

**SINTESI TESI DOTTORATO**  
**“NORME INTERNAZIONALI SULLA**  
**CORRUZIONE E RESPONSABILITA' D'IMPRESA.**  
**ASPETTI SOSTANZIALI E PROCESSUALI”**

In relazione al fenomeno della corruzione internazionale, il presente lavoro si propone di trattare della responsabilità penale d'impresa, nei suoi aspetti sostanziali e processuali. Nelle pagine che seguono, pertanto, si procederà a porre le basi del discorso che sarà approfondito nei capitoli successivi. In particolare, sarà delineato il quadro normativo in cui deve collocarsi la nostra indagine, prendendo in considerazione soprattutto il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

La disamina di tale testo normativo, condotta alla luce delle indicazioni sia dottrinali che giurisprudenziali, verterà soprattutto su ciò che è più rilevante nella verifica della suddetta responsabilità: i criteri oggettivi e soggettivi di addebito ed i modelli organizzativi. È stata proprio l'esigenza di attuare taluni Trattati finalizzati alla lotta contro la corruzione ciò che ha portato – dapprima - il Parlamento italiano ad emanare la l. 29 settembre 2000, n. 300 e – successivamente - il Governo a varare il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Con tale produzione normativa, si è inteso anzitutto perseguire la finalità di prevenire e sanzionare la criminalità d'impresa; ma, al contempo, si è anche voluto assicurare una serie di tutele nel procedimento di accertamento della nuova responsabilità, prevista ad eventuale carico della società in seguito alla commissione di taluni fatti penalmente illeciti. Tale operazione legislativa ha segnato, nel nostro ordinamento giuridico, una sorta di “*rivoluzione copernicana*”: proiettato l'ente sullo scenario dei soggetti passibili d'una sanzione afflittiva, risulta ormai superato l'antico principio secondo cui “*societas delinquere non potest*”. In altri termini, si è trattato di una novellazione che ha esteso la punibilità a soggetti meta - individuali (con o senza personalità giuridica); i quali sono divenuti, quindi, <<*coprotagonisti della vicenda punitiva e destinatari*

*immediati di risposte sanzionatorie a contenuto afflittivo>>.*

In realtà, la premessa dell'anzidetta rivoluzione sta nel concepimento di una "colpevolezza d'impresa", sulla falsariga di un'ideologia che trae le sue origini dal modello penale statunitense. Più specificamente, nell'ambito di quest'ultimo, è invalso il sistema dei cosiddetti *compliance programs*, definitivamente messo a punto nelle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, in vigore dal novembre del 1991. Su questo archetipo, già da tempo si era concentrata l'attenzione della dottrina italiana; in particolare, da esso traeva diretta ispirazione anche la disciplina prospettata, ai fini di un nuovo codice penale, nel "Progetto Grosso". In sostanza, l'addebito "pensabile" nei confronti della persona giuridica è quello non avere previsto o non avere efficacemente attuato un modello di organizzazione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Il d.lgs. n. 231/2001, configurandosi come una sorta di "microcodice", delinea dettagliatamente un sistema piuttosto articolato, che comprende una parte sostanziale, dedicata ai principi generali ed ai criteri di attribuzione della responsabilità; nonché una parte processuale, concernente l'accertamento in sede procedimentale della suddetta responsabilità e l'applicazione delle conseguenti sanzioni. In particolare, destinatari della normativa sono <<gli enti forniti di personalità giuridica [...] e le società ed associazioni anche prive di [tale] personalità>>; sono, invece, espressamente sottratti all'applicazione della medesima disciplina lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici e quelli che svolgono una funzione di rilievo costituzionale (art. 1, commi 2 e 3, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231). In primo luogo, ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. cit., la responsabilità in oggetto richiede la commissione di un "reato presupposto"; ossia, di uno dei reati ricadenti nella tipologia tassativamente declinata agli artt. 24– 26, avvenuta nell'interesse o a vantaggio della *societas*, da parte di un soggetto apicale o subordinato appartenente alla compagine

di questa. La stessa responsabilità presuppone altresì la sussistenza di una certa specie di “colpevolezza” in capo alla persona giuridica, differente a seconda che l’autore dell’illecito sia un soggetto apicale oppure subordinato (artt. 6e 7 d.lgs. n. 231/2001). Né va dimenticato che quella dell’ente è una responsabilità eventualmente concorrente con quella dell’autore (o degli autori) dell’*Anknüpfungstat* (fatto di connessione). La stessa responsabilità potrebbe dirsi, inoltre, personale e intrasmissibile, stante quanto previsto dall’art. 27 d.lgs. cit.; ai sensi del quale, dell’obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l’ente con il suo patrimonio o con il fondo comune. Inoltre, si tratta di una responsabilità diretta: essa non è subordinata ad alcuna condizione sospensiva né può essere ritenuta sussidiaria ed alternativa rispetto a quella della persona fisica; ed è altresì autonoma, in quanto non presuppone l’accertamento della colpevolezza (né tanto meno la condanna) della persona fisica che, nell’interesse o a vantaggio dell’ente, ha commesso il reato presupposto. È tuttora controversa la natura giuridica della responsabilità societaria dipendente da reato.

Al riguardo, si sono manifestati diversi orientamenti: taluni considerano suddetta responsabilità come amministrativa, facendo leva sul tenore della rubrica della legge delegata; altri ritengono che essa abbia un carattere essenzialmente penale; un terzo indirizzo, evidenziata una ritenuta “frode delle etichette”, propende per la soluzione, intermedia, secondo cui essa apparterrebbe ad un *tertium genus*, coniugante i caratteri tipici del sistema penale e di quello amministrativo, <<nel tentativo di contemperare le ragioni dell’efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia>>. Né è mancato, in questi anni, chi ha sostenuto che la responsabilità da reato degli enti è riconducibile, in realtà, ad un *quartum genus*, che trarrebbe origine dall’intreccio e dalla combinazione dei tre modelli fondamentali: quello civile extracontrattuale, quello penale e quello amministrativo; dei quali sistemi essa altro non farebbe che riprendere alcuni caratteri essenziali.

Bisogna allora considerare un'ulteriore punto fondamentale: quali siano i criteri per l'imputazione oggettiva all'ente della responsabilità in oggetto. Infatti - va osservato -, la circostanza che sia stato commesso uno dei *delicta* di cui agli artt. 24 ss. d.lgs., da parte di un soggetto nella *societas* inserito, in posizione apicale o subordinata (art. 5 lett. *a* e *b* d.lgs.), non rappresenta condizione sufficiente a determinare in capo all'ente la responsabilità amministrativa conseguente al suddetto reato. Difatti, perché simile effetto si produca, occorre altresì:

- a)* che il suddetto reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente (art. 5 comma 1 d.lgs.);
- b)* e che sia stato attuato da parte di soggetti qualificati dalla loro posizione nell'ambito dell'organizzazione societaria.

Difatti, in una prospettiva oggettiva, il fatto illecito è addebitabile all'ente a condizione che il soggetto attivo, (indipendentemente dalla circostanza ch'egli rivesta un ruolo apicale all'interno della persona giuridica o sia solamente un suo dipendente), ponga materialmente in essere una condotta illecita tale da provocare, quale effetto per il medesimo ente, la realizzazione un vantaggio oppure il soddisfacimento di un interesse. In particolare, la letteratura scientifica ha osservato che il rapporto qualificato tra autore del fatto ed ente non potrebbe reputarsi soddisfacente a determinare la responsabilità di quest'ultimo, essendo invece altresì necessario:

- a)* rinvenire un vantaggio od un interesse in capo alla *societas*;
- b)* rilevare la mancata applicazione degli appositi modelli organizzativi, di cui agli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231.

Inoltre, l'interesse anzidetto, sebbene presenti una natura oggettiva (giacché connota la condotta materiale di colui che opera in favore dell'ente), sembra tuttavia inerire alla *voluntas* del soggetto agente. Ne deriva, allora, che l'interesse per la persona giuridica si manifesta qualora

l'agente sia conscio non solo di operare per finalità non conformi alla legge penale, ma anche prefiggendosi quale obiettivo la realizzazione (eventualmente, pure in via indiretta) di un interesse facente capo all'organizzazione di cui è membro. Invece, è il risultato favorevole derivante all'ente dalla condotta illecita dell'agente – persona fisica quello che costituisce il vantaggio del primo. Anche quest'ultimo requisito rientra tra i criteri oggettivi di imputazione alla *societas*, dal momento che si tratta di connotato riferibile alla condotta materiale del soggetto individuale agente. In altri termini, sebbene la persona fisica realizzi un comportamento penalmente antiggiuridico per un proprio interesse personale, il suo *modus agendi* determina quale effetto, seppur indiretto, un vantaggio per l'ente stesso. In merito, non va sottaciuto che, mentre la condotta posta in essere nell'*interesse* dell'ente può essere riconosciuta attraverso una valutazione *ex ante*, il vantaggio in capo alla persona giuridica potrà essere appurato soltanto attraverso un giudizio *ex post*. Dalla lettura dell'art. 5 d.lgs. n. 231/2001 emerge come nella prima categoria siano inclusi i cosiddetti "soggetti in posizione apicale", mentre nella seconda rientrino i cosiddetti "sottoposti". In proposito, va osservato come il legislatore, con tale disposizione, abbia accolto la tesi dell'"immedesimazione organica"; quella cioè secondo cui l'ente può essere considerato responsabile allorché siano i propri stessi organi a commettere illeciti a suo medesimo vantaggio o nel suo interesse. È stata anzi proprio l'adesione alla citata teoria ciò che ha permesso di evitare la conservazione di un'area d'immunità dallo *ius* penale della quale l'ente potesse incongruamente beneficiare. In ossequio a questa soluzione concettuale, la dottrina ha sostenuto che il legame sussistente fra la persona fisica e la persona giuridica (cioè il nesso derivante dalla appartenenza della prima all'organizzazione della seconda) permette di identificare nella struttura istituzionale dell'ente il vero epicentro delle responsabilità imputabili alla *societas*. Quindi, la teoria dell'immedesimazione organica permette tanto di superare il

brocardo “*societas delinquere non potest*”, quanto di ritenere nondimeno osservato il principio di cui all’art. 27 comma 1 Cost., secondo cui la responsabilità penale è personale.

Oltre agli anzidetti requisiti oggettivi, occorre anche che il reato commesso dal soggetto fisico agente sia riconducibile ad una sorta di *colpevolezza* dell’ente: quest’ultimo – secondo la normativa *de qua* – deve essere passibile di un rimprovero per la non funzionalità dei suoi modelli organizzativi. In altri termini, occorre che si possa ravvisare, in capo alla *societas*, un *modus operandi* riprovevole, cioè una sua colpa in organizzazione; *scilicet*:

- a) la mancata adozione o l’attuazione non efficace di un modello di organizzazione e di gestione tale da impedire la commissione di *delicta*;
- b) il mancato affidamento della vigilanza sul rispetto di tale modello ad un organismo proprio dell’ente in grado di esercitare autonomi poteri di iniziativa e di controllo.

Dalla disamina dell’art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 si evince come, nell’eventualità in cui il fatto previsto dalla norma penale incriminatrice sia stato realizzato da un soggetto apicale nella struttura organizzativa dell’ente, sarà onere di quest’ultimo il dimostrare la sua mancanza di responsabilità.

*Au contraire*, nell’eventualità in cui ad agire sia stato un dipendente della persona giuridica, sarà il pubblico ministero a dover provare la colpa di organizzazione, integrata dall’inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. In sintesi finale, può osservarsi che è la colpa d’organizzazione (e, a maggior ragione, la circostanza che l’illecito penale sia stato realizzato dalla persona fisica nel quadro di una politica criminale d’impresa) a potere giustificare l’idea di una responsabilità dipendente da reato in capo ad una persona giuridica. In relazione a tale profilo, quindi, sarà necessario dimostrare la *colpevolezza* dell’ente nel suo *modus operandi*. Ciò premesso, sembra quindi necessario approfondire il discorso circa l’ulteriore tematica

dei modelli di organizzazione, gestione e controllo, la cui adozione è condizione di una politica azienda rispettosa delle prescrizioni normative. Si tratta di un documento aziendale i cui contenuti minimi sono stati in parte fissati da parte del legislatore. In relazione alla fattispecie di corruzione internazionale, deve ricordarsi che, secondo la Cassazione penale, <<*Le sanzioni interdittive previste dal D.Lgs. 8 giugno 2011, n. 231 sono, in linea di principio, applicabili anche ai reati di corruzione internazionale, ma spetta al giudice verificare in concreto se la sanzione, anche quando è chiesta in via cautelare, può essere effettivamente applicata all'ente senza che ciò comporti, da un lato, il coinvolgimento, seppure solo nella fase esecutiva, di organismi stranieri, e dall'altro, l'impossibilità di controllare il rispetto del divieto imposto. Ne deriva, allora, che in tema di responsabilità d'ente degli enti, sono applicabili alla persona giuridica le misure cautelari interdittive anche qualora il reato presupposto sia quello di corruzione internazionale di cui all'art. 322-bis c.p., pur dovendosi verificare in concreto l'effettiva possibilità di applicare tali misure senza che ciò comporti, seppure solo nella fase esecutiva, il coinvolgimento degli organismi di uno Stato estero*>>. Infine, in materia di corruzione internazionale, non si può prescindere dal citare la celebre pronuncia, nella quale la Suprema Corte ha chiarito che l'art. 25, comma 5, D.Lgs. n. 231/2001 deve ritenersi applicabile altresì alle fattispecie di corruzione nelle ipotesi di cui agli artt. 322 c.p. e 322-bis c.p. Secondo i giudici di legittimità, ciò emerge tanto dal testo della norma *de qua* quanto dalla sua *ratio*. Sostenere il contrario, infatti, equivarrebbe ad introdurre per le figure dell'incaricato di un pubblico servizio e del funzionario comunitario una deroga sanzionatoria priva di qualsiasi plausibile giustificazione.

L'adesima sentenza, però, ha avuto soprattutto il merito di fare chiarezza circa la natura del reato di corruzione internazionale, finalmente definito dall'art. 322-bis c.p. quale estensione soggettiva della corruzione ordinaria, ed assunto dall'art. 25 D.Lgs. n. 231/2001 come

uno dei delitti - presupposto per la nuova responsabilità “dipendente da reato” delle persone giuridiche.

Nel primo capitolo si sono considerati gli aspetti sostanziali della responsabilità penale d’impresa, anche con particolare riferimento alle ipotesi di corruzione internazionale. Tale imprescindibile premessa consente di dedicare il secondo capitolo ad un profilo immediatamente consequenziale: l’analisi del procedimento penale *de societate*. Per meglio considerare tale argomento, sembra opportuno evidenziare soprattutto le questioni di diritto che oggi risultano più interessanti, essendo state quelle più dibattute nel corso degli ultimi anni. Basti pensare alle tematiche relative alla rappresentanza legale dell’ente; oppure alle varie ipotesi di incompatibilità; tra le quali sono particolarmente emerse quelle relative alle incompatibilità del rappresentante imputato del reato presupposto ed alle incompatibilità con l’ufficio di testimone. Tutto ciò naturalmente non può non obbligare a considerare la normativa dettata in materia dal Capo III del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, ove si prevede un vero e proprio “sottosistema” destinato ad integrare la disciplina del codice di rito penale per dare spazio, <<nell’ambito del processo alla persona, al processo alla società>>. La volontà del legislatore è stata quella di estendere le garanzie del processo penale all’ente indicato come responsabile d’una delle nuove figure d’illecito amministrativo dipendente da reato. Ne è derivata l’esigenza di disciplinare l’*iter* per l’accertamento di suddetta responsabilità e l’eventuale applicazione della corrispondente sanzione; donde necessità di adattare al nuovo “protagonista” molti istituti tipici della procedura penale.

A questo punto, occorre affrontare un’altra *quaestio*, per nulla trascurabile: quella relativa alla rappresentanza legale dell’ente. Giova anzitutto rammentare il concetto elaborato dalla teoria generale del diritto: il termine rappresentanza indica quell’istituto per cui il soggetto rappresentante è legittimato a dichiarare una volontà negoziale in nome e per conto del rappresentato, determinando la produzione di



effetti direttamente nella sfera giuridica di quest'ultimo. In merito, la scuola pandettistica tedesca ipotizzava che lo *ius* soggettivo ricomprendesse tanto la volontà quanto l'interesse. Di conseguenza, nell'istituto giuridico della rappresentanza, si sarebbe avuta una separazione della titolarità delle due componenti, *scilicet*:

- a) l'interesse, restante in capo al rappresentato;
- b) la volontà, *au contraire*, demandata al rappresentante.

Per quanto concerne gli effetti giuridici della rappresentanza, è necessario rilevare com'essi siano differentemente individuati dai diversi autori. Infatti, secondo la teoria "sostanziale", la rappresentanza si tradurrebbe in un rapporto meramente collaborativo tra il rappresentante ed il rappresentato. Invece, per la teoria "formale", la rappresentanza implicherebbe una sorta di sostituzione; la quale soluzione – però - determina non poche difficoltà da un punto di vista interpretativo, trattandosi di stabilire se la rappresentanza "organica" sia o no riconducibile al vero e proprio rapporto rappresentativo, così come previsto e regolamentato dal codice civile.

Sul punto, va osservato che la locuzione "rappresentanza organica" (o "immedesimazione organica") mira a porre in risalto lo stretto legame sussistente fra l'ente ed un suo organo. Sebbene sia la dottrina che la giurisprudenza siano concordi nell'attribuire all'ente una capacità giuridica, è innegabile che, nel caso della *societas*, l'idoneità a compiere atti giuridicamente validi possa configurarsi soltanto in capo al rappresentante. Quindi, il rapporto di immedesimazione organica fra il rappresentante legale e la società rappresentata si configura come l'unica soluzione teoretica attraverso cui quest'ultima può essere considerata in grado di *agere*. Ne deriva, allora, che nella rappresentanza organica non si ha alcuna effettiva scissione tra il soggetto che pone in essere l'attività ed il soggetto sul quale ricadono gli effetti a questa conseguenti. Ciò premesso, si evince l'importanza del ruolo rivestito dal rappresentante legale dell'ente nel procedimento *de quo*. In particolare, ai sensi

dell'art. 39 d.lgs. 231/2001, l'ente può partecipare a tale rito con il proprio rappresentante legale; ad eccezione che nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. Per quanto concerne poi le concrete modalità di scelta ed indicazione del rappresentante, dispone il secondo comma dell'art. 39 cit.: l'ente che intende partecipare al procedimento è tenuto a costituirsi, depositando nella cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente una dichiarazione; nella quale deve precisare - a pena di inammissibilità - le generalità del suo legale rappresentante. Insomma, l'ente può ovviare alla propria mancanza di fisicità ricorrendo ad una persona fisica che agisca per suo conto: appunto, al rappresentante legale.

Infatti, solo tramite quest'ultimo l'ente potrà esercitare quell'insieme di *iura* e facoltà nonché adempiere quegli obblighi che implicano l'attività di una persona fisica, così consentendo di applicare, anche nel procedimento penale *de societate*, istituti di ragguardevole importanza; ad es., l'interrogatorio. Sebbene il rappresentante legale sia chiamato ad operare al solo fine di manifestare la *voluntas* dell'ente, tuttavia questa posizione del soggetto fisico non ne determina una completa identificazione con la persona giuridica. Anzitutto, l'ente risponde, in presenza di specifiche condizioni e per un titolo proprio, di un "fatto" (ipotizzato quale "illecito amministrativo) dipendente da un reato che ha commesso un soggetto fisico agente nel contesto della sua struttura organizzativa. Perciò - a seconda del caso - potrà avvenire che il rappresentante legale, essendo soggetto distinto dall'ente, rivesta il ruolo di imputato oppure quello di testimone. Inoltre, per l'art. 40 d.lgs., qualora l'ente non abbia nominato un difensore di fiducia oppure ne sia rimasto privo, il suo diritto di difesa sarà comunque garantito mediante l'assistenza ad opera di un difensore di ufficio, da designarsi secondo le modalità di cui all'art. 29 d.lgs. 271/1989. Di conseguenza, l'atto di nomina risulta essere adempimento separato dall'atto di costituzione. Più specificamente, in tema di conferimento della procura al difensore, va considerato il terzo comma

dell'art. 39 d.lgs. 231/2001:vi si prevede che, qualora l'ente decida di intervenire nel procedimento, tale adempimento debba avvenire nelle forme previste dall'art. 100 comma 1 c.p.p., con successivo deposito dell'atto nella segreteria del pubblico ministero o nella cancelleria del giudice; oppure, con sua presentazione in udienza. Peraltro, *in subiecta materia*, non sembra applicabile la disciplina sul gratuito patrocinio a spese dello Stato, oggi prevista dalla l. 30 luglio 1990, n. 217 e dal d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115: i requisiti di reddito ivi stabiliti non risultano affatto essere compatibili con le capacità economiche aziendali.

*Au contraire*, relativamente alla difesa tecnica dell'ente, è applicabile quanto sancito dall'art. 106 c.p.p. circa l'eventuale incompatibilità del legale ad assumere la difesa di più imputati nello stesso procedimento.

In particolare, nel processo a carico dell'ente, la summenzionata incompatibilità potrà concernere la posizione di quest'ultimo rispetto a quella:

- a) dell'individuo indicato come autore del *crimen* presupposto;
- b) di un altro ente che debba rispondere, nello stesso processo, della medesima attività illecita oppure di figure antiggiuridiche a questa connesse.

Nelle situazioni di cui *supra*, il giudice dovrà assegnare agli interessati un termine entro cui nominare un'altra persona come difensore di fiducia. Le parti - poi -, ove non si siano conformate a questa prescrizione giurisdizionale, saranno assistite da difensore d'ufficio nominato *ex art. 97 c.p.p.*

Le considerazioni che precedono impongono alcune osservazioni circa la prevista incompatibilità del rappresentante legale imputato del reato presupposto. Sul tema, la giurisprudenza ha avuto molteplici occasioni d'intervenire; in particolare, dopo la nota ordinanza costituzionale 27 luglio 2011, n. 249, con cui è stata dichiarata inammissibile la questione di legittimità dell'art. 43 comma 2 d.lgs. 231/2001, sollevata in relazione agli artt.

3, 24, 76 (in rapporto all'art. 11 comma 1 lett. q l. 300/2000), 111 e 117 comma 1 Cost. (in rapporto all'art. 6 Conv. eur. dir. um.). In particolare – nella fattispecie –, il provvedimento di rimessione adduceva <<la palese irragionevolezza>> della norma *de qua*, perché avrebbe potuto determinare un meccanismo nel quale le notificazioni all'ente si sarebbero concretizzate nella consegna al suo legale rappresentante; e ciò anche nella peculiare ipotesi in cui proprio quest'ultimo fosse stato imputato del reato presupposto dell'illecito amministrativo, così venendo ad essere riguardato da una <<presunzione iuris et de iure di incompatibilità>>. La Corte non ha condiviso questa tesi, affermando la necessità di scindere due situazioni oggettivamente eterogenee; costituite – rispettivamente – l'una dalla (pacifica) incompatibilità del rappresentante dell'ente, essendo anch'egli imputato, a costituirsi in giudizio; l'altra nella semplice consegna allo stesso individuo degli atti materialmente destinati all'ente; nella quale ultima un'ipotesi non sussiste alcuna inidoneità.

Secondo il Giudice delle leggi, non è possibile ritenere fondata detta questione, perché accoglierla equivarrebbe ad anticipare l'incompatibilità del rappresentante-imputato ad un momento precedente rispetto a quello preso in considerazione dalla normativa vigente. Ai fini del discorso che si va conducendo, significativo può apparire altresì un intervento della Cassazione diretto a ribadire come assoluto il divieto di rappresentanza dell'ente da parte del rappresentante legale che sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. I giudici hanno individuato la *ratio* di tale preclusione in una <<presunzione iuris et de iure di sussistenza di un conflitto di interesse tra rappresentante legale imputato ed ente [, la quale] non ammette deroghe>>. Inoltre, detta situazione d'incompatibilità dev'essere estesa anche al rappresentante legale non ancora imputato, ma già iscritto nel registro degli indagati; e ciò in ragione della regola di estensione delle garanzie dell'imputato all'indagato di cui all'art. 61 c.p.p.;

regola indubbiamente applicabile, *ex art. 34 d.lgs. 231/2001*, anche nel processo a carico dell'ente.

La sentenza per ultima citata è molto importante; non solo in quanto le sue conclusioni sono state ribadite dalla giurisprudenza successiva; ma anche perché prospetta tre differenti rimedi al problema del conflitto d'interessi. La prima soluzione consiste nell'esercizio, da parte dell'ente, della sua facoltà di rimanere inerte, tralasciando di provvedere ad alcuna sostituzione del suddetto rappresentante. In questa ipotesi, il divieto assoluto di rappresentanza (art. 39 comma 1 d.lgs.) non consente al soggetto "incompatibile" di essere attivo nel procedimento *de societate*. Di conseguenza, nell'udienza preliminare e nel giudizio, l'ente *de quo* dovrà essere dichiarato contumace ai sensi dell'art. 41 d.lgs. 231/2001. Quindi - come precisa la medesima sentenza -, la mancata sostituzione del rappresentante legale potrebbe determinare conseguenze più gravi, in ordine all'esercizio delle facoltà difensive, nella fase delle indagini preliminari, per la quale non è prevista la dichiarazione di contumacia. Anche in questo caso, però, l'ente potrà usufruire della nomina di un difensore d'ufficio, poiché nelle investigazioni trova comunque applicazione l'art. 369-*bis* c.p.p., che prevede l'informazione all'indagato circa il diritto di difesa; la quale soluzione appare senz'altro compatibile con il procedimento disciplinato dal D.Lgs. n. 231 del 2001. La seconda soluzione - tra quelle suggerite dalla Suprema Corte - consiste nella nomina di un nuovo rappresentante legale. In simile eventualità, il soggetto collettivo parteciperà al procedimento instaurato a suo carico previa costituzione nelle forme di cui all'art. 39 comma 2 d.lgs., potendo pienamente difendersi. Il terzo espediente è quello di nominare un rappresentante legale con poteri limitati alla sola partecipazione al procedimento; *scilicet*, un procuratore cosiddetto "*ad litem*".

Il d.lgs. 231/2001 prevede anche l'incompatibilità di talune persone a rivestire l'ufficio di testimone. Al riguardo, nell'art. 44, si prevede che non possa deporre in simile veste la persona:

- a) che sia imputata del reato da cui dipende l'illecito amministrativo; oppure
- b) che rappresenti l'ente indicato nella dichiarazione di cui all'art. 39, comma 2, e che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del reato.

In proposito, la migliore dottrina ritiene che la disposizione di cui all'art. 44 comma 1 lett. *a* d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 sia superflua, in ragione delle incompatibilità già previste dall'art. 197c.p.p., richiamato dalla clausola generale dell'art. 34. Invece, di maggiore interesse si rivela la norma di cui alla lett. *b* dello stesso articolo, la quale vieta di sentire come testimone la persona indicata quale rappresentante legale dell'ente nell'atto di costituzione, se essa abbia rivestito tale incarico anche nel periodo in cui il reato presupposto fu commesso. La *ratio* di questa clausola è palese: date le funzioni da lui esercitate all'interno dell'ente, al rappresentante legale è attribuito uno *ius tacendi*, al fine di evitare alla persona giuridica d'essere obbligata a dichiarazioni auto - incriminanti. Del resto, dal punto di vista societario, è ben possibile che l'ente - imputato cerchi di esonerarsi dalla propria responsabilità adducendo che gli eventi verificatisi sono stati commessi dal soggetto fisico agente esclusivamente nell'interesse suo proprio. Peraltro, dalla lettura della stessa lett. *b*, si desume che il diritto al silenzio sussiste, in capo al rappresentante legale dell'ente, solamente allorquando ricorrano entrambe le condizioni ivi fissate. Sembrano quindi sottratte alla regola dell'incompatibilità una pluralità di situazioni soggettive differenti; in relazione alle quali pare profilarsi il rischio di una *reductio* dell'ambito garantito dallo *ius tacendi*.

Nel Capitolo I sono state approfondite le tematiche che costituiscono il punto di inizio della presente indagine, quali la *ratio* e l'introduzione del d.lgs. n. 231/2001, i modelli organizzativi della società ed i criteri di addebito della responsabilità penale. Le pagine che seguono continueranno tale disamina, trattando diffusamente profili della

responsabilità penale d'impresa altrettanto rilevanti. Nel dettaglio (fermo restando il parametro di riferimento costituito dalla fattispecie di corruzione internazionale), si analizzerà la normativa in materia di misure cautelari.

Queste ultime saranno vagliate in riferimento a molteplici profili, quali, a titolo esemplificativo, i presupposti e la procedura di applicazione, nonché le garanzie concernenti il principio del contraddittorio. Com'è noto, il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 dedica la Sezione IV del Capo III alle misure cautelari adottabili durante il procedimento destinato ad accertare la responsabilità amministrativa delle società e degli enti. In particolare, nel prosieguo della presente trattazione ci si soffermerà sui temi considerati negli artt. da 45 a 54 del summenzionato decreto, al fine di comprendere appieno il sistema cautelare che concerne la materia *de qua*. In via preliminare, non ci si può esimere dal rilevare come gli artt. da 45 a 52 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, prevedano le misure cautelari destinate a pesare sulla persona giuridica come interdittive; mentre i due ultimi articoli della Sezione IV citata ineriscano al sequestro preventivo ed al sequestro conservativo, provvedimenti che appaiono destinati a gravare sul patrimonio dell'ente. Relativamente a quest'ultimo aspetto, va tenuta anzitutto presente la già menzionata norma di rinvio contenuta nel decreto, all'art. 34, che estende al procedimento relativo agli illeciti amministrativi societari dipendenti da reato, in quanto compatibili e non derogate dalle specifiche clausole ch'esso stesso contiene, le disposizioni del codice di procedura penale e quelle del d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271. Inoltre, il legislatore delegato ha dettato la propria normativa orientandola verso l'attuazione della direttiva di cui all'art. 11, comma 1, lett. o, l. di delega 29 settembre 2000, n. 300; secondo cui occorre *<<prevedere che le sanzioni [di cui alla lett. l della medesima legge] fossero applicabili anche in sede cautelare, con adeguata tipizzazione dei requisiti richiesti>>*. Per quanto concerne le cautele reali, esse sono il sequestro preventivo e quello conservativo. La finalità del

sequestro preventivo è quella di assicurare il prezzo o il profitto del reato, in modo da permettere successivamente all'autorità competente di procedere alla rispettiva confisca.

Diversamente, stando all'art. 54 d.lgs., il sequestro conservativo dei beni mobili od immobili dell'ente oppure delle somme o cose a questo dovute presuppone che vi sia <<fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento della sanzione pecuniaria>>.Già in base a questi primi cenni è possibile intuire come il sistema istituito dal d. lgs. n. 231 possa suscitare non poche riserve di natura costituzionale, sotto il profilo della sua compatibilità con quanto enunciato dall'art. 27 comma 2 Cost.:<<L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva>>.Del resto, la presunzione d'innocenza implica necessariamente anche le altre garanzie dell'equo processo; in particolare:

- a) il diritto di difesa;
- b) il contraddittorio;
- c) l'imparzialità e la terzietà del giudice.

Indubbiamente, la Costituzione italiana delinea un procedimento penale teso alla constatazione della colpevolezza, non già dell'innocenza; a tale procedimento attribuendo peraltro natura cognitiva ed escludendo che il solo suo svolgimento possa costituire una *condicio* sufficiente per un affievolimento dei diritti di chi v'è sottoposto.Secondo autorevole dottrina, la presunzione di non colpevolezza deve considerarsi come una regola sia di giudizio sia di trattamento.Per il primo aspetto, cioè in quanto regola di giudizio, detta presunzione comporta che l'accusa debba dimostrare la colpevolezza dell'imputato; e che quindi il giudice, in mancanza di una prova certa in ordine a tale circostanza, sia costretto ad emettere un provvedimento giurisdizionale liberatorio della persona accusata dall'addebito.Inoltre, in quanto regola di trattamento, la presunzione *de qua* vieta di assimilare l'imputato al colpevole, e quindi esclude ogni forma di anticipazione della pena rispetto alla condanna.



A proposito delle condizioni per le misure *de quibus*, occorre volgere l'attenzione agli artt. 13, comma 1, e 45, comma 1, d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231. In particolare, l'art. 45, comma 1, sancisce che, laddove sussistano gravi indizi di responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato, nonché specifici elementi i quali facciano ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede, il pubblico ministero possa richiedere l'applicazione di una delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2. A questo riguardo, l'art. 13, comma 1, d. lgs. n. 231 dispone che tali sanzioni interdittive si applichino in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, quando ricorra alternativamente una delle seguenti condizioni:

- a) un profitto di rilevante entità sia stato tratto dall'ente a seguito del reato commesso da soggetti in posizione apicale; oppure sottoposti all'altrui direzione, purché, in questo caso, la commissione del reato sia stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative;
- b) la reiterazione degli illeciti.

Dal combinato disposto delle sopraesposte disposizioni si evince che solo gli illeciti più gravi tra quelli considerati nel decreto consentono di applicare le sanzioni di cui all'art. 9, comma 2, del medesimo provvedimento normativo.

Invece, per gli illeciti societari "da reato" più lievi, sono irrogabili le seguenti sanzioni interdittive:

- a) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione;
- b) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi;
- c) l'eventuale revoca di quelli già concessi;
- d) il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

In particolare, tali sanzioni sono applicabili in conseguenza dei reati considerati nell'art. 24 d.lgs.: indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni

pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico.

Relativamente ai delitti informatici ed al trattamento illecito di dati, di cui all'art. 24-*bis* d. lgs., sono applicabili:

- a) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione;
- b) il divieto di pubblicizzare beni o servizi;
- c) l'interdizione dell'attività;
- d) la sospensione o la revoca dei provvedimenti autorizzatori.

L'applicazione delle misure cautelari è espressamente regolamentata dagli artt. 45, comma 1, e 47 d.lgs. n. 231/2001; le quali disposizioni vanno raffrontate con la omologa disciplina concernente le persone fisiche di cui agli artt. 127, 291, comma 1, e 292 c.p.p.; nonché all'art. 91 norme att. c.p.p. In particolare, l'art. 47 cit. individua nel giudice che procede l'autorità competente ad applicare e revocare le misure cautelari, nonché a modificarne le modalità esecutive. Se – poi - dette misure debbano essere decise nel corso delle investigazioni pubbliche, allora provvederà il giudice per le indagini preliminari. In tal caso, essendo stata la misura cautelare richiesta fuori udienza, il giudice sarà tenuto a fissare un'udienza apposita ed a farne dare avviso al pubblico ministero, all'ente e ai difensori.

Per quanto concerne la valutazione del sistema di sanzioni e di misure cautelari previsto dal d. lgs. n. 231/2001 – con particolare riferimento alla sua efficacia in relazione agli eventi di corruzione internazionale - è opinione diffusa che tale apprezzamento non possa non essere negativo. Difatti, nonostante le molteplici disposizioni al riguardo, bisogna constatare che è generalmente facile provvedere alla sostituzione delle persone fisiche che hanno commesso il delitto presupposto della responsabilità societaria. Di conseguenza, è inevitabile che si verifichi un'immunità di fatto della persona giuridica, essendo detta responsabilità prevedibile già prima che sia commesso il fatto penalmente illecito; e ciò soprattutto in quanto il

soggetto fisico è chiamato a svolgere un ruolo strumentale che rispetto ai fini dell'organizzazione.

Per di più, nell'eventualità in cui la commissione dell'illecito abbia fatto acquisire alla *societas* un profitto, questo potrebbe anche non essere soggetto a reazioni di carattere sanzionatorio o recuperatorio. Inoltre, l'obbligazione civile di cui all'art. 197 c.p. è determinata in conformità alle condizioni economiche dell'autore-persona fisica. Per di più, in ragione della natura sussidiaria di tale responsabilità, la persona giuridica è chiamata al pagamento della multa o dell'ammenda solo se risulta che il reo è insolvente. Ne deriva che il profitto assicurato all'impresa da un comportamento illecito raramente viene colpito; onde ne risulta un'insufficienza del sistema tutt'altro che trascurabile, in un'ottica general - preventiva.

Ciò premesso, la presente indagine deve ora riguardare la più generale tematica delle garanzie difensive che spettano all'ente nel procedimento cautelare penale contro di lui. Tra queste ultime, un posto di primo piano assume il contraddittorio anticipato previsto ai fini dell'eventuale applicazione di una misura interdittiva. Tale contraddittorio preventivo può essere senz'altro definito come la peculiare e più importante caratteristica del procedimento cautelare nei confronti dell'enti. La competenza a decidere circa l'adozione o non della cautela è naturalmente attribuita ad un giudice; il quale disporrà al riguardo avendo acquisito, attraverso l'audizione delle parti, gli elementi di valutazione necessari. Secondo la *Relazione ministeriale al decreto*, la previsione del contraddittorio anticipato in sede cautelare trova la sua *ratio* giustificatrice nell'esigenza di potenziare le garanzie difensive. La previsione di un contraddittorio preventivo - secondo uno schema che implica il confronto dialettico tra le parti tempestivamente convocate e poste in grado di far valere contestualmente le proprie ragioni nell'ambito del procedimento cautelare nei confronti della persona giuridica - si presenta come spiccatamente innovativo rispetto al paradigma generale stabilito dal codice di rito per le persone fisiche; difatti, quest'ultimo

modello prevede un contraddittorio differito, in ragione del carattere “a sorpresa” proprio dei provvedimenti cautelari contro le persone fisiche. Sotto questo profilo, sembrerebbe che l’ente imputato goda di un livello di garanzia maggiore rispetto a quello riservato all’imputato; il quale ultimo, invece, subisce “l’effetto sorpresa” derivante dall’esecuzione dell’ordinanza coercitiva; e può esercitare il suo diritto di difesa solo quando il provvedimento limitativo della libertà personale è ormai efficace. Per quanto concerne la sua difesa, dunque, l’ente può sfruttare il contraddittorio preventivo al fine di dimostrare d’aver adottato, prima della commissione del reato, un modello organizzativo idoneo a prevenire la commissione dell’illecito. L’avvenuta adozione e l’efficace attuazione dei modelli preventivi, difatti, possono condurre ad escludere la responsabilità del soggetto collettivo. Il sistema delineato dal d.lgs. n. 231/2001 prevede, inoltre, talune condotte riparatorie *post factum*, che, se poste in essere nell’ambito dell’udienza cautelare, possono evitare l’applicazione di misure interdittive a carico dell’ente. La persona giuridica può, inoltre, chiedere una sospensione del provvedimento cautelare per poterle realizzare. L’udienza in discorso, infine, può essere la sede naturale perché il giudice procedente, valutati i presupposti stabiliti dal legislatore delegato (art. 15), possa surrogare la misura cautelare con il commissariamento giudiziale dell’ente.

Circa le conseguenze, nell’ambito del procedimento cautelare *de societate*, dell’omissione del contraddittorio preventivo, il Tribunale del riesame di Palermo, a seguito di appello presentato dal pubblico ministero, è pervenuto ad una soluzione ampiamente condivisibile nel suo nucleo essenziale, sebbene presenti aspetti che inducono a talune riflessioni. Nel caso di specie, infatti, il suddetto Tribunale, ribadito il valore del contraddittorio (indicato <<*quale elemento connotante il procedimento decisionale del giudice, che soltanto dopo aver sentito le parti contrapposte è in grado di pronunciare una decisione*>>), ha dichiarato la nullità dell’ordinanza cautelare pronunciata *de plano*, ossia

senza essere stata preceduta da una adeguata dialettica in apposita udienza. Infatti – si è addotto –, la mancata instaurazione del contraddittorio, preliminarmente alla decisione nei riguardi dell'ente, ha determinato, per il legale rappresentante di quest'ultimo, l'impossibilità di spiegare davanti al giudice di merito le proprie ragioni, contrapposte a quelle del pubblico ministero. Rilevata tale omissione, il suddetto Tribunale ha dichiarato, *ex art. 127 comma 5 c.p.p.*, la nullità del provvedimento cautelare emesso senza previo contraddittorio. Se una simile decisione è senz'altro da condividere laddove ravvisa nella fattispecie un'ipotesi di nullità, possono nascere dubbi in ordine alla natura di tale invalidità; al riguardo, sembra opportuno distinguere a seconda che si consideri la posizione della difesa oppure quella del pubblico ministero. Rispetto a quest'ultimo, può ritenersi sussistente, ai sensi dell'art. 178 lett. *b* c.p.p., una nullità generale a regime intermedio, essendo stata violata una disposizione relativa alla sua partecipazione al procedimento. Il contraddittorio, infatti, nel sistema cautelare di cui al d. lgs. n. 231/2001, non si configura soltanto come una garanzia difensiva, bensì anche come un metodo in grado di assicurare una maggiore ponderatezza alla decisione; pertanto, la sua inosservanza può ledere i diritti dell'accusa.

Seguendo l'impostazione processualistica del terzo capitolo, nel capitolo successivo si tratterà diffusamente un'altra questione oggetto di un vivace dibattito in giurisprudenza: l'azione di responsabilità civile nei confronti dell'ente imputato. Questa tematica appare caratterizzata da una particolare complessità, resa evidente dal susseguirsi degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul punto. Ad oggi, tanto la dottrina prevalente quanto la consolidata giurisprudenza escludono che la costituzione di parte civile sia ammissibile nel processo intentato nei confronti dell'ente; e ciò per molteplici ragioni. In primo luogo, l'ente non può considerarsi come l'autore del reato, in ragione del fatto che il delitto – presupposto è commesso:

- a) da persone fisiche che nell'ente esercitano un ruolo apicale; vi hanno cioè una funzione di rappresentanza, amministrazione, direzione (anche soltanto di un'unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria); oppure da
- b) dipendenti dell'ente stesso, cioè da coloro che risultano sottostare all'altrui direzione o vigilanza.

Ed ancora, l'art. 59 del decreto stabilisce che, nell'eventualità in cui il pubblico ministero proceda contro l'ente, occorre che la contestazione a questo dell'illecito amministrativo contenga:

- a) gli elementi identificativi della *societas*;
- b) l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto che può comportare l'applicazione delle sanzioni amministrative, con l'indicazione del reato da cui l'illecito dipende, dei relativi articoli di legge e delle fonti di prova.

Per di più, nemmeno nell'art. 61 co. 2 d.lgs. n. 231/2001, concernente il decreto di rinvio dell'ente a giudizio, vi è un qualsiasi riferimento alla persona offesa; laddove, invece, l'art. 429 co. 1 lett. a c.p.p. prevede che l'omologo provvedimento a carico dell'imputato - persona fisica debba indicare - tra l'altro - anche le generalità delle parti private diverse dal suddetto prevenuto; fra le quali - evidentemente - rientra anche la parte civile. Del resto, si ritiene che l'inammissibilità della costituzione di parte civile nel processo *de societate* derivi anche da quanto sancisce l'art. 185 c.p.; secondo cui è obbligato da responsabilità civile soltanto chi ha commesso un illecito penale da cui sono derivate conseguenze dannose, patrimoniali o anche non patrimoniali.

Sembra necessario ora soffermarsi su di un'ordinanza pronunciata da un giudice di merito, che, suscitando interesse nella dottrina, ha riaffermato ancora una volta l'inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente - imputato *ex d.lgs. n. 231/2001*, escludendo che la responsabilità societaria possa essere considerata

<<*causalmente e direttamente efficiente*>>rispetto alle condotte degli autori fisici del reato ed esser identificata con queste. Peraltro, l'interpretazione dell'art. 83 c.p.p. fornita dallo stesso provvedimento è soggetta alle seguenti obiezioni:

- a) è poco plausibile l'equiparazione tra l'ente incolpato ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 ed il soggetto fisico imputato;
- b) neppure appare plausibile l'argomentazione sostanzialistica sulla cui base si avvalora la lettura estensiva dell'art. 83 c.p.p.

A ciò va aggiunto che, nel caso di illecito societario, il reato svolge un ruolo di primo piano, da un punto di vista tanto strutturale quanto valoriale. Infatti, essendo imputato all'ente un determinato fatto antiggiuridico dipendente da delitto, quella che sorge in capo all'ente è – indirettamente – una responsabilità da reato. Quindi, per escludere l'ammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente, la migliore dottrina adduce che, nell'eventualità in cui si affermasse il contrario, si rischierebbe di appesantire il processo *de societate*; e ciò avverrebbe inutilmente, perché la domanda di risarcimento dei danni scaturenti dal reato potrebbe comunque essere fatta valere nei confronti del suo autore individuale. Invece, l'ente potrebbe essere citato, ai sensi degli artt. 2049 c.c. e 83 c.p.p., come responsabile civile nel processo penale a carico dell'agente persona fisica. Tale tesi, sebbene convincente, non tiene in debita considerazione un ulteriore profilo, invece particolarmente degno di interesse: l'autonomia che contraddistingue il diritto ed il processo penale *de societate*.

Per contro, altra parte della dottrina ammette la costituzione di parte civile contro l'ente -imputato, ritenendo ingiustificata la contraria soluzione, in quanto discriminerebbe fra le vittime di fatti - reato e gli altri possibili danneggiati.

La Suprema Corte, con provvedimento dello scorso anno, ha confermato quanto da lei deciso precedentemente e poi recepito dalla giurisprudenza comunitaria, non ammettendo

la costituzione di parte civile nel processo instaurato a carico dell'ente ex d.lgs. n. 231/2001. Ad avviso della Suprema Corte, l'omissione non è dovuta a dimenticanza, ma corrisponde ad una consapevole scelta del legislatore. Di conseguenza, esclusa la costituzione di parte civile nel processo penale instaurato nei confronti dell'ente, si è ritenuto che, qualora tale azione sia stata invece esercitata e quindi l'ente sia stato condannato al risarcimento dei danni a favore degli attori, tale domanda sia nulla, così da travolgere anche il corrispondente capo della sentenza. La Cassazione ha così concluso avendo distinto nettamente il reato dall'illecito amministrativo. Infatti, il reato costituisce uno degli elementi che integrano l'illecito *de quo* (definibile pertanto come una fattispecie complessa), da cui deriva la responsabilità dell'ente. In una simile figura, allora, il reato (cui deve accompagnarsi la qualifica soggettiva della persona fisica e l'interesse od il vantaggio della *societas*) è solo uno dei presupposti fondamentali.

Infatti, affinché il fatto di reato dell'individuo determini anche l'illecito "amministrativo" dell'ente, occorre che l'agente sia inserito all'interno della società e che abbia operato nell'interesse di questa od a suo vantaggio. Dunque, soltanto la responsabilità "penale" potrà essere estesa dall'individuo all'ente collettivo. Pertanto, l'impossibilità di applicare le disposizioni di cui agli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p. deriva dal fatto che presupposto per la costituzione di parte civile è la commissione del delitto, e non anche quella dell'illecito amministrativo. In conclusione, gli argomenti più recentemente portati dai giudici di legittimità sembrano essere persuasivi, in quanto si basano, da un lato, sul testo medesimo delle norme in tema di responsabilità "amministrativa" della persona giuridica; e, dall'altro, su di un'accorta lettura sistematica delle clausole generali concernenti l'esercizio dell'azione civile nel processo penale.