

ANTICIPAZIONI

FILIPPO RAFFAELE DINACCI

**La dimensione probatoria e del diritto al silenzio
nella disciplina della responsabilità
da reato degli enti.
Verso letture “osservanti” dei principi***

Il metodo probatorio riservato all'accertamento della responsabilità “penale” degli enti unitamente ad una criticabile regolamentazione del diritto al silenzio, espone la materia a degenerazioni decisorie. Di qui, in attesa di un intervento legislativo, l'esigenza di letture correttive che allineino la disciplina ai principi costituzionali ed europei.

The evidentiary dimension and the right to silence in the regulation of the criminal liability of entities. Towards "observant" readings of the principles

The evidentiary method reserved for ascertaining the “criminal” liability of entities, together with a objectionable regulation of the right to silence, exposes the matter to decisional degenerations. Hence, while awaiting a legislative intervention, the need for corrective readings to bring the rules in accordance with the constitutional and European principles.

SOMMARIO: 1. Introduzione: un sistema che degrada le forme di accertamento - 2. Scorcio probatorie e paradigmi repressivi - 3. Incertezza di disciplina, tra espansionismi giurisprudenziali e finalità punitiva - 4. Giusto processo, presunzione di non colpevolezza ed oneri dimostrativi: un cortocircuito - 5. L'insufficiente tentativo terapeutico dei correttivi giurisprudenziali - 6. Verso una lettura compatibile degli oneri probatori e delle regole di giudizio - 7. Lo scarso rispetto per il diritto al silenzio - 8. La tutela costituzionale e della Grande Europa: dall'inutilizzabilità da prova incostituzionale alla c.d. revisione processuale - 9. La presa di posizione della Piccola Europa - 10. Conclusioni.

1. *Introduzione: un sistema che degrada le forme di accertamento*

A vent'anni dall'entrata in vigore della responsabilità delle persone giuridiche il tema non è solo quello di tirare le fila della dimensione operativa ma anche quello di assumere consapevolezza. L'introduzione nel sistema di una forma di responsabilità collettiva avrebbe dovuto consigliare un legislatore più accorto. Se infatti è comprensibile la difficoltà di adattare alle tradizionali categorie giuridiche l'esigenza di repressione dei fenomeni tipici della società del rischio, era sicuramente auspicabile una maggiore attenzione ai modi dell'accertamento. Le regole che presiedono al medesimo non possono essere concepite con mero “*affaire*” regolamentare ma, al contrario, avrebbero dovuto essere orientate alla consapevolezza ideologica che le regole probatorie costituiscono espressioni di valori¹; e sono questi che devono presidiare

¹ Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume *La responsabilità da reato degli enti: profili dogmatici e politico criminali*, a cura di CORNACCHIA e CRESPO.

² Come correttamente osservato, il metodo con cui si «indaga» deve dunque costituire di per sé un valore perché - purificando il materiale della decisione - restringe il campo in cui si esercita l'arbitrio del giu-

non solo i risultati delle ricerche ma i modi di produzione della verità². Il fine dell'accertamento non è solo la scoperta del vero o la difesa della società ma è anche e soprattutto la necessità che il processo sia condotto "in un certo modo, secondo un certo rito, con l'osservanza di certe regole"³. E tali presidi culturali risultano ancor più opportuni nella misura in cui ci si muove in una forma di responsabilità collettiva cui corrisponde un forte declassamento dei criteri di imputazione personale posto che l'ente risponde in caso di fatto altrui per un fatto proprio. Si tratta di illeciti senza prova di colpevolezza in senso penalistico che orientano il microsistema introdotto dal D.lvo n. 231/01 verso parametri di prevenzione generale non retributivi, accompagnati da un "apparato sanzionatorio orientato non alla punizione ma alla prevenzione e neutralizzazione dei rischi"⁴. Quel che preme all'ordinamento è che l'ente adotti il modello preposto ad impedire i reati e che, sia pure successivamente, ripari danno ed offesa.

In tali evenienze, infatti, l'ordinamento è disposto a non punire o a sanzionare l'ente con una pena ridotta ad un terzo rispetto a quella prevista. In sostanza, la punizione a seguito dell'accertamento non pare essere nella logica del sistema che pretende, attraverso un *mixtum compositum* di prevenzione generale e prevenzione speciale, non tanto di punire ma di "riallineare" in corso d'opera l'ente indagato verso organizzazioni virtuose⁵. E per fare ciò l'elemento di "convincimento" è costituito dall'impiego di *instrumenta* cautelari. Gli stessi, infatti, risultano particolarmente persuasivi laddove si ponga mente agli effetti devastanti che possano produrre nella vita di un'impresa; il settore in cui vanno ad incidere, infatti, potrebbe condizionarne la possibilità di sopravvivenza⁶. Tutto ciò palesa un sistema che tende a "risolvere" la que-

dice». Così, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 24.

² Sul tema si rimanda a G. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale, Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, II, 1991, p. 221.

³ In tal senso M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 24. Da tempo si è affermato che il fine del processo penale non è quello di "affliggere di pena un reo in qualunque modo" muovendo una specifica critica "a chi a tempi nostri tiene il rito e le forme in conto di cerimonie vane, ripetendo sempre che il rito vero sta nella coscienza de' magistrati". Così NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, Livorno, I, 1843, p. 396.

⁴ Così esattamente M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, p. 1621.

⁵ Nel senso che il modello emergente del D.lvo 231/01 costituisce un modello di delitto riparato. v., ancora, M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, cit., p. 1622.

⁶ Si pensi agli effetti economici che può comportare l'applicazione di una misura interdittiva come: a) l'interdizione dall'esercizio dell'attività; b) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; c) il divieto di contrattare con la pubblica amministra-

stione in corso d'opera prescindendo del tutto da logiche di accertamento. Questo, infatti, nell'archetipo legislativo dovrebbe costituire una realtà residuale. Il "caso" deve essere risolto prima, attraverso il ricorso a logiche acquisite; devono lavorare gli "arnesi" del mestiere inducendo il sospettato ad accettare una soluzione sanzionatoria senza garantire adeguati meccanismi di verifica e confutazione. Tutto ciò, se da un lato spiega la scarsa attenzione che è stata riservata alla materia dell'accertamento presidiata da opinabili regole probatorie, dall'altro lato pone un serio problema posto che quelle regole probatorie, operano anche con riferimento alle cautele come momento anticipato di giudizio.

Il rilievo non consente, quindi, di ignorare la valutazione dei criteri epistemici adottati nel D.lvo n. 231/01.

2. *Scorciatoie probatorie e paradigmi repressivi*

Prima di una tale analisi occorre però rilevare come il quadro di disciplina consegua degli apparati regolamentari punitivi che vengono orientati non su base individuale bensì collettiva. Si accoglie una responsabilità diffusa nell'ambito della quale si diradano le conclusioni conoscitive e gli oneri dimostrativi che presidiano il sistema. Del resto, l'ideologia di fondo da cui muove la "regola" della responsabilità dell'ente è espressamente enunciata dai *conditores*, con il rilievo secondo il quale, nell'ipotesi «in cui, per la complessità dell'assetto organizzativo interno, non sia possibile ascrivere la responsabilità penale in capo ad un determinato soggetto, e ciò nondimeno risulti accertata la commissione di un reato, l'ente ne dovrà rispondere sul piano amministrativo: beninteso a condizione che sia ad esso imputabile una colpa organizzativa consistente nella mancata adozione ovvero nel carente funzionamento del modello preventivo»⁷. L'affermazione muove dalla considerazione in forza della quale, con riferimento alla criminalità d'impresa, l'autore del reato non è mai autore esclusivo del fatto e la struttura organizzativa complessa in cui opera ne rende difficile l'individuazione⁸ e, anche se individuato, ri-

zione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi. Del pari, si ponga mente alle conseguenze derivanti dalla nomina di un commissario giudiziale e ciò non solo per la previsione della confisca contemplata dall'art. 15 comma 4 D.lvo 231/01 ma anche perché la gestione dell'impresa da parte di un soggetto ad essa estraneo non consente di cogliere con adeguatezza le prospettive di gestione e quindi di profitto. Spesso le amministrazioni per mano dello Stato si risolvono, salvo casi particolari, in gestioni "conservative" incompatibili con l'esigenza di un mercato economico.

⁷ Così Relazione ministeriale al D.lvo n. 231/01, § 4

⁸ In tale direzione v. pure Raccomandazione n. R(88)18 adottata dal Comitato dei Ministri il 20 ottobre

sulta complesso il raggiungimento della prova individualizzante. Detto in termini più semplici, quel che si lamenta è la difficoltà non solo di identificare il soggetto responsabile ma di fornire un'adeguata prova del concorso nell'ambito della struttura societaria in cui opera. Può non piacere ma, *expressis verbis*, si riconosce che l'estensione della responsabilità all'ente costituisce una semplificazione probatoria. La logica è quella di chi, a fronte di una difficoltà dell'accertamento, anziché pretendere un lavoro di qualità sulla prova, estende la responsabilità a terzi, assoggettati a criteri di imputazioni decisamente più "comprensivi". Tutto ciò conduce ad un degrado dei valori ideologici dell'accertamento ai fini di rendere più semplice l'affermazione di una responsabilità. Per convincersene ulteriormente, si consideri il completo abbandono della logica minimalista che aveva caratterizzato in origine l'individuazione dei reati presupposti; nel tempo, infatti, non solo si è assistito ad un'estensione dei medesimi ma si annovera l'introduzione di reati poco familiari ad una dimensione societaria⁹. Di qui l'ulteriore conferma della volontà di utilizzare lo strumento di cui al D.lvo n. 231/01 con finalità repressive.

Del resto, è sintomatica a tal fine la scelta legislativa di attrarre l'accertamento della violazione organizzativa dell'ente nel settore penalistico. Pur essendo la legge delega 29 settembre 2000 n. 300 caratterizzata da una lunga intitolazione di richiamo di vari atti internazionali¹⁰, è possibile rilevare come i medesi-

1988 e il secondo protocollo alla Convenzione del 26 luglio 1995 relativo agli interessi finanziari dell'Unione Europea dove, nel sottolineare la crescente difficoltà nell'identificare le persone fisiche responsabili del reato d'impresa a causa della complessità delle strutture organizzative, si ribadisce la necessità di prevedere una responsabilità autonoma degli enti rispetto a quella degli agenti persone fisiche.

⁹ Si pensi, esemplificativamente, ai delitti di criminalità organizzata; a quelli caratterizzati da finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico; a quello relativo alle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili; ai delitti contro la personalità individuale ovvero a quelli relativi al razzismo o alla xenofobia ed infine a quelli di induzione a non rendere dichiarazioni o a renderle mendaci all'autorità giudiziaria.

¹⁰ La legge delega n. 300 del 2000 reca: «Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K. 3 del Trattato dell'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997. Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica».

mi non impongano agli Stati membri di introdurre una responsabilità penale diretta delle persone giuridiche¹¹. Se tale scelta è stata fatta è quindi espressione dell'autonomo esercizio del potere legislativo dello Stato interno che, sul punto, non doveva conformarsi ad alcun obbligo europeo¹².

3. *Incertezza di disciplina, tra espansionismi giurisprudenziali e finalità punitiva*

L'opzione panpenalizzante, seppur in linea con i poteri discretivi del legislatore, avrebbe forse imposto una maggiore attenzione alla individuazione della disciplina della responsabilità degli enti. Questa, infatti, si caratterizza per una "doppia velocità". Mentre l'apparato sostanziale dell'illecito dipendente da reato appare sufficientemente articolato si deve, per contro, segnalare come la regolamentazione processualistica risulti abbandonata ad un mero giudizio di compatibilità. Si legge, infatti, nell'art. 34 D.lvo n. 231 del 2001 che per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato "si osservano le norme di questo capo nonché, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale" e le relative norme di attuazione. Si è di fronte ad una scelta minimalista della regolamentazione; scelta che appare distonica rispetto alla volontà di individuare nella giurisdizione penale il luogo elettivo per l'accertamento per l'illecito da reato. Conclusione questa ancor più predicabile alla luce di quella considerazione espressa nella relazione al decreto legislativo laddove si giustifica il ricorso al giudice penale, in ragione dell'insufficienza dei "poteri istruttori riconosciuti alla pubblica amministrazione nel modello procedimentale delineato dalla L. n. 689 del 1981 rispetto alle esigenze di accertamento che si pongono all'interno del sistema di responsabilità degli enti"¹³. Tuttavia, se si coglie l'importanza dei maggiori poteri penalistici di accertamento, era doveroso porsi il problema di una disciplina che non si limitasse ad una semplice tecnica di richiamo al codice "in quanto compatibile". L'opzione codificativa rivela, sul piano ideologico, un ritorno al regime della prova concepita come mero aspetto regolamentare deprivato dei

¹¹ Per un'analisi in tal senso dei vari provvedimenti si rinvia a G. VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti*, in: G. LATTANZI-P.SEVERINO (a cura di), *Responsabilità di reato degli enti*, vol. II, Torino, 2021, pp. 4 e 5.

¹² Sul punto cfr. A. GIARDA, *Un sistema ormai a triplo binario: la giurisdizione penale si amplia*, in AA.VV. *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 193; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato (dal D.lgs n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino, 2006, p. 20.

¹³ Così Relazione ministeriale al D.lvo. n. 231/01, § 15.

valori insiti nei modi di conoscenza giudiziale¹⁴. E questa, a ben vedere, è la base culturale che dà la stura a spregiudicate inversioni dell'onere probatorio consustanziali a garantire quelle scorciatoie conoscitive che caratterizzano la dimensione probatoria della c.d. responsabilità degli enti.

Come se non bastasse, la tecnica del richiamo alle regole codicistiche ha il risultato di affidare l'applicabilità di una regola al giudizio di compatibilità con le disposizioni del codice. Occorre cioè inerpinarsi nel difficile rapporto tra norma generale e norma speciale e, inoltre, analizzare i criteri di compatibilità delle rispettive discipline che potrebbero trovare espansione a fronte di un vuoto normativo. Infatti, se già il rapporto norma generale - norma speciale può trovare soggettivismi interpretativi, la situazione è destinata ad amplificarsi laddove ci sia una specialità reciproca, per non parlare dell'evenienza in cui la situazione giuridica ha una disciplina autonoma ma solo con riferimento ad alcune situazioni ad esclusione di altre. Pertanto, la necessità di regolamentare anche queste ultime pone delicati problemi interpretativi, che variano da caso a caso, su quale debba essere la norma di cui occorre garantire l'applicabilità. Al di là delle segnalate problematiche esegetiche, quel che preoccupa è la circostanza che le medesime risultano foriere di un alto tasso di soggettività delle decisioni¹⁵. Il tema non involge solo profili di incertezza operativa ma travolge la materia verso forme di diritto giurisprudenziale. Questo, è noto, realizza momenti di espansionismo interpretativo soprattutto quando il quadro di disciplina non risulta adeguatamente descrittivo. E, a ben vedere, una produzione legislativa plurivoca, semanticamente incerta ed asistemica incentiva momenti di creazionismo esegetico. Il medesimo, del resto, si sviluppa a fronte di una norma indeterminata in cui la inevitabile molteplicità dei significati in essa contenuti emerge nel momento di applicazione della stessa al fatto concreto o meglio all'accadimento della vita reale che è chiamata a disciplinare. Tutto ciò nel settore processual penalistico assume particolare rilevanza in ragione dell'assoggettamento dello stesso al principio di legalità enunciato dall'art. 111 comma 1 Cost., il quale funge da limite all'argomentazione giudiziaria. Pertanto, quando il prodotto normativo non si concilia con il principio di tassatività, si generano esperienze processuali anarchiche e si introducono

¹⁴ Sul tema, in genere, sia consentito il rinvio a F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, p. 21.

¹⁵ Basti considerare, in via esemplificativa, le contrastanti opinioni che si sono sviluppate in tema di costituzione di parte civile, di accesso ad alcuni riti alternativi, di iscrizioni nel registro delle notizie di reato, di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione nei confronti dell'ente.

connotati repressivi a forma libera che attengono non solo al risultato ma anche ai modi attraverso cui il medesimo è raggiunto. Ne deriva l'accrescimento della dimensione potestativa del giudizio. In sostanza, il grado di decidibilità di una verità giuridica di una pronuncia è direttamente «proporzionale al grado di tassatività della norma da essa applicata e inversamente proporzionale allo spazio richiesto all'argomentazione interpretativa»¹⁶. Dove si è al cospetto di una indeterminatezza della lingua legale, lo spazio dell'argomentazione è amplissimo ed il potere giudiziario ha buon gioco nel convertirsi da potere di applicazione della legge tramite una corrispondenza ai fatti in potere dispositivo di creazione di nuovo diritto¹⁷. Ed è questo il rischio proveniente dalla crisi della legge e dal ruolo di limitazione dell'arbitrio svolto dal principio di legalità. La situazione assume toni preoccupanti ove si consideri l'accentuato potere nomofilattico che l'art. 618 comma 1 *bis* c.p.p. ha introdotto nell'ordinamento. In ragione del medesimo, non sono ammissibili norme plurivoche dal difficile coordinamento applicativo. E ciò tanto più in tema di "modi" dell'accertamento probatorio che, costituendo un limite all'esercizio del potere, concretizza uno strumento di garanzia¹⁸.

L'argomento è presidiato dalla consapevolezza secondo cui «qualunque uomo che ha un potere è portato ad abusarne, (e) va avanti finché non trova dei limiti» e pertanto «perché non si possa abusare del potere bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere»¹⁹. Ed è proprio questa la funzione del principio di legalità, il quale, nel campo processuale, impone un controllo normativo sul metodo di accertamento processuale proprio al fine di evitare degenerazioni decisorie. E, nonostante ciò, chi non sia in contatto quotidiano con la realtà operativa non può nemmeno immaginare fino a che punto sia possibile «falsare il significato di una norma, ottenere decisioni che facciano dire bianco alla legge laddove diceva nero» ovvero giungere a decisioni estranee alla lettera della legge²⁰. Si assiste così ad un concreto operare in cui si passa disinvoltamente dall'affermazione della supremazia della legge a quella del potere del magistrato; e, quando il potere non incontra limiti e/o

¹⁶ Così L. FERRAJOLI, *Contro la giustizia creativa*, in *Quest. giust.*, 2016, n. 4, p. 14.

¹⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 10^a ed., 2011, p. 36.

¹⁸ Potere e limite costituiscono un'endiadi solo per la povertà del linguaggio. Così, M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 642.

¹⁹ Così MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), parte seconda, Libro XI, Milano, 2009, pp. 309-310.

²⁰ Così M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 652, laddove si osserva il passaggio «da un sistema concepito e giustificato sulla supremazia della legge, in uno sempre più direttamente imperniato sul potere del magistrato; un potere che viene postulato come "diverso", come immancabilmente affidabile e, perciò, come superiore».

responsabilità, si assumono “doti messianiche”, funzioni di “bonificazione sociale” che producono un “uso alternativo del diritto”²¹. Di fronte al testo normativo non gradito si ragiona in termini di “risposta giudiziaria” tendente a disapplicare il comando giuridico²². Si è ben al di là di quella concezione della giurisprudenza quale «coscienza sociale del tempo»²³, sulla base della quale, pur postulandosi un immanente nesso spirituale che «in ogni società organizzata intercede tra coscienza sociale e giurisprudenza»²⁴, si ammoniva sul fatto che «le massime di decisione non sono norme giuridiche»²⁵.

Emerge quindi come la “spensieratezza” sistematica del legislatore del 2001 corra il concreto rischio di svendere la disciplina al diritto giurisprudenziale, e ciò a dispregio di specifici limiti costituzionali. L’esigenza di certezza del diritto e dei modi dell’accertamento avrebbe, invero, imposto un impianto normativo autosufficiente che non lasciasse spazi a forme di diritto creativo.

La circostanza che tutto ciò non sia stato fatto fa emergere un disegno di fondo della responsabilità ex D.lvo n. 231/01 che le assegna una specifica funzione di recupero punitivo a fronte di azioni penali fallite²⁶.

Sul piano assiologico potrebbe azzardarsi il paragone, almeno nelle finalità, alle misure di prevenzione *praeter delictum*. Anche qui il rispetto del metodo probatorio è molto precario; si costruisce una forma di responsabilità oggettiva non sulla base di specifici criteri di imputazione, bensì in forza di semplificazioni e presunzioni probatorie

4. *Giusto processo, presunzione di non colpevolezza ed oneri dimostrativi: un cortocircuito*

Se così è, compito dell’interprete è quello di verificare l’effettiva operatività

²¹ Sul tema cfr. G. TARELLO, *Sullo stato dell’organizzazione giuridica: intervista a Giovanni Tarello*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 62.

²² Su tali questioni si rimanda alla puntuale ricostruzione di A. PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell’ipotesi, il paradigma dell’interesse*, Cedam, Padova, 2016, p. 200 e ss.

²³ Così E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, VI ed., II, Giuffrè, Milano, 1990, p. 858.

²⁴ In tal senso E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, cit., p. 859.

²⁵ Così ancora E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, cit., p. 862.

²⁶ Basti pensare al diverso regime della prescrizione contemplato dall’art. 22 D.lvo n. 231/01 ed alla precisione dell’art. 8 comma 1 lett. a) del medesimo provvedimento legislativo laddove prevede la possibilità di pervenire ad una punizione dell’ente anche se l’autore del reato sensibile non è stato identificato.

Con specifico riferimento alla prescrizione dell’illecito dell’ente non sono mancate voci critiche espressione di un disagio dell’operatore del diritto che non ha mancato di rilevare le frizioni di costituzionalità che tale opzione normativa evidenzia. Sul punto cfr. U. DINACCI, *La prescrizione dell’illecito dell’ente: alla ricerca di una lettura ragionevole tra inquadramenti sistematici, dato positivo e limiti costituzionali*, in *questa rivista*, 2020, 2, p. 31 e ss.

nella responsabilità *ex* 231 dei principi del giusto processo e della presunzione di non colpevolezza.

Il tema coinvolge direttamente la disciplina degli oneri dimostrativi i quali, come noto, risultano presidiati dalla presunzione costituzionale di cui all'art. 27, comma 2, Cost.; presunzione che, secondo il lessico costituzionale, è riservata all'imputato, ma ciò non toglie che la medesima tuteli anche l'ente non foss'altro per l'espreso tenore dell'art. 35 D.lvo 231/01 in forza del quale "all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato in quanto compatibili". E, sul punto, non emergono schemi di incompatibilità di disciplina che consentano di affermarne un rapporto di esclusione²⁷. Quindi, appurato che la presunzione di non colpevolezza è applicabile anche all'ente, appare necessario richiamare la giurisprudenza sovranazionale laddove precisa come la presunzione in discorso esiga «tra l'altro, che nello svolgere le loro funzioni i membri dell'organo giudicante non partano dall'idea preconcepita che il prevenuto ha commesso il reato per cui lo si persegue; l'onere di prova pesa sull'accusa e il dubbio va a vantaggio dell'accusato; inoltre l'accusa ha il dovere di indicare all'interessato gli addebiti di cui gli si farà carico»²⁸.

L'orientamento europeo conserva attualità anche dopo l'adozione della direttiva UE 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016²⁹. In quella sede, infatti, se da un lato si ratifica in tema di presunzione di non colpevolezza la consolidata giurisprudenza della Corte europea, dall'altro lato si precisa come i relativi diritti che sorgono in capo alle persone fisiche non sono riconoscibili allo stesso modo con riferimento alle persone giuridiche. Tuttavia si puntualizza come debbano estendersi alle persone giuridiche le garanzie enunciate dalla giurisprudenza della Corte ed in tra le quali quella del *dubio pro reo*³⁰.

Si evidenziano quindi indicazioni sovranazionali che invitano ad un rispetto del quadro di disciplina discendente della presunzione di non colpevolezza e, per quel che qui interessa, prima fra tutti, del conseguente onere della prova³¹.

²⁷ In questa direzione cfr. H. BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Torino, 2018, 51; A. FIORELLA-N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello «spazio globale»*, Torino, 2018, p. 79.

²⁸ Così Corte edu, 6 dicembre 1988, Barberà, Messegue e Jabardo c. Spagna.

²⁹ In tal senso, A. FIORELLA-N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 81.

³⁰ Cfr. *Consideranda* da 13 a 15 della Direttiva UE 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio.

³¹ Sul tema, in genere, si rimanda a A. GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettiva di indagine*, in *Giust. pen.*, 1975, c. 517 ove si precisa che "fra le regole del gioco vi è quella, preminente ed essenziale, che la prova va offerta e prodotta da chi accusa. L'onere della prova incombente sull'organo statale persecutore si staglia in nitida sagoma, ineliminabile in ogni vicenda processuale, potendo solo in tal modo infirmarsi quella presunzione di innocenza che nel piano dei principi costituzionali costitui-

E, sul punto, la legislazione della responsabilità degli enti non sembra fornire risposte consone. L'art. 6 D.lvo n. 231/01, infatti, in caso di commissione di un reato presupposto da parte di un organo apicale, dispone espressamente che «l'ente non risponde se prova che ...». Tralasciando per il momento i contenuti della prova liberatoria, la semplice analisi del tenore lessicale della disposizione evoca un onere a carico dell'indagato/imputato³². Conclusione questa confermata dalla stessa relazione ministeriale nella misura in cui ha precisato come la particolare qualità degli autori materiali dei reati abbia «suggerito al delegato l'opportunità di differenziare il sistema rispetto all'ipotesi in cui il reato risulti commesso da un sottoposto, prevedendo nel primo caso una inversione dell'onere probatorio. In altri termini, si parte dalla presunzione (empiricamente fondata), nel caso di reato commesso da un vertice, che il requisito “soggettivo” di responsabilità dell'ente sia soddisfatto, dal momento che il vertice esprime e rappresenta la politica dell'ente; ove ciò non accada, dovrà essere la *societas* a dimostrare la sua estraneità e ciò potrà fare soltanto provando la sussistenza di una serie di requisiti tra loro concorrenti»³³.

La presa di posizione è resa esplicita dalla confessata consapevolezza che si è in presenza di un onere probatorio «non agevole [...] praticamente impossibile nel caso di ente a base manageriale ristretta [...]»³⁴. Il rilievo svela la reale filosofia della regola normativa, la quale è stata adottata nella consapevolezza di introdurre una *probatio diabolica* e quindi con la volontà di facilitare un percorso punitivo.

Tale realtà è destinata ad amplificarsi se solo si pone mente al tasso di indeterminatezza delle situazioni elencate nell'art. 6 D.lvo n. 231/01, capaci di escludere la presunzione di colpevolezza in quella sede introdotta. Tutto ciò conduce ad ampi margini di discrezionalità applicativa che consentono spazio libero e, soprattutto, non controllabile, al formante giurisprudenziale. Non appare controvertibile che, dal momento in cui si lavora su parametri incapaci

sce il presupposto implicito e peculiare del processo”. Da ultimo, per una ricostruzione dell'istituto cfr. L. TAVASSI, *L'onere della prova nel processo penale*, Padova, 2020, p. 109.

³² Sull'argomento cfr. L. TAVASSI, *L'onere della prova nel processo penale*, cit., p. 252, dove puntualizza come l'introduzione di un onere probatorio a carico dell'ente “proiett(i) la disciplina [...] verso una rotta di collisione con il dettato costituzionale, considerando che in un accertamento di responsabilità svolto secondo le modalità del processo penale di certo non si possono ammettere deroghe alla presunzione di innocenza che rappresenta una garanzia indefettibile di sistema, anche quando sia una persona giuridica, una società o un'associazione”. Già in tal senso, v. O. MAZZA, *Sull'art. 66-68*, in AA.VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. CADOPPI, G. GARUTI, P. VENEZIANI, Torino, 2010, p. 729.

³³ Cfr. Relazione ministeriale al D.lvo n. 231/01, § 3.4

³⁴ Così ancora Relazione ministeriale cit., § 3.4

ad individuare criteri di predeterminazione legale, il controllo potrà avvenire solo sul rispetto delle forme e non sui contenuti sostanziali del giudizio espresso. La situazione consente l'elusione di una qualsivoglia concreta attività di verifica sulla decisione adottata. Per convincersene è bastevole considerare gli elementi "liberatori" elencati nell'art. 6 D.lvo n. 231/01. In quella sede si fa riferimento alla circostanza che l'organo dirigente abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; oppure che le persone le quali hanno commesso il reato abbiano eluso fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; ed ancora che vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo dell'ente dotato di autonomi poteri.

E sufficiente l'analisi terminologica di tali temi probatori per coglierne la loro evanescenza. Gli stessi si caratterizzano per un onere dimostrativo che non attiene alla prova di un fatto, bensì si esaurisce in una mera valutazione sul fatto. In sostanza, la prova che si richiede non è la circostanza di fatto ma il valore che connota quella circostanza. Così, però, si degrada in un vero giudizio di valore che perde ogni caratteristica di oggettività e viene a dipendere da valutazioni soggettive. Del resto, non si comprende quale oggettività possa garantire un giudizio sul se il modello è stato "idoneo a prevenire reati". Del pari, quale parametro può guidare la valutazione sulla "insufficiente vigilanza" da parte dell'organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa; ed, infine, anche la prova che le persone responsabili del reato presupposto abbiano eluso fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione rischia di risolversi in un giudizio giuridico. In sostanza, senza voler qui addentrarsi ulteriormente nelle specifiche fattispecie "liberatorie"³⁵, quel che emerge è che le medesime non attengono alla dimostrazione di un fatto ma richiedono, con riferimento a quel fatto, una valutazione disancorata da parametri legali di riferimento: si

³⁵ Per completezza informativa, si rappresenta che ai sensi dell'art. 16 D.lvo n. 231/01 le medesime sono individuabili nelle circostanze che:

- a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;

d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera *b*).
 Allo stesso modo con l'art. 7 comma 2 D.lvo n. 231/01 si prevede un'efficacia liberatoria se l'ente «ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi».

scivola così verso un giudizio “potestativo” ben distante da quel giudizio di “corrispondenza ai fatti” che costituisce un criterio di valore in grado di consentire la confutabilità della prova e l’effettiva controllabilità della decisione. In tal modo, però, il prodotto legislativo espone a forme di intuizionismo giudiziario che apre la strada ad affermazioni di responsabilità fondate sull’archetipo logico secondo cui se il reato presupposto si è realizzato il modello non era efficacemente attuato³⁶. Si sostituisce, in sostanza, la valutazione *ex ante* con quella effettuata *ex post*, rinvenendo il risultato probatorio della mancata prova del fatto impeditivo della responsabilità non nei fatti descritti dall’art. 6 D.lvo n. 231/01 ma nella circostanza che il reato presupposto è stato realizzato. Così facendo, però, si perviene a devianze conoscitive che introducono forme di automatismo valutativo fondato su percorsi gnoseologici non consentiti. La realtà è che la fattispecie sostanziale di riferimento, per come conosciuta, costituisce di per sé uno strumento di elusione degli ortodossi metodi probatori.

5. *L’insufficiente tentativo terapeutico dei correttivi giurisprudenziali*

Probabilmente consapevoli delle inadeguatezze della struttura normativa dell’art. 6 D.lvo n. 231/01, anche in ragione delle frizioni che il medesimo genera con gli obblighi europei, il massimo organo nomofilattico ne ha fornito una lettura correttiva. In quella sede si è infatti precisato che «nessuna inversione della prova è ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell’ente, gravando comunque all’accusa la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che riveste una delle qualità di cui all’art. 5, e la carente regolamentazione interna dell’ente, che ha ampia facoltà di prova liberatoria»³⁷.

In termini ancora più espliciti altra decisione dell’organo nomofilattico ha stabilito che «proprio l’enfasi posta sul ruolo della colpa di organizzazione e l’assimilazione della stessa alla colpa, intesa quale violazione di regole cautelari, convince che la mancata adozione e l’inefficace attuazione degli specifici modelli di organizzazione e di gestione prefigurati dal legislatore rispettivamente agli artt. 6 e 7 del decreto [...] non è un elemento costitutivo della tipicità dell’illecito dell’ente ma una circostanza atta *ex lege* a dimostrare che sussiste la colpa di organizzazione [...] la quale, però, sul piano concettuale non coincide con l’inesistenza di un idoneo ed efficace modello organizzativo di

³⁶ Per tale considerazione, cfr. G. LATTANZI-P. SEVERINO, Introduzione, in *Responsabilità da reato degli enti*, (a cura di) G. LATTANZI-P. SEVERINO vol. II, cit., p. XVIII.

³⁷ Così Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, E.H., in *Cass. pen.*, 2015, p. 426.

gestione; allo stesso modo in cui il fatto da provare non coincide con la circostanza che per presunzione legale vale a dimostrarlo».

Di qui la puntualizzazione secondo cui «incombe sull'accusa l'onere di dare dimostrazione della colpa di organizzazione»³⁸.

Si è indiscutibilmente al cospetto di una diortosi giurisprudenziale del dato di legge in forza della quale la Corte di cassazione pone a carico dell'accusa la carente organizzazione interna dell'ente. E non pare dubitabile che nel perimetro dell'organizzazione interna dell'ente rientrino, almeno per buona parte, i fatti impeditivi della responsabilità individuati dall'art. 6 D.lvo n. 231/01. Tuttavia il tema non può dirsi risolto proprio perché tra quei casi ve ne sono alcuni che non risultano ascrivibili ad una colpa di organizzazione. Si pensi all'art. 6 lett. c) e d) D.lvo n. 231/01 disciplinanti, rispettivamente, il caso dell'elusione fraudolenta o della carenza dell'attività di vigilanza delegata all'apposito organismo. Tali evenienze se incluse dalla disposizione in discorso tra i fatti che, se dimostrati, non conducono ad affermazione di responsabilità, non possono ritenersi comprese nei *dicta* giurisprudenziali che esonerano dall'onere di prova in capo all'ente indagato/imputato. In quella sede, infatti, si pone a carico dell'accusa l'onere di provare la «carente regolamentazione interna dell'ente»³⁹ o più espressamente la «colpa di organizzazione»⁴⁰. Se questo è il perimetro entro cui incombe al pubblico ministero un onere dimostrativo, non sembra sia annoverabile nello stesso la previsione relativa all'elusione fraudolenta ovvero alla carente attività dell'organismo di vigilanza. Partendo da quest'ultimo è sufficiente rilevare come il medesimo sia concepito quale organo terzo, distinto e distante dall'organizzazione dell'ente. Non a caso, l'art. 6 comma 1 lett. b) definisce l'organismo di vigilanza come organismo dell'ente dotato di «autonomi poteri di iniziativa e di controllo»; ed è proprio l'espressa previsione di autonomi poteri di iniziativa e di controllo a rendere ardita ogni esegesi diretta a far rientrare l'adeguatezza dell'attività dell'organismo in discorso in una colpa di organizzazione. Al medesimo risultato interpretativo si perviene anche avuto riguardo alla ipotesi dell'elusione fraudolenta. Qui l'argomento è in sé nella definizione lessicale. Se, infatti, l'elusione del modello deve essere caratterizzata da fraudolenza e, quindi, da una condotta capace ad ingannare i controlli, è difficile dimostrare una colpa di organizzazione salvo l'inadeguatezza del modello o la sua cattiva attuazione;

³⁸ Così Cass., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, in *Giur. pen. web*, www.giurisprudenzapenale.com, 6 settembre 2021.

³⁹ Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, E.H., cit.

⁴⁰ Cass., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, cit.

ipotesi, queste, però, rientranti nelle diverse fattispecie di cui all'art. 6 comma 1 lett. a) D.lvo n. 231/01.

Si delinea quindi un quadro di disciplina che, pur a fronte della precisazione giurisprudenziale che pone in capo al pubblico ministero un *onus probandi* sulla colpa di organizzazione, mantiene una residua parte di inversione dell'onere della prova avuto riguardo alle ipotesi della elusione fraudolenta e della inadeguata attività dell'organismo di vigilanza.

Tale realtà sembra sia stata colta dalla Corte nomofilattica quando, dopo aver enunciato che è onere del pubblico ministero dimostrare la «carente organizzazione interna dell'ente», ha precisato che quest'ultimo «ha ampia facoltà di prova liberatoria»⁴¹. Come a dire che residua, al di fuori dei temi relativi alla carente organizzazione interna dell'ente, un profilo di inversione dell'onere della prova. Il rilievo fa emergere ulteriori peculiarità costituite dalla considerazione secondo cui le evenienze che comunque onererebbero l'ente di una prova liberatoria attengono a condotte di terzi la cui mancata prevenzione non è imputabile ad una colpa di organizzazione. Si prospetta, così, una forma di responsabilità per fatto del terzo e priva di quella «colpevolezza» da cui non si può prescindere per una moderna concezione della punibilità.

6. Verso una lettura compatibile degli oneri probatori e delle regole di giudizio

La conclusione raggiunta evidenzia una di quelle situazioni in cui l'interprete deve dare fondo alle risorse esegetiche nel tentativo di allineare la disciplina ai comandi costituzionali. Inoltre, la persistente presenza di un'inversione dell'onere della prova in punto di accertamento di responsabilità dell'ente impone degli ulteriori correttivi interpretativi anche per non confliggere con le fonti sovranazionali. Sul punto, se è vero che la disciplina dettata dall'art. 6 del D.lvo n. 231/01 introduce una attribuzione di specifici oneri probatori che, quindi, andrebbero ricondotti nelle aree di impulso dell'imputato, è altrettanto vero che tale soluzione potrebbe condurre a ritenere sussistenti automatismi tra gli oneri di distribuzione dell'iniziativa probatoria e l'operatività delle regole di giudizio. Ma una tale conseguenza, se prospettabile ai sensi dell'art. 2697 c.c.⁴², non sembra sostenibile nell'ambito di disciplina proces-

⁴¹ Così Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, E.H., cit.

⁴² In quella sede si esplicita il principio dell'*affirmanti incumbit probatio*. Si statuisce infatti che «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda».

sual penalistica. Nel processo penale, infatti, la prova vale a prescindere dal soggetto che l'ha introdotta.

Ne deriva la necessità di limitare le assonanze col modello civilistico alle sole regole di partizione probatoria con conseguente esclusione delle diverse regole decisorie⁴³. Del resto, il tema del processo penale è la colpevolezza; ed infatti, in ragione di ciò, all'imputato viene sempre garantito un presidio in ordine alla decisione sul fatto incerto e ciò prescinde dal fatto che l'insufficienza dimostrativa si sia delineata a causa di prove dell'una o dell'altra parte. Non a caso nel processo penale non esistono oneri probatori ma solo "rischi della mancata prova". E tale rilievo trae origine dalla consapevolezza che mentre nel processo civile non sussiste un interesse ritenuto prevalente così non è nel processo penale. In quest'ultimo si disquisisce di un valore quale la libertà personale «dell'individuo di fronte alla potestà punitiva dello Stato» (artt. 13 e 27 comma 2 Cost.)⁴⁴. E tale forma di tutela sarebbe da estendere «ragionevolmente anche ai soggetti collettivi in virtù dell'esplicito riferimento alle "formazioni sociali" presente nell'art. 2 Cost.»⁴⁵.

In sostanza, il settore penalistico, con riferimento alla regola di giudizio, risente di profili di specificità derivanti da presidi costituzionali, primo fra tutti la presunzione di non colpevolezza. La situazione fa sì che venga meno qualsiasi forma di automatismo tra l'attività probatoria delle parti e gli esiti decisorii sul fatto incerto. Di ciò ne costituiscono diretta espressione le regole di giudizio enucleate negli artt. 529, 530, 531 e 533 c.p.p. secondo cui il fatto non pienamente provato deve sostenere il proscioglimento e non la condanna dell'imputato. L'impostazione risulta recepita anche nel microsistema normativo della responsabilità dell'ente laddove all'art. 66 si dispone che «se l'illecito amministrativo contestato all'ente non sussiste, il giudice lo dichiara con sentenza [...]. Allo stesso modo procede quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova dell'illecito amministrativo».

L'assonanza con le regole di giudizio previste nel codice di rito non appare contestabile; il problema semmai sorge nell'individuare il perimetro di azione del riferimento alla "prova dell'illecito amministrativo". Dal punto di vista strettamente lessicale il sintagma potrebbe indurre a ritenere esclusi da quelle regole di giudizio i fatti impeditivi e ciò in quanto, richiedendosi la prova dell'illecito amministrativo la medesima dovrebbe riguardare solo i fatti costi-

⁴³ In tal senso esattamente P.P. PAULESU, *Responsabilità penale degli enti e regole di giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 4-5, p. 843.

⁴⁴ Così puntualmente P.P. PAULESU, *Responsabilità penale degli enti e regole di giudizio*, cit., p. 843.

⁴⁵ Cfr. ancora P.P. PAULESU, *Responsabilità penale degli enti e regole di giudizio*, cit., p. 843.

tutivi di quell'illecito. Su tali presupposti si è sostenuto che «la disciplina della prova del fatto impeditivo, imposta dall'art. 6, è chiaramente derogatoria rispetto alla regola generale sancita dall'art. 530, comma 3, c.p.p.» in quanto nel processo penale a carico delle persone fisiche «il dubbio sulle esimenti, generato dalla prova insufficiente o contraddittoria, determina l'assoluzione dell'imputato; al contrario l'art. 6 richiede la prova (piena) degli elementi capaci di escludere la responsabilità dell'ente». E tale impostazione troverebbe una specifica conferma testuale nel fatto che «nell'art. 66 non si rinviene una previsione analoga a quella dell'art. 530, comma 3, c.p.p., essendo considerata solo l'ipotesi del dubbio incidente sugli elementi costitutivi, ma non su quelli impeditivi»⁴⁶. La presa di posizione, anche se elegantemente espressa, non pare resista ad un'analisi dell'art. 66 Dlgs. n. 231/01. In quella sede, infatti, se è indubbio che la regola giuridica si riferisca solo agli elementi costitutivi dell'illecito, ciò non può tuttavia condurre ad una incompatibilità di disciplina con l'art. 530, comma 3, c.p.p. Ed invero, il semplice silenzio in ordine alla regola di valutazione della prova dubitativa dei cc.dd. elementi negativi del reato⁴⁷, non conduce ad una volontà di esclusione della regola generale. Ed anzi, la mancata previsione, in assenza di indici di incompatibilità⁴⁸, evidenzia la non autosufficienza dell'art. 66 Dlgs n. 231/01 e, quindi, nel suo silenzio, l'espansione della regola valutativa di cui all'art. 530, comma 3, c.p.p. in forza della quale anche con riferimento ai fatti impeditivi il dubbio si risolve in una sentenza di proscioglimento⁴⁹.

Ne deriva che l'art. 66 del decreto sulla responsabilità dell'ente costituisce un *continuum* rispetto alle regole di giudizio contemplate nel codice di rito; soluzione, questa, imposta non solo dal significato del segno normativo, ma anche da un'esigenza di osservanza alla presunzione costituzionale di non colpevolezza.

Ed allora occorre partire proprio da tali regole per fornire una compiuta de-

⁴⁶ Così, O. MAZZA, *Sub artt. 66-68*, in AA.VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. CADOPPI, G. GARUTI, P. VENEZIANI, cit., p. 729. Nella stessa direzione, cfr. P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1845; C. SANTORIELLO, *Procedimento per l'accertamento della responsabilità amministrativa degli enti collettivi*, in *La giustizia penale differenziata*, a cura di C. SANTORIELLO, II, Torino, 2010, p. 327.

⁴⁷ Cfr. G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 35, laddove precisa che le cause di giustificazione non sono elementi negativi del fatto, ma cause di liceità dell'azione.

⁴⁸ Questo, infatti, è il criterio di valutazione per definire gli ambiti operativi della diversa disciplina imposto dall'art. 34 D.lvo n. 231/01 laddove effettua un espresso rinvio alle norme del codice di procedura penale "in quanto compatibili".

⁴⁹ In questa direzione, G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, p. 392.

finizione operativa della disciplina dell'art. 6 sulla responsabilità dell'ente. E, sul punto, se è chiaro che l'art. 6 D.lvo n. 231/01 è assoggettato alle indicate regole di giudizio, sostanzialmente recepite nell'art. 66 del medesimo decreto integrate da quelle contemplate in sede codicistica, deve comunque prendersi atto che il giudice può condannare l'ente solo se si è raggiunta la prova della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio da un lato, e deve assolvere se il quadro conoscitivo non sia idoneo a raggiungere quella soglia probatoria, dall'altro lato⁵⁰.

La conclusione non muta rispetto ai fatti impeditivi quali quelli delineati dall'art. 6 D.lvo n. 231/01. Il dubbio si risolve sempre a favore dell'imputato. Pertanto, per ottenere l'assoluzione, l'ente non deve dimostrare l'esistenza delle situazioni elencate nel menzionato articolo 6 ma è sufficiente che, in ordine alle stesse, possa adombrare un ragionevole dubbio. Emerge quindi come, al di là delle disposizioni disciplinanti la ripartizione degli oneri probatori, i medesimi debbano fare comunque i conti con le regole di giudizio proprie del processo penale e dell'art. 66 D.lvo n. 231/01⁵¹.

E qui si svela come, pur modificandosi l'ordine degli oneri probatori, il risultato potrebbe non cambiare. Il problema, infatti, evidenzia il punto di "svolta" non sull'esistenza di un onere probatorio bensì sul "grado" dimostrativo che lo stesso riesce a garantire. Viene così in rilievo lo *standard* probatorio del ragionevole dubbio. E, a ben vedere, lo stesso potrebbe ritenersi integrato nella semplice allegazione di prova da parte dell'ente in grado di prospettare la propria non punibilità⁵². L'onere invocato, infatti, non impone all'imputato di provare la sua innocenza bensì solo di "fornire le indicazioni e gli elementi necessari all'accertamento di fatti e circostanze altrimenti ignoti che siano in astratto idonei, ove riscontrati, a configurare in concreto la causa di giustificazione invocata, mentre incombe sulla pubblica accusa l'onere della "prova negativa", con la conseguenza che, nel dubbio sull'esistenza dell'esimenti, il giudice deve giungere ad una pronuncia di assoluzione perché il fatto non

⁵⁰ Sulla struttura e sulla funzione delle regole di giudizio, cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 181 ss.; F. CAPRIOLI, *Condanna (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Annali, I, Milano, 2008, p. 100 e ss.; M. DANIELE, *Proscioglimento (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Annali, I, Milano, 2008, p. 898 e ss.

⁵¹ Sul tema si rimanda a P. FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, p. 705, dove dopo aver rilevato che nell'art. 66 D.lvo n. 231/01 non figurano per un "evidente difetto di aggiornamento il richiamo alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio" si precisa come la lacuna risulti innocua in quanto il "sintagma oltre ogni ragionevole dubbio" nulla aggiunge a quanto già risulta dal verbo provare, esplicando soltanto effetti retorici di tipo pedagogico".

⁵² Per una ricostruzione che si richiama all'onere di allegazione Cfr. G. VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti*, in AA.VV., cit., p. 26.

costituisce reato *ex art. 530, comma 3, c.p.p.*⁵³.

Si recupererebbe in tal modo in una prospettiva di *favor rei* la valenza del dubbio. Pertanto la semplice allegazione o la presenza di una prova incompleta sulla colpa di organizzazione, o meglio, a voler seguire l'orientamento correttivo delle Sezioni Unite⁵⁴ su quelle residue ipotesi contenute nell'art. 6 D.lvo n. 231/01 non rientranti nella carente organizzazione interna dell'ente, imporrebbero un esito liberatorio. Si tratta all'evidenza di una prospettiva esegetica consapevole del differente piano d'azione sussistente tra ripartizioni degli oneri probatori e regole di giudizio; prospettiva imposta anche dagli obblighi discendenti dalla presunzione costituzionale di non colpevolezza su cui, come si è visto, si innesta la specificità del processo penale rispetto a quello civile con conseguente esclusione di automatismi tra oneri probatori ed esiti decisorii. Solo in tal modo, peraltro, è possibile precludere l'ingresso nella disciplina della responsabilità dell'ente ad addebiti oggettivi fondati non su criteri imputativi ma sulle distorsioni delle regole di valutazione probatoria.

7. *Lo scarso rispetto per il diritto al silenzio*

Quanto sin qui affermato evidenzia come il provvedimento legislativo sulla responsabilità degli enti abbia trattato con una certa sufficienza le regole gnosologiche attraverso cui può pervenirsi all'affermazione di responsabilità "collettiva". Vi è stata in particolare una scarsa attenzione alla disciplina del metodo conoscitivo il quale, anche ove regolamentato, ha mostrato più punti di frizione interpretativa. Tale realtà è percepibile anche con riferimento alla disciplina del diritto al silenzio. Questo, infatti, pur appartenendo al patrimonio genetico del processo penale, quale «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa»⁵⁵ e della presunzione di non colpevolezza, non ha ricevuto dal legislatore sulla responsabilità degli enti sufficienti attenzioni. E ciò è particolarmente rimarchevole laddove si consideri come l'art. 11 comma 1 lett q) della legge delega avesse raccomandato la massima estensione delle garanzie difensive. Criterio di delega non particolarmente osservato solo ove si ponga mente al fatto che il legislatore delegato non assicura all'ente alcuna

⁵³ Così Cass. pen., Sez. II, 9 ottobre 2020, n. 35024, in *CED Cass. pen.*, 2021, rv 280304-01

⁵⁴ Si rammenta come la Corte nomofilattica abbia affermato che tutte le situazioni elencate nell'art. 6 D.lvo n. 231/01 relative alla colpa di organizzazione costituiscano un onere di prova per l'accusa. Cfr. Cass. Sez. Un., 24 aprile 2014, E.H., cit.

⁵⁵ Così Corte Cost. n. 117 del 2019; v. per una puntualizzazione dell'operatività del diritto al silenzio anche nella procedura amministrativa da cui potrebbe derivare una sanzione assimilabile secondo i criteri Engels a quella penale, Corte. Cost., n. 84 del 2021

protezione contro l'incolpazione che potrebbe derivargli dall'interno⁵⁶, ma «anzi nel timore di sottrarre al processo preziosi contributi collaborativi finisce per obbligare a testimoniare lo stesso rappresentante dell'ente»⁵⁷.

L'opzione normativa effettuata con l'art. 44 D.lvo n. 231/01 mal si concilia con la previsione di cui all'art. 35 del medesimo testo di legge nella parte in cui dispone, sempre nei limiti della compatibilità con le disposizioni del codice di rito, che «all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato»⁵⁸. Il tema non è di poco momento atteso che l'ente può partecipare al processo solo attraverso il suo rappresentante e quindi occorre estendere a quest'ultimo «le garanzie previste per il soggetto rappresentato»⁵⁹. Incomprensibile appare quindi una scelta legislativa che costringe a testimoniare chi “personifica”⁶⁰ l'ente nel processo.

Pertanto, la diversa posizione assunta dall'art. 44 D.lvo n. 231/01 origina inevitabili frizioni scaturenti anche dal fatto che l'enunciato normativo in questione si pone, in rapporto all'art. 35 del medesimo testo di legge, in termini di specificazione. Dovendosi comunque fare i conti con quella *regula iuris*, occorre subito porre in evidenza come la stessa, in alcuni punti, risulti particolarmente oscura. Si prevede infatti che non può essere assunto come testimone: a) la persona imputata del reato da cui dipende l'illecito amministrativo; b) la persona che rappresenta l'ente indicata nelle dichiarazioni di cui all'art. 39, comma 2, e che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del reato. Si prevede, poi, al comma 2, che nel caso di incompatibilità la persona che rappresenta l'ente può essere sentita ed esaminata nelle forme, con i limiti e gli effetti previsti per l'interrogatorio e per l'esame della persona imputata in un procedimento connesso.

Non sembrano porsi particolari dubbi operativi con riferimento alla evenienza disciplinata dalla lett. a) dell'art. 44. La stessa relazione ministeriale precisa

⁵⁶ Si pensi alle dichiarazioni di chi pur non essendo rappresentante della società ne sia comunque parte attiva.

⁵⁷ Così M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2015, p. 76.

⁵⁸ Sul tema, in vario modo, cfr. E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 331-332; A. BERNASCONI- H. BELLUTA, *sub art. 44*, in *La responsabilità degli enti*, a cura di A. PRESUTTI- A. BERNASCONI- C. FLORIO, Padova, 2008, p. 390 e ss.; A. DIDI, *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1166; P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, cit., p. 235; A. SCALFATI, *Le norme in materia di prove e di giudizio*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Padova, 2002, p. 352 e ss.

⁵⁹ In tal senso v. P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, cit., p. 238.

⁶⁰ L'espressione è ancora di P. FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, cit., p. 708.

che l'incompatibilità si fonda sul rilievo secondo cui «le persone che hanno commesso il reato potrebbero vantare interessi in conflitto con quelli dell'ente (si pensi ad un amministratore che tende a scaricare la responsabilità sull'ente o viceversa)»⁶¹.

Pertanto l'incompatibilità testimoniale dell'imputato nel procedimento riguardante l'ente segue l'ordinaria disciplina codicistica⁶² e quindi non opererà nei confronti dell'imputato prosciolti o condannati con sentenza irrevocabile e, del pari, non risulterà estensibile all'imputato di «un diverso reato collegato o connesso a quello da cui dipende l'illecito dell'ente quando abbia in precedenza reso dichiarazioni sulla responsabilità altrui»⁶³.

Più difficile appare, invece, l'intelligibilità dell'ipotesi disciplinata dalla lett. b) del medesimo art. 44. In quella sede, infatti, si limita l'incompatibilità con l'ufficio del testimone al rappresentante legale, indicato nelle dichiarazioni *ex* art. 39 comma 2, che rivestiva tale carica «anche al momento di commissione del reato». La situazione non sembra necessitare di previsione *ad hoc*, posto che l'incompatibilità testimoniale, in questa evenienza, sarebbe stata comunque ricavabile dall'art. 35. Ma al di là di ciò risulta equivoca e, secondo un ragionamento *a contrario*, induce a ricavare la possibilità di sentire come teste il rappresentante legale che non fosse tale al momento della commissione del reato⁶⁴. Inutile dire come tale conclusione confliggerebbe con il principio ge-

⁶¹ Cfr. Relazione ministeriale al D.lvo n. 231/01, § 16.

⁶² Occorre sul punto precisare come il perimetro dell'imputazione nel processo a carico dell'imputato del reato sensibile ai sensi del D.lvo n. 231/01 e nel processo a carico delle persone giuridiche in gran parte coincida (per una tale impostazione cfr. A. BERNASCONI, *Responsabilità amministrativa degli enti*, in *Enc. Dir.*, Amm., II, 1, Milano, 2008, p. 986) Su tale considerazione si è specificato come esista «un legame forte che impone, al pari di quanto previsto dall'art. 12 comma 1 lett. a) c.p.p. e del *dictum* perentorio dell'art. 44 lett. a) del D.lvo n. 231/01, di configurare una incompatibilità assoluta, per lo meno ai sensi del combinato disposto degli artt. 197 e 197 *bis* e 210 c.p.p., fino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, di applicazione della pena su richiesta o di proscioglimento». Così, G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 380. Sull'argomento cfr. pure G. GARUTI, *Il processo penale agli enti*, in G. GARUTI, *Modelli differenziati di accertamento*, in G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, VII, II, Torino, 2011, p. 1114. Ne consegue che, verificatesi le indicate condizioni, l'imputato cessa di essere incompatibile ed assumerà la veste di testimone assistito. In ogni caso, la ordinaria operatività della disciplina codicistica conduce a ritenere che l'incompatibilità a testimoniare possa operare, a seconda delle situazioni concrete e delle scelte effettuate in sede di avvertimenti sulle dichiarazioni sul fatto altrui, anche nei confronti dell'imputato di reato connesso o collegato al reato presupposto. In tal senso, ancora, G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 380; già negli stessi termini, cfr. A. SCALFATI, *Le norme in materia di prove e di giudizio*, cit., p. 350.

⁶³ Così M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 78.

⁶⁴ La situazione prospettata è riferibile al processo contro l'ente, salvo poi ad individuare eventuali ulteriori limiti alla testimonianza del rappresentante dell'ente nel processo contro la persona fisica; e ciò sia nell'evenienza che si proceda cumulativamente sia nell'ipotesi in cui si proceda separatamente.

nerale dell'art. 35, che sancisce l'estensione all'ente della disciplina relativa all'imputato. Il problema è che la previsione dell'art. 44 sembra porsi quale deroga alla regola generale. E sul punto non sono mancate voci che hanno sollecitato tentativi di ortopedia esegetica costituzionalmente orientati. Si è infatti rilevato come l'art. 44 non preveda espressamente la incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale che non rivestiva tale qualifica al momento del fatto; pertanto la conclusione relativa all'ammissibilità di quella testimonianza deriva da un ragionamento *a contrario* ricavato dalla regola dell'incompatibilità a testimoniare da parte del rappresentante che era tale anche al momento della commissione del reato. Ma tale ragionamento, si è evidenziato, risulta debole sol che si consideri la sussistenza nel sistema di responsabilità da "reato" dell'ente di una regola generale quale quella dell'art. 35, dove si parifica l'ente all'imputato⁶⁵. La delineata prospettiva esegetica è l'espressione più concreta del disagio che genera una norma che consente la testimonianza del rappresentante dell'ente sol perché non rivestiva tale qualifica al momento del reato. Tuttavia, nonostante l'apprezzabilità del tentativo di diortosi interpretativa del dato di legge, deve considerarsi come l'art. 44 D.lvo n. 231/01 si ponga, rispetto all'art. 35, in rapporto di incompatibilità e comunque, anche a prescindere da ciò, la incompatibilità a testimoniare è regola di natura eccezionale e, dunque, dove non espressamente contemplata non ricavabile. Occorre peraltro evidenziare come, sul punto, la stessa relazione ministeriale coltivi equivocità. Si legge infatti che «la parificazione dell'imputato viene effettuata con riferimento all'ente in quanto tale, non al rappresentante legale, per il quale è previsto un regime peculiare che non lo esclude dalle garanzie riservate all'imputato ma, in alcuni casi, lo considera anche un testimone (v. art. 44)»⁶⁶. Tale impostazione subisce nella stessa sede una evidente modifica di prospettiva. Seppur nella parte dedicata alle indagini preliminari e all'udienza preliminare, si rileva che «il rappresentante legale sarà sottoposto ad interrogatorio per "conto dell'ente" con tutte le facoltà ed i diritti riconosciuti all'imputato, compresa la facoltà di non rispondere: la parificazione del rappresentante alla figura dell'imputato ha come conseguenza quella dell'applicabilità delle regole previste dall'art. 63 c.p.»⁶⁷. Appare evidente che se al rappresentante dell'ente si riconoscono le stesse facoltà e diritti di cui gode l'imputato risulta difficile imporgli di testimoniare nel processo per l'illecito dell'ente in assoluto e, comunque, solo perché all'epoca della com-

⁶⁵ In tal senso P. FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, cit., p. 705.

⁶⁶ Così Relazione ministeriale al D.lvo n. 231/01, § 15.2

⁶⁷ Così ancora Relazione ministeriale al D.lvo n. 231/01, § 18

missione del reato non rivestiva tale qualifica⁶⁸.

La questione assume anche una particolare dimensione operativa alla luce di quell'opzione indicata dall'organo nomofilattico secondo cui l'ente che partecipi al processo mediante la costituzione ex art. 39 n. D.lvo 231/01, lo deve fare attraverso un rappresentante diverso dall'originario rappresentante legale⁶⁹. In tal modo, però, si riduce drasticamente il divieto di testimonianza dell'ente «non solo già in astratto, ma anche nella concretezza della prassi, con buona pace del suo diritto al *nemo tenetur se detegere*»⁷⁰.

La realtà è che l'oggettività del testo normativo non consente di estendere l'incompatibilità a testimoniare contemplata dall'art. 44 comma 1 lett. b) D.lvo n. 231/01 anche all'evenienza del rappresentante legale che non rivestiva tale funzione al momento della consumazione del reato⁷¹.

La considerazione sembra trovare plauso in quel diverso passo della relazione ministeriale in cui si precisa che «la seconda ipotesi di incompatibilità discende dalla circostanza che all'ente è riconosciuta la condizione di imputato nel procedimento e, pertanto, la persona fisica che lo rappresentava al momento della commissione del reato che radica la responsabilità amministrativa e continua a rappresentarla nel processo non può essere assunta come teste»⁷².

In ogni caso, nel momento in cui il rappresentante legale nominato successivamente alla commissione del reato presupposto sia chiamato a testimoniare, è indiscutibile che tale attività deve coordinarsi con le garanzie che comunque devono essere riconosciute all'ente costituito. In sostanza, pur non configurandosi un'incompatibilità a testimoniare, sono da riconoscere in capo al rappresentante legale, che tale non era al momento di commissione del reato, le

⁶⁸ Sul punto, condivisibile è l'opinione di chi afferma che per uscire «dall'*impasse* [...] è ragionevole negare la qualità di teste al rappresentante indipendentemente dalla sua qualifica al momento della commissione del reato. Ben inteso, non è una scelta priva di effetti negativi sul piano dell'accertamento. In molti casi, infatti, andrà perso il suo contributo probatorio anche nel processo contro la persona fisica: qui il rappresentante, che nel processo contro l'ente è parificato all'imputato, resta titolare di un diritto al silenzio più o meno esteso a seconda che si assimili il rapporto tra illecito e reato alla commissione di cui alla lett. a) o alla lett. c) dell'art. 12 c.p.p.

E' sicuramente per evitare questa perdita che il legislatore, nel contesto dell'art. 44, ha limitato l'incompatibilità a testimoniare al solo caso in cui il rappresentante rivestisse la medesima qualifica già al momento della commissione del reato: manovra maldestra [...] perché ripugna ai principi generali che sia costretto a testimoniare colui che nel processo rappresenta l'ente imputato dell'illecito; concettualmente, equivale ad obbligare l'imputato a deporre contro se stesso». Così, puntualmente, P. FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, cit., p. 708.

⁶⁹ In tal senso, Cass., Sez. Un., 28 luglio 2015, in *Giur. it.*, 2015, p. 2497, con nota di G. GARUTI, *Partecipazione dell'ente nel procedimento di impugnazione delle misure cautelari reali*.

⁷⁰ Così G. VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti*, cit., p. 27

⁷¹ In questa direzione V.M CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 80.

⁷² Così Relazione ministeriale al D.lvo n. 231/01, § 16.

garanzie contemplate dagli artt. 64, 197 e 197 bis c.p.p., le quali risultano applicabili anche all'ente in virtù dell'art. 35 D.lvo n. 231/01⁷³.

Ne discende che, anche alla luce del tenore dell'art. 44 comma 2 D.lvo n. 231/01, il rappresentante legale che assume la qualifica successivamente alla realizzazione del reato presupposto deve poter godere delle garanzie costituite dagli avvisi di cui all'art. 64 comma 3 lett. b) e c) c.p.p.. Di qui la conseguenza che può sempre avvalersi della facoltà di non rispondere sul fatto proprio anche «su circostanze apprese per il ruolo assunto dopo la commissione del reato presupposto»⁷⁴. Se, viceversa, risponde sul fatto altrui, e cioè «su circostanze estranee al proprio capo di imputazione rilevanti per altri illeciti che concernono società diverse»⁷⁵, assume la veste di testimone. Si tratta di un'applicazione delle regole generali contemplate nel codice di rito in tema di incompatibilità a testimoniare in relazione alle quali non paiono intravedersi momenti di “frizione” con la normativa speciale di cui al D.lvo n. 231/01. Ed anzi proprio l'art. 44 comma 2 del medesimo decreto legislativo orienta verso la correttezza della soluzione adottata che ha il vantaggio di consegnare una dimensione operativa che tutela maggiormente il diritto al silenzio. Sul punto non sono escluse forme di resistenze giurisprudenziali fondate sulla scissione tra le figure dell'ente imputato e del suo rappresentante legale⁷⁶. Tuttavia, a prescindere dalla fondatezza di una tale “visione”, nessuno pare possa seriamente dubitare che, nell'ipotesi prospettata, si sia al cospetto della medesima reg Giudicanda che caratterizza un unico “fatto”.

A fronte di tale realtà appare implausibile immaginare, con riferimento a quella “fattispecie giudiziale”, una dichiarazione sul fatto altrui. La situazione appare inoltre caratterizzata da un comune “centro di imputazione” di interessi processuali che vanno ad identificare la medesima “parte”⁷⁷. Ne discende, anche alla luce di una doverosa lettura razionalizzante, l'operatività, nei termini indicati dall'ordinaria disciplina contemplata dal codice di rito, dell'incompatibilità a testimoniare.

In ogni caso, indipendentemente dalla segnalata dimensione applicativa

⁷³ In tal senso, E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità dell'ente*, cit., p. 332.

⁷⁴ Così G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 386.

⁷⁵ Così ancora G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 386.

⁷⁶ V. Relazione ministeriale D.lvo n. 231/01 § 15.2.

⁷⁷ Per una ricostruzione della qualifica di parte sulla base degli interessi all'imputazione di cui il soggetto o i soggetti sono portatori, cfr. G. RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli, 1969, p. 112.

dell'art. 44 D.lvo n. 231/01 non pare discutibile che, laddove si introduca un obbligo a testimoniare per il rappresentante dell'ente, a prescindere se lo fosse o meno al momento di commissione del reato, si è al cospetto di una “dimensione” del diritto che si pone in termini dissonanti rispetto a principi costituzionali del sistema. La situazione è parificabile a quella in cui si obbliga l'imputato a testimoniare sul fatto proprio. Né, al riguardo, pare assumere contenuto concreto l'affermazione secondo cui la parificazione all'imputato “viene effettuata con riferimento all'ente e non al rappresentante legale”⁷⁸. Si tratta all'evidenza di un rilievo che non coglie, o non vuole cogliere, la realtà della situazione giuridica caratterizzata da identità di interessi processuali. Di qui il ricorso ad incomprensibili sofismi interpretativi.

Sul punto, a prescindere dall'equivocità della *voluntas* espressa dai *conditores* in ordine al campo di azione da assegnarsi all'obbligo per l'ente di testimoniare *contra se*, è da ritenere comunque che, con riferimento al medesimo, operino quei presidi di tutela generale preposti a cautelare il diritto al silenzio anche laddove la struttura normativa delle fattispecie di riferimento lo possa mettere in discussione; il riferimento è all'art. 198, comma 2, c.p.p. dove precisa che «il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale»⁷⁹. Né, sul punto, al fine di contestare l'operatività della regola, varrebbe l'obiezione secondo cui la stessa ha come parametro di riferimento la responsabilità penale. Per convincersene basti considerare la presa di posizione della giurisprudenza europea in tema di sanzione penale allorché ha equiparato alla stessa le sanzioni amministrative dotate, tra l'altro, di concreta dissuasività⁸⁰.

8. *La tutela costituzionale e della Grande Europa: dall'inutilizzabilità da prova incostituzionale alla c.d. revisione processuale*

In ogni caso, pur con i correttivi esegetici innanzi prospettati, occorre prendere atto che il sistema di accertamento delineato dal D.lvo n. 231/01 non risulti sufficientemente rispettoso della tutela al diritto al silenzio. Si è visto come il combinato operare degli artt. 35 e 44 dell'indicato testo normativo si pongano

⁷⁸ Così Relazione ministeriale D.lvo n. 231/01 § 15.2

⁷⁹ In tale direzione, P. FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, cit., p. 708.

⁸⁰ Cfr. Corte edu., 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi; Corte edu., 15 gennaio 2013, Grande Stevens c. Italia; Corte edu., 19 novembre 2015, Mikhaylova c. Russia; Corte edu., 30 giugno 2011, Messier c. Francia, dove si individua il criterio della qualificazione giuridica dell'illecito nell'ordinamento interno; quello relativo alla natura dell'illecito ed infine quello relativo al grado di severità della sanzione che l'interessato rischia di subire. Con riferimento alla Corte di giustizia cfr. Corte giust., 20 marzo 2018, Garrison Real Estate, C-537/16.

al di fuori delle logiche che veicolano i principi del sistema. In sostanza, non si è tenuto in adeguata considerazione che il diritto al silenzio è un principio di portata generale che consente una non collaborazione con l'autorità giudiziaria⁸¹; non collaborazione che trova la propria origine in principi costituzionali che presidiano diritti inviolabili dell'individuo direttamente attinenti alla sfera del giusto processo⁸². Sul punto appare utile rimarcare come il diritto al silenzio quale espressione del "diritto di difendersi" possa esplicarsi anche quale diritto allo *ius tacendi*⁸³. In tale direzione si muove anche l'art. 14 § 3 lett. g) del Patto internazionale dei diritti civili e politici laddove dispone che un individuo accusato di un reato non può essere «costretto a deporre contro se stesso od a confessarsi colpevole». Ma quel che qui preme maggiormente evidenziare sono le prese di posizione della Corte edu nella misura in cui il diritto in capo all'imputato di tacere è posto in stretto collegamento con l'art. 6 § 1, 2 e 3 lett. c) afferenti, rispettivamente, il "processo equo", la presunzione di innocenza e infine il diritto di difendersi da sé⁸⁴. Tale realtà non consente "disinvolute" discipline che non tutelino effettivamente il diritto al silenzio. E ciò per la semplice ragione per cui quest'ultimo incide sulla garanzia dell'effettività di un "processo equo" espressione di specifici valori costituzionali; le conseguenze processuali di una scarsa osservanza sull'operatività del principio non sono di poco momento. Se, infatti, il diritto al silenzio risulta violato si pone un problema in termini di fruibilità probatoria del risultato conoscitivo. Non sarebbe, infatti, azzardato ipotizzare che quel sapere giudiziale sia stato acquisito con modalità lesive dei diritti dell'individuo tutelato dalla Costituzione. La stessa Corte costituzionale ebbe a riconoscere che "le

⁸¹ Sul tema in generale, cfr. E. AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 412; P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, II ed., Bologna, 2007, p. 173; V. GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, p. 118; L. MARAFIOTTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e diritto al silenzio*, Torino, 2000, p. 114; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in G. UBERTIS-G.P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Milano, 2004, p. 42; V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, p. 2 e ss.

⁸² Per una visione del diritto al silenzio quale espressione dell'invulnerabilità del diritto di difesa cfr. Corte cost. n. 117 del 2019, cit.

⁸³ Nel senso che il principio del «*nemo tenetur se detegere*» è un corollario essenziale dell'invulnerabilità della difesa» cfr. Corte cost. n. 291 del 2002. Negli stessi termini, da ultimo, cfr. Corte cost., n. 117 del 2019, nonché per una specifica applicazione anche con riferimento ai procedimenti amministrativi, cfr. Corte cost., n. 84 del 2021. Anche in sede di legittimità si è affermato che diritto al silenzio costituisce un principio «non esplicito ma immanente al sistema». Così, Cass., Sez. VI, 14 febbraio 2019, n. 15327, Q.A., in *Dir. & Giust.*, 2019.

⁸⁴ Si rimanda a Corte edu, 29 novembre 1996, Saunders c. Regno Unito. In dottrina cfr. P. MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 613.

attività compiute in dispregio di fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito⁸⁵. Il principio nel corso degli anni può dirsi stratificato ed è stato recepito anche da successive decisioni del giudice delle leggi⁸⁶ e della stessa corte nomofilattica⁸⁷. Si prospetta così un'inutilizzabilità dei dati acquisiti in dispregio di principi costituzionali. Divieto d'uso che quindi prescinde anche dalla controversa problematica sulla necessità di una specifica previsione sul piano normativo⁸⁸. Si è infatti precisato come non sia necessario che le garanzie siano puntualmente previste nel testo di legge che disciplina una materia, potendo «rinvenirsi in altre norme o nei principi generali, anche contenuti nella Carta costituzionale, che disciplinano le attività processuali»⁸⁹. In tal modo si estende la portata applicativa dell'art. 191 c.p.p. a tutte quelle ipotesi le quali, ancorché non disciplinate, realizzino la violazione di un diritto costituzionalmente protetto. Questo, quindi, integra quel divieto di legge che giustifica la reazione dell'ordinamento in termini di inutilizzabilità⁹⁰.

Ma non è tutto. Il mancato rispetto del diritto al silenzio, nella misura in cui la Corte edu lo ha collegato espressamente ad una forma di realizzazione del

⁸⁵ Così Corte cost., n. 34 del 1973.

⁸⁶ Cfr. C. cost., n. 81 del 1993 in tema di sequestro di tabulati telefonici; Corte cost., n. 229 del 1998 in tema di sequestro degli appunti predisposti dall'indagato in vista dell'interrogatorio.

⁸⁷ V. Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, D'Amuri in *Cass. pen.*, 2000, p. 2595; negli stessi termini Cass., Sez. Un., 21 febbraio 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3259; Cass., Sez. Un., 24 settembre 1998, Gerina, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1951; Cass., Sez. Un., 27 marzo 1996, Sala, in *Giust. pen.*, 1997, III, c. 139.

⁸⁸ Come noto, si è tentato di ancorare l'ambito di operatività della sanzione del divieto d'uso solo alle ipotesi espressamente contemplate, e ciò lo si è sostenuto proprio con riferimento alla locuzione «divieto di legge» contenuta nell'art. 191 comma 1 c.p.p.. La costruzione tuttavia si è sempre posta come una forzatura interpretativa tendente a sminuire la portata generale che veicola l'art. 191 c.p.p. e il rilievo risulta ancor più rafforzato ove si ponga mente all'assenza di una previsione di tassatività del vizio in discorso. Quel che non sembra essersi compreso è che la specificazione del divieto di legge è ricavabile dalle regole dettate a presidio della singola prova o del mezzo di prova. Del resto l'attività diretta a realizzare atti probatori è sempre presidiata dall'esistenza di presupposti operativi (siano essi di segno positivo o negativo) costituenti i profili di attribuzione e di limitazione del potere. Ne deriva che il compimento di atti aventi funzione di prova è sempre ancorato a condizioni e presupposti a prescindere dalla loro specifica enunciazione. Ed è qui che il divieto di legge assume una sua specifica concretezza operativa dovendosi ricavare il divieto di legge non solo da una sua espressa enunciazione ma dalla semplice constatazione dell'assenza di condizioni e presupposti di operatività della fattispecie probatoria. In questa direzione v. M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 641; G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992, p. 145; e volendo F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., p. 52.

⁸⁹ In tal senso Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, cit.

⁹⁰ In questa direzione Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, p. 21

giusto processo, rischia di vanificare il risultato processuale. Il riferimento è alla possibilità di richiedere la c.d. revisione processuale così come introdotta dalla Corte costituzionale⁹¹. Di qui l'esigenza di pervenire a letture di disciplina che sintonizzino il dato positivo con le fonti gerarchiche sovraordinate e, laddove non fosse possibile realizzare tale tipo di correttivo, occorre avere il coraggio di investire il giudice delle leggi. Una diversa soluzione, mossa evidentemente da istinti di conservazione mirati a salvaguardare il risultato processuale, non è più consentita ma, soprattutto, non è consigliabile posto che, tra sanzioni probatorie e revisioni processuali, neutralizzerebbe il risultato processuale a causa di quel comportamento con cui lo si vorrebbe salvaguardare.

9. La presa di posizione della Piccola Europa

Un indiscutibile segnale nella direzione indicata proviene da quella decisione della Grande Sezione della Corte di giustizia con cui si è affermata la non sanzionabilità di una «persona fisica la quale nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti dall'autorità competente [...] si rifiuti di fornire a tale autorità risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale»⁹². La presa di posizione si allinea ai contesti costituzionali del diritto interno ed anzi ne estende la portata ai procedimenti amministrativi a definizione punitiva.

Tuttavia, quel che più rileva nella decisione in esame è lo specifico riconoscimento del diritto al silenzio anche in quelle procedure le quali, ancorché non di natura penale, consentono l'utilizzabilità dei relativi elementi di prova «nell'ambito di un procedimento penale intentato nei confronti di questa stessa persona al fine di dimostrare la commissione di un illecito penale»⁹³. Si estende cioè l'ambito operativo del diritto al silenzio a tutte quelle procedure i cui risultati probatori sono suscettibili di essere utilizzati nel procedimento penale. Si assiste così ad una dimensione finalistica del diritto al silenzio cui si assegna un margine avanzato di tutela. In particolare si riconosce come la *ratio* sottesa al medesimo non sia la tutela nell'ambito degli atti del procedimento ma, al contrario, la volontà a che il soggetto anche in un futuro non abbia a

⁹¹ V. Corte cost. n. 113 del 2011 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione [...] al fine di consentire la riapertura del processo quando ciò sia necessario ai sensi dell'art. 46 § 1 della CEDU per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte edu.

⁹² Così Corte giust., Grande Sezione, 2 febbraio 2021, DB, C-481/19

⁹³ Così punto 44 Corte giust., Grande Sezione, 2 febbraio 2021, cit.

“fare i conti” con le sue dichiarazioni⁹⁴. Non è infatti un caso che il legislatore interno abbia presidiato le dichiarazioni dell’indagato/imputato con una serie di avvisi ed avvertimenti proprio al fine di consentirgli scelte consapevoli ed avvertite⁹⁵.

Sul punto, quindi, il pronunciato della Corte di giustizia è dirimpente, coglie l’esatta portata ed il conseguente dovere di tutela del diritto al silenzio. Ne discende una precettività nell’ambito degli ordinamenti interni⁹⁶. Tutto ciò conduce al dovere in capo al giudice di disapplicare la normativa interna in contrasto con il diritto dell’unione così come interpretato dalla Corte di giustizia, sempre che non sia possibile pervenire a forme di interpretazioni adeguatrici che allineino la disciplina interna con il *dictat* comunitario⁹⁷. Nel caso di specie, tale conclusione non pare possa essere ostacolata dal rilievo secondo cui la decisione della Grande Sezione ha riguardo ad una fattispecie di tutela della persona fisica. La circostanza è vera ma, ad una più attenta lettura della decisione, emerge come la stessa abbia preso in considerazione anche la tutela del diritto a non collaborare dell’impresa. Si legge, infatti, che, con riferimento alle norme sulla concorrenza, l’impresa «non può vedersi imporre l’obbligo di fornire risposte in virtù delle quali essa si troverebbe a dover ammettere l’esistenza di una violazione siffatta»⁹⁸.

L’affermazione è inequivoca e non deve stupire che non sia stata condotta alle coerenti conseguenze. Sul punto è sufficiente considerare che, con riferimento alle norme sulla concorrenza, l’eventuale ammenda irrogata dalla Commissione non può considerarsi di natura penale alla luce dell’espressa

⁹⁴ La presa di posizione europea dovrebbe indurre a rivedere quella giurisprudenza che in tema di divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell’imputato o della persona sottoposta alle indagini limita il divieto solo alle dichiarazioni rese nel corso del procedimento. Si è infatti affermato che « Il divieto di testimonianza previsto dall’art. 62 cod. proc. pen. opera solo in relazione alle dichiarazioni rese nel corso del procedimento all’autorità giudiziaria, alla polizia giudiziaria e al difensore nell’ambito dell’attività investigativa e, pertanto, restano escluse da tale divieto le dichiarazioni, anche se a contenuto confessorio, rese dall’imputato o dall’indagato ad un soggetto non rivestente alcuna di tali qualifiche». Così, Cass., Sez. V, 9 marzo 2016, n. 30895, in *Ced Cass. pen.*, 2016. Negli stessi termini, v. Cass., Sez. V, 17 maggio 2019, n. 38475, in *Ced Cass. pen.*, 2019, rv. 2777093.

⁹⁵ Esemplicativamente e non esaustivamente cfr. artt. 63, 64, 65 e 210, comma 6, c.p.p.

⁹⁶ In questo senso, Corte giust., Grande Sezione, 19 gennaio 2010, C-555/07, *Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG*. Nella stessa direzione, cfr. Corte cost., n. 227 del 2010, in *Foro it.*, 2010, p. 2951; negli stessi termini, Id., n. 287 del 2007, in *Guida al diritto*, 2007, 32, p. 38; Id., n. 132 del 1990, in *Giur. cost.*, 1990, p. 746; Id., n. 389 del 1989, in *Cass. pen.*, 1990, p. 565. Più di recente, Corte cost., n. 117 del 2019, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3228.

⁹⁷ Sull’argomento sia consentito il rinvio a F.R. DINACCI, *Interpretazione “europeisticamente” orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3055 e ss.

⁹⁸ Così Corte giust., Grande Sezione 2 febbraio 2021, cit., punto 47; già negli stessi termini Corte giust. 18 ottobre 1989, Orkem, C-374/87; Corte giust. 29 giugno 2006, SGL Carbon, C-301/04.

previsione dell'art. 23 § 5 regolamento (CE) n. 1/2003. In particolare, l'affermata legittimità degli obblighi collaborativi imposti alle imprese nel menzionato regolamento può trovare giustificazione nel fatto che, come affermato dalla Corte di giustizia⁹⁹, la tutela del *nemo tenetur* non si estende agli accertamenti meramente amministrativi¹⁰⁰ e non implicanti un'utilizzazione probatoria nel processo penale¹⁰¹. Tuttavia, con riferimento a tale ultimo requisito, sorgono dubbi su quanto lo stesso possa essere effettivamente invocato anche alla luce della disciplina interna¹⁰², o meglio, del diritto giurisprudenziale tendente costantemente a consentire l'acquisizione di documenti amministrativi attraverso il *passepapier* della prova documentale¹⁰³.

In ogni caso, agli specifici fini che qui interessano, non è discutibile che la presa di posizione della Corte di giustizia apra la via a futuri quesiti pregiudiziali diretti a definire se il diritto al silenzio si estenda anche alle imprese sottoposte ad un procedimento caratterizzato da un intrinseco connotato penale. E, sul punto, se la coerenza ha un valore non è difficile immaginare un espresso ampliamento del perimetro applicativo del diritto al silenzio.

Il medesimo, comunque, non può non essere tutelato nell'ambito del procedimento per la responsabilità dell'ente. Questo, infatti, secondo i criteri europei esita, in ipotesi di colpevolezza, in una sanzione dai contenuti penalistici. Come se non bastasse, il procedimento si svolge davanti al giudice penale e il legislatore è attento a disciplinare un *favor* per il processo cumulativo espressamente enunciato nell'art. 38 D.lvo n. 231/01. Le indicate circostanze producono effetti anche con riferimento all'utilizzabilità delle prove. Infatti, quand'anche si dovesse procedere separatamente, e cioè da un lato il proces-

⁹⁹ Così Corte giust., Grande Sezione, 2 febbraio 2021, cit.

¹⁰⁰ In ordine a cui, come si è visto, si è esclusa ogni assimilazione della eventuale sanzione a quella penale.

¹⁰¹ In questa direzione cfr. M. ARANCI, *Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di giustizia*, in *Sistema penale*, 2, 2021, p. 96, dove si evidenzia che «sono pochi gli Stati membri che prevedono sanzioni per gli autori di illeciti anticoncorrenziali e quand'anche costoro potessero lamentare che le autorità giudiziarie nazionali fossero agevolate nell'accertamento della responsabilità, degli elementi raccolti nell'istruttoria della commissione, si potrebbe in ogni caso sottolineare che i procedimenti riguarderebbero soggetti diversi, ovvero una persona giuridica (l'impresa) e una fisica (il manager autore del cartello o dell'abuso di posizione)»

¹⁰² Si pensi all'art. 238 c.p.p.

¹⁰³ Tra le tante cfr. Cass., Sez. V, 8 marzo 2018, n. 20824, in *Cass. pen.*, 2018, 3851, laddove si è affermato che «sono utilizzabili gli esiti degli accertamenti effettuati nella diversa sede amministrativa in tempi successivi alla scadenza del termine delle indagini preliminari, in quanto aventi autonoma natura documentale e, pertanto, acquisibili ai sensi dell'art. 234 c.p.p., quali prove dei fatti oggettivi in essi rappresentati». In termini analoghi, cfr. Cass., Sez. III, 18 novembre 2014, n. 4919, C.C., in *Dir. & Giust.*, 2015, 4, p. 48.

so per il reato e dall'altro lato quello deputato a definire la responsabilità dell'ente, non può negarsi la possibilità di una trasmigrazione probatoria da un processo all'altro ai sensi e nei limiti dell'art. 238 c.p.p.. Tali circostanze già di per sé appaiono bastevoli, alla luce dei moniti europei¹⁰⁴, per garantire all'ente l'esercizio del diritto al silenzio.

Se a tutto ciò si aggiunge l'esplicita estensione, contemplata dall'art. 35 D.lvo n. 231/01, all'ente delle norme relative all'imputato, non pare potersi ancora dubitare sulla necessità per una compatibilità di disciplina di riconoscere espressamente, a favore dell'ente incolpato, una più ampia esplicazione del diritto al silenzio. Probabilmente, in considerazione della vigenza dell'art. 44 D.lvo n. 231/01, a tale risultato sarà difficile pervenire in via esegetica. Tuttavia, in attesa degli interventi di un legislatore davvero poco sensibile al tema, potrebbero ipotizzarsi forme di disapplicazione della normativa interna nella misura in cui la si ritiene confliggente con i *dictat* comunitari.

10. Conclusioni

In conclusione, il sistema delineato dal D.lvo n. 231/01 si caratterizza per forti criticità in ordine al metodo probatorio disciplinato per pervenire ad un'affermazione di responsabilità. Ma a ben vedere non è questo il fine ultimo del sistema. Questo, infatti, appare orientato alla prevenzione e neutralizzazione dei rischi; nel senso che al legislatore pare stia più a cuore, piuttosto che pervenire ad un legittimo accertamento, "condurre" l'ente verso un percorso virtuoso e riparatorio. In tale evenienza, infatti, l'ordinamento contempla non punibilità ovvero compiacenti riduzioni di pena. E non a caso gli elementi di convincimento di tale percorso sono affidati agli strumenti cautelari i quali, andando ad incidere su una struttura economica, sono in grado di intaccare profondamente anche la possibilità di sopravvivenza della stessa. Il che, tuttavia, non significa che l'operatore non debba prestare attenzione alle regole dell'accertamento. Se è vero infatti che si è al cospetto di indici normativi che assegnano la risoluzione del caso "responsabilità dell'ente" a forme acognitive, non bisogna dimenticare che non sempre ciò accade e che comunque il metodo probatorio individuato da quel legislatore trova comunque applicazione in sede cautelare. Anzi in quella sede le inadeguatezze sono destinate ad amplificarsi non foss'altro per la fase in cui intervengono ed i diversi parametri di giudizio che le caratterizzano. In tali prospettive non si dimentichi come la *ratio* sottesa alla previsione della responsabilità dell'ente stia nel-

¹⁰⁴ Il riferimento è ancora a Corte giust., Grande Sezione, 2 febbraio 2021, cit.

la consapevolezza di quanto sia difficile nelle strutture organizzative complesse, quali sono le società, assolvere all'onere di prova a carico di un determinato soggetto. Di qui l'esigenza di prevedere una forma di responsabilità "collettiva" che, non a caso, viene affidata a regolamentazioni probatorie più "comprehensive". Si sono in sostanza autorizzate *ex lege* scorciatoie probatorie in grado di arrivare dove gli ordinari criteri epistemologici possono creare difficoltà per il raggiungimento della prova di colpevolezza.

La situazione denota un sistema a cui viene assegnata la specifica finalità di un recupero punitivo; sistema pronto a supportare azioni penali fallite. Espressione di tale finalismo la si rinviene non solo nella particolare disciplina della prescrizione¹⁰⁵ ma anche nella previsione di cui all'art. 8 comma 1 lett. a) D.lvo 231/01 laddove prevede che la responsabilità dell'ente sussiste anche «quando l'autore del reato non è identificato [...]». Il *dictum* è particolarmente indicativo ove si abbia riguardo al fatto che, ai fini della responsabilità dell'ente, la posizione che l'autore del reato ricopre o ricopriva ai tempi della commissione del reato non è un fatto neutro. Ed anzi la medesima orienta in maniera diversificata il regime probatorio come evincibile della semplice lettura dagli artt. 6 e 7 D.lvo n. 231/01. In quella sede come si è visto l'art. 6, nell'ipotesi di reato commesso da soggetto apicale, pone a carico dell'ente un dovere di dimostrazione; dovere che viceversa ai sensi dell'art. 7 non sussiste se il reato è commesso da persona "sottoposta alla direzione e vigilanza" di uno dei soggetti apicali. In tale ottica è facile comprendere come l'individuazione del soggetto che ha commesso il reato non può essere un fatto neutro ai fini dei modi probatori dell'accertamento della responsabilità dell'ente. E se su tale conclusione non pare possa discutersi, la previsione dell'art. 8 comma 1 lett. a) D.lvo n. 231/01 non può avere altro fine che quello di facilitare un'affermazione di responsabilità anche a fronte delle difficoltà dimostrative che si sono riscontrate con riferimento all'individuazione di chi ha commesso il reato presupposto.

Quanto sin qui affermato svela anche un'ideologia del sistema della responsabilità dell'ente che "tratta" il tema processuale come un mero problema burocratico. Indicazioni in tal senso si ricavano già dalla tecnica legislativa utilizzata. Infatti, mentre nella descrizione delle fattispecie penalistiche quel legislatore si mostra particolarmente minuzioso, con riferimento alla disciplina processualistica si assiste all'utilizzo di una tecnica del richiamo alle norme del codice di rito "in quanto compatibili". L'opzione è inevitabilmente foriera di

¹⁰⁵ V. art. 22 D.lvo n. 231/01

problematiche interpretative che conducono all'espansione del formante giudiziario. Di qui incertezze interpretative, soggettivismi interpretativi e rischi di una giustizia del caso singolo. Tuttavia, anche a voler prescindere da tale non irrilevante situazione, dove il sistema processuale del D.lvo n. 231/01 mostra particolari criticità è nella disciplina probatoria.

Il recepimento di una regola che introduce a carico dell'ente, nell'ipotesi di reato commesso da un apicale, un onere di dimostrazione, stona con l'impianto costituzionale e sovranazionale. Da tale situazione ne vengono attinti valori fondamentali della Costituzione quali il diritto di difesa e la presunzione di non colpevolezza.

Si è visto come la stessa giurisprudenza abbia tentato di affievolire la portata operativa dell'inversione dell'onere della prova senza poterla però del tutto eliminare¹⁰⁶. La situazione testimonia le difficoltà in cui si trova l'operatore nel lavorare in un contesto normativo dissonante rispetto a quello contemplato per la responsabilità delle persone fisiche. Di qui l'esigenza di dare fondo alle risorse interpretative per riallineare la disciplina della responsabilità degli enti ai valori costituzionali. Così, alla luce di una ripartizione tra la disciplina degli oneri probatori e quella delle regole di giudizio laddove si assegni valore preponderante al "ragionevole dubbio", l'inversione dell'onere della prova risulterebbe ininfluyente a quel fine, o meglio, potrebbe essere degradato ad un onere di allegazione che libera l'ente imputato da ulteriori oneri dimostrativi¹⁰⁷.

Medesime difficoltà si incontrano nella inadeguata tutela del diritto al silenzio. La sua operatività viene affidata al criticabile testo di legge contenuto nell'art. 44 D.lvo n. 231/01. Al di là della difficoltà interpretativa che caratterizza l'ostica lettura di quella disposizione, occorre rilevare come il diritto al silenzio risulti particolarmente trascurato. L'opzione legislativa è incoerente con l'art. 35 D.lvo n. 231/01 laddove prevede che "all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato in quanto compatibili". Evidentemente la diversità di disciplina sul diritto al silenzio è da rinvenire in una valutazione di incompatibilità effettuata dal legislatore. Ma qui si è in presenza di un diritto presidiato da fondamentali valori costituzionali quali il diritto di difesa, la presunzione di non colpevolezza e non da ultimo le regole del giusto processo. E proprio con riferimento a quest'ultimo occorre rilevare come la Corte edu abbia posto il diritto dell'imputato a non collaborare con l'autorità in stretto collegamento con l'art. 6 Convenzione edu e quindi incidente sulla

¹⁰⁶ Cfr. rilievi svolti *supra* § 5

¹⁰⁷ Sul punto si rimanda ai rilievi svolti *supra* § 6

valutazione della garanzia di un processo equo¹⁰⁸. Il presidio costituzionale e il riconoscimento europeo quale parametro per valutare la celebrazione di un processo equo non consentono “allegre” normative che modulano diversamente il diritto dell’imputato, o soggetto ad esso equiparato, a non collaborare con l’autorità. Una persistenza in tale direzione aprirebbe la via a forme di inutilizzabilità da violazione di principi costituzionali e soprattutto metterebbe a repentaglio lo stesso risultato processuale esponendolo ad ipotesi di c.d. revisione europea¹⁰⁹. Ma sul punto anche la piccola Europa ha fatto sentire la sua voce. In quella sede, infatti, si è ribadita l’esigenza di tutelare il diritto al silenzio anche con riferimento alle dichiarazioni che si possono rilasciare innanzi all’autorità amministrativa e ciò sia che la procedura sia finalizzata all’applicazione di sanzioni aventi carattere penale, sia nell’ulteriore evenienza in cui gli atti della procedura amministrativa possano essere utilizzati in un procedimento penale¹¹⁰. Tuttavia la Corte euronitaria nel suo argomentare ha avuto modo, sia pure timidamente, di precisare che il principio sarebbe esportabile anche avuto riguardo alla società; pure quest’ultima sarebbe titolare del diritto di tacere o di non collaborare. La presa di posizione è di grande rilievo ove si consideri l’efficacia precettiva che la stessa dispiegherebbe nell’ordinamento interno. Tuttavia, laddove si ritenga che l’affermazione della Corte di giustizia non sia idonea a vincolare l’ordinamento interno per la particolare fattispecie che la medesima era chiamata a giudicare, i tempi sembrano maturi per un futuro quesito pregiudiziale proprio sul tema del procedimento per la responsabilità dell’ente. E sul punto: la presenza di una sanzione da considerarsi, secondo i criteri della Corte di giustizia e della Corte edu, penale; la competenza a decidere del giudice penale; la possibilità che le prove del procedimento *ex* D.lvo 231/01 possano essere utilizzate nel processo penale e l’estensione operata dall’art. 35 del menzionato provvedimento legislativo, consentono la prognosi che la Corte di giustizia, se nuovamente investita, riconoscerà formalmente il diritto al silenzio anche nei confronti dell’ente indagato/imputato.

Occorre quindi prendere atto che il sistema probatorio delineato dal Dlvo n. 231/01 non sia sufficientemente garantito e comunque sia tale da consentire l’introduzione di automatismi valutativi. In particolare, tale situazione genera il rischio di pervenire ad una forma di responsabilità oggettiva, non in ragione dei criteri di imputazione, ma a causa di semplificazioni e presunzioni proba-

¹⁰⁸ Tra le tante cfr. Corte edu, 29 novembre 1996, Saunders c. Regno Unito, cit.

¹⁰⁹ V. Corte cost. 113 del 2011 e considerazione svolta *supra* § 8

¹¹⁰ Così Corte giust., Grande Sezione, 2 febbraio 2021, cit.

torie che confliggono con fondamentali principi dell'ordinamento. A fronte di una tale realtà, un legislatore sensibile ad una lettura costituzionale della disciplina avrebbe dovuto sentire il dovere di "correre subito ai ripari". Così non è stato e, quindi, fino a quando ciò non accadrà è compito dell'interprete, quale garante dei valori, attingere all'armamentario esegetico.