell'applicazione della strategia di *diversion*<sup>351</sup>.

A prescindere dall'eventualità di una trasposizione dell'istituto all'interno dell'ordinamento nazionale, opportunità da taluno peraltro già segnalata pur nella consapevolezza dei rilevanti inconvenienti connessi alla vigenza della intese<sup>352</sup>, la capacità espansiva dimostrata dal mezzo consiglia dunque di interrogarsi comunque sulle problematiche venute alla luce oltre oceano rapportandole alle previsioni del d.lgs. n. 231 del 2001. Anche l'attuale assetto normativo sembra infatti presentare diversi profili di criticità almeno potenziale con riguardo alle relazioni tra ente e persona fisica in relazione all'operatività di istituti *lato sensu* premiali collegati alle iniziative intraprese in tal senso dal soggetto collettivo.

---

*cooperator status and the rightful or less culpable recipient may not be the one who ultimately receives the cooperation benefits*». Così, testualmente, E. S. Podgor, *White – Collar Cooperators*, cit., p. 808. Taluno contesta poi l'effettiva funzionalità delle intese a garantire una più efficace punizione degli individui. In questo senso, evidenziando come dal 2001 al 2014 solo il 34% degli accordi era stato accompagnato da un'iniziativa penale a carico delle persone fisiche ritenute materialmente responsabili dell'illecito, B. L. Garrett, *The Corporate Criminal as Scapegoat*, in *Virginia Law Rev.*, in corso di pubblicazione, consultabile on – line all'indirizzo: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2557465](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2557465).

<sup>351</sup> Per considerazioni più analitiche sul punto cfr. F. Mazzacuva, *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conduct inglese: spunti per alcune riflessioni de jure condendo*, in *Ind. pen.*, 2015, p. 179 ss..

<sup>352</sup> Così ancora F. Mazzacuva, *La diversione processuale per gli enti collettivi*, cit., p. 200 – 201.

### 4.3 Il d.lgs. n. 231/2001 alla luce della lezione americana: le investigazioni interne dell'ente.

Per quanto le situazioni analizzate nei precedenti paragrafi siano infatti senza dubbio in larga parte riconducibili ad alcune peculiarità del sistema statunitense - basti pensare, su tutte, all'istituzionale discrezionalità del *prosecutor* nell'esercizio dell'azione penale<sup>353</sup> - sarebbe ingenuo ritenere che il sistema di cui al d.lgs. n. 231/2001 sia per ciò solo del tutto immune dalle problematiche venute alla luce oltreoceano. A seguito di un'analisi più approfondita, molte delle differenze tra l'ordinamento americano e la normativa vigente in Italia potrebbero rivelarsi più apparenti che reali<sup>354</sup>.

Occorre sottolineare, *in primis*, che nell'ambito del sistema di responsabilità degli enti italiano sono talvolta le stesse caratteristiche che distinguono la maggior parte degli ordinamenti continentali da quelli di *common law* a ricevere un'attuazione differenziata. A tal riguardo rileva proprio il postulato dell'obbligatorietà dell'azione penale: per quanto la dottrina maggioritaria si sia infatti pronunciata per l'applicabilità del principio sancito dall'art. 112 Cost. anche nel procedimento deputato all'accertamento della responsabilità del soggetto collettivo<sup>355</sup>, è noto che le disposizioni del Decreto obliterano il meccanismo di controllo giudiziale previsto dagli artt. 408 e ss. c.p.p. in merito alle scelte di inazione del pubblico ministero, prevedendo un più agile procedimento di revisione

---

<sup>353</sup> Tratto caratterizzante del sistema nord – americano anche con riguardo alla responsabilità delle persone giuridiche, come correttamente rilevato da G. Varraso, *Il procedimento per l'accertamento degli illeciti*, cit., p. 99, nota n. 396.

<sup>354</sup> Si è del resto già detto come il modello nazionale risulti dichiaratamente almeno in parte ispirato all'esperienza statunitense. A tal riguardo è particolarmente opportuno ribadire come il modello americano, in maniera analoga a quanto previsto dal d.lgs. n. 231/2001, istituisca una responsabilità concorrente e non sussidiaria tra soggetto collettivo e persona fisica, rendendo così possibile quella che è stata definita come una creazione artificiale di coimputati. Cfr. E. B. Diskant, *Comparative Corporate Criminal Liability*, cit., p. 141, («*American prosecutors rather artificially create codefendants*»). Sul punto si veda altresì L. Lupària, *Processo penale e reati societari: fisionomia di un modello «invisibile»*, in Aa. Vv., *Diritto penale delle società*, cit., p. 1059 ss., nonchè, in particolare, p. 1062, ove si evidenzia lo «spazio di discrezionalità del tutto inedito» assicurato in tale contesto al pubblico ministero, e p. 1064, in cui si accenna alla rilevante tematica inerente le relazioni tra ente ed individuo in rapporto alle scelte difensive di ciascun soggetto, anche con riguardo alla spendibilità e genuinità dei risultati delle «indagini aziendali interne», questione su cui si dirà più ampiamente *infra* par. 4.3 e 4.4.

<sup>355</sup> In tal senso L. Camaldo, *I principi generali*, cit., p. 1311. Sul punto cfr. anche G. Varraso, *Il procedimento per l'accertamento degli illeciti*, cit., p. 293 ss.



da parte del procuratore generale presso la corte d'appello<sup>356</sup>. Non è certo questa la sede per stabilire se ciò basti a ritenere superata la previsione costituzionale, ma la più ampia discrezionalità del pubblico ministero nel valutare la necessità di perseguire il soggetto collettivo derivante dal mancato coinvolgimento di un giudice nella relativa procedura appare un dato di fatto difficilmente confutabile e senz'altro significativo nell'ottica della presente analisi<sup>357</sup>.

Più nello specifico poi, è abbastanza agevole rilevare che alcuni istituti dello stesso Decreto risultano caratterizzati da un considerevole tasso di discrezionalità potenzialmente sufficiente a favorire lo sviluppo di dinamiche non troppo dissimili rispetto a quelle verificatesi nel contesto nord - americano. Per quanto il legislatore - differentemente da quanto si è visto accadere oltreoceano – si sia premurato di individuare analiticamente ed in via preventiva le condotte collaborative idonee a determinare un trattamento più favorevole per il soggetto collettivo, prescrivendo l'intervento del giudice in chiave di garanzia al fine di valutare il corretto adempimento delle condizioni fissate dalla legge, esistono comunque fattispecie che implicano scelte vitali per il destino dell'ente che risultano subordinate a valutazioni talvolta ampiamente discrezionali da parte di giudice e pubblico ministero<sup>358</sup> circa la condotta *post delictum* del soggetto collettivo, e che conferiscono dunque a questi ultimi un considerevole potere di influenza in ordine alle determinazioni della persona giuridica. A tal proposito, senza alcuna pretesa di completezza, sembra rilevare soprattutto il giudizio circa il soddisfacimento delle condizioni fissate dal citato art. 17. Nella medesima prospettiva viene poi in rilievo il disposto dell'art. 49, che al ricorrere degli stessi presupposti prevede la possibilità di sospendere l'applicazione delle misure interdittive eventualmente irrogate in via cautelare. Più in generale poi, non sembra estranea ad una simile logica persino la valutazione inerente la verifica della sussistenza dei requisiti per l'applicazione delle stesse misure cautelari. Appare ancora emblematico il rilievo

---

<sup>356</sup> Significativo appare poi il linguaggio della stessa *Relazione ministeriale al d.lgs. n. 231/2001* al § 18, secondo cui si è in presenza di «un illecito amministrativo, per il quale non sussiste l'esigenza di controllare il corretto esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero».

<sup>357</sup> In senso parzialmente contrario però P. Moscarini, *Contrasto della corruzione*, cit., p. 5, secondo cui «non sembra che un controllo gerarchico sul p.m. "di grado inferiore" in ordine al non esercizio dell'azione penale dissoni necessariamente dal principio costituzionale della sua obbligatorietà»

<sup>358</sup> Che il titolare dell'accusa esprime, in genere, attraverso la formulazione di un parere preventivo.

assegnato in tal senso all'allontanamento del dipendente ritenuto responsabile del reato quale elemento valutativo al fine del giudizio positivo circa il percorso di riorganizzazione intrapreso da parte della persona giuridica<sup>359</sup>. In tutti questi casi non è dunque inverosimile immaginare che l'ente potrebbe essere più o meno direttamente incentivato a collaborare con l'autorità, anche coadiuvando gli sforzi investigativi degli inquirenti attraverso il compimento di processi di revisione interna variamente denominati<sup>360</sup>.

Una volta dimostrata l'astratta possibilità che anche nel nostro sistema sia esercitata una considerevole influenza nei confronti della persona giuridica accusata dell'illecito, occorre dunque verificare l'adeguatezza dei presidi atti a scongiurare almeno le più evidenti violazioni dei diritti fondamentali della persona fisica che potrebbero conseguentemente verificarsi.

Circa l'effettività del suo diritto al difensore si è ad esempio già detto della rispondenza solo parziale delle regole in materia di incompatibilità del legale a tutelare in maniera efficace le prerogative difensive del soggetto imputato del reato presupposto<sup>361</sup>.

Appare di contro meno allarmante il panorama in ordine all'effettività del divieto di auto incriminazione, in relazione al quale le norme del codice in materia di indagini preliminari ed investigazioni difensive offrono infatti garanzie tutto sommato accettabili. Durante l'inchiesta preliminare effettuata da pubblico ministero e polizia giudiziaria troveranno applicazione le ordinarie regole dettate dagli artt. 62, 63 e 64 c.p.p. a tutela del diritto al silenzio dell'indagato. Nell'ipotesi delle investigazioni difensive la disciplina codicistica prevede poi esplicitamente l'avvertimento circa la facoltà di non rispondere alle domande poste dal difensore, e si ritiene generalmente applicabile il disposto dell'art. 63 comma 2 c.p.p.<sup>362</sup>.

---

<sup>359</sup> Così Cass. pen., sez. VI, 23.6.2006, n. 32626, in *Guida al dir.*, 2012, 14, p. 86.

<sup>360</sup> In generale sui sistemi di controllo interni in ambito societari si veda, anche per ulteriori riferimenti, F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., che parla a tal proposito di una «esplosione dei controlli» (p. 6).

<sup>361</sup> Il lettore più attento ricorderà come il tema dell'effettività del diritto al difensore nel contesto della *corporate criminal liability* era venuto alla luce nell'esperienza nord – americana, con approccio massimamente pragmatico, in relazione al diritto del dipendente al pagamento delle proprie spese legali da parte del datore di lavoro. Sul punto si veda *retro* par. 4.1 e 4.2.1 le considerazioni svolte al riguardo.

<sup>362</sup> Si veda in particolare il disposto dell'art. 391 *bis* comma 2 lett. d) c.p.p. Resta ovviamente ferma la possibilità di richiedere al pubblico ministero l'audizione del soggetto che si sia avvalso della facoltà di non rispondere, ovvero di attivare lo speciale incidente probatorio di cui al comma 11

Ancora nel contesto delle indagini compiute ai sensi degli artt. 391 *bis* e ss. c.p.p., rileva l'obbligo di avvertire il soggetto circa la «propria qualità e lo scopo del colloquio», adempimento sicuramente funzionale ad accrescere il grado di consapevolezza del dichiarante, ed è infine d'uopo segnalare la prescrizione di sospendere l'esame contestualmente all'emersione di indizi di reità<sup>363</sup>.

Tuttavia è proprio l'eventualità in cui sia lo stesso ente ad acquisire un ruolo attivo sulla scena procedimentale attraverso il compimento di attività di investigazione interna a far riemergere con maggiore evidenza diverse perplessità circa il rispetto delle prerogative processuali del singolo, anche in relazione alla garanzia del suo diritto al silenzio. E' ben vero infatti che, diversamente rispetto a quanto osservato con riferimento all'ordinamento nord – americano, la precostituzione di un patrimonio informativo circa le condotte di reato realizzate all'interno del contesto societario e la sua divulgazione agli inquirenti non gioverebbero direttamente all'ente in termini di benefici processuali. Non bisogna però dimenticare come il sistema di controlli che caratterizza la stessa essenza del d.lgs. n. 231/2001 incentivi comunque il compimento di simili iniziative. Basti del resto pensare a come l'ente potrebbe essere sicuramente interessato a condurre approfonditi processi di *audit* al fine di dimostrare l'efficace attuazione concreta del modello di organizzazione e gestione, magari anche ponendo l'autorità a conoscenza di eventuali criticità riscontrate a supporto dell'effettiva

---

della disposizione da ultimo citata. Quest'ultima rappresenta peraltro l'unica ipotesi percorribile nel caso di soggetti indagati o imputati nello stesso procedimento ovvero rientranti in una delle ipotesi di cui all'art. 210 c.p.p., eventualità senz'altro frequenti nel caso della persona fisica indagata per il reato presupposto alla responsabilità dell'ente. Sul punto si veda L. Parlato, *Il "diritto al silenzio" del potenziale testimone e l'incidente probatorio in sede di indagini difensive*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 871 ss. Circa l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rilasciate al difensore da soggetto che doveva essere sentito sin dall'inizio in qualità di imputato si veda invece Cass. pen., 17 ottobre 2007, n. 47394, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4697, con nota di G. Biondi, *E' applicabile l'art. 63, comma 2, c.p.p. nell'ambito dell'attività di assunzione di informazione svolta dal difensore?*

<sup>363</sup> Sul punto G. Frigo, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in *Aa.Vv., Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 187 ss. Le prescrizioni in oggetto sembrano ricordare assai da vicino i c.d. *Adnarim warnings*, la cui introduzione è stata proposta negli U.S.A. appunto per tutelare la posizione della persona fisica nel contesto delle investigazioni compiute dai legali dell'ente. Con riferimento all'obbligo di interrompere l'esame nell'eventualità dell'emersione di indizi di reità a carico del dichiarante cfr. però L. Suraci, *Investigazioni difensive e dichiarazioni indizianti: una scelta all'insegna del «dire e non dire» che limita la funzione difensiva*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, p. 124-125, il quale ritiene la disciplina solo parzialmente rispondente alle finalità di tutela dell'intervistato, che risulterebbe comunque esposto al rischio dell'inizio di un procedimento nei suoi confronti a seguito del deposito del verbale di assunzione di informazioni contenente le dichiarazioni auto indizianti.

implementazione del sistema di controlli rilevante in chiave esimente per la persona giuridica<sup>364</sup>.

Ove non fosse dunque possibile inquadrare le investigazioni interne poste in essere dal soggetto collettivo nei canoni di una indagine difensiva compiuta ai sensi degli artt. 391 *bis* e ss. c.p.p., ci si troverebbe di fronte ad un'attività incidente sui diritti dell'indagato per il reato presupposto e potenzialmente assai pregiudizievole per la sua sorte processuale, la quale risulterebbe però sprovvista di qualsivoglia specifica regolamentazione.

Basti pensare, in via di prima approssimazione, al compimento di attività di indagine da parte di soggetti non investiti dell'apposito incarico professionale risultante da atto scritto ai sensi dell'art. 327 *bis* c.p.p.<sup>365</sup>, o addirittura sprovvisti della stessa qualifica di avvocato<sup>366</sup>, ipotesi assai verosimile nei processi di *internal audit*, dove diverse specializzazioni e competenze vengono in rilievo<sup>367</sup>. In tutti questi casi potrebbe essere sicuramente problematico garantire l'applicabilità delle previsioni di cui agli artt. 391 *bis* e ss. c.p.p. che, come si è detto, offrirebbero una cornice di garanzie tutto sommato accettabili all'individuo che viene a contatto con i soggetti incaricati del processo di investigazione interna.

Qualora una simile operazione si dovesse effettivamente rilevare infruttuosa, il problema dei diritti della persona fisica e dell'utilizzabilità dei contributi raccolti al

---

<sup>364</sup> In senso conforme, tra gli altri, F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., p. 64 ss.; E. Amodio, *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1496 ss., nonché in Aa. Vv., *Impresa e giustizia penale*, cit., p. 265 ss..

<sup>365</sup> Sulla cui effettiva necessità si veda ancora N. Triggiani, *Le investigazioni difensive*, Giuffrè, 2002, p. 172 ss. Più in generale sulle investigazioni difensive si veda ancora P. Gualtieri, *Le investigazioni del difensore*, Padova, Cedam, 2002; M. Nobili, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 12 ss.; N. Triggiani, *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2011, p. 1 ss.; A. Di Maio, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, Cedam, 2001, *ibidem*; E. Lorenzetto, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, Napoli, Esi, 2013, *ibidem*; nonché, con particolare riguardo agli obblighi di documentazione del difensore - investigatore, S. Carnevale, *Questioni irrisolte in tema di documentazione delle indagini difensive*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1049 ss.

<sup>366</sup> O comunque ad opera di soggetti non qualificabili come investigatori privati autorizzati o consulenti tecnici, figure esplicitamente legittimate al compimento delle investigazioni in oggetto dagli artt. 327 *bis* e 391 *bis* c.p.p. Con specifico riferimento alle attività esperibili dai primi cfr. F. Zacchè, *Il contributo dell'investigatore privato alle indagini difensive*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2542 ss.

<sup>367</sup> Basti solo pensare alla composizione dell'Organismo di Vigilanza di cui all'art. 6 del Decreto, in cui è certamente possibile - oltre che opportuno - prevedere l'inserimento di consulenti esterni rispetto alla compagine societaria, «che siano penalisti, aziendalisti, esperti di tecnica bancaria, commercialisti». In questi termini, C. Mancini, *Riflessioni in tema di composizione dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc e degli enti.*, 2/2009, p. 49.

di fuori di qualsiasi disciplina di garanzia emergerebbe quindi in maniera assai netta anche all'interno del nostro sistema.

Nel caso in esame è infatti ancor più evidente il parallelismo con le problematiche venute alla luce in nord - America, esasperate appunto dal compimento di un'indagine da parte di un soggetto privato ed in via formalmente autonoma, perciò al di fuori del campo di operatività delle rigorose garanzie processuali a presidio dei diritti dell'indagato ancorché potenzialmente diretta ad acquisire elementi utili ai fini dell'indagine pubblica. E' dunque d'obbligo interrogarsi circa l'effettivo rispetto delle prerogative del singolo nell'ambito della responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001 anche con riferimento a tale specifica ipotesi.

#### **4.4 Diritti dell'imputato e spendibilità processuale delle risultanze delle indagini interne.**

Il tema della tutela dei diritti e della spendibilità processuale dei contributi raccolti nel contesto di attività investigative atipiche realizzate anche con l'apporto di soggetti privati non è del tutto sconosciuto all'interno del nostro ordinamento: proprio le soluzioni interpretative offerte al riguardo rappresentano dunque il punto di partenza ideale per offrire risposta al problema segnalato.

Sul punto occorre ricordare come la questione sia stata oggetto di plurimi interventi giurisprudenziali; la stessa Cassazione, nella sua massima composizione, ha avuto modo di chiarire che il contesto deformalizzato nel quale vengono acquisiti determinati contributi investigativi non potrà mai costituire «espedito per assicurare comunque al processo contenuti informativi che non sarebbe stato possibile ottenere ricorrendo alle forme ortodosse»<sup>368</sup>.

Tale condivisibile principio di diritto si trova poi alla base di ulteriori decisioni dove il parallelismo con l'oggetto della presente analisi emerge in maniera ancor più evidente. Il riferimento va alle specifiche fattispecie concernenti la captazione

---

<sup>368</sup> Così nello specifico Cass. pen., s.u., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1996, con nota di D. Potetti, *Questioni sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*; nonché annotata da L. Filippi, *Le sezioni unite decretano la morte dell'agente segreto "attrezzato per il suono"*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2094; M. Longo, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: un "banco di prova" dei principi sul giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4182.

di colloqui tra presenti posta in essere dal privato, ma sostanzialmente eterodiretta dagli organi di indagine pubblici essendo questa effettuata d'intesa con la polizia giudiziaria e con mezzi tecnici da essa forniti. Proprio tale ultima circostanza è talvolta apparsa decisiva al fine di escludere l'utilizzabilità di simili apporti conoscitivi in assenza di un provvedimento autorizzativo del giudice per le indagini preliminari in quanto, diversamente opinando, si sarebbe legittimato un surrettizio aggiramento delle regole dettate dagli artt. 266 e ss. c.p.p.<sup>369</sup>.

Il precipitato argomentativo delle decisioni ricordate sembra dunque poter fungere da fondamentale canone ermeneutico anche all'interno della specifica materia che ci occupa al fine di contrastare possibili operazioni interpretative di segno contrario, volte ad escludere la necessità di osservare le prescrizioni del codice nel contesto delle investigazioni interne compiute dall'ente in ragione della loro natura formalmente privata ed autonoma<sup>370</sup>.

L'adesione all'orientamento richiamato potrebbe poi opportunamente tradursi sul piano più squisitamente normativo nell'introduzione di specifiche previsioni che, sulla falsariga di quanto sancito dall'art. 220 disp att. c.p.p., prescrivano esplicitamente di garantire l'osservanza delle garanzie del codice di rito nei momenti successivi all'emersione di indizi di reato anche nel contesto di un'attività ispettiva non disciplinata da specifiche disposizioni di legge e compiuta da soggetti privati comunque diretta ad acquisire elementi a carico dell'indagato. Benchè non

---

<sup>369</sup> In questo senso, tra le altre, Cass. pen., sez. VI, 06 novembre 2008, n. 44128, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 1274, con nota di F. Decaroli, *Revirement sulle registrazioni con mezzi forniti dalla Polizia Giudiziaria*. Sul punto si veda anche Corte cost., n. 320/2009, che dichiarava inammissibile una questione di legittimità costituzionale degli artt. 234 e 266 e ss. c.p.p. smentendo la premessa interpretativa per cui le registrazioni di colloqui tra presenti effettuate d'intesa con la p.g. da soggetto ammesso ad assistervi costituirebbero documenti e non intercettazioni. E' infine d'uopo registrare l'esistenza di un diverso orientamento che, pur richiamando la necessità di un controllo giudiziale sulle operazioni di captazione realizzate d'intesa con la polizia giudiziaria, non ritiene necessario il rispetto delle previsioni di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p. giudicando sufficiente un decreto del pubblico ministero in considerazione del minore livello di intrusione nella sfera privata dell'attività in oggetto. In questi termini Cass. pen., sez. VI, 21 giugno 2010, n. 23742, in *Guida al dir.*, 2010, 38, p. 75 ss., con nota di P. Gaeta, *Per utilizzare registrazioni tra presenti è sufficiente un decreto del pubblico ministero. E' minore l'intrusione nella vita privata rispetto alla pura attività intercettativa*. Cfr. sul punto G. Leo, *Necessario il provvedimento dell'Autorità giudiziaria per il ricorso al cd. «agente segreto attrezzato per il suono»*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2012, p. 163 ss.

<sup>370</sup> Il rischio appare reale in considerazione del fatto che, ancora con riferimento alla captazione di conversazioni tra presenti ad opera del privato che vi prende parte, l'orientamento dominante si colloca in verità in posizione antitetica rispetto agli indirizzi segnalati, affermando che l'attività in questione non richiede alcuna specifica autorizzazione anche nel caso in cui questa sia sollecitata dalla p.g. Così, *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 04 ottobre 2007, n. 40332, in *CED rv237789*; nonché Cass. pen., sez. VI, 01 dicembre 2009, n. 49511, in *CED rv245774*).

appaia impossibile teorizzare l'applicabilità della previsione citata al caso qui in rilievo già in base all'attuale formulazione normativa, valorizzando la sostanziale equiparabilità delle indagini intraprese dalla persona giuridica alle attività esplicitamente prese in considerazione dall'art. 220 disp. att. c.p.p., sancirne *per tabulas* la riferibilità anche alle c.d. investigazioni interne sgombrerebbe il campo da incertezze interpretative, consentendo di preservare l'efficacia rappresentativa dei contributi così raccolti, garantendo però un livello di tutela equivalente indipendentemente dagli attributi formali dell'indagine<sup>371</sup>.

Il tema relativo alla spendibilità dei contributi investigativi di provenienza almeno formalmente privata non esaurisce però le problematiche connesse allo scenario tracciato. Conseguentemente all'eventualità segnalata sembrano infatti porsi rilevanti problemi anche con riferimento alle regole in materia di istruzione dibattimentale, che prescindono dalla specifica questione relativa al rispetto delle prerogative del singolo nel contesto pre - dibattimentale.

Si pensi ad esempio alle incertezze che potrebbero discendere dalla problematica qualificazione della documentazione raccolta durante le investigazioni interne in vista della sua futura utilizzabilità dibattimentale. La soluzione più corretta appare senza dubbio quella di considerare i contributi precostituiti così raccolti alla stregua di veri e propri atti d'indagine, come tali insuscettibili di utilizzazione dibattimentale attraverso la loro inclusione nel fascicolo del giudizio. Ancorché questi non siano formati dall'autorità procedente né da altri soggetti direttamente coinvolti nel procedimento<sup>372</sup>, sembrano infatti innegabili le analogie rispetto ai contributi formati in sede investigativa.

---

<sup>371</sup> Sulla necessità di garantire adeguatamente la tutela delle fondamentali prerogative difensive con riferimento alle attività di natura amministrativa capaci di assumere rilievo nell'ambito del procedimento penale cfr. diffusamente M. Bontempelli, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 2 ss..

<sup>372</sup> Circostanza che potrebbe indurre taluno a reputare tali contributi prove documentali ex art. 234 c.p.p. appunto in ragione della loro provenienza soggettiva. Il rilievo non sembra però da enfatizzare. Specularmente, infatti, è stata riconosciuta la natura documentale di contributi redatti dagli stessi soggetti del procedimento. Lo evidenzia N. Rombi, *La prova documentale*, cit., p. 578 – 579. Più in generale, circa la rilevanza della distinzione tra atti e documenti nell'economia del sistema processuale del nuovo codice di rito cfr., G. Ubertis, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in Id., *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 303. Sulla nozione di documento, più di recente, F. Zacchè, *La prova documentale*, cit., p. 7 ss..

Una simile conclusione potrebbe però non apparire così scontata almeno nel caso in cui le investigazioni *de quibus* non rientrino nel paradigma delle indagini condotte ai sensi degli artt. 391 *bis* e ss. c.p.p.<sup>373</sup>, scontrandosi con l'obiezione di chi – valorizzando la natura almeno formalmente privata ed extra procedimentale del contesto di raccolta e facendo altresì leva sull'orientamento che non annovera tra i requisiti della prova documentale la sua necessaria precostituzione rispetto al procedimento<sup>374</sup> – pretenda di assegnare a tali elementi la qualifica di documenti ex art. 234 c.p.p.. Del resto un simile percorso interpretativo appare già tracciato da chi, addirittura con riferimento alle risultanze delle attività ispettive amministrative, argomenta per il riconoscimento della natura documentale di tali apporti conoscitivi<sup>375</sup>. E' evidente che una simile conclusione avrebbe un impatto potenzialmente eversivo in ordine all'effettività dei principi che governano il rito delineato nel codice del 1988 con riguardo al giudizio condotto a carico del presunto autore del reato presupposto alla responsabilità dell'ente. Nella grande maggioranza dei procedimenti a carico della persona fisica accusata del c.d. reato presupposto l'istruzione dibattimentale potrebbe infatti basarsi in larga misura su contributi di natura asseritamente documentale raccolti dalla stessa persona giuridica durante i procedimenti di revisione interna eventualmente condotti, limitando sensibilmente l'oralità del giudizio e la stessa pienezza del contraddittorio dibattimentale<sup>376</sup>.

---

<sup>373</sup> In relazione alle quali è l'art. 391 *octies* comma 3 c.p.p. a prescrivere l'inclusione all'interno del fascicolo del pubblico ministero.

<sup>374</sup> Così Cass. pen., s.u., 28 marzo 2006, Prisco, n. 26795, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3937; nonché, in dottrina, R. Cantone, *La prova documentale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 13. Pur con riferimento agli atti formati in sede amministrativa, si interroga circa la possibilità di qualificare tali apporti *sub specie* di prove documentali anche R. Orlandi, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 32 ss., il quale giunge a conclusioni di segno positivo almeno in relazione alle attività antecedenti all'emersione di indizi di reato.

<sup>375</sup> In questo senso R. D'Isa, *Sulla disciplina dei documenti nel nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 1411. *Contra*, tra gli altri, C. Cesari, *Atti del procedimento amministrativo e processo penale tra limiti del codice ed urgenze della prassi*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 218. In posizione intermedia si colloca poi chi, pur non negando in radice la qualifica di documenti alle entità in oggetto, ne limita l'utilizzabilità in chiave surrogatoria, ossia solo qualora non sia possibile acquisirne il contenuto conoscitivo secondo le garanzie prescritte dal codice di rito. E' di quest'ultimo avviso R. E. Kostroris, *Commento all'art. 220*, in *Aa. Vv., Commentario al nuovo codice di procedura penale. Appendice. Norme di coordinamento e transitorie*, diretto da O. Dominioni – E. Amodio, a cura di G. Ubertis, Milano, Giuffrè, 1990, p. 83.

<sup>376</sup> Enfatizzando dunque la generale tendenza relativa alla crisi del modello orale di accertamento a causa del crescente impiego di fonti di prova precostituite in luogo di prove dichiarative. A tale riguardo cfr. O. Mazza, *Le insidie al primato della prova orale*, cit., p. 1514 ss..



A conclusioni non dissimili potrebbe poi giungersi anche con riferimento alle prove di natura dichiarativa che dovessero eventualmente essere acquisite nel dibattimento celebrato nei confronti dell'individuo. E' infatti verosimile ipotizzare che, stante la riconosciuta natura eccezionale delle incompatibilità a testimoniare dettate dall'art. 197 c.p.p.<sup>377</sup>, sarebbe alquanto problematico estendere l'applicabilità dell'ipotesi di cui alla lett. d) della disposizione da ultimo citata anche al soggetto che – ancorché privo della qualifica di difensore – abbia nondimeno svolto attività sostanzialmente assimilabile a quella di cui all'art. 391 *bis* c.p.p. in favore della persona giuridica. Egli potrebbe dunque essere legittimamente chiamato a rendere la propria testimonianza all'interno dell'accertamento riguardante la persona fisica, ammettendosi così l'eventualità di una trasmigrazione all'interno del materiale utilizzabile ai fini del giudizio delle risultanze delle indagini interne assunte in assenza di contraddittorio.

La necessità di evitare una simile evenienza era ben nota al legislatore del 2001 che, al fine di dotare di effettività «la logica accusatoria della separazione delle fasi processuali»<sup>378</sup> adeguando la normativa processuale ai canoni del giusto processo a seguito dell'intervento della Corte costituzionale del 1992<sup>379</sup>, introduceva all'art. 195 comma 4 c.p.p. una previsione che vieta tutt'ora la testimonianza indiretta di agenti ed ufficiali di polizia giudiziaria avente ad oggetto dichiarazioni ricevute in sede di indagini preliminari<sup>380</sup>. Per quanto la *ratio* della

---

<sup>377</sup> Sul punto si rimanda alle considerazioni svolte al riguardo *retro* alla nota n. 177 e, più nello specifico, a N. Triggiani, *Testimonianza*, cit., p. 188, ove si ricorda come la dottrina sottolinei la «necessità di interpretare restrittivamente l'ipotesi relativa all'incompatibilità a testimoniare del difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva, ritenendo incompatibile esclusivamente il difensore il quale abbia svolto quegli atti tipici di investigazione difensiva che sono disciplinati nel titolo VI-*bis* del libro V del c.p.p.».

<sup>378</sup> Così nello specifico F. Peroni, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria al vaglio della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 692.

<sup>379</sup> Si allude a Corte cost. n. 24/1992, che eliminava il divieto in oggetto poi reintrodotta con la c.d. legge sul giusto processo del 2001. A commento della sentenza della Consulta si veda, tra gli altri, F. Peroni, *La testimonianza indiretta*, cit., p. 688 ss.; G. Giostra, *Equívoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 1130 ss.

<sup>380</sup> A tale riguardo, per tutti, F. Caprioli, *Palingenesi di un divieto probatorio. La testimonianza indiretta del funzionario di polizia nel rinnovato assetto processuale*, in *Aa. Vv.*, *Il giusto processo*, cit., p. 59 ss.. Sul significato da attribuire all'art. 195 comma 4 c.p.p. si veda altresì V. Grevi, *La nuova disciplina in materia di formazione e di valutazione della prova*, in G. Conso - V. Grevi, *Compendio di procedura penale - Appendice di aggiornamento*, Padova, Cedam, 2001, p. 110; nonché D. Carcano, *Le modificazioni in tema di testimonianza de relato della polizia giudiziaria [art. 4 l. 63/2001]*, in *Aa. Vv.*, *Guida alla riforma del giusto processo. Lo stato della giurisprudenza e della dottrina*, a cura di G. Lattanzi, Milano, Giuffrè, 2002, p. 103. Coglie la rilevanza del tema

norma appaia assolutamente analoga alle esigenze che suggerirebbero di scongiurare una evidente elusione del principio del contraddittorio nella formazione della prova anche nello specifico caso qui in esame, la regola in oggetto non sembra però poter rappresentare un rimedio all'eventualità segnalata. In maniera non dissimile rispetto a quanto osservato in relazione alla possibilità di un'applicazione analogica dell'art. 197 c.p.p., rileverebbe infatti il divieto di estendere la portata di una disciplina eccezionale.

Le questioni segnalate grazie allo studio dell'esperienza maturata in un ordinamento diverso dal nostro hanno dunque consentito di individuare diversi aspetti relativi alla normativa nazionale che, sebbene verosimilmente non completamente esaustivi delle problematiche che possono astrattamente porsi al riguardo, dimostrano comunque la centralità del tema dei diritti dell'imputato del reato presupposto nel contesto della responsabilità "penale" degli enti, evidenziando l'inadeguatezza dell'attuale assetto normativo ad offrire risposte agli interrogativi emergenti e mettendo in risalto, conseguentemente, la necessità di soffermarsi sin da subito sull'analisi dei rapporti tra persona giuridica ed individuo nel contesto del procedimento di accertamento delle rispettive responsabilità, così da elaborare opportune strategie normative ed interpretative atte a prevenire derive poco rispettose delle garanzie fondamentali da assicurare tanto al singolo quanto all'ente.

---

segnalato, seppure con riferimento al contenuto degli accertamenti di natura propriamente amministrativa, M. Bontempelli, *L'accertamento amministrativo*, cit., p. 296 ss..

## **Conclusioni**

L'analisi svolta, ancorchè certamente non comprensiva della totalità delle implicazioni derivanti dai temi trattati, consente di formulare alcuni rilievi conclusivi in ordine allo "stato dell'arte" della normativa riguardante il processo *de societate*, ovviamente con speciale riferimento ai rapporti esistenti tra quest'ultimo e l'accertamento condotto a carico dell'imputato persona fisica.

Le rilevanti conseguenze derivanti dalla modalità di trattazione unitaria o disgiunta del procedimento deputato alla verifica della responsabilità del soggetto collettivo, forse non del tutto note allo stesso legislatore del 2001, dimostrano innanzitutto la necessità di una maggiore consapevolezza circa l'importanza della regola dettata dall'art. 38. Sembra pertanto corretto auspicare che un simile rilievo possa portare ad un maggior rigore interpretativo nella prassi applicativa. In una prospettiva *de jure condendo* non appare poi inopportuno ipotizzare un'esplicita presa di posizione legislativa sul punto, diretta quantomeno a stabilire esplicite conseguenze di carattere sanzionatorio ed invalidante in tutti i casi in cui una separazione arbitraria delle regiodicande possa incidere negativamente sui diritti processuali dei protagonisti dell'accertamento, in assenza delle quali la perentoria prescrizione in oggetto sembra rappresentare un'arma spuntata.

La prospettiva forse più rilevante presa in considerazione dal presente studio è forse però quella relativa ai riflessi processuali derivanti dalle relazioni d'interesse esistenti tra le parti, ulteriore tematica in ordine alla quale l'attuale assetto normativo dimostra evidenti inadeguatezze, verosimilmente da attribuire all'assenza di una precisa ed approfondita consapevolezza circa le implicazioni derivanti da tali rapporti.

Basti pensare alle problematiche interpretative derivanti dalla disciplina in materia di assistenza e partecipazione della società in relazione al ruolo del legale rappresentante imputato. Con riguardo a tale specifico aspetto appaiono poi evidenti le criticità determinate dalla necessità di coordinare le previsioni speciali dettate dal Decreto e la normativa di cui al codice di rito, anche in considerazione delle modificazioni che hanno di recente interessato la disciplina codicistica. Se

ciò non può forse da solo assurgere ad indice della necessità di un integrale ripensamento della struttura del procedimento *de societate*, magari attraverso l'abbandono di quel meccanismo di etero integrazione sussidiaria previsto dall'art. 34 del d.lgs. n. 231 del 2001 che ha dato vita a quella da taluno definita come una «innaturale ibridazione»<sup>381</sup>, quanto evidenziato sembra comunque sufficiente a testimoniare la necessità di un approccio quanto mai scrupoloso ai temi in oggetto, sempre attento a considerare i risvolti applicativi connessi ai rapporti che legano le posizioni dell'ente e della persona fisica imputata del reato presupposto.

Massima deve poi essere l'attenzione in ordine alle conseguenze da ricondurre alle dinamiche cooperative che permeano l'accertamento *de societate*, tanto con riguardo alle conseguenze astrattamente producibili in capo al soggetto collettivo ma soprattutto con riferimento a quelle inerenti la posizione della persona fisica. Tale ultimo tema appare infatti ingiustificamente trascurato nell'elaborazione dottrina esistente in materia, generando una lacuna non più tollerabile alla luce di quanto rivelato dall'esperienza maturata al di fuori del contesto nazionale.

Si pensi del resto a come anche a livello interno si moltiplichino gli inviti ad un ripensamento del dogma dell'obbligatorietà dell'azione penale almeno nello specifico ambito qui in considerazione<sup>382</sup>, inviti che preludono evidentemente alla possibilità di prevedere percorsi processuali differenziati in favore della società. Sebbene tale fenomeno non implichi necessariamente la necessaria adozione di un contegno cooperativo da parte di quest'ultima a detrimento della posizione dell'individuo, l'eventualità di un'esasperazione del conflitto almeno potenziale che già interessa i rapporti tra le parti non appare inverosimile.

L'interprete dovrà dunque essere preparato a cogliere i principali aspetti derivanti da un simile fenomeno, così da impedire il verificarsi di inopportuni pregiudizi alle fondamentali prerogative processuali delle parti. Proprio tale avvertimento rappresenta dunque in definitiva lo spirito complessivo del presente lavoro che, al di là dell'esauritiva trattazione delle tematiche in rilievo, intende

---

<sup>381</sup> M. Ceresa Gastaldo, *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*, cit., p. 2232 ss..

<sup>382</sup> Cfr. F. Mazzacuva, *La diversione processuale per gli enti*, cit., p. 200, che parla al riguardo di un'archiviazione "meritata" o "condizionata".

rappresentare un monito volta a stimolare l'attenzione su questioni fino ad ora solo lambite dall'analisi "tradizionale" in materia di procedimento ex d.lgs. n. 231 del 2001, ma la cui approfondita considerazione appare una necessità oramai non più procrastinabile.



## Bibliografia

Aa. Vv., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, Torino, Giappichelli, , 2014.

Aa. Vv., *Il principio di preclusione nel processo penale*, a cura di L. Marafioti – R. Del Cocco, Torino, Giappichelli, 2011.

Alessandri A., *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in Aa. Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, Ipsoa, 2002, p. 25.

Alessandri A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 534.

Alessandri A., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro. Un'introduzione*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 11.

Alice G. – De Sanctis A., *La rappresentanza dell'ente in giudizio: incompatibilità e diritto di difesa*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, 2008/4, p. 151.

Alpa G., *Il ruolo del difensore tra normativa interna e sovranazionale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 5.

Amato G., *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2014, p. 549.

Amodio E., voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Giuffrè, 1977.

Amodio E., *Il regime probatorio conseguente alla separazione di procedimenti connessi*, in E. Amodio – O. Dominioni – G. Galli, *Nuove norme sul processo penale e sull'ordine pubblico. Le leggi dell'8 Agosto 1977*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 37.

Amodio E., *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 320.

Amodio E., *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1496.

Amodio E., *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo*, in *Cass.pen.*, 2012, p. 3596.

Astrologo A., *"Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 649.

Balducci P., *Misure cautelari interdittive e strumenti riparatorio-premiali nel nuovo sistema di responsabilità "amministrativa" a carico degli enti collettivi*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 571.

Balducci P., *L'ente imputato: profili di efficienza e di garanzia nel processo de societate*, Torino, Giappichelli, 2013.

Bardelle F., *Sentenza d'appello motivata per relationem*, in *Proc. pen. e giust.*, 2013, p. 63.

Barrocu G., *Chiamata in correità de relato: il libero convincimento del giudice come "cavallo di Troia" per il recupero del sapere investigativo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 1445.

Bartoli R., *Alla ricerca di una coerenza perduta...o forse mai esistita. Riflessioni preliminari a posteriori) sul "sistema 231"*, in *Dir. pen. cont.*.

Bassi A., *Disposizioni generali sul procedimento*, in A. Bassi – T. E. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 491.

Belluta H., *L. 1 marzo 2001, n. 63 - Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 238.



Belluta H., *Le disposizioni generali sul processo agli enti, tra richiami codicistici e autonomia di un sistema in evoluzione*, in Aa. Vv., *Il processo penale de societate*, a cura di A. Bernasconi, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1.

Belluta H., *Partecipazione e difesa dell'ente nel «suo» processo: primi (parziali) approdi interpretativi*, in *Le Società*, 2010, p. 998.

Belluta H., *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in Aa. Vv., *Diritto penale delle società. I profili processuali*, vol. II, a cura di G. Canzio – L.D. Cerqua – L. Lupària, Padova, Cedam, 2014, p. 1349.

Beltrani S., *La motivazione delle ordinanze cautelari interdittive in danno di enti*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, 2009/1, p. 163.

Beltrani S., *Il diritto di difesa degli enti nel processo penale*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, 2009/2, p. 145.

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

Bernasconi A., *I soggetti, la giurisdizione e la competenza*, in A. Presutti – A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 225.

Bernasconi A., *L'esimente: il modello organizzativo per i reati degli "apicali"*, in A. Presutti – A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 85.

Bernasconi A., *La responsabilità dell'ente. I criteri d'imputazione. Il gruppo d'impresa*, in A. Presutti – A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, Giuffrè, 2013, p.59.

Bharara P., *Corporations Cry Uncle and their Employees cry Foul: Rethinking Prosecutorial Pressure on Corporate Defendants*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 44, 2007, p. 53.

Bisignano A., *Il conflitto di interessi tra l'ente e il legale rappresentante imputato*, in *Igiene & Sicurezza del Lavoro*, 2014, p. 523.

Bontempelli M., *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2009.

Bontempelli M., *La contumacia dell'ente e il processo "in absentia"*, in Aa. Vv., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, Torino, Giappichelli, 2014, p. 257.

Bonzano C., *Nuove norme sulla motivazione: il sistema cautelare in action*, in Aa. Vv., *Il nuovo volto della giustizia penale. Autoriciclaggio, difesa d'ufficio, misure di contrasto al terrorismo, ordine di protezione europeo, particolare tenuità del fatto, modifiche in materia di misure cautelari e di ordinamento penitenziario*, a cura di G. M. Baccari – K. La Regina – E. M. Mancuso, Padova Cedam, 2015, p. 421.

Borrelli P., *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in *Dir. pen. cont.*.

Borsari R., *La responsabilità da reato degli enti in cerca d'autore*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2012, p. 69.

Bricola F., *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970, p. 1006.

Buchholz R., *When your Best Friend is your Worst Enemy: How 18 U.S.C. § 1519 Transforms Internal Investigations into State Action and Unexpected Waiver of AttorneyClient Privilege*, in *New England Law Rev.*, 2012, 46, 4, p. 811.

Buell S. W., *Criminal procedure within the firm*, in *Stanford Law Review*, 59, 6, p. 1613.

Buzzelli S., *L'art. 513 c.p.p. tra esigenze di accertamento e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 280.

Caianiello M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, Bup, 2013.

Calamandrei I., *Prova per sentenza e contraddittorio*, in *Giust. Pen.*, 2011, III, c. 52.

Camaldo L., *I principi generali del procedimento*, in Aa. Vv., *Diritto penale delle società. I profili processuali*, vol. II, a cura di G. Canzio – L.D. Cerqua – L. Lupària, Padova, Cedam, 2014, p. 129.

Camera G., *Incompatibilità del patrocinatore e genuinità della prova testimoniale un terreno "scivoloso" per il diritto di difesa*, in *Il foro ambr.*, XI, 2009, p. 19.

Camon A., *L'incompatibilità tra difensore e testimone*, Torino, Giappichelli, 2004.

Camon A., *Le nuove regole sulla testimonianza del difensore al vaglio della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 379.

Cantone R., *La "circolazione probatoria tra procedimenti". Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2561.

Cantone R., *La prova documentale*, Milano, Giuffrè, 2004.

Capitani F. G., *Ancora il caso Parmalat. Ente societario e persone fisiche colpevoli viaggiano su binari (processuali) distinti*, in *D&G*, 2015, 31, p. 43.

Caprioli F., *Palingenesi di un divieto probatorio. La testimonianza indiretta del funzionario di polizia nel rinnovato assetto processuale*, in Aa. Vv., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R. E. Kostoris, Torino, Giappichelli, 2002, p. 59.

Caprioli F., *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2444.

Caprioli F., *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in Aa. Vv., *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. Giuliani, Torino, Giappichelli, 2015, p. 179.

Carcano D., *Le modificazioni in tema di testimonianza de relato della polizia giudiziaria [art. 4 l. 63/2001]*, in Aa. Vv., *Guida alla riforma del giusto processo. Lo stato della giurisprudenza e della dottrina*, a cura di G. Lattanzi, Milano, Giuffrè, 2002, p. 103.

Carnevale S., *Dichiarazioni del coimputato, diritto di difesa ed esigenze di non dispersione della prova: nuovo assetto di un difficile equilibrio*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3636.

Carnevale S., *Questioni irrisolte in tema di documentazione delle indagini difensive*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1049.

Carnevale S., *Commento all'art. 238 c.p.p.*, in *Aa. Vv., Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di, G. Conso – V. Grevi, Padova, Cedam, 2005, p. 926.

Carrai I., *Sui limiti di ammissibilità della motivazione per relationem*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 543.

Casaroli G., *Sui criteri d'imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2008, p. 561.

Cassibba F., *Acquisizione e criteri di valutazione del riscontro incrociato tra chiamate di correo alla luce dell'art. 111, comma 4, Cost.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 723.

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

Ceresa Gastaldo M., *L'accertamento dell'illecito*, in S. Vinciguerra – M. Ceresa Gastaldo – A. Rossi, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D. Lgs. n. 231/2001)*, Padova, Cedam, 2004, p. 109.

Ceresa Gastaldo M., *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2232.

Ceresa Gastaldo M., *Procedura penale delle società*, Torino, Giappichelli, 2015.

Cerqua F., *Cautele interdittive e rito penale. Uno studio sulle alternative ai modelli coercitivi personali*, Rimini, Maggioli, 2015.

Cesari C., *Atti del procedimento amministrativo e processo penale tra limiti del codice ed urgenze della prassi*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 214.

Chinnici D., *L'incursione della prova "negoziata" nel giudizio penale (alcuni rilievi critici)*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 864.

Chinnici D., *La sospensione del processo e il rito degli irreperibili tra novità e ambiguità*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 783.

Chinnici D., *I nuovi parametri di motivazione*, in D. Chinnici – F. Morelli – E. N. La Rocca – D. Negri, *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario» (legge 16 aprile 2015, n. 47)*, a cura di D. Chinnici, Roma, Dike, 2015, p. 71.

Ciavola A., *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2013, p. 132.

Cipolla P., *Il d.lg. n. 231 del 2001 nella prassi giurisprudenziali, a dieci anni dall'entrata in vigore*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 1468.

Cipolla P., *L'elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 733.

Concordia M., *La motivazione della cautela personale mediante rinvio ad altri atti del procedimento*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1962.

Conti C., *Due nuove ipotesi di incompatibilità a testimoniare: il difensore che ha svolto investigazioni difensive e l'ausiliario che ha verbalizzato l'intervista*, in *Aa.Vv.*, *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore. Investigazioni private – difesa d'ufficio – Patrocinio per i non abbienti*, a cura di L. Filippi, Padova, Cedam, 2001, p. 27.

Cooper R. M., *Deferred prosecution: an added technique for resolving federal criminal investigation of organizations*, National Legal Centre for the Public Interest, Washington D.C., 2006.

Copeland K. C., *Preserving the Corporate Attorney Client – Privilege*, in *Univ. of Cincinnati Law Rev.*, 78, 2010, p. 1199.

Cordero F., *Procedura penale*, IX ed., Milano, Giuffrè, 2012.

Corso S. M., *Codice della responsabilità "da reato" degli enti annotato con la giurisprudenza*, III ed., Torino, Giappichelli, 2015.

Corvi P., *La disciplina delle notificazioni all'ente*, in *Aa. Vv.*, *La responsabilità amministrativa degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, Ipsoa, 2002, p. 259.

Cristiani A., voce *Difensore (diritto processuale penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol V, Torino, Utet, 1968.

D'Isa R., *Sulla disciplina dei documenti nel nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 1411.

Daniele M., *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, Giappichelli, 2009.

De Falco G., *Le modalità d'intervento dell'ente nella fase delle indagini preliminari*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, 2006/4, p. 99.

De Luca G., *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, Giuffrè, 1963.

De Matteo R., *In tema di trasmigrazione probatoria tra procedimenti diversi*, in *Arch. pen.*, 2011, (rivista web).

De Maglie C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, Giuffrè, 2002.

De Simone G., *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *Dir. pen. cont.*.

De Simone G., *La responsabilità da reato della societas nell'ottica dei principi costituzionali*, in Aa. Vv., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, a cura di A. M. Stile – V. Mongillo – G. Stile, Napoli, Jovene, 2013, p. 261.

De Vero G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 1135.

Dei - Cas E. A. A., *Il procedimento penale nei confronti di imputati irreperibili tra giurisprudenza della Corte europea e normativa interna*, in C. Conti - A. Marandola – G. Varraso, *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, Padova, Cedam, 2014, p. 189.

Dei - Cas E. A. A., *Illegittima la disciplina riservata agli "eterni giudicabili"*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2557.

Dell'Anno P., *"Contraddittorio limitato" per l'acquisizione delle sentenze passate in giudicato*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1115.

Dell'Anno P., *Prova documentale e circolarità della prova*, in Aa. Vv., *La prova penale*, vol. II, diretto da A. Gaito, Torino, Utet giuridica, 2008, p. 647.

Della Monica G., *Contributo allo studio della motivazione*, Padova, Cedam, 2002.

Desai U., *Crying Foul: Whistleblower Provisions of the Dodd-Frank Act of 2010*, in *Loy. U. Chi. Law Journ.*, 427, 2011-2012, p. 427.

Di Bitonto M.L., *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Napoli, Esi, 2012.

Di Chiara G., *Dichiarazioni erga alios e letture acquisitive: i meccanismi di recupero del sapere preacquisito dall'imputato in procedimento connesso*, in Aa. Vv., *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R. E. Kistoris, Torino, Giappichelli, 2002, p. 25.

Di Geronimo P., *Aspetti processuali del d.lg. n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1564.

Di Geronimo P., *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi post-factum ed il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 254.

Di Geronimo P., *La riforma del processo penale in absentia e le possibili ripercussioni sulla disciplina della contumacia dell'ente*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, 2015/1, p. 27.

Di Giovine O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in Aa. Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., a cura di G. Lattanzi, Milano, Giuffrè, 2010, p. 3.

Di Maio A., *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, Cedam, 2001.

Diddi A., *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 1166.

Dinacci F. R., *Le garanzie di libertà del difensore tra tutela costituzionale e difficoltà operative*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 17.

Diskant E. B., *Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine through Comparative Criminal Procedure*, in *Yale Law Journ.*, 118:126, 2008, p. 126.

Dominioni O., *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 736.

Dworking T. M., *SOX and Whistleblowing*, in *Michigan Law Rev.*, 105, 8, 2007, p. 1757.

Epidendio T. E., *Il principio del giudicato cautelare*, in A. Bassi – T. E. Epidendio, *Guida alle impugnazioni dinanzi al Tribunale del riesame*, III ed., Milano, Giuffrè, 2008, p. 853.

Epidendio T. E., *Le misure cautelari*, in A. Bassi – T. E. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 379.

Epstein E.S., *The Attorney – Client Privilege and the Work – Product Doctrine*, 4°ed., ABA, 2001.

Ferrua P., voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. III, Torino, Utet, 1989.

Ferrua P., *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *D&G*, 2001, 29, p. 8.

Ferrua P., *Il processo penale contro gli enti: incoerenze ed anomalie nelle regole di accertamento*, in Aa. Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, Cedam, 2002, p. 223.



Ferrua P., *Il giudizio penale fatto e valore giuridico*, in P. Ferrua – F. M. Grifantini – G. Illuminati – R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2007, p. 317.

Ferrua P., *Il giusto processo*, III ed., Bologna, Zanichelli, 2012.

Ferrua P., *Dalla procedura al processo*, in *Giust. Pen.*, 2014, III, c. 1.

Ferrua P., *La prova nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2015.

Fidelbo G., *La testimonianza: casi di incompatibilità*, in Aa. Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., a cura di G. Lattanzi, Milano, Giuffrè, 2010, p. 489.

Fidelbo G., *Le attribuzioni del giudice penale*, in Aa. Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., a cura di G. Lattanzi, Milano, Giuffrè, 2010, p. 435.

Fidelbo G., *Le misure cautelari*, in Aa. Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., a cura di G. Lattanzi, Milano, Giuffrè, 2010, p. 503.

Filippi L., *Le sezioni unite decretano la morte dell'agente segreto "attrezzato per il suono"*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2094.

Finder L. D. –McConnel R. D., *Devolution of Authority: the Department of Justice's Corporate Charging Policies*, in *St. Louis Univ. Law Journ.*, 51, 2006, p. 1.

Fiorella A. –Valenzano A. S., *Linee comuni e prospettive di sviluppo della disciplina degli Stati membri dell'U.E. sulla responsabilità dell'ente da reato* in Aa. Vv., *La responsabilità dell'ente da reato nella prospettiva del diritto penale "globalizzato"*, a cura di A. Fiorella – A.S. Valenzano, Napoli, Jovene, 2015, p. 1.

First H., *Branch Office of the Prosecutor: the New Role of the Corporation in Business Crime Prosecution*, in *North Carolina Law Rev.*, 2010, p. 23.

Forti G., *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. "Doppio standard" e "doppio vincolo" nelle decisioni di delinquere o di blow the whistle*, in Aa. Vv., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 173.

Franzoni C., *Il sistema sanzionatorio e cautelare. Riflessioni sull'effettività*, in Aa. Vv., *Il processo penale de societate*, a cura di A. Bernasconi, Milano, Giuffrè, 2006, p. 105.

Frigo G., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in Aa.Vv., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore. Investigazioni private – difesa d'ufficio – Patrocinio per i non abbienti*, a cura di L. Filippi, Padova, Cedam, 2001, p. 187.

Gaito A., *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *Arch. pen.*, 2011, (rivista web).

Galantini N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, Cedam, 1992.

Galantini N., *Profili della giustizia penale francese*, Torino, Giappichelli, 1995.

Gallagher J. A., *Legislation is Necessary for Deferred Prosecution of Corporate Crime*, in *Suffolk Univ. Law Rev.*, 43, 2010, p. 447.

Garrett B. L., *Corporate Confessions*, in *Cardozo Law Rev.*, 30, 3, 2009, p. 942.

Garrett B. L., *The Corporate Criminal as Scapegoat*, in *Virginia Law Rev.*, in corso di pubblicazione, consultabile on – line all'indirizzo: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2557465](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2557465).

Garuti G., voce *Responsabilità delle persone giuridiche, II) Profili processuali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXI, Roma, 2002.

Garuti G., *Persone giuridiche e “processo” ordinario di cognizione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 137.

Garuti G., *Il processo “penale” agli enti a dieci anni dalla nascita*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 789.

Garuti G., *Il processo “penale” agli enti*, in Aa. Vv., *Trattato di procedura penale*, vol. VII, a cura di G. Garuti, Torino, Utet giuridica, 2011, p. 1029.

Giarda A., *Procedimento di accertamento della “responsabilità amministrativa degli enti*, in Aa. Vv., *Compendio di procedura penale*, VII. ed., a cura di G. Conso – V. Grevi – M. Bargis, Padova, Cedam, 2014, p. 1327.

- Giostra G., *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 1130.
- Giostra G., *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 1251.
- Giostra G., *Commento all'art. 9 legge n. 332/1995*, in Aa. Vv., *Modifiche al codice di procedura penale: nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, Cedam, 1995, p. 134.
- Giostra G., *Sul vizio di motivazione dell'ordinanza cautelare ovvero sul degrado della tecnica legislativa*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2428.
- Giuliani L., *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova, Cedam, 2012.
- Green B. A. –Podgor E. S., *Unregulated Internal Investigation. Achieving fairness for Corporate Constituents*, in *54 B.C.L. Rev.* 73 (2013), p. 73.
- Greenblum B. M., *What Happens to a Prosecution Deferred? Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements*, in *Columbia Law Rev.*, 105, 2005, p. 1863.
- Grevi V., *La nuova disciplina in materia di formazione e di valutazione della prova*, in G. Conso - V. Grevi, *Compendio di procedura penale - Appendice di aggiornamento*, Padova, Cedam, 2001, p. 110.
- Grevi V., *Le “dichiarazioni rese dal coimputato” nel nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 1150.
- Grifantini F., *Il segreto difensivo nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2001.
- Griffin L. K., *Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure*, in *New York Univ. Law Journ.*, vol. 82, n. 2, 2007, p. 311.
- Grillo P., *Le Sezioni Unite intervengono sui poteri del difensore dell'ente “sotto processo”*, in *D&G*, 2015, p. 108.
- Gualtieri P., *Le investigazioni del difensore*, Padova, Cedam, 2002.
- Guerrini R., *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, Giuffrè, 2006.

Heyman S., *Bottoms – Up: An Alternative Approach for Investigating Corporate Malfeasance*, in *American Journ. of Criminal Law*, 37, 2010, p. 164.

Iacoviello F. M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, Giuffrè, 1997.

Iafisco L., *La sentenza penale come mezzo di prova*, Torino, Giappichelli, 2002.

Iafisco L., *Acquisizione della prova – sentenza ex art. 238 bis c.p.p. e contraddittorio nel momento di formazione della prova*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 217.

Illuminati G., *La giurisprudenza costituzionale in tema di oralità e di contraddittorio*, in Aa. Vv., *I nuovi binari del processo penale. Tra giurisprudenza costituzionale e riforme. Atti del Convegno (Caserta-Napoli, 8-10 dicembre 1995)*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 55.

Illuminati G., *Relazione*, in Aa. Vv., *G.I.P. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato (Atti dell'incontro di studio Firenze, 7 maggio 1996)*, Napoli, Jovene, 1997, p. 21.

Keefe B. J., *Revisions of the Thompson Memorandum and Avoiding the Stein Problems: a Review of the Federal Policy on the Prosecution of Business Organization*, in *Connecticut Law Rev.*, 42, 2009, p. 273.

Kelly J. P., *The Power of an Indictment and the Demise of Arthur Andersen*, in *South Texas Law Rev.*, 48, 2006, p. 509.

Kostroris R. E., *Commento all'art. 220*, in Aa. Vv., *Commentario al nuovo codice di procedura penale. Appendice. Norme di coordinamento e transitorie*, diretto da O. Dominioni – E. Amodio, a cura di G. Uberris, Milano, Giuffrè, 1990, p. 83.

Laufer W., *Corporate Prosecution, Cooperation and the Trading of Favors*, in *Iowa Law Rev.*, 87, 2002, p. 644.

Leo G., *Necessario il provvedimento dell'Autorità giudiziaria per il ricorso al cd. «agente segreto attrezzato per il suono»*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2012, p. 163.

Leo G., *Sulle modalità di effettuazione delle notifiche in favore dell'ente cui si addebita responsabilità da reato per un fatto ascritto al legale rappresentante*, in *Dir. pen. cont.*.

Lo Russo S., *La responsabilità "da reato" delle persone giuridiche: profili processuali del D. Lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2522.

Longo M., *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: un "banco di prova" dei principi sul giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4182.

Lorenzetto E., *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, Napoli, Esi, 2013.

Lupària L., *Processo penale e reati societari: fisionomia di un modello «invisibile»*, in Aa. Vv., *Diritto penale delle società. I profili processuali*, vol. II, a cura di G. Canzio – L.D. Cerqua – L. Lupària, Padova, Cedam, 2014, p. p. 1059.

Lupària L., *Contrasto alla criminalità e ruolo del processo penale: orizzonti comparativi e vedute nazionali*, in *Proc. pen. e giustizia*, 5/2015, p. 1.

Maiello V., *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una "truffa delle etichette" davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 879.

Mancini C., *Riflessioni in tema di composizione dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc e degli enti.*, 2009/2, p. 49.

Mancuso E. M., *Autonomia di accertamento e simultaneus processus*, in Aa. Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Assago, Ipsoa, 2002, p. 221.

Mancuso E. M., *Commento all'art. 38*, in Aa. Vv., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M Levis – A. Perini, Bologna, Zanichelli, 2014, p. 949.

Mangiaracina A., *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino, Giappichelli, 2010.

Mangiaracina A., *Il “tramonto” della contumacia e l’affermazione di un’assenza “multiforme”*, in *Legisl. pen.*, 2014, p. 556.

Marafioti L., *La separazione dei giudizi penali*, Milano, Giuffrè, 1990.

Marafioti L., *Trasmigrazione di atti, prova “per sentenze” e libero convincimento del giudice*, in Aa. Vv., *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, coord. da A. Gaito, Padova, Cedam, 1996, p. 247.

Marafioti L., *Prova “negoziata” e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2933.

Marafioti L., *Simultaneus processus e mito del giudicato*, in Aa. Vv., *L’inconscio inquisitorio. L’eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano, Giuffrè, 2010, p. 187.

Marandola A., *L’interrogatorio di garanzia: dal contraddittorio anticipato all’anticipazione delle tutele difensive*, Padova, Cedam, 2006.

Marandola A., *Sulla validità costituzionale del regime delle notificazioni all’ente effettuate al legale rappresentante imputato del medesimo reato*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3207.

Marandola A., *Punti fermi e «equivoci interpretativi» in tema di misure cautelari destinate all’ente responsabile dell’illecito da reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 761.

Marandola A., *Il processo penale agli enti*, in Aa. Vv., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da G. Spangher – A. Marandola - G. Garuti – L. Kalb, vol. III, Torino, Utet giuridica, 2015, p. 656.

Marinucci G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico – dogmatico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 445.

Mark G. –Pearson T. C., *Corporate Cooperation during investigations and audits*, in *Stanford Journ. of Law, Business & Finance*, 13, 2007, p. 1.

Markoff D., *Arthur Andersen and the Myth of Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century*, in *University of Pennsylvania Journ. of Business Law*, 15:3, 2013, p. 797.

Marzaduri E., *La prova negoziata e l'art. 111 Cost.: tra deroga al contraddittorio e valorizzazione dei profili dispositivi dell'accertamento penale*, in Aa. Vv., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, Torino, Giappichelli, 2009, p. 189.

Mazza O., *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio preconstituito*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1514.

Mazzacuva F., *Deferred prosecution agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo – americana*, in *Ind. pen.*, 2013, p. 737.

Mazzacuva F., *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conduct inglese: spunti per alcune riflessioni de jure condendo*, in *Ind. pen.*, 2015, p. 179.

Menna M., *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, Jovene, 2000.

Micheletti D., *"Eterni giudicabili": dal monito alla dichiarazione d'illegittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 380.

Miglio A., *La sentenza penale come mezzo di prova e il principio del contraddittorio: la Corte costituzionale "promuove l'art. 238 bis c.p.p."*, in *Legisl. Pen.*, 2009, p. 556.

Miucci C., *Principio del contraddittorio e acquisizione del documento-sentenza: un rapporto che continua a rimanere in crisi*, in *Giust. Pen.*, 2009, I, c. 114.

Montanile R., *La difesa dell'ente imputato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 1115.

Montanile R., *La motivazione dell'ordinanza cautelare nei confronti dell'ente-imputato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 1107.

Moscarini P., *Le cautele interdittive nel procedimento penale "de societate"*, Roma, Aracne, 2010;

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

Moscarini P., *Contrasto della corruzione e procedimento penale de societate*, in *Proc. pen. e giust.*, 2013, p. 1.

Nacar B., *Il processo in absentia tra fonti internazionali. Disciplina codicistica e recenti interventi riformatori*, Padova, Cedam, 2014.

Nappi A., *La prova documentale e i limiti del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1185.

Negri D., *Fumus commissi delicti: la prova per le fattispecie cautelari*, Torino, Giappichelli, 2004.

Negri D., *Il processo in absentia nella giurisprudenza delle corti europee*, in Aa. Vv., *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di A. Gaito, in corso di pubblicazione.

Negri D., *Il processo nei confronti dell'imputato "assente" al tortuoso crocevia tra svolgimento e sospensione*, in Aa. Vv., *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, a cura di M. Daniele – P. P. Paulesu, Torino, Giappichelli, 2015, p. 197.

Nelson J. S. – Parry R. O., *Protecting Employee Rights and Prosecuting Corporate Crime: A Proposal for Criminal Cumis Counsel*, in *BBLJ*, vol. 10, 1, p. 115.

Nicolicchia F., *La motivazione per relationem dell'ordinanza cautelare a carico dell'ente in rapporto al contraddittorio anticipato e alla separazione dei procedimenti*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1350.

Nobili M., *Commento all'art. 192*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. II, Giappichelli, Torino, 1990, p. 414.

Nobili M., *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 12.

Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, Giuffrè, 1992.



Paolozzi G., *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti “amministrativi” da reato*, Torino, Giappichelli, 2006.

Parlato L., *Il “diritto al silenzio” del potenziale testimone e l’incidente probatorio in sede di indagini difensive*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 871.

Peroni F., *Il sistema delle cautele*, in Aa. Vv. *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, Cedam, 2002, p. 243.

Peroni F., *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria al vaglio della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 688.

Pistorelli L., *Le modalità di partecipazione dell’ente al procedimento nell’interpretazione della giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, 2010/2, p. 175.

Pistorelli L., *L’insostenibile leggerezza della responsabilità da reato delle imprese individuali*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2560.

Piziali G., *I procedimenti speciali nei giudizi per la responsabilità da reato degli enti collettivi*, in Aa. Vv., *I procedimenti speciali in materia penale*, II ed., a cura di M. Pisani, Milano, Giuffrè, 2003, p. 655.

Podgor E. S., *White Collar Cooperators: the Government in Employer – Employee Relationships*, in *Cardozo Law Rev.*, 23, 2005, p. 795.

Potetti D., *Costituzione in giudizio dell’ente e diritto di difesa nel d. lg. n. 231 del 2001: quale nesso?*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2024.

Potetti D., *Art. 39 comma 1 del d.l.vo n. 231 del 2001: incapacità del rappresentante legale dell’ente e diritto di difesa*, in *Arch. della nuova proc. pen.*, 2014, p. 11.

Presutti A., *Commento agli artt. 45-49*, in A Presutti – A. Bernasconi – C. Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, Cedam, 2008, p. 395.

Presutti A., *Le cautele interdittive nel processo de societate al vaglio della sperimentazione applicativa*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, a cura di P. M. Corso e F. Peroni, Piacenza, La Tribuna, 2010, p. 705.

Puglisi R., *Processo agli enti: il rappresentante incompatibile non può nominare il difensore*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 250.

Quattrocchio S., *Il contumace cede la scena processuale all'assente. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2014, p. 97.

Ranaldi G., *L'accertamento della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in Aa. Vv., *La prova penale*, vol. I, diretto da A. Gaito, Torino, Utet giuridica, 2008, p. 545.

Renzetti S., *Azione cautelare nei confronti della persona fisica e dell'ente: reciproche interferenze*, in *Dir. pen. cont.*.

Renzetti S., *Misure cautelari applicabili agli enti: primi interventi della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4228.

Renzetti S., *Nessuna conseguenza invalidante per la violazione dell'art. 106, comma 4 bis, c.p.p.: una lettura obbligata?*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1947.

Renzetti S., *Procedimento cautelare a carico degli enti: quali conseguenze in caso di omesso contraddittorio?*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 3071.

Ribstein S., *A Question of Costs: Considering Pressure on White-Collar Criminal Defendants*, in *Duke Law Journ.*, 58, 2009, p. 857.

Ridge R. J. –Baird M. A., *The Pendulum Swings Back: Revisiting Corporate Criminal Liability and the Rise of Deferred Prosecution Agreements*, in *Daytona Law Rev.*, 33, 2008, p. 190.

Riverditi M., *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Napoli, Jovene, 2009.

Rombi N., *La circolazione delle prove penali*, Padova, Cedam, 2003.

- Rombi N., *Acquisizione della sentenza come mezzo di prova: presupposti e limiti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 482.
- Rombi N., *La prova documentale*, in Aa. Vv., *La prova penale*, a cura di P. Ferrua – E. Marzaduri – G. Spangher, Torino, Giappichelli, 2013, p. 573.
- Rossi A., *Le sanzioni dell'ente*, in S. Vinciguerra – M. Ceresa Gastaldo – A. Rossi, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D. Lgs. n. 231/2001)*, Padova, Cedam, 2004, p. 31.
- Rossi A., *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, *Speciale corruzione*, p. 44.
- Ruggiero R. A., *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. cont.*.
- Ruggiero R. A., *I limiti dell'art. 238 bis c.p.p. alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3170.
- Ruggiero R. A., *Le condotte di collaborazione previste nel d.lg. n. 231 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 397.
- Santoriello C., *La prova testimoniale nel processo alle società*, in *Resp. amm.soc. e degli enti*, 2006/2, p. 91.
- Santoriello C., *Le ipotesi di incompatibilità del giudice penale nel processo alle società*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, 2006/1, p. 123.
- Santoriello C., *Il procedimento penale per l'accertamento della responsabilità amministrativa degli enti collettivi*, Torino, Plenum, 2011;
- Scalfati A., *Le norme in materia di prova e di giudizio*, in Aa. Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, Padova, 2002, p. 349.
- Scella A., *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, in Aa. Vv., *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R. E. Kostoris, Torino, Giappichelli, 2002, p. 92.

Seigel M. L., *Corporate America Fights Back: The battle over Waiver of the Attorney-Client Privilege*, in *Boston College Law Rev.*, 49, 2008, p. 1.

Selvaggi N., *L'interesse dell'ente collettivo*, Napoli, Jovene, 2006.

Siracusano D., *I provvedimenti penali e le motivazioni implicite per relationem e sommarie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, p. 336.

Spagnolo F., *Quando la società è da commissariare. Ordinanze interdittive: questo il catalogo*, in *Dir. e giust.*, 2006, 41, p. 50.

Spangher G., *La pratica del processo penale*, vol. I, Padova, Cedam, 2012.

Spangher G., *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015*, in *Dir. pen. cont.*.

Spinelli A., *Il rappresentante legale imputato: l'incompatibilità ed i suoi riflessi sul processo penale de societate*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 446.

Stortoni L. –Tassinari D., *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 7.

Suraci L., *Investigazioni difensive e dichiarazioni indizianti: una scelta all'insegna del «dire e non dire» che limita la funzione difensiva*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, p. 123.

Tricomi L., *Violazioni amministrative: il giudice penale fa il pieno*, in *Guida al dir.*, 2001, 26, p. 84.

Triggiani N., *Le investigazioni difensive*, Giuffrè, 2002.

Triggiani N., *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2011, p. 1.

Triggiani N., *Testimonianza*, in Aa. Vv., *La prova penale*, a cura di p. Ferrua – E. Marzaduri – G. Spangher, Torino, Giappichelli, 2013, p. 149.

Tripodi A. F., *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, Cedam, 2013.

Ubertis G., *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in Id., *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 303.

Ubertis G., *Argomenti di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2002.

Uhlmann D. M., *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, in *Maryland Law Rev.*, 72, 2013, p. 1308.

Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Bup, 2012.

Varraso G., *La partecipazione e l'assistenza delle persone giuridiche, delle società, e delle associazioni nel procedimento penale*, in Aa. Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti. D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, Ipsoa, 2002, p. 233.

Varraso G., *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed "eterointegrazione" giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1383.

Varraso G., *Rappresentante legale incompatibile e notificazioni all'ente nel d. lgs. n. 231 del 2001*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3211.

Varraso G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, Giuffrè, 2012.

Varraso G., *Commento all'art. 39*, in Aa. Vv., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. Levis – A. Perini, Bologna, Zanichelli, 2014, p. 963.

Varraso G., *Il "compromesso" delle Sezioni Unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente "incolpato" nel procedimento*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 73.

Verrina L., *Valutazione probatoria e chiamata di correo*, Torino, Giappichelli, 2000.

Volk K., *La responsabilità penale degli enti collettivi*, in *Crit. del dir.*, 2002, p. 225.

Weisselberg C. D. –Li S., *Big Law's Sixth Amendment: The Rise of Corporate White-Collar Practices in Large U.S. Law Firms*, in *Arizona Law Rev.*, 53, 2011, p. 1221.

Weissmann A. –Newman D., *Rethinking Corporate Criminal Liability*, in *Indiana Law Journ.*, 82, 2007, p. 411.

Wray H. –Hur C., *Corporate Criminal Prosecution in a Post – Enron World: the Thompson Memo in Theory and Practice*, in *American Criminal Law Rev.*, 43, 2006, p. 1178.

Zacchè F., *Il contributo dell'investigatore privato alle indagini difensive*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2542.

Zacchè F., *La prova documentale*, Milano, Giuffrè, 2012.

Zierdt M. –Podgor S., *Corporate Deferred Prosecutions Through the Looking Glass of Contract Policies*, in *Kentucky Law Journ.*, vol. 96 – 1, 2007 – 2008, p. 1.