

LUISS Guido Carli
PREMIO TESI D'ECCELLENZA

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

9
2016-2017

LUISS Guido Carli / Premio tesi d'eccellenza
Working paper n. 9/2016-2017
Publication date: march 2019
La disciplina delle prove nel procedimento penale de societate
© 2019 Giulia Cascone
ISBN 978-88-6856-148-2

This working paper is distributed for purposes of comment and discussion only. It may not be reproduced without permission of the copyright holder.

LUISS Academy is an imprint of
LUISS University Press – Pola Srl
Viale Pola 12, 00198 Roma
Tel. 06 85225485
e-mail lup@luiss.it
www.luissuniversitypress.it

Editorial Committee:

Leonardo Morlino (chair)
Paolo Boccardelli
Matteo Caroli
Giovanni Fiori
Daniele Gallo
Nicola Lupo
Stefano Manzocchi
Giuseppe Melis
Marcello Messori
Gianfranco Pellegrino
Giovanni Piccirilli
Arlo Poletti
Andrea Prencipe
Pietro Reichlin

La disciplina delle prove nel procedimento penale *de societate*

Giulia Cascone

Abstract

The Author analyses the law of evidence relevant in corporate criminal cases, with the intent to clarify the exegetic doubts related to the absence of a specific regulation of the matter in d. lg. 8 June 2001, n. 231. The controversial applicability of the ordinary rules of the code of criminal procedure is specifically addressed in the light of the compatibility clause provided by the article 34 of the Decree.

The last part of the paper is dedicated to the unsettled topic of the right to silence of legal person and to the exegetic debate related to the article 44 of the Decree. Provision which, according to law doctrine, appears to restrict, far beyond the Constitutional limits, the difensive rights of the legal person. In a comparative perspective, the A. analyses French regulation and case law, with the intent to offer to the internal debate some new standpoints for further speculations.

Premessa

L'entrata in vigore del d. lg. n. 231 del 2001¹ ha segnato il superamento dell'ormai anacronistica immunità accordata ai soggetti collettivi dall'ordinamento penalistico. Calibrare i principi sostanziali e processuali del sistema penale su un'entità così profondamente diversa dalla persona fisica, tuttavia, si è rivelato un processo complesso, probabilmente non ancora concluso.

Con riferimento agli aspetti processuali della nuova disciplina, si riscontrano non di rado problematiche interpretative per lo più connesse all'impossibilità di rinvenire solidi orientamenti giurisprudenziali su tematiche anche di non secondario momento.

È quanto accade, ad esempio, con riferimento alla disciplina delle prove.

Il decreto dedica al tema una sola, succinta norma, l'articolo 44, incaricando gli interpreti del difficile compito di ricavare la restante disciplina avvalendosi del meccanismo esegetico messo a punto nell'articolo 34, che prevede che al procedimento di accertamento dell'illecito «amministrativo» si applichino le norme previste dal Capo III del decreto nonché, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del d. lg. 28 luglio 1989, n. 271.

La norma delinea un impianto normativo composito, caratterizzato dall'incrociarsi di una pluralità di fonti, in cui eventuali sovrapposizioni sono scongiurate dalla natura speciale delle disposizioni del decreto, elaborate al precipuo scopo di adattare il procedimento penale alle particolarità dell'inedito soggetto ad esso sottoposto². L'interagire tra le norme del decreto e quelle del codice di rito e delle sue disposizioni attuative genera un sistema chiuso e, almeno nelle intenzioni del legislatore, completo.

1. La prova scientifica

È opinione condivisa che nel processo penale *de societate* la prova tecnica assuma un rilievo peculiare e sia, talvolta, decisiva nelle determinazioni del giudice di merito, atteso che la valutazione sull'idoneità del modello organizzativo può richiedere il possesso di competenze tecniche in campo aziendalistico che egli, normalmente, non possiede.

Il profilo maggiormente problematico in questo settore è rappresentato da un tema tanto complesso quanto sottovalutato. Nella prassi giudiziaria si registra il ricorso “disinvolto” alla perizia in una fase nella quale si dubita fortemente della sua praticabilità, ossia quella del procedimento cautelare che, come vuole il decreto, si svolge nelle forme del rito camerale. In dottrina³, si è più volte sottolineata l'irritualità di tale *modus operandi*, che postula lo svolgimento di un'attività istruttoria fuori dai casi in cui questa è espressamente consentita. Stante il richiamo all'articolo 127 c.p.p., il contraddittorio dovrebbe svolgersi tramite il deposito, ad opera delle parti, di elementi precostituiti, oltre che, naturalmente, tramite la dialettica contrapposizione delle posizioni di accusa e difesa nel contesto spaziale e temporale dell'udienza. Al più, si potrebbe procedere all'acquisizione di prove costituente tramite incidente probatorio ex art. 392 c.p.p.⁴

Stante il fatto che la Suprema Corte non ha mai avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità di una simile pratica, risulta assai arduo esprimere una posizione netta. Nonostante la situazione di sostanziale incertezza, gli operatori del diritto sembrerebbero orientati nel senso dell'ammissibilità di

¹ D'ora in poi, decreto.

² G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010, 445.

³ Vedi, ad esempio, G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010, 543; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012, 203; F. PERONI, *Il sistema delle cautele*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, CEDAM, 2002, 257.

⁴ A. BASSI, *Il giudizio ordinario*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Bassi e Epidendio, Giuffrè, 2006, 625.

un ampliamento dei poteri istruttori spendibili nell'ambito del procedimento camerale *de societate*. La ragione di una simile impostazione è, probabilmente, da riconnettersi all'idea, diffusa tanto nel ceto forense che nella magistratura, che l'innesto di una parentesi istruttoria nell'alveo del procedimento cautelare favorisca una più oculata ponderazione della decisione giudiziaria e, sotto il profilo sistematico, possa finire col rivelarsi, altresì, congeniale al peculiare modello di contraddittorio anticipato che caratterizza il procedimento di adozione della misura⁵.

Da un punto di vista formale, e con particolare riferimento ai riti camerale *de libertate*, si è comunemente ritenuto che lo svolgimento di un'attività istruttoria dia luogo ad un contraddittorio per la prova abnorme rispetto al procedimento e privo di riscontri normativi⁶. Fanno eccezione, ovviamente, le ipotesi di espressa previsione legislativa, riguardanti, per esempio, l'incidente probatorio ex art. 392 c.p.p. o la rinnovazione dell'istruttoria in appello ex art. 599 c.p.p. In questi casi, fra l'altro, il meccanismo camerale subisce dei correttivi in virtù della specifica attività da esplicare e al contraddittorio eventuale previsto in via generale dall'articolo 127 c.p.p. (le parti sono sentite «se compaiono») si sostituisce il contraddittorio necessario. Proprio nello svolgimento dell'attività istruttoria risiede la *ratio* della necessaria presenza delle parti, di talché la prima non può svolgersi senza la seconda⁷.

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

Dal punto di vista sistematico, poi, la tesi tendente a escludere la praticabilità della perizia trae alimento dall'esigenza di evitare che l'attività di accertamento dei fatti, necessariamente sommaria, che si svolge nell'ambito del procedimento cautelare possa pregiudicare la successiva fase del giudizio, mettendo così a rischio la tenuta del principio di autonomia delle fasi.

Nel procedimento *de societate* tale problematica risulta accentuata, tenuto conto del fatto che la parentesi istruttoria che la prassi pretenderebbe di accreditare si colloca proprio nell'alveo di un modulo procedimentale caratterizzato dal contraddittorio. L'innesto di una parentesi istruttoria all'interno del procedimento incidentale, tanto più all'interno di un modulo assistito da garanzie difensive così significative, benché ispirata dalle migliori intenzioni, potrebbe rivelarsi foriera di pericolose conseguenze sul piano dell'equilibrio complessivo del modello di accertamento. L'ammissibilità della perizia nel corso del procedimento cautelare è in genere motivata dai giudici di merito tramite il richiamo a una sentenza, ormai non molto recente e, comunque, rimasta isolata, della Corte di Cassazione. Nella pronuncia⁸ si afferma il principio di diritto secondo il quale il procedimento camerale, vista la sua struttura deformalizzata, ammette l'acquisizione di prove, anche d'ufficio e senza l'osservanza dei principi espressi dall'articolo 190 c.p.p., col solo limite del rispetto della libertà morale e delle garanzie del contraddittorio. Nel 2004, tuttavia, la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha decisamente smentito tale ricostruzione, collocandosi su una posizione nettamente opposta⁹. Nell'individuare le caratteristiche del rito camerale, la pronuncia, senza alcun accenno alla giurisprudenza precedente, precisa che trattasi di un rito in cui il materiale argomentativo su cui

⁵ In questo senso, G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., 504. Nell'udienza di cui all'articolo 47 del decreto, infatti, l'ente può chiedere, ex art. 49 del decreto, la sospensione del procedimento finalizzata all'adozione delle necessarie misure prevenzionistiche, la quale, in caso di esito positivo, preclude non solo l'applicazione della misura cautelare, ma anche delle sanzioni interdittive.

⁶ G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerale*, Giuffrè, 1994, 377.

⁷ G. DI CHIARA, cit., 220.

⁸ Sez. I, 27 aprile 1995, n. 2510.

⁹ Sez. Un., 31 marzo 2004, n. 18339. Invero, sulla questione dello svolgimento dell'istruttoria nel rito camerale la Corte si pronuncia solo "incidentalmente". Il quesito rivolto alle Sezioni Unite riguardava, infatti, la possibilità, nel procedimento d'appello contro l'ordinanza cautelare, di acquisire elementi probatori sopravvenuti rispetto al provvedimento impugnato.

fondare la decisione deve essere addotto *ab externo* dalle parti e senza la possibilità di procedere all'acquisizione di prove costituende.

Da ultimo, occorre segnalare una sentenza¹⁰ del 2015 con cui la Corte di Cassazione ha affrontato la problematica relativa al possibile svolgimento dell'attività istruttoria nel corso del procedimento camerale di esecuzione finalizzato all'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato di cui all'articolo 671 c.p.p. Secondo la Corte, la struttura del procedimento camerale di esecuzione di cui all'articolo 666 c.p.p. (applicabile nel caso di specie ancorché non richiamato dall'articolo 671 c.p.p.) consente, per la sua estrema informalità, l'attribuzione al giudice di poteri istruttori. Gli unici limiti, come nella sentenza del 1995, vengono individuati nella libertà morale e nel rispetto del contraddittorio.

La pronuncia, che richiama espressamente quella del 1995, sembra condividere con quest'ultima, se non le premesse, la soluzione finale. Pare si raccolga e si rinvigorisca, così, quell'orientamento che, dopo la sentenza del '95, sembrava essersi risolto nel nulla. Sulla scorta di un'analisi più approfondita, tuttavia, la conclusione risulta affrettata. Nonostante il richiamo esplicito alla pronuncia degli anni '90, il substrato normativo sotteso alle due sentenze è molto diverso. L'articolo 666 c.p.p., a differenza dell'articolo 127, fornisce un aggancio normativo alla tesi che legittimerebbe lo svolgimento attività istruttoria all'interno del procedimento camerale: il comma 5 della norma prevede, infatti, espressamente che, laddove debbano raccogliersi delle prove, il giudice procede in udienza nel rispetto del contraddittorio.

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

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

2. Le intercettazioni

Il decreto non prevede, con riferimento all'istituto delle intercettazioni, alcuna specifica disciplina e ciò ha condotto gli interpreti a sviluppi esegetici talora nettamente opposti. Tali divergenze scaturiscono, probabilmente, dalla delicatezza del tema che ci si attinge a trattare, attestata dalla normativa costituzionale (art. 15 Cost.) che definisce come inviolabili la libertà e la segretezza¹¹ delle comunicazioni. Rispetto agli altri mezzi di ricerca della prova, d'altronde, il codice di rito appresta delle garanzie rafforzate¹² e più rigidi presupposti applicativi la cui sussistenza, naturalmente, deve

¹⁰ Sez. I, 9 gennaio 2015, n. 17020.

¹¹ M. L. DI BITONTO, *Studio*, cit., 18. Secondo l'Autrice, «se non fosse tutelata la segretezza delle comunicazioni, ne risulterebbe compromessa anche la loro libertà, visto che nessuno parlerebbe più liberamente se sapesse che quanto riferito riservatamente ai suoi interlocutori risulta destinato ad una divulgazione indiscriminata».

¹² A differenza di quanto si prevede in materia di ispezioni (art. 244 c.p.p.) e perquisizioni (art. 247 c.p.p.), che possono essere disposte per qualunque tipo di reato, all'attività di intercettazione può procedersi solo in presenza di alcuni presupposti cumulativi.

essere vagliata anche nell'eventuale procedimento *de societate*, laddove si ritenga che l'attività di captazione delle comunicazioni nei confronti dell'ente non sia preclusa.

Come si è anticipato, infatti, si sono riscontrati orientamenti nettamente opposti. Secondo alcuni studiosi¹³, l'utilizzo di tale mezzo di ricerca della prova sarebbe incompatibile con il procedimento penale a carico del soggetto collettivo essendo gli illeciti amministrativi esclusi dal novero dei «reati» indicati dall'articolo 266 c.p.p. L'esclusione deriverebbe quindi da un dato di carattere formale. Medesimo sarebbe l'epilogo, e medesima la motivazione, con riferimento all'applicabilità dell'articolo 270 c.p.p., norma che fa riferimento ai «delitti» per i quali si prevede l'arresto obbligatorio in flagranza.

A questo orientamento, certamente teso a esaltare l'importanza della garanzia della riserva di legge sancita dall'articolo 15 Cost., si contrappone un altro secondo il quale, purché si proceda per uno dei reati previsti dall'articolo 266 c.p.p., non vi è ragione per distinguere tra il procedimento a carico dell'ente e quello a carico della persona fisica, in quanto si sarebbe ad ogni modo in presenza di procedimenti relativi a reati per i quali l'attività di captazione delle comunicazioni non è preclusa¹⁴. Questa lettura sembra confermata anche dalla più recente giurisprudenza sul tema, alquanto incline ad accogliere soluzioni esegetiche piuttosto permissive in materia di utilizzabilità di tale particolare mezzo di ricerca della prova¹⁵.

Anche laddove si escludesse la possibilità di un'attività di captazione delle comunicazioni con riferimento all'illecito attribuito all'ente, potrebbe comunque argomentarsi che i risultati delle intercettazioni svolte a carico della persona fisica siano utilizzabili contro l'ente tanto nel caso di riunione, quanto nel caso di separazione dei procedimenti, visti gli ultimi orientamenti riguardanti l'articolo 270 c.p.p e, in generale, le linee guida, piuttosto "largheggianti", che la stessa Corte di Cassazione offre agli interpreti nella materia *de qua*¹⁶.

Laddove l'accertamento del reato presupposto e dell'illecito amministrativo si svolgano cumulativamente¹⁷, il pubblico ministero, ai sensi dell'articolo 267 c.p.p., potrà richiedere al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione allo svolgimento delle intercettazioni tanto nei confronti dell'ente, quanto nei confronti della persona fisica. Si è sottolineato, ad ogni modo, che l'organo titolare dell'accusa potrebbe tendere a richiedere che l'attività captativa si svolga sempre con riferimento al reato presupposto, vista la maggiore difficoltà legata all'individuazione dei gravi indizi

¹³ A. BASSI, *La fase delle indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Bassi e Epidendio, Giuffrè, 2006, 562.

¹⁴ M. L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010, 595.

¹⁵ Con le Sez. Un. Civili, 12 febbraio 2013, n. 3271, si è giunti al punto di affermare la legittimità dell'utilizzo dei risultati dell'intercettazione svoltasi in un procedimento penale nella sede civile, a ciò non ostando l'articolo 270 c.p.p., norma che giustifica il sacrificio della ricerca della verità materiale con riferimento al solo procedimento penale, caratterizzato da regole più stringenti in materia probatoria. Invero, la sentenza investe un profilo (quello relativo all'utilizzo delle intercettazioni in un procedimento distinto) diverso rispetto a quello trattato in questa sede, che riguarda piuttosto la stessa possibilità di disporre un'attività di intercettazione. Nonostante ciò, tuttavia, la pronuncia si inquadra in un solco giurisprudenziale, non sempre esente da critiche, di graduale apertura, teso alla valorizzazione dello strumento previsto dall'articolo 266 c.p.p. e alla progressiva espansione della sua utilizzabilità. Si vedano, ad esempio, Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 32697, in materia di intercettazioni costituenti corpo del reato.

¹⁶ La giurisprudenza di legittimità, infatti, si è orientata addirittura nel senso dell'indiscriminata utilizzabilità delle intercettazioni disposte all'interno di un medesimo procedimento a prescindere dal fatto che tutti i reati in esso trattati rientrino fra quelli indicati dall'articolo 266 c.p.p., vista l'esigenza di una valutazione unitaria, coerente e complessiva del materiale legittimamente acquisito all'interno processo (Cfr. Sez. VI, 14 giugno 2011, n. 34735). Ciò considerato, non pare che possa efficacemente sostenersi che un tale orientamento possa trovare una causa di contenimento in un elemento meramente formale, come quello del *nomen iuris* attribuito all'illecito. E allora si genererebbe l'inspiegabile incongruenza di ritenere utilizzabili nei confronti dell'ente le intercettazioni disposte nei confronti della persona fisica, ma non quelle disposte nei confronti dello stesso soggetto collettivo.

¹⁷ Questa dovrebbe essere l'ipotesi più frequente stando alla lettera dell'articolo 38 del decreto, il quale, fra l'altro, non sembra limitare la riunione al processo, ma parte estenderla anche alla fase precedente all'esercizio dell'azione penale. L'obbligo di riunire le reg Giudicande spetterebbe dunque già al pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari. G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale*, cit., 459.

di illecito amministrativo piuttosto che dei gravi indizi di reato¹⁸, per poi utilizzare i contenuti delle intercettazioni anche nei confronti del soggetto collettivo.

Nel caso di separazione dei procedimenti, dovrebbe trovare applicazione la regola prevista dall'articolo 270 c.p.p., la quale consente l'utilizzo delle intercettazioni in procedimenti distinti rispetto a quelli nei quali furono disposte al ricorrere di alcune condizioni. In particolare, è necessario che l'impiego dei risultati della captazione nel diverso procedimento sia indispensabile per l'accertamento di delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, mentre non si richiede altresì che il procedimento di destinazione afferisca a uno dei reati previsti dall'articolo 266 c.p.p. Stando agli ultimi orientamenti giurisprudenziali sul punto, la locuzione «procedimenti diversi» sarebbe da interpretarsi in maniera assai restrittiva. Secondo la Corte di Cassazione¹⁹, la medesimezza del procedimento va valutata alla luce di un criterio sostanzialistico, vagliando l'esistenza di una connessione sotto il profilo oggettivo, finalistico o probatorio tra il contenuto della notizia di reato per la quale furono disposte le intercettazioni e il reato per il quale si procede, prescindendo da elementi di carattere formale quali il numero di iscrizione del procedimento nel registro delle notizie di reato. Al contempo, la riunione di procedimenti non è di per sé condizione sufficiente ad escluderne la diversità²⁰.

Le ricadute di un simile orientamento sono particolarmente evidenti nell'ipotesi in cui le intercettazioni originariamente disposte nel procedimento a carico della persona fisica si volessero, successivamente, utilizzare in quello a carico dell'ente o viceversa. È intuibile, infatti, come i due illeciti presentino sempre una consistente connessione quanto meno sotto il profilo probatorio, cosicché le intercettazioni disposte nell'ambito di uno dei due procedimenti sono suscettibili di valicarne i confini con estrema facilità, assumendo una valenza pressoché trasversale. L'orientamento giurisprudenziale sopra riportato rischia, nel procedimento penale *de societate*, di trasformare il provvedimento di cui all'articolo 267 c.p.p. in una sorta di autorizzazione in bianco, della quale il pubblico ministero può giovare ottenendo una cospicua facilitazione nello svolgimento delle indagini. Visti i più lunghi tempi di prescrizione dell'illecito amministrativo (articolo 22 del decreto) rispetto al reato, non è da escludere che l'organo titolare dell'accusa decida di procedere prima nei confronti della persona fisica, per poi riversare successivamente i risultati delle indagini svolte nel procedimento a carico dell'ente²¹. Pratiche di questo tipo, che mortificano le esigenze difensive del soggetto collettivo, devono essere scongiurate. In parte, ciò pare possibile già grazie all'impianto del decreto, che sembra far trapelare una «immanente esigenza di *simultaneus processus*»²², testimoniata dal comma 1 dell'articolo 38, a norma del quale il procedimento per l'illecito amministrativo dell'ente è riunito a quello penale instaurato nei confronti dell'autore del reato.

3. La prova documentale

Nel procedimento penale *de societate* il ricorso alla prova documentale appare del tutto scontato. L'ente che intenda dimostrare la sua innocenza, presumibilmente, provvederà anzitutto a fornire la prova dell'esistenza del modello organizzativo e di un organismo di controllo, producendo in giudizio

¹⁸ L. CERCOLA, *Le intercettazioni nella dinamica del processo penale*, Giappichelli, 2016, 61.

¹⁹ Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 32697.

²⁰ Sez. II, 10 ottobre 2014, n. 3253.

²¹ Nella fase delle indagini preliminari, poi, questo meccanismo potrebbe rilevarsi particolarmente proficuo laddove il pubblico ministero decidesse di richiedere al giudice l'applicazione di una misura cautelare nei confronti dell'ente. Visto che, tendenzialmente, la misura cautelare non è espressione, per l'ente, di improcrastinabili esigenze processuali quanto, piuttosto, della necessità di evitare una reiterazione degli illeciti, il pubblico ministero ben potrebbe attendere i risultati delle intercettazioni svolte nel procedimento a carico della persona fisica e, al momento opportuno, porli a fondamento della richiesta di applicazione della misura cautelare nel procedimento, formalmente distinto ma sostanzialmente unitario, a carico dell'ente.

²² M. L. DI BITONTO, *Studio*, cit., 117.

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

Fra i molteplici interrogativi posti dalla disposizione *de qua*, un certo peso è da attribuirsi a quello relativo all'utilizzabilità, alla stregua di una prova documentale, di atti procedurali quali ordinanze di custodia cautelare, di convalida di arresto o fermo o addirittura di sentenze non ancora passate in giudicato. In senso negativo deporrebbe l'ideale distinzione che il legislatore ha operato tra i documenti in senso stretto e gli atti processuali, come, ad esempio, i verbali, essendosi, secondo alcuni, riferita solo ai primi la disciplina dell'articolo 234 c.p.p.²³. Ulteriore argomento in questo senso potrebbe derivare, inoltre, dall'articolo 238-bis c.p.p., che consente l'utilizzo probatorio delle sole sentenze irrevocabili²⁴.

La giurisprudenza, tuttavia, sembra essersi per lo più orientata sulla soluzione opposta. In varie pronunce si è sostenuto che l'articolo 234 ricomprende nella nozione di documento tutto quanto sia caratterizzato dal requisito della scrittura, consentendo l'acquisizione al processo tanto delle sentenze non ancora passate in giudicato, tanto delle ordinanze di custodia cautelare e di convalida di arresto o fermo²⁵. Si è tuttavia precisato che, essendo la piena valenza probatoria riservata alle sole sentenze passate in giudicato ex art. 238-bis c.p.p., da tali atti non può trarsi la prova dei fatti in essi descritti, ma esclusivamente quella dell'esistenza della sentenza o dell'ordinanza ovvero delle vicende processuali ad essi relative. Stando ad alcune pronunce, tuttavia, ciò non escluderebbe la possibilità, per il giudice, di trarre da tali provvedimenti elementi di giudizio finalizzati all'accertamento della verità, in base al suo libero convincimento²⁶. La coerenza di tali posizioni rispetto all'impianto sistematico del nostro processo penale è per lo meno dubbia. In sostanza, si consentirebbe surrettiziamente al giudice di motivare l'affermazione di responsabilità sulla base di elementi raccolti senza la partecipazione della difesa dell'imputato.

Dovrebbe escludersi, pertanto, l'ammissibilità, quale prova documentale, degli atti giudiziari non definitivi o, in alternativa, se ne dovrebbe limitare la concreta efficacia probatoria alla dimostrazione del fatto storico concernente l'esistenza del provvedimento stesso o delle vicende processuali ad esso afferenti.

Con precipuo riferimento al procedimento *de societate*, solleva molte riserve l'orientamento giurisprudenziale che ammette l'utilizzo di sentenze rese in altri procedimenti e non ancora passate in giudicato ai fini della prova dei gravi indizi di colpevolezza di cui all'articolo 273 c.p.p.²⁷, in aperta violazione dell'articolo 238-bis c.p.p. Già in via generale, infatti, è discutibile che una misura restrittiva della libertà personale possa essere applicata sulla base di una valutazione svolta in un altro procedimento, da un altro giudice e per di più non costituente un accertamento definitivo. Pratiche di questo tipo finiscono per avallare censurabili scorciatoie probatorie. Declinato al procedimento penale *de societate*, questo orientamento agevolerebbe sensibilmente la prova dei gravi indizi di responsabilità da reato ai fini dell'applicazione di una misura interdittiva all'ente. L'acquisizione del provvedimento adottato nel separato procedimento a carico della persona fisica esimerebbe, infatti, il giudice da un autonomo apprezzamento sulla verosimile commissione del reato presupposto. Per di più, vista la immancabile connessione tra l'illecito dell'ente e quello della persona fisica, questa pratica rischia di trasformarsi in una prassi cui fare ricorso in ogni caso di separazione dei procedimenti.

²³ V. GREVI, *Prove*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Bargis, CEDAM, 2014, 369.

²⁴ In questo senso, Sez. II, 12 marzo 1996, n. 6631.

²⁵ Sez. III, 4 dicembre 1996, n. 1061. Vedi anche Sez. VI, 28 gennaio 2015, n. 15912.

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

²⁷ Sez. I, 2 marzo 2001, n. 17269.

Trattando della prova documentale, non v'è dubbio che la disciplina la cui compatibilità con il procedimento *de societate* è maggiormente controversa sia da rinvenire negli articoli 238 e 238-bis c.p.p. Tali norme, da sempre oggetto delle riflessioni della dottrina, pongono ulteriori e più complesse questioni quando si discute della loro compatibilità con il procedimento a carico del soggetto collettivo.

La dottrina è generalmente concorde nel ritenere che le norme di cui all'articolo 238 c.p.p. siano compatibili anche con il procedimento penale *de societate*²⁸, ma la soluzione non è del tutto scontata e dipende dalla risposta all'interrogativo se sia opportuno assecondare con così tanta facilità fenomeni di circolazione della prova in un ambito nel quale un legame tra procedimenti è sempre presente. Avendo l'illecito dell'ente e quello della persona fisica un nucleo fattuale comune, il rischio di generare dei procedimenti "osmotici" è elevatissimo, con buona pace del principio di relatività della prova e di tendenziale inefficacia *ultra partes* del giudicato penale.

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

La norma consente l'acquisizione, con valenza probatoria quanto ai fatti in esse accertati, delle sentenze irrevocabili rese in altri procedimenti penali, con l'unico limite della loro necessaria valutazione ai sensi dell'articolo 192 comma 3 c.p.p. Alle problematiche già viste con riferimento all'articolo 238 c.p.p. se ne aggiungono altre. Autorevole dottrina ha definito l'articolo 238-bis c.p.p. una norma «infelice», in quanto fa confusione tra dato istruttorio, decisione, argomenti adottati dal motivante e cosa giudicata²⁹. Contrasta, infatti, con il principio dell'autonomia cognitiva del giudice in sede penale che le valutazioni svolte in una sede processuale travalichino i confini loro propri e ciò perché, a ben vedere, ciò che è suscettibile di passare in giudicato non è la parte motiva della sentenza, bensì il dispositivo. Ad acuire ulteriormente il problema, un orientamento giurisprudenziale che sostiene che i riscontri esterni necessari *ex art.* 192 comma 3 c.p.p. possano essere rinvenuti anche in elementi già utilizzati in un altro giudizio, eventualmente quello da cui la sentenza proviene, purché la loro recezione non sia acritica³⁰. L'imputato, insomma, rischia di vedere affermata la sua colpevolezza sulla base di elementi raccolti esclusivamente in procedimenti rispetto ai quali non ha potuto partecipare. I dubbi sulla legittimità di una tale disciplina, elusiva dei limiti posti alla circolazione della prova³¹, si esacerbano.

Nonostante quanto si è finora osservato, l'impiego della norma nel procedimento penale tradizionale è stato, per così dire, ampiamente tollerato³².

Non resta che chiedersi se, alla luce di queste riflessioni, l'articolo 238-bis c.p.p. sia compatibile con il procedimento penale *de societate*, nel quale il ricorso alla disposizione in oggetto potrebbe essere favorito, per lo più, dalla conduzione separata dei procedimenti a seguito della richiesta di giudizio abbreviato³³ da parte della persona fisica.

²⁸ Vedi, ad esempio, VARRASO, *Il procedimento*, cit., 369; BASSI, *Il giudizio ordinario*, cit., 634.

²⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 802.

³⁰ Sez. V, 19 aprile 2011, n. 23478.

³¹ P. DELL'ANNO, *Prova documentale e circolarità della prova*, in AA. VV., *La prova penale*, a cura di A. Gaito, UTET, 2008, 683. Secondo l'Autore, la norma tradirebbe la stessa ragion d'essere dell'art. 238 c.p.p., che pone limiti al fenomeno della circolazione della prova. Tramite lo schermo della sentenza passata in giudicato, il legislatore attribuisce valore probatorio a tutto ciò che essa contiene, rinviando il contraddittorio a un momento successivo alla formazione della prova e non richiedendo neppure il consenso dell'imputato. A questo punto, il richiamo all'art. 192 c. 3 c.p.p. ha un valore, per così dire, "lenitivo", di riequilibrio del sistema, ma con scarsi risultati.

³² A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2004, 466. La norma è stata introdotta a ridosso delle stragi di mafia verificatesi negli anni '90, al fine di facilitare il compito dei pubblici ministeri gravati dell'onere di provare, in ogni processo, l'esistenza di una data associazione criminale.

³³ Pare, invece, che nessuna efficacia possa attribuirsi, a tal fine, alle sentenze di patteggiamento, dal momento che la giurisprudenza esclude che esse contengano un vero e proprio accertamento. G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale*, cit., 460. L'Autore richiama, fra le varie pronunce sul punto, Sez. Un., 25 marzo 1998, n. 6.

Buona parte della dottrina ritiene di poter dare all'interrogativo risposta affermativa³⁴. Tuttavia, questa soluzione appare opinabile. Le problematiche che l'articolo 238-bis c.p.p. solleva con riferimento al procedimento penale tradizionale si esasperano in quello *de societate*, a causa della ontologica connessione probatoria tra l'illecito dell'ente e quello della persona fisica. L'acquisizione della sentenza irrevocabile pronunciata a carico della persona fisica diventerebbe una pratica ordinaria in ogni caso di separazione dei procedimenti. Tanto con l'effetto di minare le esigenze difensive del soggetto collettivo³⁵ e incentivare al ricorso a prassi poco rispettose della regola del *simultaneus processus* prevista dall'articolo 38 del decreto.

4. Le prove dichiarative

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

Occorre, almeno in via preliminare, mettere in luce i motivi che hanno ispirato una simile opzione legislativa. Scelta questa che, lungi dal semplificare l'analisi ermeneutica, la complica fortemente, al punto che si è parlato della norma come di un vero e proprio «rompicapo» normativo³⁶.

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

Il tenore dell'art 34 del decreto, in effetti, avrebbe di per sé reso superflua un'apposita disciplina in materia di incompatibilità a testimoniare, se non altro per la presenza, nel codice di rito, di una specifica norma, l'articolo 197 c.p.p., che individua i casi in cui un soggetto non è idoneo a ricoprire il ruolo di testimone e, pertanto, la sua audizione deve avvenire in forme diverse; la sussistenza di un obbligo testimoniale in capo al soggetto imputato per la commissione del reato presupposto, dunque, avrebbe potuto essere esclusa già grazie all'applicazione delle regole generali³⁷.

Tale circostanza fa luce sull'obiettivo realmente sotteso alla norma, e cioè l'esclusione dell'attuale rappresentante legale dell'ente dai soggetti incompatibili a testimoniare. In mancanza di una specificazione di tal fatta, avrebbe certamente trovato applicazione l'articolo 35 del decreto, che espressamente equipara il soggetto collettivo all'imputato, sancendo l'applicabilità all'ente le disposizioni processuali a quest'ultimo riferite, in quanto compatibili. Proprio la portata precettiva di questa norma avrebbe rafforzato il risultato positivo di quel vaglio di compatibilità che, già consentito dall'articolo 34 del decreto, avrebbe travasato nel procedimento a carico dell'ente tutte le prerogative difensive dell'imputato e, centralmente, il diritto al silenzio³⁸.

³⁴ In questo senso, G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale*, cit., 461. Dello stesso avviso, P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, CEDAM, 2002, p. 227 e G. VARRASO, *Il procedimento*, cit., 370.

³⁵ M. L. DI BITONTO, *Studio*, cit., 157.

³⁶ L'espressione è di A. BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, CEDAM, 2002, 305.

³⁷ G. FIDELBO, *Testimonianza: casi di incompatibilità*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010, 491. L'Autore, evidenziando le ragioni che hanno spinto il legislatore a ribadire l'incompatibilità a testimoniare, sottolinea che, essendo l'articolo 197 c.p.p. norma eccezionale rispetto al generalizzato obbligo di testimoniare, si è voluto scongiurare il timore di un'interpretazione che potesse considerarsi estensiva.

³⁸ Occorre precisare che il vaglio di compatibilità richiesto dall'articolo 35 del decreto non attiene al diritto di difesa in sé considerato. La clausola di compatibilità con il procedimento penale a carico dell'ente non sembra, cioè, autorizzare l'interprete a congetturare un'estensione minore rispetto a quello riconosciuto alla persona fisica, ma semplicemente sancisce la necessità di tenere in debita considerazione alcuni profili peculiari della natura dell'ente. La disposizione menzionata, pertanto, non sembra consentire *sic et simpliciter* un'esegesi compressiva del diritto di difesa dell'ente, ma, al contrario, si pone quale regola di generale equiparazione dei diritti dell'ente a quelli dell'imputato, ovviamente in quanto

Viceversa, la lett. b) dell'articolo 44 del decreto induce l'interprete a un ragionamento *a contrario* da cui non può che derivare, quale corollario, l'obbligo testimoniale del rappresentante legale dell'ente, e, dunque, l'esclusione del diritto al silenzio di quest'ultimo, Esito interpretativo, basato su una lettura meramente testuale della disposizione, che non ha mancato di suscitare seri dubbi di costituzionalità della disciplina, ritenuta suscettibile di ingenerare insanabili crepe nel diritto di difesa dell'imputato.

4.1 La posizione dell'imputato del reato presupposto

Al primo comma, lett. a), l'articolo 44 del decreto sancisce l'incompatibilità, per la persona imputata nel reato presupposto, al ruolo di testimone nel procedimento a carico dell'ente.

La *ratio* dell'esclusione è espressa dalla Relazione ministeriale al decreto³⁹ sulla base dell'inopportunità di addossare l'obbligo testimoniale a un soggetto il quale si trova, con ogni probabilità, in conflitto di interessi con l'ente. Potrebbe accadere, infatti, che l'imputato nel reato presupposto, con finalità chiaramente difensive (ad esempio per vedersi riconosciute le circostanze attenuanti generiche), sia portato ad attribuire, in tutto o in parte, la responsabilità dell'illecito su altri subordinati o apicali dell'ente o sull'ente stesso, facendone così emergere profili di colpa organizzativa⁴⁰. Il conflitto è presunto *iuris et de iure* (senza, pertanto, la possibilità di fornire una prova contraria⁴¹) e si pone in piena sintonia con il dettato dell'articolo 39 del decreto, il quale fa scaturire dall'imputazione nel reato presupposto l'ulteriore conseguenza dell'impossibilità per il soggetto di rivestire il ruolo di rappresentante legale dell'ente nel procedimento.

Invero, l'incompatibilità sancita dalla norma sembra riconducibile anche all'esigenza scongiurare il rischio di una *self-incrimination*⁴² da parte del dichiarante. Rischio che deriva, come è facilmente intuibile, dalla circostanza che il procedimento a carico dell'ente è strettamente connesso a quello a carico della persona fisica. Visto che il reato presupposto costituisce il fulcro dell'illecito amministrativo dell'ente⁴³, l'incompatibilità è l'unica scelta che tutela il diritto al silenzio del soggetto accusato.

Dalla lettura della norma si evince un ambito di operatività alquanto esteso. Non si pongono limiti riguardanti i rapporti tra l'imputato e l'ente; pertanto l'incompatibilità si riferisce a tutte le ipotesi in cui il soggetto sia imputato, o comunque indagato, per il compimento del reato presupposto e a prescindere dal fatto che al *tempus commissi delicti* fosse rappresentante legale dell'ente o un mero dipendente⁴⁴.

Vale la pena di sottolineare fin da subito che l'incompatibilità di cui si discorre si estende, senza la necessità di ricorrere alle norme del codice di rito e grazie alla copertura dello stesso articolo 44 del decreto, anche al coimputato nel medesimo reato, il cui illecito si presenti, quindi, in rapporto di connessione *ex art. 12 lett. a) c.p.p.* rispetto all'illecito presupposto della responsabilità dell'ente⁴⁵, anche laddove per costui si proceda separatamente. Ciò per il semplice fatto che l'articolo 44 investe

non sia diversamente sancito. Nel senso che la norma implichi l'estensione automatica all'ente di ogni previsione che comporti un *quid pluris* di garanzie per la persona fisica, H. BELLUTA, *Le disposizioni generali del processo all'ente, tra richiami codicistici e autonomia di un sistema in evoluzione*, in AA. VV., *Il processo penale de societate*, a cura di Bernasconi, Giuffrè, 2006, 27.

³⁹ Relazione ministeriale al decreto, pag. 31.

⁴⁰ A. BASSI, *Il giudizio ordinario*, cit., 639. Proprio questa evenienza, d'altronde, è alla base dell'impossibilità per l'imputato nel reato presupposto di rappresentare l'ente, ai sensi dell'articolo 39 del decreto. Si veda anche la Relazione ministeriale al decreto, p. 31.

⁴¹ In questo senso, vedi Sez. VI, 28 ottobre 2009, n. 41398, Caporello e Sez. Un, 28 luglio 2015, n. 33041, Gabrielloni.

⁴² G. FIDELBO, *La testimonianza*, cit., 491. Dello stesso avviso, S. CHIMICHI, *Le prove dichiarative nel procedimento penale contro gli enti*, in *Dir. pen. e proc. n. 2/2015*.

⁴³ A. BASSI, *Il giudizio ordinario*, cit., 640.

⁴⁴ C. SANTORIELLO, *La prova testimoniale nel processo alle società*, in *Resp. Amm. Soc.*, f2, 2006, 95.

⁴⁵ In questo senso, A. SCALFATI, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, CEDAM, 2002, 350.

la posizione di tutti gli imputati nel reato presupposto, e tale è il coimputato nel medesimo reato a prescindere dalla sede nella quale si accerta la sua responsabilità.

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

Il problema è spinoso. Apparentemente, la soluzione preferibile è quella dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni: ancorché la loro acquisizione sia avvenuta *secundum legem*, infatti, l'articolo 44 stabilisce espressamente l'incompatibilità a testimoniare dell'imputato (o indagato) del reato presupposto e, dunque, l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese da costui. In due sentenze del 1998⁴⁶, d'altronde, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono soffermate sulla problematica relativa all'applicazione del principio del *tempus regit actum* al procedimento probatorio. Nelle pronunce viene sottoposta a vaglio critico la tendenza ad assimilare tipologie diverse di atto processuale, che avrebbe come conseguenza un'applicazione indiscriminata del principio suddetto.

Al contrario, «bisogna [...] distinguere l'atto che si esaurisce senza residui nel suo puntuale compimento [...] da quello, invece, che non ha mera funzione autoreferenziale né si consuma con effetti istantanei, atteso il suo carattere strumentale e preparatorio rispetto alla successiva attività cognitiva cui esso è destinato»⁴⁷. L'atto probatorio si colloca in questa seconda categoria, di talché esso non può dirsi "esaurito" sino all'approdo all'ultima delle fasi in cui esso si articola e verso la quale tutte le altre tendono: la valutazione del giudice. Di qui il corollario: «in materia di utilizzabilità o di inutilizzabilità della prova, il principio *tempus regit actum* deve essere riferito al momento della decisione e non a quello dell'acquisizione».

A compendio ulteriore di questa tesi milita, altresì, la peculiare *ratio* della norma appena citata, nella quale si proietta non solo l'esigenza di tutelare il dichiarante da una possibile autoincriminazione, ma anche quella di evitare un obbligo di verità in capo a un soggetto che versi in un conflitto di interessi rispetto all'ente; il testimone, invece, è generalmente terzo rispetto alla vicenda processuale. La radicale sanzione dell'inutilizzabilità, rispetto ad altre soluzioni pure astrattamente praticabili, quali quella di una nullità di regine intermedio, poggia sulla costatazione dell'assoluto divieto, per il soggetto, di assumere l'ufficio del testimone (Sez. Un. 29 luglio 2015, n. 33583)⁴⁸.

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

Nella stessa sentenza del 2015 prima richiamata⁴⁹, la Corte ha ritenuto che, in virtù del principio di conservazione degli atti e della connessa regola del *tempus regit actum*, siano legittimamente utilizzabili le dichiarazioni rese dal soggetto successivamente sottoposto a indagini, laddove acquisite in un momento nel quale costui fosse ancora considerato alla stregua di una persona a conoscenza dei fatti (e non vi fossero già, a suo carico, sospetti di coinvolgimento nella vicenda processuale). La pronuncia si pone nel solco di un filone interpretativo inaugurato già nel 2000⁵⁰, anno in cui alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione fu rimessa la complessa questione riguardante l'utilizzabilità delle dichiarazioni rese un soggetto in qualità di persona informata sui fatti nel successivo procedimento a suo carico e contro di lui. Anche in quella sede al quesito si dette soluzione positiva,

⁴⁶ Sez. Un., 25 febbraio 1998, Gerina e altro; Sez. Un., 13 luglio 1998, Citaristi.

⁴⁷ Sez. Un., 25 febbraio 1998, Gerina e altro.

⁴⁸ «Non può sussistere dubbio alcuno che, ove la eventuale violazione delle regole di assunzione probatoria incida sul terreno della stessa capacità a testimoniare, se ne deve dedurre la piena inutilizzabilità delle dichiarazioni rese, giacché non si tratterebbe di affermazioni da "corroborare" perché promananti da soggetto "non terzo" rispetto all'oggetto ed al tema della deposizione, ma da persona per la quale sussiste un divieto *ex lege* di assumere la posizione e gli obblighi del testimone».

⁴⁹ Sez. Un., 29 luglio 2015, n. 33583.

⁵⁰ Sez. Un., 21 giugno 2000, n. 16, Tammaro.

talché, dal 2000 fino ad oggi, la giurisprudenza di legittimità sembra rinnegare quella particolare fisionomia che le pronunce degli ultimi anni '90 avevano assegnato all'atto probatorio quale procedimento in divenire non suscettibile di un distinguo netto fra i vari momenti che lo costituiscono. Anche volendo prescindere dagli orientamenti giurisprudenziali, per definizione suscettibili di mutamento e quindi mai risolutivi di una questione una volta per tutte, un'esegesi sia letterale che sistematica suggerisce il carattere approssimativo della soluzione volta ad escludere l'utilizzabilità delle dichiarazioni del (futuro) indagato o imputato nel reato presupposto. Da un lato, l'articolo 191 c.p.p. testualmente riferisce la sanzione dell'inutilizzabilità alle sole prove illegittimamente «acquisite» e, pur guardando al procedimento probatorio come un atto non istantaneo ma *in fieri*, è difficile porre in discussione l'ontologica separazione, sia sistematica che concettuale, tra le fasi di acquisizione e quella di valutazione della prova. Dall'altro, l'articolo 63, comma 2, c.p.p. limita l'inutilizzabilità alle dichiarazioni rese dal soggetto che doveva, fin dall'inizio, essere sentito nella veste di imputato o di persona sottoposta alle indagini, con ciò sconfessando, di fatto, la tesi di una inutilizzabilità estesa a tutti i casi in cui il dichiarante venga poi sottoposto al procedimento.

La soluzione che autorizza l'impiego delle dichiarazioni è, in definitiva, quella più corretta ma anche più problematica nella misura in cui comporta l'ingresso dell'apporto probatorio riferibile a un soggetto in conflitto di interessi (e quindi, tendenzialmente, poco attendibile) nella piattaforma conoscitiva sottoposta alla valutazione del giudice per la decisione. Questo inconveniente potrebbe essere risolto, comunque, tramite l'applicazione della regola sancita dal comma 3 dell'articolo 192, con la conseguenza che le dichiarazioni sarebbero sì utilizzabili, ma da corroborare con ulteriori elementi di prova che ne confermino l'attendibilità.

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

Il ricorso all'articolo 34 del decreto consente, ad ogni modo, di evitare il paradossale risultato della creazione di un inedito caso di incompatibilità a testimoniare «a tempo indeterminato»⁵¹. In altri termini, l'articolo 197 c.p.p. si affianca alle disposizioni processuali del decreto e, superato il vaglio di compatibilità di cui all'articolo 34 del decreto, circoscrive le ipotesi di impossibilità di assumere l'ufficio di testimone ai soli casi in cui non sia intervenuta una sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti di cui all'articolo 444 c.p.p. Il verificarsi di una di queste precondizioni apre la strada alla possibile applicazione dell'articolo 197-bis c.p.p., che disciplina l'assunzione delle dichiarazioni da parte di una peculiare figura, quella del testimone “assistito”, nella quale, come si è visto, l'obbligo testimoniale e la necessità di garanzie più pregnanti rispetto a quelle che il sistema attribuisce al semplice testimone si incontrano generando una sorta di ibrido di disciplina. In altre parole, l'imputato nel reato presupposto, allorché sia destinatario di una delle sentenze indicate dal comma 1, lett. a) dell'articolo 197 c.p.p., perde il velo protettivo dell'incompatibilità⁵². Potrà essere obbligato a presentarsi di fronte al giudice e a rispondere secondo verità, nei limiti, naturalmente, del corredo di garanzie comunque apprestato dalla legge in suo favore⁵³.

⁵¹ L'espressione è di A. BASSI, *Il giudizio ordinario*, cit., 642.

⁵² Di questo avviso, fra gli altri, P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti*, cit., 234.

⁵³ Correttamente, dunque, Trib. Milano, sez. X, 25 ottobre 2011. Nella sentenza si afferma che l'art. 44 non trova applicazione nei confronti del soggetto la cui posizione sia stata definita con sentenza irrevocabile. Costui, pertanto, deve essere sentito ai sensi dell'art. 197-bis c.p.p., e non già esaminato *ex art.* 210 c.p.p.

Occorre precisare, comunque, che la disciplina sopra descritta si attaglia al solo caso in cui si proceda separatamente nei confronti dell'ente e della persona fisica. Solo fuori dall'ipotesi del *simultaneus processus*, infatti, è ipotizzabile che il procedimento a carico della persona fisica sia definito prima di quello a carico dell'ente. Ciò, peraltro, non è di difficile verifica. Si pensi a tutti i casi nei quali la separazione si impone a causa della scelta, da parte della persona fisica, di un rito speciale volto appunto all'accelerazione del procedimento penale nei suoi confronti e alla sua definizione in tempi più brevi di quelli che il rito ordinario normalmente richiede. Nel contestuale procedimento riunito, pertanto, l'imputato nel reato presupposto non potrà mai essere sentito come testimone.

4.2 La posizione del rappresentante legale dell'ente (la *vexata quaestio* del diritto al silenzio del soggetto collettivo)

L'articolo 44 del decreto sancisce l'incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale dell'ente, individuato nella dichiarazione di costituzione di cui all'articolo 39 del decreto, che fosse tale anche all'epoca della commissione del reato. Si è sostenuto in dottrina che la *ratio* che ispira la disposizione è duplice. Da un lato, vi sarebbe la necessità di evitare che il rappresentante legale che era tale anche al momento della commissione del fatto di reato possa essere sottoposto a un obbligo di verità in relazione a fatti dai quali potrebbero emergere profili di responsabilità a suo carico. Non sfugge, infatti, come colui che rappresentava l'ente al *tempus commissi delicti* possa aver causato o contribuito a causare il *deficit* organizzativo che ha occasionato l'illecito⁵⁴. Dall'altro si sarebbe voluto evitare che fosse chiamato a testimoniare un soggetto non terzo rispetto alla vicenda processuale, in potenziale conflitto di interessi con la persona fisica e quindi plausibilmente indotto a tentare di scagionare se stesso e l'ente, addossando ogni responsabilità all'individuo accusato della commissione del reato⁵⁵. Quest'ultima ricostruzione si espone, tuttavia, a una ineluttabile critica: suo corollario sarebbe l'estensione dell'incompatibilità a testimoniare a ciascun rappresentante legale dell'ente, e non soltanto a quello che aveva già tale incarico quando fu commesso il fatto⁵⁶. Al contrario, è solo per quest'ultimo che il legislatore sancisce l'"incapacità" di ricoprire l'ufficio di testimone.

Si potrebbe, in ultima analisi, sostenere che la causa dell'incompatibilità risieda anche nella volontà legislativa di tutelare non solo la persona fisica, ma anche l'ente da un rischio di autoincriminazione⁵⁷. Questa lettura potrebbe essere avallata dall'assoggettamento all'obbligo di verità del rappresentante legale cessato dall'incarico⁵⁸. Costui, infatti, è sottoposto all'obbligo testimoniale pur in presenza di un rischio di *self-incrimination*. Seguendo un ragionamento *a contrario*, allora, potrebbe sostenersi che lo scopo sotteso alla previsione di incompatibilità di cui alla lettera b) dell'articolo 44 del decreto sia non tanto la tutela della persona fisica (la cui compressione non si spiegherebbe alla luce della mera cessazione dell'incarico), quanto quella dell'ente e del suo diritto di difesa. In senso contrario, tuttavia, deve osservarsi che, se così fosse, l'incompatibilità sarebbe certamente estesa anche al nuovo rappresentante legale.

Ciò che emerge da questo farraginoso quadro, dunque, non è l'intento di tutelare l'ente da un rischio di *se detegere*, quanto piuttosto una malcelata anomalia, derivante da una tecnica legislativa affatto chiara, in sé non sufficiente a suffragare la tesi di una spinta garantistica del legislatore. Pertanto, il reale (e solo) obiettivo sotteso alla norma pare essere quello di scongiurare il rischio di *self-*

⁵⁴ Un obbligo di testimoniare potrebbe rivelarsi particolarmente rischioso per il soggetto laddove, ad esempio, il reato presupposto abbia natura omissiva. Si pensi alla violazione della normativa in materia di sicurezza sul lavoro, di cui all'art. 25-septies d.lg. 231/2001.

⁵⁵ A. BASSI, *Il giudizio ordinario*, cit., 650.

⁵⁶ In senso critico, vedi, infatti, L. TRICOMI, *Violazioni amministrative: il giudice fa il pieno*, in Guida al diritto, 2001, 26, 86.

⁵⁷ Così si legge nella Relazione ministeriale al decreto, p. 31

⁵⁸ Vedi *infra*, Cap. 3, par. 3.3.

incrimination da parte di un soggetto che rappresentava l'ente in un momento in cui al suo interno si consumava un fatto di reato.

Il dibattito sviluppatosi intorno all'articolo 44 del decreto ha fatto emergere, fin da subito, le perplessità generate dalla norma laddove essa consente di trarre la conclusione dell'obbligo testimoniale dell'attuale rappresentante legale dell'ente che non fosse tale anche al *tempus commissi delicti*. Sul punto la Relazione al decreto non è univoca: da un lato registra le difficoltà connesse al fatto di considerare il rappresentante legale alla stregua di un testimone, visto che la sua posizione è più simile a quella dell'imputato; dall'altro evidenzia che la parificazione all'imputato, di cui all'articolo 35 del decreto, viene effettuata con riguardo all'ente, non al legale rappresentante, per il quale è previsto un regime peculiare che non lo esclude dalle garanzie che cautelano l'imputato ma che lo assimila in certi casi al testimone⁵⁹. Al contempo però egli può essere sottoposto a interrogatorio per conto dell'ente⁶⁰. La Relazione pare attestare quindi l'esistenza di un doppio schema che vede il legale rappresentante come testimone o come imputato a seconda dei casi, ma non precisa che cosa faccia scattare l'una o l'altra qualifica.

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

Questo aspetto ha da sempre rappresentato uno dei punti nevralgici dell'elaborazione dottrinale sul microsistema processuale degli enti in quanto la norma in discorso, mettendo in discussione uno dei "dogmi" del processo penale contemporaneo, si espone a costanti crisi di rigetto⁶¹.

Non sono mancate interpretazioni che, più o meno mutilando l'originaria gittata della norma, hanno tentato di riportare le criticate scelte legislative entro i confini fisiologici del processo penale e dei suoi principi. Si sono prospettate soluzioni *tranchant*, come quella di chi ha sostenuto che l'articolo 44 del decreto «è una norma inutile, anzi nociva, perché, senza dire nulla di originale, lascia falsamente supporre un obbligo testimoniale del rappresentante privo di tale qualifica al momento della commissione del reato»⁶². Tale soluzione, che si sostanzia in un'interpretazione abrogatrice della norma, incontra tuttavia l'ostacolo insormontabile dell'argomento letterale⁶³, in quanto l'articolo 44, oltre ad essere inequivoco nel non ricomprendere il nuovo rappresentante legale fra i soggetti incompatibili ad assumere l'ufficio testimoniale, pare confermare questa soluzione nell'ultimo comma, che, indicando le modalità di audizione dei rappresentanti incompatibili, lascia intendere che esiste una cerchia di rappresentanti che tali non sono.

A ben vedere, la norma non si presta ad essere costretta in percorsi logici troppo rigidi: ogni soluzione perentoria, che si sostanzia nel riconoscimento della sua incapacità a produrre effetti o nella totale adesione al testo normativo, presta il fianco a critiche di varia natura. Nel primo caso si avrebbe un'esegesi contraria al tenore della disposizione, nel secondo profili di incostituzionalità piuttosto evidenti. Alla luce di questo dato, si sono prospettate soluzioni per così dire intermedie, come quella di distinguere la posizione del nuovo rappresentante che debba essere interrogato su fatti appresi dopo l'assunzione dell'incarico da quella dello stesso soggetto che però debba essere sentito su fatti

⁵⁹ Relazione al decreto, p. 30.

⁶⁰ Relazione al decreto, p. 35.

⁶¹ Ne è prova, ad esempio, un'ordinanza del Tribunale di Verbania del 2012 in cui il giudice, nel ritenere manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 44 del decreto, dà un'interpretazione adeguatrice della norma. Nell'ordinanza si legge che in forza della parificazione dell'ente all'imputato di cui all'art. 35 del decreto e del principio costituzionale del diritto di difesa, un'esegesi sistematica e costituzionalmente orientata dell'art. 44 del decreto porta a ritenere che il rappresentante dell'ente che non fosse tale anche al momento della commissione del reato debba essere sentito ai sensi dell'art. 210 c.p.p.

⁶² P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti*, cit., 238.

⁶³ A. BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in AA. VV., *Il processo penale delle società*, a cura di Bernasconi, Giuffrè, 2006, 100.

conosciuti prima di tale momento. Solo nella prima ipotesi opererebbe la prerogativa del diritto al silenzio, in virtù dell'estensione di cui all'articolo 35 del decreto⁶⁴. L'asimmetria è spiegata nei termini che seguono: colui che fosse già a conoscenza di fatti rilevanti prima di assumere l'incarico sarebbe comunque un possibile testimone a prescindere dalla successiva investitura, alla quale l'ente ha proceduto pur sapendo che costui avrebbe potuto, in futuro, rilasciare dichiarazioni a suo carico. Nell'altro caso, invece, l'ente ha nominato il rappresentante non prospettandosi questa eventualità, pertanto la sua posizione andrebbe tutelata.

A parte la difficoltà di sapere con certezza quando un soggetto sia venuto a conoscenza di un fatto, cosa tutta interna alla sua psiche o comunque difficilmente valutabile esternamente salvo casi eccezionali, questa ricostruzione è solo parzialmente risolutiva del problema del diritto al silenzio, comunque negato in alcuni casi sulla base della constatazione, non condivisibile, per cui, stante la nomina di un nuovo rappresentante legale, sarebbe attribuibile all'ente stesso la scelta di una riduzione dei suoi spazi difensivi. Basta pensare, tuttavia, al caso in cui il rappresentante legale dell'ente sia indagato o imputato del reato presupposto per comprendere come queste conclusioni non siano sempre calzanti. In un caso del genere, infatti, l'ente sarebbe costretto a nominare un nuovo rappresentante laddove volesse partecipare al procedimento, ai sensi dell'articolo 39 del decreto. La sua decisione non sarebbe liberamente assunta perché esso si troverebbe dinanzi a due possibili alternative: costituirsi ma vedere negato il proprio diritto al silenzio ovvero non farlo e vedere compressi i propri spazi operativi nell'ambito del procedimento penale.

Non è necessario soffermarsi su tutte le teorie che gli interpreti e gli studiosi del processo penale hanno avanzato per ricomporre le tensioni tra l'articolo 44 e i precetti costituzionali. Basta dire, in questa sede, che lo sforzo interpretativo è stato notevole, e talvolta molto creativo.

Nel contesto delle variegata e talora complesse soluzioni esegetiche proposte, non manca chi riconosce alla norma un diritto d'asilo nel nostro ordinamento e ipotizza, sulla falsariga della stessa Relazione al decreto, una duplicità di ruoli in capo al rappresentante legale. Egli sarebbe, a seconda dei casi, ora testimone ora imputato. Il criterio distintivo proposto fa leva sulla natura dell'atto da compiere. Così, il rappresentante mantiene lo *status* di imputato quando si tratti di esercitare diritti difensivi (si pensi al rilascio di dichiarazioni spontanee), ma assume l'ufficio testimoniale in tutti gli altri casi, con conseguente rischio di autoincriminazione per l'ente⁶⁵. Questa soluzione suona come una chiara rinuncia a comporre quel possibile conflitto con i principi costituzionali radicato nella disposizione, rinuncia che viene motivata col «prosciugamento delle fonti di conoscenza»⁶⁶ che si sarebbe determinato laddove al rappresentante legale fosse stato riconosciuto il diritto di tacere⁶⁷. Non vi è dubbio sul fatto che questa sia stata la *ratio* genitrice della norma, ma ciò non mette a tacere tutte le censure che ad essa si sono mosse nel corso degli anni. La dicotomia di ruoli in capo al legale rappresentante solo apparentemente tutela il diritto di difesa dell'ente, in quanto i contributi assunti quando egli veste il ruolo di testimone sono destinati a prevalere su qualunque atto difensivo possa compiere. E ciò per il semplice fatto che sull'atto testimoniale incombe sempre l'obbligo, penalmente sanzionato, di dire la verità. In questo modo il terreno del diritto di difesa è assoggettato a continue incursioni e ne esce irrimediabilmente vulnerato.

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

⁶⁴ C. SANTORIELLO, *La prova testimoniale*, cit., 91.

⁶⁵ G. FIDELBO, *Testimonianza*, cit., 500.

⁶⁶ G. FIDELBO, *Testimonianza*, cit., 498.

⁶⁷ All'ente sarebbe bastato nominare legale rappresentante il soggetto detentore di informazioni rilevanti per sottrarre il suo contributo conoscitivo alle autorità precedenti.

Il punto di partenza non può che essere costituito, come sempre quando si tratta di diritti fondamentali, dalla Carta Costituzionale. Essa ha rappresentato, anche in questo campo, un punto di svolta, favorendo la nascita di un modo diverso di concepire il processo penale: non più ricerca convulsa di una verità storica che si pretende sempre ricostruibile, ma luogo nel quale le regole dell'accertamento costituiscono «condizione di validità della conoscenza medesima»⁶⁸. In un contesto così profondamente rinnovato il riconoscimento dell'invulnerabilità della difesa (art. 24 Cost.) da un lato, la presunzione d'innocenza (art. 27 comma 2 Cost.) dall'altro spostano il fulcro del processo penale dalle necessità dell'accertamento e della repressione degli illeciti a quelle di tutela del soggetto ad esso sottoposto. Le logiche del sistema accusatorio, accolte dal nuovo codice di rito del 1988, hanno poi definitivamente suggellato l'approdo alla nuova concezione "garantista" del processo⁶⁹, permettendo il consolidamento dell'idea per cui nessun obbligo di collaborazione con la giustizia può essere imposto al soggetto accusato della commissione di un reato.

Ben si comprende, allora, come il diritto al silenzio dell'imputato sia non solo una conseguenza del fatto di riconoscere che chiedere a qualcuno di *se detegere* è contro la sua stessa natura, ma assurga a regola elementare dell'accertamento, irrinunciabile nel processo penale⁷⁰. La sua funzione epistemologica, cioè, precede quella garantistica.

Il diritto al silenzio promana direttamente da alcuni principi fondamentali sanciti dalla Costituzione⁷¹. Benché essa non lo menzioni mai espressamente, ormai da tempo la dottrina lo ricollega alle garanzie derivanti, *in primis*, dall'articolo 24 Cost., che sancisce l'invulnerabilità diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento. L'aggancio costituzionale comporta l'effetto di impedire una compressione del diritto in parola ad opera della legge ordinaria. Semmai, questa potrà derivare dal bilanciamento con altre norme di fonte superprimaria. È lo stesso testo costituzionale, tuttavia, a dare un monito all'interprete: l'indicazione deriva dalle modalità con cui il legislatore costituente traspone il diritto di difesa nella norma, e cioè da quell'aggettivo («invulnerabile») chiamato a specificarne la portata.

All'interno della stessa Costituzione è possibile ricavare una sorta di gerarchia di valori nell'ambito della quale si suole individuare un «nucleo fondamentale non derogabile da altre norme della Costituzione»⁷². In questo nucleo di norme "essenziali" rientra a pieno titolo il diritto di difesa, così

⁶⁸ V. PATANE', *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Premessa, Giappichelli, 2006.

⁶⁹ La Corte di Cassazione, sul punto, sottolinea che «l'imputato, [...], anche se è il depositario della verità, non è tenuto a dichiararla. La reticenza o la menzogna dell'imputato non sono, nell'ordinamento vigente, suscettibili di effetti pregiudizievoli. Ed è questa una scelta di rilievo sistematico-storico-politico che dà l'avvio ad una visione del processo quale strumento di difesa delle libertà». Cass. Sez. I, Pravatà e altri, 24 novembre 1986.

⁷⁰ G. ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in Pol. e dir., 1999, 305. Per l'Autore «il diritto al silenzio di chi è chiamato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale è sicuramente un principio informatore del processo penale, che trova riscontro nel diritto dell'interessato di essere avvertito della facoltà di non rispondere e nella inutilizzabilità come prova delle dichiarazioni rese prima dell'avvertimento».

⁷¹ Ancorché la Costituzione Repubblicana non menzioni espressamente il diritto al silenzio, è pacifico che esso promani direttamente da alcuni fondamentali principi in essa sanciti e, in particolare, dall'invulnerabilità della difesa (in tal senso, V. GREVI, *Diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1998, 1131; L. PALADIN, *Autoincriminazione e diritto di difesa*, in Giur. cost., 1965, 312; V. PATANE', *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, 2006, 86), dalla presunzione di innocenza (sul punto, v. V. PATANE', *Il diritto al silenzio*, cit., 107; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, 2004, 48. Per l'Autore, non avrebbe senso esigere il contributo conoscitivo di una persona che si presume innocente; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, 1979, 191) e dalla libertà morale (in questo senso, V. PATANE', *Il diritto al silenzio*, cit., 101; M. L. DI BITONTO, *Le dichiarazioni dell'imputato*, in Giur. it., 2017, 2001 ss.; E. AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1974, 411; ritiene che la condizione di limitazione della libertà personale sia semplice presupposto della tutela approntata dalla disposizione, riferibile anzitutto alla libertà morale, G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale (contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in AA. VV., *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, UTET, 1960, 1641).

⁷² A. CERRI, *Appunti sul concorso conflittuale di diverse norme della Costituzione*, in Giur. Cost. 1976, 279. Vedi anche G. F. MANCINI, *Commento all'art. 4*, in AA. VV., *Commentario alla Costituzione- Principi fondamentali*, a cura di Branca, Zanichelli, 1975, 276.

come ogni altro diritto cui la Carta Costituzionale accordi la prerogativa dell'inviolabilità, con l'effetto di "rendere incomprimibile tutt'intera la disciplina che li concerne"⁷³.

Ciò significa che il diritto di difesa, e con esso il diritto al silenzio, è destinato a prevalere anche a fronte di un bilanciamento con altri principi o garanzie, comunque sanciti dalla Costituzione, che tuttavia non assurgano al rango "supercostituzionale".

Non resta che chiedersi, dunque, se vi siano delle ipotesi in cui la limitazione del diritto al silenzio è conforme a Costituzione e, quindi, se il soddisfacimento delle esigenze connesse all'accertamento degli illeciti possa giustificare una compressione del diritto di difesa.

Negli anni '70 un'autorevole dottrina⁷⁴ sostenne che, già dal 1969⁷⁵, al quesito se i diritti del soggetto sottoposto al procedimento penale cedessero dinanzi ai doveri connessi all'accertamento si dovesse dare risposta negativa. Ciò si evinceva - e si evince ancora oggi - da diversi indici: non solo dalla finalità della novella del 1969, che, riconoscendo al soggetto sottoposto all'interrogatorio il diritto di essere informato della facoltà di tacere, metteva in luce la funzione difensiva dell'atto; ma soprattutto dalla nostra Carta Costituzionale, i cui precetti, che hanno faticato in passato ad essere accolti nella loro massima potenza espressiva a causa dei reflussi illiberali che ne disturbavano l'ascesa, trovano oggi terreno più fertile al garantismo.

Una conferma di quanto qui si sostiene è offerta dalla stessa Corte Costituzionale in una importante pronuncia del 1998⁷⁶ nella quale si afferma che la compressione del diritto al silenzio rispetta i parametri costituzionali solo laddove non si sostanzia in una lesione del diritto di difesa, ossia solo laddove lo stesso *ius tacendi* sia positivamente garantito in maniera eccedente rispetto ai livelli necessari e sufficienti alla tutela del soggetto contro l'autoincriminazione. Al di fuori di questi casi, però, la funzione del processo penale «non può essere utilizzata per attenuare la tutela - piena e incoercibile - del diritto di difesa, coesistente allo stesso processo. Sono invece censurabili, sotto il profilo della ragionevolezza, soluzioni normative che, non necessarie per realizzare le garanzie della difesa, pregiudichino la funzione del processo».

Poste tali premesse, risulta evidente come interpretare l'articolo 44 del decreto alla stregua di una previsione effettivamente idonea a sottoporre l'imputato al rischio di autoincriminazione significhi esporre la norma a probabili censure di incostituzionalità.

Non resta, quindi, che tentare un percorso esegetico che consenta, da un lato, di riportare la disposizione entro i limiti di una compressione non irragionevole del diritto al silenzio e, dall'altro, di non frustrare la *littera legis* con interpretazioni che hanno come risultato la sostanziale abrogazione del precetto normativo. In dottrina si è proposto di bilanciare queste due contrapposte esigenze tramite il ricorso all'articolo 198 comma 2 c.p.p., che riconosce anche al testimone il diritto di tacere quando si debba scongiurare una sua autoincriminazione e che sarebbe compatibile, ai sensi dell'articolo 34 del decreto, con il procedimento a carico degli enti. All'interno di quest'ultimo la norma opererebbe su un duplice piano, ossia non solo per la tutela della posizione del rappresentante legale ma anche per quella dell'ente. Vale a dire, cioè, che il primo, oltre ad avere il diritto di tacere sui fatti dai quali potrebbe emergere una propria responsabilità penale, conserverebbe tale prerogativa anche sui fatti dai quali potrebbe emergere la responsabilità dell'ente⁷⁷. Questa soluzione si espone a qualche nota critica per il fatto che nel procedimento a carico del soggetto collettivo è probabile che alla norma si faccia

⁷³ A. CERRI, *Appunti sul concorso conflittuale di diverse norme della Costituzione*, in Giur. Cost. 1976, 279.

⁷⁴ V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972, 68, Per l'Autore l'obiettivo del legislatore del 1969 era quello di «subordinare il fine della ricerca della verità alle scelte autodifensive dell'imputato».

⁷⁵ Si tratta dell'anno in cui per la prima volta si sancì che l'imputato fosse preavvisato del diritto di rimanere in silenzio.

⁷⁶ Corte Cost. 2 novembre 1998, n. 361.

⁷⁷ M. L. DI BITONTO, *Studio*, cit., 83. La stessa soluzione è paventata da SCALFATI, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, CEDAM, 2002, 353.

ricorso ogni qual volta debba essere sentito il rappresentante legale, visto che è verosimilmente prevedibile che egli sia a conoscenza di fatti potenzialmente incriminatori per l'ente. Si rischia, cioè, di trasformare l'articolo 198 comma 2 c.p.p. in una norma dall'applicazione generalizzata nel procedimento *de societate*, quando invece essa è stata pensata, in quello tradizionale, per essere applicata in casi del tutto marginali rispetto al consueto svolgimento del processo penale.

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

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

Nonostante le perplessità manifestate dalla dottrina sopra richiamata, la scelta normativa di limitare l'operatività dello *ius tacendi* in relazione ai soggetti collettivi è parsa a molti, e *in primis* al legislatore, meno criticabile se raffrontata alle soluzioni praticate da altri Paesi europei. Come sottolineato dalla Relazione ministeriale al decreto⁷⁸ e dagli studiosi maggiormente sensibili alla dimensione comparatistica⁷⁹, anche in Francia una norma non dissimile dall'articolo 44 del decreto avrebbe creato non pochi imbarazzi tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Il riferimento è all'articolo 706-44 *code de procédure pénale*, il quale prevede che il rappresentante legale dell'ente non possa essere destinatario di misure restrittive della libertà personale diverse da quelle applicabili al testimone. Se ne trarrebbe, *a contrario*, l'assoggettabilità del rappresentante alla disciplina testimoniale nella sua interezza, obbligo di verità compreso.

In buona sostanza, anche oltralpe la scelta normativa sarebbe stata quella di sacrificare le capacità difensive dell'ente al fine di non disperdere importanti fonti di conoscenza e di realizzare, in tal modo, l'apprezzabile obiettivo dell'efficienza del processo penale. Una più attenta analisi del sistema di responsabilità degli enti attualmente vigente in quell'ordinamento, nonché della dottrina e della giurisprudenza francesi, tuttavia, rivela uno scenario del tutto diverso.

Il sistema delle fonti delineato dal legislatore francese gravita intorno all'articolo 706-41 *code de procédure pénale*, che prevede che al procedimento penale a carico dell'ente si applichino le disposizioni previste dal codice di rito in quanto non derogate da quelle specificamente dettate. La norma riecheggia la scelta sistematica operata dal legislatore italiano, il quale, tuttavia, dedica al procedimento *de societate* un apparato normativo molto più nutrito: se si escludono alcune disposizioni scondarie disseminate in vari punti nel codice di rito, infatti, sono soltanto sei gli articoli appositamente introdotti al fine di scandire il procedimento penale a carico della *personne morale* (art. 706-41 ss. *code de procédure pénale*). Anche l'interprete francese, se vogliamo ancor più di quello italiano, è affidatario del complesso compito di individuare la disciplina applicabile al caso di specie ogniqualvolta a ciò non provveda già un'apposita norma, verificando la compatibilità della normativa codicistica con il procedimento *de societate*. Nell'espletamento di tale funzione, egli è coadiuvato dall'articolo 706-43 *code de procédure pénale*, a norma del quale l'azione penale è esercitata nei

⁷⁸ Relazione ministeriale al decreto, punto 15.2.

⁷⁹ Dà atto dell'esistenza nell'ordinamento francese di problematiche assimilabili a quelle generate dall'art. 44 del decreto anche M. CERESA-GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, in AA. VV., *Responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, a cura di Rossi, Vinciguerra, Ceresa-Gastaldo, Cedam, 2004, 122; nello stesso senso, G. FIDELBO, *La testimonianza*, cit., 490.

confronti dell'ente nella persona del suo rappresentante legale. Costui, inoltre, rappresenta la *personne morale* in tutti gli atti del procedimento. Tale disposizione, letta insieme con quella di cui all'articolo 706-41, consente di individuare nella persona del rappresentante il "fisiologico" destinatario di tutta una serie di disposizioni riguardanti l'imputato e, di conseguenza, di ritenere tali disposizioni certamente applicabili al procedimento penale *de societate*.

5.1 Il diritto al silenzio nell'ordinamento francese: portata e fondamento

Come affermato sarcasticamente da una studiosa francese, il diritto al silenzio è «silenzioso»⁸⁰. Nonostante sia considerato immanente al processo penale, anche alla luce delle svariate disposizioni codicistiche che ne assicurano l'operatività, né la Costituzione francese né nell'articolo preliminare del codice di rito - che enumera i principi fondamentali della procedura penale - sanciscono espressamente che *nemo tenetur se detegere*.

A dispetto di ciò, la dottrina si è a lungo interrogata sul fondamento costituzionale di tale garanzia difensiva. In assenza di riferimenti normativi espressi, gran parte degli interpreti riconosce l'intimo legame tra il diritto al silenzio e il diritto di difesa⁸¹, anche quest'ultimo non espressamente sancito dalla Costituzione e dalla Dichiarazione del 1789 e tuttavia riconosciuto dalla Corte Costituzionale come principio fondamentale della Repubblica, avente valore costituzionale⁸². La categoria dei diritti della difesa è stata, infatti, ricostruita dalla dottrina alla stregua di una categoria aperta, che si adatta incessantemente alle evoluzioni del processo penale e delle garanzie da riconoscere all'imputato, tra le quali, in primo luogo, il diritto di non autoincriminarsi e, quindi, di tacere⁸³.

Solo nel 2004, peraltro, la Corte Costituzionale ha riconosciuto la diretta derivazione del diritto al silenzio dalla presunzione d'innocenza, sancita all'articolo 9 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789⁸⁴, i cui principi sono solennemente riaffermati nel preambolo della Costituzione del 1958. In questo modo, il giudice delle leggi ha finalmente conferito massima dignità a un principio che era già operante a livello interno, ma per lo più grazie agli impulsi della normativa sovranazionale. Avendo i trattati ratificati dalla Francia un valore superiore a quello della legge interna (art. 55 Cost.), infatti, anche, e soprattutto, il processo penale è stato fortemente influenzato dalle norme in essi contenute⁸⁵.

Il percorso che ha condotto al riconoscimento del rango costituzionale del diritto al silenzio è stato faticoso e, secondo taluni, non può dirsi compiuto⁸⁶. A livello pratico, soprattutto, pare che gli insegnamenti della Corte Costituzionale non valgano al sistema francese una maggiore fedeltà al principio e al suo spirito. Al di là dei riconoscimenti formali, infatti, permangono, tanto a livello normativo che giurisprudenziale, alcune perplessità sull'operatività e sull'estensione del della prerogativa in questione. Lo dimostrano, ad esempio, le vicende relative alla cd. *garde à vue*, istituto che consente agli organi di polizia di mantenere il controllo a vista su un soggetto sospettato di aver commesso un crimine o un delitto punibile con la reclusione (art. 62-2 *code de procédure pénale*) e finalizzato, fra l'altro, ad assicurarne la presenza laddove essa sia necessaria. Per un complesso avvicendamento normativo, l'obbligo, per l'autorità giudiziaria, di informare il *gardé à vue* che si

⁸⁰ P. VOLO, *Le silencieux droit au silence*, in *Les petites affiches*, 19 luglio 1993, 17.

⁸¹ Fra gli altri, F. DESPORTES e L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2015, 391; B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 2015, 31 ss.; LEBLOIS-HAPPE, *Le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation*, in *Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice*, Cujas, 2011, 599.

⁸² Cons. Cost. 2 dicembre 1976, n. 76-70.

⁸³ F. DESPORTES e L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, cit., 353 ss.

⁸⁴ Cons. Cost., 2 marzo 2004, n. 2004-492.

⁸⁵ B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 2015, 41.

⁸⁶ P. LEGROS, in AA. VV., *Le droit au silence et la détention provisoire, Actes de la journée d'études du 18 septembre 1996, organisée par les Instituts des droits de l'homme des barreaux de Paris et de Bruxelles*, Bruylant, 1997, 17.

voglia sottoporre ad audizione del suo diritto di tacere, istituito nel 2002, è stato dapprima soppresso nel 2003, e poi reintrodotta soltanto nel 2011 a seguito di una condanna da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁸⁷. Per otto anni, pertanto, si è protratta inalterata una situazione di sostanziale mortificazione del diritto al silenzio, vulnerato dall'assenza di un obbligo di informazione in capo all'autorità procedente. Esempio ancor più lampante di una non completa "assimilazione" del *nemo tenetur* e di ogni suo corollario, ad ogni modo, può rinvenirsi nell'assenza, nella normativa francese, di una norma assimilabile all'articolo 198, comma 2 del codice di rito italiano. In buona sostanza, il testimone sottoposto ad audizione ha l'obbligo di dire la verità anche al costo di autoincriminarsi. Dal quadro appena descritto è possibile trarre due conclusioni: nell'ordinamento francese il diritto al silenzio sembra avere estensione minore che in quello italiano, essendo la sua operatività limitata al solo imputato. Inoltre, il riconoscimento della sua matrice costituzionale è stato più lento e per lo più necessitato dagli sviluppi della giurisprudenza europea e dall'esigenza di dare attuazione alle convenzioni internazionali da tempo ratificate⁸⁸.

5.2 Il diritto al silenzio dell'ente nell'ordinamento francese: il punto di vista della dottrina

Nonostante i ritardi e i tentennamenti che nel sistema francese ancora oggi accompagnano l'affermazione del diritto al silenzio come irrinunciabile caposaldo del processo penale, il suo riconoscimento al soggetto collettivo è stato pressoché incontrovertito, contrariamente a quanto si potrebbe essere indotti a ritenere in forza di un'esegesi letterale del dettato legislativo.

Il codice di rito francese contiene una serie di disposizioni che, in relazione alle diverse fasi del procedimento penale, sanciscono il diritto al silenzio del soggetto accusato del reato nonché l'obbligo, per l'autorità giudiziaria procedente, di informare costui di tale prerogativa laddove si proceda alla sua audizione (si vedano, ad esempio, gli articoli 406 e 116 *code de procédure pénale*, relativi, rispettivamente, alla fase dibattimentale e a quella istruttoria). Proprio dell'applicazione di tali disposizioni nel procedimento a carico della *personne morale* farebbe dubitare l'articolo 706-44 *code de procédure pénale* che, prevedendo che il rappresentante legale dell'ente possa essere destinatario delle misure restrittive della libertà personale applicabili al testimone, sembrerebbe militare nel senso della applicabilità allo stesso dell'intera disciplina relativa all'ufficio testimoniale. In effetti, è difficile immaginare la logica sottesa a un'operatività soltanto parziale del complesso degli obblighi riferibili a un determinato *status*. Se il rappresentante dell'ente può subire un accompagnamento coattivo in udienza, pare scontato dedurre che sia anche portatore di un obbligo di verità penalmente presidiato. La norma, dunque, si porrebbe come derogatoria e prevalente, secondo il meccanismo rinvenibile nell'articolo 706-41, rispetto alle disposizioni codicistiche in materia.

Questa conclusione sarebbe suggerita da una lettura *a contrario* della norma: l'assimilazione del rappresentante al testimone non è esplicita, ma l'interprete è posto dinanzi a un percorso interpretativo il cui esito pare obbligato. In questo senso, può dirsi che la norma francese è una non troppo lontana antenata di quella italiana: il loro meccanismo operativo pare decisamente simile e tradisce un certo riserbo riconducibile alla consapevolezza di un'operazione normativa non propriamente conforme ai principi che ispirano il processo penale.

Se l'intenzione del legislatore francese fosse effettivamente quella di negare all'ente il diritto al silenzio è difficile a dirsi. Ciò che è certo, invece, è che non è stata questa la conclusione della dottrina e della giurisprudenza le quali, attraverso un'analisi sistematica della norma e del suo spirito, hanno aperto la strada a scenari interpretativi addirittura opposti rispetto a quelli desumibili a prima lettura.

⁸⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 14 ottobre 2010, n. 1466/2007, Brusco c. Francia.

⁸⁸ J. LEBLOIS-HAPPE, *Le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation*, cit., 597.

Già nei primi anni di vigenza della nuova normativa, alcune voci della dottrina si sono poste in termini critici rispetto all'assimilazione del rappresentante dell'ente al testimone, prospettando una lettura correttiva secondo la quale l'attribuzione di tale *status* sarebbe stata da escludere quanto meno con riferimento al rappresentante già in funzione all'epoca di commissione del fatto, probabilmente al corrente delle dinamiche che portarono alla commissione del reato e, quindi, di elementi suscettibili di incriminare l'ente e se stesso⁸⁹.

Non solo questo è ancora oggi l'orientamento interpretativo assolutamente dominante, ma esso si è sostanzialmente esteso a qualunque rappresentante legale dell'ente, a prescindere dal fatto che fosse o meno tale al momento della commissione del reato. Si è così precisato che nonostante il rappresentante detenga, con ogni probabilità, informazioni pertinenti al reato, la sua audizione potrà avere luogo solo escludendo l'obbligo di giuramento a suo carico, in modo tale da non vulnerare il diritto di difesa del soggetto che egli impersona. Il rappresentante legale della *personne morale* indiziata della commissione di un reato potrà sì divenire testimone, ma con lo statuto proprio del *témoin assisté*⁹⁰, in capo al quale non sussiste l'obbligo di verità. La denominazione di semplice "testimone" che la legge gli assegna è, pertanto, inappropriata⁹¹.

Neppure nel caso in cui il soggetto collettivo non sia ancora coinvolto direttamente nel procedimento, e quindi non sia ancora *mis en examen*⁹² o *témoin assisté*, potrebbe concludersi per l'assimilazione del suo rappresentante al mero testimone. Ciò, infatti, presenterebbe la controindicazione di porre il rappresentante nella condizione di dover accusare l'ente di appartenenza e, così, aprire la strada a una sua successiva *mise en examen*. Anche in questo caso, l'unica soluzione non lesiva del diritto di difesa della *personne morale* è parsa quella di escludere la prestazione del giuramento da parte del rappresentante⁹³.

Il percorso esegetico che ha condotto ai risultati appena esposti si è sviluppato a partire dall'analisi della *ratio* della regola sancita dall'articolo 706-44, per osservare come effettiva finalità della disposizione non fosse quella di imporre obblighi testimoniali in capo all'imputato, quanto piuttosto di scongiurare ogni ambiguità e porre il rappresentante legale al riparo da misure restrittive della libertà personale, azionabili nei confronti del soggetto sottoposto ad accertamento e non anche di colui che lo rappresenta in sede processuale⁹⁴. Il rappresentante, infatti, partecipa al procedimento solo «*ès qualités*»⁹⁵, ossia in virtù della sua qualità di portavoce delle determinazioni e delle posizioni dell'ente e a prescindere dall'esistenza di qualsivoglia coinvolgimento personale nel reato. Per questo motivo, deve essere tenuto immune dalle misure restrittive normalmente applicabili all'imputato, nonostante sia il sostanziale depositario delle prerogative difensive di quest'ultimo in sede processuale. Questa immunità di principio, poi, viene meno nel caso in cui egli sia a sua volta sospettato del reato nonché laddove si sia disposto il suo accompagnamento coattivo in udienza. Da ciò solo, però, non si trae una totale assimilazione alla figura del testimone. Pur obbligato a comparire dinanzi al giudice, il

⁸⁹ B. BOULOC, *La représentation de la personne morale poursuivie: une loi à refaire*, in *Recueil Dalloz*, 1998, 296.

⁹⁰ Simile, ma non in tutto sovrapponibile al nostro testimone assistito, si tratta del soggetto a carico del quale esistono indizi che rendono verosimile una sua partecipazione nel reato, in qualità di autore o complice, ma non sussistono le condizioni per una *mise en examen* (indizi gravi e concordanti), che giustificerebbe il pieno accesso ai diritti della difesa. La *mise en examen*, infatti, è l'atto col quale, ai sensi dell'articolo 80-1 *code de procédure pénale*, il giudice indirizza le accuse verso una persona determinata.

⁹¹ J. H. ROBERT, *La représentation devant les juridictions pénales des personnes morales poursuivies ou le syndrome de Pyrrhon*, in AA. VV., *Apprendre à douter, Questions de droit, questions sur le droit, Etudes offertes à Claude Lombois*, Presses Universitaires Limoges, 2004, 542.

⁹² Vedi nota 94.

⁹³ F. DESPORTES e F. LE GUNEHÉC, *Art. 706-41 à 706-46: Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, in *JCP*, 1995, agg. 2017, par. 67.

⁹⁴ MATSOPOULOU H., *Responsabilité pénale des personnes morales*, in *Répertoire de droit des sociétés*, 2002, par. 67; DESPORTES e LE GUNEHÉC, *Art. 706-41 à 706-46*, cit., par. 46.

⁹⁵ Y. BUFFELAN-LANORE, *La procédure applicable aux infractions commises par les personnes morales*, in *Revue des sociétés*, Dalloz, 1993, p. 315.

rappresentante conserva il diritto di tacere in nome dell'ente in ossequio al diritto di difesa della persona che egli rappresenta⁹⁶.

In definitiva, il richiamo incerto e comunque parziale alla disciplina della testimonianza è stato reputato inidoneo a giustificare un'interpretazione compressiva del diritto al silenzio del soggetto collettivo. Dal momento che si discorre di un principio basilare del processo penale, è corretto ritenere che, al netto delle valutazioni circa la costituzionalità di una simile soluzione, una sua limitazione debba, quanto meno, derivare da un'espressa *voluntas legis*⁹⁷.

5.3 (segue) I più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità

Pur in assenza di pronunce che affrontino in maniera organica il tema del diritto al silenzio del soggetto collettivo, si è registrato, anche nella giurisprudenza francese più recente, un orientamento teso a riconoscere l'applicazione nei confronti della *personne morale* delle regole di volta in volta sancite dal codice di procedura penale a tutela delle persone fisiche.

Nel 2016, la *Cour de Cassation*⁹⁸ ha precisato che l'articolo 406 *code de procédure pénale*, che obbliga il giudice a informare l'imputato del suo diritto di tacere durante il dibattimento, trova applicazione anche nei confronti dell'ente. Nel procedimento era coinvolta una società condannata in appello per il delitto di lesioni colpose, comparsa nel corso del secondo grado di merito nella persona del suo legale rappresentante. Prima che si procedesse alla sua audizione, quest'ultimo non veniva informato del suo diritto di rimanere in silenzio per conto della società, in violazione di quanto sancito dall'articolo 406⁹⁹. Nell'accogliere il ricorso proposto dalla società, la Corte ha stabilito che non v'è motivo di mettere in atto una discriminazione tra l'ente e la persona fisica che neppure dalla norma è dato evincere, non operando essa alcuna distinzione tra i due.

Questi principi sono stati ribaditi, da ultimo, in una decisione del 2017¹⁰⁰, sempre della *Cour de Cassation*, avente ad oggetto l'articolo 116 *code de procédure pénale*. Al pari dell'articolo 406, questa norma prevede che l'autorità giudiziaria informi la persona sospettata della commissione di un reato del diritto di rimanere in silenzio, ma opera, questa volta, nella fase dell'interrogatorio di prima comparizione in vista della *mise en examen*. Analogamente al caso precedente, il motivo di doglianza concerneva l'omessa informazione del diritto di tacere al direttore di una società accusata di aver commesso una frode fiscale. La sentenza ha rigettato il ricorso sul punto, ma per il tramite di una motivazione da cui emerge un sostanziale allineamento al *dictum* della pronuncia del 2016, ossia precisando come il soggetto sottoposto all'audizione non rivestisse, in realtà, il ruolo di rappresentante legale della società, ma, semmai, quello di direttore. La circostanza che la *personne morale* si fosse dotata di più figure professionali per la gestione dell'impresa, infatti, non comportava che ciascuna di esse detenesse, per ciò solo, la qualità di rappresentante legale dell'ente, che sola avrebbe giustificato l'operatività delle garanzie poste a tutela del soggetto accusato.

Alla luce di quanto finora emerso, può osservarsi come la giurisprudenza – mostrando una perfetta adesione ai principi elaborati dalla dottrina – abbia avviato un processo di progressiva assimilazione della *personne morale* alla persona fisica. Non pare azzardato pronosticare che tale processo si compirà con il riconoscimento dell'operatività nei confronti della prima di tutte le norme che, disseminate nel codice di rito, assicurano che l'imputato sia informato del diritto di serbare il silenzio nei vari momenti della procedura.

⁹⁶ J. H. ROBERT, *La représentation*, cit., 542; F. DESPORTES e F. LE GUNEHÉC, *Art. 706-41 à 706-46*, cit., par. 67.

⁹⁷ Nel senso che un'interpretazione a contrario è troppo debole in questo campo, P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti*, cit., 237.

⁹⁸ Crim. 24 maggio 2016, n. 15-82.516, Bul. n. 156.

⁹⁹ Si precisa che l'operatività della norma è estesa, ai sensi dell'articolo 512 *code de procédure pénale*, al giudizio di appello.

¹⁰⁰ Crim. 7 febbraio 2017, n. 16-84.353, Bul. n. 34.

Pur in presenza di indicazioni normative di segno opposto, la giurisprudenza francese è orientata nel senso del riconoscimento della sostanziale parità delle posizioni – e, quindi, dei diritti – della persona fisica e dell'ente.

Tali conclusioni costituiscono in Francia acquisizione ormai ovvia e diffusa.

Se è vero che l'articolo 706-44 del codice di rito ha creato qualche imbarazzo in seno alla dottrina e alla giurisprudenza francesi, questo è stato circoscritto agli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del nuovo *code pénal*, per poi risolversi nel pieno riconoscimento dei diritti difensivi dell'ente.

La scelta del percorso interpretativo sopra tratteggiato trova la sua scaturigine in molteplici elementi, non semplici da indagare ma che sicuramente suggeriscono alcune interessanti riflessioni.

Non può sottacersi l'indubbio rilievo sistematico dell'articolo 706-43 *code de procédure pénale* il quale, nel sancire che il procedimento penale si svolge nei confronti del soggetto collettivo nella persona del suo legale rappresentante, delinea un sistema chiuso, nel quale la perfetta, o quasi perfetta, coincidenza tra l'ente e il soggetto che esterna le sue determinazioni si esprime plasticamente nella previsione per cui quest'ultimo rappresenta il primo in ogni atto della procedura. La disposizione compendia in sé un'ovvia presa d'atto: essendo l'ente privo di una capacità di interazione diretta con il mondo esterno, l'estrinsecazione della sua volontà non può che transitare per l'intermediazione di una persona fisica e, d'altro canto, tutta una serie di garanzie processuali preposte alla tutela dell'incolpato non possono trovare applicazione nei confronti di un ente se non le si accorda, anzitutto, al suo rappresentante. La presenza di una tale norma nell'ordinamento francese ha reso sostanzialmente superflua un'assimilazione *expressis verbis* del rappresentante legale all'imputato, tenuto conto che la particolare ampiezza della formula utilizzata pare scongiurare alla radice il rischio di una scissione tra i due. La sovrapposibilità, quanto meno da un punto di vista processuale, delle due figure, è così ovvia da non dover essere esplicitata né tanto meno ancorata ad alcuna clausola di compatibilità del tipo di quella prevista nell'ordinamento italiano. Sono, dunque, del tutto estranee all'ordinamento francese le ambiguità ingenerate dalla corrispondente disciplina italiana, la quale, nell'estendere all'ente le disposizioni processuali relative all'imputato solo in quanto compatibili, ha fatto addirittura interrogare alcuni interpreti circa il corretto impiego del termine "imputato" con riferimento a un soggetto collettivo. Ambiguità che, del resto, trovano precisa corrispondenza nella stessa Relazione ministeriale al decreto¹⁰¹, nella quale si legge che l'articolo 35 non assimila all'imputato l'ente, quanto piuttosto il suo rappresentante e che, per tale ragione, non esiste alcuna contraddizione tra la norma e l'assoggettamento del primo agli obblighi imposti al testimone. Tale modo di argomentare, però, non sposta i termini della questione: la legittimità di una certa normativa si misura con riguardo alla Carta Costituzionale, non alla sua coerenza rispetto ad altre norme di pari grado.

Nel sistema francese non v'è spazio per simili incertezze. La coincidenza tra rappresentato e rappresentante è, quanto ai diritti del primo, totale. Se è vero che il testo normativo è tale da legittimare perplessità non dissimili da quelle ravvisabili nella corrispondente normativa italiana, gli interpreti, in particolar modo i giudici, hanno ribadito la necessità di attenersi ai principi generali della procedura penale e al principio di uguaglianza, che certamente ha giocato un importante ruolo nella composizione della problematica. Si è visto, infatti, come le sentenze di legittimità esaminate abbiano valorizzato il dato dell'assenza di una qualunque disposizione normativa che introducesse, in materia, un *discrimen* tra persona fisica e *personne morale*, per poi trarne il divieto, per l'autorità giudiziaria, di operare disparità di trattamento tra le due. Come autorevolmente sostenuto nella comunità giuridica d'oltralpe, proprio la scelta di indirizzare il rimprovero penale nei confronti delle sole entità dotate di personalità giuridica, in virtù della loro quasi completa assimilabilità alle persone fisiche, implica la

¹⁰¹ Relazione ministeriale al decreto, punto 15.2.

necessaria operatività di tutti i principi generali della procedura a queste ultime riferiti¹⁰². Considerazione, questa, che sembra avvalorata dall'inequivocabile identificazione della natura penale della responsabilità degli enti nell'ordinamento francese, che ha avuto l'ulteriore conseguenza di rendere più agevole l'individuazione dei principi alla luce dei quali condurre quell'indispensabile vaglio di compatibilità che il sistema richiede al fine di individuare la disciplina applicabile quando non vi abbia già provveduto il legislatore.

Occorre solo precisare che la soluzione garantista cui la giurisprudenza e la dottrina francesi hanno mostrato di accordare preferenza non è la sola possibile e, ad ogni modo, non è del tutto scontata alla luce degli esempi maturati in altre esperienze giuridiche. Negli Stati Uniti, infatti, un costante e granitico orientamento della Suprema Corte nega, fin dal 1906¹⁰³, che il *privilege against self-incrimination* si estenda alle *legal persons*. L'impossibilità, per il soggetto collettivo, di appellarsi al V Emendamento si desumerebbe dal carattere prettamente individuale della garanzia ivi enunciata, finalizzata ad escludere la sussistenza, in capo alla persona fisica accusata di un reato, di qualunque obbligo di collaborazione con l'autorità giudiziaria procedente. La previsione si porrebbe a presidio della sola dignità umana e delle libertà civili, ma escluderebbe dal suo spettro di tutela le mere libertà economiche. Tanto con la conseguenza che il soggetto che rappresenta l'ente nel procedimento a suo carico ben potrebbe essere obbligato a rilasciare dichiarazioni a carico della *societas* senza poter addurre alcuna violazione dei diritti difensivi di quest'ultima.

Prescindendo dal merito dei diversi percorsi ermeneutici praticabili in materia, l'impossibilità di rintracciare, nell'ordinamento italiano, un orientamento univoco circa la problematica del diritto al silenzio dell'ente è in larga misura da ricondursi all'assenza di una presa di posizione sull'argomento tanto da parte della Corte Costituzionale quanto della Corte di Cassazione.

L'auspicio, dunque, è che la giurisprudenza sciolga, quanto prima, i dubbi posti dall'articolo 44 del decreto, la qual cosa, a prescindere dalla soluzione prescelta, avrebbe, quanto meno, il pregio di superare lo stallo esegetico in cui versano gli interpreti – primi fra tutti i giudici di merito – con riferimento alla opportunità di estendere l'operatività del *nemo tenetur* al soggetto collettivo.

¹⁰² J. TRICOT, *Le droit pénal à l'épreuve*, cit., 19.

¹⁰³ Hale vs. Henkel, 201 U.S. 43 (1906), reperibile su <https://supreme.justia.com>. Il caso riguardava il rifiuto, da parte del tesoriere di una *corporation* coinvolta in un processo penale, di testimoniare contro l'ente di appartenenza e di fornire documenti che avrebbero potuto incriminarlo. Per un'analisi più approfondita delle pronunce della Corte Suprema in materia, si veda G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, Cedam, 2018, 126 ss.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti: Dlgs 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di A. Alessandri, IPSOA, 2002
- AA. VV., *La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales*, a cura di Giudicelli-Delage G. e Manacorda S., Société de la législation comparée, 2013
- AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Larranzi, Giuffrè, 2010
- AA. VV., *Societas puniri potest, La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di Palazzo, CEDAM, 2003
- AA. VV., *Traité de droit administratif*, a cura di Gonod, Melleray, Philippe, Tome 2, Dalloz, 2011
- AMODIO E., *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in Riv. dir. proc., 1974, 408
- AMODIO E., *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in Cass. pen., 2005, 2, 320
- BALSAMO A., *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali*, in Cass. pen., 2002, 387
- BARGIS M., *Commento alla L. 1/3/2001, n. 63, sub art. 8*, in Leg. pen., 2002, 226
- BASSI A., *Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica*, in Riv. 231, 2006, 43
- BELLAVISTA G., *Lezioni di diritto processuale penale*, Giuffrè, 1965
- BELLUTA H., *Le disposizioni generali del processo all'ente, tra richiami codicistici e autonomia di un sistema in evoluzione*, AA. VV., *Il processo penale de societate*, a cura di Bernasconi, Giuffrè, 2006
- BENILLOUCHE M., *La poursuite des personnes morales*, in AA. VV., *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Presses Universitaire de France - Puf, 2009
- 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 Garuti, CEDAM, 2002
- BERNASCONI A., *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in AA. VV., *Il processo penale de societate*, a cura di Bernasconi, Giuffrè, 2006
- BERNASCONI A.-BELLUTA H., *Sub art. 44*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti: commento articolo per articolo al d.lgs 231/2001*, a cura di Presutti, Bernasconi, Fiorio, CEDAM, 2008
- BERTONAZZI L., *Il d.lgs. 231 del 2001 e il nuovo modello sanzionatorio dei soggetti collettivi*, in Dir. proc. amm., 2001, 1166
- BOULOC B., *La représentation de la personne morale poursuivie: une loi à refaire*, Recueil Dalloz, 1998
- BOULOC B., *Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *La responsabilité pénale des personnes morales*, Dalloz, 1993
- BOULOC B., *Procédure pénale*, Dalloz, 2015
- BUFFELAN-LANORE Y., *La procédure applicable aux infractions commises par les personnes morales*, in Rev. soc., 1993, 315
- BUISSON J., GUINCHARD S., *Procédure pénale*, Lexis Nexis, 2014
- CABRILLAC R., *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2017
- CAPDEPON Y., *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 122, Dalloz, 2013

CAPITTA A., *La qualifica processuale del dichiarante dopo il provvedimento di archiviazione: itinerari giurisprudenziali*, in *Dir. pen. cont.*, 2011

CARNEVALE S., Art. 238-bis, in AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, CEDAM, 2015

CERCOLA L., *Le intercettazioni nella dinamica del processo penale*, Giappichelli, 2016

CERESA-GASTALDO M., *L'accertamento dell'illecito*, in AA. VV., *Responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, a cura di Rossi, Vinciguerra, Ceresa-Gastaldo, CEDAM, 2004

CERRI A., *Appunti sul concorso conflittuale di diverse norme della Costituzione*, in *Giur. Cost.* 1976, 278

CHIAVARIO M., *Diritto processuale penale*, UTET giuridica, 2015

CHIMICHI S., *Le prove dichiarative nel procedimento penale contro gli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 243

CORDERO F., *Procedura penale*, Giuffrè, 2012

COSTE, *Statut de la parole et présomption d'innocence*, *Actualité Juridique Pénale*, 2004, 402

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

DE FALCO G., *Le modalità di intervento dell'ente nella fase delle indagini preliminari*, in *Riv.* 231, 2006, 99

DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002

DE VERO G., *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualifica giuridica*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, CEDAM, 2002

DELL'ANNO P., *Prova documentale e circolarità della prova*, in AA. VV., *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale, La prova penale*, a cura di A. Gaito, UTET, 2008

DESPORTES F. e LE GUNEHEC F., Art. 706-41 à 706-46: *Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales*, *Juris Classeur Procédure pénale*, 20, 1995, agg. 2017

DESPORTES F. e LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 2009

DESPORTES F., LAZERGES-COUSQUER L., *Traité de procédure pénale*, Economica, 2015

DESPREZ F., *Le droit de ne pas s'auto-incriminer, entre nécessité de garanties entourant l'aveu et impératifs liés à l'efficacité judiciaire* », in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014

DI BITONTO M. L., *Il diritto al silenzio dell'imputato*, in *Giur. di merito*, 2008, suppl. 07-08, 69

DI BITONTO M. L., *Le indagini e l'udienza preliminare*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010

DI BITONTO M. L., *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, 2012

DI CHIARA G., *Il contraddittorio nei riti camerali*, Giuffrè, 1994

DI GIOVINE O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2010

DIDDI A., *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1166

DUCOULOUX-FAVARD C., *Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales*, in *Recueil Dalloz*, 1998, 397

DURY-FAUVEAU M., *L'oralité dans la procédure pénale française (Le droit au silence)*, in AA. VV., *Les procédures accusatoires*, a cura di BENILLOUCHE, Presses Universitaires de France - Puf, 2012

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

GAROFOLI V., *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2008

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

GARUTI G.-SALA G., *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative*, in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Veneziani, Garuti, Cadoppi, UTET giuridica, 2010

GIARDA A., *Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative*, in *Responsabilità degli enti per reati commessi nel loro interesse*, in Cass. pen. 2003, 111

GIARDA A., *L'accertamento: disposizioni generali*, in AA. VV., *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, a cura di Giarda, Varraso, Spangher, Mancuso, Ipsa, 2007

GREVI V., *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in Riv. ita. dir. e proc. pen., 1999, 821

GREVI V., *Diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, in Riv. ita. dir. e proc. pen., 1998, 1129

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

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

GREVI V., *Prove*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Bargis, CEDAM, 2014

IELO P., *Sub art. 44*, in AA. VV., *Codice di procedura penale*, a cura di TRANCHINA, Giuffrè, 2012

ILLUMINATI G., *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in Pol. e dir., 1999, 301

ILLUMINATI G., *In difesa del diritto al silenzio*, in Ind. pen., 1993, 549

ILLUMINATI G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, in *Giustizia penale oggi*, a cura di Grevi, Zanichelli, 1979

IRTI N., *Due temi di governo societario (responsabilità «amministrativa» - codici di autodisciplina)*, in G. Comm., 2003, 693 ss.

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

LARGUIER J. e CONTE P., *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 2004

LEBLOIS-HAPPE J., *Le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation*, in AA. VV., *Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice*, Edition Cujas, 2011, 296

LEGROS P., *Le droit au silence et la détention provisoire*, AA. VV., Bruylant, 1997

LOMBOIS C., *Droit pénal général*, Hachette, 1994

LORUSSO S., *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del d.lg 8 giugno 2001, n. 231*, in Cass. pen., 2002, 2552

LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2016

MANCINI G. F., *Commento all'art. 4*, in AA. VV., *Commentario alla Costituzione- Principi fondamentali*, a cura di Branca, Zanichelli, 1975

MARON A. e ROBERT J. H., *Cent personnes morales pénalement condamnées*, Juris Classeur Procédure pénale, 1999, 6, 123

MATSOPOULOU H., *Responsabilité pénale des personnes morales*, in Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, 2002

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

MESTRE A., *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Phd diss., Droit, Paris, Rousseau, 1899

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

MOSCARINI P., *I principi delle prove penali*, Giappichelli, 2014

MOYAUD Y., *Droit pénal général*, Presses Universitaire de France - Puf, 2015

NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2004

PAGLIARO G., *Intervento*, in AA. VV., *Societas puniri potest, La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di Palazzo, CEDAM, 2003

PALADIN L., *Autoincriminazione e diritto di difesa*, in *Giur. Cost.*, 1965, 308

PALIERO C. E., *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, 845

PATANÉ V., *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, 2006

PARIZOT R., *L'influence des acquis du droit pénal européen sur la procédure pénale*, in AA.VV., *La responsabilité pénale des personnes morales perspectives européennes et internationales*, a cura di G. Giudicelli-Delage e S. Manacorda, Société de législation comparée, 2013

PERONI F., *Il sistema delle cautele*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, CEDAM, 2002

PULITANO' D., *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir., Agg. VI*, 2002, 953

RASSAT M. L., *Procédure pénale*, ellipses, 2010

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

SANTORIELLO C., *La prova testimoniale nel processo alle società*, in *Resp. Amm. Soc.*, 2006, 91

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 Garuti, CEDAM, 2002

SCALFATI A., *Le prove*, in AA. VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, UTET giuridica, 2009

SCALFATI, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, CEDAM, 2002

SIR AUSANO D.- SIRACUSANO F., *Le prove*, in AA. VV., *Diritto processuale penale*, a cura di Di Chiara, Patané, Siracusano, Giuffrè, 2013

TAORMINA C., *Narcoanalisi*, in *Enc. Dir.*, Vol XXVII, 1977, 496

TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2016

TRANCHINA G.-DI CHIARA G., *Il diritto processuale penale e il processo penale: linee introduttive*, in AA. VV., *Diritto processuale penale*, a cura di Di Chiara, Patane', Siracusano, Giuffrè, 2013

TRICOMI L., *Violazioni amministrative: il giudice fa il piano*, in *Guida dir.*, 2001, 26, 84

TRICOT J., *Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales: l'exemple français*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2013, 19

VARRASO G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012

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

VASSALLI G., *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Vol. V, 1957, p. 352 ss.

VERNY E., *Procédure pénale*, Dalloz, 2016

VINCIGUERRA S., *Quale specie di illecito?*, in AA. VV., *Responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, a cura di Rossi, Vinciguerra, Ceresa-Gastaldo, CEDAM, 2004
VOLO P., *Le silencieux droit au silence*, *Petites Affiches*, 1993, 17