



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO**  
**FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA**

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE A CICLO UNICO IN GIURISPRUDENZA**

**LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA DELL'ENTE**  
**NEL PROCESSO PENALE**

**TESI DI LAUREA DI**  
**VALENTINA BARBARA MARCHESI**  
**MATR. NR. 805870**

**RELATORE: CH.MO PROF. MANFREDI BONTEMPELLI**

**CORRELATORE: DOTT.SSA CAMILLA NICOLETTI**

**ANNO ACCADEMICO 2014-2015**



## INDICE-SOMMARIO

### CAPITOLO PRIMO

#### UNA RICOSTRUZIONE INTRODUTTIVA DELLA PRESUNZIONE DI INNOCENZA (ART. 27 CO. 2 COST.)

|    |  |    |
|----|--|----|
| 1. | Profili di sintesi storica. L'elaborazione del principio in età illuministica e l'evoluzione nella codificazione napoleonica | 7  |
| 2. | L'elaborazione del principio in Italia dal Codice Finocchiaro Aprile al Codice Rocco   | 22 |
| 3. | Presunzione di innocenza e presunzione di non colpevolezza: la formulazione dell'art. 27 co. 2 Cost.                         | 32 |
| 4. | Regola di trattamento e regola di giudizio: le declinazioni dell'art. 27 co. 2 Cost.   | 47 |

### CAPITOLO SECONDO

#### LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA DELL'ENTE NEL D. LGS. 8 GIUGNO 2001, NR. 231

|    |  |     |
|----|--|-----|
| 1. | Considerazioni introduttive: l'applicabilità del principio di colpevolezza alle persone giuridiche   | 57  |
| 2. | Il <i>tertium genus</i> del processo penale amministrativo alla luce della presunzione dell'art. 27 co. 2 Cost.  | 79  |
| 3. | Le garanzie costituzionali applicabili all'ente e al processo penale amministrativo  | 88  |
| 4. | Cenni alla presunzione di innocenza nelle fonti e nella giurisprudenza sovranazionali. La presunzione di innocenza della persona giuridica nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo | 105 |

### CAPITOLO TERZO

#### LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA DELL'ENTE COME REGOLA DI TRATTAMENTO E REGOLA PROBATORIA. IL TRATTAMENTO PROCESSUALE DELL'ENTE

|    |   |     |
|----|---|-----|
| 1. | Il principio di autonomia dell'art. 8   | 121 |
| 2. | Colpevolezza e responsabilità: l'art. 69  | 132 |
| 3. | Le garanzie processuali applicabili all'ente nelle clausole degli artt. 34-35. Ipotesi relative al diritto al silenzio dell'ente  | 138 |
| 4. | La partecipazione dell'ente al procedimento penale: il problema delle garanzie processuali e della presunzione di innocenza alla luce dell'interpretazione dell'art. 39 | 155 |

### CAPITOLO QUARTO

#### I CRITERI DI IMPUTAZIONE DELL'ILLECITO AMMINISTRATIVO DIPENDENTE DA REATO. PROFILI SISTEMATICI

##### PARTE PRIMA

|    |   |     |
|----|---|-----|
| 1. | Criteri oggettivi e criteri soggettivi (artt. 5-7)  | 165 |
| 2. | Profili di tensione con il principio costituzionale <i>ex</i> art. 27 co. 2 Cost.: l'art. 6                                   | 169 |
| 3. | L'insufficienza della teoria della cosiddetta immedesimazione organica e la struttura della fattispecie complessa dell'art. 6 | 178 |
| 4. | La natura dell'art. 6: ipotesi di dottrina e giurisprudenza   | 184 |
| 5. | La funzione dei modelli di organizzazione e di gestione come modelli integrati di responsabilità                              | 188 |

##### PARTE SECONDA

|    |  |     |
|----|--|-----|
| 1. | <i>Culpa in vigilando</i> e responsabilità oggettiva. La contaminazione con i modelli civilistici e la compatibilità con la presunzione di innocenza | 193 |
| 2. | La diversa allocazione dell'onere probatorio nella fattispecie dell'art. 7: considerazioni sistematiche  | 196 |
| 3. | Onere della prova e regola di giudizio: il sistema del d. lgs. 231/2001 alla luce dell'art. 533 co. 1 c.p.p.   | 199 |

## CAPITOLO QUINTO

### LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA DELL'ENTE ALLA LUCE DEL SISTEMA DELLE MISURE CAUTELARI DEL D. LGS. 231/2001

|    |  |            |
|----|--|------------|
| 1. | Cenni al sistema delle misure cautelari del d. lgs. 231/2001 nel contesto della finalità preventiva del rischio d'impresa  | 207        |
| 2. | La particolare declinazione della presunzione di innocenza all'interno del quadro costituzionale relativo alle misure cautelari applicabili all'ente   | 213        |
| 3. | La presunzione di innocenza come regola di trattamento e il sottosistema cautelare dell'art. 45: le esigenze cautelari e il recupero dell'ente alla legalità. Riflessi processuali in tema di presunzione di innocenza | 219        |
| 4. | Le condotte riparatorie e la riparazione delle conseguenze del reato. La compatibilità delle cautele interdittive con il canone della presunzione di innocenza   | 231        |
| 5. | Le misure cautelari reali. Il sequestro preventivo e il rapporto con la confisca   | 236        |
|    | <b>BIBLIOGRAFIA</b>  | <b>251</b> |



## CAPITOLO PRIMO

### UNA RICOSTRUZIONE INTRODUTTIVA DELLA PRESUNZIONE DI INNOCENZA (ART. 27 CO. 2 COST.)

SOMMARIO: 1. Profili di sintesi storica. L'elaborazione del principio in età illuministica e l'evoluzione nella codificazione napoleonica – 2. L'elaborazione del principio in Italia dal Codice Finocchiaro Aprile al Codice Rocco – 3. Presunzione di innocenza e presunzione di non colpevolezza: la formulazione dell'art. 27 co. 2 Cost. – 4. Regola di trattamento e regola di giudizio: le declinazioni dell'art. 27 co. 2 Cost.

*1. Profili di sintesi storica. L'elaborazione del principio in età illuministica e l'evoluzione nella codificazione napoleonica*

L'articolo 9 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, votata dall'Assemblea Nazionale tra il 20 e il 26 agosto 1789, recita: «Poiché ciascuno è presunto innocente finché non sia stato dichiarato colpevole, se si giudichi indispensabile arrestarlo, ogni rigore che non sia necessario per assicurarsi della sua persona deve essere seriamente represso dalla legge»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> «Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa

La formulazione della *Déclaration*, testamento spirituale della Rivoluzione francese, rappresenta la sintesi della riflessione giuridica e giuspolitica condotta in Europa al tramonto dell'Antico Regime: essa racchiude in sé tanto le implicazioni della cultura filosofica e giuridica precedente, che potranno essere osservate retrospettivamente, quanto alcuni termini di confronto per la successiva evoluzione, che a sua volta verrà qui brevemente ripercorsa. Attraverso l'individuazione della presunzione di innocenza viene infatti scolpito per la prima volta in modo compiuto il nuovo rapporto tra individuo e Stato, tra cittadino e potere politico; si conferisce forma all'idea di nazione e di sovranità del popolo che proprio l'Assemblea nazionale, per voce dell'abate Sieyès e attraverso l'esperienza dei *cahiers de doléances*, andava frattanto definendo come elemento fondativo della nazione stessa<sup>2</sup>.

La *Dichiarazione*, segnando la conclusione dell'*Ancien Régime*<sup>3</sup>, dava infatti avvio alla demolizione del potere assoluto: il valore storico del diritto fondamentale alla sicurezza, sancito dall'articolo 2, esprimeva così il fondamentale cardine della tutela dell'innocente all'interno dell'ordinamento penale. Il principio consacrato dall'art. 9 della *Dichiarazione* rappresenta da tale punto di vista l'epilogo coerente della riflessione illuministica: già nell'*Esprit des lois* (1748), Montesquieu aveva infatti individuato il nesso tra istanze punitive e libertà personale, affermando come la sicurezza dei cittadini «non è mai posta in pericolo maggiore che nelle accuse pubbliche o private». Ne derivava che «è dunque dalle leggi penali che dipende principalmente la

---

personne, doit être sévèrement réprimée par la Loi». La versione tradotta, come i brani successivi, è in G. LEFEBVRE, *L'Ottantanove*, traduzione a cura di A. GALANTE GARRONE, Torino, 1970<sup>2</sup> (1949), pp. 213-215.

<sup>2</sup> J. MICHELET, *Histoire de la Révolution Française. Tome premier*, Paris, 1847, pp. 200-219 sul testo della *Declaration*; J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, 1968<sup>2</sup>, p. 24; A. SAITTA, *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Milano, 1975, pp. 1-26; ma si vd. anche A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007, pp. 429-432 in part.; LEFEBVRE, *L'Ottantanove*, cit., pp. 162-172; V. GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, pp. 5-69. Ricostruisce in modo approfondito i vari progetti che, nell'agosto del 1789, furono redatti per la *Dichiarazione* R. MARTUCCI, *La Costituente ed il problema penale in Francia (1789-1791)*, I, *Alle origini del processo accusatorio: i decreti Beaumetz*, Milano, 1984, pp. 44-58.

<sup>3</sup> LEFEBVRE, *L'Ottantanove*, cit., p. 167.

libertà del cittadino», dal momento che «quando l'innocenza dei cittadini non è garantita, non lo è neppure la libertà»<sup>4</sup>.

Il nesso giuridico sottostante all'art. 9 si apprezza in rapporto all'elenco di diritti «naturali e imprescrittibili dell'uomo» (a loro volta «fine di ogni associazione politica») dell'art. 2 della *Dichiarazione* stessa: la «sicurezza» che infatti vi figura accanto a «libertà, proprietà e resistenza all'oppressione» rappresenta la garanzia di legalità accordata al cittadino contro la sopraffazione dello Stato e degli altri individui. Si assiste così alla codificazione, in ambito processuale, del principio di necessaria convivenza (la clausola di cessione regolamentata della libertà attraverso il «minimo sacrificio necessario») elaborato da Rousseau nel *Contratto sociale*, che preclude l'«assimilazione dell'imputato al colpevole»<sup>5</sup> e mira a ricondurre lo svolgimento del processo penale entro un catalogo di regole legali. In tal senso la formulazione della *Dichiarazione* francese contiene già, nella sua genesi concettuale *ante litteram*, una netta bipartizione – scandita anche dal fraseggio prescelto – tra presunzione di innocenza intesa da un lato quale regola di giudizio e dall'altro quale regola di trattamento («ogni uomo è presunto innocente sino a quando non sia stato dichiarato colpevole» e, sul secondo versante, «se si ritiene indispensabile arrestarlo, ogni rigore che non è necessario... deve essere severamente represso dalla legge»).

Il particolare riferimento al trattamento processuale dell'imputato (palesato nel periodo conclusivo dell'articolo più volte citato) mira anzitutto a sfatare l'identificazione di quest'ultimo con il colpevole e a erodere pertanto le fondamenta del sistema inquisitorio, dovendosi qui ravvisare anche una traccia non inutile dell'ampio movimento di modifica legislativa in direzione dell'abolizione della pena di morte che segna, in tal senso, la sintesi di molteplici livelli di riflessione. Il trittico di principi (artt. 7-9)<sup>6</sup> scolpisce infatti,

---

<sup>4</sup> MONTESQUIEU [C.-L. DE SECONDAT, BARON DE LA BRÈDE ET DE MONTESQUIEU], *Lo spirito delle leggi*, I, a cura di S. COTTA, Torino, 2005 (1952<sup>1</sup>), pp. 321-322 [Libro XII, Capo II, *Della libertà del cittadino*]; sulle implicazioni tratte dall'*Esprit des Lois* si vd. O. DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, *Rapporti civili. Art. 27-28*, Bologna-Roma, 1991, pp. 162-221: 165 (il contributo riprende e amplia quello già apparso nel volume, dello stesso DOMINIONI, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985, pp. 232-254).

<sup>5</sup> DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., p. 169.

<sup>6</sup> Autore degli artt. 8 e 9 (come ricorda MARTUCCI, *La Costituente ed il problema penale in Francia*, cit., pp. 57-58, al quale pure si rinvia per ulteriori dati biografici su questa figura) fu Adrien Du Port, consigliere del Parlamento di Parigi.

entro una cornice di principi (irretroattività, legalità, riserva di legge e tassatività), le garanzie del processo penale: tale delimitazione concettuale segna d'altra parte anche il *proprium* della *Dichiarazione* rispetto alla coeva riflessione affidata alla Costituzione americana, diversi essendo – rispetto a quest'ultima – il fondamento politico e giuridico e soprattutto i principi fondativi del sistema penale. D'altra parte è proprio con riferimento alla materia latamente cautelare che si apprezza la diversità per così dire ontologica dell'esperienza rivoluzionaria e poi costituente francese rispetto a quella statunitense, anche per le rispettive implicazioni del sistema processuale penale: all'interno dell'ordinamento nato dalla Rivoluzione Americana, l'esistenza e la progressiva rivisitazione di uno strumento processuale quale l'*Habeas Corpus*, formalizzato già nel diritto inglese con l'*Act of Habeas Corpus* del 1679 e poi accolto negli Stati Uniti tra i primi dieci emendamenti del *Bill of Rights* del 1791 (e il cui recepimento, ipotizzato da alcuni deputati dell'Assemblea Costituente in contrapposizione alle *lettres de cachet*, non fu viceversa mai approvato in Francia)<sup>7</sup>, posto a tutela della libertà personale dell'individuo, relega a un ruolo marginale o comunque secondario il dibattito intorno a una codificazione sistematica del principio della presunzione di innocenza<sup>8</sup>.

Diverso appare infatti il contesto dal quale, in seguito alla Convenzione di Filadelfia del 1787, nacque nel settembre dello stesso anno la Costituzione americana, la quale – non contenendo in sé un'esigenza di demolizione dell'assetto istituzionale precedente – mirava viceversa a una rielaborazione critica delle strutture esistenti, con un animo votato, anche tramite l'introduzione di un sistema di contrappesi scandito dal cosiddetto criterio di

---

<sup>7</sup> Sulla storia di questo istituto si rinvia almeno a PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., pp. 378-379 in sintesi e, per una più ampia ricostruzione, R. GAMBINI MUSSO, voce *Habeas Corpus*, in *Digesto delle discipline penali*, VI, Torino, 1992, pp. 58-63 con ulteriore bibliografia. In proposito, per il relativo dibattito, si vd. *Réimpression de l'ancien Moniteur*, Paris, 1859, pp. 368-370; MARTUCCI, *La Costituente ed il problema penale in Francia*, cit., pp. 47, 52-58 e poi sinteticamente ripreso nel più recente vol. *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna, 2001, p. 167.

<sup>8</sup> M. PISANI, *L'assoluzione per insufficienza di prove: prospettive storico-sistematiche*, in *La frode in assicurazione-L'assoluzione per insufficienza di prove*, Atti del Convegno di Studi giuridici, a cura della Camera Penale (Trieste, 22-25 aprile 1967), Milano, 1967, in part. p. 246 (e, sul punto, si vd. anche il contributo dello stesso PISANI, *Sulla presunzione di non colpevolezza*, in «Il Foro italiano», 88 [1965], pp. 1 segg.); G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma, 1988, pp. 1-5; P. PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Digesto delle discipline penali*, VIII, Torino, 1995, pp. 670-694; DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., p. 164.

*check and balance*, più a un conservatorismo critico che al sovvertimento integrale della tradizione<sup>9</sup>. Ciò comporta che il ruolo contemporaneamente accordato in Francia al principio garantista della presunzione di innocenza si atteggi, nel V *Amendment* (1791) della Costituzione americana, al più generale diritto a che sia garantito «a speedy trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty»<sup>10</sup>. La stessa «sûreté», elaborata nell'art. 2 della *Declaration* sulla scorta dei principi giusnaturalistici, appare a sua volta definita in termini sostanzialmente diversi nel IV *Amendment* statunitense, che afferma «the right of the people to be secure in their persons, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures».

Nell'ambito dell'esperienza del decennio del *droit intermédiaire* – diretta premessa, tra il 1789 e il 1799, dell'esperienza napoleonica – la genesi e l'affermazione del principio della presunzione di innocenza hanno infatti un duplice carattere: politico, nell'ambito della politica processuale e della revisione della potestà punitiva dello Stato e della sua stessa struttura costituzionale; filosofico, in quanto, ad opera dei deputati costituenti, essa si atteggia a portato del principio di eguaglianza, il quale a sua volta, scolpito all'art. 6 della *Dichiarazione*, sembra quasi fungere da premessa maggiore della presunzione di cui al successivo art. 9.

Affermatosi nella Francia prerivoluzionaria per via di Rousseau (il *Contrat social* e il *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes* furono pubblicati in edizione definitiva già nel 1762) e del più generale moto di rivolta contro l'assolutismo monarchico, la presunzione di innocenza declina quindi – nella duplice accezione sopra richiamata – la definizione di una nuova struttura di Stato, nonché di limiti al potere punitivo di quest'ultimo nei confronti del cittadino<sup>11</sup>. La codificazione di siffatto principio, argine e strumento di una nuova cultura processuale, nasce da molteplici ordini di sollecitazioni culturali,

---

<sup>9</sup> A. AQUARONE, *Due costituenti settecentesche. Note sulla Convenzione di Filadelfia e sull'Assemblea Nazionale francese*, Pisa, 1959, pp. 88-96 in part.

<sup>10</sup> Corsivo nostro; nella formulazione del testo si nota peraltro il riferimento alla presunzione di non colpevolezza, conformemente alla tradizione anglosassone, e non alla presunzione di innocenza. Per questi aspetti si vd. anche DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., p. 168.

<sup>11</sup> DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., pp. 168-169 con citazioni di Lefebvre. Per le opere sopra citate si vd. le edizioni raccolte in J.-J. ROUSSEAU, *Œuvres complètes*, III, édition publiée sous la direction de B. GAGNEBIN-M. RAYMOND, Paris, 1964, pp. 347-470, 109-237.

che uniscono – come già ricordato – alla razionalizzazione della politica criminale un più ampio movimento di egualitarismo filosofico e culturale.

Viva risulta, nella pur fragile formulazione della *Dichiarazione*, la voce di Montesquieu e di Cesare Beccaria. L'opera di quest'ultimo, manifesto di rifondazione del sistema penale, segna infatti a partire dagli Anni Ottanta del secolo diciottesimo l'affermazione di un processo fondato sul rito accusatorio e sul superamento del sistema di prove generato dal processo di diritto comune, fondato come noto sulla tortura quale *regina probationum*<sup>12</sup>. L'adesione di Beccaria al principio della presunzione di innocenza coincide infatti, nel suo *Dei delitti e delle pene* (pubblicato per la prima volta nel marzo 1764), con il pieno rifiuto della tortura quale mezzo di prova: accanto alla rifondazione del diritto penale, nell'opera di Beccaria si scorgono infatti con chiarezza i lineamenti di un programma di razionalizzazione del sistema punitivo, concepito come noto d'intesa con i fratelli Verri e meditato dall'autore del libello in aperta opposizione con il vigente sistema processuale di Maria Teresa d'Austria, che pur certamente – già all'altezza degli Anni Settanta del sec. XVIII – fu influenzato dalle istanze del circolo milanese<sup>13</sup>. La stessa *Norma interinale del Processo Criminale*, redatta nel 1786 dal giurista Carlo Antonio Martini per i territori della Lombardia austriaca, recepì – prima definizione

---

<sup>12</sup> Sulle fonti dell'elaborazione giuridica di Beccaria, dopo il fondamentale saggio di F. VENTURI, *La Milano del "Caffè"*, nel suo *Settecento riformatore*, IV, *Da Muratori a Beccaria*, Torino, 1969, pp. 645-747: 675-727, si rinvia in part. a P. AUDEGEAN, *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, traduzione di B. CARNEVALI, Roma, 2014; P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, pp. 32-34. Un contributo importante all'interpretazione del testo e a una sua rilettura durante i lavori preparatori per la Costituzione fu proposta da P. CALAMANDREI nella *Prefazione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, nell'edizione da lui curata, Firenze, 1945, pp. 92 segg. per i temi qui richiamati (ora ripreso anche da M. PISANI, *La pena di morte in Italia [1926-1948]*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LVII [2015], 1, pp. 1-28: 10-11).

<sup>13</sup> Mentre infatti ancora la *Constitutio Criminalis Theresiana* (1768-1769) proclamava, di lì a poco, la perdurante validità della tortura e, con essa, del sistema inquisitorio, già tra il 1773 e il 1776 l'imperatrice Maria Teresa d'Austria – già promotrice della *Constitutio* – avrebbe abolito la tortura nei territori di Germania, Ungheria e infine dell'Austria, dando contestualmente avvio all'emarginazione della pena di morte proprio sulla scorta della ricezione dei principi di Beccaria ad opera del giurista Joseph von Sonnenfels. Su questi aspetti si vd. in part. E. DEZZA, *Il nemico della verità. Divieto di difesa tecnica e giudice factotum nella codificazione penale asburgica (1768-1873)*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, Atti del Convegno (Foggia, 5-6 maggio 2005), a cura di M.N. MILETTI, Milano, 2006, pp. 13-77; P. RONDINI, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, Milano, 2012, pp. 214-304.

legislativa sul punto – il principio di legalità così come ipotizzato da Beccaria (cfr. § III del testo)<sup>14</sup>.

Il brano appena citato, insieme ad altre proposte originali di Beccaria (ad es. in materia di prova testimoniale; cfr. § XIII: «Più d'un testimonio è necessario, perché fintanto che uno asserisce e l'altro nega niente v'è di certo e *prevale il diritto che ciascuno ha d'essere creduto innocente*»)<sup>15</sup>, illuminano un particolare aspetto della riflessione intorno alla presunzione di innocenza, legato non solo al sistema di pene vigente (e in particolare, come già osservato, al tema della tortura e della pena di morte), bensì anche alle condizioni della carcerazione preventiva e ai mezzi di ricerca della prova, con particolare riferimento alle procedure adottate dal Senato milanese all'epoca *ad eruendam veritatem*<sup>16</sup>.

In Francia, al di là della controversa traduzione dell'opera pubblicata dall'abate André Morellet nel 1765, le idee di Beccaria giunsero tempestivamente attraverso il filtro di Voltaire<sup>17</sup> e trovarono poi per così dire una cassa di risonanza prima nelle opere degli Illuministi francesi (a loro volta, per quel che attiene l'elaborazione di principi giuridici, influenzati soprattutto dall'utilitarismo di Helvétius e di Bentham), che pure Beccaria aveva letto e

---

<sup>14</sup> E. DEZZA, *La risposta del legislatore. Riforme e restaurazioni nella giustizia penale dopo Beccaria*, in *Da Beccaria a Manzoni. La riflessione sulla giustizia a Milano: un laboratorio europeo*, a cura di G. PANIZZA, Milano, 2014, pp. 81-101: 86 (con alcuni cenni alla coeva ricezione del testo di Beccaria nella *Riforma della legislazione criminale toscana* promulgata dal Granduca Pietro Leopoldo nel novembre 1786, la cd. *Leopoldina*).

<sup>15</sup> La posizione qui espressa da Beccaria, che a sua volta mutuava il tema da Montesquieu, fu poi oggetto di ampio dibattito da parte dei Costituenti francesi (GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*», cit., pp. 22-23).

<sup>16</sup> Al di là degli argomenti formulati al § XXVI contro la pena di morte, una diretta critica al sistema di prove legali è svolta al § XXXI (*Delitti di prova difficile*): «Vi sono alcuni delitti che sono nel medesimo tempo frequenti nella società e difficili a provarsi, e in questi *la difficoltà della prova tien luogo della probabilità dell'innocenza*» (corsivi nostri), cosicché – continua – in nome della presunzione (o, secondo la clausola qui prescelta da B., la «probabilità dell'innocenza») devono essere rifiutate «le tiranniche presunzioni, le *quasi-prove*, le *semi-prove* (quasi che un uomo potesse essere *semi-innocente* o *semi-reo*, cioè *semi-punibile* e *semi-assolvibile*), dove la tortura esercita il crudele suo impero nella persona dell'accusato» (corsivi originali del testo). Le vivaci proposte per una maggiore umanità della pena furono avanzate da Beccaria in sintonia con Pietro Verri, autore dell'*Orazione panegirica sulla giurisprudenza milanese* (1763), opera di aspra critica al Senato milanese ove peraltro siede il padre Gabriele, e delle *Osservazioni sulla tortura* (1774).

<sup>17</sup> *Commentaire sur le livre "Des délits et des peines" par un Avocat de Province*, s.e., 1766, in part. al cap. XVI (trad. it. *Commentario intorno al libro dei delitti e delle pene*, in VOLTAIRE [F.M. AROUET], *Scritti politici*, introduzione e commento di R. FUBINI, Torino, 1964, pp. 645-646).

meditato, e poi nello stesso movimento di rifondazione della cultura processuale, avviato dai Costituenti nel 1789. Così si legge infatti in un celeberrimo passo (XVI, *Della tortura*), ove il riferimento alla presunzione di innocenza è concepito quale limite legale al patto sociale:

Una crudeltà consacrata dall'uso nella maggior parte delle nazioni è la tortura del reo mentre si forma il processo, o per costringerlo a confessare un delitto, o per le contraddizioni nelle quali incorre, o per la scoperta dei complici, o per non so quale metafisica ed incomprensibile purgazione d'infamia, o finalmente per altri delitti di cui potrebbe esser reo, ma dei quali non è accusato.

Un uomo non può chiamarsi *reo* prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violati i patti coi quali le fu accordata<sup>18</sup>.

Dopo la *Dichiarazione* dell'agosto 1789, nell'arco del cosiddetto biennio costituente (1789-1791) il *Comité des Sept* nominato dall'Assemblea il 10 settembre emana alcuni decreti tesi a introdurre, insieme a un complesso organico di garanzie del diritto di difesa, un modello processuale di tipo accusatorio, governato dai principi della pubblicità e del contraddittorio e quindi – dal punto di vista storico – dal superamento del modello inquisitorio che era stato introdotto in Francia dall'*Ordonnance criminelle* del 1670 (a sua volta caratterizzato da un'istruttoria scritta e segreta, da una generale presunzione di colpevolezza e dall'assenza pressoché totale di garanzie difensive)<sup>19</sup>. Vengono pertanto introdotti la pubblicità e il diritto alla difesa tecnica, accompagnati dall'abolizione del giuramento dell'imputato e della tortura (decreti 8 ottobre-3 novembre 1789); la previsione della giuria popolare d'accusa e di giudizio (decreti 16-24 agosto 1790, a seguito di vivacissimo dibattito), poi completati dalla relativa disciplina; viene infine disegnata l'architettura del giudizio orale, pubblico e in contraddittorio, ispirato ai

---

<sup>18</sup> Si cita dall'edizione ad oggi ancora di riferimento: C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, a cura di F. VENTURI, Torino, 1965. Richiama Beccaria anche DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., p. 165.

<sup>19</sup> Ricostruisce ampiamente la riforma attuata con tali decreti MARTUCCI, *La Costituente ed il problema penale in Francia*, cit., pp. 91-138. Dopo la nomina del *Comité des Sept*, il disegno complessivo di riforma fu affidato al cosiddetto *Rapporto Beaumetz*, divulgato il 29 settembre seguente.

principi del libero convincimento, del giudice terzo e della separazione tra le funzioni di accusa e di giudizio (decreti 16-29 settembre e 29 settembre 1791)<sup>20</sup>.

In tale contesto, la formulazione di un generale principio ispirato alla presunzione di innocenza si associa peraltro, sul terreno processuale, all'introduzione ad opera dei Costituenti francesi di un criterio di «intima convinzione» (testualmente enunciato nel decreto del 16 settembre 1791 come «intime conviction») – che deve guidare il giudice (e guiderà poi anche la giuria popolare del giudizio) nella disamina dei fatti del processo – in luogo dei rigidi equilibri dettati dal sistema di prove legali elaborato già nel processo romano-canonico. L'introduzione di tale parametro, che introduce una clausola vincolante al posto dell'arbitrio giudiziale che accompagnava il sistema di prove legali, sostituisce alle geometriche inferenze derivate appunto dalle prove legali una regola di «certezza morale» o «certezza probabile», elaborata già nel Seicento dai pensatori di Port-Royal nella *Logica (Logique ou l'art de penser, 1662)* e poi recuperata, attraverso i giusnaturalisti, ad esempio anche da Beccaria: in base a quest'ultima clausola, l'imputato è infatti presunto innocente fino a che il giudice non pervenga appunto alla «certezza morale» della colpevolezza del medesimo<sup>21</sup>.

Nella Francia successiva agli eventi del 1789, le vicende della presunzione di innocenza e della codificazione di un modello processuale di natura accusatoria risultano tuttavia influenzate da non lievi oscillazioni, dovute

---

<sup>20</sup> A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*, Paris, 1882, pp. 410-413 (si cita dall'ed. anastatica: Paris, 1978); SAITTA, *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale*, cit., pp. 27-34; DEZZA, *La risposta del legislatore*, cit., p. 91; inoltre, in part. sulla giuria, A. PADOA SCHIOPPA, *Tre riforme dei lumi* (originariamente pubblicato, in versione francese, col titolo *Remarques sur l'histoire du jury criminel*, in *La Cour d'Assises. Bilan d'un héritage démocratique*, Paris 2001, pp. 95-100), poi raccolto nel suo vol. *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003, pp. 484-494. Per la genesi della giuria popolare si vd. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, pp. 5-79 e, per aspetti peculiari, i contributi raccolti in *I giudici senza toga*, a cura di E. AMODIO, Milano, 1979; oltre all'ampio contributo di MARTUCCI, *La Costituente ed il problema penale in Francia*, cit., pp. 193-240.

<sup>21</sup> Si vd. in part., anche per ulteriori riferimenti, A. PADOA SCHIOPPA, *La coscienza del giudice* (originariamente pubblicato in francese: *Sur la conscience du juge dans le ius commune européen*, in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, a cura di J.-M. CARBASSE-L. DEPAMBOUR-TARRIDE, Paris 1999, pp. 95-129), in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, III, Napoli, 2002, pp. 121-162, poi raccolto nel suo vol. *Italia ed Europa nella storia del diritto*, cit., pp. 251-292; in part. 281-287. Per questi aspetti utile anche E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai Codici moderni*, Milano, 1989, in part. per i contributi contenuti nel vol. I.

all'avvicendamento degli organi rivoluzionari e al confronto tra differenti ispirazioni dottrinali. L'introduzione del rito accusatorio, con il relativo corredo di garanzie processuali, è infatti pienamente recepita dal Codice del 1791 (il *Code pénal* viene promulgato tra il 25 settembre e il 6 ottobre 1791), redatto dal criminalista Louis-Michel Le Peletier de Saint-Fargeau, magistrato vicino alle idee di Beccaria, su incarico dei Comitati rivoluzionari, che segna il punto di massima influenza del rinnovamento della procedura penale operato dalla Rivoluzione<sup>22</sup>. La svolta garantista così delineata sarebbe stata tuttavia ben presto superata dal sopraggiungere, già nell'autunno del 1793, di una legislazione d'urgenza che, contestualmente all'instaurarsi del regime giacobino del Terrore, sospese di fatto le libertà individuali, nell'alveo di una programmatica epurazione dei dissidenti.

Il nuovo *Code des délits et des peines* approvato dalla Convenzione termidoriana il 22 ottobre (3 brumaio) 1795 (il cosiddetto *Code Merlin*, dal nome del suo redattore, Philippe Antoine Merlin de Douai), primo compiuto progetto di codice di procedura penale (circa 596 dei 646 articoli dei quali è composto sono dedicati al processo), costituisce l'esito di quella nuova stagione: esso risulta infatti contrassegnato dall'accantonamento del rito accusatorio, originariamente concepito, a favore del cosiddetto processo penale misto – qui per la prima volta proposto – il quale, nonostante la conferma delle garanzie processuali introdotte nel biennio costituente, realizza il ritorno alle fondamentali implicazioni del processo di matrice inquisitoria<sup>23</sup>.

Tale involuzione rispetto al modello processuale accusatorio, concepito sull'onda della rigenerazione istituzionale operata tra il 1789 e il 1791, ebbe come peculiare corollario un progressivo ridimensionamento della presunzione di innocenza, così come originariamente formulata all'indomani della presa della Bastiglia. La versione dell'art. 9, dopo aver resistito immutata nella Costituzione del settembre 1791, scompare infatti dalle successive versioni della *Declaration*, poste in esergo alle Costituzioni del 1793 e del 1795, dove, in luogo dell'originaria proclamazione, viene introdotta una flebile riproposizione del principio di eguaglianza<sup>24</sup>. La Dichiarazione premessa alla Costituzione del 24 giugno 1793 contiene infatti una rielaborazione in chiave minore dei principi dell'ordinamento penale enunciati precedentemente agli artt. 7-9, traslati in un

---

<sup>22</sup> MARTUCCI, *La Costituente ed il problema penale in Francia*, cit., pp. 83-89.

<sup>23</sup> DEZZA, *La risposta del legislatore*, cit., p. 92.

<sup>24</sup> Cfr. SAITTA, *Costituenti e costituzioni nella Francia rivoluzionaria*, cit., pp. 27-85.

contesto caratterizzato da una deriva complessivamente autoritaria e a tratti persecutoria (il 17 settembre, nel frangente già sommariamente descritto, la Convenzione emanava la legge sui sospetti, dando così avvio a una sospensione codificata delle garanzie processuali): la presunzione di innocenza, spogliata dell'afflato ideale entro il quale era nata, trova nuova e temporanea collocazione all'art. 13, in attesa di essere formalmente espunta dalla Dichiarazione con la Costituzione del 22 agosto 1795<sup>25</sup>.

Tali variazioni, speculari all'involuzione dei modelli processuali sopra richiamata, riproducono le oscillazioni che la legislazione penale della Francia rivoluzionaria, originariamente improntata a una potente cornice di principi istituzionali e giuridici, subisce per effetto della reviviscenza di istanze giuridiche e processuali di natura conservatrice, a loro volta ispirate alla continuità con gli istituti di diritto comune<sup>26</sup>. Al di là degli aspetti di natura storico-istituzionale, qui solo sinteticamente richiamati, la presunzione di innocenza sancita dalla dottrina rivoluzionaria del 1789 si annunciava infatti dal punto di vista giuridico come il perno di una svolta rispetto al modello processuale inquisitorio, che «si qualificava specialmente per la notevole concentrazione di poteri, di natura discrezionale, nelle mani del giudice, che assumeva sia la funzione dell'accusa sia quella del giudizio»<sup>27</sup>. La presunzione di innocenza trovava infatti il suo terreno d'elezione nel modello accusatorio di nuova introduzione: ma il nuovo perimetro dei ruoli comportava, come condizione connaturata alla dialettica processuale, non solo la terzietà del giudice, ma anche una diversa limitazione dei ruoli della pubblica accusa e dell'imputato.

---

<sup>25</sup> Nella versione del 1793 si assiste a un estremo tentativo di conservazione dell'impianto originario del testo, che vede sopravvivere, accanto alla presunzione di innocenza, il principio di irretroattività della legge penale (art. 14) e di proporzionalità della pena (art. 15). A partire dalla versione del 1793, viene cassata anche la proclamazione di principio dell'art. 1, che assimila riflessioni giusnaturalistiche (trad. it.: «Gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità comune»), sostituita dalla formula concepita dai Comitati di salute pubblica istituiti da Robespierre («Scopo della società è la felicità comune») e dall'inserimento, all'art. 3, della più blanda clausola «Tutti gli uomini sono uguali secondo natura e davanti alla legge». Nella versione del 1795 – che, accanto alla formulazione dei diritti, contiene anche nove articoli conclusivi dedicati ai «doveri del cittadino» – l'abbrivio ideale viene del tutto espunto, sostituito dall'*incipit* (precedentemente all'art. 2) con i quattro diritti fondamentali.

<sup>26</sup> In generale ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle*, cit., pp. 410-413; DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., p. 170.

<sup>27</sup> L. GARLATI, *La giustizia penale di Beccaria*, in *Da Beccaria a Manzoni*, cit., pp. 29-42: 35.

L'angolo prospettico decisivo, per i principi così descritti, risulta quello della ripartizione dell'onere della prova. Con il processo misto, introdotto in Francia con il *Code Merlin* e poi pacificamente riproposto in età napoleonica, il canone della presunzione di innocenza subisce un compromesso che appare, per diversi e convergenti ordini di ragioni, assai problematico: risulta sintomatico, al di là delle implicazioni dei ruoli e delle prassi procedurali, che nel *Code* del 1795 (Libro primo, art. 16) la tutela di libertà, proprietà e sicurezza individuale sia affidata alla polizia (la *police administrative*, dalla quale si distingue – all'art. 20 – la *police judiciaire*), «instituée pour maintenir l'ordre public». A tal proposito il contrasto si apprezza in modo decisivo, come già osservato, con riferimento all'allocazione dell'onere probatorio: se infatti, dal punto di vista concettuale, la presunzione di innocenza continuerà a essere riproposta in modo acritico come generale principio ispiratore della teoria processuale, nondimeno si osserva come i diversi ruoli attribuiti agli attori del processo misto pongano una non lieve cesura all'attuazione di tale principio.

La figura del giudice istruttore, introdotta dal Codice del 1795 e poi accolta dalla codificazione napoleonica, crea una profonda cesura nell'affidamento dell'onere della prova al Pubblico Ministero: tra i ruoli disegnati dal processo misto, a lui viene affidato il dominio della fase investigativa, cosicché la neutralità del giudice, predicato del rito accusatorio, si risolve in un marcato sostegno da parte di tale figura all'ipotesi accusatoria<sup>28</sup>. Entro tale nuova cornice di ruoli, risulta inevitabile un ridimensionamento della presunzione di innocenza: a differenza del giudice del sistema accusatorio, il giudice istruttore (che opera, in fase investigativa, raccogliendo prove tanto a carico che a discarico dell'indagato) ha di fronte a sé, quale interlocutore e destinatario della sua azione, non solo l'imputato con il proprio corredo di garanzie, ma anche la funzione – di pari valore – di difesa e ordine sociale, che rappresenta uno degli scopi primari del processo misto.

---

<sup>28</sup> DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., pp. 171-172, osserva come in realtà nei codici francesi non si possano rinvenire «criteri espressi per disciplinare l'enorme potere attribuito al giudice istruttore»: ciononostante, opererebbe in modo implicito un parametro (poi disatteso soprattutto in epoca napoleonica) in forza del quale «tale potere non può trasbordare nell'arbitrio perché le regole per il suo esercizio risiedono nella stessa natura dell'organo che ne è titolare, il quale, essendo dotato dello statuto di giudice, ha come caratteristica essenziale l'indipendenza e perciò non deve schierarsi dalla parte dell'accusa, ma deve operare per l'accertamento della verità» (*ibidem*). Sul punto occorrerà ricordare il rinvio – anche nel testo appena citato – a F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code de l'instruction criminelle*, V, Bruxelles, 1845, pp. 217-220, che rinvia sopr. alla teoria del processo inquisitorio.

La riflessione intorno ai fondamenti del processo penale – e, tra questi, alla presunzione di innocenza – viene bruscamente interrotta dall’ascesa di Napoleone. A partire dalla Costituzione del 13 dicembre 1799 (22 frimaio anno VIII), la cornice di principi affidata alle diverse versioni della Dichiarazione viene definitivamente abbandonata, per lasciare spazio a un testo costituzionale che «modificava di nuovo dalle fondamenta l’ordinamento costituzionale della Francia»<sup>29</sup> e che perciò contenesse in sé l’architettura istituzionale e la legittimazione del potere conferito a Napoleone medesimo<sup>30</sup>. In simile contesto, al di là delle vicende storiche, l’enunciazione di principi di garanzia era per così dire emarginata dall’attuazione progressiva di una nuova costituzione formale e materiale e di un organico disegno di amministrazione dello Stato e – per quanto qui interessa – dal progetto di una codificazione in ambito sia civile che penale, che rappresentasse *per tabulas* il disegno sistematico della nuova forma di governo<sup>31</sup>. La Costituzione del 1799 – redatta dal padre della rivoluzione giuridica dell’89, l’abate Sieyès – segna il definitivo tramonto del canone della presunzione di innocenza, così come era stato tratteggiato dall’Assemblea Costituente: le Costituzioni napoleoniche (dopo quella del 1799, furono quelle del 4 agosto 1802 e del 18 maggio 1804), in una più ampia opzione sistematica, espungono infatti *in toto* la riflessione intorno alle garanzie processuali e di libertà dell’individuo.

All’interno del progetto di complessiva codificazione avviato da Napoleone, il codice di procedura penale trova una sua compiuta sistemazione con il *Code d’Instruction Criminelle* del 1808, entrato in vigore – insieme al *Code pénal* del 1810 – il 1 gennaio 1811. Il *Code* segna il completo recupero del sistema inquisitorio in fase istruttoria, con la riaffermazione del principio di segretezza e il sostanziale recupero degli istituti contenuti nell’*Ordonnance* del 1670, mentre per la fase dibattimentale promuove un generale criterio di pubblicità: con la giustapposizione di due differenti modelli processuali, ognuno dei quali «ispirato a una delle due forme storicamente assunte dal processo penale, l’inquisitoria e l’accusatoria»<sup>32</sup>, prende vita il processo penale

---

<sup>29</sup> Così PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., p. 449 (alle pp. 448-469 per la codificazione napoleonica).

<sup>30</sup> I testi delle Costituzioni francesi, già raccolti in *Les Constitutions de la France depuis 1789*, presentee par J. GODECHOT, Paris, 1970, si leggono ora nella versione ufficiale anche *on line* sul sito [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr) (nella parte dedicata a *Les Constitutions de la France*).

<sup>31</sup> A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, p. 167.

<sup>32</sup> Così, in sintesi, DEZZA, *La risposta del legislatore*, cit., p. 92.

misto, che segna anche il superamento di una riflessione intorno alle garanzie legali del processo stesso, come ben si evince dall'assenza di qualsiasi riferimento tra le Disposizioni preliminari al *Code*.

Ancora una volta, come per i progetti del decennio rivoluzionario, la disciplina riservata al trattamento dell'individuo sottoposto alle indagini e al processo penale diventa punto di osservazione privilegiato per le sorti della presunzione di innocenza. L'apertura formale alle garanzie difensive – pur non avendosi, come già accennato, una compiuta declinazione dello *status* dell'imputato – viene infatti smentita in modo esemplare dalla disciplina dell'interrogatorio dell'imputato, al quale, nonostante la garanzia della presenza del difensore, venivano letti i verbali delle deposizioni testimoniali raccolte in fase istruttoria, così da costruire l'interrogatorio stesso sulla base delle relative contestazioni (Libro primo, § III, artt. 71 segg.)<sup>33</sup>.

L'epilogo della parabola napoleonica si traduce infatti in un definitivo annichilimento dei principi giuridici sanciti con la Dichiarazione del 1789. Con la Carta costituzionale del 1814, contrassegno della restaurazione della monarchia borbonica con Louis-Stanislav Xavier (fratello minore del re ghigliottinato), la presunzione di innocenza scompare dalla cornice di principi e viene più modestamente ricondotta (è l'art. 4 della parte introduttiva di *Droit public des Français*) al principio di tassatività, secondo il quale – così recita il

---

<sup>33</sup> A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, II, Milano, 2005, pp. 590-592; PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., p. 468. Il riferimento alle norme del *Code* è tratto da *Code d'Instruction criminelle. Édition conforme à l'édition originale du Bulletin des lois*, Paris 1812. A partire dall'ascesa del 1799, la revisione del processo penale operata da Napoleone venne inaugurata già con la legge 27 gennaio (7 piovoso anno IX) 1801, che confermò la restaurazione del modello inquisitorio e il ricorso ai canoni di segretezza in fase istruttoria. Dopo l'elaborazione di un *Projet de Code criminel, correctionnel et de police* (1802), il *Code d'Instruction Criminelle*, approvato nel 1808, segnò una profonda revisione del processo penale: l'istituto oggetto di più tormentata riflessione fu, da tale punto di vista, quello della giuria popolare, alla quale Napoleone era contrario. A seguito di un appassionato dibattito presso il Consiglio di Stato, lo stesso Napoleone fu convinto – ad opera soprattutto di alcuni consiglieri di Cassazione – a decretarne la sopravvivenza e, su proposta di Cambacérès, fu eliminata la sola giuria d'accusa, lasciando indenne la giuria di giudizio (per la ricostruzione del dibattito, e anche per i testi e i lavori preparatori, si vd. con ulteriori rinvii G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Bruxelles, 1827, nella trad. it. *La legislazione civile, commerciale e criminale ossia commentario e compimento dei codici francesi opera del Barone Locré*, voltata in italiano per cura di G. CIUFFI, Napoli, 1840-1843, in part. vol. 1). Quanto alla fase istruttoria, fu affermata la centralità del giudice istruttore, che (cfr. *Livre premier*) vagliava notizie di reato e in part. testimonianze, in assenza di qualsiasi garanzia difensiva dell'indagato.

testo – nessuno può «essere posto sotto accusa né arrestato se non nei casi previsti dalla legge e nella forma da essa prescritta».

In Italia la conclusione dell'esperienza della Repubblica Cisalpina trova la sua manifestazione giuridica con il *Codice di procedura penale del Regno italico* del 1807, unico testo entrato in vigore prima del citato *Code* del 1808. Il testo segna il punto di mediazione tra contrapposte esperienze processuali: prima della sistemazione napoleonica, pur di poco successiva, il Codice del 1807, redatto principalmente ad opera di Giandomenico Romagnosi, tenta un superamento del modello inquisitorio che ancora circolava (soprattutto nel Lombardo-Veneto) per via delle codificazioni di Maria Teresa d'Austria e dei vari progetti che sfociarono poi nel *Codice dei delitti* austriaco, promulgato nel 1803 e poi definitivamente tradotto per i territori italiani nel 1815<sup>34</sup>.

Il Codice Romagnosi costituisce un tentativo affatto secondario di mitigare il modello francese attraverso un ampliamento delle garanzie difensive in direzione accusatoria, formulando un corredo di contrappesi alle regole istruttorie introdotte già nel *Code Merlin*. Un'attenzione particolare era dedicata, da tale punto di vista, alla materia cautelare, nella quale faceva ingresso – a differenza delle più recenti sistemazioni francesi e, con distanza ancor più ragguardevole, della procedura asburgica – una presunzione di innocenza per così dire temperata da esigenze di tutela sociale<sup>35</sup>. Sebbene il

---

<sup>34</sup> Il Codice fu promulgato con decreto vicereale da Eugenio Beauharnais l'8 settembre 1807. Tre furono i progetti che si susseguirono, a partire dal 1802 (1802, 1806 e appunto 1807, dando poi origine alla definitiva versione), la cui stesura si deve principalmente a Romagnosi. Per la genesi del testo e l'edizione delle tre versioni si vd. *Le fonti del Codice di Procedura Penale del Regno Italico (1807)*, a cura di E. DEZZA, Milano, 1985 (che svolge le ricerche già proposte in E. DEZZA, *Il Codice di Procedura Penale del Regno Italico [1807]. Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Padova, 1983); per le fonti si vd. in part. A. CAVANNA, *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese nella Milano napoleonica. Giuseppe Luosi e il diritto penale*, in *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano, 1996, pp. 659-760, ora nei suoi *Scritti (1968-2002)*, II, Napoli, 2007, pp. 833-927, M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire? La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia durante la Rivoluzione e l'Impero*, Torino, 2000; ulteriori riferimenti anche in GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*», cit., pp. 22-23.

<sup>35</sup> Tra i documenti pubblicati da DEZZA (*Le fonti del Codice di Procedura Penale del Regno Italico*, cit., pp. 361-365) si rinviene ad es. il testo con il quale le Autorità milanesi il 27 agosto 1807 presentarono al viceré Beauharnais la versione definitiva del Codice. Si legge: «Non erano a tollerarsi più oltre gli antichi metodi d'una istruzione affatto inquisitoria e di un giudizio proferito nel privato di solitarie stanze [...] Due principi liberali si contengono nel Titolo 5° e nel 7°. [...] L'altro principio [*i.e.* il Titolo VII del Libro primo ha come rubrica *Del beneficio della sigurtà*], conforme pur esso all'umanità, è il beneficio della sigurtà, che nei passati sistemi

principio in parola non trovi una autonoma formulazione concettuale, il criterio del minor sacrificio della libertà dell'individuo, indagato o imputato, risalta entro uno spazio applicativo che viceversa, come già in parte osservato, risulterà di lì a poco disatteso nel *Code d'instruction criminelle*.

Il Codice Romagnosi, sintesi tra il modello inquisitorio e la proposta di un rito accusatorio accompagnata dalle garanzie formulate dai Costituenti francesi, sanciva la nomina obbligatoria del difensore, per contro affermando l'assenza della difesa tecnica in fase istruttoria e, specularmente, la sua non formale presenza nella successiva fase dibattimentale. I segni, pur contrastanti, di una riflessione intorno alle ipotesi garantiste ereditate dalla Rivoluzione, a loro volta emanazioni della presunzione di innocenza tratteggiata nel 1789, sarebbero stati tuttavia vanificati in Italia dal successivo Codice del 1859. Quest'ultimo, mostrandosi fedele al *Code d'instruction criminelle* frattanto entrato in vigore, avrebbe infatti mostrato una mera ripetizione dei moduli napoleonici, rivelando un'implicita rinuncia alla sistematizzazione dei principi ispiratori del processo penale<sup>36</sup>.

## 2. *L'elaborazione del principio in Italia dal Codice Finocchiaro Aprile al Codice Rocco*

La struttura del Code napoleonico del 1808 viene tradotta in Italia attraverso il *Codice di procedura penale per il Regno d'Italia* del 1865 (a sua volta succeduto al Codice promulgato nel Regno di Sardegna il 20 novembre 1859, insieme al Codice penale e al Codice di procedura civile, sulla base della legge dello stesso Regno nr. 3345, 25 aprile 1859) che – tentando una traduzione del modello di

---

di rado o non mai si concedeva. Qui pure si è cercato di conciliare col minor pregiudizio degli imputati la maggiore tutela della cosa pubblica» (*Il Consiglio legislativo illustra al Viceré Eugenio Beauharnais il progetto definitivo di Codice di Procedura Penale [“Terzo progetto Romagnosi”]*, alle pp. sopra citate, in part. pp. 362, 364, da cui si cita).

<sup>36</sup> Si vd. in part. A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960, p. 74; GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*», cit., pp. 23-27.

processo misto francese – dà vita in realtà a un rito originale e in parte più avanzato di quello codificato in età napoleonica<sup>37</sup>.

Nelle parole affidate al Guardasigilli Vacca per la *Relazione* introduttiva, dal *Codice di procedura* del 1865 promana una vocazione moderata, che ben si riflette nei soli rinvii alla presunzione di innocenza contenuti nel testo della relazione stessa: secondo il Ministro, il Codice si ispira infatti a «un equo temperamento il quale conciliasse le imperiose esigenze della giustizia circa la scoperta e la punizione dei colpevoli, col rispetto maggiore per il cittadino non diffamato, che può risultare innocente dopo il giudizio» e, in epilogo, il conseguimento della «celerità in tutti i casi in cui non può nuocere alla giustizia, la libertà in tutti quelli in cui non sacrifica la pubblica sicurezza, lo svolgimento aperto e leale del principio accusatorio, lo svincolo da non necessarie formalità, e con tutto ciò la tutela della dignità del cittadino e la economia dei giudizi»<sup>38</sup>.

All'altezza dei progetti di codificazione unitaria, successivi all'Unità politica, l'elaborazione della presunzione di innocenza risulta quindi affidata a una proclamazione ideale: ma tanto l'immediato antecedente del Codice unitario (vale a dire il *Codice di procedura penale del Regno di Sardegna* del 1859), quanto lo stesso testo del 1865 risultano per così dire, a una diretta verifica dell'impianto testuale, perlopiù impermeabili a una effettiva ricezione del principio così descritto<sup>39</sup>. Il carattere estemporaneo della riflessione intorno

---

<sup>37</sup> AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, cit., pp. 78-80; DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., pp. 174 segg.; G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli stati successori*, nel suo vol. *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, II, Napoli, 1984, pp. 711-802; E. DEZZA, *L'avvocato nella storia del processo penale*, in *Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura*, a cura di G. ALPA-R. DANOVÌ, Bologna, 2003, pp. 111-134. Il Codice, entrato in vigore il 1° gennaio 1866, presenta l'unificazione della materia processuale, attraverso un'agevole estensione della previa sistemazione del 1859: l'unica importante revisione si ebbe nel 1889 a seguito della promulgazione del Codice penale di Giuseppe Zanardelli e condusse a una prima ipotesi di sistemazione, con la commissione ministeriale di studio presieduta negli Anni Novanta del secolo dal ministro Teodorico Bonacci, poi seguita da una seconda bozza di lavoro promossa dalla commissione guidata dal ministro Emanuele Gianturco (1897).

<sup>38</sup> *Relazione ministeriale al re sul codice di procedura penale. Udienza del 26 novembre 1865*, in *Codice di procedura penale del regno d'Italia*, Torino, 1866, pp. 5-28, riprodotto in Appendice da AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, cit., pp. 447-461: 450, 461, da cui si cita.

<sup>39</sup> Si vd. in part. *La legislazione penale italiana illustrata con la giurisprudenza e la dottrina del decennio 1886-95 e anni seguenti*, Parte II, *Codice di procedura penale*, Torino, 1897, pp. 648 segg.

a tale principio riflette d'altra parte il carattere della codificazione unitaria, che – affidandosi per larga parte al modello francese – non provocò una complessiva rielaborazione critica dei principi e degli istituti sostanziali e di procedura<sup>40</sup>. In Italia, non essendoci «né una Carta dei diritti che abbia affidato al principio il compito di segnare in termini normativi la linea di garanzia dei diritti individuali, né un'opera legislativa sia pure effimera che, istituendo strutture di ispirazione accusatoria, gli abbia dato modo di sperimentarsi nel concreto dei congegni processuali»<sup>41</sup>, la riflessione intorno alla presunzione di innocenza appare retrospettivamente affidata al dibattito tra Scuola classica e Scuola positiva<sup>42</sup>.

Fu la prima, ad opera soprattutto di Francesco Carrara e di Giovanni Carmignani, a delimitare una nozione della presunzione di innocenza in termini probabilistici e, più in generale, di teoria generale del diritto. Afferma Carmignani: «La base della presunzione è ciò che ordinariamente accade: ma più spesso avviene che gli uomini si astengano dal delinquere, anziché commettere delitti. Quindi la legge consacra e difende a tutti i cittadini la presunzione della innocenza»<sup>43</sup>. La presunzione di innocenza, così tratteggiata, è infatti ricompresa dai giuristi classici tra le cosiddette «leggi naturali del processo», individuate anche sulla base di una lettura storicistica di elementi risalenti al diritto romano (sul punto il passo di riferimento era un rescritto di Traiano, ora in Digesto 48.19.5: «Satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare»)<sup>44</sup>, in opposizione al canone di presunta colpevolezza che, in un confronto tutto condotto con toni contrastivi, compendia il processo inquisitorio di Antico Regime.

Apertamente polemica suona inoltre – con riguardo al Codice del 1865 – la posizione di Carrara, che chiosa: «Il Toscano viveva sotto la presunzione

---

<sup>40</sup> Cfr. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., pp. 522-529.

<sup>41</sup> Così ancora DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., p. 174.

<sup>42</sup> Occorrerà rispettivamente riferirsi a L. LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino 1886 e a E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino 1900<sup>4</sup> e infine, ancora per la Scuola positiva, a F. PUGLIA, *L'evoluzione storica e scientifica del diritto e della procedura penale*, Messina 1882.

<sup>43</sup> G. CARMIGNANI, *Elementi del diritto criminale. Prima versione italiana*, I, Malta, 1848, p. 249.

<sup>44</sup> M.A. DE DOMINICIS, *Brev. Pauli Sententiarum IV, 12, par. 5 e l'origine romano-cristiana del principio "in dubio pro reo"*, in «Archivio penale», I (1962), pp. 411-417; sul tema si sofferma anche PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., p. 32.

d'innocenza, l'Italiano oggi vive sotto la presunzione di colpa»<sup>45</sup>. A giudizio di quest'ultimo, la presunzione di innocenza avrebbe dovuto infatti rappresentare il perno dell'intero sistema processuale: con riferimento alla disciplina della carcerazione preventiva (oggetto di riforma legislativa già nel 1876 e poi, con ulteriori revisioni, nel 1887) sarebbe stato a suo avviso necessario considerare il monito secondo il quale «[...] l'uomo da voi preso in sospetto è innocente; e voi non potete negare la sua innocenza finché non abbiate dimostrato la sua reità»<sup>46</sup>. La presunzione di innocenza – sono parole di Lucchini – assume pertanto un valore in senso lato politico, ossia di «prima e fondamentale garanzia che il procedimento assicura al cittadino»<sup>47</sup>.

Da parte della Scuola classica non tardarono peraltro le obiezioni intorno all'inadeguatezza del modello processuale misto, congegnato in modo tale da rendere impossibile tanto un accertamento per così dire scientifico (caro in quel frangente storico ai sostenitori di un'ipotesi positivista), quanto – e soprattutto – una piena ed equa realizzazione del valore della presunzione di innocenza, a sua volta funzionale a un razionale accertamento della verità<sup>48</sup>. Nel frattempo i presupposti così paventati risultavano viceversa incompatibili con il programma di metodo della Scuola positiva, la quale – sulla scorta degli insegnamenti di Cesare Lombroso – enuncia tra i propri obiettivi la rifondazione del diritto penale su basi scientifiche e l'elaborazione su basi cliniche o presunte tali di una antropologia del soggetto criminale. Il processo che ne derivava, unitamente a una compiuta disciplina criminologica, avrebbe infatti dovuto tutelare la società nel suo complesso e contemporaneamente fornire una anamnesi esatta e scientifica del delitto e del suo autore<sup>49</sup>.

Per tali motivi la presunzione di innocenza è recisamente respinta dai cantori del Positivismo: se da un lato viene rifiutato il generale principio *in dubio pro reo*, dall'altro, sulla base di considerazioni anche di natura politica, risulta agevole elidere la tutela della libertà personale in relazione alla

---

<sup>45</sup> F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Torino, 1874, p. 47 (le riflessioni furono poi riprese dallo stesso nel suo *Programma del corso di diritto criminale*, I, Bologna, 1893, pp. 370-374); ricostruisce la polemica, anche con riferimento a Carrara, G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, pp. 12-17: in part. 14-15.

<sup>46</sup> F. CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale* (1873), raccolto tra i suoi *Opuscoli di diritto criminale*, V, Prato, 1881, p. 18. Sulla riforma del 1876 si vd. in sintesi DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., p. 176.

<sup>47</sup> L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1899<sup>2</sup>, p. 15.

<sup>48</sup> Ivi, pp. 15-16, 167.

<sup>49</sup> DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., p. 172.

carcerazione preventiva in nome di generiche istanze di difesa sociale e di «riequilibrio fra diritti individuali e sociali», tali da rimediare – nell'intenzione degli scriventi – «alle soverchie esagerazioni del pensiero liberale»<sup>50</sup>. La ricezione del modello francese del processo misto, attuata nel 1865, lasciava d'altra parte irrisolte numerose questioni di metodo. La schermaglia polemica tra le due correnti dottrinali traeva verosimilmente origine dai limiti connaturati al processo misto, il quale – come si è brevemente ricordato – nel tentativo di conservare le garanzie difensive all'interno di un'opzione sostanzialmente inquisitoria, aveva finito in realtà per realizzare una ambigua bipartizione tra una fase istruttoria (ancora governata dai canoni di segretezza e di formalizzazione scritta) e una fase dibattimentale viceversa ispirata al principio di oralità e al generale principio dell'*in dubio pro reo*.

L'ambivalenza tra le due fasi così concepite provocava frattanto una singolare convergenza delle due Scuole intorno alla generale critica al rito procedurale così vigente. Esponenti di opposte fazioni, accantonando temporaneamente ulteriori argomenti, si dimostravano progressivamente concordi «nel condannare, sia pure da diversi punti di vista, un sistema di procedura che sembrava appositamente congegnato per unire all'inefficienza dell'amministrazione della giustizia penale una sostanziale iniquità»<sup>51</sup>.

Dopo una lunga fase di stasi, caratterizzata dall'avvicendamento di afflati riformatori, la polemica riprende vigore all'inizio del 1913, all'indomani dell'entrata in vigore (il 27 febbraio 1913) del nuovo *Codice di procedura penale* che porta il nome del ministro Guardasigilli dell'epoca, Camillo Finocchiaro Aprile, esponente del governo giolittiano, il quale aveva accordato largo credito a esponenti della Scuola classica nella redazione del testo<sup>52</sup>. Profilandosi un ampio dibattito sullo statuto generale del diritto processuale penale, il principio della presunzione di innocenza subisce infatti a quest'altezza

---

<sup>50</sup> Così E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, 1881, p. 428, cui rinvia anche DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., p. 180.

<sup>51</sup> AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, cit., p. 75.

<sup>52</sup> I tentativi di revisione del codice di procedura, succedutisi dopo l'entrata in vigore del Codice penale Zanardelli, confluirono in un coerente progetto di lavoro solo con la commissione istituita nel 1898 dal ministro Camillo Finocchiaro Aprile: un primo canovaccio, già predisposto nel 1904, fu presentato alla Camera dei Deputati nel novembre 1905. La delega per la pubblicazione giunse nel giugno 1912 e il testo del nuovo Codice di procedura penale, dopo la presentazione al Re, fu pubblicato il 27 febbraio 1913. Particolarmente importante per la redazione definitiva risultò, tra gli altri, il contributo di Ludovico Mortara (si vd. almeno PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., pp. 529-530).

numerosi strali, provenienti tanto dalla Scuola tecnico-giuridica che da quella positiva<sup>53</sup>: siffatta polemica, di natura non solo processuale, procede invero in modo autonomo rispetto alla formulazione del nuovo Codice, che – deludendo le diffuse aspettative della dottrina<sup>54</sup> – aveva fornito un parziale compromesso (Finocchiaro Aprile aveva d'altra parte promesso, già nel progetto del 1905, un canone di «contraddizione temperata» comunque rivolto in direzione di una politica processuale liberale) rispetto ai previgenti istituti, eludendo qualsiasi formulazione della presunzione di innocenza e lasciando vacante il problema, all'epoca decisivo, della moderna realizzazione di un modello processuale accusatorio, in sé coerente<sup>55</sup>.

Le censure mosse dalle due correnti di pensiero alla presunzione di innocenza affondavano le loro radici nel movimento ideale insorto già alla fine dell'Ottocento, all'epoca della già menzionata polemica<sup>56</sup>: se per la nuova Scuola tecnico-giuridica (soprattutto attraverso Manzini) le argomentazioni, invero di natura artefatta, erano di marca perlopiù logica e analitica, le considerazioni che venivano in rilievo da parte della contrapposta fazione erano soprattutto legate a finalità politiche<sup>57</sup>. A tal proposito Manzini si

---

<sup>53</sup> Sul tema si vd. L. LACCHÉ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano, 1990; M.N. MILETTI, *Ombre d'inquisizione. L'intervento della difesa nell'istruttoria penale italiana (1865-1913)*, in *Principio di legalità e diritto penale (Per Mario Sbriccoli)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVI (2007), pp. 901-955; dello stesso MILETTI, «*Uno zelo invadente*». *Il rifiuto della pubblicità istruttoria nel codice di procedura penale del 1930*, in *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. COLAO-L. LACCHÉ-C. STORTI, Bologna, 2008, pp. 227-262.

<sup>54</sup> In part. F. CORDERO (*Procedura penale*, Milano, 2006<sup>8</sup>, p. 72) definisce «equivoco» il tentativo di riforma operato dal Codice del 1913.

<sup>55</sup> A. GHIARA, *Presunzione di innocenza, presunzione di "non colpevolezza" e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte costituzionale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XVII (1974), 1, pp. 72-79; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 19; DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., pp. 180-181; MILETTI, «*Uno zelo invadente*», cit., pp. 228-230.

<sup>56</sup> Per la Scuola positiva si vd. già R. GAROFALO-L. CARELLI, *Riforma della procedura penale in Italia. Progetto di un nuovo codice*, Torino, 1889; posizioni poi riprese nei contributi, dello stesso GAROFALO, *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sulla teoria della repressione*, Torino, Bocca, 1891<sup>2</sup>, in part. pp. 325-327 e *La detenzione preventiva*, in «La Scuola positiva», II (1892), p. 199. In part. nell'opera definitivamente data alle stampe nel 1891, sopra citata, G. si scagliava contro la Scuola penalistica classica (cfr. *Prefazione*, pag. VIII), a suo dire rea di impedire una piena realizzazione di istanze repressive.-

<sup>57</sup> V. GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in «Diritti dell'uomo. Rivista di filosofia giuridica e morale», I (1999), pp. 35-36; sulla ricostruzione del dibattito si vd. anche M.N. MILETTI, *La scienza nel codice. Il diritto*

pronunciava in modo stentoreo nel suo *Manuale*, edito a Torino nel 1912, affermando come lo «scopo del processo penale» (che, per l'autore, corrispondeva alla verifica della fondatezza della pretesa punitiva pubblicistica) fosse incompatibile con la «proclamazione dell'innocenza dell'imputato»<sup>58</sup>.

Sul punto, le aperture accordate dal testo del 1913 erano state in verità assai tenui e, come già in precedenza osservato, avevano trovato la loro sede d'elezione nella materia delle garanzie in fase inquisitoria: se a tal proposito il difensore poteva infatti assistere a esperimenti giudiziari, perizie, perquisizioni e ricognizioni (artt. 198-199), lo stesso veniva nondimeno escluso dall'interrogatorio (art. 200). Tali concessioni – che sarebbero state lette dalla dottrina di epoca fascista quali larghissime riforme – introducevano in realtà un tenue (e incompiuto) tentativo di pubblicità interna, a tacere del fatto che esse fossero per esplicita previsione considerate quali mere facoltà e non obblighi di presenza del difensore<sup>59</sup>.

Le critiche al nuovo Codice, insieme al ritorno in auge di istanze reazionarie (invero già latenti all'epoca della polemica tra Scuola classica e positiva), avevano fatto sentire la loro voce già all'inizio degli Anni Venti, quando, contestualmente alla presa di potere del Partito Fascista, la dottrina e, a un tempo, la Corte di Cassazione avevano maturato, e poi fatto propria, una diversa concezione del potere punitivo dello Stato. La polemica assumeva toni più vivaci dopo la presentazione del progetto di legge per un nuovo codice di procedura penale, avvenuta il 13 gennaio 1925 ad opera di Alfredo Rocco, il quale più tardi, con l'apologia affidata al *Progetto preliminare*, dichiarava che gli istituti del processo avrebbero dovuto essere tenacemente ispirati ai «principi della Rivoluzione spirituale fascista»<sup>60</sup>.

Le implicazioni in tema di presunzione di innocenza si manifestarono poi nuovamente con l'approvazione del testo di legge nel 1930, di talché il loro

---

*processuale penale nell'Italia fascista*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica*, a cura di L. GARLATI, Milano, 2010, pp. 58-107: in part. 90-95 e già, dello stesso MILETTI, «*Uno zelo invadente*», cit., pp. 234-243.

<sup>58</sup> V. MANZINI, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912, p. 51.

<sup>59</sup> MILETTI, «*Uno zelo invadente*», cit., p. 257.

<sup>60</sup> ALFREDO ROCCO, *Relazione*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, VIII, *Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del guardasigilli*, Roma, 1929, p. 6.

tenore e la vastità delle energie coinvolte forniscono retrospettivamente la percezione delle diffuse istanze di riforma del processo penale. La protesta fu vibrante: Manzini, che già aveva definito la presunzione di innocenza «paradossale»<sup>61</sup> lacerto di riflessioni filosofiche (prefigurando una posizione che la dottrina penale fascista avrebbe poi fatto propria)<sup>62</sup>, all'indomani della promulgazione del Codice Rocco tornava a denunciarne il carattere a suo avviso ineluttabilmente contraddittorio, affermandone l'incompatibilità per così dire radicale con l'esercizio dell'azione penale<sup>63</sup>. Il tema di riflessione derivava, al di là dei toni polemici, dalla funzione repressiva ora ritenuta dominante dal regime fascista: all'interno di tale cornice, sconfessare la presunzione di innocenza finiva infatti per rappresentare l'immediato corollario di un'opzione ideologica<sup>64</sup>.

Nel frattempo la presa di posizione definitiva era arrivata dallo stesso Rocco, che nel 1929 – facendo giustizia di quella che Manzini (che pure lavorò al progetto in quell'anno) aveva già definito come «assurdità teorica escogitata dall'empirismo francese»<sup>65</sup> – catalogava perentoriamente la presunzione di innocenza quale «stravaganza derivante da quei vietati concetti, germogliati dai principi della Rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali», e rinvenendovi addirittura una «patente inversione del senso logico e giuridico»<sup>66</sup>. La proposta sottesa al nuovo progetto di codice trovava intanto generosa accoglienza negli ambienti giuridici del tempo, ove l'eliminazione della presunzione di innocenza veniva annoverata tra le misure antiformalistiche disegnate da Rocco al fine di

---

<sup>61</sup> MANZINI, *Manuale*, cit., p. 53.

<sup>62</sup> ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 19 per ulteriori riferimenti.

<sup>63</sup> Così nel suo *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, I, Torino, 1931, p. 180: «Se si deve presumere l'innocenza dell'imputato, chiede il buon senso, perché dunque si procede contro di lui?». Per le posizioni di Manzini si vd. anche ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., pp. 17-18.

<sup>64</sup> Recuperando le idee di Manzini, già Ludovico MORTARA (citato da ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 19) aveva espresso numerose riserve circa lo spazio, invero incerto, che sarebbe stato accordato alla presunzione di innocenza e alle garanzie difensive dal Codice del 1913 (cfr. *Discorso al Senato* [5 marzo 1912], in *Commento al Codice di procedura penale*, III, a cura di L. MORTARA-A. STOPPATO *et alii*, Torino, 1915, pp. 154-155).

<sup>65</sup> MANZINI, *Manuale*, cit., p. 54.

<sup>66</sup> ROCCO, *Relazione*, cit., p. 22; il passo è citato anche da ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 19, nota 40. Utile ora per i riferimenti ai lavori preparatori anche *I lavori preparatori dei codici italiani. Una bibliografia*, Roma, 2013, pp. 66-82.

ottenere una maggiore celerità del sistema giudiziario<sup>67</sup>. Sebbene non mancassero voci, pur isolate, favorevoli alla sopravvivenza della presunzione di innocenza e alla valorizzazione delle sue implicazioni storiche e culturali<sup>68</sup>, l'imminente codice di procedura doveva nondimeno offrire la raffigurazione plastica di una nuova politica criminale, funzionale all'adempimento di obiettivi di politica sociale e pertanto all'affermazione di una maggiore efficienza dell'apparato statale, tale da giustificare – quanto alle simmetrie del processo penale – una generale traslazione dell'asse dei principi ereditati dal sistema liberale e, quindi, dal corredo di garanzie difensive proprie del modello accusatorio alla piena e muscolare esplicazione della potestà repressiva dello Stato<sup>69</sup>.

In tal senso Rocco – nella *Relazione* già citata – non esitava ad affermare che

le applicazioni processuali delle dottrine demo-liberali, per cui l'individuo è posto contro lo Stato, l'Autorità è considerata come insidiosa sopraffattrice del singolo e l'imputato è presunto innocente, sono del tutto eliminate, insieme a quella generica tendenza favorevole per i delinquenti, frutto di un sentimentalismo aberrante e morboso, che ha tanto indebolito la repressione e favorito il dilagare della criminalità»<sup>70</sup>.

Il ritorno ai moduli del processo misto e anzi all'accentuazione della funzione inquisitoria segnavano così l'estromissione della presunzione di innocenza, come peraltro ben dimostrano il ruolo marginale accordato alla difesa tecnica e alle garanzie difensive dell'imputato, all'interno di un'opzione sistematica tesa ad attuare quel rifiuto della pubblicità in fase istruttoria, che parte della

---

<sup>67</sup> Si vd. in proposito P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 244-250; MILETTI, *La scienza nel codice*, cit., p. 91, che rinvia tra gli altri al parere espresso da F. ZANNI, Presidente della Corte d'Appello di Venezia, nel suo saggio *Sul progetto del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1930, pubblicato anche in «Rivista italiana di diritto penale», II (1930), 1-3, pp. 3 segg. Si vd. inoltre, per una più vasta lettura, U. CAO, *Dottrina penale fascista*, Conferenza promossa dal Centro di cultura e propaganda corporativa (Università di Cagliari, Aula Magna, 1 luglio 1931), Cagliari, 1931.

<sup>68</sup> Ne ripercorre un significativo tratto MILETTI, *La scienza nel codice*, cit., pp. 91-94.

<sup>69</sup> Ivi, p. 93 per ulteriore bibliografia.

<sup>70</sup> ROCCO, *Relazione*, cit., p. 7.

dottrina aveva già invocato a seguito della promulgazione del Codice del 1913<sup>71</sup>.

L'emarginazione della difesa in fase istruttoria costituiva, nel Codice Rocco, una precisa scelta di natura tecnico-processuale, controbilanciata soltanto da un «diritto d'istanza»<sup>72</sup> che assumeva, nel suo carattere meramente residuale, il ruolo di estremo congedo da quel tentativo liberale di realizzazione delle garanzie difensive che il Codice del 1913 aveva pur timidamente avviato<sup>73</sup>. Nel *Progetto definitivo* del maggio 1930 erano stati d'altra parte sanciti, entro un complessivo progetto di riscrittura del sistema di governo della *res publica*, il primato dell'interesse pubblico alla segretezza dell'istruzione e, sul versante opposto, il carattere meramente facoltativo della presenza del difensore tecnico per lo svolgimento di tutti gli atti d'indagine<sup>74</sup>. L'interesse pubblicistico, rappresentato nel processo dalla figura del Pubblico Ministero, comportava un necessario sacrificio delle garanzie dell'imputato e, *a fortiori*, del paradigma generale della presunzione di innocenza: sullo scenario di un processo così concepito, non stupisce che il riconoscimento del predicato di non colpevolezza dell'imputato fosse ormai considerato quale vero e proprio intralcio (si parlò, a tal proposito, addirittura di «presunzione di pericolo») allo svolgimento dell'azione penale<sup>75</sup>. Ritenuto tollerabile dal legislatore fascista, il sacrificio della presunzione di innocenza sarebbe stato a sua volta censurato – a partire dal 1944 – dai progetti di riforma, scaturiti dalla fase luogotenenziale che seguì la caduta del regime.

---

<sup>71</sup> MILETTI, «*Uno zelo invadente*», cit., p. 229 con note. Il Codice del 1913, abbandonando la realizzazione di una piena pubblicità interna, aveva tentato di allestire, attraverso alcune garanzie relative alla cd. pubblicità esterna, che tuttavia furono espunte in fase di redazione del nuovo Codice del 1930 ad opera soprattutto del gruppo guidato da Manzini e poi dei lavori della Commissione parlamentare presieduta da Mariano d'Amelio (cfr. MILETTI, «*Uno zelo invadente*», cit., p. 251 con ulteriori riferimenti e sopr., dello stesso MILETTI, *Un processo per la Terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*, I, *L'attesa*, Milano, 2003, pp. 399-477). Sulla distinzione tra i due profili relativi alla pubblicità si vd. G.D. PISAPIA, *Il segreto istruttorio nel processo penale*, Milano, 1960, in part. pp. 42-44; ripreso poi da G. LEONE, *Istituzioni di diritto processuale penale*, II, *Svolgimento del processo-Esecuzione*, Napoli, 1965, pp. 10-15.

<sup>72</sup> ROCCO, *Relazione*, cit., pp. 59-60.

<sup>73</sup> MILETTI, «*Uno zelo invadente*», cit., p. 249; si vd. inoltre G. BELLAVISTA, *La difesa nella istruzione penale* (1955), poi raccolto nel suo vol. *Studi sul processo penale. II (1953-1960)*, Milano, 1960, pp. 138 segg.

<sup>74</sup> MILETTI, «*Uno zelo invadente*», cit., p. 251, in part. per gli atti relativi ai lavori della Commissione D'Amelio.

<sup>75</sup> Ivi, p. 257, con ulteriori rinvii. L'espressione era di A. BERENINI, *Difesa (Procedura penale)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, IV, a cura di M. D'AMELIO, con la collaborazione di A. AZARA, Torino, 1938, p. 825.

### 3. Presunzione di innocenza e presunzione di non colpevolezza: la formulazione dell'art. 27 co. 2 Cost.

La struttura del processo penale allestita durante l'esperienza giuridica fascista fu oggetto di revisione ad opera dell'Assemblea Costituente. Tra il 1946 e il 1947, all'alba dei lavori per la transizione costituzionale, venne affidata alla Prima Sottocommissione (a sua volta espressione della Commissione dei Settantacinque) la codificazione dei diritti civili e politici che avrebbero dovuto innervare il nuovo Stato italiano: tra questi, il principio della presunzione di innocenza venne assunto quale emblema delle garanzie del processo penale, che a loro volta già dal 1944 furono progressivamente recuperate alla cultura giuridica italiana<sup>76</sup>.

La modifica delle strutture del processo penale apparve da subito esigenza non rinviabile. Il 2 gennaio 1945 fu istituita, per iniziativa del Guardasigilli Umberto Tupini (che avrebbe poi assunto anche il ruolo di presidente della citata Prima Sottocommissione), una Commissione ministeriale per un'organica revisione del codice di procedura. Il primo nucleo testuale del principio che sarebbe più tardi confluito nel secondo comma dell'art. 27 Cost. si può rinvenire già nell'«elenco sistematico dei diritti e dei doveri del cittadino» predisposto dalla Prima Sottocommissione in esito alla seduta di venerdì 26 luglio 1946. Tale elenco ha una struttura tripartita: dopo le *Dichiarazioni di principio*, composte di tre articoli, seguono le *Libertà civili*, le *Libertà sociali* (a loro volta suddivise in *Libertà generali*, *Libertà economiche* e *Libertà culturali*) e infine le *Libertà politiche*. L'art. 5 delle *Libertà civili* recita sinteticamente: «Diritto ad una libera ed efficace difesa processuale e presunzione di innocenza fino alla condanna»; appare altresì degno di nota come la stessa sezione dell'elenco si aprisse già allora con la proclamazione dell'«Inviolabilità della persona in particolare» (art. 1, *Libertà civili*), chiaro archetipo del futuro art. 13 co. 1 Cost.<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., pp. 20-24; DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., pp. 188-194.

<sup>77</sup> Il testo completo dell'elenco si legge in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, I, Roma, 1971, pp. 307-309. Dai documenti relativi alle adunanze pare che l'«elenco» possa essere ricondotto a iniziativa dell'on. Aldo Moro. Non è privo di interesse notare quanto riportato nel verbale della successiva seduta di martedì 30 luglio 1946,

Quanto al dibattito della Costituente intorno alla presunzione di innocenza, il verbale della seduta del 17 settembre 1946 offre la pur sintetica registrazione del dibattito intercorso e dei temi trattati. La proposta di una formulazione del principio, nella dizione originariamente elaborata (relatori furono il socialista Lelio Basso e Giorgio La Pira, esponente della Democrazia Cristiana), viene trattata in ordine immediatamente successivo al tema della libertà personale (collocato all'art. 3 del progetto originario), sulla base di una proposta di enunciazione così congegnata: «L'imputato è presunto innocente fino a che con atto dell'autorità giudiziaria non sia stato dichiarato colpevole» (art. 4, co. 1)<sup>78</sup>. La definizione, pur offrendo un nucleo ideologico abbastanza netto, presenta confini di non altrettanta precisa delimitazione. Le posizioni degli intervenuti registrano a tal proposito un'articolata disamina della questione e manifestano non lievi oscillazioni, anche relative alla stessa ammissibilità di una presunzione di innocenza, la cui compatibilità con gli snodi concettuali del Codice Rocco risultò infatti tutt'altro che scontata.

La discussione prende le mosse dall'intervento di Mario Cevolotto, che motivando il proprio dissenso afferma che

[...] non può esistere nessuna presunzione di innocenza da parte dell'autorità nei riguardi dell'imputato, il quale non può essere condannato se non vi sono prove: bisogna provare che c'è un reato. Se si parte da una presunzione di innocenza, questa prova si trasforma in una prova contraria; è una presunzione, mentre invece ci vuole

---

a proposito della collocazione del testo delle *Libertà civili* (tra cui figura anche l'art. 5 di cui sopra): «Moro rende noto che, a conclusione della riunione di ieri, è stato compilato un elenco sistematico dei diritti e dei doveri del cittadino. Un punto di contrasto si è manifestato circa la collocazione delle dichiarazioni generali sull'ordinamento costituzionale e politico dello Stato, dichiarazioni che, secondo l'avviso degli onorevoli Grassi, Basso e Cevolotto, dovrebbero precedere quelle sulle libertà personali. Egli ritiene invece che, per ragioni di opportunità sistematica, tali dichiarazioni debbano essere collocate in seguito» (ivi, p. 307).

<sup>78</sup> La versione definitiva dell'art. 3, approvata dalla Sottocommissione, risultava: «La libertà personale è inviolabile. Nessuno può esserne privato, se non per atto dell'autorità giudiziaria e solo nei casi e nei modi previsti dalla legge. [co. 2] Il fermo o l'arresto di polizia non è ammesso che per fondato sospetto di reato e non può durare in nessun caso più di quarantotto ore. Decorso tale termine, la persona fermata od arrestata deve essere rimessa in libertà, a meno che nel frattempo non sia intervenuta denuncia all'autorità giudiziaria e questa, entro le ulteriori quarantotto ore, abbia emesso ordine o mandato di cattura. [co. 3] È vietata ogni violenza fisica o morale in danno della persona fermata, arrestata o comunque detenuta. [co. 4] Durante lo stato di privazione della libertà personale, è garantito a tutti un trattamento umano» (*La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, VI, cit., pp. 359-360).

l'obbligo di una prova diretta dell'esistenza di un reato. Si rende conto che questa potrà sembrare una impostazione teorica, mentre le Costituzioni sono qualche cosa di pratico, e poiché tale presunzione c'è nelle altre Costituzioni è probabile che venga accolta anche nella nostra<sup>79</sup>.

L'obiezione sollevata da Cevolotto sembra in verità introdurre, a una lettura non superficiale, un argomento tutt'altro che secondario, del quale si avrà a discorrere anche oltre: quello del riconoscimento o meno della natura di presunzione legale del principio della presunzione di innocenza. Se infatti – osserva Cevolotto – quest'ultima venisse considerata quale presunzione in senso tecnico, il tema del processo si risolverebbe in una prova indiretta: al contrario, la regola di giudizio andrà rintracciata nell'«obbligo di una prova diretta dell'esistenza di un reato» (poiché – chiosa ancora – l'imputato «non può essere condannato se non vi sono prove»).

All'obiezione così formulata risponde Pietro Mancini, esponente di area socialista, il quale ribadisce al contrario la centralità della presunzione di innocenza e ne propone un pieno recupero anche in funzione di positiva cesura rispetto all'esperienza giuridica fascista. A tal fine Mancini – come si può notare anche in altri passi della discussione – ha buon gioco a riconoscere nel codice di procedura penale promulgato nel 1913 una definizione del principio, ammantando il testo di qualità che in realtà esso non riuscì a declinare pienamente. Come già osservato in precedenza, il Codice del 1913 non riuscì infatti a realizzare la completa transizione verso un modello processuale di tipo accusatorio e ad attuare, con esso, un complesso di garanzie dell'individuo sottoposto a processo; la stessa presunzione di innocenza, che Mancini ascrive tra le conquiste del Codice del 1913, ebbe in realtà un ruolo dimidiato<sup>80</sup>.

La questione merita di essere pur brevemente richiamata, perché comprende in sé aspetti che saranno centrali per la codificazione del principio

---

<sup>79</sup> Mario CEVELOTTI, seduta del 17 settembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, VI, cit., p. 360.

<sup>80</sup> Riporta il verbale: «Ricorda [scil. Mancini] che nel Codice del 1913 si affermò la presunzione di innocenza dell'imputato, che parve una grande conquista. Vennero dopo i codici fascisti e fu messa da parte. La Commissione deve affermare questo principio, e chiede pertanto che il comma venga modificato» (*La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, VI, cit., p. ). Su questi aspetti si vd. in part. CORDERO, *Procedura penale* [2006<sup>8</sup>], cit., pp. 80-83; M.N. MILETTI, *La giustizia penale*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero, Ottava appendice. Diritto*, Roma, 2012, pp. 467-474.

in Costituzione. È innegabile che, nel corso dei lavori preparatori per il testo del 1913, fosse stata opportunamente valorizzata l'idea che «nessuno può essere ritenuto colpevole finché una sentenza irrevocabile non lo ha condannato»: ma lo stesso autore di tale enunciazione di principio, Ludovico Mortara, concepiva il principio quale «strumento di difesa sociale contro il delitto», diminuendo la portata più garantistica della presunzione di innocenza e collocandola entro un contesto caratterizzato da finalità per così dire generalpreventive<sup>81</sup>. Nell'ambito della predisposizione di istituti che attuassero un sistema di garanzie dell'imputato, un indubbio merito del testo si può peraltro individuare nell'introduzione della scarcerazione per decorrenza dei termini, che indica in modo netto un nuovo rapporto tra libertà e autorità e subordina l'applicazione della custodia cautelare a fini processuali e non di anticipazione della repressione<sup>82</sup>. Occorre peraltro considerare che la portata già di per sé incerta del principio sarebbe stata ulteriormente messa in discussione, con il codice del 1930, dal ruolo ivi affidato al proscioglimento dubitativo, ossia la cosiddetta assoluzione per insufficienza di prove: per effetto della funzione di tale esito – che non è concepito in un'ottica di *favor rei*, ma esprime al contrario un dubbio di colpevolezza – la presunzione di innocenza risulta infatti ulteriormente ridimensionata e anzi esclusa dalle regole in tema di accertamento di prova<sup>83</sup>.

Al di là della volontà di recuperare alla tradizione processuale una continuità nel segno del garantismo, il problema principale della versione Basso-La Pira sembrò tuttavia rappresentato dalla clausola relativa all'«atto dell'autorità giudiziaria», che si prestava a contrastanti interpretazioni. La clausola non consentiva infatti di individuare in modo puntuale i limiti formali (ossia il tipo di atto) e temporali (il momento dell'*iter* procedimentale) entro i quali la garanzia, così congegnata, poteva legittimamente dispiegarsi; d'altro canto il riferimento era identico a quella dell'art. 3, così da rivelare una stretta contiguità almeno a livello lessicale tra i temi trattati.

---

<sup>81</sup> La citazione è tratta da L. MORTARA, *Discorso al Senato* (5 marzo 1912), in *Commento al codice di procedura penale*, diretto da MORTARA, III, cit., p. 183; sul punto anche V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p. 10.

<sup>82</sup> Si vd. l'ampia analisi di GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., pp. 6-12.

<sup>83</sup> DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., pp. 186-188; già PISANI, *L'assoluzione per insufficienza di prove*, cit., pp. 242-243; nonostante la pronuncia di Corte cost., sent. nr. 124/1972, per la quale vd. *infra* § 4. Si vd. anche il recente contributo di F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento*, Torino, 2015.

Nel generale tentativo di guadagnare al progetto costituzionale un dettato linguistico di agevole applicazione, venne quindi rigettata la dizione «atto dell'autorità giudiziaria», a ragione ritenuta «imprecisa ed equivoca». Si affermò infatti che «con ciò si potrebbe giungere all'assurdo che, appena il giudice istruttore o il Procuratore della Repubblica hanno emesso ordine o mandato di cattura, essendo questi atti giudiziari, da quel momento la presunzione di innocenza viene a scomparire. La presunzione deve invece permanere non fino a quando non vi è un atto giudiziario qualsiasi, ma fino a sentenza definitiva di condanna»<sup>84</sup>.

La subordinazione della garanzia *pro reo* a un «atto dell'autorità giudiziaria» avrebbe infatti comportato una sostanziale riduzione dell'operatività del principio a una fase intermedia del procedimento, come ipotizzato durante i lavori in relazione al decreto penale di condanna<sup>85</sup>. Il testo originariamente proposto fu perciò sostituita da quella elaborata da Mancini: «L'innocenza dell'imputato è presunta fino alla condanna definitiva». La nuova versione – che sarebbe poi stata adottata a seguito di votazione – riflette infatti il tentativo di evitare imprecisioni linguistiche e soprattutto di affidare a tale garanzia la più ampia estensione possibile<sup>86</sup>: durante i lavori la discussione, trascurando i profili procedurali, si concentra infatti intorno al profilo politico della questione e al ruolo che il principio stesso avrebbe dovuto svolgere nella realtà del processo. In tal senso – si osserva in un successivo intervento teso a confutare i detrattori della proposta Mancini – la legittimazione viene dal considerare «la presunzione di innocenza come una

---

<sup>84</sup> MASTROJANNI, seduta del 17 settembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, VI, cit., p. 360, da cui anche la citazione precedente.

<sup>85</sup> *Ibidem*. All'obiezione di Mastrojanni circa la formula «atto dell'autorità giudiziaria» rispose infatti Cevolotto riferendosi al decreto penale di condanna, che a suo avviso in assenza di opposizione avrebbe costituito una forma per così dire anticipata di condanna definitiva. A tal proposito osserva ancora Mastrojanni: «[...] il decreto penale di condanna è suscettibile di opposizione, ed è emanato senza che sia udita l'altra parte. Il condannato per decreto penale ha diritto di produrre opposizione; ed allora soltanto il decreto penale può trasformarsi in giudizio in contraddittorio. Perciò la presunzione dell'innocenza dell'arrestato dura fin tanto che non vi sia una sentenza definitiva». Cevolotto peraltro ebbe a insistere sulla tesi contraria e si pronuncia nuovamente a favore della formula «atto dell'autorità giudiziaria», affermando che: «il decreto penale è una condanna che si pronuncia “*inaudita altera parte*” ed ammette una opposizione. È questa una forma di impugnativa, che importa un riesame del merito, come se non fosse stato emesso il decreto cui deve seguire una sentenza definitiva. Però se questa opposizione non viene sollevata, la condanna diventa definitiva. Vi sono delle condanne definitive per decreto, oltre che per sentenza, che tolgono la presunzione di innocenza».

<sup>86</sup> Aldo MORO, seduta del 17 settembre 1946 (ivi, p. 360).

forma di garanzia della libertà individuale, come un ulteriore impedimento di quell'arbitrio che si potrebbe verificare qualora l'imputato o arrestato o detenuto fosse già considerato come qualificato in senso negativo dalla società» e affermando come essa sia pertanto «un principio che è necessario ammettere»<sup>87</sup>.

Introdotte tali varianti, il principio finisce per assumere almeno dal punto di vista formale la più ampia latitudine di garanzia, anche in considerazione delle implicazioni, pure menzionate durante la discussione, che esso suscita quanto alla prassi carceraria: viene infatti posto opportunamente in rilievo il divieto – derivante dall'affermazione di principio di cui sopra – di assimilazione dell'imputato (o indagato) al colpevole sia per lo svolgimento del giudizio che per il trattamento che limiti la libertà personale<sup>88</sup>. Proprio in relazione a tale ultimo aspetto si postula esplicitamente una «differenza di trattamento»<sup>89</sup> tale da rappresentare una naturale declinazione della presunzione di innocenza, così come viene lumeggiata durante i lavori: il divieto di un trattamento stigmatizzante nei confronti di chi ancora debba essere giudicato appare infatti, nell'arco della discussione, nel duplice significato di scansione di diversi momenti del giudizio e di limite alla carcerazione preventiva, per il quale opererà il riferimento al tema del rapporto con il *favor libertatis*<sup>90</sup>.

Si delinea così nei lavori della Prima Sottocommissione «non un concetto giuridico, ma un concetto politico»<sup>91</sup>: il problema di una definizione della presunzione di innocenza si manifesta proprio «nel porre la premessa costituzionale per una modifica dei rapporti delineati nel codice Rocco fra

---

<sup>87</sup> È ancora l'intervento dell'on. MORO, il quale pure rilevava che «si può discutere in sede dogmatica se e quando vi sia una presunzione di innocenza in senso stretto; ma in sede di Commissione preparatoria della Costituente si deve considerare il profilo politico della questione» (*ibidem*).

<sup>88</sup> Si legge: «Nel comma in discussione c'è un'affermazione di principio che può essere foriera di effettive realizzazioni giuridiche. Esiste un problema d'ordine pratico: oggi in Italia chi è trattenuto in attesa di giudizio ha lo stesso trattamento di colui che è stato condannato. In fondo, la vera realizzazione pratica dei principî di cui si sta discutendo, è quella di stabilire un diverso trattamento tra colui che è stato riconosciuto colpevole e sconta una pena, e colui che è in attesa di giudizio e dev'essere giustamente presunto innocente» (Roberto LUCIFERO D'APRIGLIANO, seduta del 17 settembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, VI, cit., pp. 360-361).

<sup>89</sup> Ivi, p. 359.

<sup>90</sup> M. CHIAVARIO, voce *Favor libertatis*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968, p. 5.

<sup>91</sup> Così Giovanni LOMBARDI, seduta del 17 settembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, VI, cit., p. 359.

potere punitivo e individuo»<sup>92</sup>, anche attraverso il recupero, invero un po' forzato, della sistemazione proposta con il Codice Finocchiaro Aprile, che viene riletto retrospettivamente come tentativo di massima espansione delle garanzie processuali nel sistema italiano, attraverso l'indubbia volontà di «favorire il progressivo affermarsi nel processo del principio di libertà» che orientò la redazione del testo<sup>93</sup>. In tal senso appare evidente la volontà di concepire un superamento maturo della codificazione fascista, tale da segnare però non già l'integrale abolizione della sistemazione processuale del 1930, bensì il suo inserimento entro una nuova struttura di stato repubblicano. L'argomento si può addebitare ancora a Mancini:

La presunzione di innocenza non ha soltanto valore tecnico giuridico, ma ha valore essenzialmente politico; e se ne coglie la prova tangibile nel codice di procedura penale emanato sotto il regime fascista; il quale, proprio perché la presunzione di innocenza toccava la libertà del cittadino, abolì ogni presunzione di innocenza. [...] La formula usata dal codice di procedura penale del 1913, cioè che l'innocenza è presunta fino a che non sia accertata la colpevolezza, non è suscettibile di arbitrarie interpretazioni. Così pure, quando si afferma che la difesa processuale è un diritto inviolabile, si esprime senza sottintesi un diritto invulnerabile<sup>94</sup>.

All'interno del dibattito qui brevemente richiamato, ben si spiega come il tema della presunzione di innocenza si legasse da un lato a quello dei limiti della

---

<sup>92</sup> DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., p. 190.

<sup>93</sup> La definizione è di GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., p. 10. Il riferimento è ancora alla posizione di LOMBARDI, che pure afferma: «[...] Così l'intendeva la scuola di Enrico Ferri, e così pure Ludovico Mortara che, Ministro Guardasigilli, volle includere nel codice di procedura penale del 1913 la dichiarazione della presunzione di innocenza. Ma tale presunzione non viene meno per un qualsiasi atto dell'autorità giudiziaria. La prima sentenza del tribunale è un atto dell'autorità giudiziaria, poi c'è l'appello, poi il ricorso per Cassazione: ognuna di queste sentenze è un atto dell'autorità giudiziaria, ma finché anche questo atto non sia definitivo, la presunzione di innocenza deve rimanere a significare appunto, che solamente quando si sono esperite tutte le forme volute dalla legge un cittadino può essere ritenuto colpevole» (*La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, VI, cit., p. 359). Richiama il Codice del 1913, di seguito, anche MANCINI, a proposito del trattamento carcerario: «Esiste nei vigenti regolamenti carcerari un trattamento per i giudicabili diverso da quello che si applica ai giudicati. I giudicabili possono comunicare con i parenti due o tre volte la settimana, possono ricevere il vitto dall'esterno, possono incontrarsi con le persone che desiderano visitarli, previo biglietto di colloquio. I giudicati invece non possono vedere i parenti che ogni tre mesi, non possono ricevere il vitto da fuori, ecc. ecc.» (*ibidem*).

<sup>94</sup> MANCINI, seduta del 17 settembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, VI, cit., p. 359.

privazione della libertà personale (ricollegandosi in tal senso all'art. 3 del Progetto, discusso subito prima) e dall'altro alla natura delle formulazioni da affidare al testo costituzionale. Quest'ultimo aspetto si coglie con particolare forza nei brani sopra citati, relativi al divieto di assimilazione tra giudicandi e giudicati: le osservazioni relative ai criteri da destinarsi al testo costituzionale e a quelli che dovranno essere invece destinati alla normativa ordinaria contengono infatti a loro volta una non secondaria riflessione intorno alla natura della presunzione di innocenza. Quello che gli intervenuti definiscono apertamente come «principio» caratterizzato da un «profilo politico»<sup>95</sup> introduce infatti un canone generale del processo penale e un parametro dei rapporti tra Stato e individuo: ciò a dire, a un tempo, dello slancio ideale che il principio stesso introduce e della sua natura di criterio orientativo, di istituzione giuridica sul quale calibrare i singoli capitoli delle norme legali, alle quali andrà poi affidata l'attuazione del principio di cui sopra.

La cronaca del dibattito – pur nei limiti entro i quali può essere oggi letta – restituisce d'altra parte le molteplici esitazioni nel coniugare la natura di principio ispiratore del processo penale con le molteplici esigenze di tutela. La formula approvata in via definitiva dalla prima Sottocommissione nel settembre 1946 nella versione Mancini viene infatti sostanzialmente riscritta dal Comitato dei Diciotto nel passaggio dai lavori del già citato gruppo di lavoro all'Adunanza plenaria della Commissione per la Costituzione, ove nel testo approvato il 31 gennaio 1947 fa il suo ingresso la formula: «L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva»<sup>96</sup>. Al di là della variazione lessicale, che pur comporta un sostanziale stravolgimento della definizione precedentemente raggiunta, la novella sembrerebbe scolpire un concetto di segno diverso, non del tutto sovrapponibile alla presunzione di innocenza come originariamente tratteggiata.

Da 'presunto innocente' a 'non presunto colpevole' o più propriamente, secondo il dato letterale, 'non considerato colpevole': l'opzione stilistica pone molteplici problemi di interpretazione letterale e sistematica. A essere presunta, stando alla lettera del testo, non è più l'innocenza dell'imputato (come nell'*incipit* della versione Mancini): nella nuova dizione è l'imputato a essere garantito, entro limiti temporali, in uno *status* di non colpevolezza.

---

<sup>95</sup> Così MORO (ivi, p. 360).

<sup>96</sup> Art. 21 co. 2 del *Progetto di Costituzione della Repubblica italiana*.

L'analisi del testo non risolve tuttavia le variabili in gioco: la soluzione linguistica adottata lascia anzitutto senza esito il problema dell'estensione da assegnare al principio e della sua concreta applicabilità entro un tessuto normativo – quello del Codice del 1930 – che rimaneva comunque ancorato a un tessuto di principi di matrice autoritaria. Il quesito più urgente riguarda tuttavia l'intensità della garanzia così accordata: la sostituzione dell'innocenza con la non colpevolezza ben si prestava infatti a essere interpretata quale parziale indebolimento della formula originariamente adottata.

Una declinazione ulteriore del principio, dettata dalla volontà di pervenire a un dettato di più limpida comprensione, si legge nella proposta di limitare il campo di azione della presunzione di innocenza solo fino alla condanna in primo grado: limite, questo, oltre il quale avrebbe invece operato una generale presunzione di colpevolezza<sup>97</sup>. Trascurando le voci che ancora si pronunciarono per l'eliminazione del comma<sup>98</sup>, un'altra interpretazione degna di nota venne da Giovanni Leone, che in sede di Adunanza plenaria della Commissione per la Costituzione propose per la prima volta una netta distinzione concettuale tra «presunzione di innocenza» e «non presunzione di colpevolezza»: «mentre il principio di innocenza – afferma – era di natura romantica, il principio attuale costituisce un'espressione di alcune esigenze concrete», sicché la soluzione impressa dalla Costituente rappresenta un condivisibile «giusto mezzo» tra contrapposte istanze<sup>99</sup>.

Tale ipotesi ebbe il merito di segnare la distanza tra le origini del principio, affidate a testi quali la *Declaration* del 1789, e i suoi sviluppi entro una cornice di diritto positivo: la volontà di identificare nella presunzione così concepita un principio informatore del processo penale avrebbe infatti comportato la necessità di istituire una precisa rete di collegamenti con gli istituti del vigente codice di procedura ma, a un tempo, di ricondurre altresì la spinta ideale della riflessione a un coerente assetto di strutture del procedimento. L'argomento, fondato su un pregevole rilievo storico, trovò

---

<sup>97</sup> RESCIGNO, seduta del 15 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, I, cit., p. 902.

<sup>98</sup> Amerigo CRISPO, seduta del 26 marzo 1947 (ivi, p. 677).

<sup>99</sup> Seduta pomeridiana del 27 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, I, cit., p. 701; citato anche da ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 21 (nota 45) e DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., p. 193. L'opinione di Leone andrà confrontata con l'interpretazione, dello stesso autore, del Codice Rocco (vd. MILETTI, *La scienza nel codice*, cit., pp. 95-96).

frattanto indubbio conforto nell'opinione di coloro che, durante i lavori, videro nella scelta di tale formula «un modo più chiaro» per rappresentare dal punto di vista materiale il concetto della presunzione di innocenza<sup>100</sup>; sul versante opposto fu peraltro ancora individuata nella soluzione prescelta una «contraddizione in termini», non potendosi presumere dal punto di vista logico la non colpevolezza «a un soggetto accusato di un reato»<sup>101</sup>. Il già citato intervento di Leone fornisce peraltro una chiave interpretativa dirimente per apprezzare il perimetro della questione. Si legge infatti:

Io penso che del primo titolo della prima parte del progetto di Costituzione vadano segnalati quelli che a me sembrano i tre aspetti.

Primo aspetto: aspirazione a fondare un compiuto equilibrio, una compiuta sintesi fra le libertà (ovvero i diritti naturali, innati, di libertà) e l'autorità (ovvero il complesso degli interessi necessari alla vita ed allo sviluppo della società organizzata).

[...] Quello che occorre indagare [...] è se nell'ansia verso questa sintesi e verso queste esigenze, si siano rispettate due esigenze. La prima è [...] la prevalenza della legalità sulla discrezionalità. [...] Spetta alle leggi particolari, ed in concreto alla legge di pubblica sicurezza, disciplinare quel complesso regolamento di norme atte a garantire la libertà del cittadino di fronte agli eventuali arbitri della autorità. Seconda esigenza: assodare se sia realizzato questo equilibrio, senza cioè che si ponga l'accento né eccessivamente sul concetto di libertà che, individualisticamente inteso, vuole essere fondamento del regno dell'arbitrio individuale e quindi del caos, né eccessivamente sul concetto di autorità, che potrebbe condurre alla fondazione di un ordinamento costituito sull'arbitrio e sul potere statali.

[...] Il secondo aspetto di questa aspirazione, di quest'ansia all'umanizzazione del magistero penale, è l'affermazione della non presunzione di colpevolezza dell'imputato. Di fronte a tale problema, la Commissione si è posta, con sano criterio di equilibrio, nel giusto mezzo. Di fronte, pertanto, al principio di presunta innocenza del reo, che il compianto nostro collega Giovanni Lombardi dichiarava principio esclusivamente politico, e di fronte all'avverso principio [...] della presunzione di colpevolezza, la Commissione [...] si è posta giustamente nel mezzo, stabilendo la non presunzione di colpevolezza fino al momento della condanna definitiva; e qui "definitiva" è ben detto, perché il principio deve investire tutto il rapporto processuale, fino a quando la sentenza sia diventata irrevocabile, sia passata in giudicato, stabilendosi quindi l'estinzione dell'azione e del rapporto processuale.

È necessario che questa presunzione si tenga ferma; presunzione necessaria, sì, perché, mentre il principio di innocenza era di natura romantica, il principio attuale costituisce un'espressione di alcune esigenze concrete; ed in particolare dell'esigenza che sia mantenuta la regola *in dubio pro reo*, e siano bandite le presunzioni nel campo

---

<sup>100</sup> Aldo MORO, seduta del 25 gennaio 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, I, cit., p. 189.

<sup>101</sup> RESCIGNO, seduta del 15 aprile 1947: *ivi*, p. 907, da cui anche la citazione precedente.

del processo penale, e di una ulteriore esigenza diretta a delimitare la carcerazione preventiva. E a questo proposito [...] vorrei segnalare la necessità di limitare la carcerazione preventiva che Francesco Carrara chiamava una immoralità necessaria; necessaria sì, ma immoralità che lo Stato deve limitare, deve configurare in termini di necessità assoluta, sicché non si possa stabilire, con un arbitrio, sia pure illuminato dal senso di giustizia [...] che un cittadino, fino a quando non sia definitivamente dichiarato colpevole, possa vedere ristretta la sua libertà personale<sup>102</sup>.

Nel brano appena citato si ipotizza una terza via interpretativa tra presunzione di colpevolezza e presunzione di innocenza, facendo leva su argomenti sia di ordine storico che di natura sistematica: l'analisi proposta da Leone non troverà però riscontri tanto nella giurisprudenza costituzionale che in dottrina. Risultano peraltro pregevoli sia l'ampia ricostruzione in senso lato politica del principio, che il riferimento all'eliminazione delle presunzioni dal processo penale, con particolare riguardo a una più decisa delimitazione della carcerazione preventiva.

I materiali relativi ai lavori dell'Assemblea non offrono invero una puntuale ricostruzione delle ragioni della modifica testuale, né permettono di apprezzare pienamente il livello di approfondimento dogmatico delle questioni: l'assenza di documenti relativi ai lavori del Comitato di redazione impedisce infatti qualsivoglia ricostruzione della seconda modifica introdotta nel 1947<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> LEONE, seduta pomeridiana del 27 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, I, cit., p. 556, 559. Per Carrara il riferimento è a F. CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, nei suoi *Opuscoli di diritto criminale*, IV, Firenze, 1909, su cui si vd. anche l'analisi di GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., pp. 36-39.

<sup>103</sup> Sulla soluzione adottata si registrano divergenze interpretative: in particolare ILLUMINATI (*La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 21) afferma perentoriamente come «la dizione dell'articolo assuma un deciso sapore di compromesso, tanto da autorizzare una mediazione come quella riferita. Certo è che in questo modo si imbecca una strada malsicura, e si rischia di ridurre il principio ad una inconcludente enunciazione retorica. L'imputato, da "presunto innocente", diviene "non considerato colpevole", col risultato che una nozione estremamente chiara e storicamente consolidata ha finito col caricarsi di valenze contraddittorie ed ambigue, recando così nel suo stesso interno i germi di una possibile disgregazione del significato pratico. A causa, forse, di un esasperato formalismo nella ricerca della terminologia più adatta; o, più probabilmente, per il tentativo di eludere una scomoda polemica dottrinale conciliando a forza gli opposti, la Costituzione ha operato una scelta poco felice sul piano tecnico e discutibile su quello politico. La formula adottata, senza superare in alcun modo i problemi teorici esistenti, si presta alle più diverse interpretazioni, incluse quelle che ripropongono una sostanziale elusione della forza cogente del principio, secondo la teoria filtrata dalla scuola tecnico-giuridica alla dittatura fascista». Diversa la ricostruzione di DOMINIONI (*Art. 27 2° comma*, cit., pp. 193-194), che valorizzando la tesi di Leone afferma: «[...] Dal tenore e dall'andamento generale del dibattito emerge che con quella modifica letteraria ci si è preoccupati non già di

La formula adottata in via definitiva chiarisce formalmente l'estensione temporale di siffatta garanzia, subordinandola appunto alla definitività della condanna, ma pone il problema dell'intensità della presunzione così introdotta e della sua possibile qualificazione in termini di una garanzia attenuata. All'interno della questione, il profilo semantico e per così dire stilistico deve perciò essere tenuto distinto da quello concettuale: non si può dubitare che la soluzione retorica adottata (vale a dire la costruzione attraverso la figura retorica della litote, ossia per via di affermazione attraverso la negazione del contrario) sconti una certa vaghezza, forse segno di un compromesso con il tessuto del Codice Rocco, del quale peraltro non è dato ritrovare traccia nei lavori preparatori e da considerarsi quindi, allo stato, alla stregua di mera ipotesi letterale.

Sul versante concettuale, la sfumatura stilistica non permette infatti di rinvenire due distinti livelli del già menzionato principio, quasi che la presunzione di non colpevolezza costituisse una versione diminuita della presunzione di innocenza<sup>104</sup>. A sostegno di tale conclusione la dottrina ha fatto leva anche sulla posizione espressa da Tupini a conclusione della più volte citata seduta del 15 aprile 1947: quest'ultimo, al fine di conciliare le diverse posizioni, suggerì infatti che la formula della non colpevolezza fosse stata infine introdotta «per meglio esprimere quel concetto che esprimono tutti coloro che presumono l'imputato innocente finché non sia stato definitivamente condannato»<sup>105</sup>. Anche tale argomento sembra tuttavia suffragare solo l'interpretazione letterale, senza risolvere le questioni dogmatiche già citate.

---

mettere a punto un più prudente dosaggio politico della garanzia, quanto di evitare che il principio fosse riproposto con una dizione di nuovo esposta alle antiche accuse di illogicità tecnico-giuridica. [...] Tanto che, anche dopo il mutamento di dizione, in tutti gli interventi si continua a parlare di "presunzione di innocenza" e chi si dichiara contrario al principio non esita a riconoscere l'equivalenza di significato delle due formule; inoltre, ed è quel che più conta, l'individuazione delle conseguenze pratiche del principio è orientata, semmai, sulla sua più intensa esplicazione».

<sup>104</sup> Così V. FALZONE-F. PALERMO-F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana*, illustrata con i lavori preparatori e corredata da note e riferimenti, prefazione di V.E. ORLANDO, Milano, 1976<sup>3</sup>, p. 98. A proposito si vd. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., pp. 56-60; inoltre G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, in part. pp. 373-382; G. TESSITORE, *Presunzione di innocenza e presunzione di non colpevolezza: due formule equivalenti*, in «Il Tommaso Natale», I (1977), p. 458.

<sup>105</sup> *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, I, cit., p. 904.

È legittimo invece ipotizzare che il riconoscimento all'imputato dello *status* di non colpevolezza fosse disegnato dal legislatore costituente nei termini di una condizione intermedia, non potendosi riconoscere a tale garanzia la qualità di presunzione legale, ossia di «norma d'induzione legale»<sup>106</sup>, ma dovendo al contrario ravvisare nel riferimento alla non colpevolezza in luogo dell'innocenza una mera volontà di precisione tecnica. Ciò si apprezza e si giustifica su entrambi i versanti già più volte considerati: se – quanto alla regola di giudizio – oggetto del processo non è l'innocenza dell'imputato, ma la sua colpevolezza, la presunzione verterà su quest'ultima, che è oggetto di accertamento dell'*iter* processuale e che comporta di conseguenza una redistribuzione dell'onere probatorio, inteso quale regola per risolvere il fatto incerto; d'altro canto, quanto alla cosiddetta regola di trattamento e quindi anzitutto alla custodia cautelare, la presunzione di non colpevolezza rappresenta contemporaneamente la garanzia della sussistenza di limiti legali alla privazione della libertà personale e correlativamente l'esistenza di criteri di applicazione delle misure cautelari e in particolare della carcerazione preventiva.

Il principio affidato alla clausola *in dubio pro reo* si risolve pertanto non già in una presunzione legale, bensì in un postulato di garanzia: «a differenza che nel campo civile dove normalmente dominano altri criteri di carattere teorico – osservò già prima della fase costituzionale autorevole dottrina – il principio che domina nel campo penale è di carattere politico; vale a dire, esso non è legato alla valutazione della probabilità, quale risulta dall'esperienza, ma preordinato alla protezione di un interesse»<sup>107</sup>. La *ratio* della presunzione di innocenza non va infatti ricercata nel procedimento di inferenza che conduce a codificare una presunzione legale (sulla base di un dato esperienziale e probabilistico, ossia dell'*id quod plerunque accidit*), bensì nella scelta di tutela compiuta dall'ordinamento: «fra le due possibilità di errore giudiziario – assoluzione di un reo, condanna di un innocente – lo Stato preferisce la prima»<sup>108</sup>. Il nodo risiede nel rapporto tra libertà e autorità, come tipico

---

<sup>106</sup> Così CORDERO, *Procedura penale* [2006<sup>8</sup>], cit., p. 996, citato anche da PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., p. 61.

<sup>107</sup> P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, p. 247.

<sup>108</sup> *Ibidem*. SARACENO cita in precedenza anche un'analogha opinione di V. MANZINI (*Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, III, con prefazione di A. ROCCO, Torino, 1932, p. 165, citato a p. 237 del suo *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*), del quale però rileva altresì la presenza di affermazioni sul punto contraddittorie (si vd., oltre a

peraltro anche del sistema delle misure cautelari: ciò comporta anzitutto l'introduzione di regole in tema di allocazione dell'onere della prova, tali da disegnare un sistema antitetico rispetto a quello esistente nel processo civile; comporta altresì che l'eventuale e ulteriore distinzione tra fatti costitutivi e fatti impeditivi<sup>109</sup> non possa tradursi, allorché sia prevista dalla norma la sussistenza di una prova liberatoria, in un trattamento di sfavore per l'imputato<sup>110</sup>.

La scelta per una presunzione di non colpevolezza in luogo della presunzione di innocenza guadagna un ulteriore elemento interpretativo con riguardo al rapporto tra siffatto principio e – come già osservato – la disciplina delle misure cautelari: il Costituente avrebbe infatti rinvenuto nel postulato di non colpevolezza una capacità di resistenza all'applicazione di misure cautelari (e, ancora una volta, in particolare della custodia cautelare) che viceversa la presunzione di innocenza non avrebbe potuto tollerare<sup>111</sup>. Ciò a dire non

---

quanto già riportato, *supra*, §2, ad es. anche PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., p. 48). Circa la definizione delle presunzioni e la possibile ascrizione della presunzione di innocenza a tale categoria concettuale si veda l'opinione contraria ed emblematica di MANZINI (ancora nel suo *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, I, con prefazione di ROCCO, Torino, 1931, p. 200): «Le presunzioni sono mezzi di prova indiretta, per cui si perviene ad un dato convincimento, assoluto o relativo, in base alla comune esperienza. Ora, si vorrà ammettere che l'esperienza storica collettiva insegni che la massima parte degli imputati è innocente?» (cit. parz. anche da PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., p. 47). Su questi aspetti si vd. anche il recente contributo di E.M. CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, in *La prova penale*, I, *Il sistema della prova*, trattato diretto da A. GAITO, Torino, 2008, pp. 225-263; 251-259.

<sup>109</sup> Per la quale cfr., *infra*, § 4.

<sup>110</sup> «Il sentimento per cui appare preferibile l'assoluzione di un colpevole alla condanna di un innocente è solidale col sentimento per cui si nega che alcuno possa essere condannato senza colpa. [...] Essi hanno valore di postulati della coscienza giuridica, e quindi sono *alogici*, direi quasi *prelogici*. Ma il mostrare come essi si colleghino e si armonizzino in sistema coerente, è compito squisitamente logico. Allorché si punisce un imputato perché non ha dato la prova della circostanza impeditiva, si punisce non il reato sulla sussistenza del quale si è incerti, ma semplicemente l'omissione della prova che non è di per sé un reato e che può verificarsi indipendentemente dalla buona volontà e dalla diligenza dell'imputato. Non sempre infatti chi bramerebbe dare la prova della propria innocenza è in grado di darla. In questo modo il fallimento della prova liberatoria viene a costituire un equivalente giudiziale del delitto; ossia si vengono a considerare come equivalenti agli effetti della punibilità, due fatti che non hanno necessariamente in comune neppure la caratteristica essenziale della colpevolezza o dell'antigiuridicità. Ciò mi sembra inammissibile» (SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, cit., p. 238; corsivi dell'Autore; si vd. anche, per le differenze con il processo civile, a pp. 230-231).

<sup>111</sup> G. BELLAVISTA, voce *Libertà provvisoria*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974; PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, cit., pp. 672-673 (alcune considerazioni poi

dell'esistenza di un *tertium genus* tra le due presunzioni, bensì di un valore per così dire relativo che la presunzione di innocenza assume durante il processo e in occasione dell'applicazione di istituti che attenuino lo status di innocenza dell'imputato. La dottrina ha nondimeno sottolineato come la formula prescelta sconti un'innegabile ambiguità: a tacere della debolezza semantica, alla quale si è già brevemente accennato, la formula presenta infatti un non trascurabile difetto di precisione, che taluni hanno letto quale volontà di eludere una esatta delimitazione del terreno di azione del principio così definito<sup>112</sup>.

Sebbene i documenti non permettano di acclarare con precisione l'esatto grado di consapevolezza dogmatica evocato dalla discussione in Assemblea, si può nondimeno affermare come la formula collocata al secondo comma dell'art. 27 manifesti una rimodulazione delle precedenti riflessioni: la sua natura di compromesso stilistico e retorico non deve d'altra parte essere considerata quale equivalente di un eventuale compromesso di natura etico-politica<sup>113</sup>. I lacerti del dibattito non indicano tuttavia – tanto più in assenza di elementi puntuali relativi alla modifica introdotta in fase definitiva dal Comitato di redazione – una volontà di limitare o sminuire il valore politico della garanzia: ciò che emerge, e che merita di essere valorizzato, è il nesso che viene istituito tra il tema della presunzione di innocenza e quello della libertà personale. In tal senso la formula escogitata dai Costituenti – non considerato colpevole in luogo di presunto innocente – contiene in sé la ricerca di una soluzione tesa a contemperare le garanzie dell'individuo, imputato del processo penale, con le istanze delle quali il processo è viceversa latore e quindi anzitutto della disciplina delle misure cautelari.

Qui potrà essere recuperata anche la già citata questione relativa alla natura di presunzione: viene a tal proposito in rilievo la distinzione tra presunzioni «empiriche» o «di verosimiglianza» e presunzioni «politiche», in

---

parzialmente riprese nel suo vol. *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., pp. 57-59).

<sup>112</sup> Si vd. in part. ILLUMINATI (*La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 21), che afferma: «La formula adottata, senza superare in alcun modo i problemi teorici esistenti, si presta alle più diverse interpretazioni, incluse quelle che ripropongono una sostanziale elusione della forza cogente, secondo la teoria filtrata dalla scuola tecnico-giuridica alla dittatura fascista». *Contra* DOMINIONI (*Art. 27 2° comma*, cit., pp. 193-194) e più recentemente PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., pp. 53-54.

<sup>113</sup> Su questi aspetti si vd. inoltre AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., pp. 367-370.

quanto «nascenti – queste ultime – dall’opportunità sociale»<sup>114</sup>. La presunzione di innocenza o di non colpevolezza potrebbe in tal senso essere annoverata tra le particolari presunzioni di natura politica, fondate non su un’equivalenza di natura tecnico-giuridica o su un criterio di probabilità, ma sull’istituzione di una posizione di tutela. Tale assunto porterebbe quindi a rinvenire nella formula prescelta dai Costituenti una posizione neutrale: «La Costituzione – è stato efficacemente sostenuto – sancirebbe sì il divieto di considerare l’imputato colpevole, ma non lo presumerebbe innocente»<sup>115</sup>.

#### 4. Regola di trattamento e regola di giudizio: le declinazioni dell’art. 27 co. 2 Cost.

Il testo della norma costituzionale si proietta sulla storia del diritto processuale di età repubblicana in due direzioni: la presunzione di innocenza (o di non colpevolezza) scolpita dall’art. 27 co. 2 Cost. risulta infatti caratterizzata da una duplice valenza concettuale<sup>116</sup>. Da un lato essa deve essere concepita, come già osservato, quale regola di trattamento durante lo svolgimento del processo e implica quindi, con particolare riguardo alle misure cautelari privative della libertà personale, il divieto di attribuire «alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena»<sup>117</sup>; dall’altro, intesa quale regola di giudizio per il

---

<sup>114</sup> Queste ultime, ad avviso dell’Autore (SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, cit., p. 91), si atteggiavano diversamente nel processo penale e in quello civile: «[...] non tutte le presunzioni politiche sono dirette ad attuare la *preminenza di un interesse* su un altro; talora, e specie nel campo del processo privato, sono invece dirette ad attuare una posizione di *parità* e di equilibrio fra gli opposti interessi delle parti: tali sono, ad es., la presunzione dell’art. 4 c. I 1, e quella dell’eguaglianza delle quote nella comunione (art. 674 c.c.)» (corsivi dell’Autore). Per la posizione qui espressa si leggano anche in part. le pp. 96-102.

<sup>115</sup> Così PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 671.

<sup>116</sup> Ancora PAULESU (ivi, pp. 674-676) parla in proposito di «polivalenza funzionale» e osserva inoltre come si siano «consolidati, sotto il codice abrogato, due diversi orientamenti dell’art. 27, 2° co. Cost.: l’uno, “minimalista”, tendente a restringere la latitudine operativa della norma al solo terreno della libertà personale e del trattamento dell’imputato; l’altro, “massimalista”, mirante a riconoscere la natura polivalente del principio, esaltandone tanto la funzione di regola di trattamento quanto la funzione di regola probatoria e di giudizio» (*ibidem*, con ulteriori riferimenti).

<sup>117</sup> Così Corte cost., sent. nr. 231/2011, Pres. Maddalena, Red. Frigo, su cui vd. anche *infra* nota 127.

fatto incerto, essa comporta una precisa e non derogabile distribuzione dell'onere della prova.

Se da un lato è quindi inibita l'identificazione dell'imputato con il colpevole, dall'altro viene cristallizzata l'attribuzione dell'onere della prova all'organo d'accusa, sul quale peserà quindi anche il rischio uguale e contrario del mancato raggiungimento della prova stessa. Dal punto di vista diacronico, le origini di tale duplice scansione possono essere individuate rispettivamente nella riflessione degli illuministi e in particolare di Cesare Beccaria (cfr. *Dei delitti e delle pene* XVI, in precedenza già citato) e, sull'altro versante, del cosiddetto «burden of proof», codificato nel quinto *Amendment* e poi declinato quale «legal burden» nella formula «innocent until proved guilty beyond reasonable doubt», e quindi più in generale dell'esperienza giudiziaria di *Common Law*<sup>118</sup>. Nel testo costituzionale i due aspetti appaiono procedere in modo sinergico (o, come è stato osservato, di «reciproca integrazione»<sup>119</sup>), come già si desume in chiave storica da un intervento dovuto ancora a Giovanni Leone, entro il quale traspare in modo inequivoco come i due profili si sviluppino senza soluzione di continuità: essendo infatti la presunzione di non colpevolezza premessa di una «esigenza diretta a delimitare la carcerazione preventiva», quest'ultima dovrà essere utilizzata «in limiti di necessità assoluta, sicché non si possa stabilire, con un arbitrio, sia pure illuminato dal senso di giustizia, [...] che un cittadino, fino a quando non sia definitivamente dichiarato colpevole, possa vedere ristretta la sua libertà personale»<sup>120</sup>.

Intesa quale regola di trattamento, la presunzione istituisce un nesso problematico con l'art. 13 Cost. e con il cosiddetto «vuoto dei fini» della custodia cautelare ivi contemplata; concepita quale regola di giudizio, detta invece una regola probatoria di risoluzione del fatto incerto, un metodo gnoseologico (o – si è affermato – una «garanzia epistemologica»<sup>121</sup>) teso a

---

<sup>118</sup> Si vd. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., p. 28; PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, cit., pp. 672-674 (il quale rileva – a p. 674 – come «negli ordinamenti continentali la presunzione di non colpevolezza si è sviluppata [...] in prevalenza sul terreno della regola di trattamento, finendo per assurgere a direttrice ideale dei rapporti tra individuo ed autorità all'interno del processo penale»); E. AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», IX (1967), p. 867; DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., p. 164.

<sup>119</sup> Così ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., p. 29.

<sup>120</sup> *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, I, cit., p. 701; si vd. anche DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., p. 191, nota 9.

<sup>121</sup> L'espressione è di PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 685.

organizzare le tecniche di accertamento. Quanto al primo versante, l'art. 27 co. 2 Cost. funzionerebbe perciò quale parametro teleologico dell'art. 13 Cost., riempiendo cioè di significato e di contenuti operativi il vuoto prefigurato dalla norma sulla custodia cautelare. Corollario del secondo aspetto è inoltre l'ulteriore ripartizione tra diverse regole probatorie: dove il Pubblico Ministero ha un onere più ingente perché fondato sui cosiddetti fatti principali, l'imputato ha un corrispondente, ma più limitato onere di prova dei cosiddetti fatti impeditivi<sup>122</sup>.

Negli anni del secondo dopoguerra si registrano diffusi tentativi di ridurre la portata applicativa del principio, limitandone l'interpretazione a semplice negazione della contraria presunzione di colpevolezza<sup>123</sup>. Già alla fine degli Anni Sessanta la dottrina pare tuttavia spostarsi verso l'analisi relativa alla possibile sovrapposizione di contenuti tra presunzione di innocenza e presunzione di non colpevolezza, rinvenendo in quest'ultima «una linea garantistica meno “esasperata” di quella connessa alla formula primitiva, e perciò immune da quel tanto di “paradossalità” di cui altrimenti [...] si sarebbe di nuovo fatta portatrice»<sup>124</sup>. La riflessione sottesa alla fase costituente avrebbe potuto così uscirne largamente vanificata: la scelta della formula non colpevolezza in luogo dell'innocenza non era infatti tesa a garantire un *quantum* inferiore di tutela dell'imputato, bensì – come già chiarito – a consentire la compatibilità di tale principio con gli istituti propri del processo e anzitutto le misure cautelari.

Il panorama qui brevemente richiamato non sembrò tuttavia offrire le premesse idonee a una piena realizzazione del dettato costituzionale, fino a che il problema di una definizione dell'esatto perimetro dell'art. 27 co. 2 Cost. venne affrontato e parzialmente risolto dalla Corte costituzionale all'inizio degli Anni Settanta. In una risolutiva pronuncia del 1972, la Corte procede a una perentoria distinzione tra presunzione di non colpevolezza e presunzione di innocenza, affermando come solo la prima sia ricompresa nella già citata disposizione:

---

<sup>122</sup> Cfr. *infra* § 4. Si vd. in proposito PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 690, con ulteriori riferimenti.

<sup>123</sup> DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., pp. 194-195 con riferimenti puntuali.

<sup>124</sup> Così ancora, confutando tale interpretazione riduttiva, DOMINIONI (ivi, pp. 195-196).

nel nostro sistema [...] la condizione di colpevole non sembra identificarsi con quella di innocente: chi durante il processo è non colpevole può essere giudicato, con la sentenza definitiva, innocente oppure colpevole. Se fosse vero il contrario, sarebbe illegittima ogni misura di carcerazione preventiva, che è, invece, ammessa dall'ultimo comma dell'art. 13 Cost [...] e, al limite, sarebbe illegittima [...] l'applicazione provvisoria di pene accessorie.

La Corte afferma quindi che l'«espressione testuale usata dall'Assemblea costituente [...] nel contrasto delle opinioni, non ha sancito la presunzione di innocenza, ma, con l'emendare l'originaria proposta della I Sottocommissione, ha voluto presumibilmente asserire che durante il processo non esiste un colpevole, bensì soltanto un imputato»<sup>125</sup>.

L'ipotesi di lavoro così formulata si dimostra però frutto di un parziale compromesso, allorché la Corte non pare pienamente rilevare l'incompatibilità della cosiddetta assoluzione per insufficienza di prove e quindi dei cardini del codice del 1930: ad avviso della Corte non si può infatti ravvisare nella già citata forma di proscioglimento dubitativo una tensione con il principio di cui al secondo comma dell'art. 27 Cost., poiché

l'insufficienza di prove può riguardare una vasta gamma di situazioni [...]; e l'assoluzione per insufficienza di prove, la quale [...] è il risultato concreto di un giudizio, che non sempre può superare la perplessità, manifestazione di raziocinio e momento ineliminabile del pensiero, lungi dal confliggere con il principio di non colpevolezza, apertamente lo convalida, dappoiché tutte le sentenze di proscioglimento, nella molteplicità delle formule adottate nel dispositivo, hanno in comune il riconoscimento della non fondatezza dell'azione penale<sup>126</sup>.

A quest'altezza cronologica l'aspetto autenticamente positivo della giurisprudenza costituzionale pare indirizzarsi verso la disciplina delle misure cautelari e quindi verso una progressiva delimitazione del campo d'azione dell'art. 27 co. 2, attraverso una pur parziale sistematizzazione della materia e delle varie stratificazioni interpretative. Tre sono infatti le funzioni della

---

<sup>125</sup> Corte cost., sent. 22 giugno 1972, nr. 124, Pres. Chiarelli, Red. Capalozza, da cui anche la citazione precedente; la pronuncia citata rinvia a sua volta alla sent. nr. 64/1970. Per questa interpretazione si vd. M. CHIAVARIO, *Assoluzione con formula dubitativa e e presunzione di non colpevolezza al vaglio della Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 25 (1972), p. 1326; DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., pp. 199-200.

<sup>126</sup> La citazione ancora da Corte cost., sent. nr. 124/1972.

coercizione cautelare, richiamate dalla Corte, che si sono storicamente affermate: la prima, di carattere sostanziale, consiste nell'anticipazione degli effetti della pena e della condanna definitiva; le altre due, di natura processuale, sono predisposte al fine di inibire il pericolo di fuga dell'imputato, nonché l'inquinamento o la dispersione delle fonti di prova e da ultimo di assicurare la presenza dell'imputato medesimo per quanto concerne il compimento di atti di indagine che ne richiedano la presenza fisica. La sovrapposizione di queste tre funzioni viene risolta dalla Corte con la recisa esclusione della prima, perché chiaramente fondata sull'anticipazione di un giudizio di colpevolezza: le altre due possono ben essere considerate quali limiti soltanto esterni all'attuazione di tale principio, che finisce così per assurgere a parametro di legittimità costituzionale dei fini della custodia preventiva<sup>127</sup>.

Nella già citata pronuncia la Corte procede peraltro a una ulteriore proposta di soluzione relativa al rapporto tra le due formule della presunzione di innocenza e della presunzione di non colpevolezza, che rivela un non trascurabile contrasto con l'ipotesi interpretativa sopra riportata. La disposizione dell'art. 27 Cost. sembra infatti caratterizzarsi per una «identità sostanziale di significato» con l'affermazione di principio contenuta nell'art. 6, par. 2 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, la quale recita che: «Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata» (sulla quale si sviluppa poi anche l'art. 14, par. 2 del Patto internazionale per i diritti civili e politici, reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, nr. 881). La posizione espressa dalla Corte, pur caratterizzata da talune contraddizioni, segna pertanto l'equivalenza tra la tradizionale formulazione di tenore positivo, elaborata durante la Rivoluzione francese, e la declinazione negativa affidata al testo costituzionale; non trova accoglimento l'interpretazione proposta a suo tempo da Leone, secondo il quale la presunzione di non colpevolezza (o «non presunzione di colpevolezza») enucleata in Costituzione avrebbe costituito un concetto intermedio tra presunzione di innocenza e presunzione di colpevolezza.

Da tale punto di vista la dottrina (già in precedenza con Giuliano Vassalli) aveva individuato nella norma di cui si discorre e, specularmente, nell'art. 13

---

<sup>127</sup> DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., p. 198; per un'ampia analisi di questi aspetti si vd. anche GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., pp. 36-39 (che rinvia anche a G.D. PISAPIA, *Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nel processo penale*, in «Rivista di diritto processuale», VII [1965]).

Cost. una clausola particolare del generale principio fissato dall'art. 2 Cost., segnando una peculiare declinazione dei diritti della personalità sul terreno processuale<sup>128</sup>. Sulla scorta di simile orientamento, all'interno della giurisprudenza costituzionale si può ben rilevare l'assenza di una compiuta ricostruzione del pieno significato del principio di cui all'art. 27 co. 2 Cost., che viene analizzato per così dire solo quale termine di relazione dell'art. 13 Cost., nell'ottica di un'interpretazione dei principi costituzionali concepita quale opera di sintesi e non già analisi atomistica delle singole disposizioni<sup>129</sup>.

Si tratta di un aspetto centrale della riflessione intorno alla presunzione di innocenza, che ha rivelato la sua ricchezza di implicazioni interpretative – si osserva qui incidentalmente – anche in una serie di recenti pronunce della Corte intorno alla compatibilità costituzionale dei criteri di cui agli artt. 274 e 275 c.p.p. successivi alla novella del codice di procedura del 1988. In alcune recenti pronunce sulla presunzione assoluta introdotta per una particolare gamma di reati (caratterizzati appunto da una presunzione assoluta di gravità e di sussistenza delle esigenze cautelari) dal legislatore ordinario al terzo comma dell'art. 275 c.p.p., la Corte ha richiamato due peculiari aspetti idonei a riverberarsi sul tema della presunzione di innocenza: l'uno è quello del generale parametro del «minimo sacrificio necessario» della libertà personale, in forza del quale la misura cautelare da applicarsi in concreto deve essere scelta secondo un generale parametro di «pluralità graduata»; l'altro è quello dell'apparente «antinomia» tra la presunzione di non colpevolezza e «l'espressa previsione, da parte della stessa Carta costituzionale, di una detenzione *ante iudicium*», antinomia che si rivela «solo apparente [...] giacché è proprio la prima a segnare, in negativo, i confini di ammissibilità della seconda»<sup>130</sup>.

Quanto al secondo e ulteriore significato dell'art. 27 co. 2, la regola di giudizio sottesa alla presunzione di innocenza segna, a un tempo, una regola per risolvere il fatto incerto e una diversificazione programmatica degli oneri

---

<sup>128</sup> G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, V, Padova, 1958, pp. 355-370; riprende l'analisi GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., pp. 1-6.

<sup>129</sup> Così l'opinione di ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., pp. 11-12; sulla stessa linea anche ad es. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., pp. 62-70.

<sup>130</sup> Corte cost., sent. 7 luglio 2010, nr. 265, Pres. Amirante, Red. Frigo; poi ripresa tra altre in part. dalla già citata sent. 19 luglio 2011, nr. 231, Pres. Maddalena, Red. Frigo. Per il «minimo sacrificio necessario» occorre invece rinviare a Corte cost., sent. 7 luglio 2005, nr. 299, Pres. Capotosti, Red. Neppi Modona.

probatori a carico dei diversi attori del processo. Come regola di giudizio in senso stretto, nel processo penale non opera la scansione disposta dall'art. 2697 c.c.: al criterio di parità delle parti e di contemperamento dei loro rispettivi interessi si sostituisce, nel processo penale, una diversa ripartizione del rischio in punto di prova, in forza della quale e per il tramite proprio della presunzione di non colpevolezza è accordato all'imputato un generale privilegio. Il rischio della mancata prova grava infatti sull'organo di pubblica accusa, vale a dire il Pubblico Ministero: a quest'ultimo spetta provare i fatti costitutivi, di talché il mancato raggiungimento della prova, pesando sul titolare del relativo onere, comporterà l'assoluzione dell'imputato. Al contrario, lo *standard* probatorio richiesto all'imputato si estende in modo più limitato ai cosiddetti fatti impeditivi, preclusivi cioè della responsabilità penale: ma mentre il livello di accertamento richiesto per i fatti principali, dovendo superare la presunzione costituzionale disposta dall'art. 27 co. 2 e oggi trasfusa nel primo comma dell'art. 533 c.p.p., deve essere pieno per poter determinare la condanna, quello di cui è investito l'imputato si realizza nel cosiddetto «burden of evidence» (si parla, a proposito, di «shifting of the burden»), ossia in un meno intenso grado di forza veritativa (di dubbio) dei fatti impeditivi della responsabilità penale, a discarico del soggetto stesso<sup>131</sup>.

La differente articolazione per così dire qualitativa dell'onere della prova non viene messa in crisi neppure da previsioni peculiari introdotte nel codice, quali ad esempio la prova liberatoria enunciata all'ultimo comma dell'art. 596 c.p. in tema di delitto di diffamazione. Qui non si determina una deroga in tema di regole probatorie, perché – come fu autorevolmente affermato – «il problema probatorio è assente» e la semplice acquisizione al processo della circostanza storica della condanna del diffamato «fissa il fatto controverso»<sup>132</sup>: si tratta di una diversa categoria di presunzioni caratterizzate da una struttura logica, all'interno della quale «la sentenza non esprime alcun giudizio sul punto»<sup>133</sup>. Non si determina alcuna inversione dell'onere della prova – e quindi, conseguentemente, della regola probatoria che scaturisce dalla presunzione di

---

<sup>131</sup> PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., p. 685, su cui anche P. HEYDON, *Cases and Materials on Evidence*, London, 1975, p. 29. Per le implicazioni della formula dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» introdotta con l'art. 5, legge 20 febbraio 2006, nr. 46 si vd. *infra* cap. II.

<sup>132</sup> F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, p. 149; sul punto anche CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, cit., pp. 254-255.

<sup>133</sup> Così ancora F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, nel suo vol. *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 39; cfr. CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, cit., p. 254.

innocenza – la struttura di fattispecie dei cosiddetti reati di sospetto (artt. 707-708 c.p.), ove è punito il possesso di determinati oggetti da parte di soggetti previamente identificati, i quali per contro non ne sappiano giustificare la lecita destinazione o la lecita provenienza e acquisizione. La Corte costituzionale ha escluso che in questi casi si determini una deroga al principio di cui all'art. 27 co. 2 Cost., ma non ha risolto i dubbi, sollevati da più parti in dottrina, circa uno slittamento del rischio della prova mancante o assente a carico dell'imputato<sup>134</sup>.

La presunzione di innocenza costituisce altresì – come già parzialmente osservato – regola probatoria: essendo l'imputazione mero assunto di parte (della parte pubblica), il Pubblico Ministero è gravato dal conseguente obbligo di introdurre la relativa prova. Da ciò deriva un'ulteriore implicazione della presunzione di innocenza: il giudice, in un sistema siffatto, dovrebbe avere un ruolo autenticamente neutrale e, in tema di onere probatorio, pressoché passivo, stante il riconoscimento di un diritto alla prova e quindi di una regola inclusiva, controbilanciata soltanto dalla previsione di un'ammissione di prove ulteriori decisa *ex officio*, che introduce una regola complementare di segno opposto<sup>135</sup>.

Anche da tale punto di vista il dettato della Carta costituzionale offre la rappresentazione di un principio assai più ampio di quello confluito in origine nel modello del cosiddetto processo misto. Quanto alla sua declinazione come regola di trattamento, esso deve essere inteso quale principio diretto a realizzare un sistema legale per lo *status* dell'imputato e per la disciplina delle misure cautelari, «un disegno programmatico ispirato a coerenza»<sup>136</sup>; quanto

---

<sup>134</sup> La Corte afferma: «Non migliore considerazione ha già ricevuto l'argomento dell'inversione dell'onere della prova nell'accertamento della responsabilità per questo tipo di reato. Esso, pur prospettato in riferimento alla asserita violazione dell'art. 27, secondo comma, della Costituzione è stato già disatteso da questa Corte in considerazione del fatto che la norma incriminatrice non esige “la prova della legittimità della destinazione e della provenienza, limitandosi, invece, a pretendere una attendibile e circostanziata spiegazione, da valutarsi in concreto nelle singole fattispecie, secondo i principi della libertà delle prove e del libero convincimento» (sent. 29 gennaio 1971, nr. 14, Pres. Branca, Red. Capalozza). Si vd. anche la conforme sent. nr. 5-19 novembre 1992, nr. 464, Pres. Corasaniti, Red. Guizzi, con rinvio a quella appena citata.

<sup>135</sup> DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., pp. 190-191; CORDERO, *Procedura penale* [2006<sup>8</sup>], cit., pp. 797-798.

<sup>136</sup> Così M. PISANI, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in «L'Indice penale», 1970, p. 189.

alla sua valenza come regola di giudizio, esso mira all'instaurazione di un complesso di regole per l'accertamento del fatto oggetto del processo.



## CAPITOLO SECONDO

### LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA DELL'ENTE NEL D. LGS. 8 GIUGNO 2001, NR. 231

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: l'applicabilità del principio di colpevolezza alle persone giuridiche – 2. Il *tertium genus* del processo penale amministrativo alla luce della presunzione dell'art. 27 co. 2 Cost. – 3. Le garanzie costituzionali applicabili all'ente e al processo penale amministrativo – 4. Cenni alla presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

#### *1. Considerazioni introduttive: l'applicabilità del principio di colpevolezza alle persone giuridiche*

Durante i lavori della Prima Sottocommissione il confronto tra diverse posizioni si sviluppò anche a proposito del principio della natura personale della responsabilità penale.

Il progetto dell'art. 5, che sarebbe più tardi stato trasfuso nel primo comma dell'art. 27 della Carta costituzionale, venne discusso durante la seduta del 18 settembre 1946; la formulazione originaria del secondo capoverso era: «Non possono essere irrogate che le pene tassativamente fissate dalla legge. La

responsabilità è personale». Tra le diverse ipotesi espresse spicca per intensità di riflessione quella di Moro, che propose la cruciale aggiunta relativa alla natura «penale» della responsabilità stessa e affermò come «questo principio debba essere mantenuto, perché esso è un'affermazione di libertà e di civiltà. Si risponde per fatto proprio e si risponde attraverso ogni partecipazione personale al fatto proprio» e aggiunge: «Questo è il principio del diritto moderno, che trova la sua espressione nel principio della consapevolezza che deve accompagnare quello che si chiama il fatto materiale. Parlare di responsabilità penale significa richiamarsi ad un principio che domina nell'odierno pensiero della scienza giuridica»<sup>1</sup>.

Il rinvio all'elaborazione del principio ad opera dei Costituenti fornisce l'abbrivio per qualche considerazione ulteriore, che può così iniziare da aspetti di diritto sostanziale per proporre poi alcune ipotesi in ambito processuale. Il principio di colpevolezza ha ricevuto come noto una esatta delimitazione ad opera della Corte costituzionale, la quale nel 1988 ne ha fornito una complessiva interpretazione con due pronunce<sup>2</sup>. Alla luce di tale indirizzo interpretativo, il principio di colpevolezza costituisce necessaria garanzia dell'accertamento della responsabilità penale, alla luce del quale risulta in particolare «indispensabile [...] il collegamento (almeno nella forma della colpa) tra soggetto agente e fatto». Per fondare quello che la Corte definisce come «fatto proprio colpevole», tutti gli elementi del fatto di reato devono infatti essere coperti dall'elemento soggettivo. Il «fatto» va inoltre distinto dalla rimproverabilità, che come è stato rilevato «assume un valore centrale nel pensiero della Corte, al punto da costituire il solido ancoraggio cui fissare l'illegittimità parziale dell'art. 5 c.p., che, nella sua assolutezza, contrasta –

---

<sup>1</sup> *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, VI, cit., p. 372; il dibattito è ripercorso da A. ALESSANDRI, *Il I° comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Artt. 27-28*, cit., pp. 1-161: 1-10. Sul punto si vd. anche *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, II, a cura di A. LEVI-P. CALAMANDREI, Firenze, 1950 per gli artt. di riferimento.

<sup>2</sup> Si allude come noto a Corte cost., sent. 24 marzo 1988, nr. 364, Pres. Saja, Red. Dell'Andro e 13 dicembre 1988, nr. 1085, Pres. Conso, Red. Dell'Andro, sulle quali si vd. il commento al testo di G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza inescusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88*, in «Il Foro italiano», 112 (1988), 1, p. 1385; la seconda sentenza è pubblicata in «Il Foro italiano», 113 (1989), 1, p. 1378. Per una rassegna di altri commenti alle due sentenze si vd. ALESSANDRI, *Il I° comma dell'art. 27*, cit., pp. 20-21.

come noto – con i principi costituzionali che governano i “requisiti” subiettivi minimi di imputazione»<sup>3</sup>.

Corollario del perimetro concettuale così concepito, assimilato poi anche dalla giurisprudenza di legittimità con il celebre arresto del 2009<sup>4</sup>, appare l’affermazione dell’incompatibilità della struttura della responsabilità oggettiva, secondo il noto brocardo *qui in re illicita versatur respondit etiam de casu*, in quanto «contrasta con il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale»<sup>5</sup>. Il principio di colpevolezza, ricostruito alla stregua di vincolo per il legislatore, vieta perciò a quest’ultimo di prefigurare la responsabilità penale all’interno di singole figure di reato in assenza di requisiti soggettivi minimi; secondo l’interpretazione tratteggiata dalla Corte con riguardo all’art. 27 co. 1 Cost., vige inoltre un generale limite di non punibilità per fatti altrui, che discende anzitutto da una considerazione materiale del fatto di reato inteso quale evento<sup>6</sup>.

Con il d. lgs. 8 giugno 2001, nr. 231 entra nell’ordinamento italiano un nuovo sistema sanzionatorio, rivolto alle persone giuridiche: la natura di tale modello, che partecipa per larga parte di strutture proprie della sfera penalistica, pone talune questioni problematiche. Il problema che si tenterà qui di analizzare verte in particolare intorno all’applicabilità del concetto di «fatto proprio colpevole», come elaborato dalla Corte costituzionale, e quindi del principio di colpevolezza al modello del d. lgs. 231/2001, stante che le fonti

---

<sup>3</sup> Ivi, p. 21.

<sup>4</sup> Il riferimento è a Cass. SS.UU., 22 gennaio 2009 (dep. 29 maggio 2009), nr. 22676, Pres. Gemelli, Rel. Franco, Ronci, per la quale si rinvia, con ulteriori riferimenti, al commento di F. BASILE, *L’alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l’imputazione della conseguenza non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull’art. 586 c.p.*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LIV (2011), 3, pp. 911-968 (edito anche negli *Studi in onore del prof. Mario Romano*, II, Napoli, 2011, pp. 699-764).

<sup>5</sup> Sul punto si vd. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012<sup>4</sup>, pp. 287-290. Nella citata pronuncia nr. 364 del 1988, la Corte costituzionale procede per vero anche a una ulteriore analisi della struttura della responsabilità oggettiva e afferma come sia esclusa dal predetto divieto la cd. responsabilità oggettiva spuria o impropria, ipotesi nelle quali «anche un solo, magari accidentale, elemento del fatto, a differenza di altri elementi, non è coperto dal dolo o dalla colpa dell’agente». Ad avviso della Corte il divieto di responsabilità oggettiva (nella cd. forma pura o propria) riguarda invece le ipotesi per le quali «è in relazione al complessivo, ultimo risultato vietato che va posto il problema della violazione delle regole “preventive” che, appunto in quanto collegate al medesimo, consentono di riscontrare nell’agente la colpa per il fatto realizzato».

<sup>6</sup> Per le diverse accezioni dell’art. 27 co. 1 Cost. si vd. ancora ALESSANDRI, *Il I° comma dell’art. 27*, cit., pp. 27-28.

interne al decreto pongono esplicitamente un raccordo con il principio di colpevolezza, come si avrà modo di rilevare: e il tema rileva di per sé, al di là della natura di diritto sostanziale, in quanto evoca direttamente la qualificazione della responsabilità della persona giuridica e lo statuto di quest'ultima entro il modello processuale così introdotto. È altresì vero che il problema riflette, più in generale, l'esigenza storica che l'ordinamento si propone di allestire un sistema sanzionatorio per i soggetti collettivi e quindi per gli attori del mondo economico-sociale: esigenza, questa, che a sua volta riflette anche condizioni e finalità estranee alla giustizia penale, ma che ne diventano parte integrante<sup>7</sup>. Come già osservato, il problema dell'applicazione del principio di colpevolezza alle persone giuridiche presenta infatti natura polimorfa e implica in sé aspetti di natura tanto sostanziale che processuale: le fonti che potranno venire in rilievo sul punto sono di origine tanto codicistica che giurisprudenziale e rivelano la complessità di una questione che riguarda la fisionomia stessa del processo *de societate*. Il quesito se il principio di colpevolezza si applichi o meno all'ente contiene infatti in sé un ulteriore dubbio, che costituisce un antecedente logico: vale a dire quale sia la natura della responsabilità ascrivibile all'ente medesimo. Complesse e articolate sono le questioni che – sul punto – vengono fisiologicamente in rilievo: la responsabilità dell'ente come configurata dal d. lgs. 231/2001 non è infatti una responsabilità di natura penale, ma costituisce un tipo di addebito che trae la sua origine dalla responsabilità penale di determinati soggetti che operano stabilmente nel circuito societario.

L'esame di tali questioni può trovare un primo varco nelle fonti interne del citato decreto, tra le quali in particolare due punti meritano di essere considerati: la legge delega (l. 29 settembre 2000, nr. 300, *Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica*) e la Relazione ministeriale al decreto medesimo. Conviene procedere partitamente con riguardo ai due testi invocati. Nella *Premessa* alla legge delega si legge che dal «superamento del principio, insito nella tradizione giuridica nazionale, *societas delinquere non potest*» (inteso

---

<sup>7</sup> Sul tema, che si intravede amplissimo, si rinvia a G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, pp. 175-176 e inoltre al contributo, dello stesso MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», L (2007), 2-3, pp. 445-469; G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», L (2007), 4, pp. 941-960.

pertanto – è stato osservato – come «storico e relativo»<sup>8</sup>, scaturisce – si legge ancora nella Relazione – «un’architettura normativa complessa che, per quanto farraginoso e – sotto alcuni aspetti – problematico, evidenzia una fisionomia ben definita, con l’introduzione nel nostro ordinamento di uno specifico ed innovativo sistema sanzionatorio per gli enti collettivi, dotato di apposite regole quanto alla struttura dell’illecito, all’apparato sanzionatorio, [...] al procedimento di cognizione e a quello di esecuzione»<sup>9</sup>. La chiave di volta di simili affermazioni programmatiche si legge alla lett. *q*, art. 11 co. 1, della delega stessa, laddove esplicitamente si afferma la volontà di «prevedere che le sanzioni amministrative a carico degli enti sono applicate dal giudice competente a conoscere del reato e che per il procedimento di accertamento della responsabilità si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale, assicurando l’effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento»<sup>10</sup>. La particolare forma di responsabilità così introdotta è quindi attratta per esplicita previsione nell’alveo della giurisdizione penale.

Inoltre nella Relazione al più volte citato decreto la natura giuridica della responsabilità è così predicata:

Dal punto di vista teorico, non si sarebbero incontrate insuperabili controindicazioni alla creazione di un sistema di vera e propria responsabilità *penale* degli enti. Sul punto può dirsi oltretutto superata l’antica obiezione legata al presunto sbarramento dell’art. 27 Cost., e cioè all’impossibilità di adattare il principio di colpevolezza alla responsabilità degli enti. Come risulterà meglio [...], appare ormai recessiva una concezione “psicologica” della colpevolezza, che ne esaurisce cioè il contenuto nel legame psicologico tra autore e fatto; di contro, la rinnovata idea di una colpevolezza intesa (in senso normativo) quale *rimproverabilità* sembra perfettamente attagliarsi al fenomeno nei termini in cui è stato poc’anzi descritto. Potrebbe anzi affermarsi che proprio la mancata previsione di una forma di responsabilità della persona giuridica in relazione a comportamenti in linea o comunque discendenti dalla politica aziendale, in uno con il suaccennato costume di rinnovare frequentemente e *sistematicamente* i centri di imputazione *formali* all’interno della stessa, si risolvesse – paradossalmente –

---

<sup>8</sup> ALESSANDRI, *Il I° comma dell’art. 27*, cit., p. 165.

<sup>9</sup> Il testo si legge anche in S.M. CORSO, *Codice della responsabilità “da reato” degli enti annotato con la giurisprudenza. Terza edizione*, Torino, 2015, p. 21. Per il superamento del principio si vd. anche PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, cit., pp. 258-259.

<sup>10</sup> [S.M.] CORSO, *Codice della responsabilità “da reato” degli enti*, cit., p. 23.

nell'aggiramento di quel principio di “*responsabilità personale*” che ha rappresentato la remora più sensibile all'adozione da parte dell'Italia di nuovi modelli sanzionatori.

Ciò nondimeno, il legislatore delegante ha preferito, comprensibilmente, ispirarsi a maggior cautela, ed ha optato per un tipo di responsabilità amministrativa.

In proposito, appare tuttavia necessario fare da subito una puntualizzazione. Tale responsabilità, poiché conseguente da *reato* e legata (per espressa volontà della legge delega) alle garanzie del processo penale, diverge in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo ormai classicamente desunto dalla L. 689 del 1981. Con la conseguenza di dar luogo alla nascita di un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia<sup>11</sup>.

Nella Relazione vi è dunque anzitutto la codificazione in termini espliciti di un modello processuale inedito, un «*tertium genus*» appunto, secondo la tesi che è stata poi fatta propria anche dalla giurisprudenza di legittimità<sup>12</sup>. L'altro problema di natura dirimente verte quindi sulla qualificazione della

---

<sup>11</sup> *Relazione*, § 1.1. Sul punto meritano di essere citate le osservazioni che, *ante litteram*, formulava tra altri ALESSANDRI (*Il I° comma dell'art. 27*, cit., pp. 160-161): «Il principio di colpevolezza, con tutti i suoi corollari, non appartiene al settore della pura tecnica legislativa: al presente, almeno nel nostro sistema, riveste un valore critico e culturale che non può essere sottovalutato né esposto a pericoli di annacquamento. Esso, al contrario, deve ancora trovar posto al centro di un impegno di riforma che intenda avviarsi verso un diritto penale moderno, razionale quanto rispettoso della dignità della persona. La responsabilità penale delle persone giuridiche, per le sue caratteristiche tipiche, appartiene culturalmente e operativamente, più ad una visione tecnocratica del diritto penale e delle sue finalità, che non al bagaglio di chi scorge l'esigenza di una configurazione della responsabilità che risulti ispirata alla garanzia dei valori primari della persona, così spesso avviliti, oltre che dalle previsioni normative “astratte”, dalla prassi giudiziale e dalla inaccettabile realtà dell'esecuzione penale. [...] Vi è poi da dire, per concludere, che quegli obiettivi che ci si prefigge teoricamente di raggiungere con la responsabilità penale delle persone giuridiche si potrebbero presumibilmente perseguire con altri e più adeguati strumenti. L'unica effettiva *chance* del “penale” è costituita, in questo settore, dalla stigmatizzazione, dalla pubblicità negativa. Ma non vi sarebbero forse ostacoli insormontabili a perseguirla attraendo la persona giuridica nell'ambito del processo penale riguardante il comportamento del suo “organo”, con il radicare una sua responsabilità, di natura extra-penale, concorrente con quella dell'autore del reato». Si vd. anche F. BRICOLA, *Il costo del principio Societas delinquere non potest*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XIII (1970), 3, pp. 951-1006.

<sup>12</sup> Cfr. per la definizione del *tertium genus* in giurisprudenza: Cass. Sez. II, 20 dicembre 2005 (dep. 30 gennaio 2006), nr. 3615, Jolly Mediterraneo s.r.l.; Cass. Sez. VI, 17 luglio 2009, nr. 36083, Mussoni; Cass. Sez. VI, 16 luglio 2010, nr. 27735, Brill Rover (con commento di A. AGNESE in «Cassazione penale», LI [2011], 5, pp. 1876-1887); da ultimo anche Cass. SS.UU., 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), nr. 38343, Pres. Santacroce, Rel. Blaiotta, Espenhahn e a., *on line* su *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), p. 202 del dattiloscritto. Si vd. per questi argomenti, tra gli altri, anche G. CANZIO-L.D. CERQUA-L. LUPARIA, *Diritto penale delle società*, Padova, 2014.

responsabilità ascrivibile a centri decisionali che, per loro natura, risultano caratterizzati da molteplici livelli di formazione e di manifestazione della volontà. Volendo proporre qualche riferimento a titolo di esempio, potrà apparire emblematica, da tale punto di vista, la disciplina introdotta nel 2003 per i gruppi di società agli artt. 2497 segg. c.c.; ancor più decisivo appare, soprattutto con riguardo ad alcune singole figure di reato ricomprese nel perimetro del decreto, il riferimento al tema della cosiddetta delega di funzioni, che emerge pienamente con riguardo ai reati in materia di sicurezza del lavoro (artt. 25-*septies* etc.) e quindi nella disciplina dei reati colposi<sup>13</sup>.

L'«illecito amministrativo» dell'ente, come postulato in termini espliciti dalla Relazione, escluderebbe infatti di per sé la categoria della responsabilità penale, che invece caratterizza i cosiddetti reati-presupposto che formano il catalogo legale (Capo I, Sezione III, artt. 24-25-*duodecies*, oltre all'art. 26 per la disciplina del tentativo) sul quale si fonda come noto la possibilità di muovere un addebito all'ente. Per contro, una ipotesi di applicazione del principio di colpevolezza era già stata allestita per la responsabilità amministrativa delle persone fisiche dalla legge 24 novembre 1981, nr. 689 (artt. 2 co. 2 e 3 co. 1), a riprova di una tecnica di contaminazione delle categorie non sconosciuta al legislatore italiano. L'apparente semplificazione di un doppio binario così costruito riposa in realtà nel d. lgs. 231/2001 su profili misti: l'ente infatti non risponderebbe per fatto proprio, ma per fatto altrui, anche se la più recente giurisprudenza di legittimità lascia intuire approdi diversi<sup>14</sup>. Ciononostante all'indomani della promulgazione del testo hanno trovato corso sia l'ipotesi di una responsabilità penale diretta delle persone giuridiche, sia alternativamente l'ipotesi di una natura amministrativa<sup>15</sup>: peraltro già il Progetto di riforma del

---

<sup>13</sup> P. ALDROVANDI, *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro*, in «L'Indice penale» [N.S.], XII (2009), 2, pp. 493-529: 495; T. VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LII (2009), 2, pp. 695-729; per un quadro generale utili, in sintesi, T. VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006; L. FANTINI-A. GIULIANI, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Le norme, l'interpretazione e la prassi*, Milano, 2010, in part. pp. 75-98.

<sup>14</sup> G. MARINUCCI, «*Societas puniri potest*»: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XLV (2002), 4, pp. 1193-1214.

<sup>15</sup> Per la prima tesi si vd. in part. G. DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Padova, 2002, pp. 3-55; per l'ipotesi alternativa si vd. MARINUCCI, «*Societas puniri potest*», cit., p. 1212; si vd. inoltre CORDERO,

codice penale, approvato il 26 maggio 2001 (il cd. Progetto Grosso), aveva tratteggiato per le persone giuridiche un modello di responsabilità sovrapponibile a quello penalistico, ma caratterizzato da spiccati profili di autonomia e di contaminazione con figure proprie dell'accertamento amministrativo (Titolo VII, artt. 121-131)<sup>16</sup>. Quest'ultima tesi si fonda però, pur nella previsione di una autonomia della responsabilità dell'ente già nel Progetto appena citato, sul predicato di una identificazione dell'ente stesso quale soggetto agente.

A tal proposito è necessario ribadire come non possa essere complessivamente condivisa la tesi, pure invalsa in dottrina e provvista di profili comunque utili, secondo la quale la responsabilità dell'ente si fonderebbe su un rapporto di immedesimazione organica «che lo lega ai soggetti di vertice»<sup>17</sup>. Tale criterio, che pur possiede una indubbia utilità descrittiva, mostra la propria insufficienza ove si osservi che esso, indipendentemente dai problemi che evoca, non contribuisce a illuminare il problema relativo alla qualificazione del soggetto, l'ente stesso, inteso come *universitas*; d'altro canto

---

*Procedura penale* [2006<sup>8</sup>], cit., pp. 1347-1352 (che parla a proposito di una inedita «*res iudicanda* amministrativa nel processo penale») e A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in A. ALESSANDRI-H. BELLUTA *et alii*, *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, pp. 55-56.

<sup>16</sup> Art. 122: «*Applicabilità della legge penale*: Alla responsabilità della persona giuridica si applicano le disposizioni dell'ordinamento penale, in quanto compatibili». Il Progetto è richiamato anche dalla *Relazione*, § 1.

<sup>17</sup> Così, confutando la tesi sopra citata (e sostenuta tra altri da ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, cit., p. 57), E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in «Cassazione penale», XLV (2005), 3, pp. 320-334: 323. La tesi è stata peraltro sostenuta anche da taluna giurisprudenza, tra cui si vd. ad esempio la già citata Cass. Sez. VI, 18 febbraio 2010 (dep. 16 luglio 2010), nr. 27735, *Brill Rover*, ove si affermava: «Il fatto-reato commesso dal soggetto inserito nella compagine della *societas*, in vista del perseguimento dell'interesse o del vantaggio di questa, è sicuramente qualificabile come fatto "proprio" anche della persona giuridica e ciò in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega il primo alla seconda. [...] In forza del citato rapporto di immedesimazione organica, l'ente risponde per fatto proprio, senza coinvolgere il principio costituzionale del divieto di responsabilità penale per fatto altrui (art. 27 Cost.)». Estende al contrario la portata della teoria dell'immedesimazione organica, che «nella sua accezione più ampia consente di considerare il fatto sia del dirigente sia del dipendente come proprio della persona giuridica», G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, pp. 7-8. Per una discussione relativa a queste ipotesi si rinvia anche a M. ROMANO, *Societas delinquere non potest (Nel ricordo di Franco Bricola)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXXVIII (1995), 4, p. 1031-1046: 1036; A. TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d. lgs. 231 del 2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in «Le Società», VIII (2001), 11, p. 1305; già in precedenza A. ALESSANDRI, *Reati di impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984, pp. 56-57.

la stessa formula di una responsabilità ‘da reato’ dell’ente evidenzia dal punto di vista letterale come la responsabilità della persona giuridica dipenda da un reato, ma non si risolva nel reato medesimo. Tale particolare configurazione non può essere peraltro ricondotta al paradigma della responsabilità oggettiva, come già analizzato dalla Corte costituzionale: il *tertium genus* del processo penale amministrativo realizza infatti un «modello integrato»<sup>18</sup> di responsabilità, fondato sulla commistione tra garanzie proprie del processo penale (perché le modalità di accertamento si svolgono, come già osservato, nel processo penale) e peculiari criteri di imputazione, che pongono in crisi il principio penalistico di personalità della responsabilità di cui al primo comma dell’art. 27 Cost.

Le osservazioni così riassunte non esauriscono peraltro il quesito intorno all’applicabilità del principio di colpevolezza alle persone giuridiche: quesito che potrebbe essere genericamente riformulato anche come possibilità di estendere la lettera dell’art. 27 co. 1 Cost. sino a ricomprendervi lo statuto delle cosiddette *personnes morales*. Autorevole dottrina aveva da tale punto di vista ipotizzato, subito dopo l’approvazione del testo normativo, come l’applicabilità del principio di colpevolezza potesse fondarsi sulla cosiddetta concezione materiale di siffatto principio e, in subordine, su una ontologica «autonomia rispetto ai soggetti che in un dato momento ne fanno parte a vario titolo»<sup>19</sup>. Tale posizione sembrerebbe però potenzialmente lasciare irrisolti almeno due ordini di problemi: anzitutto è legittimo chiedersi se il criterio dell’«autonomia» possieda tale forza di resistenza da consentire di discernere con esattezza tra un elemento soggettivo proprio dell’organo-soggetto agente e un altro proprio invece dell’ente in quanto tale. Il secondo argomento problematico riguarda la natura stessa della responsabilità dell’ente che, come già osservato, non è di natura penale: sicché potrebbe risultare non del tutto persuasiva la pacifica traslazione del principio di colpevolezza, come codificato al primo comma dell’art. 27 con riguardo alla responsabilità penale, a beneficio

---

<sup>18</sup> AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 323.

<sup>19</sup> Il riferimento è a MARINUCCI, “*Societas puniri potest*”, cit., in part. pp. 1208-1210: la citazione da p. 1210. Nell’impossibilità di ripercorrere la questione relativa alla configurabilità delle cd. concezioni psicologica e materiale della colpevolezza oltre ai contributi già citati si rinvia, per un quadro d’insieme, a O. DOMINIONI, voce *Imputato*, in *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, 1970, *ad vocem*; G. MARINI, voce *Colpevolezza*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino, 1988, pp. 314-323; MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., pp. 170-177.

di un soggetto la cui responsabilità partecipa della fisionomia penalistica solo – se così si può dire – per rifrazione<sup>20</sup>.

Da tale punto di vista le maggiori difficoltà interpretative non riguardano verosimilmente la possibile equazione tra persone fisiche e persone giuridiche, anche in punto di elemento soggettivo, bensì la natura stessa della responsabilità disciplinata dal testo costituzionale, stante la duplice ma convergente conclusione di una inedita natura terza della responsabilità dell'ente e, di conseguenza, dell'impossibilità di configurare quest'ultimo quale «autore del reato e concorrente nello stesso»<sup>21</sup>. La recente giurisprudenza di legittimità, avallando la tesi del *tertium genus*, ha infatti dimostrato che la responsabilità dell'ente tracciata da tale modello è compatibile tanto con il principio di colpevolezza, che con quello della responsabilità per fatto proprio<sup>22</sup>. Dalle clausole di rinvio degli artt. 34 e 35 e, in particolare, dall'equiparazione tra ente e imputato quali soggetti del processo penale non può peraltro essere desunta l'automatica sovrapposizione delle garanzie di principio applicabili alla persona fisica con quelle che possono essere riferite alla persona giuridica sul piano sostanziale: né il testo costituzionale potrà probabilmente essere sottoposto a una torsione tale da superare il dato letterale relativo alla responsabilità penale. Qui si crea una sorta di fossato concettuale: sul piano sostanziale la responsabilità penale è quella della persona fisica e non dell'ente; sul piano processuale vi è invece l'esercizio della giurisdizione penale, che non crea ostacoli all'estensione della disciplina della persona fisica alla persona giuridica.

---

<sup>20</sup> In questi termini si vd. la già citata Cass. Sez. VI, nr. 27735/2010, Brill Rover.

<sup>21</sup> Così in Cass. SS.UU., 30 gennaio 2014 (dep. 5 marzo 2014), nr. 10561, Pres. Santacroce, Rel. Davigo, Gubert, pubblicata *on line* anche su *Diritto penale contemporaneo*, 12 marzo 2014, con il commento di T. TRINCHERA, *La sentenza delle Sezioni Unite in tema di confisca di beni societari e reati fiscali*; su cui si vd. anche il commento di G. VARRASO, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni "inespresse" delle Sezioni Unite in tema di sequestro a fini di confisca e reati tributari*, in «Cassazione penale», LIV (2014), 9, p. 2809; F. MUCCIARELLI-C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, *on line* su *Diritto penale contemporaneo*, 20 aprile 2015, con ulteriori riferimenti. Sul *tertium genus* del processo penale amministrativo ora cfr. anche Cass. SS.UU., 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), nr. 38343, Pres. Santacroce, Rel. Blaiotta, Espenhahn e a., pubblicata anche *on line* su *Diritto penale contemporaneo*, 19 settembre 2014, pp. 202-205 del dattiloscritto.

<sup>22</sup> Il riferimento è ancora a Cass. SS.UU., nr. 38343/2014, Espenhahn e a., per la quale si vd. in part. K. SUMMERER, *La pronuncia delle Sezioni Unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, in «Cassazione penale», LV (2015), 2, p. 490.

Le diverse implicazioni che il d. lgs. 231/2001 rispettivamente traccia (quanto ai criteri ordinari di origine codicistica) in ambito sostanziale e processuale – per quanto inscindibili per alcune valutazioni complessive – conducono infatti a esiti distinti, che meritano un preciso discernimento. Il vero e proprio punto di frizione con il principio di colpevolezza deve essere peraltro rintracciato nei criteri di imputazione oggettivi e soggettivi della responsabilità e, in particolare, nella disciplina allestita agli artt. 5-6, d. lgs. 231/2001 per i cosiddetti organi apicali (per i quali si rinvia all'esame proposto al cap. IV): il criterio di collegamento istituito dal primo comma dell'art. 5 («L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio») rappresenta sì la condizione necessaria per rinvenire un nesso unitario tra organo ed ente e quindi per attribuire a quest'ultimo una responsabilità derivante dall'illecito commesso dal primo, ma non predica una responsabilità penale dell'ente aggiuntiva rispetto a quella della persona fisica. A tale conclusione si perviene anche con riguardo al dettato dell'art. 6, dove l'ipotesi di elusione fraudolenta di cui al co. 1, lett. c «spezza il nesso di causalità»<sup>23</sup>. Il presupposto qui contemplato non costituisce inoltre una sopravvivenza della responsabilità oggettiva, ma si fonda sulla cosiddetta colpa di organizzazione, che rinvia semmai ai paradigmi civilistici degli artt. 2049 e 2051 c.c.<sup>24</sup>: da tale struttura di responsabilità potrà tracciarsi perciò un ulteriore parallelismo con le ipotesi formulate dalla Corte costituzionale in una risalente pronuncia a proposito della responsabilità del direttore di periodico<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 324.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> Si allude a Corte cost., sent. 15 aprile 1956, nr. 3, Pres. De Nicola, Red. Cassandro, dove con riferimento alla legittimità dell'art. 57 c.p. rispetto al principio di cui all'art. 27 co. 1 Cost. si legge: «La conseguenza è che non esiste contrasto tra l'art. 57, n. 1 Cod. pen. e l'art. 27 della Costituzione. Non pare dubbio alla Corte che quest'ultimo articolo consacri il principio, acquisto certo di un secolare svolgimento, che non si risponde se non per fatto proprio. Ma appunto il direttore del periodico risponde per fatto proprio, per lo meno perché tra la sua omissione e l'evento c'è un nesso di causalità materiale, al quale si accompagna sempre un certo nesso psichico (art. 40 Cod. pen.) sufficiente, come è opinione non contrastata, a conferire alla responsabilità il connotato della personalità. Né, inoltre, l'art. 57 così interpretato, vieta che la responsabilità del direttore di giornale venga meno tutte le volte in cui il caso fortuito o la forza maggiore, il costringimento fisico o l'errore invincibile (artt. 45, 46 e 48 Cod. pen.) vietino di affermare che l'omissione sia cosciente e volontaria (art. 42 Cod. pen. 1 comma), nessuna ragione imponendo che questi principi generali e di rigorosa osservanza trovino in questo caso sbarrato l'ingresso alla loro puntuale applicazione. D'altra parte, se l'art. 57, n. 1, considerato in sé e per sé, consente di giungere alla persuasione che la responsabilità, che vi è raffigurata, non è per fatto altrui (che è quanto basta ai fini del presente giudizio), un'autorevole

Circa tale ipotesi si possono formulare ulteriori riflessioni. Da questo punto di vista molteplici sono infatti le analogie con i paradigmi civilistici: la colpa di organizzazione, che è legata alla creazione di un rischio come la *culpa in vigilando*, rappresenta una presunzione legale di colpa assunta sulla base dell'idoneità dell'organo-persona fisica a produrre un rischio e quindi un danno e che perciò fonda la responsabilità dell'ente in caso di condotte dinamiche dell'organo medesimo. Nel caso dell'art. 7, viene in rilievo la struttura dell'art. 2049 c.c.; ma la geometria delle fattispecie così riassunte appare sovrapponibile anche a quella dell'art. 2051 c.c., ove in presenza di oggettivo pericolo sussiste il nesso causale tra cosa e danno, salvo la prova del caso fortuito che – ove prodotta – interrompe il nesso causale e vale a escluderlo, ad esempio per il sopraggiungere di una condotta imprevista e imprevedibile della vittima operante *invito domino*, come affermato anche da consolidata giurisprudenza di Cassazione<sup>26</sup>. Analogamente nell'art. 6, d. lgs. 231/2001: l'elusione fraudolenta, che equivale a condotta imprevedibile perpetrata *invita societate*, segue il medesimo schema ed è condizione necessaria e sufficiente a creare una cesura escludente del nesso di causalità<sup>27</sup>. Un'analogia struttura normativa si rinviene nel d. lgs. 81/2008, ove però è già predisposto un congegno di responsabilità principale (fatta salva l'ulteriore possibilità di un coinvolgimento di soggetti collettivi) che rimane tutto interno al sistema penale, perché il rapporto che fonda l'addebito e il principio di colpevolezza rimangono interni a una

---

giurisprudenza della Corte di Cassazione ha affermato che la responsabilità del direttore di un periodico è fondata sulla colpa, ed ha giustificato per tale via la compatibilità dell'art. 57, n. 1 col dettato della norma costituzionale».

<sup>26</sup> Cfr. per tutte Cass. civ. Sez. III, 5 febbraio 2013, nr. 2660, in *Dejure*. Sul punto si può risalire alle osservazioni di P. TRIMARCHI (*Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, pp. 9-10) che a proposito delle fattispecie civilistiche osservava: «La responsabilità oggettiva ha anche e soprattutto la funzione di attribuire all'impresa la sopportazione del rischio ad essa pertinente, quale parte dei suoi costi, in modo da determinare la sopravvivenza delle sole imprese e dei soli metodi di produzione socialmente attivi. Così inteso, il principio non mi sembra incompatibile con la concezione liberale, la quale ha dato anche studi economici volti ad accertare se e come il funzionamento delle leggi della concorrenza possa determinare un equilibrio giustificato da un punto di vista di economicità generale».

<sup>27</sup> Sul piano sostanziale il caso appare assimilabile a quello della condotta abnorme del lavoratore rispetto alla posizione di garanzia del dirigente, in tema di infortuni sul lavoro, come – oltre alla dottrina – rileva da ultimo anche la già citata Cass. SS.UU., nr. 38343/2014, Espenhahn e a. In giurisprudenza per l'estensione alle persone giuridiche del principio di colpevolezza si vd. inoltre Cass. Sez. V, 18 dicembre 2013, nr. 4677, in *Dejure*; e sopr. Cass. SS.UU., 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008), nr. 26654, Pres. Gemelli, Rel. Milo, Fisia Italimpianti S.p.A.; ancora recentemente, tra altre conformi, Cass. Sez. IV, 12 maggio 2015, nr. 22835, in *Dejure*. Per uno sguardo d'insieme anche MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 701-702.

dialettica tra persone fisiche, ossia datore di lavoro e dirigente o preposto o, ancora, altre figure su cui si polarizza l'attività aziendale.

La colpa di organizzazione non costituisce però elemento costitutivo della condotta di reato, ma istituisce un nesso funzionale sul quale occorre soffermarsi. Se sul piano formale non mancherebbero infatti argomenti per rigettare l'applicabilità del principio di colpevolezza alle persone giuridiche, sul piano per così dire sistematico è possibile pervenire, almeno dal punto di vista astratto, a differenti epiloghi<sup>28</sup>. L'ipotesi può essere ricostruita proprio ripartendo dai criteri di imputazione di cui sopra. Se si analizzano infatti sotto altra prospettiva i due casi di macroscopica interruzione del nesso di causalità di cui agli artt. 6 co. 1, lett. c e 5 co. 2, ci si avvede che in essi la mancanza di identificazione tra condotta (dolosa) dell'agente persona fisica e condotta (colposa) della persona giuridica provoca il venir meno della responsabilità di quest'ultima. Il ruolo affidato alla colpa di organizzazione è dunque cruciale, perché esso opera comunque quale ipotesi di elemento soggettivo dell'ente, a prescindere dalla validità della tesi dell'immedesimazione organica. Un requisito assimilabile all'elemento soggettivo – pur costruito in chiave di *deficit* organizzativo – è dunque previsto dal legislatore del 2001 e tanto potrebbe bastare a rispettare il limite della colpa paventato dalla Corte costituzionale nel 1988: dove si produca una cesura nel decorso causale, l'ente andrà esente da responsabilità; il che equivale a postulare che l'impossibilità di imprimere al decorso causale un esito differente e alternativo (l'estraneità vera e propria dell'ente a tale decorso) determina la separazione delle vicende del soggetto-organo rispetto a quelle del soggetto collettivo.

D'altro canto anche il rifiuto di ipotesi di responsabilità oggettiva (caso fortuito, forza maggiore) depone a favore di una qualche forma di assimilazione della persona giuridica al perimetro dell'art. 27 co. 1 Cost., nel senso di duplice vincolo per il legislatore e per il giudice: la previsione di un requisito diffuso di colpa di organizzazione, che riposa su una presunzione legale di colpa, costituirebbe in altri termini una forma di ingresso del principio di

---

<sup>28</sup> In tal senso una autonoma ricostruzione si legge già in Cass. SS.UU., nr. 38343/2014, Espenhahn e a., alle pp. 203-205 del dattiloscritto (già citato *supra* nota 21). Si vd. inoltre A. FIORELLA-N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, Relazione presentata al Congresso *Economia e diritto penale in Europa* (Università degli Studi di Milano, 29-30 maggio 2014), in «Diritto penale contemporaneo», 2014, 3-4, pp. 105-120.

colpevolezza<sup>29</sup>. La previsione di una colpa, pur costruita secondo un modello presuntivo, introduce cioè un elemento di garanzia contro incolpazioni che prescindano, come per la responsabilità oggettiva, da qualsivoglia coefficiente di partecipazione del soggetto collettivo al decorso causale<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Si legge ancora nella Relazione: «Ai fini della responsabilità dell'ente occorrerà, dunque, non soltanto che il reato sia ad esso ricollegabile sul piano oggettivo (le condizioni alle quali ciò si verifica, come si è visto, sono disciplinate all'art. 5); di più, il reato dovrà costituire anche espressione della *politica aziendale* o quanto meno derivare da *una colpa di organizzazione*. [...]È bene sottolineare come la previsione di meccanismi di imputazione del fatto all'ente destinati ad operare su di un piano diverso da quello meramente oggettivo, esprima un'esigenza condivisa anche da ordinamenti stranieri. Così, ad esempio, in Francia, dove pure il principio di colpevolezza riceve una traduzione sotto alcuni aspetti meno piena che in Italia. La novella al *Code penal* del 1994, nell'introdurre la responsabilità penale delle persone giuridiche, l'aveva infatti ancorata alla mera commissione di reati "per conto" di questi, mostrando dunque di accontentarsi di un'imputazione sul piano meramente oggettivo (suscettibile di scattare in virtù della "immedesimazione" tra la persona fisica-organo della persona giuridica e quest'ultima); ciò nonostante, la giurisprudenza ha preferito non attestarsi sul dato testuale della norma e si è impegnata nella ricerca di criteri ascrittivi ulteriori, che consentano di rinvenire un collegamento più pregnante tra il reato e la *voluntas societatis*. Tali parametri sono stati ad esempio tratteggiati – sebbene in termini generici – dal *Criminal Code Act* australiano del 1995 che distingue, addirittura, nell'ambito della *mens rea* della persona giuridica, una forma dolosa ed una forma colposa» (§ 3.3). Occorre peraltro rilevare come, al precedente paragrafo, la Relazione sembri aderire alla tesi dell'immedesimazione organica a proposito della norma di cui all'art. 5 co. 2.

<sup>30</sup> Potrebbe qui risultare utile una comparazione con la soluzione accolta nel sistema di *Common Law*, dove il riconoscimento di un principio di colpevolezza applicabile alle persone giuridiche ebbe una sanzione formale già nel 1842, insieme alla definizione di una responsabilità penale propria degli enti: ma tale operazione è possibile, entro una cornice giuridica differente, perché trova una legittima applicazione la più volte citata teoria dell'immedesimazione organica (il cosiddetto *principle of identification* o *alter ego principle*). Prima della pronuncia nel caso *R. v. Birmingham and Gloucester Railway* del 1842, che sancisce la responsabilità penale delle persone giuridiche, queste ultime e in part. gli enti pubblici, le cd. *municipalities*, erano condotte in giudizio quando l'omissione integrava il reato di *public nuisance*. Nella sistematizzazione inglese quella della società è una responsabilità per fatto proprio, per la quale si conia la formula *direct liability* o *corporate liability* (vd. L. LEIGH, *The Corporate Liability of Corporations in English Law*, London, 1969, p. 74). Ma accanto a questa figura, che poggia appunto sull'immedesimazione organica, vi è anche una responsabilità della persona giuridica per fatto altrui, la cd. *vicarious liability* o *agency principle*, congegnata in realtà per le persone fisiche ma applicabile anche alle persone giuridiche nel caso in cui l'individuo agisca per conto della società. La differenza tra i due tipi di responsabilità è costruita in via generale sulle fattispecie di reato: mentre il *principle of identification* opera in caso di reati puniti in forza di elemento soggettivo (i cd. *mens rea offences*), la *vicarious liability* opera per i reati puniti a titolo di responsabilità oggettiva (i cd. *strict liability offences*), che nel diritto inglese sono ancora molto diffusi. Su questi aspetti si rinvia a S. VINCIGUERRA-M. CERESA-GASTALDO-A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse* (D. Lgs. n. 231/2001), Padova, 2004, pp. 18-19; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese*

Un altro argomento, di natura in parte diversa da quelli sinora spesi, potrebbe forse guadagnare alla questione un ulteriore tassello: l'espressione per così dire soggettiva dell'ente passa, quanto ai criteri di imputazione, inevitabilmente attraverso la predisposizione dei cosiddetti modelli di organizzazione e gestione, che sono previsti come parametri di responsabilità sia dall'art. 6, che introduce una fattispecie impeditiva<sup>31</sup>, che dall'art. 7, che prevede invece una norma di scopo e paventa l'idoneità empirica dei modelli per il caso di responsabilità di soggetti subordinati. I modelli, vera e propria pietra d'angolo del sistema di responsabilità degli enti, hanno efficacia esimente: ancora una volta la responsabilità definita come *tertium genus* attinge cioè a paradigmi penalistici, giacché il meccanismo di incolpazione dell'ente passa attraverso la verifica dell'adozione e dell'efficace attuazione di tali modelli, come risulta ad esempio particolarmente evidente dall'applicazione dei già citati criteri al caso dei reati societari (art. 25-ter) oppure ancora dall'evidente parallelismo con i reati in materia di sicurezza del lavoro (art. 25-septies), ove ai modelli è affidata una funzione assimilabile a quella prospettata nel d. lgs. 231/2001<sup>32</sup>. Il che porterebbe a ipotizzare che, essendo normativamente previsto l'intervento dell'ente tramite i modelli quale fattispecie legale di accertamento dell'illecito, anche all'ente si debba comunque applicare un principio di colpevolezza: il tema dei modelli si interseca peraltro, ancora con riferimento ai reati societari, ai due fondamentali

---

*comparato. I principi*, Padova, 2002<sup>2</sup>, pp. 224-226 in part.; più ampiamente R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005, pp. 8, 71-73.

<sup>31</sup> La tesi della qualificazione come esimenti è sostenuta da ALESSANDRI in ALESSANDRI-BELLUTA *et alii*, *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., pp. 40-41 e da C.E. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, pp. 55-57; costituisce al contrario fatto impeditivo per CORDERO, *Procedura penale* [2006<sup>8</sup>], cit., p. 1348. Una terza ipotesi la qualifica invece come causa di non punibilità perché «l'esonero da responsabilità non è totale [...] con la conseguenza che la fattispecie in esame verrebbe ad incidere solo sulla sanzione (e non sulla responsabilità)» (così D. PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, *Aggiornamento*, Milano, 2002, p. 430).

<sup>32</sup> Si vd. M.C. BISACCI, *Art. 25-septies*, in A. PRESUTTI-A. BERNASCONI-C. FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, pp. 1041-1042; per i reati societari si rinvia in part. a M. SCOLETTA, *In tema di responsabilità dell'ente e profitto confiscabile* [nota a Corte App. Milano, Sez. II, 25 gennaio 2012, Pres. Lapertosa, Rel. Maiga, Banca Italease S.p.A.], *on line su Diritto penale contemporaneo*, 11 aprile 2012, per la quale cfr. ora Cass. Sez. V, 4 marzo 2014, Banca Italease S.p.A., in «Archivio penale», 2014, 2, con nota di F.R. FULVI e G. NAPOLITANO; per ulteriori riferimenti si vd. anche [S.M.] CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., pp. 193-196.

temi degli obblighi di vigilanza degli amministratori e del sistema di deleghe quale fissato dal novellato art. 2381 c.c., entrambe le questioni presupponendo un'indagine circa gli strumenti civilistici di manifestazione della volontà del gruppo dirigente dell'ente<sup>33</sup>. La possibile illegittimità costituzionale dell'art. 5 del decreto in rapporto al primo comma dell'art. 27 Cost. è stata d'altra parte qualificata come manifestamente infondata: la colpa di organizzazione esclude infatti ogni ipotesi di responsabilità oggettiva e inoltre il «fatto» alla base del reato-presupposto potrà essere considerato come «proprio» dell'ente essendo stato commesso in vista di un interesse o di un vantaggio ad esso riferibili<sup>34</sup>.

Il problema sconfinava così in ambito processuale. Entro tale cornice di ipotesi interviene anzitutto la giurisprudenza sovranazionale, richiamata anche dalla Relazione ministeriale, secondo la quale «le imprescindibili garanzie del diritto penale» devono «essere estese anche ad altre forme di diritto sanzionatorio a contenuto punitivo, a prescindere dalle astratte “etichette” giuridiche che il legislatore vi apponga»<sup>35</sup>. Il riferimento alla categoria giurisprudenziale del «diritto sanzionatorio» potrà forse offrire – attraverso una via remota rispetto a quella di partenza – un'altra ipotesi utile: come infatti riconosciuto anche dalla giurisprudenza amministrativa nazionale a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. 2 luglio 2010, nr. 104 (cd. *Codice del processo amministrativo*), le garanzie costituzionali del processo penale trovano residenza anche in terreni di origine extrapenale, entro i quali il soggetto sottoposto all'*iter* procedimentale incontra una significativa compressione delle proprie libertà fondamentali. Contemporaneamente l'estensione dell'art. 6 CEDU è stata sforzata dalla Corte EDU sino a ricomprendere nel diritto a un equo processo anche la giurisdizione amministrativa, attraverso un'equiparazione tra sanzioni penali e sanzioni amministrative fondata sul

---

<sup>33</sup> Sul tema si vd. almeno C. MARCHETTI, *Il potere decisionale gestorio nella s.p.a.*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004, pp. 469-490; P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, I, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, Torino, 2007, pp. 107-149; sull'inadeguatezza dell'organizzazione amministrativa delle persone giuridiche in rapporto all'art. 2381 c.c. si segnala in part. V. BUONOCORE, *La responsabilità da inadeguatezza organizzativa e l'art. 6 del d. lgs. n. 231 del 2001*, in «Giurisprudenza commerciale», 36 (2009), 1, p. 177-186. Sul versante penalistico un'efficace sintesi si legge in F. MUCCIARELLI, *Le “nuove” false comunicazioni sociali: note in ordine sparso, on line su Diritto penale contemporaneo*, 18 giugno 2015.

<sup>34</sup> Si vd. la già citata Cass. Sez. VI, nr. 27735/2010, Brill Rover.

<sup>35</sup> *Relazione*, § 3.3.

criterio del comune carattere afflittivo<sup>36</sup>. Questa precisazione appare per un verso superflua quanto al fatto che, nel modello processuale di cui si discorre, si assiste, comunque, a uno svolgimento della giurisdizione penale; per altro verso essa risulta però tutt'altro che indebita, laddove si riconosca che la struttura del processo penale è qui interpolata dal ricorso a moduli di natura discrezionale che sono invece tipici della competenza amministrativa e della relativa sfera di attribuzioni.

Da ciò potrebbe derivare, al di là di un potenziale indebolimento dell'argomento fondato sul riferimento meramente nominalistico a una responsabilità penale, una complessiva rivisitazione dei principi generali, come sembra potersi ancora desumere dal testo ministeriale, laddove questo menziona esplicitamente la categoria del «diritto sanzionatorio»:

Si comprenderà, allora, come in questo settore appaia più che mai viva l'esigenza, già diffusamente avvertita (soprattutto dagli organi di giustizia europei), di omogeneizzare i sistemi di responsabilità amministrativa e di responsabilità penale dell'impresa all'insegna delle massime garanzie previste per quest'ultimo, spingendo verso la nascita di un sistema punitivo che [...] rappresenta senza dubbio un *tertium genus* rispetto ad entrambi. D'altro canto, la tendenza più generale [...] spinge ormai verso la progressiva assimilazione dei due modelli, che tendono a confluire in una sorta di *diritto sanzionatorio* unitario, soprattutto in materia economica<sup>37</sup>.

«Da ciò – continua la Relazione – l'esigenza, fortemente avvertita, di creare un sistema che, per la sua evidente affinità con il diritto penale, di cui condivide la stessa caratterizzazione afflittiva, si dimostri rispettoso dei principi che informano il secondo: primo tra tutti, appunto, la colpevolezza», come riconosciuto poi anche dalla giurisprudenza<sup>38</sup>. Anche i recenti approdi del

---

<sup>36</sup> Su questi aspetti si vd. L. BERTONAZZI, *Osservazioni sulla compatibilità tra l'istituto del pagamento in misura ridotta contemplato dall'art. 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689 e la funzione sanzionatoria dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas di cui all'art. 2, comma 20, lett. c) della legge 14 novembre 1995, n. 481*, in «Diritto processuale amministrativo», XIX (2001), IV, pp. 255-281; 278-281; ma si vd. anche, dello stesso BERTONAZZI, *Il d. lgs. n. 231 del 2001 e il nuovo modello sanzionatorio dei soggetti collettivi*, ivi, pp. 1165-1226.

<sup>37</sup> *Relazione*, § 3.

<sup>38</sup> *Ibidem*. Cfr. sul punto in part. Cass. Sez. VI, nr. 27735/2010, Brill Rover; Cass. Sez. III, 14 giugno (dep. 4 luglio 2012), nr. 25774, H s.r.l.; ancora Cass. SS.UU., nr. 38343/2014, Espenhahn e a. (vd. nota 21 segg.). Sul dibattito in dottrina utile A. AGNESE, *Sulla natura della responsabilità da reato degli enti. Osservazioni a Sez. VI, 18 febbraio 2010 (dep. 16 luglio 2010)*, n. 27735, Scarafia, in «Cassazione penale», LI (2011), 5, pp. 1879-1887, anche per la

diritto vivente sembrano orientarsi, come ad esempio nel caso della disciplina del *market abuse* e delle relative sollecitazioni offerte a livello sovranazionale, nel senso di superare le originarie distinzioni tra sistema penale e amministrativo e di costruire una categoria unitaria<sup>39</sup>.

La Relazione offre un criterio di particolare autorevolezza circa la volontà del legislatore e contribuisce a orientare le coordinate interpretative entro le quali collocare una riflessione di natura sistematica. Dal frammento appena citato sembrerebbero quindi emergere con forza due aspetti in varia misura concorrenti: la permeabilità tra due diverse modalità di accertamento e di esercizio della giurisdizione, amministrativa e penale; e l'estensione del principio di colpevolezza alle persone giuridiche. D'altro canto la possibilità di operare tale estensione pare affiorare anche da una lettura razionale del d. lgs. 231/2001: da esso promanano, a un tempo, la volontà di differenziare dal punto di vista strutturale la responsabilità della persona fisica da quella della persona giuridica, ma anche la presenza di congegni che predicano chiaramente l'assenza di responsabilità di quest'ultima, ove si accerti che non è ad essa addebitabile un contributo causale nella verifica dell'illecito. Ciò sembra d'altronde allinearsi con l'interpretazione della Corte costituzionale: interpretazione, quella tratteggiata nella giurisprudenza del 1988, che non aveva come obiettivo la predisposizione di una teoria unitaria della colpevolezza, bensì la sintesi dei requisiti di imputazione e di elemento soggettivo, intesi quale ruolo di cerniera anche rispetto al terzo comma dell'art. 27 Cost. e quindi alla finalizzazione rieducativa che innerva l'intero articolo<sup>40</sup>.

---

ricostruzione del relativo dibattito. Riferimenti ulteriori per la giurisprudenza si leggono in [S.M.] CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., pp. 29-30.

<sup>39</sup> Si vd. per un quadro d'insieme F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurocomunitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *idem*, *on line su Diritto penale contemporaneo*, 17 settembre 2015 (e in corso di pubblicazione, col titolo *Il doppio binario sanzionatorio nel settore del market abuse*, anche negli Atti del Convegno *Il ne bis in idem fra diritto penale e processo*, Università degli Studi di Milano-Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria", Milano, 15 maggio 2015). La disciplina del *market abuse* di cui agli artt. 187-bis segg., d. lgs. 58/1998 e succ. configura infatti una responsabilità amministrativa, derivante da illecito amministrativo che, in quanto tale, crea un doppio binario e pone un problema di *ne bis in idem* rispetto alla concorrente fattispecie penalistica, che risulta invece oggetto di una specifica opzione nelle recenti scelte operate dal legislatore comunitario.

<sup>40</sup> Così si legge in Corte cost., sent. nr. 364/1988, come sopra citata. ALESSANDRI (*Il I° comma dell'art. 27*, cit., p. 22) parlava, a proposito delle due sentenze del 1988, di «una prospettiva che, nell'accezione più nobile, verrebbe da definire istituzionale, attinente cioè ai rapporti tra stato e cittadino, colti nel fenomeno penale, globalmente considerato». In proposito risultano

Al contrario rimane in ombra, e necessita di ulteriori precisazioni, l'argomento, di tenore letterale, fondato sul riferimento all'art. 69 del decreto non già a una «colpevolezza», ma a una «responsabilità»: il che potrebbe peraltro condurre a escludere, per via di un argomento letterale, l'applicabilità all'ente della presunzione di non colpevolezza intesa quale regola di giudizio. Il problema riguarda la possibilità di ravvisare in tale formula una sorta di svilimento rispetto alla formula dell'art. 533 c.p.p. e di interpretare per contro la scelta della formula «responsabilità» quale esito di una coerenza sistematica interna al testo del decreto. Occorre rilevare che l'ente non è imputato e quindi l'oggetto del processo non è la sua colpevolezza, bensì la sua responsabilità: il che non esime per contro dal considerare, al di là delle fonti qui brevemente riassunte, il principio di colpevolezza come canone pienamente operante nel disegno complessivo del testo. Per cogliere appieno la complessità del sistema così riassunto, si impone d'altronde, più che una definitiva sistemazione teorica, un'ipotesi di lavoro, quale appare quella di una colpevolezza configurabile *sui generis* per l'ente, in senso latamente materiale, purché da essa non si tenti di desumere una puntuale ed esaustiva sovrapposizione con l'omologo e classico paradigma penalistico<sup>41</sup>. Allo stesso tempo bisognerà tener conto del fatto che, ancora secondo l'insegnamento della Corte, la verifica di conformità andrà compiuta, quanto al sistema di cui si discorre, anche e in via prioritaria sulle norme relative ai cosiddetti reati-presupposto: occorrerà cioè verificare «se le singole ipotesi criminose di parte speciale (collegate con le disposizioni di parte generale) siano o meno conformi, quanto ad elementi subiettivi, ai requisiti minimi richiesti dalle autonomamente interpretate

---

ancora utili le riflessioni di G. MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXXIX (1996), 2-3, pp. 424-467 e di F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003<sup>3</sup>, pp. 46-53. Sull'applicabilità del principio di colpevolezza alle persone giuridiche si trova ora un'agevole sintesi anche in R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa nel d. lgs. n. 231/2001 e nel d. lgs. n. 90/2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale, on line su Diritto penale contemporaneo*, 30 settembre 2015 (il contributo riproduce il testo della relazione presentata al Convegno organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura *Le ragioni dell'impresa e le ragioni dell'amministrazione della giustizia*, Roma, 24 settembre 2015).

<sup>41</sup> Su questa linea si vd. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., pp. 324-325 e brevemente GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa nel d. lgs. n. 231/2001 e nel d. lgs. n. 90/2014*, cit., pp. 1-2. In giurisprudenza tale ipotesi è stata sostenuta dalle già citate Cass. Sez. VI, nr. 27735/2010, Brill Rover e Cass. SS.UU., nr. 38343/2014, Espehahn e a.

norme costituzionali»<sup>42</sup>. Il rinvio corre necessariamente agli artt. 42-43 c.p. e perciò esorbita dall'ambito del presente lavoro.

Vi sono infatti profili di confine: se dal punto di vista formale la figura dell'illecito amministrativo rende estranea la categoria della colpevolezza, è altrettanto vero che gli snodi concettuali relativi ai criteri di imputazione oggettivi (art. 5) o alla colpa in organizzazione, con le corrispondenti analogie a norme civilistiche, potrebbero evocare e sostenere l'idea non già di una colpevolezza, intesa secondo la giurisprudenza costituzionale quale individuazione di un «fatto proprio colpevole», bensì di una corrispondente figura teorica di collegamento con l'ente, per il quale può predicarsi appunto una colpevolezza *sui generis* in tanto che subentri nel fatto di reato il nesso di collegamento empirico di cui all'art. 5<sup>43</sup>. Ma la fattispecie complessa dei cosiddetti organi apicali presenta, per il punto che qui interessa, molteplici chiaroscuri: appare evidente infatti come la mancata previsione di un accertamento relativo alla colpa organizzativa riduca ulteriormente l'area operativa destinata a una eventuale colpevolezza dell'ente in senso stretto. Per il criterio di imputazione relativo ai subordinati la colpa in organizzazione disegna una fattispecie ancora diversa, per la quale è più scoperto il richiamo alle categorie penalistiche, soprattutto per quanto riguarda i delitti colposi: anche la circostanza di cui al secondo comma dell'art. 7, addossando all'organo d'accusa il rischio della mancata prova, non pone alcun tipo di cesura rispetto alle regole codicistiche, né provoca – come si osserverà anche oltre – alcuna diminuzione relativamente alla presunzione di innocenza.

Di quanto appena esposto si ha riprova anche con riguardo a una sorta di considerazione dinamica del principio di colpevolezza e del dettato dell'art. 27 co. 1 Cost, sicché quanto si riporta di seguito può essere assunto a ipotesi provvisoria circa l'estensione del più volte citato principio alle persone giuridiche. La soluzione positiva può venire da un duplice ordine di argomentazioni, che trovano la loro legittimazione in un'interpretazione conforme alla lezione costituzionale sancita con la sentenza nr. 364 del 1988. Il primo profilo riguarda il principio di legalità, che è adottato dal d. lgs.

---

<sup>42</sup> Ancora Corte cost., sent. nr. 364/1988 (§ 13 del testo).

<sup>43</sup> Alcuni suggerimenti in questo senso nel lavoro di L. STORTONI-D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? quali soggetti?*, in «L'Indice penale» [N.S.], IX (2006), 1, pp. 7-27.

231/2001 all'art. 2<sup>44</sup>: tale principio non può essere letto, come fu ipotizzato all'indomani dell'entrata in vigore del decreto, quale pacifica traslazione di una responsabilità penale diretta sul terreno degli enti, giacché la lettera stessa del testo postula un'esplicita commistione tra due differenti tipi di responsabilità, cosicché l'inserimento di tale principio deporrà nella direzione di quel tipo inedito di figura sostanziale e processuale di cui già si è trattato in precedenza. Tale principio va letto invece quale segno dell'azione, nel modello dedicato alle persone giuridiche, di quel complesso di garanzie che fonda l'ordinamento penale e che quindi – per ricorrere espressamente all'affermazione della Corte costituzionale – può essere definito come aspetto specifico indissolubilmente legato al principio di colpevolezza. Si legge infatti nella già citata pronuncia: «A nulla varrebbe [...] in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc. quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto». Da ciò – continua la Corte – deriva che: «Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto»<sup>45</sup>.

Così impostato, il problema si colora di luce diversa: se si ammette, come si ammette nel d. lgs. 231/2001, l'operatività di un principio di legalità traslato dall'art. 1 c.p., fatte salve naturalmente le diverse sfumature derivanti da un congegno ulteriore di responsabilità, *a fortiori* si dovrà ammettere l'operatività del principio di colpevolezza, che del primo costituisce la conseguenza diretta e necessaria. La legittimazione di una colpevolezza dell'ente non deriva naturalmente dalla natura dell'illecito amministrativo ad esso contestato, per il quale la già citata categoria resta estranea, ma potrebbe quindi essere accolta sulla base dell'ascrizione della responsabilità dell'ente a paradigmi penalistici. L'ente risulta infatti assoggettato al principio di legalità in forza di esplicita previsione di legge e pertanto, attraverso un'interpretazione logico-sistematica, a sua volta assoggettato al principio di colpevolezza. Ciò risulta in modo eloquente anche dalla lettera del testo dell'art. 2, che sul punto appare inequivoco: «L'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua *responsabilità amministrativa in relazione a quel reato*

---

<sup>44</sup> Per un breve commento si vd. A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013, pp. 41-42.

<sup>45</sup> Corte cost., sent. nr. 364/1988, già citata *supra*.

*e le relative sanzioni* non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto» (corsivi aggiunti). La responsabilità dell'ente, che pur nasce da un reato-presupposto ed è a quest'ultimo legata (e in questo crea a sua volta un *quid pluris* rispetto all'art. 1, co. 1, della legge 689/1981, che in tema di depenalizzazione pure detta un analogo principio)<sup>46</sup>, è garantita da un principio di legalità: è cioè attratta nell'orbita della responsabilità penale ai fini dell'applicazione di tale principio. Il che equivale ad affermare che in tanto l'ente, come la persona fisica, possono essere ritenuti colpevoli, in quanto avessero soggettivamente avuto la possibilità di conoscere la natura illecita della condotta adottata: qui si radica, come già osservato, il principio di colpevolezza. Occorre anche rilevare come l'adozione di tale principio all'interno del decreto comporti quindi anche l'operatività del corrispondente principio di cui all'art. 25 co. 2 Cost.

L'argomento sembra però non attagliarsi con riguardo al contenuto per così dire finalistico della lettura costituzionale del principio stesso: come già indicato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale nel 1988, il primo comma dell'art. 27 Cost. trova una sua compiuta interpretazione solo in relazione al terzo comma del medesimo articolo, essendo i concetti di colpevolezza e di funzione rieducativa della pena tra loro complementari. Il tema diventa quindi quello di una possibile estensione di tale finalità anche alla persona giuridica. Anticipando argomenti che verranno meglio trattati in seguito<sup>47</sup>, si dovrebbe a tal fine negare che la copertura costituzionale dei vari strumenti di prevenzione *ante e post delictum*, inseriti nel d. lgs. 231/2001 con funzione strutturale, debba essere rintracciata proprio nella finalità rieducativa, di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost. In altre parole, sarebbe necessario ipotizzare che istituti quali le condotte riparatorie, tesi a stimolare il rientro nell'ente nel circuito di legalità, possano essere previsti dal legislatore secondo l'attribuzione di un coefficiente di colpevolezza all'ente stesso, attraverso una forma di *fictio* dotata di una chiara copertura costituzionale, che non comprende però l'astratta previsione di un'eventualità rieducativa per il soggetto che venga così colpito da tali sanzioni<sup>48</sup>. Simile ipotesi contiene una profonda ambiguità: se ne potrebbe infatti dedurre tanto la conferma di una

---

<sup>46</sup> Esso recita: «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione».

<sup>47</sup> Si vd., *infra*, § 3.

<sup>48</sup> Contro tale ipotesi si vd. PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 26-27.

inedita colpevolezza della persona giuridica, parificata così alla persona fisica, quanto l'impossibilità di configurare la stessa esistenza di una colpevolezza secondo l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale.

## *2. Il tertium genus del processo penale amministrativo alla luce della presunzione dell'art. 27 co. 2 Cost.*

Le questioni precedentemente analizzate, che già riguardano la fisionomia costituzionale del processo penale amministrativo, trovano una naturale espansione nel tema dell'applicabilità all'ente della presunzione di innocenza: se cioè possa configurarsi un'estensione alla persona giuridica del corredo di garanzie derivanti dal principio di cui all'art. 27 co. 2 Cost., all'interno dell'inedita architettura sostanziale e processuale del d. lgs. 231/2001, per la quale si è elaborata la già menzionata categoria di un *tertium genus*. In questa sede verranno proposti alcuni aspetti problematici, in attesa di procedere nei capitoli successivi a un vaglio peculiare degli stessi.

Il problema presenta, come già quello trattato in precedenza, profili molteplici. Esso riguarda anzitutto la qualificazione prevalente del principio in termini di garanzia oggettiva del processo o di garanzia meramente individuale dell'individuo a sua volta sottoposto a processo. Se si considera la presunzione di innocenza – accogliendo l'accezione che pare legittima e che è stata già descritta in precedenza – quale garanzia oggettiva del processo, che traduce un generico *status* dell'individuo in una precisa struttura di garanzie dello svolgimento del processo, si potrebbe paradossalmente giungere a riconoscere nel processo penale amministrativo un perimetro contraddistinto da garanzie differenziate: negare la presunzione di innocenza all'ente equivarrebbe in altri termini ad affermare che, essendo la presunzione di innocenza una garanzia oggettiva del processo, quest'ultimo si svolge per l'ente secondo un paradigma per così dire minore di garantismo nell'accertamento processuale. Tale ipotesi non appare sostenibile perché l'ente partecipa al processo penale e, in forza del disposto normativo degli artt. 34 e 35, non sembra potersi istituire una deroga

peggiorativa alla generale previsione di applicabilità delle disposizioni del codice di procedura penale.

Il *tertium genus* più volte richiamato si realizza infatti nel processo penale, e partecipa della sua struttura: su questo punto si consuma anzi il distacco rispetto alla legge 689/1981, che per contro non introduceva una transizione verso il modello processuale penale, pur codificando la categoria dell'illecito amministrativo<sup>49</sup>. Anche la più recente giurisprudenza di legittimità, accogliendo l'ipotesi di una responsabilità inedita degli enti, ha da tale punto di vista affermato l'originalità di tale modello e ha contribuito soprattutto a distinguere tra due differenti piani di indagine: l'uno relativo alla natura della responsabilità della persona giuridica, l'altro riguardante lo statuto di quest'ultimo all'interno del processo<sup>50</sup>. Cionondimeno bisogna assumere che l'ente, pur essendo «centro di impulsi» al quale può essere ascritta in senso atecnico una qualche forma di volontà<sup>51</sup>, rimane come già sottolineato estraneo a un diretto intervento penale: se pertanto non è possibile accordare le garanzie costituzionali dell'art. 27 co. 2 Cost. considerando in via diretta l'ente quale diretto fulcro di emanazione dell'organo-persona per il quale sono previsti i criteri di imputazione soggettivi, occorrerà chiedersi – procedendo cioè per via induttiva – se allo stesso risultato possa pervenirsi in forza di un'interpretazione sistematica, con particolare riferimento alle forme previste per la partecipazione dell'ente medesimo al processo penale e in particolare, con una disamina in qualche modo complessiva delle garanzie positivamente già riconosciute all'ente quale soggetto del processo penale<sup>52</sup>. Il tema, così abbozzato, presenta peraltro un rinvio ulteriore al profilo delle garanzie costituzionali applicabili all'ente, sul quale occorrerà tornare.

---

<sup>49</sup> Cfr. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., pp. 259-260.

<sup>50</sup> Si allude alla già citata Cass. SS.UU., nr. 10561/2014, Gubert.

<sup>51</sup> Così ancora ALESSANDRI, *Il I° comma dell'art. 27*, cit., p. 154; in termini analoghi si esprime anche la *Relazione*, § 1.

<sup>52</sup> Su questi temi si rinvia sin d'ora al già citato contributo di AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit.; inoltre in part. a P. CORSO, *La partecipazione dell'ente al procedimento penale ex d. lgs. 231/2001*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, I, *Diritto processuale penale*, a cura di P. CORSO-F. PERONI, Piacenza, 2010, pp. 243-264. A favore dell'estensione all'ente della presunzione di innocenza si vd. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 333; per l'ipotesi contraria, G. LATTANZI in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Atti del Convegno (Università di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza e Dipartimento di diritto comparato e penale, 15-16 marzo 2002), a cura di F. PALAZZO, Padova, 2003, p. 291; si vd. inoltre H. BELLUTA, *Art. 35. Estensione della disciplina relativa all'imputato*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo*, cit., pp. 352-354.

Il quadro risulta oggi ulteriormente complicato dalla posizione formulata dall'Unione Europea, che in attuazione del Trattato di Lisbona, nonché dell'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Ogni imputato è considerato innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata») e dell'art. 6 co. 2 CEDU<sup>53</sup>, ha predisposto nel 2013 per il tramite del Parlamento europeo e del Consiglio una direttiva contenente un pacchetto di proposte dedicate al diritto alla presunzione di innocenza e al diritto di presenziare al processo: qui viene esplicitata una precisa scelta di riparto di competenze quanto alla predisposizione di un sistema di tutela della presunzione di innocenza rivolta alle persone giuridiche, in considerazione del fatto che «i livelli e le esigenze di tutela del diritto alla presunzione di innocenza sono diversi a seconda che si tratti di persone fisiche o giuridiche». All'art. 2.26 (Capo I) della proposta della Commissione si legge infatti: «La tutela del diritto alla presunzione di innocenza delle persone giuridiche è comunque assicurata dalle garanzie vigenti nel diritto nazionale e nel diritto dell'Unione, interpretate dai giudici nazionali e dalla Corte di giustizia, nonché nella CEDU interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo» (così nella traduzione italiana ufficiale)<sup>54</sup>. Tuttavia la posizione della Commissione viene

---

<sup>53</sup> Su questi profili si vd. la sintesi in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. KOSTORIS, con la collaborazione di A. BALSAMO-M. BARGIS *et alii*, Torino, 2015, pp. 102-105; in generale anche P. FERRUA, *La prova nel processo penale: profili generali*, in *La prova penale*, a cura di P. FERRUA-E. MARZADURI-G. SPANGHER, Torino, 2013, pp. 1-56: in part. 7-9 (si vd. in proposito anche il vol., dello stesso FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2007<sup>2</sup>).

<sup>54</sup> Si tratta del documento COM (2013) 821, *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, on line sul sito ufficiale della Commissione Europea ([www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)). La precedente citazione da O. MAZZA, *Una deludente proposta in tema di presunzione d'innocenza*, in «Archivio penale», 2014, 3, pp. 1-8: 4. La proposta fa seguito al cd. *Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza* predisposto nel 2006 dalla Commissione europea (COM [2006] 174, versione finale del 26 aprile 2006) e si iscrive nel perimetro di proposte del Programma di Stoccolma (2009) per la realizzazione dello spazio di libertà sicurezza e giustizia, secondo quanto richiamato anche dalla risoluzione di approvazione del Senato nella relazione dell'11 febbraio 2014. Pur essendo la materia disciplinata dal principio di sussidiarietà, il riparto di competenze a favore degli Stati membri trova ulteriori precisazioni al considerando nr. 29 della proposta di Parlamento e Consiglio, che opera attraverso la cd. clausola di non regressione. Su questi aspetti si vd., in generale, M. CHIAVARIO, *La presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Giurisprudenza italiana», 152 (2000), 1, p. 1089 e, dello stesso CHIAVARIO, *Art. 6. Diritto a un processo equo*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario della Convenzione per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2001; utile anche il contributo di A.A. BUIZA, *An Extensive but not very Stringent Presumption of Innocence (Art. 6.2. ECHR)*, in J.C. ROCA-P. SANTOLAYA, *Europe of Rights: a Compendium on the European Convention of Human Rights*, Leiden, 2012, pp. 251-265.

rigettata dalla susseguente proposta di Parlamento e Consiglio che, nell'*iter* legislativo, si discosta significativamente dalla precedente proposta con un nuovo art. 2, che più sobriamente afferma: «La presente direttiva si applica alle persone fisiche indagate o imputate in un procedimento penale sino alla sua conclusione definitiva». Nella versione definitiva la portata del principio esclude pertanto le persone giuridiche dalla copertura diretta del diritto dell'Unione, delegando l'attuazione della presunzione di innocenza delle persone giuridiche agli strumenti di diritto interno: tale scelta, che attiene appunto al disegno complessivo del sistema di competenze, non implica tuttavia una negazione del principio per le persone giuridiche.

Tuttavia un'ipotesi ricostruttiva dovrà prendere le mosse anzitutto dal tessuto del d. lgs. 231/2001, per verificare se del caso una duplice ipotesi: l'applicabilità della presunzione di innocenza all'ente e la sussistenza di una presunzione autonoma rispetto a quella della persona fisica imputata nel processo cumulativo. La situazione processuale che si determina è originale: a differenza di altri esempi di contaminazione tra violazione di natura amministrativa e illecito penale (si vd. ad es., per l'ipotesi di omicidio colposo, l'art. 24, l. 689/1981), nel contesto in esame vi è un'alterità strutturale tra persona fisica e persona giuridica. Come già in precedenza sottolineato, gli aspetti processuali disegnano inoltre un profilo in buona parte indipendente rispetto agli aspetti di natura sostanziale: la delega legislativa (la già citata legge 300/2000) tratteggia infatti un sistema che assume fisionomia autarchica sul piano sostanziale, mentre sul piano processuale, anche in forza della clausola di compatibilità dell'art. 35, compone un sistema aperto. Tentando in tal senso una ricognizione introduttiva, occorre subito precisare come il tema trovi, come per le persone fisiche, una naturale intersezione in quello delle garanzie difensive pure riferibili all'ente, delle quali si avrà a discorrere in modo dettagliato<sup>55</sup>.

Tali argomenti possono essere sviluppati, quasi in forma concentrica e secondo un criterio logico, a partire dalla clausola dell'art. 35, che predica l'estensione «all'ente» (non – si osservi – al suo legale rappresentante) incolpato

---

<sup>55</sup> Scriveva efficacemente in proposito ILLUMINATI (*La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., p. 5): «Il diritto di difesa e al contraddittorio, l'inviolabilità della libertà personale, la riserva di giurisdizione e l'imparzialità del giudice possono, senza sforzo, vedersi riassunte nella presunzione d'innocenza dell'imputato, o comunque in essa trovano la motivazione di fondo e l'elemento unificatore».

della disciplina processuale relativa all'imputato persona fisica. Da qui un duplice passaggio: premesso che l'ente non riveste nel processo la qualità di imputato, ma che viene ad esso equiparato, la previsione dell'art. 35 subisce un'ulteriore estensione in forza della disciplina di cui all'art. 61 c.p.p., applicabile tramite lo stesso art. 35, che detta la generale equiparazione tra imputato e persona sottoposta ad indagini. La latitudine così descritta si chiude con la previsione dell'art. 39, che come noto recita: «L'ente partecipa al procedimento penale con il proprio rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo» (co. 1), prevedendo quindi un caso di stigmatizzazione tramite il conflitto di interessi di cui all'art. 6. Se dunque «all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato» (art. 35) e l'ente partecipa al procedimento (qui si legge la più ampia estensione all'intera fase procedimentale) attraverso il proprio legale rappresentante, si evince non solo dal punto di vista letterale – come forse sarebbe irrilevante osservare – ma soprattutto da quello logico-sistematico, per via di una sorta di costruzione sillogistica, che l'ente è equiparato per *factio* normativa all'individuo soggetto del procedimento. È proprio in corrispondenza di questo spigolo interpretativo che trae forse origine il quesito se in tale perimetro possa essere ricompresa la presunzione di innocenza<sup>56</sup>.

Si potrebbe in tal senso proporre un'ipotesi, sulla quale sono state già avanzate riflessioni in dottrina: all'ente andrebbero riconosciute le garanzie derivanti dalla presunzione di innocenza indipendentemente dal fatto che sussista *hic et nunc* una forma di identificazione con la figura del legale rappresentante, che ha carattere esponenziale e che rappresenta il soggetto per così dire materialmente esposto agli snodi del procedimento penale<sup>57</sup>. Naturalmente la presenza del legale rappresentante costituisce la premessa storica dell'operare delle garanzie stesse e – come si vedrà oltre – l'individuazione della figura a ciò idonea è sagomata proprio sul riconoscimento di specifiche garanzie processuali della persona giuridica. La questione promana, come già osservato, dal tema delle garanzie difensive applicabili all'ente: di talché si potrà ad esempio postulare l'operatività di un generale diritto al silenzio dell'ente (circo scrivendo una sorta di *nulla societas tenetur se detegere*) solo che il legale rappresentante, persona fisica al quale è

---

<sup>56</sup> Sul punto AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., pp. 331-332.

<sup>57</sup> A. GIARDA, *Art. 35 D. Lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Codice di procedura penale commentato*, III, a cura di A. GIARDA-G. SPANGHER, Milano, 2007, p. 7149.

espressamente riconosciuto un diritto al silenzio dall'art. 39, «abbia rivestito le stesse funzioni anche al momento della commissione del reato»<sup>58</sup>. In difetto di tale circostanza (che peraltro porterebbe anche a una differente applicazione delle norme codicistiche in tema di esame testimoniale)<sup>59</sup>, non potrà assumersi una eventuale applicazione del cosiddetto *privilege against self incrimination* e tornerà a prevalere l'interesse alla oggettiva fisionomia del fatto oggetto di procedimento<sup>60</sup>: l'esempio relativo al diritto al silenzio registra in modo sintomatico il duplice livello su cui è orientata la disciplina delle garanzie difensive, dalla quale – come viene adombrato già nella Relazione ministeriale<sup>61</sup> – si potranno poi trarre indizi relativi alla presunzione di innocenza.

La struttura del processo penale amministrativo, con riguardo ai reciproci rapporti tra i soggetti coinvolti, porterebbe dunque a ipotizzare che l'ente goda di una presunzione di innocenza in virtù di una sorta di corrispondenza rispetto alle garanzie accordate al suo legale rappresentante, e alla disciplina per quest'ultimo predisposta, con particolare riguardo al regime delle incompatibilità per l'esame testimoniale (cfr. artt. 39 e 44), che chiedono di essere interpretate non solo da un punto di vista tecnico-procedurale, bensì da una più ampia angolatura di garanzia. La figura del legale rappresentante – come si avrà modo di osservare anche oltre – potrebbe essere in tal senso descritta come frutto di uno sdoppiamento, e non già di una perfetta sovrapposizione con l'ente e le sue sorti: ai sensi dell'art. 44 co. 1, lett. *b*, riletto *e contrario*, potrà assumere la qualifica di testimone solo il legale rappresentante che non abbia rivestito tale ruolo al momento della commissione del fatto-reato; ove invece il rappresentante svolgesse il proprio ruolo anche al *tempus commissi delicti*, verrà sottratto alla disciplina testimoniale per divenire invece punto ove si riflettono le garanzie difensive che sono, a un tempo, proprie della persona fisica e della persona giuridica.

Il tema sfiora a sua volta la complessiva fisionomia del sistema, ove si consideri – sulla scorta di autorevole dottrina – che le finalità di prevenzione del rischio, che costituiscono caratteristica peculiare del processo penale

---

<sup>58</sup> Così AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 332.

<sup>59</sup> Ivi, p. 331, con ulteriori riferimenti.

<sup>60</sup> Cfr. MARINUCCI, “*Societas puniri potest*”, cit., p. 1212 con ulteriori riferimenti; sul punto di nuovo AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 332.

<sup>61</sup> *Relazione*, § 18.

amministrativo, devono essere ricondotte a un più equo bilanciamento tra il dovere di collaborazione, che implica il tema della responsabilità sociale dell'attività d'impresa, e quello della presunzione di innocenza<sup>62</sup>. Con particolare riguardo alle finalità specialpreventive e – sia lecito aggiungere – alla disciplina delle misure cautelari, si avverte pertanto l'esigenza di rinvenire un giusto mezzo tra la necessità di mitigare le esternalità negative derivanti da illecito e quella di conservare all'ente-soggetto del processo una cornice di garanzie non dimidiate, a loro volta funzionali anche a finalità extraprocessuali quali il reinserimento dell'ente-soggetto economico nel circuito della legalità. La premessa di metodo impone di fare riferimento ad alcuni snodi problematici, tra i quali anzitutto si segnala l'accostamento delle funzioni di amministrazione e di giurisdizione penale, che costituisce il precipitato della già citata qualificazione della responsabilità dell'ente.

La finalità di prevenzione del rischio di impresa è infatti perseguita attraverso un duplice filtro – inedito rispetto al codice di procedura penale – di costruzione di criteri di imputazione propri del processo penale amministrativo e, specularmente, di previsione di paradigmi di amministrazione del rischio connesso alle attività svolte. Tale aspetto si declina a sua volta nella presenza dei cosiddetti modelli di organizzazione e gestione o *compliance programs* e nella puntuale disciplina delle condotte riparatorie. L'interpretazione sistematica di tali strumenti di prevenzione, il cui arco operativo si snoda potenzialmente per tutto il procedimento e anche in fase esecutiva, consentirebbe già di porre a tema persino una sorta di rimodulazione della presunzione di innocenza (dell'ente) quale generale canone del sistema *ex d. lgs. 231/2001*<sup>63</sup>. Il che troverebbe una ulteriore conferma nel fatto che tale modello processuale, che costituisce esercizio di giurisdizione penale, dà forma a obiettivi propri e ulteriori, in parte tipici della discrezionalità amministrativa, che trovano un loro punto di originale emersione proprio nella disciplina delle misure cautelari interdittive.

Il criterio di compatibilità fissato dall'art. 34 disegna in tal senso un principio di sussidiarietà, che si può articolare in due tempi: un criterio gerarchico improntato a compatibilità delle norme del codice di procedura con

---

<sup>62</sup> AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 332 e inoltre MARINUCCI, “*Societas puniri potest*”, cit., pp. 1207, 1212.

<sup>63</sup> Sottolineava l'importanza dei *compliance programs* e del ruolo preventivo di nuovi modelli di diritto penale e amministrativo già STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 487-492.

quelle del sottosistema normativo; inoltre un criterio di residualità, specularmente al primo, che segna il primato degli obiettivi specifici del decreto stesso. Per la materia cautelare, che rappresenta in tal senso un caso esemplare, si assiste a un inedito accostamento tra le esigenze previste dall'art. 274 c.p.p. con una rete di parametri e di finalità che è invece propria del d. lgs. 231/2001: il primato della finalità preventiva, che rappresenta un *novum* rispetto alla giurisdizione penale, introduce infatti nel processo contro l'ente percorsi propri e atipici rispetto alla finalizzazione cautelare di matrice codicistica. Un altro esempio può venire dalla particolare fisionomia del sequestro preventivo (art. 53) il quale, a differenza di quanto avviene nella disciplina codicistica, assurge a strumento di cautela extraprocessuale: anche in questo caso il canone della presunzione di innocenza, che deve essere ricompreso nel sistema cautelare patrimoniale<sup>64</sup>, opera con peculiari finalità, che si accostano a quelle per così dire tradizionali del principio.

Esse, che si snodano come già si osservava lungo l'intero arco procedimentale, potrebbero essere legittimamente considerate quali innovative declinazioni del principio di cui all'art. 27 co. 2 Cost. nella sua accezione di regola di trattamento: stante infatti la lettura sinergica dei primi tre commi dell'articolo in parola, più volte proposta dalla Corte costituzionale, non sembra indebito poter evincere da tale disciplina una piena realizzazione dell'obiettivo di resipiscenza dell'ente incolpato, per il quale opera una presunzione favorevole, anche nell'ottica di positivo sviluppo di attività economiche e di valore più latamente sociale. Depono ad esempio in tal senso anche il congegno di sospensione delle misure cautelari di cui all'art. 49 che, rinviando all'istituto delle condotte riparatorie (art. 17), estende il perimetro operativo di favore in modo inedito, non essendo equiparabili a tale istituto né il caso dell'istituto previsto per il processo davanti al giudice di pace (art. 35, d. lgs. 28 agosto 2000, nr. 274), né l'istituto della messa alla prova come introdotto dalla legge 28 aprile 2014, nr. 67<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Secondo l'insegnamento di E. AMODIO, *Le cautele patrimoniali nel processo penale*, Milano, 1971, pp. 299-300.

<sup>65</sup> Il quarto comma dell'art. 49 disciplina infatti il caso di revoca della misura in caso di positiva realizzazione delle condotte riparatorie di cui all'art. 17, ove va in part. considerata la previsione del co. 1, lett. b, relativa all'adozione di modelli di riorganizzazione *post delictum*. Per un quadro d'insieme delle misure cautelari applicabili all'ente vd. in part. F. PERONI, *Il sistema delle cautele*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, cit., pp. 243-268. Per l'istituto della messa alla prova introdotto dalla già

All'interno del sistema allestito con il processo penale amministrativo, il principio della presunzione di innocenza trova peraltro una sede di positivo attrito nella disciplina relativa alle misure cautelari interdittive e reali, le quali creano un generale problema di compatibilità. La materia cautelare è infatti disciplinata dal d. lgs. 231/2001 in modo particolarmente incisivo, come appare evidente già dalla disciplina dei criteri che si dipana dall'art. 45 co. 1 e che pone una rete assai stringente, accentuando in modo originale le finalità proprie delle misure stesse e anzi fornendo una rilettura coerente del cosiddetto vuoto dei fini di cui all'art. 13 co. 1 Cost. Il problema – come si vedrà anche oltre – consiste nell'individuare un paradigma costituzionale alternativo a quello dell'art. 13 Cost., che consenta di interpretare la disciplina cautelare in un'ottica compatibile con il canone della presunzione di innocenza, contemperando la «gravità indiziaria» e criteri propri del sistema con il divieto di anticipazione della pena.

D'altro canto la materia cautelare pone anche un problema di sovrapposizione tra l'ente e il suo legale rappresentante, in particolare quanto alle misure cautelari reali. Il tema si sviluppa – come si osserverà meglio in seguito – con riguardo al sequestro preventivo e alla confisca. Come segnalato dalla recente giurisprudenza di legittimità, il profitto che potrà essere oggetto di sequestro e di confisca dovrà essere individuato sulla base della riferibilità all'autore del reato-presupposto<sup>66</sup>. Il che sembra suggerire la necessità, indicata precedentemente, di procedere a una distinta articolazione della presunzione di innocenza dell'ente e di quella dell'imputato del reato-presupposto, dovendosi conseguentemente operare anche una diversa scansione delle garanzie rispettivamente applicabili.

---

citata legge nr. 67/2014 si vd. la Relazione III/07/2014 dell'Ufficio Massimario presso la Corte di Cassazione; per aspetti peculiari si vd. anche i contributi raccolti in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. VIGONI, Torino, 2014.

<sup>66</sup> Si allude ancora a Cass. SS.UU., nr. 10561/2014, Gubert, anche per i riferimenti a ulteriore giurisprudenza. Si vd. inoltre, per l'analisi, il cap. V.

### 3. *Le garanzie costituzionali applicabili all'ente e al processo penale amministrativo*

Un discorso sull'individuazione delle garanzie costituzionali applicabili alla persona giuridica e quindi, giusta la lezione offerta anzitempo dalla Corte costituzionale<sup>67</sup>, alle norme processuali penali nell'ambito che qui interessa, sconta – come è stato osservato<sup>68</sup> – una forse inevitabile difficoltà di visualizzare un quadro d'insieme: difficoltà, questa, che rappresenta per così dire il *verso* concettuale della costruzione di un sistema normativo e processuale inedito. Il tema si lega d'altronde a quello del confronto, in parte già tentato, tra la figura dell'imputato persona fisica e dell'ente quali parti del processo, e si sovrappone pertanto a quello della posizione dell'ente stesso nel processo<sup>69</sup>. Occorre quindi procedere a una verifica puntuale relativa a singoli principi, perché proprio la presenza di un sistema processuale inedito impone di verificare, caso per caso, la possibilità di adattare in senso estensivo le garanzie del codice di rito. D'altro canto si pone la necessità di ricorrere a esempi derivanti da singoli istituti.

Il punto di partenza più proficuo potrà dunque essere considerato quello del rapporto tra l'ente e il suo legale rappresentante, che costituisce una peculiare creazione all'interno del sottosistema normativo in questione. La figura del legale rappresentante dà infatti forma a un *medium* necessario per la partecipazione dell'ente al processo<sup>70</sup>, ma per una sorta di sdoppiamento concettuale egli non è equiparato *in toto* all'ente: la partecipazione garantita dal testo di legge è infatti quella della persona giuridica, nei confronti della quale il legale rappresentante svolge una funzione necessariamente vicaria, ma mai autonoma; presta voce a una figura di creazione giuridica (l'ente appunto) che può così, suo tramite, fare il suo ingresso sul proscenio e partecipare attivamente agli snodi del procedimento. L'equiparazione con l'imputato, di cui all'art. 35 del decreto, è infatti destinata all'ente, mentre per il suo rappresentante è previsto uno statuto graduato, che dipende direttamente dalla funzione in concreto svolta da quest'ultimo, come si evince dalla

---

<sup>67</sup> Corte cost., sent. 9 maggio 1968, nr. 53, Pres. Sandulli, Red. Petrocelli.

<sup>68</sup> Così ad es. PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 26.

<sup>69</sup> Sul punto tra altri anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, Padova, 2007, pp. 342-345.

<sup>70</sup> *Relazione*, § 15.1.

disciplina dettata per il rappresentante che assuma l'ufficio di testimone o che, alternativamente, versi in condizioni di incompatibilità nel caso in cui sia lui stesso imputato del reato-presupposto. Da questo variegato quadro di intersezioni emerge la possibilità di estendere all'ente il nucleo di garanzie processuali tipiche dell'imputato persona fisica, attraverso quella sorta di schermo procedurale che è a sua volta allestito dal legislatore per l'intervento del legale rappresentante: lo statuto di quest'ultimo, che oscilla tra la posizione dell'ente incolpato e quella del testimone, sembra infatti mostrare efficacemente come non sia possibile ipotizzare *a priori* un'immedesimazione di fatto con la persona giuridica.

Al pari dell'imputato, l'ente è infatti parte necessaria del processo (anche se con uno statuto che parzialmente si discosta da quello dell'imputato per le forme di partecipazione) e da ciò discendono le prime considerazioni relative al quadro costituzionale di riferimento ad esso applicabile. In primo luogo occorrerà accordare all'ente la copertura del diritto di difesa sancita al secondo comma dell'art. 24 Cost.: essendo infatti prevista una disciplina positiva della sua partecipazione a tutto l'arco procedimentale, occorrerà concludere che debba essere previsto anche un diritto di difesa costituzionalmente garantito, al quale dovrà a sua volta essere accordata la massima estensione possibile<sup>71</sup>. L'estensione alla persona giuridica del diritto di difesa evoca a sua volta altri principi costituzionali. Si tratta invero di un diritto di difesa peculiare, che non trova a sua volta la propria ragion d'essere nei diritti della personalità e nella garanzia di una libertà fisica e morale dell'individuo, ossia rispettivamente negli artt. 2 e 13 Cost., bensì nelle libertà economiche di cui agli artt. 41-42 Cost., ove la tutela costituzionale avoca a sé l'allestimento di limiti che vengono sempre posti nell'interesse generale, mai in quello privatistico<sup>72</sup>. Relativamente a tali norme si deve infatti accogliere la lettura del concetto di proprietà inaugurata, per quanto attiene la sfera civilistica, da Salvatore Pugliatti, secondo il quale il diritto di proprietà e la correlativa tutela trovano una finalizzazione solidaristica e quindi sociale, non già una mera protezione in senso egoistico: la lettura si rivela fondata per comprendere l'estensione attuale

---

<sup>71</sup> Ripercorre la questione, con ulteriori riferimenti, M. BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009, pp. 138-154.

<sup>72</sup> Cfr. però per questi aspetti anche cap. V 2.

dei principi costituzionali e della tutela riflessa (implicazione, questa, di particolare intensità) dei diritti dei terzi lesi dall'attività d'impresa<sup>73</sup>.

Le norme costituzionali appena citate, che delimitano il contesto sociale delle situazioni proprietarie e delle attività economiche, vengono in rilievo anche per il sistema cautelare rivolto alle persone giuridiche, che si atteggia in modo sostanzialmente originale rispetto a quello previsto dal codice di rito per le persone fisiche: non solo infatti, come si vedrà anche in seguito, la previsione di una griglia differente di presupposti rispetto a quella dettata dall'art. 274 c.p.p., ma un quadro costituzionale diverso di compatibilità, entro il quale non opera il canone della libertà personale dell'individuo *ex art. 13 Cost.*, bensì quello della cornice sociale, entro la quale dovranno essere a loro volta calati i criteri generali di matrice codicistica. Si impone d'altronde, su un versante speculare, la necessità di rinvenire per la materia cautelare delle persone giuridiche un differente quadro di principi costituzionali, solo che si tenga conto che le sanzioni applicabili non incidono sul bene costituzionale della libertà personale, bensì su un diverso assetto di interessi: il che porta a rideterminare i contenuti delle stesse garanzie costituzionali.

La partecipazione dell'ente al procedimento è d'altra parte prevista dalla legge delega (art. 11 co. 1, lett. *q*, già citata) e costituisce un diritto che si snoda lungo l'intero arco del procedimento, ma che risulta per così dire riscritto dall'interno quanto al quadro costituzionale di riferimento. È chiaro infatti che l'affermazione contenuta nella Relazione ministeriale, secondo la quale il sistema del d. lgs. 231/2001 segna il superamento del modello della legge 689/1981, ribaltando la gerarchia delle fonti, segna una priorità di ordine interpretativo, che obbliga a sua volta a un giudizio di compatibilità e segna, allo stesso tempo, un criterio generale, nel senso che le finalità e gli obiettivi propri del testo influenzano e modificano a loro volta la fisionomia complessiva del sistema<sup>74</sup>. Come per la clausola dell'art. 35, si palesa infatti un problema di

---

<sup>73</sup> La proprietà non si deve infatti intendere «come mezzo di esclusiva tutela dell'interesse del proprietario, sibbene anche come mezzo di attuazione di un interesse pubblico, comprendendo pure l'interesse del privato estraneo al diritto di proprietà» (così nel suo celebre saggio *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, Roma, 1935, p. 34). Per questa lettura si vd. tra altri T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, a cura di G. SILVESTRI, Milano, 2011 [ed. or. 1981], pp. 407-410.

<sup>74</sup> «Per altro verso, la natura penale-amministrativa degli illeciti dell'ente, documentata dall'applicabilità di penetranti sanzioni interdittive derivate dall'armamentario penalistico e dalla stessa vicinanza con il fatto-reato, rende necessario prefigurare un sistema di garanzie

compatibilità: le garanzie costituzionali devono essere rimodulate su un duplice versante, con riguardo anzitutto alla particolare struttura della responsabilità riferibile all'ente e in subordine al volto particolare della persona giuridica rispetto alla persona fisica e perciò, in ultima analisi, al tema delle garanzie difensive. L'ente, come soggetto collettivo, è punto di irradiazione di istanze e di aspettative sociali e di politica economica, come risulta in primo luogo dal sistema sanzionatorio e dalle misure cautelari interdittive, che devono essere entrambi calibrati su finalità specifiche, di modo che il problema diventa appunto quello della «natura della partecipazione»<sup>75</sup> e della sua copertura costituzionale. Quest'ultima deve essere infatti riempita di contenuti propri, a iniziare dalla materia cautelare<sup>76</sup>, dal momento che l'ente, come ribadito ancora recentemente dalla giurisprudenza di legittimità, non può essere considerato coimputato nello stesso fatto di reato della persona fisica e che pertanto la responsabilità dell'individuo è soltanto uno degli elementi che compone la complessa fattispecie della responsabilità amministrativa dell'ente<sup>77</sup>.

Dalle considerazioni finora esposte emerge quindi l'impossibilità di rinvenire una soluzione complessiva e l'esigenza, al contrario, di procedere a una verifica analitica dei principi costituzionali che possono essere applicati all'ente, per il quale il *tertium genus* più volte citato del modello processuale adottato finisce per rappresentare una sorta di indice problematico e non una definizione pacificatrice<sup>78</sup>. L'adozione della giurisdizione penale quale luogo dell'accertamento dell'illecito amministrativo sostituisce al quadro di garanzie proprie della giurisdizione amministrativa nella legge del 1981 quello del

---

molto più efficace rispetto a quello, per vero scarno, della legge 689. Di conseguenza, si è deciso di equiparare sostanzialmente l'ente all'imputato, così da metterlo nella condizione di poter fruire di tutte le garanzie che spettano a quest'ultimo» (*Relazione*, § 15).

<sup>75</sup> Ivi, § 15.1.

<sup>76</sup> Si vd. sul punto ora Cass. SS.UU., 28 maggio 2015 (dep. 28 luglio 2015), nr. 33041, Pres. Santacroce, Rel. Vessicchelli, Gabrielloni-Covalm Biogas, *on line* su *Diritto penale contemporaneo*, 19 novembre 2015, con commento di D. CIMADOMO, *Esigenze difensive dell'ente e formalità della sua partecipazione al procedimento*.

<sup>77</sup> Così ancora recentemente Cass. Sez. II, 22 gennaio 2015 (dep. 27 marzo 2015), nr. 13017, in *Dejure*.

<sup>78</sup> Sul punto si esprimevano in modo esemplare, per la giurisprudenza di merito, Trib. Milano, Sez. XI (Giudice del riesame), ord. 28 aprile 2008, Pres. Mannocci, Rel. Ambrosino, e ord. 26 giugno 2008, Pres. Carfagna, Rel. Mannocci, entrambe in «Il Foro ambrosiano», X (2008), 3, pp. 329-337.

sistema processuale penale<sup>79</sup>; ma si tratta di una declinazione inedita, non di una sovrapposizione definitiva con il codice di rito. La chiave d'accesso al tema potrà essere così rintracciata nel quesito intorno all'estensione all'ente della garanzia del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.: la sua applicazione è infatti trasversale rispetto al processo penale e a quello amministrativo e la sua trattazione permette di anticipare temi che verranno recuperati anche in seguito<sup>80</sup>. Si tratta infatti di una garanzia oggettiva del processo, la cui elaborazione risale al concetto di *due process of law* nella Costituzione americana (*V Amendment*) e che viene assimilato nella nostra Carta costituzionale attraverso l'art. 6 CEDU<sup>81</sup>. Il diritto al giusto processo può e deve essere esteso all'ente, tenendo conto di un duplice ordine di avvertenze: da un lato la diversa cornice di garanzie costituzionali entro le quali si inserisce la presenza stessa della persona giuridica, che come già accennato non discendono dal paradigma delle libertà fisiche e morali dell'individuo, bensì da una diversa cornice di tutela delle attività economico-sociali che trovano nella persona giuridica il soggetto collettivo di riferimento; dall'altro, la predisposizione di peculiari nodi della partecipazione dell'ente al procedimento, che si discostano significativamente dal modello del codice di rito.

I primi cinque commi dell'art. 111, che costituiscono a loro volta l'attuazione costituzionale del diritto delle prove innovato dal codice di rito<sup>82</sup>, si rispecchiano infatti, con adattamenti peculiari, nel processo penale amministrativo, ove pure in generale trova attuazione il modello del processo di parti come configurato dal testo costituzionale novellato nel 1999. I profili che vengono in luce a riguardo sono molteplici: il contraddittorio quale modalità di formazione della prova e, più in generale, quale modalità conoscitiva che orienta il «giusto processo regolato dalla legge» è concetto che viene almeno parzialmente ridefinito per effetto della partecipazione della persona giuridica, che è parte necessaria in una sede contigua rispetto a quella

---

<sup>79</sup> BERTONAZZI, *Osservazioni sulla compatibilità*, cit., p. 280.

<sup>80</sup> Ivi, p. 279.

<sup>81</sup> E. AMODIO, *Processo penale diritto europeo e Common Law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, pp. 153-163. Sull'estensione del diritto al giusto processo al processo penale amministrativo si vd. in sintesi PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 30-31 e, più recentemente, M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2015, in part, pp. 35-40; per l'applicazione al processo amministrativo, secondo i principî di cui all'art. 1, d. lgs. 104/2010, si vd. per tutti A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, pp. 52-56.

<sup>82</sup> Sul punto AMODIO, *Processo penale diritto europeo e Common Law*, cit., pp. 140-143.

dell'imputato. Il principio del contraddittorio, quale asse portante del processo, viene a sua volta ridefinito per via della presenza di un soggetto nuovo – l'ente – che beneficia di un complesso di garanzie in parte sovrapponibili, in altra parte divergenti rispetto a quelle del suo naturale destinatario, l'imputato persona fisica<sup>83</sup>.

Ciò risulta evidente almeno da due livelli: il diritto costituzionale di difesa, esteso alla persona giuridica, troverebbe il suo sostrato canonico nei diritti della personalità che discendono dall'art. 2 Cost., ma i valori sociali dei quali l'ente si fa collettore conducono a rinvenire il fondamento della legittimazione di un diritto di difesa suo proprio in un bacino di principi costituzionali parzialmente diverso<sup>84</sup>. Inoltre emergono alcune deroghe all'attuazione del diritto di difesa prevista, per singole discipline, dal codice di rito: si tratta di deroghe che incidono sui rapporti tra gli attori principali del processo penale amministrativo, istituendo nuovi rapporti rispetto a quelli del processo ordinario ma creando anche talune commistioni nel tracciare la fisionomia stessa dell'ente<sup>85</sup>. Volendo tentare una sintesi, si potrebbe affermare come una norma quale l'art. 35 permetta all'ente di condividere un quadro di garanzie costituzionali che coincidono in larga parte con quelle dell'imputato, ma non ritrae una persona giuridica che sia *alter ego* dell'imputato: altro essendo creare

---

<sup>83</sup> Si vd. G. GARUTI, *La procedura per accertare la responsabilità degli enti*, in O. DOMINIONI-P. CORSO *et alii*, *Procedura penale*, Torino, 2012, pp. 685-715: 688-690.

<sup>84</sup> PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 31-32 individuano oltre agli artt. 41 e 42 anche l'art. 35 Cost. e quindi alla tutela del lavoro, che «nell'accezione di salvaguardia dell'occupazione, emerge quale *ratio* dell'istituto del commissario giudiziale, applicabile, in luogo della sanzione interdittiva (e dell'omologa misura cautelare) dell'interruzione dell'attività dell'ente, qualora la sanzione medesima possa provocare «rilevanti ripercussioni sull'occupazione»». Forse in tal senso si potrebbe parlare di un micro-principio applicabile a singoli istituti della responsabilità 'da reato' degli enti.

<sup>85</sup> Sono casi di commistione tra diverse figure del processo penale amministrativo: si pensi in tal senso in part. all'art. 40, che estende all'ente il diritto alla difesa d'ufficio, come per la previsione dettata per l'imputato dall'art. 96 c.p.p.; ma che si tratti comunque di «figura ibrida di imputato» (così G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo: addebiti amministrativi da reato. Dal d. lgs. n. 231 del 2001 alla L. n. 146 del 2006*, Torino, 2006, p. 1117) si evince dal fatto che, come noto, la partecipazione dell'ente viene poi assoggettata a modalità (cfr. art. 39) ricalcate perlopiù su quelle delle parti private e in special modo del responsabile civile, per via anzitutto del rinvio alle forme della procura previste dall'art. 100 c.p.p. Altro esempio si rinviene al secondo comma dell'art. 43, in materia di notificazioni, ove si legge una deroga alla disciplina dell'art. 39 e si crea una sovrapposizione con il legale rappresentante (giudicata però costituzionalmente legittima da Corte cost., sent. 20-27 luglio 2011, nr. 249, Pres. Quaranta, Red. Lattanzi). Sul punto si vd. anche quanto afferma la Relazione ministeriale (§ 15.2).

una condivisione di principi costituzionali dal creare una sovrapposizione tra le due parti necessarie del processo penale amministrativo<sup>86</sup>.

A riprova di tale assunto, si consideri anche il fatto che la stessa estensione all'ente dell'art. 111 Cost. trova un limite esterno nell'impossibilità di adottare anche per quest'ultimo il contenuto del combinato disposto degli artt. 13 co. 2 e 111 co. 7 Cost., in tema di libertà personale, a dimostrare nuovamente la coincidenza imperfetta tra ente e imputato disegnata dall'art. 35 del decreto. Un altro limite esterno, relativo in questo caso al diritto di difesa, potrebbe essere rintracciato nei casi di deroga alla disciplina del *simultaneus processus*, dettati dal secondo comma dell'art. 38, d. lgs. 231/2001: nei casi previsti in via residuale, il diritto di difesa dell'ente subirà una sorta di degradazione per effetto del primato accordato alle scelte processuali dell'imputato persona fisica, nei confronti del quale opera una sorta di *favor* che discende a sua volta dalla cornice costituzionale, poggiando il diritto di difesa dell'imputato sulla più forte garanzia dell'art. 2 Cost., che scalza la copertura delle libertà economiche della quale è ammantato il diritto di difesa della persona giuridica. Tale disposizione trova un banco di prova tipico al caso del legale rappresentante imputato, che scelga (art. 38 co. 2, lett. *b*) riti alternativi o per il quale ad esempio (in forza della clausola dettata dalla lett. *c* della norma appena citata) debba essere disposta la sospensione del procedimento, come paventato anche dall'art. 43, ult. co.: da entrambi gli esempi si può in ogni caso desumere una prevalenza accordata dal legislatore alle garanzie della persona fisica, che stempera in varia misura quelle viceversa concesse alla persona giuridica. Il regime generale dell'art. 38 si distanzia da quello dell'art. 18 c.p.p. e quindi dal *favor separationis* del codice di rito, ma è preferito dal legislatore del 2001 per ragioni di economia processuale<sup>87</sup>, nonché per l'unicità del fatto storico e del materiale conoscitivo, che costituisce duplice regiudicanda per l'imputato e per l'ente.

Il cumulo tratteggiato dalla struttura stessa del processo, nelle forme del *simultaneus processus*, non implica in altre parole annullamento delle reciproche specificità di persona fisica e persona giuridica, a salvaguardia – si legge ancora nel testo ministeriale – dei «principi generali del sistema che, come è noto, stabilisce la piena autonomia della responsabilità della persona fisica

---

<sup>86</sup> *Relazione*, § 15.

<sup>87</sup> Ivi, § 15.2; sul punto anche PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 226-227.

rispetto a quella dell'ente»<sup>88</sup>. Ciò si apprezza tanto per i principi costituzionali comuni sul piano sostanziale (principio di colpevolezza e principio di legalità), quanto per quelli condivisi sul piano processuale (presunzione di innocenza, diritto di difesa, diritto al giusto processo) e la diversità si declina, come in parte già osservato, in due fondamentali direzioni: un vaglio di compatibilità a livello di metodo tra persona fisica e persona giuridica per quanto attiene il versante sostanziale e, d'altro canto, un diverso quadro interpretativo delle garanzie sul piano processuale, come ben dimostra il caso peculiare dell'art. 27 co. 2 Cost., che riceve una legittimazione indiretta dall'applicabilità all'ente del diritto al giusto processo *ex art. 111*. Se infatti la presunzione di innocenza intesa quale regola di giudizio trova una agevole applicazione per gli enti (fatto salvo il caso problematico del già citato art. 6), meno intensa potrebbe almeno formalmente apparire la garanzia collegata alla cosiddetta regola di trattamento: indici rivelatori in tal senso appaiono i casi legati alla struttura del sistema cautelare, che all'art. 45 ricollega esplicitamente le misure cautelari al catalogo di sanzioni previsto all'art. 9 del decreto.

La questione, che meriterà poi un esame in altra sede, ha indotto a dubitare dell'effettività delle garanzie costituzionali<sup>89</sup>: ma si potrebbe per contro ipotizzare che, operando un paradigma di principi altro rispetto a quello dell'art. 13 Cost., la materia cautelare sia governata da parte del legislatore in una direzione di natura economico-sociale, che ben si dimostra votata alla prevenzione del rischio di ulteriori illeciti e della produzione di esternalità negative sui terzi. La previsione di meccanismi che riequilibrano le misure cautelari sembrerebbe inoltre rivelare un pieno rispetto delle recenti linee interpretative della giurisprudenza di legittimità, la quale ha ribadito (sulla scorta dei *dicta* della Corte EDU) come solo la condanna definitiva costituisca titolo per l'irrogazione di sanzioni: ma tale principio di diritto, che costituisce

---

<sup>88</sup> *Relazione*, § 15.1.

<sup>89</sup> Con riferimento alle condotte riparatorie e all'istituto della sospensione si osserva ad es. in dottrina: «La coincidenza tra misure cautelari e sanzioni interdittive [...] si risolve in un'applicazione anticipata – in fase cautelare – delle seconde che l'ente indagato può fronteggiare, chiedendo di realizzare adempimenti riparatori delle conseguenze del reato, dai quali deriva la sospensione dello strumento di cautela. Il meccanismo – nel quale persuasione e minaccia si confondono – postula dunque che, prima della sentenza di merito, le “conseguenze” di un illecito (non accertato) vengano rimosse dall'accusato (sulla cui colpevolezza non si è ancora pronunciato il giudice) al fine di congelare la cautela-sanzione: il *vulnus* arrecato alla garanzia di cui all'art. 27 comma 2 Cost. appare evidente» (così in PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 29).

un generale portato della presunzione di innocenza, non sembra affatto lesa dalla previsione di un catalogo legale di misure cautelari, alle quali peraltro fanno da contrappeso diversi istituti tesi a favorire il recupero del soggetto incolpato alla legalità<sup>90</sup>.

Su questo versante cade in realtà un'ulteriore osservazione, relativa all'insufficienza del mero criterio relativo al carattere affittivo della sanzione per l'applicazione delle garanzie sovraordinate al processo penale, come affermato dalla Corte EDU sin dagli Anni Settanta e poi ancora recentemente nel caso *Grande Stevens c. Italia*<sup>91</sup>. Ciò impone di operare una netta distinzione non solo – dal punto di vista del diritto interno – tra garanzie sostanziali e garanzie processuali, come già si è affermato, ma anche di delimitare reciprocamente il campo d'azione delle garanzie costituzionali rispetto a quelle del diritto comunitario, che operano su un livello differente. Quanto a queste ultime, il problema diventa infatti quello di stabilire quale sia la gerarchia dei principi applicabili in ambito processuale, poiché l'indagine relativa a questo doppio ordine di garanzie è e deve restare distinta, come ben si evince dalla sfera di applicazione dell'art. 6 co. 2 CEDU, come collocato nella gerarchia delle fonti dall'art. 6 TUE, e dal criterio di fonte interposta che a tale testo ha attribuito la Corte costituzionale con le note pronunce 'gemelle' del 2007<sup>92</sup>. Il problema potrebbe peraltro svilupparsi anche nella direzione del diritto europeo secondario e in particolare delle cosiddette direttive ricorsi, perché forte è il vincolo che esse creano riguardo a *standard* minimi di garanzie

---

<sup>90</sup> Cfr. ancora recentemente la già citata Cass. Sez. II, nr. 13017/2015 (vd. nota 77).

<sup>91</sup> Sentenza Corte EDU, 8 giugno 1976, nr. 5100/71, *Engel e altri c. Paesi Bassi*; sent. Corte EDU, Sez. seconda, 4 marzo 2014, nr. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*. Per il caso Engel e i relativi criteri si vd. M. CHIAVARI, *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il "Caso Dorigo" e gli interventi della Corte costituzionale*, a cura di A. BALSAMO-R. KOSTORIS, Torino, 2008, pp. 11-31: 16-17; O. MAZZA, *Presunzione di innocenza e diritto di difesa*, in *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Atti del Convegno organizzato dall'Associazione tra gli Studiosi del processo penale "G.D. Pisapia" (Milano-24-26 ottobre 2014), Milano, 2015, pp. 141-164, che parzialmente riprende i temi trattati nel già citato contributo, dello stesso MAZZA, *Una deludente proposta in tema di presunzione di innocenza. Sui principi scolpiti dalla sentenza Grande Stevens (anche per i profili legati alla disciplina del market abuse: vd. nota 35) si vd. F. VIGANÒ, Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (A margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, Relazione presentata in occasione dell'Incontro di studio *Il principio del ne bis in idem tra giurisprudenza europea e diritto interno (sentenza Corte Edu del 4 marzo 2014, Grande Stevens c/Italia)*, Roma, 23 giugno 2014, ora anche in «Diritto penale contemporaneo», 2014, 3-4, pp. 219-238.

<sup>92</sup> Corte cost., sent. 22 ottobre 2007, nr. 348, Pres. Bile, Red. Silvestri e, in pari data, nr. 349, Pres. Bile, Red. Tesauero.

processuali di attori economici collettivi in ambito amministrativo, nonché per il fatto che in esse viene pienamente legittimata la tutela cautelare *ante causam* in tema di appalti pubblici<sup>93</sup>.

L'indagine relativa alle garanzie desumibili dal diritto sovranazionale richiederà tuttavia un'indagine parallela: altro è infatti l'estensione automatica di tale diritto in via sovraordinata, altro è discernere l'esatta latitudine di quest'ultimo rispetto alle categorie ordinanti del diritto interno. A proposito delle garanzie costituzionali applicabili all'ente, si potrebbe persino ipotizzare una ulteriore trattazione dedicata alle garanzie costituzionali per le misure cautelari, dal momento che tale materia presenta un elevato grado di autonomia rispetto alle norme codicistiche: tale parziale indipendenza rispetto ai criteri codicistici lavora peraltro nella direzione di un potenziamento delle maglie di presupposti per l'applicazione. Alla luce di quanto affermato, non opera per la materia cautelare il principio di tutela della libertà fisica dell'art. 13 Cost., né il parallelo principio di salvaguardia della libertà morale scolpito all'art. 24 Cost. L'attuazione del diritto di difesa dell'ente è quindi affidata a un quadro di valori – come già sottolineato – in parte differente, perché differenti sono il contesto e la *ratio* di tutela. Ciò si ricollega ancora una volta alla materia cautelare, dove nuovo è il sistema di garanzie costituzionali: l'aspetto risulta tanto più incisivo in materia di misure reali, dove operano non già l'art. 13 Cost. con la relativa rete di riferimenti, bensì l'art. 23 e i già ricordati artt. 41 e 42 Cost. in materia di libertà economiche. L'art. 23, in base al quale «Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge», vale in particolare a designare un criterio di legalità, che trova come noto il suo terreno d'elezione in materia tributaria: per la responsabilità degli enti, la norma sostituisce il paradigma di inviolabilità di cui all'art. 13 e opera come fonte di legittimità delle già citate misure cautelari, in una posizione pariordinata rispetto al principio di legalità, che va riconosciuto sul piano sostanziale all'ente *ex art. 25 co. 2 Cost.*

Per le misure interdittive si potrebbe parimenti ipotizzare un'applicazione estensiva dell'art. 22 Cost., ossia del riconoscimento di una capacità giuridica quale diritto assoluto, in combinato con i diritti sociali riconosciuti dall'art. 2 Cost.: oggi l'ipotesi di uno spazio per tale principio trova un ulteriore banco di

---

<sup>93</sup> Cfr. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 88, con ulteriori riferimenti. Tra le cd. direttive ricorsi si potrà in part. citare la dir. 2007/66/CE, 11 dicembre 2007, attuata con d. lgs. 20 marzo 2010, nr. 53.

prova nella nuova disciplina in tema di delitti ambientali ricompresi all'art. 25-undecies<sup>94</sup>. Nel caso delle cautele interdittive, la privazione della libertà economica inflitta alla persona giuridica quale attore primario della compagine sociale risulta d'altronde assimilabile in senso lato alla privazione della libertà fisica patita dalla persona fisica con la custodia cautelare: d'altra parte l'analogia tra le due figure si evince anche da altri parallelismi con la disciplina codicistica delle misure cautelari (ad esempio l'adozione, al co. 4 dell'art. 51, del principio di fungibilità della durata della custodia cautelare di cui all'art. 285 co. 3 c.p.p.); il che ha indotto taluni a ipotizzare per tali figure anche l'ammissibilità di un ricorso per cassazione che trovi la propria fonte nel combinato disposto dei già menzionati artt. 13 co. 2 e 111 co. 7 Cost.<sup>95</sup>. Il caso riguarda la previsione del secondo comma dell'art. 52, d. lgs. 231/2001<sup>96</sup>, che postula la possibilità per l'ente e il Pubblico Ministero di promuovere «ricorso per cassazione per violazione di legge» avverso il rigetto di riesame dei provvedimenti applicativi di misure cautelari, escludendo del pari la possibilità di ricorso *per saltum*: ciò potrebbe non escludere, come già anticipato, la possibilità di comporre analogicamente la privazione della libertà personale e la privazione della libertà economica.

Un ulteriore spiraglio allo sbarramento nell'applicazione del combinato disposto degli artt. 13 co. 2 e 111 co. 7 Cost. si potrebbe per contro rinvenire con riguardo all'obbligo di motivazione imposto da quest'ultima norma a «tutti i provvedimenti giurisdizionali» che comportino una privazione della libertà personale: in forza della possibile analogia sopra proposta, si potrebbe infatti desumere che l'applicazione all'art. 45 co. 2 del decreto (in tema di ordinanza dispositiva delle misure cautelari per l'ente), assoggettando il testo alla medesima nullità prevista dalla disciplina dell'art. 292 c.p.p., crei *a fortiori* un obbligo motivazionale comunque riconducibile alla disciplina di cui all'art. 111 co. 7 Cost., nel senso che assoggetta il controllo giurisdizionale a una esplicita sanzione procedurale e prescrive un onere di motivazione sagomato su quello del merito dell'imputazione<sup>97</sup>. Si tratta di un'ipotesi: ma, versandosi in

---

<sup>94</sup> Oggi modificato per il tramite del DdL 1345-B (cfr. poi l. 22 maggio 2015, nr. 68).

<sup>95</sup> PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 293-294.

<sup>96</sup> In argomento si vd. anche la già citata Cass. SS.UU., nr. 26654/2008, Fisia Italimpianti S.p.A., con nota di L. PISTORELLI, in «Cassazione penale», XLVIII (2008), 12, pp. 4544-4576.

<sup>97</sup> Oggi peraltro tale previsione risulta ulteriormente rafforzata dal divieto di integrazione della motivazione (cd. *per relationem*) quanto alla sussistenza dei presupposti delle misure cautelari, relativamente al disposto dell'art. 292 co. 2, lett. c e c bis, co. 2 *ter* c.p.p., che stabilisce i

ambito cautelare e istituendo il d. lgs. 231/2001 un peculiare rinvio alla disciplina dell'art. 292 c.p.p., sul punto invero stringente, forse l'inferenza potrebbe non essere indebita, anche per i profili che essa presenta con riguardo al tema della presunzione di innocenza. Anche in questo caso forti risultano le interferenze tra la fisionomia costituzionali e gli aspetti processuali del modello di responsabilità delle persone giuridiche di cui si discorre.

L'applicazione al processo contro l'ente del diritto al giusto processo comporta inoltre un necessario corollario: se infatti si applica la garanzia di cui al secondo comma dell'art. 111 Cost., dovrà mettersi a tema anche l'estensione delle garanzie della funzione giurisdizionale, che deriva direttamente dal dettato della norma evocata. Il che porta a estendere il perimetro delle garanzie a quelle relative alla fisionomia della magistratura, individuate nel Titolo IV (artt. 101-110 Cost.), e a riconoscerne una piena attuazione anche nel d. lgs. 231/2001. Qui peraltro figura una norma quale l'art. 36 che, al co. 2, afferma: «Per il procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente si osservano le disposizioni sulla composizione del tribunale e le disposizioni processuali collegate relative ai reati dai quali l'illecito amministrativo dipende», che con una sorta di duplice passaggio sottopone anche dal punto di vista della competenza e delle norme procedurali il procedimento contro l'ente alle medesime garanzie costituzionali che innervano il codice di rito<sup>98</sup>. Il tema dell'estensione delle guarentigie della magistratura al processo penale amministrativo risulta problematico: la particolare fisionomia di tale modello, e il fatto stesso che l'illecito amministrativo dell'ente si atteggi a responsabilità derivante da un reato che si radica su un altro soggetto, ha portato infatti in luce più di una perplessità. In realtà una norma quale l'art. 36 co. 2 sembrerebbe suggerire come non esistano possibili tensioni circa lo statuto

---

requisiti dell'ordinanza cautelare, nel testo novellato dalla legge 16 aprile 2015, nr. 47 (*Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali*) in vigore dallo scorso 8 maggio. L'art. 8 della citata legge dispone infatti che i presupposti di applicazione della misura dovranno essere oggetto di «autonoma valutazione» da parte del giudice procedente. La disciplina dettata in tema di misure cautelari reali è mutuata da quella delle misure personali, in forza della generale clausola di compatibilità dell'art. 324 co. 7 c.p.p., che rende peraltro applicabili alle cautele reali le disposizioni dell'art. 309, co. 9, 9 bis e 10 c.p.p. in tema di riesame. Per un commento alla novella si vd. E.N. LA ROCCA, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali (Ddl 1232b)*, in «Archivio Penale», 2015, 2; G. SPANGHER, *Brevi riflessioni sulle misure cautelari dopo la L. n. 47 del 2015, on line su Diritto penale contemporaneo*, 6 luglio 2015.

<sup>98</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, cit., p. 842; PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 31.

dell'organo giudicante; diverso potrebbe essere invece il discorso circa la fisionomia costituzionale del Pubblico Ministero.

Si può in tal senso assumere un caso emblematico. È stato osservato come la peculiare disciplina dettata in tema di archiviazione della *notitia criminis*, che all'art. 58 è sottratta al controllo giurisdizionale invece previsto dalla normativa codicistica, non renderebbe applicabile il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost.<sup>99</sup>. Da tale assunto, che ad avviso di dottrina e giurisprudenza costituirebbe ulteriore argomento a favore della natura non penale della responsabilità della persona giuridica<sup>100</sup>, deriva per naturale conseguenza anche il problema di individuare il differente canone secondo il quale il Pubblico Ministero e, con quest'ultimo, la polizia giudiziaria operino: il limite posto all'operatività dell'art. 112 Cost. non dovrà infatti essere inteso alla stregua di una facoltà per il Pubblico Ministero di agire con una sorta di discrezionalità assoluta, svincolata da qualsiasi forma di controllo. Sul punto la Relazione ministeriale (secondo la quale, trattandosi di illecito amministrativo e non di reato, il controllo giurisdizionale risulterebbe superfluo, come per il caso previsto dall'art. 18 co. 2, l. 689/1981<sup>101</sup>) non sembra offrire un argomento risolutivo. Un'ipotesi siffatta ha anzi prestato il fianco ai dubbi, da più parti avanzati in dottrina, circa una possibilità illegittimità costituzionale della disciplina in questione, per contrasto con il principio di cui all'art. 112 Cost., che viceversa – come già sottolineato – sarebbe arduo considerare quale del tutto assente dalla trama del decreto, come rivela già la disciplina dell'annotazione dell'illecito amministrativo di cui all'art. 55, la quale configura per il Pubblico Ministero un potere-dovere di acquisizione della relativa notizia, ma impone anche a quest'ultimo di procedere «all'accertamento dell'illecito amministrativo negli stessi termini previsti per le indagini preliminari relative al reato da cui dipende l'illecito stesso» (art. 56)<sup>102</sup>. Quanto sinora ricordato mostra con evidenza che, per l'accertamento dell'illecito amministrativo in fase di indagini preliminari, il Pubblico

---

<sup>99</sup> Ivi, p. 29.

<sup>100</sup> Si vd. tra altre Corte Ass. Torino Sez. II, 15 aprile 2011 (dep. 14 novembre 2011), Pres. Iannibelli, Est. Dezani, Espenhahn e a., con nota di S. ZIRULIA, *on line* su *Diritto penale contemporaneo*, 18 novembre 2011; vd. inoltre per ulteriori riferimenti [S.M.] CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., p. 351 (anche per la pronuncia citata).

<sup>101</sup> *Relazione*, § 18.

<sup>102</sup> PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 316-317.

Ministero si muove entro il perimetro del codice di rito e con la relativa cornice di garanzie che attiene al suo ruolo.

In realtà, pur avendo la tesi di cui sopra un certo grado di attendibilità, bisogna osservare come la disciplina dell'art. 58 non si ponga complessivamente nel solco del Titolo VIII, Libro V c.p.p. (quindi in particolare degli artt. 408-410) e pertanto il problema non vada posto in termini di contrasto frontale tra le rispettive previsioni. A tal proposito si potrebbe ipotizzare che, dal momento che l'ultimo periodo dell'art. 58 assoggetta il decreto del Pubblico Ministero a un controllo gerarchico sull'inazione da parte del procuratore generale presso la Corte d'Appello, non solo non sorgerà alcun profilo di illegittimità costituzionale (la possibile analogia potrà semmai essere letta con la disciplina dell'art. 412 c.p.p. in tema di avocazione delle indagini), ma la modalità di valutazione da ascrivere al Pubblico Ministero potrà declinarsi su altri principi sovraordinati. Residua pertanto una forma di controllo, affidata all'organo di vertice della Procura, che riveste un carattere di legalità. In tal senso la discrezionalità accordata all'organo d'accusa potrà essere rinvenuta in quella che contraddistingue l'operato della Pubblica Amministrazione, ossia in una discrezionalità vincolata a un principio di legalità *ex art. 97 Cost.* e sottoposta in ogni caso a un vaglio interno alla struttura gerarchica dell'ufficio stesso del Pubblico Ministero. Se si assume come corretta tale ricostruzione, si potrà ravvisare nell'art. 58 una disciplina di obbligatorietà temperata<sup>103</sup>.

Un altro sintomo della presenza di un canone di discrezionalità vincolata potrà essere rinvenuto nella disciplina del commissariamento (artt. 45 co. 3 e 15 co. 1), che ha funzione di sostituzione della sanzione interdittiva, anche se disposta in funzione di misura cautelare, e che realizza la tipica finalità di *compliance* mutuata anche dall'esperienza statunitense, garantendo una continuità in funzione riabilitativa senza svilire la funzione punitiva (cfr. co. 4 per la confisca). Anche in tal caso il giudice compie una valutazione attraverso il bilanciamento tra differenti interessi, secondo un canone che non è di facoltatività ma, come già osservato, può essere ricondotto a quella discrezionalità tipica dell'azione amministrativa, che peraltro implica il

---

<sup>103</sup> Anche alla luce dell'estensione all'ente della disciplina dell'art. 415-*bis* c.p.p. con le relative implicazioni per la *discovery* del materiale d'indagine (cfr. per questi aspetti cap. III 4). Si vd. anche PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo*, cit., *ad vocem*.

riferimento (art. 15 co. 1, lett. *a* e *b*) a ulteriori principi di natura costituzionale e in particolare, alla solidarietà sociale e alla tutela del lavoro (artt. 2 e 35 Cost.). Questi ultimi vengono pertanto evocati da tale istituto alla stregua di parametri interposti e in ottica finalistica possono quindi essere qualificati come criteri di secondo grado nella scelta di tale misura sostitutiva. Peraltro il quadro di garanzie, in attuazione di principi costituzionali, potrà essere ben rintracciato non solo nel già citato art. 35 Cost., ma anche in una sorta di «espropriazione temporanea» della proprietà per interesse pubblico, secondo un parametro che miri alla realizzazione di quella «funzione sociale» dettata dall'art. 42 co. 2 Cost. o, specularmente, dal divieto di attività nocive alla compagine sociale secondo il disposto dell'art. 41 co. 2 Cost.<sup>104</sup>.

Alla luce di quanto sinora descritto, occorre rilevare come in un contesto governato dai principi della giurisdizione penale e dalle attribuzioni proprie del giudice penale faccia quindi ingresso il canone di «buon andamento» e di «imparzialità dell'amministrazione» che fonda, all'art. 97 co. 1 Cost., la discrezionalità vincolata, tipica dell'azione amministrativa: di talché anche tale principio andrà annoverato tra le garanzie costituzionali applicabili al processo penale amministrativo e ai suoi attori<sup>105</sup>. Si tratta peraltro di una ricaduta tipica dell'accostamento delle funzioni di amministrazione e di giurisdizione penale, che contraddistingue il sistema del d. lgs. 231/2001 e che ha il suo tratto tipico nella finalità di prevenzione del rischio di impresa, che si fonda anche su un principio di discrezionalità vincolata a canoni di legalità, quale quella tipica appunto dello statuto della funzione amministrativa. Né si porrà peraltro con riguardo all'estensione dell'art. 97 Cost. un problema di compatibilità, poiché le garanzie costituzionali relative al giudice (art. 111 co. 2 Cost.) e all'azione (in part. art. 24 co. 2 Cost. per il diritto di difesa) – come d'altronde oggi anche il diritto al giusto processo autonomamente sancito dall'art. 6 co. 1 CEDU – si applicano anche alla giustizia amministrativa e pertanto la sua traslazione pare potersi evincere anche da ragioni logico-sistematiche<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> In tal senso ad es. Cass. Sez. VI, 28 settembre 2011 (dep. 22 novembre 2011), nr. 43108, Enna Euno, in «Diritto penale e processo», XVII (2012), 1, p. 40, con nota di F. PERONI; per altri riferimenti si vd. anche [S.M.] CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., pp. 124-126.

<sup>105</sup> Un ampio *excursus*, anche per quanto sopra affermato a proposito dell'art. 58, è in BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, cit., pp. 60-91.

<sup>106</sup> TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pp. 92-96; F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in *Giustizia amministrativa*, a cura dello stesso, Torino, 2011<sup>4</sup>, pp. 165-168; in generale

Peraltro la già citata disciplina del commissariamento contiene in sé una possibile contraddizione con riguardo alla presunzione di innocenza, intesa nella sua duplice valenza di principio costituzionale *ex art. 27 co. 2 Cost.* e di garanzia del processo penale. Il profilo rinvia nuovamente ai principi relativi alla materia cautelare: il terzo comma dell'art. 45, che contiene appunto l'ipotesi del commissariamento, potrà trovare applicazione in sede cautelare secondo il disposto del terzo comma dell'art. 15, ove si afferma che «il commissario cura l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi». La clausola è identica a quella dell'art. 6, co. 1 lett. *a*, ma contiene anche un indubbio rinvio al pericolo di commissione di ulteriori reati di cui all'art. 274 co. 1, lett. *c*, c.p.p.: occorre quindi chiedersi se essa si ponga quindi in termini di contrasto rispetto alla presunzione di innocenza, sia perché potrebbe postulare un giudizio anticipato di colpevolezza o una prognosi negativa sulla condotta dell'ente, sia perché proprio come l'art. 6 determinerebbe problemi relativi a un'inversione dell'onere della prova. Il quesito potrebbe essere in realtà risolto con una risposta negativa, per un duplice ordine di ragioni: sul piano letterale la disposizione va interpretata come quella analoga dell'art. 6, di modo che non si determina alcuna crisi della presunzione di innocenza intesa quale regola probatoria; d'altra parte sul piano logico-sistematico bisogna osservare che l'istituto opera in una direzione di spiccata prevenzione (cfr. sul punto anche il co. 2, art. 15), che andrà poi contestualizzata sulla base delle procedure applicative delle misure cautelari. Si potrebbe anche ipotizzare che l'istituto presenti profili analoghi a quelli dell'amministratore giudiziario previsto dall'art. 2409 c.c., anche per quanto riguarda il carattere temporaneo dell'intervento (secondo la previsione di cui allo stesso art. 2409, co. 4, ult. per.). Si tratta pertanto di una temporanea compressione dell'attività dell'ente, tesa a favorirne il recupero alla legalità.

I punti di possibile tensione con il principio di cui all'art. 27 co. 2 Cost. potrebbero essere invece ravvisati nel disposto del co. 1 dell'art. 15, che equipara la durata del commissariamento a «un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata», nonché nella previsione del co. 4

---

*Le garanzie delle giurisdizioni*, a cura di G. PIPERATA-A. SANDULLI, Napoli, 2012. Per una diversa ricostruzione si vd. però anche A. TRAVI, *Gli artt. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, in *Tutela dei diritti e sistema "ordinamentale"*, Atti del Convegno (Capri, 31 marzo-2 aprile 2011), Napoli, 2012, pp. 165-172 (apparso anche su «Il Foro italiano», 135 [2011], 5, pp. 165-173).

a proposito della confisca. Per entrambi questi aspetti si potrebbe però proporre un'interpretazione adeguatrice, funzionale cioè ad adattare una disposizione congegnata per il sistema sanzionatorio, come quella in esame, alla sede cautelare<sup>107</sup>. Da tale punto di vista si opererebbe così, per meglio dire, una interpretazione costituzionalmente conforme del dettato del d. lgs. 231/2001, a riprova anche della più volte citata necessità di verificare analiticamente le garanzie costituzionali in esso operanti, tra le quali – si ricorda qui a conclusione del discorso – anche la presunzione di innocenza trova uno spazio operativo<sup>108</sup>.

L'esempio appena citato porta a rinvenire alcune conclusioni provvisorie. L'operazione interpretativa sopra descritta sembra infatti giustificarsi pienamente alla luce della fisionomia complessiva del decreto e del modello processuale che esso traccia: non solo con riguardo alla clausola di compatibilità di cui all'art. 34, ma anche alla già citata natura di sistema aperto tracciato dalla delega legislativa del 2000. Nei capitoli che seguono si darà pertanto conto delle singole declinazioni della presunzione di innocenza rispetto agli istituti e alle diverse scansioni della responsabilità degli enti.

---

<sup>107</sup> Con riguardo alla disposizione dell'art. 15 co. 4 («Il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività viene confiscato») si osserva in dottrina l'opportunità di procedere a «interpretazione correttiva» per l'applicazione del commissariamento in sede cautelare. Si osserva infatti: «Una simile soluzione non si concilia con la sede cautelare nella quale la responsabilità dell'ente si basa su una valutazione indiziaria e, infatti, è correlata alla natura punitiva e al carattere definitivo della confisca. Preferibile ammettere, invece, la possibilità di disporre il sequestro preventivo del profitto (art. 53) così da consentirne la confisca per il caso in cui, in esito al giudizio, si pervenga alla condanna dell'ente» (così in PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 279). Recentemente sul punto ad es. S. DE FLAMMINEIS, *La mappatura del rischio da reato nel commissariamento e nell'amministrazione giudiziaria tra attualità e prospettive, on line su Diritto penale contemporaneo*, 23 giugno 2015, in part. alle pp. 6-9 del contributo.

<sup>108</sup> Secondo la Relazione (§ 6) «la sostituzione commissariale opera solo con riguardo alle sanzioni interdittive temporanee: quelle che comportano l'interruzione in via definitiva dall'attività si fondano – come si vedrà tra breve – su presupposti applicativi che restituiscono l'immagine di un ente ormai irrecuperabile ad una prospettiva di legalità». Quanto a tale previsione si dovrebbe quindi ritenere comprovata l'assenza del principio di cui all'art. 27 co. 3 Cost.

4. *Cenni alla presunzione di innocenza nelle fonti e nella giurisprudenza sovranazionali. La presunzione di innocenza della persona giuridica nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*

La legge delega per il codice di procedura penale (l. 16 febbraio 1987, nr. 81) e la Costituzione accordano come noto un ruolo preminente alle fonti internazionali, cosicché anche in tema di presunzione di innocenza occorrerà passare in rassegna alcuni aspetti peculiari riguardanti il principio e la sua possibile estensione alle persone giuridiche.

La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, proclamata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, introduce all'art. 11 la presunzione di innocenza (in traduzione italiana esso recita: «Ogni individuo accusato di un reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie necessarie per la sua difesa») e fa convergere in un'unica formula presunzione di innocenza, principio di legalità (che si trova al co. 2 dello stesso articolo) e diritto di difesa. All'interno dell'ordinamento dell'Unione europea, l'affermazione all'art. 6.2 CEDU di tale principio («Ogni persona accusata di un reato si presume innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata») rappresenta inoltre lo strumento di realizzazione del diritto a un equo processo sancito al paragrafo precedente, oggi ricompreso anche nel dettato dell'art. 111 Cost. per effetto della riforma costituzionale in attuazione di quello che, proprio sulla scorta della Convenzione, è ormai universalmente definito come «giusto processo»<sup>109</sup>. Analoga formulazione si trova ora anche all'art. 48 (*Presunzione di innocenza e diritti della difesa*) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che al co. 1 recita: «Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata» e al co. 2 associa tale principio al diritto di difesa, affermando come «Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato»<sup>110</sup>. La Corte di Giustizia

---

<sup>109</sup> L. cost. 23 novembre 1999, nr. 2; d.l. 7 gennaio 2000, nr. 2, convertito con modificazioni nella l. 25 febbraio 2000, nr. 35 e l. 24 marzo 2001, nr. 89, artt. 2 segg.

<sup>110</sup> La Carta è stata proclamata solennemente il 7 dicembre 2000 durante il Consiglio europeo di Nizza, da parte di Parlamento europeo, Consiglio e Commissione. Con il Trattato di Lisbona (2009) la Carta ha acquistato valore vincolante: il nuovo testo dell'art. 6 par. 1 TUE afferma infatti che essa «ha lo stesso valore giuridico dei trattati». Da qui discendono fondamentali

aveva peraltro già in precedenza ricompreso la presunzione di innocenza tra i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento dell'Unione europea<sup>111</sup>.

L'estensione del principio riguarda per espressa previsione la materia penale e si rivolge direttamente alle persone fisiche, che rivestano il ruolo di «accusato» come nell'art. 6.2 CEDU o di «imputato» come nell'art. 48 della Carta di Nizza; secondo la formulazione dell'art. 6.2 CEDU la presunzione di innocenza costituisce inoltre lo snodo concettuale, in posizione mediana, tra equo processo e diritto di difesa<sup>112</sup>. Il problema che si intende porre in questa sede riguarda perciò l'estensione della presunzione di innocenza alle persone giuridiche. Gli argomenti che vengono in rilievo sono potenzialmente due: da un lato l'individuazione della categoria di illecito penale; dall'altro il riferimento alla cosiddetta concezione sostanziale del principio, anch'essa sancita da ormai risalente giurisprudenza<sup>113</sup>. Entrambi tali aspetti implicano

---

implicazioni in tema di poteri di disapplicazione del giudice interno, nel caso di norme di diritto nazionale che si pongano in contrasto con i principi della Carta. Su questo tema, amplissimo, la Corte di Giustizia si è espressa già con riferimento alla CEDU (Corte di Giustizia, Grande Sezione, sent. 16 giugno 2005, nr. C-105/03, *Pupino*) e poi con specifico riguardo alla Carta (Corte di Giustizia, Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013, nr. C-617/10, *Aklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, § 18). D'ora in avanti, salvo diversa indicazione, i testi delle sentenze della Corte di Giustizia si intendono citati dal repertorio presente sul sito ufficiale [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>111</sup> Si allude a Corte di Giustizia, Sez. sesta, sent. 8 luglio 1999, nr. C-235/92 P, *Montecatini S.p.A. c. Commissione delle Comunità Europee*, massima nr. 10: «Il principio della presunzione di innocenza, quale risulta in particolare dall'art. 6, n. 2, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la giurisprudenza costante della Corte, peraltro riaffermata dal preambolo dell'Atto unico europeo nonché dall'art. F, n. 2, del Trattato sull'Unione europea, sono oggetto di tutela nell'ordinamento giuridico comunitario». Su questi aspetti si vd. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., pp. 24-28, che definisce la presunzione di innocenza «patrimonio comune della cultura moderna» (p. 25); *Manuale di procedura penale europea*, cit., pp. 102-105; R.E. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., pp. 4-14; per i commenti della dottrina straniera vd. tra gli altri B. RAINEY-E. WICKS-C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, pp. 247-278. Alle fonti sopra citate va aggiunto il già citato art. 14 nr. 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici firmato a New York il 16 dicembre 1966 e ratificato con l. 25 ottobre 1977, nr. 881. Sui profili di tutela della CEDU in part. già M. PISANI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e riforma del processo penale*, in «Il Foro italiano», 91 (1966), V, p. 33; E. AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», IX (1967), 3, pp. 864-887.

<sup>112</sup> Per un'analisi si vd. *Manuale di procedura penale europea*, cit., pp. 102-103.

<sup>113</sup> Il riferimento è in part. a Corte EDU, sent. 27 febbraio 1980, nr. 6903/75, *Deweer c. Belgio*, § 46, per il riferimento alle «ripercussioni importanti sulla situazione dell'accusato» come criterio discrezionale di tipo sostanziale per individuare un'«accusa penale». Si ricordano qui i tre criteri individuati nel caso *Engel* (1976) per l'individuazione della materia penale (§§ 82-83 della già

anche il concetto di «pena» introdotto dall'art. 7 CEDU, che riflette la definizione stessa dell'ambito penale.

Un tentativo di ricostruzione potrà quindi prendere le mosse dalla legislazione dell'Unione europea e quindi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, per spostarsi poi sul terreno relativo alla CEDU. Tali prospettive sono oggi illuminate dalla recente direttiva dell'Unione europea (COM [2013] 821)<sup>114</sup>, che sulla base della clausola di sussidiarietà rinvia l'allestimento di una presunzione di innocenza destinata alle persone giuridiche alla legislazione dei singoli Stati membri: il che, lungi dal costituire una limitazione nel merito, rappresenta una scelta di fisionomia del relativo ordinamento. La stessa Relazione introduttiva al testo non postula infatti un'esclusione, ma menziona esplicitamente l'esigenza di rimodulare la presunzione di innocenza in modo differente per le persone fisiche e giuridiche: «i livelli e le esigenze di tutela del diritto alla presunzione di innocenza – si legge – sono diversi a seconda che si tratti di persone fisiche o giuridiche»<sup>115</sup>. Resta il problema di chiarire se i recenti arresti della giurisprudenza sovranazionale permettano di rinvenire una legittimazione generale a tale concetto, che consenta di accordare una rappresentazione concreta all'ipotesi sopra proposta.

Già si è detto della necessità di distinguere, all'interno delle garanzie applicabili alle persone giuridiche, tra quelle di origine costituzionale, quelle direttamente apprestate dalle fonti e dall'ordinamento dell'Unione e quelle autonomamente derivanti dalla CEDU. Per le persone giuridiche i quesiti che potrebbero essere in astratto formulati sono due, che determinano altrettanti distinti ambiti d'indagine: se la presunzione di innocenza, intesa quale diritto fondamentale e principio di rango primario, possa essere estesa alle persone giuridiche; e se essa, in quanto principio codificato nella CEDU stessa, venga ricompresa tra i principi generali che governano il sistema del d. lgs. 231/2001. Ciò si rivolge in direzione di quella indagine relativa all'applicabilità al sistema del d. lgs. 231/2001 delle garanzie di origine CEDU che, come già osservato in precedenza, era stata postulata come distinta e autonoma rispetto all'indagine relativa alle garanzie costituzionali, benché in parte sovrapponibili.

---

citata pronuncia): 1) la «qualificazione (formale o sostanziale) del diritto interno»; 2) la «natura dell'infrazione»; 3) la «severità della pena».

<sup>114</sup> Cfr. nota 54.

<sup>115</sup> *Relazione*, pubblicata insieme al testo definitivo della *Proposta* COM (2013) 821 (già citata alla nota 54), p. 6.

Il primo profilo può guadagnare una risposta positiva sulla base della già citata direttiva europea del 2013. Nell'esaminare il quesito occorre però considerare che tale direttiva si colloca all'interno della cooperazione giudiziaria fissata dall'art. 82.1 TFUE e che pertanto, volendo proporre una minima semplificazione, ad essa non è affidata una riscrittura della presunzione di innocenza, bensì una armonizzazione delle normative nazionali attraverso la cosiddetta clausola di non regressione, che si traduce nella previsione di *standard* minimi di tutela del principio stesso. Se si assume inoltre come dato di sistema – come già sottolineato in precedenza – la ridefinizione dei contenuti dei principi costituzionali per adattarli alla fisionomia della persona giuridica, la presunzione di innocenza dovrà essere ricompresa tra i caratteri ascrivibili all'ente attraverso una complessiva riscrittura, come già osservato ad esempio in materia di cautele interdittive.

Il punto di partenza per un tentativo di ricostruzione può essere in tal senso rintracciato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, organo giurisdizionale al quale è affidata l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione. La giurisprudenza di tale organo fornisce infatti per gli argomenti citati alcuni fondamentali riscontri, come dimostra un caso che offre da tale punto di vista profili esemplari. Nel diritto vivente della Corte di Giustizia, alimentato in anni recenti, è stata esplicitamente riconosciuta l'estensione del principio di personalità della responsabilità penale alle persone giuridiche: in una importante pronuncia della *Grande Chambre* del 2012 riguardante l'onere della prova dell'esercizio di influenza determinante da parte di una società controllante (le cosiddette società madri) sulle relativa controllata, nella disciplina delle intese vietate di cui all'art. 101 TFUE, la Corte ha fornito a riguardo fondamentali indicazioni<sup>116</sup>. Ad avviso dei giudici di

---

<sup>116</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, sent. 19 luglio 2012, cause riunite nr. C-628/10 P e C-14/11 P, *Alliance One International e Standard Commercial Tobacco c. Commissione e Commissione c. Alliance One International e a.* Precisa inoltre la Corte: «Occorre rammentare che, secondo una giurisprudenza costante, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento» (§ 42; il testo è pubblicato anche in traduzione italiana sulla banca dati ufficiale [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), dalla quale si cita). Per le considerazioni in tema di criteri per l'onere della prova e presunzioni relative all'esercizio di influenza determinante si vd. i §§ 46-47 segg. della sentenza. Per l'estensione del principio di colpevolezza alle persone giuridiche si vd. le pronunce conformi: sentenze del 20 gennaio 2011, Sez. prima, nr. C-90/09 P, *General Química SA e a. c. Commissione*, §§ 34-36 e giurisprudenza ivi citata; Grande Sezione, 29 marzo 2011, cause riunite nr. C 201/09 P e C 216/09 P, *ArcelorMittal Luxembourg c. Commissione e Commissione c. ArcelorMittal Luxembourg e a.*, § 95; nonché del 29 settembre 2011, Sez.

Lussemburgo, la stessa nozione di impresa «dev'essere intesa nel senso che essa designa un'unità economica ancorché, dal punto di vista giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone fisiche o giuridiche. Laddove violi le regole dettate in materia di concorrenza, tale entità economica è tenuta, secondo il principio di responsabilità personale, a rispondere dell'infrazione»<sup>117</sup>. Alla luce di tali considerazioni, si può legittimamente dedurre – come anche si legge nel testo della pronuncia – che il riconoscimento del principio di colpevolezza alle persone giuridiche, intese a loro volta quali aggregati di soggetti in senso naturalistico, importi dal punto di vista logico-sistematico l'estensione alle stesse della presunzione di innocenza<sup>118</sup>.

È quanto infatti emerge dal dettato, pur non limpido in taluni punti, della già citata sentenza, che rende applicabili alle persone giuridiche anche il principio di legalità e il diritto di difesa, ma ammette come legittima la presunzione *iuris tantum* relativa all'esercizio di influenza determinante nel caso di società madre che detenga la totalità del capitale della società controllata<sup>119</sup>. Il discorso viene traslato infatti dalla Corte sul piano processuale. La pronuncia, come altre richiamate nel prosieguo, riveste un particolare interesse quanto agli argomenti di cui si discorre: la materia contenziosa è infatti ai sensi dell'art. 81 TCE quella della concorrenza, che prevede una duplice scansione, con un procedimento amministrativo (è la fase di cd. comunicazione degli addebiti) dinnanzi alla Commissione europea con l'eventuale applicazione di misure cautelari e l'instaurarsi di una successiva fase giudiziale, che rappresenta il vero e proprio procedimento di infrazione<sup>120</sup>.

---

seconda, nr. C-521/09 P, *Elf Aquitaine c. Commissione*, § 53 (la traduzione italiana sul repertorio [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)).

<sup>117</sup> *Alliance One International e Standard Commercial Tobacco c. Commissione*, citata alla nota precedente, § 42.

<sup>118</sup> Ivi, §§ 107-108, 113: qui esplicitamente la Corte rinvia ai §§ 46-47, citati *infra* alla nota successiva.

<sup>119</sup> *Alliance One International e Standard Commercial Tobacco c. Commissione*, come citata alla nota precedente, §§ 108-113, 46-49. La Corte sovrappone in verità i due versanti, legando il discorso sulla presunzione di innocenza a quello della legittimità della già citata presunzione *iuris tantum* relativa all'esistenza di influenza determinante. Al § 113 rigetta infatti l'argomento delle società ricorrenti circa una possibile lesione della presunzione di innocenza riferendosi esplicitamente alla ricostruzione della citata presunzione di influenza determinante, offerta ai §§ 46-47, qui commentata in precedenza. Sul punto si vd. già *ArcelorMittal Luxembourg c. Commissione* e *Commissione c. ArcelorMittal Luxembourg e a.*, § 42-45.

<sup>120</sup> Cfr. in part. *Elf Aquitaine c. Commissione*, come citata *supra* alla nota 113, §§ 119-120. Fonti sono gli artt. 101-102 TFUE secondo l'attuazione prevista dai Regolamenti nr. 1/2003 e nr.

La particolare natura di tale procedimento permette quindi di apprezzare il riconoscimento operato dalla Corte della presunzione di innocenza per le persone giuridiche al di fuori di terreni che risultino, quanto al *nomen iuris*, di natura esclusivamente penale.

In una precedente pronuncia, citata come conforme dallo stesso arresto del 2012, la Corte riconosce esplicitamente che il diritto di difesa e la presunzione di innocenza operano già nella fase coincidente con il procedimento amministrativo; e che inoltre la presunzione già menzionata relativa all'influenza della società controllante ha carattere relativo e non si pone in contrasto con i diritti fondamentali relativi al processo. Il passaggio è pregnante e merita di essere riportato:

La presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante che una società controllante può esercitare sul comportamento di una controllata, di cui essa detenga il 100% del capitale, mira in particolare a raggiungere un equilibrio tra l'importanza, da un lato, dell'obiettivo consistente nel reprimere i comportamenti contrari alle norme della concorrenza, segnatamente all'art. 101 TFUE, e a prevenirne la ripetizione e, dall'altro, *le esigenze poste da taluni principi generali del diritto dell'Unione come, segnatamente, quelli della presunzione di innocenza, della personalità delle pene e della certezza del diritto nonché i diritti della difesa, ivi compreso il principio della parità delle armi*. È appunto per questa ragione che tale presunzione è relativa. Tale presunzione si fonda sulla constatazione secondo la quale, salvo circostanze del tutto eccezionali, una società che possiede la totalità del capitale di una controllata può, in considerazione di questa sola parte di capitale, esercitare un'influenza determinante sul comportamento di detta controllata e, d'altra parte, la mancanza di esercizio effettivo di questo potere di ingerenza può normalmente essere ricercata nel modo più utile nella sfera dei soggetti contro cui detta presunzione opera. Ciò premesso, se per una parte interessata fosse sufficiente confutare tale presunzione avanzando semplici affermazioni non comprovate, la presunzione stessa verrebbe largamente privata della sua utilità. Del resto, una presunzione, anche se difficilmente superabile, resta entro limiti accettabili fintanto che è proporzionata al legittimo scopo perseguito, che esiste la possibilità di apportare la prova contraria e che i diritti della difesa sono garantiti<sup>121</sup>.

---

773/2004; si vd. per una sintesi, tra altri, R. ADAM-A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2014, pp. 616-617, 628-630.

<sup>121</sup> *Elf Aquitaine SA c. Commissione europea*, come già citata, §§ 4, 59-62: corsivi aggiunti. Per giurisprudenza antecedente conforme cfr. inoltre il repertorio ufficiale «Recueil des arrêts et décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH)», XLI (2002), 7, §§ 101 segg.

Vi è quindi un'esplicita iscrizione della presunzione di innocenza alle persone giuridiche, alla quale si accompagna una altrettanto chiara considerazione del diritto di difesa, inteso nelle sue attuazioni in tema di prova: il ruolo centrale è qui affidato alla presunzione di carattere relativo, che in tema di prova non deroga al principio di parità delle armi. Bisogna per contro osservare come la Corte non proceda a ulteriori e più specifiche definizioni delle garanzie processuali. In un'altra pronuncia, la Corte ricomprende inoltre le sanzioni pecuniarie derivanti dall'inosservanza del divieto di concorrenza tra le materie riconducibili al perimetro degli artt. 6-7 CEDU, con ciò confermando un orientamento già affermato in precedenza dalla Corte, secondo il quale la presunzione di innocenza, facendo parte dei diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento europeo, si estende anche alle «procedure relative alla violazione delle norme sulla concorrenza applicabili alle imprese che possono sfociare nella pronuncia di multe o ammende»<sup>122</sup>.

Vi è qui un ulteriore aspetto degno di nota, anche per le analogie che lascia trapelare rispetto al sistema normativo e processuale del d. lgs. 231/2001. La Corte afferma infatti come all'interno di tale procedura non si verifichi alcuna inversione dell'onere della prova perché, con riguardo appunto alla prova dell'infrazione, l'onere incombe sulla Commissione, mentre la prova delle condizioni per le esenzioni (che possono così essere equiparate a fatti

---

<sup>122</sup> La citazione da Corte di Giustizia, Sez. sesta, sent. 8 luglio 1999, *Hüls c. Commissione*, nr. C-192/92 P. Ma si vd. anche, per lo stesso orientamento, Corte EDU, Grande Sezione, sent. 27 febbraio 1992, nr. 11598/85, *Società Stenuit c. Francia*, § 62: «Per quanto riguarda la natura dell'infrazione sembra che le disposizioni, la cui violazione è stata contestata alla società ricorrente, mirassero a tutelare la libera concorrenza del mercato. La Corte ricorda che l'AGCM, autorità amministrativa indipendente, ha come obiettivo controllare gli accordi restrittivi della concorrenza e gli abusi di posizione dominante. Pertanto essa insiste sugli interessi generali della società, normalmente protetti dalla legge penale. [...] Possiamo quindi concludere che la sanzione fosse basata su norme perseguiti un obiettivo sia preventivo che repressivo». Cfr. anche Corte EDU, Grande Sezione, sent. 23 novembre 2006, nr. 73053, *Jussila c. Finlandia*, § 38, cit. anche *supra*; sulle autorità amministrative indipendenti vd. più recentemente Corte EDU, Sez. seconda, sent. 27 settembre 2011, nr. 43509/08, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, §§ 38-45 (anche per il riferimento ai cd. 'criteri Engel'). Sul tema si vd. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., pp. 72-73; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014, pp. 10-12; M. DE SALVIA-V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia delle Comunità europee, III (1999-2006)*, coordinato da M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, Milano, 2007, pp. 1323-1325.

impeditivi) gravano sull'impresa secondo il disposto dell'art. 101.3 TFUE<sup>123</sup>. A tale riguardo nel caso in esame l'eccezione sollevata dalle imprese ricorrenti, le quali sostenevano che sarebbe stata così introdotta una presunzione di colpevolezza, viene rigettata dalla Corte, la quale argomenta che la presunzione relativa di cui sopra «non configura, nel complesso, una forma di *probatio diabolica*» e che in ogni caso il rischio della mancata prova grava sulla Commissione e non sulla persona giuridica. La prova astrattamente considerata, che sia tale da vincere la presunzione, dovrà riguardare i vincoli e i rapporti organizzativi tra società controllante e controllata, ma l'eventuale *deficit* probatorio relativo a tali fatti impeditivi non potrà tradursi in un'inversione dell'onere stesso<sup>124</sup>.

Dalle pronunce qui richiamate si deduce che la Corte di Giustizia ha quindi esteso alle persone giuridiche l'intero perimetro di garanzie già predisposte per le persone fisiche: il principio di colpevolezza, il principio di legalità e il diritto di difesa. Si tratta del palinsesto della presunzione di innocenza che promana già dalle fonti sopra citate.

\*\*\*

Il tema si riverbera così direttamente sulla possibile estensione delle garanzie CEDU. Quanto allo specifica affermazione dell'art. 6.2 CEDU, va segnalato che tale estensione viene intesa dalla Corte di Giustizia adottando il significato della presunzione di innocenza quale diritto fondamentale garantito dall'Unione europea, che era stato a suo tempo indicato da altra giurisprudenza<sup>125</sup>. Il principio è infatti ora ricompreso – come si legge nel brano sopra citato della pronuncia del 2012 – tra i «principi generali di diritto»<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione, 27 aprile 2004, *Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 101, par. 3, TFUE* (Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee C 101, 97).

<sup>124</sup> *Elf Aquitaine SA c. Commissione*, §§ 65-66, da cui anche la citazione precedente. Si legge a tal proposito: «Infatti [...] spetta a soggetti che desiderano superare la presunzione dell'esercizio effettivo di un'ingerenza determinante avanzare tutti gli elementi relativi ai vincoli economici, organizzativi e giuridici che uniscono la controllata in questione alla società controllante e che considerano atti a dimostrare che esse non costituiscono un'entità economica unica. A questo riguardo, la mera circostanza che un'entità non produca, in un determinato caso, elementi di prova tali da superare la presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante non significa che detta presunzione non possa essere confutata in nessun caso».

<sup>125</sup> *Manuale di procedura penale europea*, cit., pp. 102-103.

<sup>126</sup> *Alliance One International e Standard Commercial Tobacco c. Commissione*, § 108.

dell'Unione. L'affermazione della Corte appare densa di ulteriori implicazioni: fornisce infatti conferma per così dire pratica, di diritto vivente, al valore primario dei diritti fondamentali come sanciti dall'art. 48 della Carta di Nizza. Ai sensi dell'art. 6, par. 3 TUE (oggi Trattato di Lisbona), «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Tale osservazione permette di apprezzare la sovrapposizione, che riguarda l'intera materia in questione, tra garanzie proprie del diritto dell'Unione e delle sue fonti di rango primario e garanzie proprie della CEDU, le quali però finiscono per determinare una convergenza di contenuti e di gerarchia delle fonti rispetto alle prime, come appunto ben mostra l'allestimento della cosiddetta Carta di Nizza, che – come osservato anche in dottrina – costituisce «autonomo strumento di rilevazione»<sup>127</sup> di cui l'Unione si è dotata con riguardo ai diritti sanciti nella CEDU stessa<sup>128</sup>. Tale particolare circostanza non riguarda perciò solo l'attività parallela della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, bensì anche la particolare configurazione del sistema delle fonti.

La presunzione di innocenza può quindi essere estesa alle persone giuridiche, sì da guadagnare positiva conferma al primo quesito formulato in precedenza; d'altro canto la giurisprudenza aveva già confermato come lo stesso diritto a un equo processo, entro il quale si inserisce la presunzione di innocenza della CEDU, trovasse sì il suo campo di elezione nel processo penale, ma avesse una applicazione più ampia e non limitata a quest'ultimo<sup>129</sup>. Il problema può essere così affrontato anche sulla base delle pronunce della Corte

---

<sup>127</sup> Così ADAM-TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 147.

<sup>128</sup> Su questo punto bisognerà rifarsi anche alla convergenza tra fonti che è indicata dall'art. 52.3 CDFUE, il quale afferma che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». Su questo punto si vd. anche N. GALANTINI, *Il ne bis in idem europeo: verso il superamento della res iudicata?*, in *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, cit., pp. 241-249: 244-246.

<sup>129</sup> Cfr. *supra* § 3. Il principio risale alla già citata sentenza relativa al già citato caso *Jussila c. Finlandia*, § 43; ancora di recente si vd. Corte EDU, Sez. quinta, sent. 30 giugno 2011, nr. 30754/11, *Klouvi c. Francia*, §§ 39-41. Si segnala infine sul punto anche la recentissima sentenza Corte EDU, Sez. decima, 26 gennaio 2016, nr. 21614/12, *Iasir c. Belgique*, pubblicata anche *on line* su *Processo penale e giustizia* ([www.processopenaleegiustizia.it](http://www.processopenaleegiustizia.it)).

Europea dei Diritti dell’Uomo. Altre recenti pronunce hanno infatti portato nuovamente in luce, anche per l’attenzione che la dottrina ha loro tributato, il ruolo delle categorie di diritto interno ai fini dell’applicazione delle garanzie CEDU: nel celebre caso *Grande Stevens c. Italia*, la delimitazione della materia penale per l’applicazione dell’art. 6 CEDU e quindi delle relative garanzie ad opera della Corte ha consentito di ricomprendere anche sanzioni di natura amministrativa irrogate dalla CONSOB in forza del d. lgs. 58/1998, cosicché troverà applicazione la previsione di cui all’art. 4, Protocollo 7 (entrato in vigore il 1° novembre 1988), che concerne il divieto di *bis in idem*, che si estenderà quindi anche al rapporto tra procedimento amministrativo e processo penale di cui rispettivamente agli artt. 187-ter e 185 del citato decreto e perciò alla violazione dell’art. 4, Protocollo 7 CEDU<sup>130</sup>. Quanto ai presupposti sopra citati, la recente giurisprudenza ha proposto una nozione assai ampia di sanzione e ha in tal senso modificato la precedente posizione assunta in materia di divieto di doppio giudizio e quindi anche nell’ambito relativo alla litispendenza: ma con riguardo ai criteri interpretativi per la categoria di materia penale (e di conseguenza per quella di pena di cui all’art. 7 CEDU già citato) si impone una lettura finalistica della sanzione amministrativa o penale, e delle relative garanzie, e non già una classificazione meramente nominalistica<sup>131</sup>.

L’estensione di garanzie per le persone giuridiche può essere peraltro arricchita da ulteriori riferimenti. All’interno del perimetro CEDU le garanzie accordate alle persone giuridiche promanano infatti da ulteriori riferimenti: anzitutto dall’art. 1 (la rubrica recita *Protezione della proprietà*) del Protocollo addizionale alla Convenzione, entrato in vigore il 18 maggio 1954, che prevede

---

<sup>130</sup> *Grande Stevens c. Italia*, §§ 90-101. Si vd. anche Corte EDU, Sez. seconda, sent. 17 giugno 2014, ricorso nr. 29797/09, *Anna Maria Cacucci e Vincenza Sabatelli c. Italia*. In giurisprudenza si vd. anche, tra altre, la già citata pronuncia *Jussila c. Finlandia* e Corte EDU, Sez. quinta, 27 febbraio 2015, nr. 7356/10, *Lucky Dev c. Svezia*. Si vd. ora, con ulteriori riferimenti, GALANTINI, *Il ne bis in idem europeo*, cit., pp. 241-249; 246-248, con ulteriori riferimenti. Sul punto inoltre DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d’impresa*, cit., pp. 62-63; per un inquadramento più ampio di questi temi si vd. anche i contributi raccolti in «Processo penale e giustizia», IV (2014), 3.

<sup>131</sup> C.E. PALIERO, “*Materia penale*” e *illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione “classica” ad una svolta radicale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXVIII (1985), 3, pp. 894-928; su questi temi recentemente MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurocomunitaria sul market abuse*, cit., pp. 4-6 e ancora, dello stesso C.E. PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell’ente: verso la creazione di una “gabella delicti”?*, in «Le Società», XXII (2015), 11, pp. 1285-1295.

espressamente la tutela della proprietà («il rispetto dei suoi beni») anche per le persone giuridiche, all'interno di una più ampia tutela tesa a «disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale»<sup>132</sup>.

Il secondo quesito, anticipato in precedenza, riguarda la possibilità di inserire tali principi all'interno del sistema del d. lgs. 231/2001, che sul versante processuale costituisce un sistema aperto alle norme del codice di procedura penale, attraverso la clausola di sussidiarietà dettata dall'art. 34 del decreto stesso. L'ipotesi relativa a una siffatta estensione della presunzione di innocenza deve peraltro essere sottoposta a una duplice verifica: l'estensione alle persone giuridiche delle garanzie sostanziali può trovare speculare copertura anche per le garanzie processuali? Sul punto si può formulare un riscontro positivo, benché si registri l'assenza di una compiuta formulazione. Il tema potrebbe inoltre svilupparsi in due potenziali ulteriori direzioni: se l'art. 6.2 CEDU possa entrare di diritto nel sistema del diritto processuale penale amministrativo attraverso la clausola di sussidiarietà sopra citata; oppure se, con un'operazione per così dire di secondo livello, la garanzia CEDU possa farvi ingresso attraverso i principi costituzionali che già si sono riconosciuti come applicabili all'ente, pur restando il complesso delle garanzie CEDU un ambito parallelo ma distinto rispetto a quello delle garanzie costituzionali.

Sotto il primo profilo la Relazione ministeriale al d. lgs. 231/2001, che offre un canale interpretativo privilegiato sul versante sostanziale, non presenta viceversa elementi utili per gli aspetti in questione. Il problema deve essere pertanto trasferito, a livello superiore, sul piano della legge delega per il codice di procedura penale (la già citata l. 16 febbraio 1987, nr. 81), che all'art. 2 co. 1 stabilisce che: «Il codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale», cosicché tra esse andrà senz'altro ricompresa la legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione del 1950 (l. 4 agosto 1955, nr. 848).

---

<sup>132</sup> «[co. 1] Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. [co. 2] Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende».

Quanto al secondo profilo, il punto di raccordo potrebbe essere ravvisato nell'art. 117 co. 1 Cost.: ma ciò converge comunque sulla soluzione sopra prospettata. In entrambi i casi la norma dell'art. 34 determina infatti un criterio integrativo: la presunzione di innocenza contemplata dalla CEDU rientra in via appunto sussidiaria attraverso la clausola stessa. A livello sistematico, essa riceve la propria legittimazione attraverso una duplice verifica: la presenza di una previsione all'interno del d. lgs. 231/2001; la sua legittimazione attraverso il principio generale dell'art. 34, con i relativi rinvii. Le già citate pronunce della Corte costituzionale del 2007 rappresentano la chiusura del sistema e, per quanto rileva ai fini del presente discorso, con particolare riguardo a due aspetti: l'estensione al processo penale amministrativo e quindi a un sistema che riposa sulla convivenza tra reato e illecito amministrativo; e l'autonomia dell'indagine sulle garanzie CEDU rispetto a quelle di natura costituzionale, pur avendo le prime natura sub-costituzionale (in quanto «norme interposte»), come affermato dalle citate pronunce del 2007<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> Corte cost., sent. 22 ottobre 2007, nr. 348, Pres. Bile, Red. Silvestri e, in pari data, nr. 349, Pres. Bile, Red. Tesauro. Nella prima delle due pronunce viene introdotta la fondamentale distinzione di cui al brano di seguito riprodotto: «La distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita [...] nei termini stabiliti dalla pregressa giurisprudenza di questa Corte, nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto. L'art. 117, primo comma, Cost., nel testo introdotto nel 2001 con la riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione, ha confermato il precitato orientamento giurisprudenziale di questa Corte. La disposizione costituzionale ora richiamata distingue infatti, in modo significativo, i vincoli derivanti dall'«ordinamento comunitario» da quelli riconducibili agli «obblighi internazionali». Si tratta di una differenza non soltanto terminologica, ma anche sostanziale. Con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un «ordinamento» più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate più avanti – da cui derivano «obblighi» per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti [...] per tutte le autorità interne degli Stati membri. Correttamente il giudice *a quo* ha escluso di poter risolvere il dedotto contrasto della norma censurata con una norma CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, procedendo egli stesso a disapplicare la norma interna asseritamente non

È quanto la stessa Corte costituzionale, chiosando una recente pronuncia della Corte EDU, ha affermato ancora recentemente in modo esemplare, osservando tra l'altro come si assista all'operare di un «doppio binario, ove da un lato scorrono senza opposizione le scelte di politica criminale dello Stato, ma dall'altro ne sono frenati gli effetti di detrimento delle garanzie individuali»: per tale via, secondo la Corte, «si manifesta in modo vivido la natura della CEDU, quale strumento preposto, pur nel rispetto della discrezionalità legislativa degli Stati, a superare i profili di inquadramento formale di una fattispecie, per valorizzare piuttosto la sostanza dei diritti che vi sono coinvolti, e salvaguardarne l'effettività»<sup>134</sup>.

Nell'affermare espressamente come le scelte di politica criminale possano ben servirsi di strumenti sanzionatori differenti da quello penale, ove si ravvisino appunto mezzi quali l'illecito amministrativo più idonei alla prevenzione delle condotte di reato, la Corte afferma come tale principio «si coniughi armonicamente, del resto, con lo sviluppo della giurisprudenza europea sull'autonomia dei criteri di valutazione della natura penale di una sanzione», ai fini dell'estensione delle garanzie CEDU, «rispetto alla qualificazione che l'ordinamento nazionale offre della medesima sanzione». Il problema si pone infatti – prosegue la Corte – con riguardo alla nozione di

---

compatibile con la seconda». Qui si apprezza in astratto anche il diverso valore della Carta di Nizza, al quale si è fatto brevemente cenno in precedenza.

<sup>134</sup> Si allude a Corte cost., sent. 26 marzo 2015, nr. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, riguardante l'ipotesi di confisca contemplata dall'44 co. 2, d.p.r. 6 giugno 2001, nr. 380 (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia – Testo A*) che sembra opportuno citare: «Su questo piano, non può sfuggire che l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale, oltre che ad impingere nel più ampio grado di discrezionalità del legislatore nel configurare gli strumenti più efficaci per perseguire la “effettività dell'imposizione di obblighi o di doveri” (sentenza n. 317 del 1996), corrisponde altresì, sul piano delle garanzie costituzionali, al “principio di sussidiarietà, per il quale la criminalizzazione, costituendo l'ultima *ratio*, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire” (sentenza n. 487 del 1989; in seguito, sentenze n. 447 del 1998 e n. 317 del 1996). Difatti, “Le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono [...] nella (eventuale) tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni” (sentenza n. 447 del 1998) [...]. Non è stata perciò posta in discussione la discrezionalità dei legislatori nazionali di arginare l'ipertrofia del diritto penale attraverso il ricorso a strumenti sanzionatori reputati più adeguati, e per la natura della sanzione comminata, e per i profili procedurali semplificati connessi alla prima sede amministrativa di inflizione della sanzione. Piuttosto, si è inteso evitare che per tale via andasse disperso il fascio delle tutele che aveva storicamente accompagnato lo sviluppo del diritto penale, e alla cui difesa la CEDU è preposta». Si vd. per un primo commento V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in «Cassazione penale», LV (2015), 6, pp. 2204-2212.

«pena» proposta dall'art. 7 CEDU, rispetto alla quale viene prodotta la decisiva osservazione: «la Corte EDU, fin dalle sentenze 8 giugno 1976, Engel contro Paesi Bassi, e 21 febbraio 1984, Öztürk contro Germania, ha elaborato peculiari indici per qualificare una sanzione come una “pena” ai sensi dell'art. 7 della CEDU, proprio per scongiurare che i vasti processi di decriminalizzazione, avviati dagli Stati aderenti fin dagli anni '60 del secolo scorso, potessero avere l'effetto di sottrarre gli illeciti, così depenalizzati, alle garanzie sostanziali assicurate dagli artt. 6 e 7 della CEDU». Attraverso il rinvio alla già menzionata giurisprudenza lussemburghese, la Corte afferma quindi che il riparto di strumenti amministrativi e penali, attuato dal legislatore nazionale per un più ampio disegno politico, non costituisce ostacolo per l'applicazione delle garanzie dell'art. 6 CEDU. Sul versante della giurisprudenza costituzionale si determina un'ulteriore riprova della possibilità di estendere tali garanzie in territori acquisiti *ex novo* dal diritto penale, come senz'altro appare quello del diritto penale amministrativo: tra queste, la presunzione di innocenza riceve perciò una duplice legittimazione, come sopra osservato, tanto dalla giurisprudenza costituzionale che da quella sovranazionale, all'interno di quella convergenza che la Corte costituzionale aveva d'altra parte già avviato con una risalente pronuncia del 1984<sup>135</sup>.

Per procedere a un tentativo di sintesi, si potrebbe quindi affermare che all'interno del vasto mosaico delle fonti europee, rispetto al quale storicamente era assente l'idea di una presunzione di innocenza per le persone giuridiche, sia stata recentemente accolta l'idea di una legittima estensione di tale diritto attraverso una rimodulazione dei suoi contenuti, per adattarlo alla fisionomia del soggetto collettivo. La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha offerto, sul punto, importanti conferme; allo stesso tempo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha esteso il perimetro delle garanzie degli artt. 6 e 7 CEDU sino a ricomprendervi tipi di sanzioni di natura non formalmente penali, quali in particolare quelle amministrative. La Corte di Giustizia ha in particolare offerto l'esplicito riconoscimento di una presunzione di innocenza per le persone giuridiche. Resta ferma una lacuna sul versante CEDU: mentre infatti sul piano delle fonti l'Unione ha provveduto a pronunciarsi in via diretta con la più volte citata direttiva del 2013, la possibilità di estendere la presunzione di innocenza derivante dalla CEDU può essere formulata in via per così dire

---

<sup>135</sup> Corte cost., sent. 8 giugno 1984, nr. 170, Pres. Elia, Red. La Pergola (si tratta del noto caso *Granital*).

indiretta attraverso l'opera interpretativa della Corte di Giustizia<sup>136</sup>. In tale contesto, di per sé già caratterizzato da una non trascurabile complessità, interviene ora la Carta di Nizza, che opera – come già osservato – una sorta di convergenza tra le fonti proprie dell'Unione e la CEDU.

All'interno di un mosaico composito, tale conclusione non esaurisce peraltro il tema, che verrà affrontato partitamente con riguardo ai singoli snodi del d. lgs. 231/2001, relativo a una ridefinizione della presunzione di innocenza per adattarla alla fisionomia della persona giuridica.

---

<sup>136</sup> Si vd. anche la *Spiegazione* relativa all'art. 52 CDFUE: «Il paragrafo 3 [*i.e.* dell'art. 52 CDFUE, qui citato alla nota 126] intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU affermando la regola secondo cui, qualora i diritti della presente Carta corrispondano ai diritti garantiti anche dalla CEDU, il loro significato e la loro portata, comprese le limitazioni ammesse, sono identici a quelli della CEDU. [...] Il riferimento alla CEDU riguarda sia la convenzione che i relativi protocolli. Il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea. L'ultima frase del paragrafo è intesa a consentire all'Unione di garantire una protezione più ampia. La protezione accordata dalla Carta non può in ogni caso situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU». Si vd. in part. GALANTINI, *Il ne bis in idem europeo*, cit., pp. 242-244; DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., pp. 69-70.



## CAPITOLO TERZO

### LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA DELL'ENTE COME REGOLA DI TRATTAMENTO E REGOLA PROBATORIA. IL TRATTAMENTO PROCESSUALE DELL'ENTE

SOMMARIO: 1. Il principio di autonomia dell'art. 8 – 2. Colpevolezza e responsabilità: l'art. 69 – 3. Le garanzie processuali applicabili all'ente nelle clausole degli artt. 34-35. Ipotesi relative al diritto al silenzio dell'ente – 4. La partecipazione dell'ente al procedimento penale: il problema delle garanzie processuali e della presunzione di innocenza alla luce dell'interpretazione dell'art. 39

#### *1. Il principio di autonomia dell'art. 8*

Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente (così secondo la rubrica dell'articolo) disegnato dall'art. 8, d. lgs. 231/2001, costituisce una delle principali peculiarità del sistema del processo penale amministrativo. Recita il primo comma: «La responsabilità dell'ente sussiste anche quando: *a*) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; *b*) il reato si estingue per causa diversa dall'amnistia». Tale regola nasce da finalità relative alla criminalità d'impresa e ai particolari caratteri contingenti entro i quali essa

spesso si sviluppa; fornisce un criterio di più accentuata repressione degli illeciti riconducibili agli attori collettivi del mondo economico<sup>1</sup>.

Come segnalato da autorevole dottrina, l'art. 8 rappresenta una «norma processuale»<sup>2</sup>: la regola di autonomia dettata dalla norma porta infatti con sé una nuova configurazione dell'accertamento processuale; allo stesso tempo molteplici sono i profili problematici che la norma illumina, soprattutto con riguardo alla distribuzione dell'onere probatorio e quindi all'effettiva attuazione della presunzione di innocenza.

In esordio vi è tuttavia spazio anche per una osservazione di natura sostanziale, che trae origine dalla stessa funzione di politica criminale che governa tale particolare principio<sup>3</sup>. È stato da più parti osservato come l'art. 8 ponga un non trascurabile problema interpretativo con riguardo al principio di colpevolezza, in particolare per il caso (co. 1, lett. *a*, primo periodo) che l'autore del reato non sia identificato: potrebbe infatti essere accollata all'ente la responsabilità in assenza di qualsiasi coefficiente soggettivo relativo alla stessa condotta di reato. L'ipotesi non apparirebbe invece degna di nota con riguardo alla seconda ipotesi formulata alla lett. *a* del comma primo, ossia il caso di autore non imputabile, che può essere considerata quale caso di scuola (la stessa Relazione ministeriale parla, a proposito, di un caso dal «sapore più teorico che pratico»<sup>4</sup>). La stessa Relazione afferma infatti la presenza, all'interno del sistema, del principio di colpevolezza: ma il caso che potrebbe *prima facie* verificarsi, sulla scorta della prima ipotesi dell'art. 8, è quello di un'allocatione della prova dei criteri soggettivi di imputazione, *ex art.* 5, in assenza di una identificazione dell'individuo penalmente responsabile.

---

<sup>1</sup> Tra i commenti alla norma si vd. A. BERNASCONI, *sub Art. 8*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo*, cit., pp. 168-172; E. MANCUSO, *Art. 8 D.Lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Codice di procedura penale commentato*, III, cit., p. 9491; inoltre DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., pp. 126-130.

<sup>2</sup> Così AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 330.

<sup>3</sup> Su questo aspetto ad es. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 706: «La più importante e frequente ragione dell'autonoma responsabilità dell'ente risiede nella complessità dei processi produttivi e gestionali che, pur coinvolgendo una pluralità di persone, molto spesso impediscono di identificare il singolo autore o gli autori del fatto di reato; a ciò si aggiunga il fenomeno patologico della "irresponsabilità individuale organizzata", espressione della tendenza ad adottare all'interno dell'ente meccanismi che impediscono, anche quando sarebbe possibile, l'identificazione dell'autore o degli autori del reato».

<sup>4</sup> *Relazione*, § 4.

Così inteso, il problema si trasferisce sulle ricadute che il principio di autonomia provoca, sul terreno processuale, rispetto al diritto di difesa e al riconoscimento della presunzione di innocenza all'ente. Ancora una volta viene qui in rilievo in particolare la *ratio* di giustizia sostanziale e di deterrenza alla quale già si è accennato: mentre la prima ipotesi (lett. *a*) fa riferimento al caso di autore ignoto e permette quindi la sopravvivenza della responsabilità dell'ente anche nel caso in cui l'esito naturale sia quello dell'archiviazione, la seconda ipotesi (lett. *b*) trova invece la sua principale ragione giustificatrice nei reati commessi dagli apicali e detta una regola generale di irrilevanza delle cause di estinzione del reato, con l'unica eccezione dell'amnistia nella forma cosiddetta propria (art. 151 co. 1 c.p.)<sup>5</sup>. Il primo caso contiene in sé un potenziale rischio di vanificare tanto il diritto di difesa dell'ente quanto la presunzione di innocenza, intesa quale regola probatoria e di giudizio: il caso di autore ignoto importa infatti l'impossibilità di stabilire se l'autore stesso fosse un organo cosiddetto apicale oppure un sottoposto e pertanto di individuare quale sia la disciplina in punto di criteri di imputazione applicabile al caso di specie, vale a dire l'art. 6 o alternativamente l'art. 7. Come già affermato, tali criteri portano con sé una differente ripartizione dell'onere probatorio, al punto che è stato ipotizzato che la mancata individuazione dell'autore si tradurrebbe sul piano processuale in un trattamento di sfavore per l'ente quanto all'accertamento processuale.

È stato in tal senso osservato come in astratto tale regola potrebbe tradursi in una sorta di «presunzione»<sup>6</sup> negativa per l'ente. Si potrebbe persino affermare, seguendo tale linea argomentativa, come la situazione di cui si discorre rischierebbe di fatto di comportare per l'ente in una sorta di *probatio diabolica*. Il caso emblematico è ancora una volta quello dell'art. 6: per l'ente potrebbe infatti risultare impossibile, in assenza di identificazione dell'autore, fornire la prova liberatoria prevista dal comma secondo dell'art. 6 o, ancora, quella di cui al secondo comma dell'art. 5. Il pregiudizio che potrebbe derivare al diritto di difesa dell'ente non appare trascurabile; altrettanto concreta

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, sulla particolare *ratio* relativa all'amnistia e alla previsione dell'art. 8 co. 3. Per le altre cause di estinzione del reato si potrà brevemente ricordare che, mentre non sussistono problemi circa il caso di morte del reo e di oblazione, qualche perplessità potrebbe venire dall'applicazione del regime di irrilevanza alla remissione di querela, per la quale è stato ipotizzata l'estensione della disciplina e dell'esito previsti dall'art. 37. Si vd. in proposito BERNASCONI, *sub Art. 8*, cit., p. 171.

<sup>6</sup> PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 82.

appare la possibilità di una lesione della presunzione di innocenza, perché l'accertamento del reato potrebbe potenzialmente tradursi in una presunzione di colpevolezza. Per riequilibrare tale situazione, che rischia di esonerare dal processo penale amministrativo i valori costituzionali in questione, occorre fare riferimento anche a taluni aspetti di natura sostanziale.

Il principio di autonomia postula infatti, almeno formalmente, l'esistenza di due differenti fattispecie, una costitutiva di illecito penale e l'altra costitutiva di illecito amministrativo: laddove la prima è idonea a produrre la sussistenza dell'altra, solo ove risultino integrati nelle relative circostanze storiche e contingenti i criteri di imputazione di cui agli artt. 5-7. Questo aspetto ha un duplice valore, sostanziale e processuale: esso viene infatti in rilievo quanto alla possibile estensione del principio di colpevolezza all'ente<sup>7</sup> e, ove non risultino accertati i criteri di imputazione e quindi il nesso di collegamento con l'ente, ne risulterà come già osservato lesa il nesso di causalità. Ne consegue che il giudice non è esentato dall'accertamento dei requisiti del reato e della sussistenza dei suoi elementi oggettivi e soggettivi, cosicché non potrà dirsi operante una presunzione di sfavore nei confronti dell'ente, quasi che si trattasse di restaurare una sorta di responsabilità oggettiva.

In tal senso andranno considerate anche le disposizioni dell'art. 36 co. 1 sulla competenza del giudice penale e dell'art. 38 co. 1 circa il cumulo dei procedimenti. L'art. 36 segna, come già osservato, il contrassegno del sistema del d. lgs. 231/2001, ove rispetto alla previgente legge 689/1981 le sanzioni non sono più irrogate dall'autorità amministrativa, ma è il giudice penale a conoscere di un'unica fattispecie. In particolare dal dettato dell'art. 38 possono trarsi ulteriori spunti di natura processuale, utili a smentire l'ipotesi di cui sopra: come già sottolineato in precedenza, la norma è infatti tesa a esaudire finalità di economia processuale. Ad esempio si pensi alla fruibilità di materiale probatorio, inerente alle medesime conoscenze storiche, nei limiti dell'art. 238 c.p.p.<sup>8</sup>; oppure, ancora a titolo di esempio, alla disciplina dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari (art. 415-bis c.p.p.), dove l'ente costituito potrebbe in astratto avvalersi della funzione di *discovery* del materiale di indagine alla quale l'avviso dà appunto forma. La lesione dei valori

---

<sup>7</sup> Cfr., *supra*, cap. II 1.

<sup>8</sup> Su questi aspetti si vd. più ampiamente il § 4.

costituzionali potrebbe essere in tal senso fortemente ridimensionata, perché sul piano processuale alla persona giuridica vengono autonomamente accordate le garanzie proprie del processo penale, assai più pregnanti di quelle che sono invece presenti nella fattispecie penale e amministrativa della già citata legge 689/1981.

Da tale punto di vista l'art. 8 conferma il fatto che l'ente resta in se stesso centro di imputazione: vi è cioè un limite strutturale all'identificazione con la persona fisica, imputata di reato-presupposto. La fattispecie penale si traduce infatti in un nesso di pregiudizialità rispetto alla fattispecie amministrativa: non si tratta però di pregiudizialità sostanziale, giacché il rapporto non si fonda sull'esistenza di un effetto giuridico che si riflette sulla fattispecie amministrativa e ne condiziona anzi l'esistenza stessa, bensì – in ipotesi – di una pregiudizialità tra diverse regiudicande, che si basa però sui fatti giuridici (e, anzi, sull'unicità stessa del fatto storico) e non già sui relativi effetti<sup>9</sup>. Si ha qui ulteriore riprova del fatto che l'art. 8 costituisce norma processuale, perché il giudice applicherà la sanzione amministrativa ove accerti i relativi presupposti, ma persisterà in capo allo stesso un dovere di risolvere la questione penale che pregiudica quella amministrativa. Due utili termini di paragone si rinvencono in tal senso all'art. 2 co. 2 c.p.p., nonché all'art. 24, l. 689/1981: in particolare la prima delle disposizioni appena citate supporta l'idea di assenza di conflitto pratico tra vicende processuali sulle quali si formi una cognizione incidentale del giudice penale.

Tale interpretazione trae conferma dalla lett. *b*, co. 1 dello stesso art. 8, che si applica ad esempio in caso di prescrizione (fatta salva la deroga di cui all'art. 60): ne deriva che non sarà inibita al Pubblico Ministero la possibilità di contestare all'ente taluni dei reati-presupposto anche nel caso in cui sia già decorsa la prescrizione per il caso delle persone fisiche imputate<sup>10</sup>. Si intuisce qui una finalità di giustizia sostanziale che, ad esempio nel caso di reati societari (art. 25-ter) e di complessi accertamenti di indagine, ha lo scopo di riequilibrare in funzione repressiva il decorso della prescrizione. Con l'eccezione

---

<sup>9</sup> Per questa distinzione, che sarebbe oggetto di più ampia esposizione, si rinvia al fondamentale studio di G. FOSCHINI, *La pregiudizialità nel processo penale*, Milano, 1942; ulteriori riferimenti al tema in BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, cit., pp. 226-234.

<sup>10</sup> In giurisprudenza si vd. per tutte Cass. Sez. V, 4 aprile 2013, nr. 20060, Citibank N.A., in *Dejure* (e, per un sintetico commento, vd. in «Archivio penale», 2013, 2).

dell'ipotesi di cui all'art. 60, alla quale peraltro si ricollega l'esito di proscioglimento di cui all'art. 37 (analogo al proscioglimento predibattimentale di cui all'art. 469 c.p.p.)<sup>11</sup>, la prescrizione che subentri a contestazione già avvenuta non produce quindi alcun effetto: anche in tal caso si avrà pertanto conferma del fatto che non si versi in un caso di pregiudizialità sostanziale.

Sia nel caso di separazione che di cumulo – il che equivale a dire, in generale, in entrambe le ipotesi previste dall'art. 38 – la decisione sulla responsabilità penale dell'imputato persona fisica non crea pertanto un rapporto di dipendenza rispetto alla contestazione dell'illecito amministrativo: volendo tracciare un ulteriore parallelismo, ciò impedisce di tracciare una compiuta analogia con la responsabilità civile da reato prevista all'art. 185 c.p.<sup>12</sup>. Il titolo idoneo per la responsabilità civile è infatti in generale rappresentato dalla condanna dell'imputato (art. 533 c.p.p.), mentre la condanna dell'ente prescinde dall'esito del processo a carico della persona fisica. L'analogia strutturale tra le due fattispecie, entrambe dotate di due elementi (il reato e gli estremi imputativi da un lato, il reato-presupposto e i criteri di imputazione dall'altro), non produce pertanto effetti sul piano processuale.

Il sistema del d. lgs. 231/2001 disegna pertanto un modello misto, dove non trovano una compiuta realizzazione né l'accessorietà, né la pregiudizialità. Vi sono al contrario profili misti: con riguardo al principio di autonomia, si potrebbe anzi ipotizzare come la regola sia quella di una dipendenza tra fattispecie penale e illecito amministrativo e che l'art. 8 rappresenti un'eccezione, introdotta in relazione alle già citate esigenze di giustizia sostanziale. La dipendenza riguarda però solo il fatto storico e giuridico e non i relativi effetti giuridici. L'art. 8 opera quindi come deroga alla fattispecie complessa derivante dal nesso di particolare pregiudizialità tra reato-presupposto e criteri di imputazione. Il che peraltro non si traduce in un trattamento di sfavore per la persona giuridica: la struttura complessa della fattispecie – è stato affermato in dottrina – «continua ad esigere l'accertamento di un fatto di reato senza il quale non potrà essere dichiarata la responsabilità dell'ente»<sup>13</sup>. In via generale opererà infatti la regola di cui

---

<sup>11</sup> Un possibile ulteriore aspetto potrebbe riguardare, in applicazione dell'art. 469 c.p.p., la regola di cui all'art. 129 co. 2 c.p.p.

<sup>12</sup> In questo senso anche AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 330.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

all'art. 66, che rinvia espressamente alle formule dell'art. 530 co. 2 e 3: oltre questi esiti, si apre lo spazio dell'art. 8, che opera in via residuale.

Tali conclusioni sembrano almeno in parte suffragate dalla Relazione ministeriale, dove a proposito della scissione tra le vicende procedimentali dettata dall'art. 8 si legge che: «Una scelta di tal fatta non incontra alcun ostacolo dal punto di vista del sistema. È chiaro, infatti, che in entrambi i casi ci si trova di fronte ad un reato completo di tutti i suoi elementi (oggettivi e soggettivi) e giudizialmente accertato, sebbene il reo, per l'una o per l'altra ragione, non risulti punibile»<sup>14</sup>. A tal proposito l'enfasi è accordata proprio all'ipotesi di autore non identificato, che è «un fenomeno *tipico* nell'ambito della responsabilità d'impresa [...] anzi, esso rientra proprio nel novero delle ipotesi in relazione alle quali più forte si avvertiva l'esigenza di sancire la responsabilità degli enti»<sup>15</sup>. A tale riguardo si osserva inoltre come debba comunque essere accertato il limite della colpa organizzativa, almeno secondo i criteri dell'art. 7<sup>16</sup>.

La volontà legislativa espressa da tale principio non lede la presunzione di innocenza della persona giuridica, in capo alla quale rimangono integre le regole probatorie e in generale le garanzie processuali. Peraltro le ipotesi residuali non determinano *ex lege* un'inversione dell'onere della prova: né con riguardo all'interesse o al vantaggio prefigurati dall'art. 5 co. 1, né rispetto alla prova dei fatti impeditivi di cui all'art. 6, né ancora per la colpa organizzativa dell'art. 7: vero è (come si osserverà anche oltre) che l'ipotesi dell'elusione fraudolenta potrebbe comportare un tema di prova non agevole, ma altrettanto vero appare che i modelli di organizzazione e gestione non vengono intaccati dalla previsione dell'autore non identificato.

---

<sup>14</sup> *Relazione*, § 4.

<sup>15</sup> *Ibidem*; corsivo originale nel testo.

<sup>16</sup> È stato osservato in giurisprudenza: «D'altronde, la Relazione, nell'esplicitare che quello della mancata identificazione della persona fisica è un fenomeno tipico nell'ambito della responsabilità d'impresa, di tal che la sua omessa disciplina si sarebbe tradotta in una grave lacuna legislativa, suscettibile di infirmare la *ratio* complessiva del provvedimento, si riferisce, soprattutto, ad enti a struttura complessa. [...] Deve osservarsi che la mancata identificazione del responsabile non necessariamente impedisce di ricondurre l'agente alla categoria degli apicali ovvero a quella dei sottoposti. Peraltro, è sempre possibile, nel caso resti non individuata la categoria di appartenenza dell'agente, fare riferimento al criterio di imputazione soggettiva previsto per il caso in cui il reato sia commesso da un sottoposto in quanto criterio più favorevole all'ente» (vd. [S.M.] CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., p. 98: così la già citata pronuncia di Cass. Sez. V, nr. 20060/2013, Citibank N.A.).

Emblematico, da tale punto di vista, appare il caso dell'elusione fraudolenta previsto all'6 co. 1, lett. c: la mancata identificazione dell'autore non si tradurrà in una presunzione della responsabilità dolosa dell'ente. Si può forse formulare a tal proposito un'ulteriore osservazione: la possibilità di contestare comunque all'ente l'illecito amministrativo anche in caso di mancata identificazione dell'autore-persona fisica costituisce «arma tattica»<sup>17</sup> per il Pubblico Ministero, come è stato affermato, solo entro limiti ben definiti. È vero infatti che l'organo d'accusa ha facoltà, in forza dell'art. 8, di far sopravvivere la contestazione nei confronti della persona giuridica, ma ciò non sposta la ripartizione dell'onere probatorio. Il Pubblico Ministero continuerà pertanto a essere gravato dall'onere della prova relativo ai fatti principali, che potrebbe paradossalmente risultare anche più ingente nel caso di autore ignoto. Alla mancata o impossibile identificazione della persona fisica non corrisponde infatti, sul piano sostanziale, la presunzione di un dolo in capo all'ente: non vi è alcuna deroga all'accertamento del fatto di reato in tutti i suoi elementi, oggettivi e soggettivi, e pertanto continuerà a spettare al Pubblico Ministero la prova relativa all'elemento soggettivo. Ciò trova un coerente punto di ricaduta anche nella disciplina di cui all'art. 7, co. 1 e 2: grava sul P.M. l'onere relativo alla prova dell'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza («l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile»), cosicché il dubbio circa la sussistenza di tali condizioni gioverà all'ente medesimo, per il quale è peraltro prevista la prova liberatoria di cui al co. 2.

Un punto di osservazione privilegiato per l'interpretazione del principio resta ancora quello degli organi cosiddetti apicali: sintomatico, in tal senso, l'esempio dei reati societari di cui all'art. 25-ter del decreto. In una recente pronuncia della Suprema Corte, conseguente a precedente annullamento con rinvio alla Corte d'Appello di Milano, viene in particolare esaminato il principio di autonomia dell'art. 8 con riferimento alla fattispecie di aggio di aggio cosiddetto informativo, ossia il delitto di cui all'art. 2637 c.c. come sussunto alla lett. r, art. 25-ter, d. lgs. 231/2001. In sentenza si esprime il principio secondo il quale «l'illecito addebitabile all'ente ai sensi del D. Lgs. n. 231 del 2001, non consiste in una responsabilità sussidiaria per il fatto altrui, sulla falsariga della responsabilità civile ordinaria da reato del dipendente [...]. L'ente è punito per il fatto proprio, e a radicare la personalità della sua

---

<sup>17</sup> Così A. BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in *Il processo penale* de societate, a cura dello stesso, Milano, 2006, pp. 55-104: 60.

responsabilità, sta la necessità di poter muovere (come sottolinea la Dottrina, ai fini dell'art. 27 Cost.) "(direttamente) all'ente un rimprovero fondato sul fatto che il reato possa considerarsi espressione di una politica aziendale deviante o comunque frutto di una colpa d'organizzazione"». Pertanto non risulta lesa il diritto di difesa dell'ente, come nuovamente sottolinea la pronuncia: «L'individuazione del possibile autore del reato non incide sulla natura e sull'ampiezza dell'accertamento incidentale in ordine all'esistenza dello stesso demandato al giudice penale chiamato a pronunciarsi sulla sola responsabilità dell'ente, né sull'esercizio del diritto di difesa di questo, che, lungi dal risultarne menomato, ne è semmai agevolato»<sup>18</sup>.

Nelle formule, certo non del tutto puntuali, utilizzate alle lett. *a* e *b* del primo comma dell'art. 8 si possono rinvenire ulteriori profili problematici. È il caso ad esempio dell'assoluzione dell'imputato per non aver commesso il fatto: occorre qui stabilire se la formula terminativa possa essere equiparata all'ipotesi di cui alla lett. *a*, con conseguente applicazione del principio di autonomia e conseguente sopravvivenza della contestazione all'ente dell'illecito amministrativo, oppure se essa provochi una caducazione di un elemento costitutivo della responsabilità amministrativa, ossia il reato-presupposto. In questa seconda ipotesi non si darebbe infatti luogo ad alcuna contestazione per

---

<sup>18</sup> Così Cass. Sez. I, 2 luglio 2015 (dep. 2 settembre 2015), nr. 35818, Citibank N.A., in *Dejure*, da cui anche la citazione precedente. Per ulteriori profili giova citare direttamente: «Né, in linea teorica, il simultaneo processo nei confronti del responsabile del reato e dell'ente per l'illecito ad esso collegato può ritenersi condizione essenziale per procedere nei confronti del secondo, non essendovi ragione per discostarsi, in materia, dalle regole generali del processo di cognizione che ammettono in ogni ipotesi di connessione, persino nei confronti di coimputati del, medesimo fatto, la possibilità di procedere separatamente quando lo sviluppo processuale determina la divaricazione delle singole posizioni (soccorrendo eventualmente i rimedi previsti per il conflitto teorico di giudicati). Vale, a maggior ragione, considerare che nel caso in esame, identificabile o meno che apparisse l'autore delle *mail* "incriminate", il reato dallo stesso commesso (a fine 2003) era da ritenere oramai (nel 2014, e senza atto interruttivo di sorta) irrimediabilmente prescritto. La situazione in esame ricadeva perciò comunque nella previsione dell'art. 8, che alla lettera b) del comma 1 egualmente prevede la possibilità di procedere in via autonoma nei confronti dell'ente anche quando "il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia". La disposizione non richiede che la prescrizione risulti dichiarata con provvedimento giurisdizionale. E, specie alle luce delle considerazioni in premessa, la lettura sistematica delle partizioni del comma 1 riferite ad autore non identificato o non imputabile (lett. a) e a reato estinto (lett. b) rende assolutamente ragionevole un'interpretazione non frazionata del dato normativo: nel senso, cioè, che ove si proceda in via autonoma nei confronti dell'ente perchè è ignoto l'autore del reato, la (vera o presunta) identificazione dello stesso successiva alla scadenza del termine di prescrizione non richiede che l'azione nei confronti dell'ente debba avere nuovo corso. Non si ha, infatti, in questo caso immutazione del fatto generatore della responsabilità dell'ente nè del titolo della stessa».

l'ente. Il caso non appare però sovrapponibile a quello di autore non identificato: la formula l'imputato non ha commesso il fatto riguarda infatti la mancata sussistenza dell'elemento soggettivo e dà vita chiaramente a un'ipotesi differente, cosicché troverà applicazione la norma generale dell'art. 66<sup>19</sup>. Tale conclusione offre peraltro ulteriore conferma di due aspetti precedentemente menzionati: da un lato il fatto che persista in capo al giudice un dovere di accertamento incidentale del fatto di reato; dall'altro che l'art. 8 assume carattere derogatorio alla disciplina generale e che ha la sua giustificazione in limitate ipotesi di politica criminale<sup>20</sup>.

Dalle osservazioni sinora proposte non sembra pertanto possibile apprezzare una lesione della presunzione di innocenza dell'ente. Le deroghe dell'art. 8 non si traducono infatti in una rinnovata responsabilità oggettiva della persona giuridica: i criteri di imputazione sopravvivono comunque e il Pubblico Ministero avrà comunque un onere di prova relativamente a tali presupposti; d'altro canto l'ente avrà la possibilità di fornire la prova dei già citati fatti impeditivi. Un ruolo dirimente potrebbe in tal senso essere riconosciuto ai modelli di organizzazione e gestione e ai relativi strumenti di mappatura del rischio di cui all'art. 6 co. 2, ad esempio per i compiti specificamente deputati all'organismo di vigilanza. Ad essi potrebbe essere in particolare affidato un ruolo cruciale nel caso di autore non identificato: in tal senso si pone un tema generale di effettività di tali strumenti quanto alle regole generali di allocazione dell'onere probatorio, nel duplice senso che dovrà esservi un'attuazione efficiente ed effettiva di tali strumenti e che, di conseguenza, la loro corretta attuazione potrà evitare eventuali alterazioni o squilibri in tema

---

<sup>19</sup> Per tale conclusione si vd. anche AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 331; A. BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (Profili sostanziali e processuali)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, *Annali*, Milano, 2008, pp. 957-1015: 1008 e inoltre P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incertezze e anomalie delle regole di accertamento*, in *Responsabilità amministrativa degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, p. 230.

<sup>20</sup> Ancora AMODIO parla esplicitamente di «casi tassativi» (ancora nel suo saggio *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 330). In giurisprudenza si vd. a proposito Cass. SS.UU., 25 settembre 2014 (dep. 17 marzo 2015), nr. 11170, Pres. de Roberto, Rel. Marasca, Curatela Fallimento Uniland S.p.A. e a.: «Il citato articolo 8, in effetti, non consente la divaricazione tra il delitto contestato alla persona fisica e quello chiamato a fungere da presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente. Tale norma, infatti, si limita soltanto a prevedere l'insensibilità del processo *contra societatem* alla mancata identificazione o alla non imputabilità della persona fisica e all'estinzione del reato presupposto per causa diversa dall'amnistia».

di prova<sup>21</sup>. Tale aspetto è peraltro in qualche modo esplicitato per il caso dell'art. 7, laddove al co. 3 si afferma che: «Il modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio»; così pure al co. 4 è prescritta in termini positivi l'«*efficace* attuazione del modello» (corsivo aggiunto).

Non si può per contro tacere il fatto che, per le medesime ipotesi, il Pubblico Ministero può agire con un margine di discrezionalità assai ampio: a tal proposito la dottrina ha osservato che gli si potrebbe in astratto riconoscere persino «il potere di determinare il grado di effettività del diritto di difesa e del principio della presunzione di non colpevolezza [...] nella singola indagine, a seconda della tipologia dell'incolpato coinvolto (persona fisica e/o società)»<sup>22</sup>. L'osservazione si potrebbe riformulare in un quesito che, almeno in parte, richiama aspetti già esaminati a proposito della peculiare disciplina dell'archiviazione: se cioè la discrezionalità accordata in via generale all'organo d'accusa nel d. lgs. 231/2001 sia dotata di caratteri per così dire inquisitori. Simili perplessità appaiono forse insuperabili sul piano sostanziale: si pensi in particolare ai reati colposi, per i quali la previsione relativa all'autore non identificato appare particolarmente pregnante, ma senz'altro non elide un rapporto di dipendenza anche in tema di prova. L'assetto complessivo della disciplina non sembra tuttavia tradursi in un indebolimento dei valori costituzionali, solo che ad esempio si osservi che l'art. 8 si chiude, al co. 3, con la previsione relativa alla possibilità per l'ente di rinunciare all'amnistia. Anche nell'ipotesi in cui il Pubblico Ministero, non pervenendo a identificazione dell'autore del reato, possa giovare della previsione di cui alla lett. *a*, in realtà l'onere probatorio dei fatti principali graverà comunque su di lui: e vi rientrerà anche la prova del nesso di collegamento dell'«interesse» o del «vantaggio» procurato all'ente dall'ignoto autore, non potendosi risolvere la contestazione in una mera petizione di principio<sup>23</sup>.

Si potrà a tal proposito fare riferimento anche a quanto affermato in anni recenti dalla giurisprudenza di legittimità, dalla quale si evince come l'oggetto dell'art. 8 non sia in realtà la piena autonomia delle due fattispecie penale e

---

<sup>21</sup> In giurisprudenza si vd. la più volte citata Cass. SS.UU., nr. 38343/2014, Espenhahn e a.; ripresa anche da Cass. Sez. I, nr. 35818/2015, Citibank N.A., già citata alla nota 18.

<sup>22</sup> Così BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, cit., p. 63.

<sup>23</sup> Ivi, p. 60, per ulteriori aspetti.

amministrativa, bensì l'autonomia delle due condanne sotto il profilo processuale<sup>24</sup>. Da ciò trae conferma non solo la natura già citata dell'art. 8 quale norma processuale, bensì anche l'inapplicabilità al caso di specie del paradigma della pregiudizialità sostanziale. Si può avanzare un'ulteriore ipotesi: fatte salve le deroghe dell'art. 8, che hanno carattere tassativo nonostante la formulazione non del tutto puntuale, opera la norma generale dell'art. 66, che non postula affatto uno svilimento della presunzione di innocenza. L'art. 8 detta infatti, nei termini che sono stati già descritti, una regola di natura processuale, appunto di autonomia dei due percorsi e dei rispettivi esiti processuali.

Al contrario viene affermata dall'art. 66 una regola generale, in forza della quale il giudice che accerti la mancata integrazione del reato-presupposto in capo alla persona fisica dovrà anche dichiarare in sentenza l'insussistenza dell'illecito amministrativo<sup>25</sup>. La regola di cui al secondo periodo dell'art. 66 («Allo stesso modo procede quando manca, è insufficiente o contraddittoria la prova dell'illecito amministrativo») assoggetta l'ente, in termini di regola di giudizio, alla stessa scansione dell'art. 530 co. 2 c.p.p.: il che equivale ad affermare che opera a vantaggio dell'ente la stessa presunzione di innocenza, intesa quale regola di giudizio, che è presente nel codice di rito.

## 2. Colpevolezza e responsabilità: l'art. 69

La Sezione VII del Capo III del d. lgs. 231/2001 contiene, agli artt. 66-70, la disciplina degli epiloghi dibattimentali. L'art. 69 del d. lgs. 231/2001, rubricato *Sentenza di condanna*, recita al primo comma: «Se l'ente risulta responsabile dell'illecito amministrativo contestato il giudice applica le sanzioni previste

---

<sup>24</sup> In giurisprudenza un'ampia disamina di questi aspetti si legge recentemente in Cass. Sez. II, 16 giugno 2015 (dep. 10 luglio 2015), nr. 29512, Sicilfert s.r.l., in *Dejure* (fattispecie di cui agli artt. 640-bis, 316-bis c.p.), che a sua volta rinvia anche a Cass. Sez. III, nr. 20060/2013, Citibank N.A., già citata *supra*. Cfr. anche la già citata Cass. SS.UU., nr. 11170/2015, Curatela Fallimento Uniland S.p.A. e a.

<sup>25</sup> A commento della pronuncia di cui all'art. 66 si vd. anche la *Relazione*, § 20, che rileva come la formula dell'art. 530 co. 2 c.p.p. sia riproposta anche dall'art. 23, l. 689/1981 per il giudizio di opposizione all'ordinanza di ingiunzione per illeciti amministrativi.

dalla legge e lo condanna al pagamento delle spese processuali»<sup>26</sup>. La categoria della responsabilità viene già utilizzata all'art. 66 (*Sentenza di esclusione della responsabilità dell'ente*), ove per l'esclusione della stessa a carico dell'ente il giudice dovrà escludere la sussistenza dell'illecito amministrativo. Da tale punto di vista vi è perciò una simmetria formale, che forse spiega il sostanziale silenzio registrato a proposito in giurisprudenza.

Resta nondimeno spazio per un possibile nodo interpretativo, che può essere descritto in questi termini: se l'impiego di una categoria diversa dalla colpevolezza dell'imputato, vale a dire appunto la responsabilità dell'ente, impedisca dal punto di vista dell'interpretazione sistematica l'adozione delle medesime garanzie e dei medesimi diritti che sono riconosciuti dall'impianto codicistico all'imputato persona fisica. Il quesito riguarda la presunzione di innocenza e il diritto di difesa, cosicché il suo particolare riflesso nella formulazione dell'art. 69 finisce per ricollegarsi alle riflessioni già svolte circa il principio di colpevolezza e le garanzie costituzionali applicabili all'ente.

Già si è detto come la stessa Relazione ministeriale, nel richiamare brevemente la distinzione con la disciplina del codice di rito a proposito dell'art. 66, faccia espresso riferimento alla categoria della «responsabilità», affermando come: «Rispetto all'articolazione delle formule assolutorie nel processo penale, nel procedimento nei confronti dell'ente vi è spazio per una sola tipologia di sentenza, con la quale il giudice esclude la sussistenza della responsabilità. Tale *causa decidendi*, infatti, ricomprende tutte le ipotesi di esclusione della responsabilità amministrativa, che incidono sia sull'elemento reato, sia sui profili relativi all'imputabilità dell'illecito all'ente»<sup>27</sup>. Sul versante sostanziale già si è detto come, al di là dell'esplicito riconoscimento svolto ancora dal testo ministeriale, debba essere riconosciuta la presenza di un peculiare principio di colpevolezza applicabile alla persona giuridica; nondimeno la categoria della colpevolezza, intesa come possibilità di muovere un rimprovero soggettivo all'agente in relazione al fatto di reato, resta estranea

---

<sup>26</sup> L. LUPÀRIA, voce *Art. 69. Sentenza di condanna*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. CADOPPI-G. GARUTI-P. VENEZIANI, Milano, 2010, pp. 736-737; BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., pp. 1007-1012 e, dello stesso BERNASCONI, *sub Art. 69*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo*, cit., pp. 570-571.

<sup>27</sup> *Relazione*, § 20.

alla contestazione dell'illecito amministrativo, che non costituisce di per sé reato.

Da tale aspetto deve essere distinto il versante processuale, dove rispetto al riferimento alla sussistenza di una responsabilità quale oggetto della sentenza di condanna resta invece estranea la categoria della colpevolezza, così come è definita dall'art. 533 co. 1 c.p.p., cosicché potrebbe essere considerato del pari estraneo il canone dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» che la stessa norma richiede per lo *standard* probatorio necessario alla condanna dell'imputato persona fisica. Il «ragionevole dubbio» può a sua volta essere definito, anche in relazione all'obbligo di motivazione, come «dubbio resistente alla motivazione. [...] Il dubbio può dirsi ragionevole quando le prove acquisite nell'istruzione dibattimentale consentono una spiegazione alternativa dei fatti» cosicché «la presenza di un principio di prova o di una prova incompleta porterà all'assoluzione»<sup>28</sup>. Su tale aspetto bisogna in realtà sollevare un ulteriore quesito: la clausola dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» è stata introdotta tramite la modifica dell'art. 533 co. 1 ad opera della legge 20 febbraio 2006, nr. 46 (art. 5 co. 1), mentre nel testo precedentemente in vigore non figurava alcun riferimento<sup>29</sup>. Il dubbio risulterà quindi relativo alla tecnica di rinvio operata dal d. lgs. 231/2001: se di natura formale o recettizia; nel primo caso evidentemente non si porrebbe alcun problema relativo alla compatibilità delle due discipline. Ma tale ipotesi non appare sostenibile.

Il dato di partenza è quindi l'assenza materiale dall'art. 69 della formula introdotta all'art. 533 c.p.p. con la modifica del 2006. Ancora una volta si presentano tuttavia profili misti: di fronte all'indubbia assenza di tale paradigma dal dettato positivo dell'art. 69, si è osservato in precedenza come l'art. 66 rechi viceversa al co. 2 chiara impronta della regola di cui al terzo comma dell'art. 530 c.p.p., di modo da legittimare pienamente l'operatività della presunzione di innocenza intesa quale regola di giudizio (*in dubio pro reo*).

---

<sup>28</sup> Così E.M. CATALANO, *Il concetto di ragionevolezza tra lessico e cultura del processo penale*, in «Diritto penale e processo», XVII (2011), 1, pp. 85-99: 92; si vd. anche G. CANZIO, *L'«oltre ogni ragionevole dubbio» come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XLVII (2004), 3, pp. 303-312, e, della stessa CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, cit., pp. 258-262. Per profili di sintesi, tra altri, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2015<sup>16</sup>, pp. 218-220; G. CONSO-G. ILLUMINATI, *sub Art. 533*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura degli stessi, Milano, 2015<sup>2</sup>.

<sup>29</sup> Nel testo previgente: «Se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli, il giudice pronuncia sentenza di condanna applicando la pena e l'eventuale misura di sicurezza».

Il criterio risolutore del fatto incerto, ossia il «ragionevole dubbio», si estende infatti ex art. 530 co. 3 c.p.p. sino a ricomprendere le cause di giustificazione e le cause di non punibilità: tale previsione verrà estesa anche alla persona giuridica, come portato diretto della presunzione di innocenza. Si potrebbe d'altro canto affermare come l'illecito amministrativo non si fondi sulla stessa sistematica di elementi dell'illecito penale e conduca perciò alla conclusione che oggetto del giudizio e della sentenza non possa essere la colpevolezza dell'ente. In verità tale argomento potrebbe essere arginato sostenendo come oggetto per così dire materiale dell'illecito amministrativo sia proprio il reato-presupposto e non un'autonoma figura delittuosa e pertanto il problema andrà semmai traslato sui criteri di imputazione dell'ente.

L'alternativa tra colpevolezza e responsabilità conserva infatti un autonomo interesse interpretativo proprio con riguardo all'ipotesi, che qui si discute, dell'esistenza di una presunzione di innocenza applicabile alla persona giuridica. Gli artt. 66 e 69 sembrerebbero infatti ispirati da due differenti modelli: l'uno chiaramente rivolto alla logica dell'*in dubio pro reo*, rifacendosi alle formule codicistiche; l'altro lasciando per così dire incompiuta la transizione verso il modello del processo penale. L'asimmetria finisce quindi per avere solo carattere lessicale o riflette anche differenze concettuali? Sulla base della clausola dell'art. 34, più volte già richiamata, si potrebbe persino ipotizzare che la formula dell'art. 69 non sia coperta dal generale criterio di compatibilità con il codice di rito e che si ispiri invece a una regola di giudizio differente da quella dell'art. 533 co. 1 c.p.p., dando così vita a un grado logico inferiore appunto a quello dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Se tale ipotesi dovesse risultare fondata, è chiaro che l'intero sistema del processo penale amministrativo manifesterebbe un'opzione di giudizio in profonda dissonanza rispetto alla presunzione di innocenza.

La lacuna dell'art. 69 potrebbe tuttavia essere controbilanciata anche dalla disciplina dell'udienza preliminare, di cui all'art. 61, che sul punto introduce elementi ulteriori. Il primo comma di tale norma recita: «Il giudice dell'udienza preliminare pronuncia sentenza di non luogo a procedere nei casi di estinzione o di improcedibilità della sanzione amministrativa, ovvero quando l'illecito stesso non sussiste o *gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere in giudizio la responsabilità dell'ente*» (corsivi aggiunti). Di qui due fondamentali finalità: l'una volta a promuovere la *discovery* di materiale probatorio eventualmente

raccolto dopo l'esercizio dell'azione penale (cfr. artt. 421-422 c.p.p.); l'altra tesa a svolgere, per il tramite del giudice per l'udienza preliminare, una valutazione prognostica circa la probabile condanna. Quanto a tale ultima funzione, non pare azzardato rinvenire nell'udienza preliminare anche una sede di svolgimento della presunzione di innocenza, intesa quale verifica dell'assunto di parte dell'imputazione e quindi in ultima analisi come regola di giudizio<sup>30</sup>.

Si potrebbe per contro ipotizzare come il grado logico richiesto per la condanna dall'art. 533 c.p.p. non debba in ogni caso essere accolto entro un'interpretazione sistematica dell'art. 69 perché inerisce la struttura del reato e riguarda la persona fisica, che si rispecchia nella struttura codicistica: d'altra parte, come già osservato in precedenza, sul versante del diritto penale sostanziale il sistema del d. lgs. 231/2001 ha una struttura autonoma e per così dire autarchica. La responsabilità dell'art. 69 conferma però due dati: il tema del processo non è l'innocenza, come per il processo ordinario a carico della persona fisica; in secondo luogo, la responsabilità dell'ente non è di natura penale, fatte salve le peculiari finalità di prevenzione del rischio penale di impresa. In modo del tutto analogo a quanto accade nel codice di rito, nel d. lgs. 231/2001 lo statuto normativo della fase di decisione si declina agli artt. 66 e 69 sulla base di un criterio logico e di un processo inferenziale diversi rispetto a quelli che rispettivamente governano le altre fasi dell'*iter* procedimentale: in particolare rispetto a quello della fase cautelare, cosicché si può apprezzare la differenza di struttura logica tra l'art. 45 e lo stesso art. 69. In tal senso soccorre anche la lettera del testo dell'art. 45, il cui esordio è chiaramente costruito in funzione dell'accertamento della responsabilità («Quando sussistono gravi indizi per *ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente* per un illecito amministrativo dipendente da reato») e istituisce un deciso parallelismo con il primo comma dell'art. 273 c.p.p. («Nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza»), dove l'unico elemento di differenza, e non soltanto in termini lessicali, è costituito dal chiaro richiamo al dettato costituzionale.

---

<sup>30</sup> Sul punto in part. E. AMODIO, *Lineamenti della riforma*, in *Giudice unico e garanzie difensive*, a cura di E. AMODIO-N. GALANTINI, Milano, 2000, pp. 29-30; inoltre C. PIERGALLINI, *La regola dell'“oltre ogni ragionevole dubbio” al banco di prova di un ordinamento di Civil Law*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», L (2007), 2-3, pp. 593-647 (raccolto nel vol. *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di M. BARGIS-F. CAPRIOLI, Torino, 2007).

Da tale punto di vista un argomento di primario rilievo è rappresentato anche dall'estensione al d. lgs. 231/2001 delle norme sulla prova (Libro III, artt. 187 segg. c.p.p.). Il problema deve trovare positiva soluzione in virtù della clausola dell'art. 34. Dal punto di vista logico ne deriva un fondamentale corollario, in forza del quale la funzione probatoria (il riferimento va quindi all'art. 192 co. 2 c.p.p.) è assoggettata alla medesima scansione del codice di rito: all'interno del processo penale amministrativo troverà dunque applicazione la stessa disciplina generale, che incontra limiti solo ove siano previste discipline peculiari per fasi del procedimento (si pensi, ad esempio, agli artt. 421-422 c.p.p. o alla sistematica della materia cautelare). Tale profilo, di per sé generale, guadagna un ulteriore elemento a favore dell'estensione al d. lgs. 231/2001 della presunzione di innocenza intesa quale regola probatoria e regola di giudizio: estensione, quella in ipotesi, che prescinde dall'assenza della formula del novellato art. 533 c.p.p. e che sembra invece essere presente sulla scorta di solide convergenze.

Le osservazioni qui riassunte conducono a un quadro composito. Pur risultando la formula dell'«oltre ragionevole dubbio» estranea all'art. 69 (che è per così dire uniformato sulla versione dell'art. 533 c.p.p. anteriore alla novella del 2006), la presunzione di innocenza riceve una compiuta enunciazione all'art. 66 e deve essere quindi ritenuta operante in qualità di regola di giudizio all'interno del d. lgs. 231/2001. Il secondo aspetto riguarda l'accertamento di una 'responsabilità' in luogo della 'colpevolezza': come osservato già in precedenza, ciò costituisce un sintomo della natura non penale della responsabilità della persona giuridica, che si presenta come derivante da reato pur non costituendo essa stessa reato. L'ultimo aspetto riguarda il grado logico di certezza sotteso all'art. 69: pur non contenendo tale norma l'esplicito riferimento alla clausola dell'art. 533 c.p.p., l'analogia rispetto alle norme codicistiche e in particolare il parallelismo con i criteri inerenti la fase cautelare conducono a ipotizzare che operi anche nel d. lgs. 231/2001 un criterio di certezza (per la fase decisionale) positivamente contrapposto al criterio di probabilità della fase cautelare o, ancora, di possibilità per la fase delle indagini preliminari. Nel processo penale amministrativo la presenza di tali principi, come osservato già per altri aspetti, si coniuga naturalmente con la previsione di ulteriori e specifici criteri, come ben evidenzia la struttura del sistema cautelare.

3. *Le garanzie processuali applicabili all'ente nelle clausole degli artt. 34-35. Ipotesi relative al diritto al silenzio dell'ente*

La norma di riferimento per una disamina delle garanzie processuali applicabili all'ente è l'art. 35, rubricato *Estensione della disciplina relativa all'imputato*, che recita: «All'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili». La clausola di equiparazione, sulla quale si chiude la norma appena citata, trova il suo antecedente logico, oltre che testuale, al precedente art. 34, che declina – come già osservato – una ulteriore, generale clausola di compatibilità rispetto al codice di procedura penale.

Sul punto già la Relazione ministeriale sottolinea il ruolo del processo penale quale luogo di accertamento dell'illecito amministrativo e di realizzazione di un compiuto sistema di garanzie processuali a favore della persona giuridica. Si legge infatti nel testo:

Poiché l'illecito penale è uno dei presupposti della responsabilità, occorre disporre di tutti i necessari strumenti di accertamento di cui è provvisto il procedimento penale, nettamente più incisivi e penetranti rispetto all'arsenale di poteri istruttori contemplato nella legge 689/1981.

Per altro verso, la natura penale-amministrativa degli illeciti dell'ente, documentata dall'applicabilità di penetranti sanzioni interdittive derivate dall'armamentario penalistico e dalla stessa vicinanza con il fatto-reato, rende necessario prefigurare un sistema di garanzie molto più efficace rispetto a quello, per vero scarno, della legge 689. Di conseguenza, si è deciso di equiparare sostanzialmente l'ente all'imputato, così da metterlo nella condizione di poter fruire di tutte le garanzie che spettano a quest'ultimo<sup>31</sup>.

Entro tale cornice si colloca poi l'ulteriore distinzione relativa alla figura del legale rappresentante, che riguarda anche il problema della partecipazione dell'ente al procedimento. Il primo comma dell'art. 39 è infatti così congegnato: «L'ente partecipa al procedimento penale con il proprio rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo». Continua in proposito la Relazione: «In realtà, la parificazione all'imputato viene effettuata con riferimento all'ente in quanto

---

<sup>31</sup> *Relazione*, § 15.

tale, non al rappresentante legale, per il quale è previsto un regime peculiare che non lo esclude dalle garanzie riservate all'imputato, ma in taluni casi lo considera anche un testimone (v. art. 44)»<sup>32</sup>.

Da quanto sinora citato appare chiara, almeno a una prima impressione, la bipartizione della disciplina: da un lato l'equiparazione dell'ente all'imputato quale opzione generale del sistema, dall'altro il peculiare regime del legale rappresentante il quale, pur costituendo la figura esponentiale necessaria alla partecipazione dell'ente al procedimento (si è affermato in giurisprudenza che egli è «l'organo a cui spetta la competenza ad esternare la volontà del soggetto collettivo»<sup>33</sup>), è costruito secondo uno statuto intermedio, come si discuterà oltre. Sull'equiparazione affermata dall'art. 35 opera poi, attraverso la clausola di compatibilità del già citato art. 34, la previsione dell'art. 61 c.p.p., cosicché l'estensione delle garanzie si dipana attraverso l'intero arco procedimentale, poiché i «diritti e le garanzie dell'imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini preliminari».

L'ipotesi di una presunzione di innocenza riconosciuta all'ente trova un banco di prova nelle disposizioni appena citate e quindi nel tema delle garanzie processuali, per le quali potrà essere utile rifarsi alla generale delimitazione altrove osservata. Il tema riguarda, da più ampia angolatura, lo statuto dell'ente stesso nel processo, in forza della sua equiparazione all'imputato; ne derivano pertanto molteplici implicazioni relative alla dialettica tra i diversi soggetti processuali e alla partecipazione dell'ente alle diverse attività in sede di indagini e di giudizio<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Ivi, § 15.2.

<sup>33</sup> Così Cass. Sez. VI, 19 giugno 2009 (dep. 28 ottobre 2009), nr. 41398, Caporello, in *Dejure*; per la quale si vd. G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed "eterointegrazione" giurisprudenziale*, in «Cassazione penale», L (2010), 4, pp. 1383-1390.

<sup>34</sup> In argomento potrà risultare utile la definizione di autorevole dottrina a proposito delle garanzie processuali dell'imputato: «I profili nei quali si può riscontrare l'articolarsi di questa problematica sono molteplici: l'intensità di tutela apprestata all'interesse di libertà che il perseguito apporta nel processo a fronte dell'interesse pubblico rivolto alla repressione del reato e alla pronta reintegrazione dell'ordine sociale; la posizione che al medesimo soggetto è attribuita nelle relazioni con gli altri soggetti processuali, e in ispecie con gli organi pubblici; il ruolo e le possibilità di intervento che gli sono riconosciuti in sede di raccolta e di analisi del materiale probatorio, e quindi il grado di partecipazione consentitogli nell'elaborazione del giudizio che si svolge sulla sua persona» (DOMINIONI, voce *Imputato*, cit., p. 721).

Su un versante opposto ma complementare si pone il problema della distinzione tra ente e legale rappresentante. La disciplina dell'art. 39 contempla infatti l'individuazione di quest'ultimo soggetto all'interno della struttura organizzativa dell'ente, in un'ottica di evidente prevenzione di potenziali conflitti che peraltro, a differenza di altri snodi del d. lgs. 231/2001, sembra prendere le distanze da omologhi istituti civilistici<sup>35</sup>. Alla libertà di scelta del soggetto corrisponde, all'art. 39, l'incompatibilità derivante dallo *status* di imputato della persona fisica. Poste infatti le intersezioni con la figura del legale rappresentante, il centro di irradiazione di garanzie processuali resta la persona giuridica, quale soggetto del processo penale amministrativo e destinataria del sistema sanzionatorio ad esso collegato<sup>36</sup>. Tale assunto non fa naturalmente venir meno l'indagine relativa alle garanzie processuali del legale rappresentante e ai possibili conflitti, già insiti nella disciplina generale, tra diritto di difesa dell'ente e diritto di difesa del legale rappresentante. Da tale punto di vista autorevole dottrina ha da tempo già sottolineato la difficoltà di un'interpretazione complessiva, osservando che: «Il variegato mosaico delle situazioni soggettive lascia dunque intravedere la ricerca di difficili equilibri tra diritti delle persone e garanzie della *societas*», per le quali «si impone la più marcata sottolineatura circa il ruolo centrale del diritto al silenzio, soprattutto alla luce delle prime esperienze applicative dalle quali finora affiora una tendenza a costruire un dovere di collaborazione del responsabile amministrativo tale da costituire un limite alla operatività delle garanzie difensive»<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Cfr. Cass. Sez. VI, nr. 41398/2009, Caporello, già citata in precedenza: «Tale situazione, così come prevista dall'art. 39, non determina né la compromissione del diritto di difesa dell'ente (art. 24 Cost.), né costituisce violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), ovvero del giusto processo (art. 111 Cost.) [...]. A differenza di altre esperienze giuridiche in cui simili casi di conflitto tra ente e rappresentante sono risolti con la nomina di un terzo da parte del giudice, il legislatore italiano ha compiuto una scelta diretta ad evitare forme di invadenza giudiziaria all'interno dell'organizzazione della persona giuridica, rimettendo a quest'ultima ogni decisione al riguardo, nel rispetto della stessa struttura e degli organi del soggetto collettivo».

<sup>36</sup> Prosegue la già citata pronuncia, che sul punto afferma in modo pregnante: «Il mancato esercizio di tali facoltà rappresenta [...] una conseguenza determinata dalla opzione della persona giuridica di non essere presente nel procedimento – per non avere provveduto alla sostituzione del rappresentante legale “incompatibile” – e poiché secondo gli insegnamenti della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo il diritto di difesa è sempre condizionato alle determinazioni dell'imputato». Si vd. anche Corte cost., ord. 12 giugno 2007, nr. 186 (per inammissibilità).

<sup>37</sup> Così AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 332.

Alla luce di tali considerazioni, si potranno quindi esaminare le principali ricadute applicative delle clausole degli artt. 34-35, così da rinvenire un catalogo almeno generale delle garanzie riconosciute all'ente e da rilevarne, per taluni casi, le potenziali antinomie. Un primo punto di emersione di tali aspetti è la previsione dell'art. 44 co. 1, lett. *b*, dove la situazione astrattamente esaminata viene di fatto ricondotta all'ipotesi di imputato di reato connesso, il quale non potrà quindi essere sottoposto a esame testimoniale, ma potrà essere sentito con la modalità codicistica dell'esame di imputato di reato connesso ai sensi dell'art. 210 co. 1 c.p.p. Analogamente troverà applicazione quanto all'interrogatorio la previsione dell'art. 363 c.p.p., il quale a sua volta tesse un rinvio simmetrico al già citato art. 210 c.p.p.<sup>38</sup>. La conseguente applicazione del disposto dell'art. 197-*bis* del codice di rito rivela per contro una prima ipotesi di potenziale conflitto in ordine alla previsione generale relativa alla sentenza irrevocabile<sup>39</sup>.

L'approdo di tale ricostruzione, almeno ai fini della presente esposizione, è rappresentato dalla presunzione di innocenza, in relazione alla quale (come si avrà modo di precisare anche oltre: si vd. § 4), affiorano almeno due livelli di interrogativi: se il sistema del d. lgs. 231/2001 permetta di rinvenire un corredo di garanzie processuali per la persona giuridica; e se la parallela previsione di garanzie destinate al legale rappresentante non provochi una ripercussione negativa sull'effettività delle garanzie dell'ente stesso. Quanto al primo profilo, l'art. 34 rappresenta il punto di chiusura della disciplina, ma a ciò si aggiunge la positiva formulazione di alcuni istituti, quali ad esempio l'informazione di garanzia, disciplinata all'art. 57 in parallelo alla previsione generale dell'art. 369 c.p.p., al fine di istituire un altro canale di conoscibilità delle indagini accanto alla previsione del secondo comma dell'art. 55 (che a sua volta crea un parallelismo con l'art. 335 c.p.p.). A ciò si aggiunge la disciplina delle notificazioni, prevista all'art. 43, che prevede anche un peculiare regime di sospensione del procedimento, a sua volta non sostitutiva del regime della contumacia, come si vedrà in seguito. Anche la disciplina del giudizio, allestita

---

<sup>38</sup> La Relazione commenta sul punto: «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» (§ 15.3).

<sup>39</sup> PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 253; BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 989.

alla Sezione VII e già esaminata in precedenza, postula l'esigenza di discernere la posizione dell'ente da quella della persona fisica, anche con riferimento al principio della presunzione di innocenza intesa quale regola di giudizio.

Il problema delle garanzie processuali potrebbe anche essere descritto, con una minima semplificazione, nel senso che l'ente ne è soggetto beneficiario in quanto sono riconoscibili posizioni giuridiche di potere e dovere, ma non in quanto esso possa essere equiparato dal punto di vista oggettivo alla persona fisica<sup>40</sup>. Da ciò discende la necessaria esclusione, in precedenza già accennata, di norme calibrate sull'identità fisica, quali ad esempio gli artt. 66-70 o 213-214 c.p.p. per la ricognizione. A tale assunto potrebbe essere collegato anche un ulteriore aspetto, che a sua volta rappresenta un indice altamente problematico dell'intera disciplina: l'informazione di garanzia contempla che l'atto di costituzione formale di cui all'art. 39 sia a sua volta necessario a permettere la partecipazione dell'ente al procedimento e quindi l'esercizio del diritto di difesa. Tale conclusione non può però essere accolta, in quanto l'ente è legittimato all'esercizio di tale diritto (e quindi delle garanzie processuali che a esso si ricollegano) indipendentemente dalla costituzione e in forza della compatibilità del disposto dell'art. 61 c.p.p., in quanto sussunto nel sistema dalla clausola dell'art. 34: ne deriva però una generale incertezza circa situazioni che possono presentarsi negli snodi del procedimento, anche in rapporto con l'eventuale legale rappresentante imputato a sua volta di reato-presupposto.

Un sintomo potrà essere rintracciato già nella previsione del secondo comma dell'art. 43, che in deroga all'art. 39 co. 1 («L'ente partecipa al procedimento penale con il proprio rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo») afferma che: «Sono comunque valide le notificazioni eseguite mediante consegna al legale rappresentante, anche se imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo»<sup>41</sup>. Tale deroga viene giustificata dalla Relazione ministeriale con la finalità di «evitare disfunzioni nelle notifiche»; la stessa Relazione afferma inoltre che la disciplina, attraverso il rinvio all'art. 154 co. 3 c.p.p.,

---

<sup>40</sup> Su questo punto si vd. in part. [P.] CORSO, *La partecipazione dell'ente al procedimento penale*, cit., p. 244; PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 222, con ulteriori riferimenti.

<sup>41</sup> [P.] CORSO, *La partecipazione dell'ente al procedimento penale*, cit., p. 246 sottolinea che la previsione dell'art. 43 co. 2 esula dalla disciplina di incompatibilità dell'art. 39.

risulta complessivamente ispirata alla «disciplina stabilita per il processo civile (artt. 144, 145 c.p.c.)»<sup>42</sup>. Il tema, qui soltanto abbozzato, lascia anzitutto emergere gli ampi profili di contaminazione già rilevati a proposito di altre fasi del procedimento a carico dell'ente. Sulla disciplina dell'art. 43 co. 2, costruita in deroga al generale divieto di rappresentanza dettato all'art. 39 per l'imputato di reato-presupposto, la Corte costituzionale non ha per contro ravvisato un conflitto di interessi tale da porsi in diretta collisione con i valori del processo e ha anzi ritenuto come esso abbia natura meramente «eccezionale e patologica». Come segnalato in dottrina in modo condivisibile, tale previsione sembra però lasciare spazio a una possibile lesione delle garanzie della persona giuridica, soprattutto per la fase delle indagini preliminari<sup>43</sup>. D'altro canto una sospetta lesione potrà essere in tal senso argomentata sulla base del carattere assoluto del divieto di rappresentanza posto dall'art. 39 co. 1, che fa leva proprio sulla presunzione di incompatibilità per presidiare la piena garanzia del

---

<sup>42</sup> *Relazione*, § 15.3. Per i particolare caratteri della procura si vd. inoltre PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., pp. 51-52.

<sup>43</sup> La citazione precedente dalla già menzionata Corte cost., sent. 20-27 luglio 2011, nr. 249, Pres. Quaranta, Red. Lattanzi; sul punto si vd. le osservazioni di VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., pp. 172-173. In giurisprudenza cfr. ancora Cass. Sez. VI, nr. 41398/2009, Caporello. Nella citata pronuncia del 2011 viene peraltro introdotta un'importante precisazione relativa all'incompatibilità processuale del primo comma dell'art. 39, che nell'interpretazione della Consulta non equivale a incompatibilità relativa alle notificazioni, così facendo salva l'asimmetria dell'art. 43 co. 2: «Il rimettente muove dall'erroneo presupposto secondo cui le ragioni che determinano l'incompatibilità nel procedimento penale del legale rappresentante imputato del reato contestato all'ente siano automaticamente trasferibili nell'ambito del meccanismo notificatorio e comportino l'inidoneità della notificazione degli atti diretti all'ente, quando sia avvenuta mediante consegna a tale rappresentante. In questo modo vengono però sovrapposte, confondendole, due situazioni diverse, quella relativa alla legittimazione a rappresentare l'ente, costituendosi nel giudizio, e quella relativa all'idoneità a ricevere materialmente in consegna gli atti destinati all'ente. L'art. 39, comma 1, del d. lgs. n. 231 del 2001 prende atto della possibilità che tra l'ente chiamato a rispondere del reato commesso dal suo rappresentante e questo si verifichi un conflitto di interessi e per questa ragione, anche se si tratta di una mera eventualità, introduce un'incompatibilità processuale, escludendo che le due parti, imputato ed ente, possano essere impersonate nel processo dallo stesso soggetto; in tal modo viene garantita ad entrambe le parti la facoltà di elaborare autonomamente la propria strategia difensiva. La *ratio* dell'incompatibilità processuale non si estende però necessariamente alle notificazioni, che sono preordinate a porre l'ente a conoscenza dell'avvio e dello svolgimento del procedimento penale, perché la finalità cognitiva sottesa alla notificazione non è necessariamente pregiudicata dall'eventuale divaricazione degli interessi da far valere nel procedimento. La validità della notificazione al legale rappresentante, anche se imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo, muove dalla non irragionevole previsione che questi, nel fedele esercizio del proprio mandato, ponga gli altri organi dell'ente a conoscenza dell'atto notificato e permetta loro di valutare l'opportunità di far costituire l'ente con un diverso rappresentante, eventualmente nominato solo per partecipare al procedimento».

diritto di difesa dell'ente: anche la più recente giurisprudenza di legittimità sembra d'altronde suffragare tale ipotesi<sup>44</sup>.

D'altra parte esulano dalla necessità dell'art. 39, che è stata per tali ragioni qualificata anche come «presunzione *iuris et de iure* di conflittualità sostanziale e processuale»<sup>45</sup>, anche gli atti cosiddetti personalissimi, per i quali sia invece prevista la necessità di un procuratore speciale, come ad esempio la richiesta di giudizio abbreviato (cfr. art. 438 co. 3 c.p.p.) e analogamente l'applicazione di pena su richiesta delle parti (art. 446 co. 3 c.p.p.) o ancora la rinuncia all'udienza preliminare con richiesta di giudizio immediato (art. 419 co. 5 c.p.p.). La distinzione assumerà toni forse più sfumati nella prassi, poiché di fatto la nomina del procuratore speciale andrà a coincidere con quella del difensore prevista dall'art. 39: il discrimine risiederà però nell'indicazione delle facoltà cui inerisce la procura stessa conferita<sup>46</sup>. D'altra parte occorre almeno segnalare che la scelta di riti alternativi potrebbe a sua volta porre casi di divaricazione tra garanzie riconosciute al legale rappresentante in quanto viva voce dell'ente e legale rappresentante in quanto persona fisica, già a partire dai casi di separazione di cui all'art. 38 co. 2 del d. lgs. 231/2001.

Il perimetro delle garanzie processuali riconoscibili all'ente si colloca così a mezza via tra la disciplina positivamente prevista dal d. lgs. 231/2001 e la disciplina codicistica, che vi rientra per il tramite dell'art. 34. L'art. 39, in

---

<sup>44</sup> Si vd. Cass. Sez. V, 21 dicembre 2015, nr. 50102, *on line* su *Processo penale e giustizia*, che fa riferimento anche a giurisprudenza antecedente (si vd. Cass. SS.UU., nr. 33041/2015, Gabrielloni-Covalm Biogas, qui citata anche *infra* alla nota 50): «L'incompatibilità del legale rappresentante dell'ente a rappresentarlo nel procedimento a suo carico qualora egli sia contestualmente anche imputato per il reato presupposto della responsabilità addebitata alla persona giuridica, espressamente prevista dall'art. 39 [...], discende dalla presunzione *iuris et de iure* della sussistenza di un conflitto di interessi tra ente e suo rappresentante ed è destinata a rivelarsi già nel primo atto di competenza di quest'ultimo, cioè la scelta del difensore di fiducia e procuratore speciale senza la cui nomina il soggetto collettivo non può validamente costituirsi [...]. Qualora, in violazione di tale disciplina, il rappresentante incompatibile dovesse compiere, nell'interesse dell'ente, un qualunque atto difensivo, questo dovrebbe ritenersi assolutamente inefficace; con l'ulteriore conseguenza che l'eventuale nomina di un mandato privo di efficacia sarebbe *tanquam non esset* e gli atti compiuti dal difensore in esecuzione di un mandato privo di efficacia sarebbero inammissibili».

<sup>45</sup> Così VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 143; ma così si esprimeva già la giurisprudenza (con la già citata Cass. Sez. VI, nr. 41398/2009, Caporello), parlando di «situazione di obiettiva e insanabile conflittualità processuale [...]. Per questa ragione l'esistenza del conflitto è presunta *iuris et de iure* dall'art. 39 e la sua sussistenza non deve essere accertata in concreto».

<sup>46</sup> PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 236.

relazione alla costituzione dell'ente, risente come noto delle modalità di partecipazione delle parti private nel processo penale, soprattutto per quanto riguarda le forme della procura, previste al co. 3 con riguardo all'art. 100 c.p.p. Tuttavia la garanzia del diritto di difesa riconosciuta all'ente sembra rivelare una risolutiva analogia con lo statuto dell'imputato: non solo per la presenza della clausola generale dell'art. 35, ma anche per l'ammissibilità del diritto ad avvalersi di due difensori sulla scorta dell'art. 96 c.p.p.<sup>47</sup> e, ancora, per la presenza di una norma sulla difesa d'ufficio (art. 40), che replica la previsione dell'art. 97 c.p.p. per l'imputato. Queste essendo le premesse circa la partecipazione dell'ente, occorre anche osservare come il tema delle garanzie processuali e quindi del diritto di difesa si collochi entro la più generale ricognizione delle garanzie costituzionali applicabili alla persona giuridica e quindi, in ultima analisi, del canone del giusto processo come recepito dall'art. 111 Cost. (cfr. *supra* cap. II). L'estensione affonda nelle indagini preliminari e comprende: l'informazione di garanzia (art. 57), che è sagomata sugli istituti di cui agli artt. 369 e 369-bis c.p.p., ossia l'informazione di garanzia e l'informazione sul diritto di difesa<sup>48</sup>. Troverà applicazione anche l'avviso di conclusione delle indagini preliminari (art. 415-bis c.p.p.), con la conseguenza che si aprirà per l'ente uno spazio di contraddittorio sulla *discovery* attuata dall'avviso stesso.

La nomina del difensore (o, per meglio dire, di un massimo di due difensori) e i conseguenti diritti di difesa non hanno però un rapporto di necessaria dipendenza con la costituzione formale di cui all'art. 39. Sul punto dovrà peraltro segnalarsi che dottrina e giurisprudenza hanno dato vita a due contrapposte interpretazioni circa la necessità della costituzione dell'ente: il dettato dell'art. 39 co. 1 sembrerebbe infatti designare un carattere di necessarietà per l'atto di costituzione<sup>49</sup>. Si è già fatto cenno in tal senso ai procedimenti speciali; sulla stessa falsariga si colloca la rinuncia all'impugnazione di cui all'art. 589 co. 2 c.p.p., qui applicabile. Circa il profilo

---

<sup>47</sup> Su questo aspetto si vd. tra altri PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 243; VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., pp. 122-123.

<sup>48</sup> I. TAGLIANI, *Morfologia della fase investigativa*, in *Il processo penale* de societate, cit., pp. 199-246: 217; per ulteriori profili circa l'avviso ex art. 369-bis c.p.p. vd. [P.] CORSO, *La partecipazione dell'ente al procedimento penale*, cit., p. 252, con ulteriori riferimenti.

<sup>49</sup> In argomento si vd., con ulteriori riferimenti, [P.] CORSO, *La partecipazione dell'ente al procedimento penale*, cit., in part. pp. 257-258; inoltre PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 235-236.

in esame si ravvisa peraltro una recente soluzione proposta dalle Sezioni Unite, le quali hanno fornito precise indicazioni interpretative, da un lato affermando la diversa articolazione di costituzione dell'ente sulla base dell'art. 39 e partecipazione al procedimento e, dall'altro, legittimando la richiesta di riesame di cui all'art. 324 c.p.p. avverso il provvedimento che dispone sequestro preventivo da parte del difensore dell'ente anche in assenza di previa costituzione ex art. 39. Nell'autorevole arresto viene altresì affermato che tale facoltà sconterebbe il solo limite della comunicazione dell'informazione di garanzia dell'art. 57, in base al quale tale atto deve contenere «l'avvertimento che per partecipare al procedimento [l'ente] deve depositare la dichiarazione di cui all'articolo 39, comma 2»<sup>50</sup>.

Il problema delle garanzie processuali e, di converso, dell'estensione degli artt. 34-35 finisce così per trasferirsi alla portata applicativa dell'art. 39, nei

---

<sup>50</sup> Si allude al già citato arresto di Cass. SS.UU., nr. 33041/2015, Gabrielloni-Covalm Biogas, ove il precedente contrasto giurisprudenziale (si vd. pp. 6-7 del dattiloscritto per le relative indicazioni, peraltro qui citate nel prosieguo) viene composto sulla base di tali argomentazioni: «La necessità della previa costituzione dell'ente [...] discende, in primo luogo, dalla natura stessa di esso, come figura soggettiva potenzialmente anche complessa e necessitante di mezzi di esternazione della propria volontà diversi e più articolati di quelli dell'imputato/persona fisica; e discende, inoltre, dalla ulteriore necessità – che il legislatore ha avvertito e di fatto ha assunto come primaria, proprio per garantire all'ente di essere rappresentato senza ombre e sospetti di inquinamento della strategia difensiva prescelta – di rendere ostensibile quanto prima l'eventuale conflitto di interessi che (v. art. 39, comma 1) discenderebbe in via diretta e immediata dal fatto che il legale rappresentante individuato dall'ente per la costituzione fosse anche indagato o imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. [...] L'ente non costituito resta un soggetto indagato e in tale veste è non solo destinatario di tutte le iniziative del pubblico ministero finalizzate all'eventuale attivazione del processo ma anche, ineludibilmente, di tutte le garanzie assicurate a quest'ultimo. [...] In tutti questi casi e in casi a questi strettamente assimilabili, che saranno il frutto anche di attività ermeneutica del giudice di merito nell'ottica di una lettura costituzionalmente orientata, è indubbio che la nomina del difensore di fiducia da parte del legale rappresentante dell'ente, secondo il disposto dell'art. 96 cod. proc. pen., abilita quello al pieno esercizio delle facoltà descritte dalle norme di volta in volta considerate. [...] La detta nomina, anche a prescindere dalla costituzione nel procedimento, legittima il difensore di fiducia alle ulteriori e connesse iniziative nell'interesse dell'ente quali l'attivazione delle procedure di impugnazione cautelare, non meno connotate da urgenza, con esercizio di poteri che non possono essere meno ampi di quelli riconoscibili, nello stesso frangente, al difensore di ufficio che fosse designato in assenza della nomina del difensore di fiducia. [...] Va pertanto enunciato il seguente principio di diritto: “*In tema di responsabilità da reato degli enti, è ammissibile la richiesta di riesame presentata, ai sensi dell'art. 324 cod. proc. pen., avverso il decreto di sequestro preventivo dal difensore di fiducia nominato dal rappresentante dell'ente secondo il disposto dell'art. 96 cod. proc. pen., ed in assenza di un previo atto formale di costituzione a norma dell'art. 39 d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, sempre che, precedentemente o contestualmente alla esecuzione del sequestro, non sia stata comunicata la informazione di garanzia prevista dall'art. 57 del d. lgs. medesimo*”» (corsivi nel testo).

termini che seguono: la dichiarazione dell'art. 39 prefigura una regola generale per la partecipazione o ha anche effetto preclusivo per il compimento di atti del procedimento? Il quesito sorge ipotizzando casi nei quali le due situazioni di fatto coincidano: resta che l'ente potrà ad esempio eleggere domicilio senza necessità di previa costituzione (come si evince dall'art. 39 co. 3) o, ancora, nominare un difensore senza aver provveduto al già citato atto. Più complesse risultano le vicende relative ai cosiddetti atti personalissimi: stante che la procura prevista dall'art. 39 co. 2 è procura *ad litem* (cfr. art. 100 c.p.p.) e si distingue quindi da quella disciplinata dall'art. 122 c.p.p., la giurisprudenza sostiene in particolare la necessità di previa costituzione, a pena di inammissibilità, ove la scelta sia compiuta dal legale rappresentante oppure da procuratore speciale ex art. 122 c.p.p. Viene qui in luce una generale distinzione tra atti del procedimento e partecipazione dell'ente.

Circa la portata dell'art. 39 occorre concludere che essa vada interpretata nel senso di distinguere partecipazione dell'ente al procedimento e assistenza difensiva dello stesso. Ove tale distinzione non fosse prospettata, si finirebbe infatti per attribuire alla norma appena citata efficacia preclusiva della difesa dell'ente: avendo quest'ultima carattere di inviolabilità, la disciplina di cui sopra dovrebbe verosimilmente essere posta nel solco dell'illegittimità costituzionale. Tale distinzione era già stata articolata nella legge delega, ove si prevedeva che «per il procedimento di accertamento della responsabilità si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale, assicurando *l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale*»<sup>51</sup>. La costituzione dell'ente, che andrà collocata già nella fase delle indagini preliminari, rappresenterà quindi la premessa per la partecipazione dello stesso al procedimento, ma la sua mancanza, frutto della scelta del soggetto medesimo, non inibirà il suo diritto di difesa. La costituzione dell'art. 39 riguarda quindi l'effettività della partecipazione, non delle garanzie processuali riconosciute al soggetto<sup>52</sup>. A tali conclusioni si collegano poi due previsioni peculiari: l'una relativa all'informazione di

---

<sup>51</sup> L. 300/2000, art. 11 co. 1, lett. g; corsivi aggiunti.

<sup>52</sup> In dottrina si è a proposito osservato che «l'ordinamento – che non costringe l'ente alla partecipazione – non può tollerare che l'ente, con il suo comportamento, ostacoli lo svolgimento del procedimento penale a suo carico: di qui l'irrilevanza – ai fini dell'*iter* processuale – della decisione dell'ente di non partecipare, in quanto la rinuncia a svolgere un ruolo attivo non incide sul ruolo di soggetto passivo, che comunque l'ente ha, rispetto al procedimento a suo carico» ([P.] CORSO, *La partecipazione dell'ente al procedimento penale*, cit., p. 244).

garanzia dell'art. 57, la quale dovrà contenere «l'avvertimento che per partecipare al procedimento deve depositare la dichiarazione di cui all'articolo 39, comma 2»; l'altra derivante dalla mancata (o inammissibile) costituzione dopo la contestazione di cui all'art. 59 e fino al momento dell'udienza preliminare, dalla quale scaturirà la dichiarazione di contumacia da parte del giudice per l'udienza preliminare (art. 41)<sup>53</sup>, che non incide però sul diritto di difesa. Peraltro si potrà notare a riguardo un'ulteriore sfasatura: mentre la mancata costituzione nel processo dà luogo a contumacia, la mancata partecipazione all'udienza preliminare con previa costituzione non fa sorgere la medesima conclusione.

Un'altra ipotesi problematica circa il carattere della costituzione si deduce dall'impugnazione proposta contro misure cautelari interdittive o reali: in tal caso non si tratta infatti di atto personalissimo. L'art. 52 co. 1 introduce la legittimazione del difensore dell'ente e da ciò la giurisprudenza ha dedotto il carattere non necessario della costituzione<sup>54</sup>. Il problema nasce dalle modalità di partecipazione all'udienza camerale. Su questa specifica previsione potrebbe aprirsi un problema ulteriore, già segnalato in dottrina<sup>55</sup>: l'udienza fissata sulla base del secondo comma dell'art. 47 non prevede infatti per l'ente «l'avvertimento che per partecipare al procedimento deve depositare la dichiarazione di cui all'art. 39 comma 2» (come invece appunto per l'art. 57); analoga lacuna si potrebbe rinvenire all'art. 61, come è stato osservato, a proposito dell'udienza preliminare. Da tali snodi del procedimento non si evince quindi un'obbligatorietà della costituzione dell'ente. D'altro canto l'informazione di garanzia prevista all'art. 57 non ha carattere necessario, proprio come l'omologo codicistico, e il presupposto per la sua esistenza è un atto al quale il difensore ha diritto di assistere, cosicché saranno «ipotizzabili situazioni nelle quali l'ente non viene avvertito della possibilità di partecipare al procedimento, della necessità di farlo attraverso la dichiarazione di costituzione, della necessità che l'atto di costituzione risponda a precisi

---

<sup>53</sup> Per la sopravvivenza di questo istituto, non abrogato dalla citata legge nr. 67/2014, e per ulteriori aspetti si vd. [P.] CORSO, *La partecipazione dell'ente al procedimento penale*, cit., pp. 259-262; M. BONTEMPELLI, *La contumacia dell'ente e il processo "in assenza"*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., pp. 257-272: 257-258.

<sup>54</sup> Si vd. Cass. Sez. VI, 5 novembre 2007 (dep. 23 novembre 2007), nr. 43642, Quisqueyana; per la quale cfr. [S.M.] CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., p. 308. In proposito si vd. G. GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura dello stesso, cit., p. 288.

<sup>55</sup> [P.] CORSO, *La partecipazione dell'ente al procedimento penale*, cit., pp. 256-257.

requisiti formali»<sup>56</sup>. Le garanzie difensive non dovranno ritenersi, per ciò soltanto, escluse dall'*iter* del procedimento.

Dalla previsione dell'informazione di garanzia e dall'applicabilità dell'avviso dell'art. 415-*bis* c.p.p. deriva inoltre la facoltà di «presentare memorie e richieste scritte al pubblico ministero» nel corso delle indagini preliminari (cfr. art. 367 c.p.p.) e altresì il diritto di rilasciare spontanee dichiarazioni oppure, sulla base dello stesso art. 415-*bis* co. 3 c.p.p., di essere sottoposto a interrogatorio<sup>57</sup>. La facoltà di presentare memorie «in ogni stato e grado del procedimento» deve essere peraltro riconosciuta all'ente, in ottica generale, in forza dell'art. 121 c.p.p., che troverà a sua volta applicazione<sup>58</sup>. Anche l'applicazione dell'art. 364 c.p.p. circa la nomina e l'assistenza del difensore porta con sé implicazioni indirette, nel senso che *a fortiori* dovranno essere ritenuti applicabili la disciplina dell'interrogatorio (tranne, per l'ente, il rinvio all'interrogatorio di persona sottoposta a misura cautelare di cui all'art. 294 co. 6), dell'ispezione e del confronto, come richiamate dal primo comma dello stesso art. 364.

Un'ulteriore prospettiva relativa alle garanzie processuali dell'ente giunge dalla disciplina dell'incidente probatorio, che occupa il Titolo VII del Libro V del codice di rito (artt. 392-404 c.p.p.)<sup>59</sup>. Se l'ente viene ricompreso tra i soggetti coinvolti, si ammetterà come conseguenza il fatto che si applicheranno le disposizioni degli artt. 393 co. 2-*bis* e in particolare dell'art. 398 co. 3, quest'ultima riguardante l'avviso «alla persona sottoposta alle indagini, alla persona offesa e ai difensori» con rinvio testuale alla disciplina dell'art. 96 c.p.p. Da qui si evince verosimilmente la necessità di ipotizzare la costituzione dell'ente quale medio logico e procedurale per la partecipazione agli atti oggetto di incidente probatorio, tenendo anche conto del carattere generale dell'istituto, che costituisce una parentesi giurisdizionale volta all'anticipata formazione della prova: a richiedere l'incidente, ai sensi dell'art. 392 co. 1 c.p.p., potrà infatti essere il legale rappresentante previamente costituito. Tale

---

<sup>56</sup> Ivi, p. 257.

<sup>57</sup> In sintesi PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 243-244.

<sup>58</sup> [P.] CORSO, *La partecipazione dell'ente al procedimento penale*, cit., p. 257 nota.

<sup>59</sup> Sull'ammissibilità si vd. in part. A. BASSI-T.E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, pp. 558-559; per alcuni aspetti specifici dell'accertamento anche E. AMODIO, *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LI (2008), 4, pp. 1496-1506; in part. 1502-1504.

aspetto incide con particolare interesse sul diritto di difesa, sia con riguardo alla *discovery* totale degli atti di indagini prevista dal già citato art. 393 co. 2-*bis*, sia con riguardo al contraddittorio cartolare che si attiverà tramite il passaggio dell'art. 395.

Non potrà essere messa in dubbio neppure l'applicazione della disciplina relativa alle indagini difensive (artt. 391-*bis* segg. c.p.p.)<sup>60</sup>, che in contesti aziendalistici potrebbe peraltro prestarsi a molteplici applicazioni, sia con riferimento a contributi conoscitivi interni all'ente che con riguardo ad apporti di natura non giuridica. Troverà quindi applicazione anche l'ipotesi dell'art. 391-*decies* co. 3 c.p.p.

Andrà inoltre riconosciuto il diritto, previo avviso di rito, ad assistere ad accertamenti tecnici non ripetibili (art. 360 c.p.p. e art. 117 disp. att. c.p.p.); ma cfr. art. 97 co. 3 c.p.p.), a ispezioni di luoghi o cose, nonché a perquisizioni e sequestri (artt. 247, 253 segg. c.p.p.), per i quali si porrà l'ulteriore tema, di derivazione codicistica, relativo alle garanzie differenziate di assistenza e avviso<sup>61</sup>. Anche per tali evenienze opera in generale la previsione dell'art. 365 c.p.p., che postula un diritto del difensore di presenziare al compimento di tali atti senza avviso. Stante l'equiparazione generale tra ente e imputato, andrà ritenuto operante il principio dell'obbligatorietà della difesa tecnica, entro il quale si inserisce anche la già citata previsione dell'art. 40 circa il difensore d'ufficio<sup>62</sup>. Troveranno perciò applicazione anche disposizioni quali ad esempio l'art. 97 co. 4 c.p.p. circa l'assenza del difensore di fiducia. Si applicheranno pertanto anche le disposizioni degli artt. 102-108 c.p.p., nonché in particolare quella dell'art. 103 c.p.p. e la previsione codicistica in materia di legittimo impedimento del difensore. Dall'ipotesi di sospensione prevista dal quarto comma dell'art. 43 discende infine una garanzia particolarmente incisiva, che

---

<sup>60</sup> [P.] CORSO, *La partecipazione dell'ente al procedimento penale*, cit., p. 258.

<sup>61</sup> Vd. in part. M.L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. LATTANZI, Milano, 2005, pp. 591-648: 537-546.

<sup>62</sup> Cfr. la già citata Cass. Sez. VI, nr. 41398/2009, Caporello, per l'obbligatorietà della difesa tecnica anche in fase di indagini preliminari; per ulteriori riferimenti cfr. in part. P. CORSO, *Codice di procedura penale e processo penale minorile commentati con la giurisprudenza*, Piacenza, 2015, sub art. 322 c.p.p.; PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 244.

realizza una disciplina finanche più avanzata di quella prevista dagli artt. 420-*bis* segg. c.p.p. e segnatamente dall'art. 420-*quater*<sup>63</sup>.

\*\*\*

Il panorama sin qui proposto, pur mostrando alcune prospettive problematiche circa le garanzie processuali effettivamente riconosciute alla persona giuridica, non elide d'altronde la necessità di procedere a una verifica puntuale di compatibilità delle singole garanzie e della loro effettiva attuazione, nell'impossibilità, più volte osservata, di rinvenire un criterio interpretativo universale<sup>64</sup>. Un tema di indubbia rilevanza è in tal senso costituito dal riconoscimento di un diritto al silenzio proprio dell'ente, ossia di un'autodifesa passiva come prevista per l'imputato persona fisica dall'art. 64 co. 3, lett. *b* c.p.p. Il tema rientra nella garanzia costituzionale dell'art. 24 co. 2 Cost., con le relative implicazioni in tema di principi costituzionali alle quali già si è fatto cenno, ma specularmente si fonda anche sulla presunzione di innocenza, di cui al più volte citato art. 27 co. 2 Cost.<sup>65</sup>. Il tema è pertanto idoneo a mostrare implicazioni di più vasta portata.

L'estensione della disciplina codicistica dell'interrogatorio porta in luce anche la necessità, sottolineata da studi già più volte richiamati, di «distinguere la posizione dell'ente da quella del suo rappresentante, chiamato a rendere dichiarazioni al fine di accertare l'illecito amministrativo»<sup>66</sup>. Già si è detto del fatto che il d. lgs. 231/2001 imposti una sorta di asimmetria, in forza della quale il legale rappresentante è delineato dall'art. 39 in generale quale figura esponenziale della partecipazione dell'ente («L'ente partecipa al procedimento penale *con il proprio rappresentante legale*»; corsivi aggiunti), ma d'altro canto la stessa clausola dell'art. 39 co. 1, ultimo periodo, e la disciplina in tema di prova dell'art. 44 dimostrino che tra ente e rappresentante non vi è alcuna definitiva sovrapposizione e che anzi le due figure restano assoggettate

---

<sup>63</sup> Ivi, p. 243.

<sup>64</sup> Sul punto tra gli altri AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 329; inoltre TAGLIANI, *Morfologia della fase investigativa*, cit., p. 217.

<sup>65</sup> Una sintesi del quadro costituzionale di riferimento si legge in DOMINIONI-CORSO *et alii*, *Procedura penale*, cit., pp. 115-121.

<sup>66</sup> AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 332.

a regimi distinti<sup>67</sup>. Pur non ricevendo una disciplina compiuta, e ravvisandosi anzi la necessità di procedere a continue collazioni tra il sistema del d. lgs. 231/2001 e la disciplina codicistica, si legge qui il segno di una distinzione tra partecipazione del legale rappresentante e partecipazione dell'ente: è quest'ultimo che rappresenta il soggetto del sistema del processo penale amministrativo, ed è a quest'ultimo che fanno capo autonome garanzie processuali.

Dalla disciplina dell'art. 44 potranno persino ipotizzarsi situazioni di conflitto, solo che il legale rappresentante versi ad esempio in una delle situazioni previste dal co. 1, lett. *a*, per le quali si potranno ben immaginare casi di lesione del diritto di difesa dell'ente. Il tema potrebbe svilupparsi ad esempio a proposito delle dichiarazioni a carico di terzi, stante che tale soggetto, in quanto imputato di reato-presupposto e quindi inidoneo a svolgere le funzioni per la costituzione dell'ente di cui all'art. 39 (caso per il quale si applicherebbe la già citata disciplina dell'art. 208 c.p.p.), incarna potenziali situazioni di conflitto con la persona giuridica. Il problema si pone naturalmente in relazione agli avvertimenti di cui all'art. 64 co. 3, lett. *c* e co. 3-*bis* c.p.p.: il secondo comma dell'art. 44 prevede peraltro per tali situazioni di incompatibilità il rinvio alla disciplina dell'esame di imputato in procedimento connesso, di cui all'art. 12 co. 1 lett. *a* c.p.p.<sup>68</sup>. All'applicazione delle norme sull'imputato previste dal Titolo IV, Libro I c.p.p., con i naturali adattamenti, si affiancano infatti, come in parte già anticipato, le disposizioni previste per l'attività del Pubblico Ministero dal Titolo V, Libro V (artt. 358-378 c.p.p.), dove però si assisterà ad adattamenti più marcati, stante l'introduzione della disciplina dell'art. 55 del decreto.

Diverso il caso, maggiormente incisivo ai fini del presente discorso, della lett. *b* del primo comma dell'art. 44, il quale a sua volta può essere suddiviso in due ulteriori ipotesi. Il diritto al silenzio troverà infatti esplicito riconoscimento per l'ipotesi prevista dalla lettera della norma, ossia il rappresentante che «rivestiva tale funzione anche al momento della

---

<sup>67</sup> G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, cit., pp. 435-488: 419-420; P. BALDUCCI, *L'ente imputato. Profili di efficienza e di garanzia nel processo de societate*, Torino, 2013, in part. pp. 7-9.

<sup>68</sup> PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 248; BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 988.

commissione del reato»: il contributo di tale soggetto, non potendo essere assunto quale fonte testimoniale, dovrà infatti filtrare attraverso la disciplina dell'esame dell'imputato. Argomentando a ritroso dal disposto della lett. *b*, co. 1, potrà individuarsi il secondo caso nell'ipotesi del legale rappresentante che non rivestisse tale funzione al momento della commissione del reato in oggetto: in tale ipotesi occorre dunque concludere che non possa farsi luogo ad alcun *ius tacendi*? In verità la norma, forse ingannevole, discorre già al primo periodo della lett. *b* di un rappresentante costituito ai sensi dell'art. 39 co. 2: cosicché quest'ultimo, che rappresenta l'ente nel procedimento, dovrà essere garantito contro eventuali autoincriminazioni, che si ripercuotano anche contro la persona giuridica, sebbene non rivestisse tale ruolo al tempo della condotta delittuosa.

In ogni caso l'applicazione della disciplina dell'art. 64 c.p.p. importerà anche l'inutilizzabilità prevista dal co. 3-*bis* della norma. Da tale punto di vista l'art. 44, unica norma dettata dal d. lgs. 231/2001 in tema di prova<sup>69</sup>, segna una regola particolare, che vale a delimitare le rispettive garanzie di persona giuridica e di persona fisica; ma allo stesso tempo implica il fatto che troveranno applicazione, non essendovi ulteriori deroghe, le garanzie previste dalla disciplina codicistica. Stante il silenzio del d. lgs. 231/2001, il quadro di garanzie contemplato dall'art. 35 – e che, a sua volta, deve essere collocato entro la generale clausola di compatibilità dell'art. 34 – assume quindi la massima latitudine possibile, di tanto che andrà esclusa, anche sulla scorta di simile osservazione, la negazione del diritto all'autodifesa argomentata da dottrina e giurisprudenza straniera sulla scorta di un generale dovere di collaborazione posto in capo alle persone giuridiche<sup>70</sup>.

Si potrebbe qui far cenno a un ulteriore aspetto, che sembra accomunato dal medesimo carattere: come debba essere cioè ricostruita, sulla scorta dell'art. 34, la disciplina del giudizio applicabile all'ente. Un tema di particolare interesse potrebbe riguardare il principio di correlazione tra fatto illecito contestato e sentenza, che dovrà ritenersi applicabile nel prisma dell'art. 34. Si tratta di un'implicazione del principio del contraddittorio, ove ad esempio si consideri il tema del diritto alla prova dopo una eventuale contestazione suppletiva e quindi la previsione dell'art. 519 co. 1 c.p.p. Le implicazioni di tali

---

<sup>69</sup> Cfr. PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 247.

<sup>70</sup> Sul punto vd. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 333; con argomenti trattati anche da MARINUCCI, “*Societas puniri potest*”, cit., p. 1202.

assunti sono ancora di carattere costituzionale e riguardano l'estensione dell'art. 111 Cost., applicabile all'ente, in quanto attuativo del canone del giusto processo.

Un limite all'estensione delle garanzie processuali di origine codicistica andrà invece senz'altro ravvisato nella materia delle misure cautelari personali, alla quale si è già fatto cenno con il rinvio all'art. 294 operato in materia di nomina e assistenza del difensore. In questo caso il limite è di natura per così dire genetica e attiene alla fisionomia costituzionale del processo penale contro l'ente, per il quale non opera il canone di tutela della libertà personale dell'art. 13 Cost. La sfasatura contribuisce peraltro a completare la definizione delle garanzie costituzionali dell'ente: nel senso che mentre troverà riconoscimento, come già accennato, il diritto all'autodifesa perché l'ente rappresenta il canale di manifestazione della libertà morale del singolo, non troveranno speculari copertura le garanzie inerenti la libertà fisica del singolo, che non può evidentemente trovarsi rispecchiata nella persona giuridica.

Per quanto riguarda la materia cautelare, sarà viceversa applicabile in tema di garanzie processuali – considerate in un'accezione ampia – ad esempio la nullità speciale discendente dall'art. 292 c.p.p., come richiamato dall'art. 45, che finisce così per rappresentare un caso emblematico dell'operatività di uno statuto garantistico per l'ente<sup>71</sup>. L'ipotesi possiede verosimilmente un'utilità sul piano sistematico. Il limite così individuato conduce infatti a interpretare in modo ancor più pregnante il vaglio di compatibilità imposto dall'art. 34, al quale si aggiunge il filtro imposto dall'art. 39 co. 1 che, escludendo l'individuazione per la partecipazione dell'ente del rappresentante che sia anche imputato del reato in oggetto, comporta *a fortiori* l'esclusione della materia delle cautele personali quale possibile terreno sul quale discorrere di garanzie processuali.

---

<sup>71</sup> La Relazione (§ 17) afferma che «per il procedimento applicativo si è replicato il sistema previsto dal codice di rito per le misure cautelari nei confronti della persona fisica, con i necessari adattamenti».

4. *La partecipazione dell'ente al procedimento penale: il problema delle garanzie processuali e della presunzione di innocenza alla luce dell'interpretazione dell'art. 39*

Il secondo comma dell'art. 39, d. lgs. 231/2001 prevede che l'ente che intenda «partecipare al procedimento» sia tenuto a costituirsi «depositando nella cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente una dichiarazione», i cui requisiti sono fissati nel comma successivo «a pena di inammissibilità»<sup>72</sup>.

La natura di tale atto, che per quanto previsto al co. 3 pare avvicinarsi alle formalità previste per la partecipazione al processo delle parti private, deve in realtà essere interpretata alla luce dell'art. 35, nonché del successivo art. 40 sul difensore d'ufficio, entrambe rivolte a istituire un chiaro parallelo con la figura dell'imputato<sup>73</sup>. D'altra parte depone in tal senso anche la previsione del comma 2, lett. *d* del citato art. 39, relativa alla dichiarazione o elezione di domicilio, per il quale si imporrebbe poi a sua volta un confronto con la disciplina dell'art. 161 c.p.p. (nonché, a sua volta, con quella degli artt. 154 e 157 del codice di rito), richiamata come già osservato anche dall'art. 39 co. 3. L'estensione della previsione dell'art. 39 si estende alle indagini preliminari e si dipana lungo l'intera fase del giudizio<sup>74</sup>: diverse sono tuttavia le conseguenze della mancata costituzione, poiché se nella fase del giudizio essa produce eventualmente la contumacia prevista dall'art. 41, nel segmento antecedente non si darà luogo ad alcuna variazione nello svolgimento delle indagini e nella eventuale applicazione di misure cautelari.

Secondo quanto affermato dalla Relazione ministeriale, la particolare natura della costituzione dell'art. 39 deriverebbe dal peculiare regime di autonomia-sovrapposizione tra ente e legale rappresentante previsto dall'art. 44<sup>75</sup>. Emerge inoltre in modo limpido, anche da quanto considerato in precedenza, l'esistenza di un «doppio regime processuale»<sup>76</sup> per il legale

---

<sup>72</sup> Essi sono: a) la denominazione dell'ente e le generalità del suo legale rappresentante; b) il nome ed il cognome del difensore e l'indicazione della procura; c) la sottoscrizione del difensore; d) la dichiarazione o l'elezione di domicilio.

<sup>73</sup> In tal senso ad es. GARUTI, *La procedura per accertare la responsabilità degli enti*, cit., pp. 689-690.

<sup>74</sup> FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale*, cit., p. 467.

<sup>75</sup> *Relazione*, § 15.2.

<sup>76</sup> Così BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 989.

rappresentante, che non risolve però del tutto il problema delle aree di conflitto, anche a livello teorico, che possono determinarsi. In tal senso un profilo esemplare si potrà già rilevare, sul piano sostanziale, dalla previsione dell'art. 6 co. 1, lett. *c* e *d*, ossia dalle ipotesi di elusione fraudolenta del modello di organizzazione e gestione e di omessa o insufficiente vigilanza dell'organismo previsto dalla lett. *b*, ossia appunto l'organismo di vigilanza. In entrambe le ipotesi, l'agente potrebbe ben essere il legale rappresentante dell'ente: occorrerà pertanto considerare come le situazioni di conflitto siano già autonomamente tipizzate sul versante sostanziale, con particolare riguardo alle possibili tensioni che si verificherebbero in relazione alla prova dei fatti impeditivi qui disciplinati.

Il tema rileva però in questa sede per il versante processuale. Come già parzialmente anticipato, il perimetro dettato dalle norme non esaurisce infatti i problemi legati alla partecipazione dell'ente al processo penale. Appare in particolare problematica l'ipotesi di cui all'art. 44 co. 1, lett. *b*, in quanto pone un problema di interpretazione letterale e di coerenza sistematica della disciplina: la norma detta che «Non può essere assunta come testimone [...] la persona che rappresenta l'ente indicata nella dichiarazione di cui all'articolo 39, comma 2, e che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del reato»<sup>77</sup>. L'ipotesi che potrebbe prospettarsi è quella del rappresentante che abbia assunto tale ruolo successivamente al *tempus commissi delicti*: se sul piano interno alla norma si giungesse ad argomentare che quest'ultimo sia idoneo a essere assunto quale testimone, sul piano sistematico dovrebbe viceversa concludersi che esso ricadrà comunque nella previsione generale dell'art. 35, in quanto rappresentante dell'ente. La norma sconta quindi un non trascurabile tasso di ambiguità: il fatto che l'estensione delle garanzie processuali dell'imputato sia rivolta all'ente e non al rappresentante non vale infatti a escludere talune sovrapposizioni nella prassi<sup>78</sup>. In tale contesto si colloca peraltro anche il divieto di interpretazione estensiva o analogica delle

---

<sup>77</sup> Cfr. *Relazione*, § 16.

<sup>78</sup> Sul punto si ricorda che in dottrina, nel tentativo di superare la difficoltà, «taluno ha affermato che l'incompatibilità a testimoniare deve essere riconosciuta sempre a chi rappresenta l'ente nel procedimento, indipendentemente dalla sua qualifica al momento della commissione del reato [...]; altri ha preferito interpretare la norma come se l'obbligo di testimoniare fosse riferito proprio al rappresentante legale al momento del reato, ma in seguito sostituito nella carica (anziché a quello che rappresenta l'ente nel procedimento)»: così in PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 249.

cause di incompatibilità, affermato dalla Corte costituzionale<sup>79</sup>: d'altra parte il dato testuale dell'ipotesi di cui alla lett. *b* appare inequivoco ed esprime la chiara volontà di circoscrivere l'incompatibilità al *tempus commissi delicti*<sup>80</sup>. Ciò potrebbe in linea di principio equivalere a imporre per l'ente (non per il legale rappresentante, che costituisce regime distinto) la presunzione di innocenza quale generale principio dell'accertamento processuale: ma la norma, come già osservato, si piega a una pluralità di declinazioni concrete non altrettanto pacifiche.

Il contributo del rappresentante subentrato successivamente alla commissione del reato potrà invece essere acquisito come fonte testimoniale: si osserva a proposito che «il suo obbligo testimoniale assicura un contributo conoscitivo dall'interno della organizzazione del soggetto collettivo ed evita manovre strumentali», pur non riuscendo tale disciplina a neutralizzare il pericolo di strategie per così dire elusive dell'ente circa la scelta del rappresentante<sup>81</sup>. Non si può peraltro tacere il fatto che tale disciplina finisca comunque per scontare un inevitabile tasso di imprecisione, nel senso che le situazioni che possono concretamente prospettarsi sfuggono in ultima analisi al perimetro della norma: e così, se si osserva correttamente che imporre un obbligo testimoniale a un soggetto 'nuovo' dell'organizzazione societaria potrebbe arrestarsi di fronte ai limiti delle sue effettive conoscenze della gestione interna, è vero per contro che potrebbe trovare applicazione anche la previsione generale dell'art. 195 c.p.p.

Un altro e in verità maggiore pericolo di conflitto con le garanzie dell'ente «si prospetta sul piano dei principi costituzionali (art. 24 comma 2 Cost.)»<sup>82</sup>, solo che si assuma ad esempio il caso per così dire tipico (e appunto derivante da un'interpretazione *a contrario* della lettera dell'art. 44 co. 1 lett. *b*) del rappresentante legale costituito ai sensi dell'art. 39 che, non rivestendo tale qualifica al momento della commissione del reato, dovrà essere sentito quale testimone: è chiaro che si determinerà un conflitto sotterraneo e che questi finirà, almeno in ipotesi, per esprimersi contro l'ente che è incolpato nel

---

<sup>79</sup> Corte cost., sent. 17 luglio 2000, nr. 294, Pres. Mirabelli, Red. Flick.

<sup>80</sup> BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 990; M. CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società" nel d.lg. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2002, p. 24 (ripreso ora nel suo *Procedura penale delle società*, cit., pp. 77-82).

<sup>81</sup> PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 250.

<sup>82</sup> Ivi, p. 251. Sul tema si vd. anche G. FIDELBO, *La testimonianza: casi di incompatibilità*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, cit., pp. 489-502: 496-500.

procedimento. In questi casi la possibile lesione alle garanzie processuali dell'ente finisce per essere non direttamente paventata dalle norme in oggetto, ma desumibile dal loro normale contesto applicativo: in tal senso la via d'uscita potrebbe provenire soltanto da una diversa ricostruzione delle cause di incompatibilità, tale da non attribuire carattere tassativo alle previsioni dell'art. 44<sup>83</sup>. Alla luce di quanto precedentemente esposto, tale soluzione non appare però percorribile.

La disciplina dell'art. 44 fornisce d'altra parte la raffigurazione di una realtà complessa: la *ratio* generale resta il fatto che in essa appaia una precisa scelta di sistema, che esclude in capo al rappresentante (il quale, identificato sulla base del momento in cui si è verificata la condotta delittuosa, potrebbe portare nel processo un rischio di autoincriminazione per l'ente che rappresenta) il dovere di testimoniare, in quanto quest'ultimo costituirebbe in astratto una violazione del diritto al silenzio e delle garanzie difensive che si intendono invece riconoscere alla persona giuridica, cui va riconosciuto il diritto a non produrre una narrazione *contra se*. La potenziale contraddizione è colta appieno dalla Relazione ministeriale, che rileva come l'accostamento di tale figura a quella del testimone, come ad esempio nella legislazione francese, «presuppone che il rappresentante può essere costretto a comparire in giudizio con la forza pubblica e può essere condannato al pagamento di una multa in caso di mancata comparizione»<sup>84</sup>. La Relazione continua affermando che la posizione del rappresentante appare d'altra parte «più vicina a quella di un imputato, sebbene *sui generis*, in quanto ad esso spetta il compito di assicurare le prerogative difensive alla persona giuridica, che è il vero imputato del processo»<sup>85</sup>. Lo statuto del rappresentante oscilla quindi tra i diritti dell'imputato e i doveri del testimone. Ciò conferma una volta di più il fatto che il centro di imputazione resta l'ente, nei confronti del quale il

---

<sup>83</sup> Su tale problema si vd. in part. G. RANALDI, *L'accertamento della responsabilità delle persone giuridiche*, in *La prova penale*, I, *Il sistema della prova*, trattato diretto da GAITO, cit., pp. 570-574; H. BELLUTA, *Art. 44*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo*, cit., *ad vocem*; FERRUA, *Il processo penale contro gli enti*, cit., p. 238, che ne evidenzia il carattere illogico; P. MOSCARINI, *Le cautele interdittive nel procedimento penale "de societate"*, Roma, 2010, pp. 7-13; BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 639.

<sup>84</sup> *Relazione*, § 15.2. Su questi aspetti si vd. BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 990 e in part. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti*, cit., p. 238.

<sup>85</sup> BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 990.

rappresentante svolge funzioni necessariamente vicarie: è nell'ottica di tutela della persona giuridica che è perciò concepita la disciplina dell'art. 44 ove, venendo meno l'assimilazione alla figura del testimone, è caducato anche l'obbligo di verità previsto dagli artt. 198 e 497 c.p.p.

Nella scelta dell'art. 44 si possono quindi isolare due implicazioni sistematiche: da un lato viene escluso *a priori* il rappresentante che sia anche imputato del reato-presupposto (e quindi non idoneo per la rappresentanza dell'ente, sulla base dell'art. 39 co. 1), il quale sarà autonomo destinatario di garanzie processuali; dall'altro, e tramite lo stesso rappresentante, si costruisce per la persona giuridica un regime che, pur nella sua complessità, estende le garanzie processuali dell'imputato e tributa all'ente la tutela di valori processuali di rango costituzionale. L'autonomia di scelte difensive accordata all'ente sulla base dell'art. 24 co. 2 Cost. non può d'altra parte valere a privare l'imputato persona fisica, di un proprio, speculare diritto, che gode peraltro di un paradigma costituzionale di inviolabilità. Non apparirà pertanto illegittimo ipotizzare che tale scelta sia conforme al principio della presunzione di innocenza, intesa nella sua particolare declinazione di divieto di anticipazione della condanna e di assimilazione dell'imputato al colpevole: come già sottolineato, la scelta dell'art. 44 è infatti ispirata a una regola di prevalenza del diritto di difesa dell'ente incolpato.

Un possibile punto di frizione con questa ricostruzione potrebbe venire dalla materia cautelare e segnatamente dall'art. 45 co. 1, il quale non richiama tra le esigenze mutuate dalla disciplina codicistica, pur con i necessari adattamenti, il pericolo di inquinamento probatorio previsto all'art. 274 co. 1, lett. *a* c.p.p. Da ciò deriva che non potrà trovare applicazione la previsione dell'ultimo periodo, ispirata al *favor rei*. Qui peraltro – come verrà spiegato anche in seguito (cfr. *infra* cap. V) – si pone un particolare problema di compatibilità con la presunzione di innocenza, intesa ancora quale regola di trattamento, in relazione alle finalità di cautela extraprocessuale previste, a loro volta derivanti da finalità atipiche cui è assoggettata in questa sede la giurisdizione penale<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> Sull'argomento si vd. P. CORSO, *Le misure cautelari interdittive applicabili agli enti responsabili di illeciti amministrativi*, in «Corriere tributario», XXIX (2007), 1, pp. 44-45, il quale precisa che «L'accertamento della eventuale responsabilità amministrativa dell'ente presuppone [...] il superamento della presunzione di non colpevolezza che assiste l'ente in forza

Sul punto trova però spazio un'osservazione per così dire concorrente: nel disegno normativo relativo alla partecipazione dell'ente il valore accordato alle garanzie processuali e alla tutela della presunzione di innocenza appare infatti complessivamente preminente rispetto ad altre finalità. D'altra parte la stessa scelta di sagomare le modalità di costituzione a quella delle parti private non vale a diminuire la precisa opzione in punto di garanzie processuali, per le quali (cfr. artt. 35, 40) tornerà a prevalere l'equiparazione con l'imputato persona fisica.

Resta spazio per qualche riflessione ulteriore. L'avvicinamento alla figura dell'imputato e alle sue garanzie non appare infatti sufficiente a risolvere un'ulteriore peculiarità del sistema così disegnato: ossia che all'ente siano accordate garanzie processuali e, in via sovraordinata, la presunzione di innocenza nonostante esso non sia – come chiarito, oltre che dalla giurisprudenza di legittimità, anche dalla Corte costituzionale – coimputato nel fatto di reato commesso dalla persona fisica e soprattutto nonostante il fatto che il reato costituisca soltanto uno degli elementi costituenti l'illecito amministrativo del quale esso è responsabile<sup>87</sup>. Se si ammette come vero tale assunto, occorrerà anche concludere che l'interpretazione di tale particolare costruzione processuale e normativa si dipana in due principali direzioni. Da un lato, essa si pone in modo problematico nei confronti del paradigma della responsabilità delle persone giuridiche avente natura penale, nel senso che

---

della estensione della disciplina relativa all'imputato affermata nell'art. 35 del decreto legislativo: estensione che è affermata con riguardo alle disposizioni processuali relative all'imputato e che, pertanto, comprende anche le norme processuali *extra codicem*, siano esse in leggi o addirittura nella Costituzione». Sul quadro costituzionale si vd. ora anche il recente contributo di F. CERQUA, *Cautele interdittive e rito penale. Uno studio sulle alternative ai modelli coercitivi personali*, Rimini, 2015, pp. 20-35, 166-168.

<sup>87</sup> Corte cost., sent. 9 luglio 2014, nr. 218, Pres. Cassese, Red. Lattanzi. La sentenza, pur riguardando aspetti diversi del d. lgs. 231/2001, contiene alcune affermazioni di principio dotate di valore generale per l'interpretazione del sistema: «[...] è fondatamente contestabile che l'ente possa essere considerato coimputato dell'autore del reato. Infatti si è ritenuto che, nel sistema delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001, l'illecito ascrivibile all'ente costituisca una fattispecie complessa e non si identifichi con il reato commesso dalla persona fisica (Cassazione, sezione sesta penale, 5 ottobre 2010, n. 2251/2011), il quale è solo uno degli elementi che formano l'illecito da cui deriva la responsabilità amministrativa, unitamente alla qualifica soggettiva della persona fisica, alle condizioni perché della sua condotta debba essere ritenuto responsabile l'ente e alla sussistenza dell'interesse o del vantaggio di questo. Ma se l'illecito di cui l'ente è chiamato a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 non coincide con il reato, l'ente e l'autore di questo, non possono qualificarsi coimputati, essendo ad essi ascritti due illeciti strutturalmente diversi». In senso contrario – ma, rileva la Corte, in modo isolato – Cass. Sez. VI, 5 ottobre 2010, nr. 2251.

riesce a costruire un sistema di garanzie processuali coincidenti (salvo i necessari adattamenti, di cui si è già detto, derivanti dal fatto che non si applica il quadro costituzionale relativo alla libertà della persona fisica) con quelle del processo penale, pur non avendosi sul piano sostanziale una responsabilità di natura penale. D'altro canto la costruzione di cui si discorre ha caratteri originali e realizza, come già accennato, una dimensione atipica della giurisdizione penale: il che sul piano interpretativo impone una verifica puntuale degli istituti da questa realizzati, nonché l'osservazione di finalità di prevenzione che necessariamente influiscono su alcuni segmenti del procedimento, quale ad esempio quello cautelare.

Dalla clausola di compatibilità dell'art. 34 e dalla clausola di equiparazione processuale dell'ente all'imputato, scolpita all'art. 35, si potrà quindi verosimilmente trarre conferma di un dato sistemico, già accennato in precedenza, vale a dire la diversa configurazione del d. lgs. 231/2001 sul piano sostanziale e processuale. Mentre dal lato sostanziale il provvedimento si pone infatti quale sottosistema autonomo rispetto al codice penale (seleziona un catalogo tassativo di reati-presupposto, rispetto ai quali istituisce propri criteri di imputazione), sul piano processuale vi è un rapporto di complementarità-compatibilità rispetto al codice di procedura penale, come ben si legge all'art. 34, che sul punto afferma: «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 del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271». La lettera del testo postula una sorta di verifica induttiva: per le norme processuali si partirà dalla disciplina positiva del Capo III (artt. 34-82, quindi fino all'intera disciplina dell'esecuzione) e, in quanto compatibile e solo ove non vi sia esplicita previsione sostitutiva dello stesso Capo III del decreto, si applicheranno le norme del codice di procedura penale<sup>88</sup>. In punto di garanzie processuali, e quindi di rinvio posto dall'art. 35, il tema risulterà quindi aperto a tale verifica; allo stesso tempo in tale ottica si apprezza il valore dell'art. 34 quale norma di chiusura del sistema stesso.

La presunzione di innocenza potrà essere riconosciuta all'ente attraverso l'estensione a quest'ultimo delle garanzie proprie dell'imputato – prima tra

---

<sup>88</sup> Una sintesi in BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., pp. 1006-1007.

tutte quella contro l'autoincriminazione – e in generale attraverso l'applicazione delle regole in tema di prova, tra le quali rientra anzitutto la disciplina dell'esame dell'imputato, anche per le implicazioni che derivano dalla disciplina della connessione (art. 12 co. 1 c.p.p.) come richiamata dalla norma positiva di cui all'art. 44 del decreto. Il tema è però passibile di ulteriori estensioni. Troverà infatti applicazione, almeno in via generale, la disciplina delle invalidità, alle quali si aggiunge la nullità speciale prevista dall'art. 61 co. 2; a ciò si aggiunge che l'applicazione delle norme in tema di giudizio e di dibattimento porta ad applicazioni tipiche tanto in tema di invalidità che di norme sulla prova, solo che ad esempio si pensi alla disciplina delle questioni preliminari (art. 491 c.p.p.) e quindi ad esempio tanto a questioni assolute (co. 1) quanto invece ad altre relative, quali ad esempio quelle attinenti il fascicolo del dibattimento (co. 2). La già citata nullità speciale prevista dal secondo comma dell'art. 61 presenta un rafforzamento delle garanzie processuali e del diritto di difesa in particolare, laddove la mancata enunciazione del fatto «in forma chiara e precisa» (cfr. art. 417 co. 1 lett. *b* c.p.p.) come già prescritta per la contestazione dell'illecito amministrativo dall'art. 59, incidendo sull'esercizio del diritto di difesa, comporterebbe anche in assenza di specifica previsione una nullità di ordine generale ai sensi dell'art. 178 del codice di rito.

Le norme che disciplinano la fase del giudizio (Sezione VII, artt. 65-70) si limitano alle condotte riparatorie prima dell'apertura del dibattimento e alla disciplina del giudizio. La clausola di compatibilità dell'art. 34 raggiunge quindi la massima estensione; d'altro canto anche l'istruzione dibattimentale è materia per la quale il rinvio alla disciplina codicistica è integrale. Tali aspetti conducono all'ipotesi che il d. lgs. 231/2001 non contenga, sul versante processuale, deroghe sistematiche alle garanzie processuali accordate dal codice di rito all'imputato persona fisica. Resta estranea a tale contesto la previsione dell'art. 44 co. 1 lett. *b* che, come già osservato, dà vita a un mosaico di situazioni processuali foriero di applicazioni problematiche. La norma è infatti animata dall'incontestabile tentativo di legittimare l'estensione all'ente del generale principio del *nemo tenetur se detegere*, ma non riesce a risolvere tutte le antinomie derivanti dalla sovrapposizione, ineliminabile nella realtà operativa dell'ente e nella sua partecipazione al procedimento penale, tra quest'ultimo e il legale rappresentante.

Si potrebbe in tal senso persino ipotizzare un tentativo di complessiva ricostruzione: l'eventuale lesione della presunzione di innocenza o, per altro

verso, del diritto parimenti costituzionale di difesa non proviene dalle garanzie processuali applicabili all'ente, che provengono dal contesto del codice di rito tramite la clausola dell'art. 34, bensì in ipotesi dalle modalità di partecipazione al procedimento, che non esauriscono forse del tutto le potenziali situazioni di sovrapposizione e conflitto con le garanzie proprie della persona fisica. Il riferimento corre ancora una volta al tema del diritto al silenzio e, per quanto riguarda l'ipotesi dell'art. 44 co. 1, lett. *b*, finanche a quello del cosiddetto mendacio difensivo nonché, più in generale, dei limiti posti dalla cosiddetta autodifesa attiva dell'art. 64 co. 1, lett. *a* c.p.p. Le possibili soluzioni ai casi residui, che la norma non riesce a racchiudere, dovranno in ogni caso venire dalla disciplina codicistica e, come già osservato, tutelare il diritto di difesa dell'ente, senza peraltro determinare, per via dell'apporto conoscitivo del rappresentante che possa eventualmente parlare *pro domo sua*, l'introduzione per via indiretta di una presunzione di colpevolezza della persona giuridica.



## CAPITOLO QUARTO

### I CRITERI DI IMPUTAZIONE DELL'ILLECITO AMMINISTRATIVO DIPENDENTE DA REATO. PROFILI SISTEMATICI

SOMMARIO: PARTE PRIMA. 1. Criteri oggettivi e criteri soggettivi (artt. 5-7) – 2. Profili di tensione con il principio costituzionale *ex art. 27 co. 2 Cost.*: l'art. 6 – 3. L'insufficienza della teoria della cosiddetta immedesimazione organica e la struttura della fattispecie complessa dell'art. 6 – 4. La natura dell'art. 6: ipotesi di dottrina e giurisprudenza – 5. La funzione dei modelli di organizzazione e di gestione come modelli integrati di responsabilità

\*\*\*

PARTE SECONDA. 1. *Culpa in vigilando* e responsabilità oggettiva. La contaminazione con i modelli civilistici e la compatibilità con la presunzione di innocenza – 2. La diversa allocazione dell'onere probatorio nella fattispecie dell'art. 7: considerazioni sistematiche – 3. Onere della prova e regola di giudizio: il sistema del d. lgs. 231/2001 alla luce dell'art. 533 co. 1 c.p.p.

#### PARTE PRIMA

##### 1. *Criteri oggettivi e criteri soggettivi (artt. 5-7)*

Si è già fatto cenno ai problemi che i criteri oggettivi e soggettivi di imputazione tracciati agli artt. 5-7, d. lgs. 231/2001 pongono rispetto alle categorie penalistiche e alla sistematica del fatto di reato: in particolare è stata affrontata la questione relativa alla compatibilità di tali criteri con il principio

di colpevolezza<sup>1</sup>. Resta da affrontare il tema della compatibilità dei già citati criteri rispetto alla presunzione di innocenza: se tali criteri siano o meno rispettosi della presunzione di innocenza, intesa in particolare quale regola di giudizio e perciò in due potenziali direzioni, quella relativa all'allocazione dell'onere probatorio e quella che invece concerne il rischio della mancata prova. Da tale punto di vista la questione si estende pertanto sul versante processuale e presenta talune implicazioni problematiche, che verranno affrontate nelle pagine seguenti, insieme alle ipotesi che sono state a riguardo formulate in dottrina e in giurisprudenza e che saranno perciò oggetto di un pur sintetico confronto.

Una prima questione, che dev'essere senz'altro ripercorsa, concerne il profilo soggettivo dei criteri di imputazione. L'art. 5 individua come noto due categorie di soggetti rispetto alle quali sussiste la responsabilità della persona giuridica: si tratta dei soggetti in posizione apicale, ossia di «persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso» (lett. *a*), e dei soggetti in posizione subordinata, ossia di «persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera *a*)» (lett. *b*). Il perimetro così definito appare assai ampio e idoneo a ricomprendere la molteplicità di figure che popolano le realtà economiche e aziendali: da un lato (lett. *a*) risulta perciò dirimente la verifica dell'autonomia decisionale di un soggetto, dall'altro (lett. *b*) la sua sottoposizione al potere di un altro soggetto, in posizione viceversa sovraordinata. Circa la qualifica di soggetti in posizione apicale, la Relazione ministeriale sottolinea dal punto di vista interpretativo come la locuzione «gestione e controllo» si rivolga non già a un'ampia e indistinta platea di soggetti (come ad esempio il socio di maggioranza che rimanga però esterno rispetto alla gestione della società o dell'impresa o, ancora, il caso dei sindaci), ma sia «da proiettare solo verso quei soggetti che esercitano un penetrante dominio sull'ente»<sup>2</sup>. A tali soggetti – come ben evidenzia ancora la Relazione – vengono equiparati quelli che svolgono analoghe funzioni all'interno di una «unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale» (lett. *a*, ult. per.), così da contemplare anche profili dirigenziali, come ad esempio i direttori di stabilimento, «spesso

---

<sup>1</sup> Si vd., *supra*, cap. II 1.

<sup>2</sup> *Relazione*, § 3.2.

dotati di una forte autonomia gestionale e sottratti al controllo delle sedi centrali»<sup>3</sup>.

Il primo comma dell'art. 5 subordina d'altronde l'individuazione delle due categorie di soggetti a un generale criterio di collegamento, in forza del quale «l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio». Tale bipartizione, lungi dal costituire una mera endiadi, viene così descritta dalla Relazione: «il richiamo all'interesse dell'ente caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica e che “si accontenta” di una verifica *ex ante*; viceversa, il *vantaggio*, che può essere tratto dall'ente anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse, richiede sempre una verifica *ex post*»<sup>4</sup>. Diverso è però lo schema per le due categorie di soggetti: a tale differenza corrispondono inoltre profili di carattere oggettivo. Per i soggetti apicali (art. 5 co. 1, lett. *a*) l'art. 6 porta a ravvisare uno schema tripartito di verifica delle circostanze storiche, così riassumibile: esistenza di un reato-presupposto secondo il catalogo legale di cui agli artt. 24 segg.; la possibilità di riferire la commissione del reato a un soggetto che risponda ai requisiti di cui all'art. 5 co. 1, lett. *a*; la commissione del reato stesso per interesse o vantaggio dell'ente. Per i soggetti subordinati di cui alla lett. *b* del primo comma dell'art. 5 lo schema appare più semplice: la verifica dovrà infatti riguardare l'inosservanza degli obblighi previsti dal primo comma dell'art. 7, ossia la cosiddetta colpa di organizzazione.

La seconda categoria di soggetti (ancora art. 5 co. 1, lett. *b*) comprende i cosiddetti sottoposti e rappresenta un criterio di imputazione autonomo rispetto a quello previsto per gli apicali: l'affermazione di una responsabilità della persona giuridica discende infatti in tal caso da una colpa di organizzazione, ossia dall'«inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza» (art. 7 co. 1). Tale criterio esprime un diverso obiettivo di politica criminale, data la minore incidenza nella commissione di reati da parte dei sottoposti, ma soprattutto il minor grado di «riprovazione nei confronti del soggetto

---

<sup>3</sup> *Ibidem*. Tale aspetto – come afferma ancora la Relazione – trova la sua origine nella prassi e nell'esperienza derivanti in particolare dai reati in materia di salute e sicurezza sul lavoro, «dove pure affonda la sua *ratio* nella tendenziale comunione tra poteri-doveri e responsabilità».

<sup>4</sup> *Relazione*, § 3.2. Sul punto in sintesi BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 964. In giurisprudenza si potranno utilmente consultare, sul punto, alcuni arresti già citati e in part. Cass. Sez. II, nr. 3615/2006, Jolly Mediterraneo s.r.l.; Cass. Sez. VI, nr. 36083/2009, Mussoni, cui si aggiunge Cass. Sez. II, 17 marzo 2009 (dep. 27 marzo 2009), nr. 13678, Zaccaria, in *Dejure*.

collettivo»<sup>5</sup>. Qui il nesso di collegamento è rappresentato dalla condotta omissiva dell'ente. È prevista peraltro una prova liberatoria nel caso di corretta ed efficace attuazione del modello di organizzazione e gestione.

Per entrambe le previsioni normative relative ai criteri di imputazione, va esclusa una lesione del principio di colpevolezza e di divieto di responsabilità per fatto altrui (art. 27 co. 1 Cost.), come affermato sia dalla Relazione ministeriale che dalla giurisprudenza<sup>6</sup>. Se si considera inoltre quanto affermato proprio dalla Relazione, occorrerà peraltro considerare la «necessità di costruire un sistema quanto più conforme ai principi costituzionali», cui risulta ispirato l'intero sottosistema del d. lgs. 231/2001<sup>7</sup>. Tale affermazione incontra – come già precedentemente accennato – un limite generale nel caso dell'art. 6, per il quale la stessa Relazione parla di un caso di «inversione dell'onere probatorio»<sup>8</sup>. È lo stesso testo ministeriale a rilevare a tal proposito:

In altri termini, si parte dalla presunzione (empiricamente fondata) sia, nel caso di reato commesso da un vertice, 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 (è ragionevole prevedere che questa prova non sarà mai agevole; si rivelerà poi praticamente impossibile nel caso di ente a base manageriale ristretta)<sup>9</sup>.

Si tratta di un'esplicita ammissione del contrasto con la presunzione di innocenza intesa quale regola di giudizio: se la prova a carico dell'ente incolpato – si legge – «non sarà mai agevole» e potrà talora rivelarsi persino «impossibile», appare limpida la deroga alle regole in tema di allocazione dell'onere della prova e di rischio inerente la stessa, che verrà necessariamente a gravare sull'ente. Il tema, per quanto appare già chiaro dal testo, richiama quello della teoria della cosiddetta immedesimazione organica tra l'ente e

---

<sup>5</sup> *Relazione*, § 3.5. In dottrina è stato anche ipotizzato che tale criterio configurasse un concorso colposo nel reato (si vd. G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XLVII [2004], 1, pp. 90-109).

<sup>6</sup> Cfr. cap. II 1. Per ulteriori riferimenti in giurisprudenza si vd. [S.M.] CORSO, *Codice della responsabilità “da reato” degli enti*, cit., pp. 56-57. Per i dubbi sollevati dalla dottrina si rinvia, su tutti, ad AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., in part. pp. 323-325.

<sup>7</sup> *Relazione*, § 3.4.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

l'organo apicale, il quale appunto «esprime e rappresenta la politica dell'ente». Il problema – sul quale occorrerà poi soffermarsi partitamente – prelude infatti al vaglio di compatibilità di tale disciplina rispetto alla presunzione di innocenza, dal momento che occorrerà verificare il grado di effettiva compatibilità della ripartizione dell'onere probatorio rispetto alle regole codicistiche e ai principi costituzionali, in modo tale da escludere l'operatività di un paradigma viceversa assimilabile a quello della responsabilità oggettiva. L'art. 7 non sembra invece formalmente derogare all'allocatione dell'onere della prova in capo all'organo d'accusa, come mostra – nonostante il dettato forse talora vago – il primo comma del già menzionato articolo.

Particolari problemi pone al contrario la fattispecie dell'art. 6, che non delinea in modo chiaro l'onere probatorio a carico dell'organo di accusa e che potrebbe inoltre porre ulteriori problemi con riguardo alla regola di giudizio dell'art. 66: quest'ultima implica a sua volta il peculiare rinvio alle norme codicistiche e alla regola dell'art. 530 c.p.<sup>10</sup>.

## *2. Profili di tensione con il principio costituzionale ex art. 27 co. 2 Cost.: l'art. 6*

Il primo comma dell'art. 6 afferma che, in caso di reato commesso dai cosiddetti soggetti apicali (art. 5 co. 1, lett. a), «l'ente non risponde se prova che» si sono verificate alcune circostanze specifiche: l'efficace adozione e attuazione in fase precedente alla commissione del reato di un modello di organizzazione e gestione; la vigilanza «sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo»; la commissione del reato si è realizzata attraverso l'elusione fraudolenta del modello di organizzazione e gestione da parte dei soggetti di cui allo stesso art. 5 co. 1, lett. a; non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organo

---

<sup>10</sup> BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 964. Si vd. inoltre già cap. III 3.

preposto<sup>11</sup>. Tali ipotesi (ossia quelle delle lett. *a-d* dell'art. 6 co. 1) hanno «carattere congiuntivo»<sup>12</sup>: le circostanze in esse contemplate costituiscono in modo unitario la prova da fornire perché sia esclusa la responsabilità dell'ente.

Secondo la ricostruzione di parte della dottrina, la previsione del primo comma non determina in assoluto un'inversione dell'onere della prova e quindi una lesione del principio costituzionale della presunzione di innocenza intesa quale regola di giudizio: la prova che l'ente è chiamato a fornire cade infatti sui cosiddetti «fatti impeditivi» e non già sui fatti principali, cosicché il rischio della mancata prova di questi ultimi continuerà a gravare sull'organo di accusa<sup>13</sup>. Il problema si pone naturalmente con riguardo alla mancata (o carente) prova dei fatti impeditivi: potrà prodursi in tale ipotesi una cesura nella presunzione di innocenza? Il tema così proposto deve essere letto in relazione alla regola di giudizio espressa dall'art. 66 e quindi anche dalla clausola di sussidiarietà affermata dall'art. 34 del decreto legislativo in oggetto. Tentando di ricostruire la disciplina di per sé composita degli artt. 66-70, si è osservato in precedenza come relativamente all'art. 66 si debba concludere per l'operatività della presunzione di innocenza e quindi per la regola di giudizio ad essa sottesa: la norma accoglie infatti il criterio di risoluzione del fatto incerto che costituisce, con l'art. 530 c.p.p., la traduzione della garanzia costituzionale<sup>14</sup>.

Con riguardo all'art. 6, il punto di maggior frizione con il principio costituzionale potrebbe essere per contro rappresentato dall'ipotesi della lett. *c* del comma primo, ossia il caso di elusione fraudolenta del modello da parte dei soggetti apicali<sup>15</sup>: mentre infatti le altre circostanze non presentano un

---

<sup>11</sup> Per un'interpretazione complessiva dell'art. 6 si vd. ora sopr. PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente*, cit., pp. 1290-1292.

<sup>12</sup> Così AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa*, cit., p. 323.

<sup>13</sup> La citazione precedente da CORDERO, *Procedura penale* [2006<sup>8</sup>], cit., p. 1328; si vd. inoltre F. CERQUA, *Art. 6*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di CADOPPI-GARUTI-VENEZIANI, cit., pp. 147-153; DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., p. 65. In giurisprudenza si vd. in part. la già citata Cass. Sez. VI, nr. 36083/2009, Mussoni: cfr. per ulteriori riferimenti anche [S.M.] CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., pp. 75-77.

<sup>14</sup> Cfr. *supra* cap. III 2.

<sup>15</sup> Il significato normativo da attribuire all'ipotesi di elusione fraudolenta è stato chiarito dalla giurisprudenza di legittimità recentemente: si vd. infatti i principi di diritto stabiliti da Cass. Sez. V, 18 dicembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), nr. 4677, Impregilo S.p.A., per la quale si rinvia al commento con il testo pubblicato di L. SANTANGELO, *on line su Diritto penale contemporaneo*. Si legge a proposito in sentenza che «l'inganno [...] di cui all'art. 6 comma 1 lett.

particolare grado di difficoltà e potrebbero anzi (soprattutto per l'ipotesi di cui alla lett. a) tradursi in prove di natura cartolare, la prova dell'elusione fraudolenta ben potrebbe prestarsi a manifestare concretamente un'inversione dell'onere della prova<sup>16</sup>. In tal senso depone anche l'art. 5 co. 2, che pure esplicitamente rinvia all'ipotesi di elusione fraudolenta. Tale previsione potrebbe infatti tradursi in una *probatio diabolica*: nel senso che per l'ente la prova di una condotta ingannatoria che, da parte del soggetto apicale, spezzi il nesso di collegamento con la vita societaria potrebbe risultare di fatto impossibile, come sembra di potersi evincere anche dalla recente giurisprudenza di legittimità<sup>17</sup>. Resterebbe inoltre «a carico dell'ente il dubbio sulla dimostrazione degli inganni e dei raggiri messi in opera dai soggetti in posizione apicale per commettere un reato nell'interesse o nel vantaggio della *societas medesima*»<sup>18</sup>, con uno stravolgimento che ad esempio promana anche dalla disposizione del secondo comma dell'art. 26, in materia di tentativo di reato, ripone in capo all'ente un onere di prova sproporzionato («L'ente non risponde quando volontariamente impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento»), sebbene riferito a procedure diverse rispetto ai modelli degli artt. 6 e 7<sup>19</sup>. Sul piano sostanziale bisognerà viceversa ammettere come il disegno sistematico risulti rispettoso del principio di colpevolezza, sia per l'attribuzione di una efficacia esimente o impeditiva ai modelli di

---

C) D.lgs. 231/2001 è evidentemente *diretto verso la struttura aziendale nel cui interesse è stato predisposto il modello organizzativo e gestionale* di cui alla lett. a del predetto comma primo) (corsivi nel testo).

<sup>16</sup> CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, cit., p. 260.

<sup>17</sup> In tal senso infatti si vd. Cass. Sez. V, 18 dicembre 2013 (dep. 20 gennaio 2014), nr. 4677, Impregilo S.p.A.: «L'elusione fraudolenta [...] non deve necessariamente coincidere nella mera violazione delle prescrizioni contenute nel modello [...] con gli artifici e i raggiri di cui all'art. 640 c.p., non può non consistere in una condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola. La *fraus legis facta* di romanistica memoria [...] descrive piuttosto una condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola [...] una condotta di 'aggiramento' di una norma imperativa, non una semplice e 'frontale' violazione della stessa». Si vd. anche F.C. BEVILACQUA, *Prima sentenza di condanna di una società a seguito di giudizio ordinario ai sensi del d. lgs. 231/2001* (nota a Trib. Milano, Sez. X, sent. 20 marzo 2007), in «Giurisprudenza commerciale», XXXIV (2009), 3, pp. 506-528; G. AMATO, *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, in «Cassazione penale», XLVII (2007), 1; inoltre in part. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., pp. 195-197; BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 972; A. ALESSANDRI, *Le sanzioni interdittive temporanee nel d. lgs. n. 231/2001*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, *Teoria della pena, teoria del reato*, a cura di E. DOLCINI-C.E. PALIERO, Milano, 2006, pp. 2489-2491.

<sup>18</sup> Così BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 972.

<sup>19</sup> Si vd. in sintesi M. ANGELINI, *sub Art. 26*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo*, cit., pp. 309-310.

organizzazione e gestione sia per l'esclusione del nesso di causalità in ipotesi di elusione fraudolenta del modello stesso.

Da tale punto di vista non è verosimilmente possibile pervenire a una soluzione soddisfacente con riguardo alle singole figure di reato previste dal d. lgs. 231/2001: nel senso che le singole fattispecie di reato-presupposto presentano dal punto di vista empirico diversi problemi in tema di prova, per i quali sarebbe irrealistico ipotizzare una soluzione unitaria. In generale si può peraltro osservare come la prova dell'elusione fraudolenta porti a prospettare una attività difensiva dell'ente parallela rispetto a quella del Pubblico Ministero, nel senso che l'ente potrebbe trovarsi a predisporre una ricerca di prove a carico dell'imputato persona fisica: da tale punto di vista si assiste in massima misura a quella ripolarizzazione del contraddittorio rispetto al processo ordinario, alla quale si è precedentemente fatto cenno<sup>20</sup>.

Per tali ultimi aspetti non si potrà per vero escludere una minima lesione delle regole in tema di allocazione dell'onere probatorio, che pur a livello di disciplina generale parrebbe scongiurata<sup>21</sup>. La lesione appare potenzialmente ancora più estesa ove infatti si proceda a una lettura sistematica dell'art. 6 con il regime previsto per il legale rappresentante dagli artt. 39 e 44 per il legale rappresentante: a tal proposito non appare inverosimile ipotizzare molteplici situazioni di conflitto o di difficoltà a ricostruire una verità processuale che, nell'avvicinarsi cronologico di diverse figure di vertice, potrebbe tradursi in un trattamento di sfavore per l'ente e indirettamente in una sorta di presunzione della responsabilità di quest'ultimo<sup>22</sup>. Anche da tale punto di vista le potenziali critiche dovranno però intendersi rivolte non già al perimetro sostanziale del testo normativo, bensì alla dialettica processuale tra soggetti e

---

<sup>20</sup> Si vd. cap. II 3.

<sup>21</sup> A proposito si vd. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., pp. 238-240; per l'impossibilità specifica di riconoscere la sussistenza di una presunzione di innocenza per la persona giuridica si vd. inoltre P. MOSCARINI, *Le cautele interdittive penali contro gli enti*, in «Rivista di diritto processuale», LVII (2003), 4, pp. 1106-1129.

<sup>22</sup> Ad es. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 197-198 (si vd. anche per riferimenti ulteriori) osserva come il congegno dell'art. 6 co. 1 costituisca «un avanzamento a fronte della severa presunzione di colpevolezza dell'ente nel caso di reati commessi dai suoi vertici su cui si imperniavano sia l'art. 126 del progetto di codice penale redatto dalla Commissione Grosso sia l'art. 11, legge n. 300 del 2000, che ne seguiva gli orientamenti» (ivi, p. 198). La citata legge delega si limita a prevedere all'art. 1 lett. e l'«esclusione della responsabilità dei soggetti di cui all'alea del presente comma nei casi in cui l'autore abbia commesso il reato nell'esclusivo interesse proprio o di terzi».

tra condotte interne alla persona giuridica<sup>23</sup>. La presunzione del primo comma dell'art. 6 è infatti semplice e in tal senso non introduce un contrasto frontale con l'art. 27 co. 2 Cost.: ancora una volta, come già osservato in precedenza, si può tuttavia ravvisare una asimmetria tra il versante sostanziale, dove i criteri di imputazione del d. lgs. 231/2001 costituiscono un sistema autonomo e originale, e il versante processuale, per il quale appare improbabile escludere situazioni che ledano in concreto la presunzione di innocenza riferibile alla persona giuridica. Le regole di cui agli artt. 39 e 44 rappresentano come già osservato un argine a tale pericolo, ma non si dimostrano – come già osservato – in grado di raccogliere per intero la complessità di rapporti tra imputato persona fisica e persona giuridica incolpata.

A una diversa conclusione si dovrebbe viceversa pervenire ove si accentuasse il carattere oggettivo dell'immedesimazione tra ente e organo apicale prospettata dagli artt. 5 e 6, come avviene sul piano del diritto penale sostanziale<sup>24</sup>: in tal caso infatti la prova dell'art. 6 co. 1 si tradurrebbe in un'ipotesi inesigibile per l'ente, dal momento che tale identificazione predica in punto di elemento soggettivo il dolo unitariamente riferibile all'ente tramite il soggetto apicale<sup>25</sup>. È stato infatti osservato in dottrina che l'art. 6 rinvia a «un modello ibrido di imputazione, che porta su di sé i segni e della responsabilità per immedesimazione e della colpa d'organizzazione» e che pertanto «può essere letto come l'esito di un contemperamento tra un modello oggettivistico puro di responsabilità dell'ente, imperniato sul solo disvalore d'evento (commissione del reato da parte dell'apicale) e uno soggettivistico (temperato), che richiede – anche – la possibilità di muovere un rimprovero all'ente»<sup>26</sup>. Non mancano peraltro, all'interno del d. lgs. 231/2001, tracce di una convergenza tra i modelli dell'art. 6 e 7, come ad esempio nel caso dei reati societari: l'art.

---

<sup>23</sup> Sul punto utili indicazioni si rinvencono nella già citata Cass. SS.UU., nr. 33041/2015, Gabrielloni-Covalm Biogas.

<sup>24</sup> DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., p. 68; inoltre D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Atti del Convegno (Roma, 30 novembre-1° dicembre 2001), in «Cassazione penale» [Supplemento], XLIII (2003), 6, p. 18; G.M. GAREGNANI, *Etica d'impresa e responsabilità da reato. Dall'esperienza statunitense ai "modelli organizzativi di gestione e controllo"*, Milano, 2008, p. 80.

<sup>25</sup> ALESSANDRI, *Le sanzioni interdittive temporanee*, cit., p. 2491; sull'inesigibilità della prova per l'ente in tale situazione si vd. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 323; PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente*, cit., p. 1291.

<sup>26</sup> Ivi, p. 1285.

25-ter<sup>27</sup> contempla infatti il caso di reati commessi «nell'interesse della società» tanto da soggetti apicali («amministratori, direttori generali o liquidatori») che da sottoposti («soggetti sottoposti alla loro vigilanza»), unendo quindi in un'unica fattispecie il criterio di imputazione tipico delle sfere dirigenziali con quello invece previsto per i soggetti ad essi subordinati, per i quali varrà il criterio di cui già all'art. 7 (recita il primo comma: «qualora il fatto non si fosse realizzato se essi avessero vigilato in conformità agli obblighi inerenti alla loro carica»). In altri casi, come ad esempio gli abusi di mercato di cui all'art. 25-sexies, la fattispecie legale del d. lgs. 231/2001 non enuncia espressamente i requisiti soggettivi del collegamento con la persona giuridica, che sono demandati alla norma sussunta (in questo caso l'art. 184, d. lgs. 58/1998).

La lettura sistematica della fattispecie può procedere anche in ulteriori direzioni. Un altro punto di tensione con il principio costituzionale di cui al secondo comma dell'art. 27 Cost. si potrà infatti ravvisare nell'ipotesi circoscritta dall'art. 8 co. 1, lett. a, relativa al caso di autore del reato non identificato o non imputabile<sup>28</sup>. Se ad esempio si ipotizza che il presunto autore faccia parte della sfera dei soggetti apicali, la prova fondata sui fatti di cui al primo comma dell'art. 6 potrebbe diventare per l'ente impossibile: anche in questo caso il massimo grado di frizione con la presunzione di innocenza dovrà essere individuato nell'elusione fraudolenta, che darebbe luogo in tal senso a uno stravolgimento dell'onere probatorio a carico dell'ente, così da determinare peraltro una declinazione del principio di autonomia di cui all'art. 8 in senso sfavorevole all'ente.

Anche in questo caso prende infatti forma, come già osservato in precedenza<sup>29</sup>, una separazione tra le sorti dell'autore del reato persona fisica e quelle della persona giuridica a sua volta incolpata: l'interpretazione congiunta del principio di autonomia dell'art. 8 e della fattispecie dell'art. 6, con le relative regole in tema di prova, sembra produrre una sorta di reviviscenza della responsabilità dovuta a un *versari in re illicita*. Per riequilibrare tale situazione, bisognerà forse rifarsi ancora una volta alla disciplina del giudizio, dove (artt. 66 e 69) si avverte il raccordo con le regole codicistiche in tema di

---

<sup>27</sup> Aggiunto dall'art. 3, d. lgs. 11 aprile 2002, nr. 61.

<sup>28</sup> BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 973; ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche*, cit., pp. 41-47; PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., pp. 253-255.

<sup>29</sup> Si vd. cap. III 3 a proposito delle incompatibilità.

presunzione di innocenza intesa quale regola di giudizio: ma non si può del tutto smentire la presenza di un criterio di imputazione che, sul piano sostanziale, subisce l'influenza del paradigma della responsabilità oggettiva<sup>30</sup>. In dottrina si osserva a proposito che la regola espressa dal primo comma dell'art. 6, determinando un'inversione dell'onere probatorio, sposterebbe il rischio della mancata prova in ordine ai quattro elementi di esclusione della responsabilità sull'ente stesso: da un lato in caso di dubbio riguardante le circostanze di esclusione il giudice dovrà pronunciare sentenza di condanna, mentre in caso di dubbio riguardante la commissione del reato-presupposto per interesse o vantaggio dell'ente troverà applicazione la regola di giudizio espressa dall'art. 530 co. 2 del codice di rito<sup>31</sup>. Se si accetta tale ricostruzione, occorrerà anche inferire che il modello di accertamento così strutturato, per quanto differenziato rispetto a quello codicistico, non si pone in radicale contrasto con la presunzione di innocenza.

Il tema si espande però, per questa via, a un profilo ulteriore in forza del quinto comma del già citato art. 6, il quale afferma come noto che: «È comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente». Con specifico riguardo alle ipotesi di reati commessi dal legale rappresentante dell'ente, quando il profitto sia rimasto nella disponibilità di quest'ultimo. La giurisprudenza di legittimità ha genericamente definito l'istituto come «strumento non di tipo sanzionatorio, essendo fuori discussione la “irresponsabilità” dell'ente, ma di ripristino dell'ordine economico perturbato dal reato, che comunque ha determinato una illegittima locupletazione per l'ente, ad “obiettivo” vantaggio del quale il reato è stato commesso dal suo rappresentante»<sup>32</sup>. Sul punto la Relazione ministeriale si limita a concludere che: «La circostanza che, nel caso di elusione fraudolenta del modello senza colpa dell'ente, non sia ravvisabile alcuna responsabilità dello stesso, nulla toglie all'inopportunità che la persona

---

<sup>30</sup> BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 974.

<sup>31</sup> Su questo punto *ivi*, p. 973. Si rinvia alle osservazioni al § 3 della parte seconda del presente capitolo.

<sup>32</sup> Così Cass. SS.UU., nr. 10561/2014, Gubert, p. 10 del dattiloscritto (che a sua volta rinvia alla già citata Cass. SS.UU., nr. 26654/2008, Fisia Italimpianti S.p.A.): «In questo specifico caso, dovendosi – di norma – escludere un necessario profilo di intrinseca pericolosità della *res* oggetto di espropriazione, la confisca assume più semplicemente la fisionomia di uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto, i cui effetti, appunto economici, sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe, in caso contrario, per conseguire (sia pure incolpevolmente) un profitto geneticamente illecito».

giuridica si giovi dei profitti economici che abbia comunque tratto dall'operato del c.d. amministratore infedele»<sup>33</sup>. Conclusioni analoghe non sembrano estranee all'influenza di criteri di prevenzione generale che, sul piano della partecipazione dell'ente al procedimento, finirebbero per ridurre le garanzie di quest'ultimo a una mera petizione di principio<sup>34</sup>.

Il quadro così ricomposto non cessa peraltro di rivelare zone d'ombra. La Relazione ministeriale afferma che i criteri di imputazione non svolgono «soltanto un ruolo di “filtro” della responsabilità; non rispondono, cioè, soltanto ad una – sia pure importante – logica di garanzia. Essi [...] adempiono innanzitutto ad una insostituibile funzione *preventiva*»<sup>35</sup>. La direzione garantista non appare però sufficiente a tacitare le perplessità, che autorevole dottrina ha così riassunto: «Si può certo condividere lo spirito garantistico che anima la *mens* del legislatore [...]. Il testo normativo dell'art. 6 mostra però una ben diversa realtà in cui lo spazio effettivamente lasciato all'operatività della colpa è così evanescente da far apparire il programmatico ossequio all'art. 27 Cost. una mera finzione. Lo dimostra anzitutto l'oggetto della prova liberatoria che l'art. 6 pone a carico dell'ente, invertendo esplicitamente l'onere probatorio»<sup>36</sup>. I problemi sollevati da tale interpretazione emergono sia dal riferimento al paradigma della responsabilità oggettiva (con il rinvio alle fattispecie civilistiche degli artt. 2049 e 2051 c.c.)<sup>37</sup> che dal criterio di collegamento postulato in via generale dall'art. 5 per costruire l'immedesimazione tra persona fisica e persona giuridica, tra agire della prima

---

<sup>33</sup> *Relazione*, § 3.4. In argomento occorrerà anche riferirsi (come già anticipato alla nota precedente), per il panorama giurisprudenziale, alla già citata Cass. SS.UU., nr. 26654/2008, Fisia Italimpianti S.p.A., dove si conferma testualmente che: «In tema di responsabilità da reato degli enti collettivi, la confisca del profitto del reato prevista dagli artt. 9 e 19 d. lg. n. 231 del 2001 si configura come sanzione principale, obbligatoria ed autonoma rispetto alle altre previste a carico dell'ente, e si differenzia da quella configurata dall'art. 6, comma 5, del medesimo decreto, applicabile solo nel caso difetti la responsabilità della persona giuridica, la quale costituisce invece uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato presupposto, i cui effetti sono comunque andati a vantaggio dell'ente». In dottrina, tra gli altri, si vd. per uno sguardo d'insieme PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 88-89 con ulteriori riferimenti.

<sup>34</sup> A queste allude anche la *Relazione*, § 3.3, a proposito della funzione preventiva dei criteri di imputazione sul piano soggettivo. Sul punto si vd. però anche PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente*, cit., pp. 1296-1297.

<sup>35</sup> *Relazione*, § 3.3; corsivo nel testo.

<sup>36</sup> AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 323.

<sup>37</sup> Osserva ancora AMODIO (ivi, p. 324): «Non c'è dubbio che la fattispecie delineata dall'art. 6 si collochi al di fuori dell'area che il sistema penale attribuisce al principio di colpevolezza».

e colpa della seconda. Da qui deriva senza dubbio l'affievolimento della presunzione di innocenza riferita in via specifica all'ente, come emerge dalla stessa struttura del primo comma dell'art. 6. Quest'ultimo ricomprende infatti due ordine di fatti rispetto ai quali l'ente incolpato deve introdurre idonei mezzi di prova: una prima categoria di fatti che si riferiscono alla fase *ante delictum* (lett. *a* e *b*) e una seconda categoria di fatti che si collocano invece «sul terreno di fatti concomitanti rispetto alla condotta criminosa»<sup>38</sup> (lett. *c* e *d*), tra cui anche la prova relativa all'elusione fraudolenta.

Dal punto di vista logico si potrebbe quindi concludere che per il *tempus commissi delicti* opera un'inversione dell'onere della prova che, pur riguardando fatti impeditivi della responsabilità, si fonda comunque su una presunzione di immedesimazione tra l'ente e la persona fisica: ed è con riguardo a quest'ultima che si coglie quindi la lesione più evidente della presunzione di innocenza intesa quale regola di giudizio, perché all'ente viene addossato un onere probatorio che, seppur in senso assoluto limitato ai soli fatti impeditivi, finisce in realtà per riguardare i fatti principali commessi dalla persona fisica, rispetto alla quale opera appunto un'immedesimazione sfavorevole all'ente stesso e si produce pertanto, sul versante speculare, una *relevatio ab onere probandi* per l'organo d'accusa<sup>39</sup>. Viceversa per i fatti che riguardano la fase antecedente alla commissione del reato l'inversione dell'onere probatorio, che pure sussiste, appare meno problematica, in quanto – come già osservato – riguarda la predisposizione dei *compliance programs* e l'allestimento dell'organismo di vigilanza, obblighi ai quali l'ente è tenuto per il normale svolgimento della vita societaria ed economica.

La struttura dell'art. 6 sembra così rivelare la prevalenza della finalità preventiva rispetto a quella di garanzia, alle quali accennava la Relazione ministeriale. È proprio il testo che accompagna il d. lgs. 231/2001 ad ammettere che la norma si basa sulla presunzione «empiricamente fondata» di una responsabilità dell'ente, «dal momento che il vertice esprime e rappresenta la politica dell'ente»<sup>40</sup>: sarebbe quindi conforme alla realtà empirica la

---

<sup>38</sup> Ivi, p. 323.

<sup>39</sup> Secondo ad es. P. FERRUA, *Procedimento di accertamento e applicazione delle sanzioni. La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni*, in «Diritto penale e processo», VI (2001), 3, p. 1482, l'onere della prova dell'ente dovrà invece essere limitato a una fase anteriore al *tempus commissi delicti*; si vd. inoltre PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., pp. 264-265.

<sup>40</sup> *Relazione*, § 3.4.

previsione in tema di prova per l'elusione fraudolenta, dove appunto l'ente dovrà provare non solo l'infedeltà del soggetto apicale, ma anche l'assenza di una colpa propria. Il *vulnus* al principio di colpevolezza sul piano sostanziale e alla presunzione di innocenza sul piano processuale appare di vasta portata. Il punto di ricaduta di tale assunto è costituito dalla già citata previsione del quinto comma, a proposito della confisca: non solo tale norma opera *in malam partem* rispetto alla posizione dell'ente, ma si pone in termini di evidente contrarietà rispetto alla presunzione di innocenza intesa come regola di giudizio.

### 3. *L'insufficienza della teoria della cosiddetta immedesimazione organica e la struttura della fattispecie complessa dell'art. 6*

Il problema riguarda anche, come già accennato, il riferimento alla teoria dell'immedesimazione organica<sup>41</sup>. A quest'ultima fa esplicito riferimento già la Relazione ministeriale, anche con riguardo al caso di elusione fraudolenta, con l'intento di cogliere la complessità dei processi decisionali e della crescente articolazione delle problematiche connesse alla cosiddetta *corporate governance*, anche rispetto alle peculiarità evidenziate dalla legge delega (art. 11 co. 1, lett. e)<sup>42</sup>. Come già osservato, la teoria dell'immedesimazione organica ha un proprio punto di emersione nell'art. 6, che configura un tipo di responsabilità prossima al paradigma della responsabilità oggettiva<sup>43</sup>. Sollevare qualche interrogativo circa la legittimità di tale ricostruzione teorica ha una ragione sua propria

---

<sup>41</sup> In argomento si vd. in part. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., pp. 34-35, 57-58; DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., pp. 67-69. Si vd. inoltre ulteriori riferimenti citati al cap. II 1, nota 17. Confuta tale tesi, tra la bibliografia citata, in part. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 323.

<sup>42</sup> *Relazione*, §§ 1, 3.3-3.4. Sulla possibile difformità tra l'art. 6 e i principi tracciati dalla lett. e, art. 1 della legge delega si vd. in part. il § 3.4.

<sup>43</sup> Il secondo comma dell'articolo 5 dello schema mutua dalla lett. e) della delega la clausola di chiusura ed esclude la responsabilità dell'ente quando le persone fisiche (siano essi apici o sottoposti) abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi. La norma stigmatizza il caso di "rottura" dello schema di immedesimazione organica; si riferisce cioè alle ipotesi in cui il reato della persona fisica non sia in alcun modo riconducibile all'ente perché non realizzato neppure in parte nell'interesse di questo.

nell'indagine intorno alla natura dell'ente quale soggetto del processo penale: il concetto di immedesimazione organica, di derivazione civilistica<sup>44</sup>, è stato infatti negli anni sostenuto in ambito di diritto penale sostanziale e la genesi del d. lgs. 231/2001, attraverso la già citata Relazione ministeriale, ne reca chiara traccia; viceversa sul versante processuale si sono fatte strada profonde critiche circa la compatibilità di tale ricostruzione, per quanto attiene l'art. 6 del decreto stesso, con il principio costituzionale della presunzione di innocenza<sup>45</sup>.

Tale teoria presenta infatti, ai fini del presente discorso, almeno due aree di criticità, che ne suggeriscono appunto l'insufficienza<sup>46</sup>: anzitutto non contribuisce a far luce sul problema del soggetto, cioè l'ente stesso; in secondo luogo, proprio perché addossa a quest'ultimo una forma di responsabilità oggettiva per il fatto commesso da un soggetto apicale, si pone in termini problematici rispetto alla presunzione di innocenza. Il tema risulta, ancora una volta, passibile di svilupparsi in molteplici direzioni. Come già osservato, il modello della immedesimazione organica, sagomato sulla fattispecie della responsabilità delle persone giuridiche nei sistemi di *Common Law*, «non consente scissioni tra l'agire della persona fisica e la *culpa* dell'ente che è sempre configurabile, anche in via presuntiva, nella forma della colpa di organizzazione, intesa come rimprovero per la mancata adozione o il mancato rispetto di *standards* idonei a prevenire il rischio penale»<sup>47</sup>. La teoria dell'immedesimazione organica potrebbe apparire in tal senso – e così è stata appunto interpretata in dottrina e in giurisprudenza – funzionale a evitare una palese violazione del principio di colpevolezza e del divieto di responsabilità per fatto altrui di cui al primo comma dell'art. 27 Cost.; ma sarebbe altresì funzionale a stabilire «l'applicabilità (o meno) di fondamentali principi costituzionali, in materia penale e processuale penale, alla materia *de qua*», tra i quali il «delicatissimo tema del raggio operativo della presunzione di non

---

<sup>44</sup> Rileva ancora DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., p. 68.

<sup>45</sup> *Ibidem*, con ulteriori riferimenti.

<sup>46</sup> In dottrina si vd. in part. G. ANDREAZZA, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in «Cassazione penale», LIII (2013), 12, p. 4311; ma per ulteriori considerazioni si vd. PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 8-9.

<sup>47</sup> AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 323. Per alcuni argomenti in ottica comparatistica si vd. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, cit., pp. 71-80; BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., pp. 30-43; più ampiamente C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.

colpevolezza»<sup>48</sup>. L'assimilazione dell'ente alla persona fisica, che contiene in sé parzialmente anche il residuo di una concezione antropomorfa del soggetto ente, appare però «pragmaticamente accettabile per fugare le ombre di un contrasto della responsabilità dell'ente con il principio di colpevolezza, ma euristicamente non spendibile per far luce sulla *sostanza della responsabilità medesima*»<sup>49</sup>.

Il medesimo problema si configura d'altra parte anche per la fattispecie dell'art. 7: la formula della colpa organizzativa, nata nel contesto già citato in precedenza, sconta infatti, secondo un'efficace espressione, «il limite insito nell'applicazione transitiva di concetti penalistici – nati e pensati per la persona *fisica* (quali, appunto, la *colpa*) – ad una struttura organizzata che con l'individuo ben poco ha da condividere»<sup>50</sup>. Il problema del soggetto ente e della sua natura – anche in relazione all'interpretazione allestita con la teoria dell'immedesimazione organica – emerge quindi con piena evidenza in relazione alle due fattispecie degli artt. 6 e 7, le quali pongono un duplice ordine di problemi: sul piano sostanziale, il rispetto del principio di colpevolezza, che è stato già precedentemente analizzato; sul versante processuale in particolare, la compatibilità con la presunzione di innocenza. Stante l'utilità descrittiva della teoria dell'immedesimazione organica, bisognerà pertanto porre un ulteriore problema, che costituisce poi uno degli oggetti di verifica del presente lavoro:

---

<sup>48</sup> Così PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 8-9. In giurisprudenza si vd. quanto affermato in modo sintomatico dalla già citata Cass. Sez. VI, nr. 27735/2010, Brill Rover, dove si legge: «V'è certamente compatibilità tra tale disciplina e il riferimento all'art. 27 della Costituzione. Il fatto-reato commesso dal soggetto inserito nella compagine della *societas*, in vista del perseguimento dell'interesse o del vantaggio di questa, è sicuramente qualificabile come "proprio" anche della persona giuridica e ciò in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega il primo alla seconda: la persona fisica che opera nell'ambito delle sue competenze societarie, nell'interesse dell'ente, agisce come organo e non come soggetto da questo distinto, né la degenerazione di tale attività funzionale in illecito penale è di ostacolo all'immedesimazione. In forza del citato rapporto di immedesimazione organica con il suo dirigente apicale, l'ente risponde per fatto proprio, senza coinvolgere il principio costituzionale del divieto di responsabilità penale per fatto altrui (art. 27 Cost.)». Il testo è citato anche in [S.M.] CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., p. 75; si vd. anche il commento di V. SALAFIA, *Costituzionalità del d. lgs. n. 231/01 e il disegno di legge per la sua parziale riforma*, in «Le Società», XVII (2010), 4, p. 1241.

<sup>49</sup> PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 9-10; corsivi originali del testo. Per la concezione antropomorfa sopra citata si vd. anche ALESSANDRI, *Il 1° comma dell'art. 27*, cit., pp. 159-160. Confuta tale concezione anche AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 325.

<sup>50</sup> PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 9-10, con riferimenti ulteriori. Corsivi originali del testo.

senza quell'unità tra agire della persona fisica e colpa dell'ente, che viene assunta dai testi sopra citati, si possono comunque ipotizzare per l'ente un principio di colpevolezza e una presunzione di innocenza distinti rispetto a quelli della persona fisica<sup>51</sup>?

Circa la natura dell'ente quale soggetto del processo penale, è chiaro d'altronde che la teoria dell'immedesimazione organica non offre una sistemazione dogmatica definitiva: essa proietta infatti sulla persona giuridica la fisionomia e l'elemento soggettivo peculiari della persona fisica; ciò riposa sull'assioma, che è ricordato anche dalla Relazione ministeriale, secondo il quale la persona fisica è comunque espressione di una politica o di una negligenza della persona giuridica<sup>52</sup>. Ma tale ipotesi, che conserva una indubbia utilità in termini di spiegazione generale, non risulta conforme al dettato del d. lgs. 231/2001, solo che ad esempio si pensi al principio di autonomia sancito dall'art. 8 o, ancora, alla stessa struttura dei criteri di imputazione degli artt. 5-7. In dottrina un possibile superamento dell'antinomia derivante da tale teoria è stato già da tempo rintracciato nell'ipotesi che gravita attorno a un «modello integrato» di responsabilità: il quale riuscirebbe a spiegare come «accanto al nucleo delle norme che prevedono l'applicazione delle sanzioni amministrative, emerga dall'art. 6 un criterio di imputazione mutuato dal paradigma civilistico della responsabilità oggettiva», mentre si può rinvenire «nelle disposizioni che garantiscono il principio di legalità e il divieto di retroattività delle norme meno favorevoli (artt. 2 e 3) una inconfondibile matrice penalistica»<sup>53</sup>. A tale interpretazione perviene anche la più recente giurisprudenza di legittimità, che riconosce appunto nei criteri di imputazione degli artt. 5-7 un modello divergente rispetto alle categorie penalistiche: tali innovazioni si rifletterebbero nella peculiare declinazione dei principi costituzionali<sup>54</sup>.

Il tema sconfinava così nuovamente in quello dell'architettura costituzionale del d. lgs. 231/2001: viene cioè in rilievo il fatto, del quale si è già trattato in

---

<sup>51</sup> Come già ricordato, il problema è stato posto in part. da AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., in part. pp. 323-324.

<sup>52</sup> *Relazione*, § 3.4.

<sup>53</sup> Così ancora AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 325, al quale si deve anche l'espressione citata in precedenza; ma per questa ipotesi vd. tra gli altri anche BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 973 con ulteriori riferimenti. Per una sintesi delle diverse posizioni della dottrina si vd. PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 7-10.

<sup>54</sup> Il riferimento è al già citato arresto di Cass. SS.UU., nr. 10561/2014, Gubert, in part. alle pp. 12-13 del dattiloscritto (da cui già le citazioni precedenti).

precedenza, che i principi costituzionali non possono essere pacificamente traslati nel processo penale amministrativo, se non a seguito di una puntuale verifica circa la compatibilità di quest'ultimo con le garanzie che emergono di volta in volta. Il cosiddetto modello integrato di responsabilità dell'art. 6 ha da tale punto di vista un ruolo paradigmatico: nel senso che comporta una ridefinizione dei principi costituzionali attraverso le categorie penalistiche che in esso vengono rimodulate. Secondo alcuni autori, l'allestimento di un modello per così dire differenziato di responsabilità sarebbe inoltre funzionale a evitare un contrasto definitivo con la presunzione di innocenza<sup>55</sup>. Il riconoscimento di uno statuto costituzionale dell'ente – accettando tali ipotesi ricostruttive – non sarebbe quindi posto in dubbio, fatta salva l'esistenza di un'area, quella appunto dell'art. 6, che si sottrae a tale inquadramento e che porta anzi in luce l'esistenza di criteri e paradigmi differenti.

Sul punto i testi, primo tra tutti la già citata Relazione ministeriale, suggeriscono a chiare lettere l'influenza di finalità specialpreventive, soprattutto in relazione ai modelli di organizzazione e gestione (i cosiddetti *compliance programs*)<sup>56</sup>: tale profilo, che pur contribuisce a spiegare la genesi dell'art. 6, non appare però sufficiente a chiarirne i profili processuali. L'art. 6, come già più volte accennato, rappresenta infatti una fattispecie complessa, un perimetro di deroga all'applicazione delle categorie sostanziali e processuali. Ciò vale in particolare per la prova liberatoria articolata al primo comma, che appare «costruita ad imbuto»: è stato infatti osservato che «il grappolo dei fatti sintomatici dell'assenza di colpa nella organizzazione o nella vigilanza rimane imbrigliato nella strettoia della prova positiva in tema di elusione fraudolenta»<sup>57</sup>. Entro tale contesto l'art. 6 non contempla in verità un elemento soggettivo proprio dell'ente: l'ipotesi del soggetto apicale che abbia con frode eluso il *compliance program* e la vigilanza costituisce tema di

---

<sup>55</sup> Si vd. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 201, con ulteriori riferimenti.

<sup>56</sup> Si legge a proposito: «L'ente, dunque, è chiamato a dimostrare di aver adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quelli verificatisi [...]; dovrà inoltre vigilare sulla effettiva operatività dei modelli, e quindi sulla osservanza degli stessi: a tal fine, per garantire la massima effettività del sistema, è disposto che la *societas* si avvalga di una struttura che deve essere costituita al suo interno (onde evitare facili manovre volte a preconstituire una patente di legittimità all'operato della *societas* attraverso il ricorso ad organismi compiacenti, e soprattutto per fondare una vera e propria *colpa dell'ente*)» (*Relazione*, § 3.4; corsivi nel testo). In dottrina recentemente su questi aspetti PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente*, cit., p. 1286.

<sup>57</sup> Così ancora AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 323.

accertamento equiparabile al caso fortuito dell'art. 2051 c.c., ossia a un fattore che – come già osservato – «spezza il nesso di causalità»<sup>58</sup>. L'ente andrà esente da responsabilità «solo per la non prevedibilità e prevenibilità della frode che ha reso possibile il reato»<sup>59</sup>. L'ente è in tal senso chiamato a fornire una prova per così dire di resistenza del modello di organizzazione e gestione: a dimostrare cioè la capacità di prevenzione di quest'ultimo alle condotte dei soggetti operanti nella sua struttura.

L'insufficienza della teoria dell'immedesimazione organica emerge per altro verso anche dal fatto che innegabilmente il criterio di collegamento del primo comma dell'art. 5 (lett. a) costituisce la necessaria premessa per ipotizzare un nesso che unisca l'ente al suo organo apicale quanto alla commissione del reato-presupposto, ma esso non introduce in alcun modo una responsabilità penale dell'ente aggiuntiva rispetto a quella della persona fisica. Se peraltro così fosse, verrebbe meno l'intera architettura della responsabilità amministrativa, come concepita dal d. lgs. 231/2001 e come descritta, in termini di originale sottosistema normativo, quale *tertium genus* al quale si è più volte fatto riferimento.

Occorrerebbe in tal senso recuperare l'ipotesi che rinvia nell'art. 6 un punto di emarginazione delle garanzie costituzionali e che porta correttamente alla necessità di distinguere tra il versante sostanziale e quello processuale<sup>60</sup>. Essa conferma inoltre indirettamente la tesi della natura non penale della responsabilità dell'ente: il che pone però, sul piano processuale, un problema assai più pregnante di possibile indebolimento delle garanzie della giurisdizione penale, nei confronti delle quali l'art. 6 introduce un *vulnus* affatto trascurabile<sup>61</sup>. A un'ipotesi siffatta circa il profilo sostanziale dei criteri di imputazione e dell'art. 6 in specie la dottrina è giunta rilevando che il problema resta quello di «una verifica della effettiva operatività degli istituti senza alcun apriorismo deviante»<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> Ivi, p. 324.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> In questo senso in dottrina in part. già AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 325, già citato in precedenza; con ulteriori riferimenti PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 85-89; BALDUCCI, *L'ente imputato*, cit., pp. 150-155; DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., p. 65.

<sup>61</sup> PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 12.

<sup>62</sup> AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 325.

#### 4. *La natura dell'art. 6: ipotesi di dottrina e giurisprudenza*

In dottrina è stato recentemente sottolineato come l'art. 6 rappresenti l'«espressione sincretistica» di due diversi modelli di imputazione, «rinvenibili nelle figure sintomatiche della responsabilità per immedesimazione (oggettivismo) e della colpa di organizzazione (soggettivismo)»<sup>63</sup>. Per procedere nell'analisi, occorre precisare che l'art. 6 rappresenta norma di diritto sostanziale: il problema finisce così per ricollegarsi alla già citata ipotesi del cosiddetto modello integrato di responsabilità, il quale a sua volta implica dal punto di vista processuale peculiari modalità di accertamento e ascrizione della responsabilità dell'ente nel processo. Di tali riflessi del dato normativo ha mostrato di tenere conto anche la prassi applicativa, con speciale riguardo all'allestimento dei modelli di organizzazione e gestione e alla loro particolare fisionomia, che dovrà essere già consapevolmente concepita in ottica processuale<sup>64</sup>.

La cornice entro la quale si inseriscono tali questioni appare peraltro, come si osserverà anche in seguito, di più vasta portata: nel senso che, se anzitutto la costruzione di un peculiare sistema di criteri di imputazione richiama il quesito intorno alla sostenibilità di una presunzione di innocenza propria della persona giuridica intesa quale regola di giudizio, è d'altronde chiaro che retrospettivamente ciò implicherà anche un quesito speculare relativo alla presunzione di innocenza intesa quale regola di trattamento in fase cautelare<sup>65</sup>. Anche per tale segmento dell'arco processuale opera inoltre la funzione *post delictum* dei modelli, come indicato dall'art. 49 per il caso di sospensione delle misure cautelari, con rinvio alla già citata disciplina dell'art. 17<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Così PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente*, cit., p. 1285. Si vd. anche in generale, con ulteriori riferimenti, A. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2013.

<sup>64</sup> Si vd. ad es. le *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo* pubblicate con periodici aggiornamenti da Confindustria (*on line*, secondo la versione aggiornata, su [www.confindustria.it](http://www.confindustria.it)).

<sup>65</sup> DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., pp. 70-71; PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 8-9.

<sup>66</sup> Ivi, p. 12; A. BERNASCONI, *sub Art. 6*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo*, cit., p. 119.

L'ambivalenza insita nell'art. 6, sulla quale si è appuntata la dottrina, è stata rilevata anche da alcuni importanti arresti della giurisprudenza di merito e di legittimità, che negli anni ha fornito contrastanti interpretazioni circa gli elementi costitutivi della complessa prova liberatoria descritta dal primo comma dell'art. 6. Tali elementi, come rilevato ancora in dottrina, potrebbero essere individuati nell'elusione fraudolenta del modello e nella struttura della colpa di organizzazione, ossia anche – per quanto attiene quest'ultimo aspetto – nell'idoneità del modello prescritto<sup>67</sup>. Occorrerà pertanto ripercorrere brevemente il percorso giurisprudenziale in tal senso proposto. In un'importante pronuncia della giurisprudenza di merito, era emersa una lettura soggettiva dell'art. 6, tesa a orientare al massimo grado la responsabilità dell'ente ex art. 6 verso il principio di colpevolezza «come tale animato dal criterio della esigibilità»<sup>68</sup>. Il Giudice costruiva la fattispecie dell'art. 6 in modo strutturalmente colposo<sup>69</sup>, cosicché la valutazione della condotta dell'ente e quindi del modello adottato seguiva il giudizio tipico delle fattispecie colpose. L'esito di tale percorso argomentativo, imperniato sulla esigibilità di un comportamento alternativo da parte della persona giuridica, era – osserva la già citata dottrina – «una *restaurazione del principio di colpevolezza* in relazione a quello snodo del paradigma imputativo “*ex 231*” che fin dall'inizio era apparso il più problematico quanto a rispetto delle garanzie costituzionali in materia penale (vuoi sul fronte processuale dell'inversione dell'*onus probandi*, vuoi sul fronte sostanziale della esigibilità da parte dell'ente di un modello precauzionale così onnicomprensivo da esorbitare di fatto le umane capacità organizzative)»<sup>70</sup>.

Le conclusioni appena citate sono state in seguito smentite dalla Suprema Corte che, in relazione al medesimo caso, ha confutato l'intera prospettazione del Giudice di merito<sup>71</sup>. Con riguardo all'idoneità del modello di organizzazione

---

<sup>67</sup> Il riferimento è ancora a PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente*, cit., p. 1287, al quale pure si rinvia per ulteriori riferimenti. Si vd. in part. C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa d'organizzazione*, in «La responsabilità amministrativa delle società e degli enti», I (2006), 1, pp. 167-190.

<sup>68</sup> Trib. Milano, 17 novembre 2009, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, Impregilo, con commento di C.E. PALIERO, *La società assolta per il reato dei “vertici”: una sentenza “apripista”*, in «Le Società», XVII (2010), 4, pp. 473-480; si vd. inoltre [S.M.] CORSO, *Codice della responsabilità “da reato” degli enti*, cit., p. 354.

<sup>69</sup> PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente*, cit., p. 1287.

<sup>70</sup> Ivi, p. 1288; corsivi nel testo.

<sup>71</sup> Cass. Sez. V, nr. 4677/2014, Impregilo S.p.A., con i commenti di C.E. PALIERO, *L'imputazione della responsabilità all'ente per il fatto-reato dei soggetti apicali: il punto di vista*

e gestione, la Suprema Corte ha pertanto rigettato la sufficienza di un mero criterio di conformità del modello a linee guida o *best practices*, anche relative a categorie specifiche, come idonee a integrare la prova liberatoria prevista dal primo comma dell'art. 6. L'obiettivo della ricostruzione alternativa così fondata è infatti il fondamento stesso della esigibilità del comportamento doveroso e quindi dello stesso principio di colpevolezza<sup>72</sup>. Si afferma di conseguenza, con riguardo ai modelli di organizzazione e gestione, anche l'insufficienza di una prova meramente cartolare: obiezione, quest'ultima, che indica l'opzione da parte della Suprema Corte per un'interpretazione dell'art. 6 in chiave oggettivistica.

Sotto il secondo profilo – che si può ben definire come relativo alla «gestione ermeneutica del controverso requisito dell'elusione fraudolenta del modello» – la Corte afferma che l'onere di provare non solo la commissione del reato-presupposto con finalità indipendenti rispetto all'interesse o al vantaggio per l'ente (sulla base dell'art. 6 co. 1, lett. c e 5 co. 2), ma anche la condotta decettiva dell'apicale incombe sull'ente medesimo. L'onere della prova imposto all'ente appare così eccessivo (una *probatio diabolica* passibile di svilupparsi all'infinito stante la prassi articolata dei comportamenti aziendali): si osserva perciò che «la *societas*, infatti, dovrebbe giocoforza provare sia l'esistenza di concreti comportamenti, *diversi* dalla condotta delittuosa tipica, *specificamente orientati* all'elusione del modello organizzativo, sia il nesso di causalità fra la condotta elusiva e la *neutralizzazione* del presidio cautelare»<sup>73</sup>.

---

della Cassazione. *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?* e di V. SALAFIA, *La condizione di non punibilità per responsabilità amministrativa, delle società ed enti, nel recente intervento della Corte di Cassazione*, entrambi pubblicati in «Le Società», XXI (2014), 4, rispettivamente alle pp. 469-473 e 473-478; si legge anche, con il già citato commento di SANTANGELO, *on line* su *Diritto penale contemporaneo*. Cfr. inoltre per ulteriori riferimenti [S.M.] CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., pp. 74-76.

<sup>72</sup> Si osserva in dottrina: «Sennonché il decidente ha perso di vista che, nei giudizi di merito, la conformità alle linee guida di categoria non era considerata un elemento esimente *tout court*, come se l'adozione di tale *compliance* importasse una presunzione *iuris et de iure* di idoneità del modello, quanto, piuttosto, come fattore storico-fattuale *concretizzante* – nella specie – il generale criterio di *esigibilità* delle cautele: nella assoluta povertà *illic et tunc* di *know-how* precauzionale-impeditivo di reati-presupposto, era esigibile “qualcosa di più” di un recepimento adattativo di quelle direttive alla realtà aziendale singola? Se sì, l'ente è *colpevole* e quindi responsabile; se no, va esente da responsabilità» (PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente*, p. 1290; corsivi dell'Autore).

<sup>73</sup> Ivi, p. 1291, da cui anche la citazione precedente.

La compatibilità dei criteri di imputazione di cui si discorre con il principio di colpevolezza e, più in generale, con il palinsesto delle garanzie costituzionali ha trovato un'ulteriore pronuncia da parte della Suprema Corte, che ha indicato così considerazioni differenti. L'art. 6 non determinerebbe così una cesura nel principio di colpevolezza, in quanto in esso non sarebbe presente alcuna inversione dell'onere della prova: come già sottolineato, l'onere di provare i fatti costitutivi della responsabilità dell'ente (ossia anzitutto le carenze organizzative) resterebbe in capo alla Pubblica Accusa, mentre graverebbe sull'ente la prova dei fatti impeditivi della responsabilità stessa, ossia appunto le circostanze storico-organizzative di cui al primo comma dell'art. 6, lett. *a-d*. Il principio di colpevolezza non risulterebbe in ogni caso lesa, bensì – ad avviso della Suprema Corte – sagomato sulla peculiare natura del soggetto interessato, che è una persona giuridica e non già una persona fisica<sup>74</sup>: ne risulta così esclusa quella lettura dell'ente quale *alter ego*, in senso antropomorfo, della persona fisica soggetto del processo penale.

Anche l'ipotesi interpretativa relativa all'inversione dell'onere della prova, offerta dalla Cassazione, appare corretta, ma il funzionamento concreto di tale congegno non cessa di suscitare perplessità: se infatti per la prova delle circostanze antecedenti la commissione del reato-presupposto (l'adozione del modello e la nomina di un organismo di vigilanza) non si ravvisano tensioni di sorta, quanto all'elusione fraudolenta in particolare persiste una probabile lesione della presunzione di innocenza intesa nuovamente quale regola di giudizio. Il problema emerge con chiarezza sul piano logico-sistematico: all'ente potrebbe essere potenzialmente addossato un onere di prova che, oltre ad assumere proporzioni ingenti, non riguarderebbe più soltanto i fatti impeditivi della responsabilità, bensì anche i fatti costitutivi del reato-presupposto di cui sarà imputata necessariamente una persona fisica. A tale antinomia si perviene d'altronde proprio in forza di un'ipotesi di immedesimazione tra l'ente e il soggetto apicale, in forza della quale si giunge peraltro erroneamente ad

---

<sup>74</sup> Ancora PALIERO (ivi, p. 1293) rileva però a tal proposito che la Corte introduce, attraverso tale distinzione, un «modello debole di colpa» e che «l'ontologica differenza d'autore, invocata dalla Corte, tra *societas* e *homo*, in nessun modo rende necessario o legittima il diverso accertamento del giudizio normativo di responsabilità propugnato dalla Cassazione».

affermare – come anche ha fatto la giurisprudenza di legittimità – che l'ente risponde per fatto proprio e non per fatto illecito altrui<sup>75</sup>.

Qui necessariamente si produce, o quanto meno potrebbe prodursi, un'inversione dell'onere della prova, perché alla persona giuridica viene attribuita a livello di incolpazione la responsabilità sulla base di una presunzione particolarmente incisiva. L'esempio argomentativo che qui si offre mostra forse che la distinzione, alquanto chiara sul piano teorico, può mostrarsi assai più labile sul piano dell'applicazione concreta della norma<sup>76</sup>. La particolare natura del *tertium genus* di responsabilità presenta all'art. 6 un fertile terreno di vaglio dei principi costituzionali.

##### *5. La funzione dei modelli di organizzazione e di gestione come modelli integrati di responsabilità*

Il punto di emersione dei modelli di organizzazione e gestione è rappresentato, come già anticipato, dall'art. 6, dove essi sono previsti al co. 1, lett. *a* quale prima articolazione della prova liberatoria già menzionata e poi, al co. 2 della norma, viene definita la mappatura o gestione (il cosiddetto *risk management*) del rischio della quale essi devono fornire compiuta descrizione. I modelli – si legge infatti – devono infatti essere calibrati sul «rischio di commissione dei reati» e devono altresì essere redatti in relazione «all'estensione dei poteri delegati»<sup>77</sup>. Al co. 3 si precisa inoltre che i modelli «possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di «codici di comportamento redatte dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della Giustizia che, di concerto con i Ministeri

---

<sup>75</sup> Cfr. in part. le già citate Cass. Sez. VI, nr. 36083/2009, Mussoni; Cass. Sez. VI, nr. 27735/2010, Brill Rover.

<sup>76</sup> «In effetti, se divenisse in ogni caso impresa ciclopica, pressoché impossibile, dimostrare per l'ente la sussistenza dell'esimente di cui all'art. 6 del Decreto, in una prospettiva endosistemica (ascrizione di responsabilità nel processo) il risultato sarebbe una norma incentrata sulla sola effettività della sanzione e non del precetto» (PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente*, cit., p. 1294).

<sup>77</sup> PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, cit., p. 432; PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 89.

competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati»<sup>78</sup>.

È necessario peraltro richiamare quanto già osservato a proposito dell'inquadramento dogmatico dell'art. 6 – in quanto vi rientrano i modelli stessi – che taluna dottrina assimila quale esimente e altra qualifica invece come vero e proprio fatto impeditivo della responsabilità<sup>79</sup>. La funzione dei modelli di organizzazione e gestione deve essere infatti ricompresa entro un perimetro più ampio di quello dell'art. 6, che pur costituisce la norma di nozione in materia. La prima distinzione riguarda i due differenti modelli di responsabilità amministrativa per reati commessi da soggetti apicali (art. 6) e per reati commessi da soggetti subordinati (art. 7), ai quali corrispondono due differenti forme di rilevanza giuridica dei modelli: per i reati commessi da apicali, si predica infatti l'insufficienza della mera adozione e della conseguente esecuzione dei modelli, mentre per la fattispecie relativa ai soggetti subordinati è sufficiente l'adozione secondo i criteri prescritti. Si tratta perciò di congegni premiali dell'ente, con efficacia esimente, la cui adozione può finanche guadagnare in capo a quest'ultimo una pronuncia liberatoria: la peculiarità che li distingue da istituti affini presenti ad esempio all'art. 62 co. 6 c.p. per l'ipotesi di riparazione del danno prima del giudizio o ancora all'art. 133 co. 2 nr. 3 c.p. per la condotta susseguente alla commissione del reato è rappresentata dal fatto che i modelli previsti dal d. lgs. 231/2001 operano in fase *ante delictum*, in virtù di una particolare accentuazione della finalità specialpreventiva, che caratterizza l'architettura di tale sottosistema.

Per la fase *ante delictum*, l'adozione dei modelli di cui agli artt. 6 e 7 rientra tra i fatti estintivi della responsabilità dell'ente; al contrario in fase *post delictum* la verifica dell'efficace adozione dei modelli non si tradurrà nell'esclusione della responsabilità: la dissociazione tra questi due elementi porterà soltanto all'esclusione o alla riduzione per l'ente di talune sanzioni, come per il caso della pena pecuniaria di cui all'art. 12 co. 2, lett. *b* (vd. art. 17 co. 1, lett. *b*). L'art. 17 contempla infatti un'efficacia dei modelli preclusiva

---

<sup>78</sup> Per i problemi sollevati da tale previsione si vd. BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., pp. 219-223.

<sup>79</sup> Cfr. *supra* cap. II 1, nota 31. Occorre ricordare che secondo una terza e ulteriore ipotesi si tratterebbe di causa di non punibilità (vd. PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, cit., p. 430, come citato alla nota di riferimento). Quanto all'ipotesi del fatto impeditivo si vd. inoltre FERRUA, *Il processo penale contro gli enti*, cit., p. 240 e in sintesi PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 88.

delle sanzioni interdittive, anche per il caso che esse siano applicate in sede cautelare; l'art. 78 aggiunge una funzione dei modelli persino in fase di esecuzione della condanna<sup>80</sup>. Sul piano sistematico occorre perciò distinguere l'efficacia dei modelli realizzati prima dell'apertura del dibattimento rispetto all'efficacia dei modelli attuati dopo l'apertura dello stesso: i modelli che operano *ante delictum* possono perciò essere definiti come dotati di efficacia esimente (o impeditiva, secondo quanto già osservato) della responsabilità, mentre quelli adottati *post delictum* sono presupposto di riduzione delle sanzioni. Naturalmente i contenuti dei modelli, declinati all'art. 6, dovranno fornire la cosiddetta mappatura del rischio e indicare un completo assetto di relazioni tra soggetti chiamati a prevenire la commissione dei reati-presupposto: qui la funzione dei modelli, che invoca l'intervento di discipline ulteriori rispetto a quelle giuridiche (anzitutto in relazione all'attività svolta e alla cosiddetta *gap analysis*, calibrata su un confronto tra essere e dover essere dell'organizzazione aziendale, ossia tra la cosiddetta situazione *as is* e la corrispondente situazione *to be*)<sup>81</sup>, apre un tema generale di discrezionalità e richiama il problema della valutazione dell'idoneità dei modelli stessi in giudizio, che si svolgerà secondo la cosiddetta prognosi postuma<sup>82</sup>, e della loro corrispondenza a un parametro finalistico di trasparenza dell'attività svolta e della relativa organizzazione<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> Per una sintesi si vd. BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 966; PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 70-71.

<sup>81</sup> BERNASCONI, *sub Art. 6*, cit., in part. pp. 119-121, 125-126; PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 100-102; per considerazioni più generali in part. F. STELLA, *Prefazione a DE MAGLIE, L'etica e il mercato*, cit., pp. IX-XI e BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., pp. 179-255. Si vd. anche per la prassi le già citate *Linee guida per la costruzione dei modelli*, pubblicate sul sito di Confindustria, pp. 9-11.

<sup>82</sup> Occorre che il giudice verifichi, secondo una valutazione probabilistica, se in quelle condizioni concrete, considerate in un momento precedente la commissione del delitto, questo sarebbe stato impedito se non fossero intervenute circostanze eccezionali e imprevedibili che, di fatto, ne hanno consentito la realizzazione (si vd. ad es. GARUTI, *La procedura per accertare la responsabilità degli enti*, cit., p. 689; PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 89-90).

<sup>83</sup> BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 965; P. BASTIA, *I modelli organizzativi*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, cit., pp. 132-167: 134-135 dello stesso BASTIA si vd. anche il contributo *Criteri di progettazione dei modelli organizzativi*, edito *on line* su *Rivista 231*, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it)). Per contenuti peculiari dei modelli si vd. anche BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., pp. 127-131 e BERNASCONI, *sub Art. 6*, cit., pp. 121-123. Particolarmente utile l'esempio delle indicazioni redatte dall'Associazione Bancaria Italiana sia per quanto riguarda il confronto con la

Al di là delle funzioni e delle caratteristiche generali dei modelli, qui brevemente richiamate, il punto di chiusura della loro presenza è infatti rappresentato dall’allocazione dell’onere della prova nei due modelli dell’art. 6 e 7. L’indagine relativa alla funzione dei modelli si ricollega quindi al tema delle due diverse fattispecie degli artt. 6 e 7. Si tratta in tal senso di recuperare aspetti già introdotti e di vagliarne la compatibilità con la presunzione di innocenza dell’ente, aggiungendo ora la funzione che in tale contesto svolgono appunto i modelli di organizzazione e gestione. Nella fattispecie impeditiva dell’art. 6 il Pubblico Ministero ha l’onere di provare la colpa organizzativa: per contro all’ente non basterà introdurre la prova della mera adozione del modello perché sia integrata la prova liberatoria, perché – come si avrà modo di ricordare anche oltre – occorrerà la prova positiva dell’elusione fraudolenta dei controlli e del modello stesso da parte dell’autore del reato.

Per i soggetti subordinati lo schema è diverso: la colpa non è infatti presunta e non vi è alcuna inversione dell’onere della prova. Anche per l’art. 7, e proprio in relazione alla funzione dei *compliance programs*, viene tuttavia in rilievo il cosiddetto modello integrato di responsabilità: attraverso quella che si atteggia a norma di scopo, ossia proprio il secondo comma dell’art. 7, si afferma infatti che «è esclusa l’inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l’ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo *idoneo* a prevenire reati della specie di quello verificatosi» (corsivi aggiunti). Il primo comma impone quindi all’organo d’accusa l’onere di provare il nesso di causalità tra *culpa in vigilando* e reato-presupposto; il secondo comma, con una prova liberatoria costruita sul modello di una prova legale negativa di matrice civilistica, impone un giudizio di idoneità *ex ante* del modello in relazione al reato-presupposto, ossia una prognosi postuma analoga alla struttura delle

---

legislazione speciale di interesse, sia per quanto attiene i parametri per la redazione dei modelli (il riferimento è alle *Linee guida dell’Associazione Bancaria Italiana per l’adozione dei modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*, on line secondo l’ultima versione on line sul sito [www.abi.it](http://www.abi.it); sul punto si vd. BERNASCONI, *sub Art. 6*, cit., p. 122 e PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., in part. pp. 93-96). Ad esempio per quanto riguarda la progettazione funzionale del modello, rivestiranno importanza decisiva per il profilo di trasparenza la «conoscenza dell’organizzazione di impresa» unita alla «ricostruibilità delle scelte» e la «separazione delle funzioni di decisione»; inoltre le *Linee guida* ABI indicano come utili indicazioni possano venire da testi già elaborati per l’organizzazione interna, come «ordini di servizio, disposizioni interne, normative aziendali, codici di autodisciplina, codici deontologici», i quali potranno costituire «la base precettiva di ciò che è un modello organizzativo» (p. 9).

fattispecie colpose. Il secondo comma non introduce quindi dal punto di vista formale un'inversione dell'onere probatorio, analoga a quella dell'art. 6, ma mostra con forza la funzione specialpreventiva del modello: ciò non toglie che il giudizio di idoneità del modello sia parallelo a quello dell'art. 6 e che soprattutto sia comune alle due fattispecie l'efficacia esimente attribuita ai modelli.

Anche per l'art. 7 non potrà in verità escludersi, proprio per il secondo comma, una minima lesione della presunzione di innocenza, che potrebbe forse risiedere proprio nell'ampiezza della nozione di modelli «idonei» introdotta da tale norma. In ottica processuale si ripropone infatti il problema dell'allocatione in capo all'ente di una prova che, pur riguardando un fatto impeditivo, finisce in ultima analisi per gravare sullo stesso soggetto quanto a rischio o insufficienza della prova così introdotta. Sebbene la fattispecie dell'art. 7, essendo relativa a soggetti sottoposti e non ad apicali, non presenti l'ulteriore questione dell'elusione fraudolenta, potranno presentarsi situazioni di pari difficoltà probatoria per l'ente, solo che ad esempio si consideri il caso della cosiddetta condotta abnorme del dipendente (e quindi, in modo forse speculare, di eventuali profili di colpa generica per il soggetto che esprima la posizione dell'ente) per il caso di omicidio colposo di cui all'art. 25-*septies* del d. lgs. 231/2001, che costituisce l'esempio forse più utile per cogliere le problematiche in oggetto<sup>84</sup>. Ancora una volta la tensione con il principio della presunzione di innocenza, che parrebbe esclusa sul piano dell'argomentazione teorica, riemerge quale possibile evenienza sul piano processuale. Il problema mostra per altro verso i profili sostanziali, sui quali si appunta la recente giurisprudenza di legittimità, anche con riferimento alla funzione e ai contenuti propri dei modelli di organizzazione e gestione: nel senso che l'idoneità e in particolare l'identificazione di aree di rischio differenziate, che costituiscono alcuni dei contenuti tipici dei *compliance programs*, finiscono per tradursi in

---

<sup>84</sup> Cfr. [S.M.] CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., pp. 193-196 per la giurisprudenza. Per i profili relativi ai soggetti coinvolti (sottoposto e figura apicale) si vd. ad es. per la recente giurisprudenza Cass. Sez. IV, 23 ottobre 2008, nr. 40516, in *Dejure*; per il panorama dottrinale e i profili sostanziali, tra altri, vd. L. MASERA, *Delitti contro la vita, in Reati contro la persona*, a cura di F. VIGANÒ, Estratto dal VII volume del *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO-C.E. PALIERO, *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di F. VIGANÒ-C. PIERGALLINI, Torino, 2015<sup>2</sup>, pp. 1-96: 74-77.

ottica processuale in altrettanti profili processuali inerenti la prova configurata dagli artt. 6 e 7 del decreto<sup>85</sup>.

\*\*\*

## PARTE SECONDA

### 1. *Culpa in vigilando e responsabilità oggettiva. La contaminazione con i modelli civilistici e la compatibilità con la presunzione di innocenza*

Nella già citata giurisprudenza di legittimità si osserva l'insufficienza dell'ipotesi tesa a costruire, con i criteri di imputazione degli artt. 6 e 7, una nuova fattispecie colposa per circoscrivere la responsabilità dell'ente. Viene così rifiutata «una nuova figura di atteggiamento psicologico improntato a colpa (una sorta di *culpa in ordinando o componendo*, sottospecie ipotetica – probabilmente – della già nota *culpa in vigilando*)»: la prova e il giudizio dei fatti impeditivi relativi all'adozione di modelli idonei – si afferma – «prescinde da qualsiasi apprezzamento di atteggiamenti psicologici (per altro, impossibile in riferimento alla volontà di un ente), e si sostanzia in una valutazione del modello concretamente adottato dall'azienda, in un'ottica di conformità/adequatezza del predetto modello rispetto agli scopi che esso si propone di raggiungere»<sup>86</sup>. Secondo le prospettazioni della giurisprudenza di legittimità, non si verserebbe peraltro in un'ipotesi di responsabilità oggettiva, «atteso che l'oggetto dell'esame (l'articolato normativo che esplicita un protocollo comportamentale) è comunque conseguenza di un'attività

---

<sup>85</sup> In giurisprudenza si allude ancora a Cass. SS.UU., nr. 38343/2014, Espenhahn e a. Si vd. PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 175-177.

<sup>86</sup> Così la già citata Cass. Sez. V, nr. 4677/2014, Impregilo S.p.A., § 3 del dattiloscritto, da cui anche la citazione precedente.

volontaria e consapevole di chi lo ha elaborato, approvato e reso esecutivo, ma si tratta, invece, di un giudizio strettamente normativo»<sup>87</sup>. Il fondamento della responsabilità dell'ente non potrà pertanto essere rintracciato né in un mancato impedimento della commissione del reato, come per il secondo comma dell'art. 40 c.p., né ancora in un'ipotesi di responsabilità oggettiva.

Al di là di tali premesse metodologiche e dei profili sostanziali, emerge nuovamente la difficoltà di ricomporre un quadro d'insieme: le fattispecie sostanziali degli artt. 6 e 7 implicano sul versante processuale, come già più volte ricordato, il problema della prova connessa all'adozione e all'efficace adozione dei modelli di organizzazione e gestione e, d'altro canto, pongono il delicato problema della prova dell'elusione fraudolenta. Proprio quest'ultimo aspetto consente di apprezzare, come già in parte anticipato, tanto gli aspetti problematici del sistema quanto il possibile riconoscimento di garanzie sostanziali e processuali alla persona giuridica. La condotta di aggiramento, che il requisito dell'elusione fraudolenta esprime, vale naturalmente in relazione a fattispecie delittuose di natura dolosa: lo stesso requisito è invece «da ritenersi *implicitamente abrogato* con riferimento ai reati colposi; ed è auspicabile un intervento del legislatore volto a rimuovere l'insanabile contraddizione tra “fraudolenza” e “colpa”»<sup>88</sup>. Tale asimmetria rileverà quindi ad esempio per i reati in materia di salute e sicurezza del lavoro e di tutela ambientale (artt. 25-*septies* e 25-*undecies*). Se però si richiamano alla memoria anche le influenze dei modelli civilistici che sono alla base dei criteri di imputazione in oggetto<sup>89</sup>, si delineano ulteriori differenze: sia dal punto di vista delle fattispecie sostanziali degli artt. 6 e 7, che assumeranno quindi caratteri differenti a seconda che il reato-presupposto sia di natura dolosa o colposa, che da quello probatorio e perciò processuale<sup>90</sup>.

Le osservazioni sinora proposte trovano un ulteriore elemento di confronto nell'analisi della struttura propria della prova liberatoria dell'art. 6

---

<sup>87</sup> Ivi, § 3.1.

<sup>88</sup> PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 172.

<sup>89</sup> Vd. *supra* cap. II 1.

<sup>90</sup> Un valido esempio, in tema di delitti colposi nel catalogo dei reati-presupposto, potrebbe essere rappresentato, in tal senso, dall'art. 25-*septies*, che pone peraltro anche un interessante caso di coordinamento tra la disciplina dei modelli di organizzazione e gestione previsti dal d. lgs. 231/2001 e quelli invece previsti dal Testo Unico (d. lgs. 81/2008 e succ. modifiche). In argomento assume infatti particolare rilievo il tema della delega di funzioni e della particolare responsabilità prevista per la vigilanza del datore di lavoro.

che, al di là dei gravi problemi ai quali già si è fatto cenno, presenta già con il requisito di prova dell'assenza di una *culpa in vigilando* «un marcato allontanamento – si osserva in dottrina – dai classici schemi presuntivi applicati nel processo penale e una spiccata sintonia con i modelli civilistici che regolano tipiche ipotesi di responsabilità oggettiva»<sup>91</sup>. In realtà l'analogia potrebbe spingersi anche oltre: per l'art. 2051 c.c., qui richiamato, la giurisprudenza di legittimità ha persuasivamente indicato che il soggetto proprietario (al quale si può sovrapporre per questo caso l'ente) sarà sollevato dall'onere di prova relativo alla corretta adozione delle necessarie cautele e quindi da responsabilità nel caso di azione illecita del soggetto terzo, che abbia messo in opera condotte fraudolente (ad esempio l'accesso illegittimo a una proprietà privata) indipendenti dal rischio insito nella proprietà stessa<sup>92</sup>.

Per l'art. 6, non è la prova dell'assenza di colpa (e quindi anche dell'adozione del modello di organizzazione e gestione) a escludere la responsabilità dell'ente, bensì la prova positiva dell'elusione fraudolenta da parte dell'autore del reato-presupposto del modello di organizzazione e gestione. Solo quest'ultima prova può interrompere «il nesso di causalità tra la condotta delittuosa e la posizione dell'ente»<sup>93</sup>. In difetto di tale prova, l'ente andrà incontro a una condanna: la dottrina ha indicato a tal proposito come non operi una colpa presunta, ma l'assenza della prova liberatoria gravi sull'ente stesso, con violazione non più trascurabile della presunzione di innocenza<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> Così CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, cit., pp. 255-256.

<sup>92</sup> In argomento si potranno utilmente consultare a Cass. civ. Sez. III, 5 febbraio 2013, nr. 2660 e ancora Cass. civ. Sez. III, 27 agosto 1999, nr. 8997, per la responsabilità del proprietario relativamente alla fattispecie dell'art. 2051 c.c.: chiarisce la Suprema Corte che vi sarà responsabilità laddove il caso fortuito dipenda dal rischio governabile dal soggetto proprietario (è il cd. «dinamismo della cosa», qui con riferimento all'oggetto di proprietà), ma non nel caso in cui l'illecito dipenda dalla condotta dell'altro soggetto (è il cd. «dinamismo dell'evento»). In tema di modello civilistico dell'art. 2051 c.c., l'analogia fornisce forse qualche ulteriore elemento utile.

<sup>93</sup> AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 322.

<sup>94</sup> CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., pp. 37-39; CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, cit., p. 256. Per l'ipotesi di una presunzione di colpevolezza dell'ente derivante dalla struttura dell'art. 6 si vd. in part. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., p. 65, anche per ulteriori riferimenti; C.E. PALIERO, *Dalla vicarious liability alla colpevolezza d'impresa: tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, III, a cura di P. CORSO-E. ZANETTI, Piacenza, 2010, in part. pp. 443-444; AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., pp. 324-325.

## 2. La diversa allocazione dell'onere probatorio nella fattispecie dell'art. 7: considerazioni sistematiche

La norma può essere annoverata «tra le disposizioni meno perspicue del d. lgs. n. 231 del 2001»<sup>95</sup>. Dal testo del primo comma dell'art. 7 si evince che il criterio di imputazione per i soggetti subordinati non comporta, a differenza di quanto previsto per i cosiddetti apicali, alcuna inversione dell'onere della prova: nella formula, che rinvia al modello dell'art. 2049 c.c.<sup>96</sup>, «l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza» equivale infatti a un onere della prova che rimane in capo al Pubblico Ministero. La regola del secondo comma non integra alcuna prova liberatoria: essa costituisce «un limite posto al pubblico ministero nell'*iter* che su di lui grava al fine di dimostrare l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza»<sup>97</sup>. Si tratta infatti di una «prova legale» che preclude infatti all'organo d'accusa la dimostrazione della mancata osservanza della vigilanza e che pertanto comporta l'assoluzione «per insussistenza dell'illecito amministrativo»<sup>98</sup>; non vi sarà viceversa alcun esonero dall'obbligo di provare la colpa dell'ente nel caso di assenza del modello o di dubbio circa la sua corretta attuazione, ma una prova incerta della sussistenza della colpa gioverà nuovamente alla persona giuridica incolpata.

Sono inoltre disciplinati ai commi 3 e 4 i contenuti e i requisiti del modello idoneo ad assolvere la finalità preventiva più volte citata. La descrizione appare assai più sintetica di quella dell'art. 6<sup>99</sup>: si può tuttavia rilevare un *quid pluris* nel secondo comma dell'art. 7 che, rispetto a quanto previsto per gli apicali, aggiunge con specifico riferimento alla prevenzione di reati commessi da soggetti subordinati la necessità che l'ente adotti ed efficacemente attui «un modello di organizzazione, gestione e controllo» (corsivi aggiunti), appunto

---

<sup>95</sup> Così PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 175.

<sup>96</sup> AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 325.

<sup>97</sup> Ivi, p. 326.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> PRESUTTI-BERNASCONI (*Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 177) notano che la «disposizione sembra sottintendere, senza tipizzarla, l'esistenza di un'altra *species* di modello, più semplificata di quella dell'art. 6».

perché i soggetti sottoposti devono essere assoggettati a una capillare attività di controllo con finalità preventiva del rischio di reato<sup>100</sup>.

La differenza più evidente rispetto all'art. 6 rimane in ogni caso l'assenza della previsione relativa all'elusione fraudolenta del modello, che riflette la differenza strutturale tra il rischio di reato legato all'attività dei soggetti apicali e quello che invece deriva dal controllo dei sottoposti. La regola prevista dal secondo comma dovrà essere inoltre specificamente calibrata sui contenuti individuati nei commi successivi: l'efficace attuazione del modello di organizzazione, gestione e controllo corrisponde alla prova di un fatto impeditivo dell'«inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza», che corrisponde invece per il Pubblico Ministero alla prova del fatto costitutivo. L'efficace attuazione dovrà quindi contenere (e l'ente dovrà quindi provare), «in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta» (co. 3), l'adozione di «misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio» (così ancora il co. 3). La formula appena citata, relativa allo «svolgimento dell'attività nel rispetto della legge», si atteggia a una sorta di clausola di rinvio aperta, della quale non sono però precisati i contenuti. Bisogna d'altro canto osservare come anche la seconda previsione, relativa alla scoperta e alla tempestiva eliminazione di situazioni di rischio, sconti un *deficit* di vaghezza: essa sembrerebbe infatti rinviare in modo imprecisato all'adozione di strumenti e organi di vigilanza interna, il cui statuto viene però del tutto sottaciuto<sup>101</sup>. Si osserva quindi una totale indeterminatezza di contenuti, alla

---

<sup>100</sup> Si rileva in dottrina (AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 328) che sarebbero persino ipotizzare tre tipi di *compliance programs*: a quelli degli artt. 6 e 7 si aggiungerebbe infatti quello dell'art. 25-ter in tema di reati societari, che «istituisce un diverso criterio di imputazione [...], ricomprendendo in una unica classe soggetti apicali e dipendenti e stabilendo che la responsabilità dell'ente sussiste quando il reato è commesso nell'interesse della società e si accerta che il fatto non si sarebbe realizzato se le persone ai vertici “avessero vigilato in conformità agli obblighi inerenti alla loro carica”». Per questa particolare fattispecie, che tra l'altro omette per gli apicali il requisito del vantaggio, si vd. quanto già osservato al § 2, Parte prima del presente capitolo. In tema anche A. BERNASCONI, *sub Art. 7*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo*, cit., pp. 163-167.

<sup>101</sup> Un ausilio potrebbe venire dalle previsioni del d. lgs. 81/2008, in part. per quanto previsto dai contenuti peculiari in tema di valutazione del rischio. Un problema potrebbe invece derivare dalla previsione dell'art. 30, che detta una disciplina ulteriore rispetto a quella dei modelli *ante delictum* del d. lgs. 231/2001. Al co. 1 si legge infatti che: «Il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche [...] di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231,

quale sola supplisce la previsione del quarto comma relativa alla verifica periodica e all'aggiornamento del modello (lett. *a*) e all'adozione di un sistema disciplinare (lett. *b*)<sup>102</sup>.

La norma sembra assumere carattere residuale, anche in virtù della formulazione alquanto laconica, fors'anche per il ruolo secondario che il legislatore delegato attribuisce a tali fattispecie rispetto all'emergenza relativa alla criminalità d'impresa relativa alle sfere decisionali<sup>103</sup>. Resta che, per quanto attiene la prova del comma 2 a carico dell'ente, la vaghezza del dettato normativo richiede un'attività di integrazione, a evitare che la discrezionalità valutativa che potrebbe configurarsi in sede di giudizio (soprattutto per la previsione del terzo comma) si traduca nell'introduzione indiretta di una nuova inversione dell'onere della prova. Il rischio della mancata prova del fatto impeditivo, ossia l'adozione del modello, potrebbe infatti apparire ancora una volta a carico della difesa<sup>104</sup>.

Per contro appare chiaro, ancora con particolare riguardo al co. 3, che viene messa a tema l'effettività dell'adozione e dell'attuazione del modello, le quali non dovranno essere viceversa ridotte dall'ente a un adempimento meramente cartolare. A ciò si aggiunge il fatto che l'onere in capo al Pubblico

---

*deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici» (corsivi aggiunti) relativi a un'attività di valutazione e gestione del rischio che viene specificata alle lett. a-h seguenti. I co. 2-4 prevedono inoltre: che il «modello organizzativo e gestionale di cui al comma 1 deve prevedere idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione delle attività di cui al comma 1» (co. 2); che sia prevista «un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari» per la verifica del modello (co. 3); che sia previsto infine un «idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate» (co. 4). Vi sarebbe dunque un profilo di obbligatorietà del modello, al quale andrà aggiunto quello relativo alla delega di funzioni di cui all'art. 16. Ma il coordinamento tra tali previsioni e l'art. 7, d. lgs. 231/2001 appare complesso: le disposizioni dell'art. 30 sopra citato divergono infatti da quelle dell'art. 7 e resta il problema di disciplinare il rapporto tra il congegno di responsabilità del d. lgs. 81/2008 (anche per i profili relativi alla valutazione del rischio come attività non delegabile) e quelli del d. lgs. 231/2001. Una proficua sintesi si legge in PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 127-132.*

<sup>102</sup> Ivi, p. 178, dove si osserva: «Una tecnica legislativa a dir poco singolare, nella quale alla carenza di prescrizioni in ordine ai requisiti fondamentali del modello fa da contraltare la regolamentazione delle condizioni della sua efficacia».

<sup>103</sup> Con ulteriori riferimenti, BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 974.

<sup>104</sup> BERNASCONI, *sub Art. 7*, cit., pp. 164-165; PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 216; AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 326.

Ministero di provare l'inosservanza degli obblighi da parte dell'ente equivale, sul piano concreto, alla prova di un fatto storico, cosicché si potrà rilevare una minima asimmetria interna alla norma in oggetto: se il Pubblico Ministero fallirà nell'introdurre tale prova, l'ente andrà esente da responsabilità; ma se viceversa l'onere di prova dell'Accusa sarà correttamente assolto, sull'ente graverà uno speculare onere di prova per il quale le previsioni dei co. 2-4 dell'art. 7 rivelano scarsa effettività<sup>105</sup>. Il problema sconfinava così nuovamente nel raffronto tra i criteri di imputazione e la disciplina delle formule terminative, rivelando qualche possibile attrito sul piano sistematico tra l'art. 7 e le regole di giudizio.

*3. Onere della prova e regola di giudizio: il sistema del d. lgs. 231/2001 alla luce dell'art. 533 co. 1 c.p.p.*

Le considerazioni sinora svolte possono forse confluire in qualche conclusione provvisoria: gli aspetti sistematici legati ai criteri di imputazione del d. lgs. 231/2001 possono essere infatti osservati, come si è tentato di fare, dal punto di vista dell'effettività delle garanzie costituzionali, e perciò tanto sostanziali che processuali, dell'ente nel processo penale, al quale esso partecipa in forza del disegno del testo normativo stesso. Un punto di osservazione particolarmente illuminante appare, da tale punto di vista, quello delle epiloghi di cui agli artt. 66 segg.<sup>106</sup>. Proprio in relazione all'art. 66 si colgono infatti in modo definitivo i nodi sistematici e si può ipotizzare una risposta al quesito circa l'effettività della garanzia della presunzione di innocenza in particolare, per la quale in queste pagine sono emerse difficoltà interpretative e contrapposte soluzioni di dottrina e giurisprudenza. Per effetto di una lettura sistematica degli artt. 6 e 66 del d. lgs. 231/2001, si potrebbe infatti ipotizzare una sorta di riduzione del raggio operativo della regola di giudizio dell'art. 530 co. 2 c.p.p., che appunto opera in forza della lettera stessa dell'art. 66 insieme a quella, speculare, dell'art. 533 co. 1 c.p.p.

---

<sup>105</sup> PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 178.

<sup>106</sup> Si vd. anche quanto osservato al cap. III 2.

Occorre perciò partire da una prima ipotesi, in base alla quale si può ricomporre una sorta di doppia regola di giudizio all'interno del d. lgs. 231/2001. La regola di giudizio dell'art. 66, che replica quella del codice di rito<sup>107</sup>, si applicherà nel caso in cui il reato-presupposto sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente: in questo caso l'onere della prova relativo ai fatti costitutivi e quindi anche al nesso di collegamento dell'art. 5, in forza del quale potrà sussistere la responsabilità dell'ente, grava sul Pubblico Ministero. È quest'ultimo che sopporterà quindi il rischio della mancata prova, in base al quale l'ente potrà guadagnare una pronuncia assolutoria. L'art. 66 non contiene quindi alcuna deroga al principio della presunzione di innocenza intesa come regola di giudizio; opera quindi per tale pronuncia anche il canone dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» dell'art. 533 co. 1 c.p.p.

L'art. 6 postula una regola di giudizio diversa: esso configura, per disciplina generale, la possibilità per l'ente di fornire una prova liberatoria (co. 1, lett. *a-d*), la quale corrisponderà a una articolata dimostrazione di fatti impeditivi della responsabilità dell'ente stesso. L'onere della prova in ordine a tali circostanze sembrerebbe però gravare, per esplicito dettato normativo, sulla persona giuridica, cosicché non si potrà evitare di concludere che l'incertezza circa la sussistenza di tali condizioni storiche e comportamentali (l'elusione fraudolenta, la predisposizione di un organismo di vigilanza, l'adozione e l'efficace attuazione dei *compliance programs*), ossia il rischio della mancata prova, grava sulla persona giuridica incolpata. Il mancato raggiungimento di tali parametri probatori dovrebbe perciò condurre a una pronuncia di condanna<sup>108</sup>. Si annida evidentemente una profonda cesura della presunzione di innocenza intesa quale regola di giudizio, per la quale si potrebbe persino profilare un problema in termini di legittimità costituzionale. A tal proposito in dottrina si osserva che, se dall'art. 6 emerge «una diversità del modo di concepire il canone costituzionale della presunzione di non colpevolezza» e anzi una vera e propria «deroga alla presunzione di non colpevolezza, cioè una garanzia di cui anche l'ente gode», «l'unica interpretazione orientata nel solco dell'art. 27 co. 2 Cost. sembrerebbe essere

---

<sup>107</sup> Così anche la *Relazione*, § 20.

<sup>108</sup> PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 382.

quella di imporre alla pubblica accusa il compito di dimostrare l'inefficacia del modello organizzativo»<sup>109</sup>.

Tale argomentazione si contrappone quindi all'ipotesi originariamente descritta, che sarebbe viceversa suffragata dal dato positivo dell'art. 6, con i due ulteriori corollari della Relazione ministeriale (che, come già osservato, propugna al contrario un'interpretazione dell'art. 6 che lasci prevalere sulle garanzie dell'ente le finalità preventive) e di una giurisprudenza che tende a leggere la prova del primo comma dell'art. 6, con i requisiti cumulativi suoi propri, secondo un onere di prova particolarmente ingente per la persona giuridica, che potrebbe ben tradursi, come evidenza nuovamente la dottrina, nell'uso di scorciatoie probatorie da parte della giurisprudenza, sull'assunto che l'ente ad esempio «non potesse non prevedere» la condotta dei suoi amministratori<sup>110</sup>. Considerando il problema appunto dal lato del diritto positivo, la regola di giudizio sottesa all'art. 27 co. 2 Cost. finirebbe così per essere sostanzialmente oscurata dall'art. 6 del d. lgs. 231/2001<sup>111</sup>. Un argomento ulteriore, che nasce appunto dall'art. 6, è dato dal fatto che i criteri di valutazione dei requisiti delle lett. *a-d* del primo comma – e si pensi, in tal senso, ad esempio ai contenuti dei modelli – rimangono comunque esposti a quella discrezionalità valutativa degli organi giurisdizionali che, come si è osservato in precedenza, costituisce uno dei contrassegni del sottosistema normativo e processuale del d. lgs. 231/2001. Ciò rileva non solo per il fatto che, come nota la giurisprudenza, anche i modelli redatti ai sensi del co. 3 dell'art. 6 non sono coperti da incensurabilità<sup>112</sup>, ma anzitutto perché i contenuti

---

<sup>109</sup> Ivi, p. 174 per la citazione. Per i problemi derivanti dall'art. 6 si vd. anche PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., pp. 230-235.

<sup>110</sup> CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, cit., pp. 259-261; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., pp. 234-237. In giurisprudenza tali questioni hanno poi, come noto, trovato un recente approdo nella già citata Cass. SS.UU., nr. 38343/2014, Espenhahn e a.

<sup>111</sup> PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 12; AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., p. 322.

<sup>112</sup> Cfr. il principio consolidato da Cass. Sez. V, nr. 4677/2014, Impregilo S.p.A.: «Il fatto che tali codici di comportamento siano comunicati al Ministero della Giustizia che [...] può formulare osservazioni, non vale certo a conferire a tali modelli il crisma della incensurabilità, quasi che il giudice fosse vincolato a una sorta di *ipse dixit* aziendale e/o ministeriale, in una prospettiva di privatizzazione della normativa da predisporre per impedire la commissione di reati». Ulteriori riferimenti in [S.M.] CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., pp. 83-84. Nella pronuncia appena citata si rimarca inoltre il principio, condiviso anche in dottrina, secondo il quale «non opera alcuna delega disciplinare a tali associazioni e alcun rinvio *per relationem* a tali codici, che, appunto, possono certamente essere assunti come

peculiari del modello, nonostante il dato normativo e i riferimenti ulteriori, rimangono legati comunque all'esistenza particolare dell'ente e a situazioni peculiari di *corporate governance*<sup>113</sup>.

In altre parole la regola dell'art. 6 può essere interpretata in senso conforme a Costituzione (come d'altronde il giudice stesso dovrà fare in punto di valutazione dei modelli stessi)<sup>114</sup>, ma il riferimento a congegni propri del d. lgs. 231/2001 e che a loro volta implicano, sul piano probatorio, problematiche ulteriori rispetto all'ambito giuridico mostra una forza di resistenza, per la quale occorre continuare a riferirsi all'accentuazione di finalità specialpreventive. Resta il fatto che la presunta regola di giudizio dell'art. 6 – così come viene tratteggiata in base alle ipotesi qui menzionate – non potrà essere sovrapposta totalmente a quella dell'art. 66, ossia a quella dell'art. 530 c.p.p., e che perciò sopravvive una vasta area problematica all'interno della quale la presunzione di innocenza, che pur viene riconosciuta all'ente, rimane esposta a vicende che ne mostrano i profili conflittuali con lo statuto processuale dell'imputato persona fisica. Come è stato efficacemente notato<sup>115</sup>, tale limite potrebbe specularmente rappresentare anche la conferma dell'originalità del modello processuale del d. lgs. 231/2001 e l'impossibilità di ricondurlo a una natura integralmente penalistica.

Anche ulteriori profili di interpretazione sistematica dell'art. 6, come ad esempio il particolare caso di autore (*id est* il soggetto apicale) non identificato ai sensi del primo comma, lett. *a* dell'art. 8, mostrano il limite insito in questa regola di giudizio: il criterio di imputazione della norma in questione, avendo carattere oggettivo, potranno ben portare sul piano processuale a casi di vera e propria *probatio diabolica* per l'ente, che si troverà nell'impossibilità di fornire la prova dell'elusione fraudolenta da parte di un soggetto sconosciuto<sup>116</sup>. Qui risulta decisivo il coordinamento con il criterio di collegamento espresso dall'art. 5 (la prova del quale grava, come già osservato, sull'organo d'accusa) e

---

paradigma, come base di elaborazione del modello in concreto da adottare, il quale, tuttavia, deve poi essere “calato” nella realtà aziendale nella quale è destinato a trovare attuazione».

<sup>113</sup> P. ALDROVANDI, *I modelli di organizzazione e gestione nel d. lgs. 8 giugno 2001, nr. 231: aspetti problematici dell'“ingerenza penalistica” nel “governo” delle società*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», XIX (2007), 2, p. 451; DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., pp. 66-67.

<sup>114</sup> Cfr. ancora Cass. Sez. V, nr. 4677/2014, Impregilo S.p.A., p. 7 del dattiloscritto.

<sup>115</sup> PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 12.

<sup>116</sup> Ivi, p. 173.

conseguentemente la regola di giudizio espressa dall'art. 66. La soluzione finora prospettata porta però in generale a una radicale contraddizione: ossia che il procedimento per l'accertamento della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, pur svolgendosi per esplicita scelta di sistema all'interno della giurisdizione penale (anche attraverso la clausola dell'art. 34 del d. lgs. 231/2001), si sottrae all'applicazione della garanzia politica per eccellenza del processo penale, ossia appunto la presunzione di innocenza<sup>117</sup>. Se così fosse, occorrerebbe riconoscere nel d. lgs. 231/2001 un macroscopico paradosso e conseguentemente un annichilimento delle garanzie processuali che invece derivano dalla scelta del processo penale quale luogo per l'accertamento della responsabilità degli enti.

Emerge qui la necessità di prospettare una differente interpretazione. La questione relativa alla compatibilità dell'art. 6 con la presunzione di innocenza, intesa quale regola di giudizio, può essere infatti affrontata e risolta in base a una diversa interpretazione, che possiede forse più solidi argomenti sistematici<sup>118</sup>. Non v'è dubbio che il quadro normativo agevoli le ipotesi relative a una inversione dell'onere della prova tale da determinare una *probatio diabolica* a carico dell'ente: tuttavia l'art. 6 costituisce all'interno del disegno del d. lgs. 231/2001 norma sostanziale e non processuale; esso – come è stato efficacemente notato – «delinea i presupposti per l'integrazione di una causa esimente della responsabilità da reato» e non costituisce al contrario «norma processuale alla quale ricondurre la regola di giudizio idonea a dirimere le situazioni di dubbio»<sup>119</sup>. La regola di giudizio è espressa invece dall'art. 66, che risulta ancora una volta dirimente: esso introduce al primo periodo la regola dell'art. 530 co. 1 c.p.p. (recita infatti: «Se l'illecito amministrativo contestato all'ente non sussiste, il giudice lo dichiara con sentenza, indicandone la causa nel dispositivo») e al secondo quella prevista dal secondo comma dello stesso articolo («Allo stesso modo procede quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova dell'illecito amministrativo»). Un ulteriore limite dell'ipotesi originariamente descritta risiede poi nella diversa struttura del d. lgs. 231/2001 sul piano sostanziale e processuale: a tal proposito il versante

---

<sup>117</sup> Si vd. in part. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., pp. 163-168; V. GREVI, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, nel suo vol. *Alla ricerca di un processo penale «giusto»: itinerari e prospettive*, Milano, 2000, pp. 7-10; DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., pp. 62-63.

<sup>118</sup> Ivi, pp. 67-72.

<sup>119</sup> Ivi, p. 74.

sostanziale, che si pone in termini di autonomia rispetto alle norme codicistiche soprattutto per quanto riguarda la completa originalità dei criteri di imputazione degli artt. 5-7, deve essere distinto dal versante processuale, all'interno del quale – come già ricordato – operano le clausole degli artt. 34-35 con il relativo rapporto di sussidiarietà rispetto al codice di procedura penale<sup>120</sup>.

Devono essere a questo punto osservati due profili fondamentali. Da quanto sinora osservato può essere anzitutto dedotta anche l'applicabilità dell'art. 530 co. 3 c.p.p. per il dubbio sulle cause di giustificazione, il quale stabilisce che: «Se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma del comma 1». Sulla possibilità di estendere anche tale previsione all'art. 66 non vi è accordo in dottrina<sup>121</sup>, ma resta fermo il fatto che l'art. 6 resti norma di diritto sostanziale e che perciò la relativa regola di giudizio (e quindi di allocazione dell'onere della prova) debba essere desunta non da quest'ultimo, ma dalle norme processuali, ossia dall'art. 66. Se si legittima all'interno dell'art. 66 l'operatività della regola di cui all'art. 530 co. 3 c.p.p., la regola di giudizio derivante dalla presunzione di innocenza sarà appieno salvaguardata: il *quantum* di prova dell'esimente dovrebbe allora essere individuato secondo un livello compatibile con il principio costituzionale e tale pertanto da non sfociare in un onere eccessivo per la difesa<sup>122</sup>.

In tal senso dovrà essere anche rifiutata l'attribuzione all'ente di una colpa organizzativa presunta, che in eventuale difetto della prova positiva dell'elusione fraudolenta risulti sufficiente per una condanna del soggetto. Se infatti si ammette che il d. lgs. 231/2001 non contiene una deroga alle norme del codice di procedura penale per quanto riguarda la regola di giudizio, non si potrà ammettere che risultino stravolte le regole in tema di allocazione

---

<sup>120</sup> Cfr. cap. III 2.

<sup>121</sup> Favorevole ad es. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., pp. 74-75; per l'opinione contraria si vd. PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 382. Si vd. anche PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., pp. 237-244.

<sup>122</sup> In argomento si vd. in part. D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, in part. 230-233, che costituisce studio di riferimento per la disciplina relativa al codice di procedura penale abrogato; inoltre PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., pp. 237-244 e CORDERO, *Procedura penale* [2006<sup>8</sup>], cit., pp. 1202-1204; dello stesso PAULESU si vd. inoltre la voce *Presunzione di non colpevolezza*, cit., pp. 689-690.

dell'onere probatorio: il rischio della mancata prova del fatto costitutivo non potrà in altre parole essere posto a carico dell'ente incolpato in forza di un'interpretazione dell'onere viceversa attribuito al Pubblico Ministero in chiave di presunzione positiva. Se il criterio risolutore del fatto incerto è quello di origine codicistica – ispirato perciò alla presunzione di innocenza – che si estende anche all'esistenza di una causa di giustificazione o di una causa di non punibilità (art. 530 co. 3 c.p.p.) e tale criterio trova, come già osservato, applicazione nel decreto in oggetto per via dell'art. 66, non si potrà argomentare che la regola in questione sia stravolta per effetto di una norma di diritto sostanziale, ossia l'art. 6. Sarà al contrario quest'ultima a dover essere interpretata nei limiti che le sono propri, riconoscendo al contrario che né l'art. 66 con il rinvio alla regola dell'art. 530 c.p.p., né l'art. 69 con l'ulteriore applicabilità dell'art. 533 co. 1 c.p.p.<sup>123</sup> derogano alla regola di giudizio codicistica, ispirata appunto alla presunzione di innocenza. Se inoltre, come sembra corretto, si conclude per l'operatività dell'art. 530 co. 3 c.p.p. all'interno dell'art. 66 (ult. per.) del decreto in oggetto, il criterio risolutore del fatto incerto di origine codicistica si estenderà anche all'esimente prevista dall'art. 6: e, a sua volta, la presunzione di innocenza dispiegherà anche gli effetti relativi ad alcuni dei suoi principali corollari, ossia il diritto alla prova e il principio del contraddittorio nella formazione della prova<sup>124</sup>.

D'altra parte la presunzione di innocenza rappresenta «un principio di salvaguardia della stessa giurisdizione»<sup>125</sup> e ha in tal senso natura di garanzia oggettiva: se, su un piano ancora più generale, l'accertamento della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche è assoggettato, per una scelta di politica e sistema, alla giurisdizione penale, dovrebbe viceversa concludersi, accogliendo l'ipotesi contraria prospettata in precedenza, che quella stessa giurisdizione e quella stessa opzione sistematica, oggetto di opzione legislativa, sono paradossalmente erose nelle loro stessa fondamenta. Per altro verso, occorrerà comunque tener conto del fatto che l'art. 6 sia indice della presenza di un modello originale – come già si è rilevato a proposito del principio di colpevolezza – e come nel d. lgs. 231/2001 la disciplina del codice di

---

<sup>123</sup> Cfr. cap. III 2.

<sup>124</sup> DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., p. 71.

<sup>125</sup> Così M. PISANI, voce *Giurisdizione penale*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, p. 387; si vd. anche G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, Padova, 2014<sup>7</sup>, p. 48; DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., pp. 62-63.

procedura penale, insieme ai principi costituzionali, sia oggetto di una peculiare declinazione. Sul piano interpretativo occorrerà infatti rilevare come la fattispecie complessa dell'art. 6 e, più in generale, i criteri di imputazione del d. lgs. 231/2001 siano esposti a un rischio di indebolimento della presunzione di innocenza, intesa appunto in senso lato quale garanzia oggettiva del processo penale: i tentativi di costruire a partire dal dato normativo una *probatio diabolica* o, per quanto riguarda la ripartizione dell'onere della prova, una presunzione di carattere assoluto dovranno essere arginati, distinguendo il versante sostanziale da quello processuale (anche per quanto riguarda perciò il processo inferenziale relativo alle prove stesse)<sup>126</sup> ed evitando commistioni tra il regime autonomo dei criteri di imputazione dal rapporto di sussidiarietà che il d. lgs. 231/2001 intrattiene con il codice di procedura penale e quindi in ultima analisi con i principi costituzionali.

L'art. 6 non determina alcuna inversione della regola di giudizio, cosicché l'organo d'accusa sopporterà il rischio della mancata prova: ciò peraltro non esaurisce il problema relativo alla compatibilità costituzionale di tale schema di imputazione.

---

<sup>126</sup> Per le analogie con la prova liberatoria prevista dall'art. 596 ult. co. c.p. si vd. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, cit., p. 149; CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, cit., pp. 254-255. Si vd. anche quanto osservato per il cap. I 4, con relativi rinvii.

## CAPITOLO QUINTO

### LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA DELL'ENTE ALLA LUCE DEL SISTEMA DELLE MISURE CAUTELARI DEL D. LGS. 231/2001

SOMMARIO: 1. Cenni al sistema delle misure cautelari del d. lgs. 231/2001 nel contesto della finalità preventiva del rischio d'impresa – 2. La particolare declinazione della presunzione di innocenza all'interno del quadro costituzionale relativo alle misure cautelari applicabili all'ente – 3. La presunzione di innocenza come regola di trattamento e il sottosistema cautelare dell'art. 45: le esigenze cautelari e il recupero dell'ente alla legalità. Riflessi processuali in tema di presunzione di innocenza – 4. Le condotte riparatorie e la riparazione delle conseguenze del reato. La compatibilità delle cautele interdittive con il canone della presunzione di innocenza – 5. Le misure cautelari reali. Il sequestro preventivo e il rapporto con la confisca

*1. Cenni al sistema delle misure cautelari del d. lgs. 231/2001 nel contesto della finalità preventiva del rischio d'impresa*

Nell'introdurre la materia cautelare così come tratteggiata dal d. lgs. 231/2001, la Relazione ministeriale afferma:

L'esigenza di apprestare un sistema di cautele con riferimento all'illecito imputabile alla persona giuridica ubbidisce a un duplice scopo: evitare la dispersione delle garanzie delle obbligazioni civili derivanti dal reato; “paralizzare” o ridurre l'attività

dell'ente quando la prosecuzione dell'attività stessa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione di altri reati.

Si tratta di esigenze che possono essere soddisfatte ricorrendo agli strumenti del sequestro conservativo e preventivo, ma è indubitabile l'opportunità di una regolamentazione autonoma che tenga conto della specificità dell'intervento<sup>1</sup>.

Il testo pone dunque l'accento sul pericolo di commissione di ulteriori reati connesso all'«attività dell'ente»: quest'ultima, essendo per definizione attività umana legata ai processi produttivi e perciò economici, rinvia in ultima analisi a quella finalità preventiva del rischio di impresa che più volte è stata menzionata quale specifico carattere del sistema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nel d. lgs. 231/2001<sup>2</sup>. la disciplina delle misure cautelari di cui alla Sezione IV (artt. 45-54) del Capo III del decreto si colloca inoltre nel solco del sistema sanzionatorio dello stesso, che presenta una generale bipartizione tra sanzioni pecuniarie e sanzioni interdittive: queste ultime – si legge ancora nella legge delega – vengono irrogate «nei casi di particolare gravità»<sup>3</sup>.

La Relazione afferma inoltre come l'allestimento della materia cautelare nel decreto in oggetto sia stato sì concepito in un'ottica funzionale rispetto il sistema di sanzioni che pure lo caratterizza, attraverso il rinvio che l'art. 45 fa all'art. 9, ma che tale scelta non implichi «meccanismi di applicazione anticipata della sanzione», come sembrerebbe potersi viceversa argomentare sulla base dell'art. 11 co. 1, lett. o della legge delega più volte citata, che parla in proposito di «prevedere che le sanzioni di cui alla lettera l) [ossia appunto quelle dell'art. 9] sono applicabili anche in sede cautelare, con adeguata tipizzazione dei requisiti richiesti». La Relazione evidenzia peraltro che «si è preferito operare la scelta a favore dell'introduzione di un sistema propriamente cautelare, con alcuni correttivi»<sup>4</sup>: in verità su tale aspetto occorrerà tornare. Altre osservazioni contenute nel testo ministeriale appaiono invece particolarmente pregnanti, in particolare per ciò che riguarda l'allestimento di un sistema cautelare autonomamente dedicato alle persone giuridiche, che costituirebbe il portato della stessa attività di giurisdizione penale alla quale gli enti stessi sono assoggettati in forza del disegno

---

<sup>1</sup> *Relazione*, § 17. Per il discorso relativo alle garanzie patrimoniali vd. però § 6.

<sup>2</sup> Si vd. in part. la *Relazione*, § 6.

<sup>3</sup> Art. 11 co. 1, lett. l.

<sup>4</sup> *Relazione*, § 17.

complessivo del d. lgs. 231/2001. Secondo quanto osserva la Relazione stessa, «l’inserimento dell’accertamento dell’illecito amministrativo nel processo penale determina l’estensione del processo di giurisdizionalizzazione delle misure cautelari anche a favore dell’ente»<sup>5</sup>.

Entro tale cornice sistematica, la materia cautelare può fungere da chiave di volta per alcuni quesiti che riguardano l’argomento in oggetto, ossia la presunzione di innocenza dell’ente: si potrà quindi verificare, con riguardo alla materia cautelare, quali siano la reale sussistenza e il reale perimetro operativo della presunzione di innocenza dell’ente, intesa ora quale regola di trattamento, che si fonda però su un quadro costituzionale differente da quello della libertà personale di cui all’art. 13 Cost. La materia cautelare consente altresì di vagliare l’effettività della presunzione di innocenza per la persona giuridica e, da tale punto di vista, di procedere a un’osservazione per così dire dinamica dei diversi aspetti che sono stati finora esaminati. Il quadro sistematico che si è tentato di ipotizzare nei capitoli precedenti verrà quindi osservato, nelle pagine che seguono, da un punto di osservazione decisivo, quale è quello della materia cautelare. Da quest’ultima deriveranno infatti due ulteriori temi di indagine, che riguardano l’articolazione delle garanzie processuali: quale sia il rapporto tra le misure cautelari applicabili all’ente e il sistema cautelare codicistico per le persone fisiche, con particolare riguardo alla rispettiva scansione delle esigenze cautelari (artt. 273-274 c.p.p.) e all’operatività di quelle previste in ambito codicistico anche per l’ente; quali siano le differenze tra il procedimento applicativo e perciò la partecipazione della persona fisica e quelli della persona giuridica.

A tal fine occorre anzitutto procedere a una sintetica descrizione del sistema delle misure cautelari, a partire dalla norma di nozione in materia, ossia l’art. 45 (rubricato *Applicazione delle misure cautelari*). Quest’ultimo afferma al primo comma che: «Quando sussistono gravi indizi per ritenere la

---

<sup>5</sup> *Ibidem*. «D’altra parte, l’esigenza di anticipare alcuni effetti della decisione definitiva che riguardano l’ente, attraverso il ricorso alle misure cautelari, è in funzione dell’effettività dell’accertamento giurisdizionale. Anche per l’accertamento della responsabilità dell’ente, le misure cautelari si caratterizzano per la loro strumentalità e provvisorietà, in quanto destinate a “servire” la decisione definitiva». Con specifico riferimento alla competenza il testo osserva inoltre che «sotto il profilo dell’individuazione del giudice legittimato alla applicazione della misura cautelare, l’art. 47 non ipotizza sostanziali novità rispetto al sistema codicistico, visto che assegna il compito della deliberazione al giudice che procede, ovvero, in fase di indagini preliminari, al giudice delle indagini preliminari, operandosi inoltre un esplicito richiamo all’art. 91 del d. lgs. 28 luglio 1989, nr. 271».

sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato e vi sono fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede, il pubblico ministero può richiedere l'applicazione quale misura cautelare di una delle sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2». Si aggiunge il fatto che l'organo d'accusa dovrà presentare «al giudice gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi quelli a favore dell'ente e le eventuali deduzioni e memorie difensive». Le misure cautelari riposano perciò su un espresso rinvio al secondo comma dell'art. 9 del decreto (rubricato *Sanzioni amministrative*), il quale all'interno del catalogo di sanzioni elenca quelle interdittive<sup>6</sup>. Il rinvio all'art. 9 co. 2 comporta però una ulteriore clausola di rinvio, implicita, all'art. 13, che in materia di *Sanzioni interdittive* detta un duplice limite: subordina l'applicazione delle sanzioni in oggetto a un generale principio di legalità (cfr. art. 272 c.p.p.), in ordine al quale esse «si applicano in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste»; detta inoltre due ulteriori «condizioni» per la loro applicazione, ossia il fatto che (co. 1, lett. a) l'ente abbia tratto dal reato «un profitto di rilevante entità» e che il reato sia stato commesso dai soggetti indicati all'art. 5, e (co. 1, lett. b) in caso di reiterazione degli illeciti. Tali condizioni – come si vedrà anche oltre – rappresentano a loro volta altrettanti requisiti impliciti al fine di determinare i presupposti per le misure cautelari. I criteri dell'art. 13 – come si vedrà anche in seguito – svolgono peraltro la medesima funzione di quelli dell'art. 274 co. 1, lett. c c.p.p.: indicano un nesso eziologico che riguarda nel primo caso (lett. a) la fisionomia della concreta fattispecie di reato e, nel secondo caso (lett. b), un presupposto processuale.

Il secondo e il terzo comma dell'art. 45 contengono poi rispettivamente disposizioni ulteriori, stabilendo che la forma del provvedimento applicativo sarà quella dell'ordinanza con l'applicazione delle disposizioni dell'art. 292 c.p.p. (co. 2) e che il giudice può in luogo della misura interdittiva «nominare un commissario giudiziale a norma dell'art. 15 per un periodo pari alla durata della misura che sarebbe stata applicata» (co. 3), con una finalità quindi

---

<sup>6</sup> Sono: l'interdizione dall'esercizio dell'attività svolta (lett. a); la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito (lett. b); il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio (lett. c); l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi (lett. d); il divieto di pubblicizzare beni o servizi (lett. e).

antitetica rispetto all'interdizione dell'attività. A ciò si aggiunge la particolare disciplina dedicata alle vicende modificative delle misure cautelari interdittive (artt. 49-50), che consente di apprezzare la presenza di finalità di recupero dell'ente alla legalità e in particolare di prevenzione, attraverso una logica di compensazione *post factum* alla quale già si è fatto cenno. Anche il regime delle impugnazioni mostra alcune peculiarità rispetto a quello codicistico: in virtù del contraddittorio preventivo, che è previsto in forma camerale e che consente all'ente di esercitare le proprie garanzie difensive a *discovery* già avvenuta, il mezzo previsto per l'impugnazione delle ordinanze applicative e modificative di misure interdittive è infatti l'appello e non il riesame, ai sensi del rinvio all'art. 322-*bis*, co. 1-*bis* e 2 operato dall'art. 52.

Quanto all'individuazione del giudice competente, il primo comma dell'art. 47 rinvia espressamente alla disciplina del codice di procedura penale (art. 279), nonché all'art. 91 disp. att. c.p.p., dando quindi concreto rilievo a quella giurisdizionalizzazione della materia cautelare degli enti entro il processo penale, alla quale già si è fatto cenno. La previsione al secondo comma dell'art. 47 di un contraddittorio anticipato costituisce inoltre una particolare innovazione. Secondo quanto affermato dalla Relazione ministeriale, la ragione di simile differenza andrebbe ravvisata proprio negli interessi della persona giuridica: tale previsione «muove [...] dalla convinzione che proprio la natura e le caratteristiche dell'ente giustificano il ricorso al previo contraddittorio in vista della decisione sulla domanda del pubblico ministero», poiché la possibilità di «conseguenze particolarmente incisive sulla vita della persona giuridica» giustifica che «la richiesta cautelare del pubblico ministero viene a misurarsi con la prospettazione di ipotesi alternative dirette a paralizzare o attenuare l'iniziativa accusatoria, con l'effetto di ampliare l'orbita cognitiva del giudice e di evitare i rischi di una decisione adottata sulla scorta del materiale unilaterale»<sup>7</sup>.

I criteri di scelta sono inoltre enunciati all'art. 46, che li individua nella «specifica idoneità», nella proporzionalità e nell'adeguatezza: la norma procede quindi in modo del tutto analogo alla tripartizione dell'art. 275 c.p.p.<sup>8</sup> e risulta

---

<sup>7</sup> *Relazione*, § 17.

<sup>8</sup> Il primo comma dell'art. 275 c.p.p. contiene peraltro un ulteriore rinvio all'art. 292 c.p.p., che detta quindi uno specifico onere di motivazione: «Nel disporre le misure, il giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto».

quindi improntata, come la disciplina codicistica, al canone del «minimo sacrificio necessario» enunciato dalla giurisprudenza costituzionale<sup>9</sup>. Il quarto comma dell'art. 46 contiene inoltre il divieto di cumulo di misure cautelari, segnando così la contrapposizione rispetto all'art. 14 co. 3, che in tema di criteri di scelta delle sanzioni interdittive consente viceversa, in caso di necessità, che esse vengano applicate «congiuntamente».

Alle misure cautelari interdittive si aggiungono le misure di natura reale, ossia il sequestro preventivo e il sequestro conservativo (artt. 53-54), per le quali non è viceversa previsto un contraddittorio anticipato. Occorre in proposito rilevare una lacuna della legge delega, che non contiene alcuna specifica previsione circa la presenza delle cautele reali: la Relazione ne giustifica l'introduzione in ragione del fatto che «la loro operatività in ragione del generale rinvio alle regole processuali ordinariamente vigenti – questo espressamente previsto dalla delega – non si sarebbe potuta mettere seriamente in discussione in ragione di una incompatibilità con le sanzioni interdittive irrogabili nei confronti delle persone giuridiche»<sup>10</sup>. Da tale punto di vista l'unico punto di distacco rispetto alla disciplina del codice di procedura penale è rappresentato dall'istituto del sequestro preventivo: mentre infatti il sequestro di cui all'art. 321 co. 1 c.p.p. appare preordinato alla tutela di esigenze extraprocessuali e, rivelando una finalità specialpreventiva, è teso a impedire la libera disponibilità delle cose oggetto del reato in capo all'imputato, quello previsto dal d. lgs. 231/2001 equivale all'anticipazione di un vincolo reale sulla cosa, previsto già dalla lettera della norma, che mostra il nesso con la confisca, la quale ha a sua volta natura di sanzione: tale particolare funzione di anticipazione, insieme all'inibizione dell'attività economica dell'ente, rende il sequestro preventivo una misura cautelare particolarmente incisiva, che rivela al fondo una finalità di tipo conservativo<sup>11</sup>. Nessun particolare problema pone invece il sequestro conservativo dell'art. 54: un punto di differenza rispetto all'omologo istituto codicistico dell'art. 316 c.p.p. è infatti costituito dalla mancata legittimazione della parte civile, che è

---

<sup>9</sup> Il riferimento è in part. all'ordinanza 7 luglio 2005, nr. 295, Pres. Capotosti, Red. Flick (citata anche, *infra*, alla nota 15 per i successivi richiami).

<sup>10</sup> *Relazione*, § 17. Si vd. anche CERQUA, *Cautele interdittive e rito penale*, cit., pp. 130-132, che rileva come con il primato accordato alle cautele interdittive in luogo di quelle reali il legislatore avrebbe promosso un «tentativo di avvicinare la disciplina prevista per la *corporation* a quanto previsto per le persone fisiche» (ivi, p. 131). Sul punto anche PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 245.

<sup>11</sup> Su questo punto si vd. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., pp. 111-112.

invece prevista dal secondo comma della norma appena citata. Nel sequestro conservativo del d. lgs. 231/2001 la legittimazione è infatti riconosciuta solo al Pubblico Ministero: ciò si collega sul piano sistematico all'inammissibilità della costituzione di parte civile e quindi dell'obbligo risarcitorio di cui all'art. 185 c.p. all'interno del processo penale amministrativo<sup>12</sup>.

## *2. La particolare declinazione della presunzione di innocenza all'interno del quadro costituzionale relativo alle misure cautelari applicabili all'ente*

La presunzione di innocenza, intesa quale nucleo fondante della giurisdizione penale e delle garanzie dell'imputato, può essere articolata, come già più volte sottolineato, su due principali versanti ed essere quindi intesa quale regola di trattamento durante il processo penale, comportando perciò il divieto di anticipazione della pena e di assimilazione dell'imputato al colpevole, e quale regola probatoria e di giudizio, dettando così un criterio risolutore del fatto incerto e, a un tempo, la regola di distribuzione dell'onere della prova<sup>13</sup>.

Il principio, scolpito al secondo comma dell'art. 27 Cost., trova così all'interno della stessa Carta costituzionale una duplice scansione: quanto alla regola di trattamento, esso riposa all'art. 13; quanto alla regola di giudizio, trova invece ora una compiuta descrizione all'attuale art. 111. Come regola di trattamento, il principio riguarda infatti la condizione dell'imputato durante l'intero arco procedimentale (o il processo) e ha quindi come noto nella materia cautelare il suo terreno d'elezione: «anche se il sospetto implicito nell'ipotesi di colpevolezza non può ovviamente essere eliminato, l'imputato va trattato “come se” fosse innocente [...]; e non dovrebbe trovarsi diminuito – socialmente, moralmente e fisicamente – nei confronti degli altri cittadini»<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Si vd. Corte cost., sent. 9 luglio 2014, nr. 218, Pres. Cassese, Red. Lattanzi.

<sup>13</sup> Su questi temi in generale ancora ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., pp. 5-6; DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., pp. 62-63.

<sup>14</sup> ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 29, dove l'Autore osserva inoltre come la prima affermazione della presunzione di innocenza intesa quale regola di trattamento risalga alla *Declaration* del 1789, dove al già citato art. 9 (si vd. per questi aspetti cap. I 1) figurava un preciso riferimento all'arresto preventivo: «Anzi, è il caso di dire, a

La regola di trattamento si estende così anche al divieto di presunzioni assolute sancito recentemente dalla giurisprudenza costituzionale in relazione al disposto dell'art. 275 co. 3 c.p.p.<sup>15</sup>.

---

maggior ragione si rende necessaria la proclamazione di un principio che garantisca un equo trattamento dell'imputato, in quanto sia riconosciuta l'ineluttabilità di eventuali privazioni della libertà personale: nel momento stesso in cui si consente di sottoporre l'imputato a misure coercitive, è doveroso rammentare che si tratta di persona la quale può anche essere innocente ed è, appunto per questa possibilità, presunta in ogni caso innocente dalla legge» (ivi, p. 34).

<sup>15</sup> A partire dalla già citata sentenza nr. 265/2010 (ma cfr. anche cap. II 4), la Corte costituzionale ha messo mano alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 275 co. 3 c.p.p., secondo e terzo periodo, come modificato dal cd. "pacchetto sicurezza" del 2009 (art. 2, d.l. 23 febbraio 2009, nr. 11, come convertito dalla l. 23 aprile 2009, nr. 38), con riferimento a plurime figure delittuose richiamate dalla norma in questione, a partire dai reati *ex artt.* 600, 609-*bis* e 609-*quater* e poi per l'art. 575 c.p. (sent. nr. 164/2011) e l'art. 416-*bis* c.p. (sent. nr. 57/2013), con ciò cassando la novità della carcerazione obbligatoria sancita dalla novella e la conseguente presunzione assoluta di inadeguatezza di misure cautelari alternative, dettata dal testo novellato. L'illegittimità costituzionale della norma (rispetto agli artt. 3, 13 e 27 Cost.) deriva dal fatto che essa stabilisca una presunzione assoluta (laddove soltanto una presunzione relativa sarebbe stata costituzionalmente conforme) per i reati richiamati, introducendo così, anche con riferimento alla disciplina del cosiddetto doppio binario, una deroga a quel principio del «minimo sacrificio necessario» (Corte cost., ord. nr. 295/2005) che rappresenta invece l'architrave del sistema delle misure cautelari. Così si legge in modo esemplare nella già citata sent. nr. 265/2010: «L'antinomia tra tale presunzione e l'espressa previsione, da parte della stessa Carta costituzionale, di una detenzione *ante iudicium* (art. 13, quinto comma) è, in effetti, solo apparente: giacché è proprio la prima a segnare, in negativo, i confini di ammissibilità della seconda. Affinché le restrizioni della libertà personale dell'indagato o imputato nel corso del procedimento siano compatibili con la presunzione di non colpevolezza è necessario che esse assumano connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, irrogabile solo dopo l'accertamento definitivo della responsabilità: e ciò, ancorché si tratti di misure – nella loro specie più gravi – ad essa corrispondenti sul piano del contenuto afflittivo. Il principio enunciato dall'art. 27, secondo comma, Cost. rappresenta, in altre parole, uno sbarramento insuperabile ad ogni ipotesi di assimilazione della coercizione processuale penale alla coercizione propria del diritto penale sostanziale, malgrado gli elementi che le accomunano. Da ciò consegue [...] che l'applicazione delle misure cautelari non può essere legittimata in alcun caso esclusivamente da un giudizio anticipato di colpevolezza, né corrispondere – direttamente o indirettamente – a finalità proprie della sanzione penale, né, ancora e correlativamente, restare indifferente ad un preciso scopo (cosiddetto "vuoto dei fini"). Il legislatore ordinario è infatti tenuto, nella tipizzazione dei casi e dei modi di privazione della libertà, ad individuare – soprattutto all'interno del procedimento e talora anche all'esterno [...] – esigenze diverse da quelle di anticipazione della pena e che debbano essere soddisfatte – entro tempi predeterminati (art. 13, quinto comma, Cost.) – durante il corso del procedimento stesso, tali da giustificare, nel bilanciamento di interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale di chi non è stato ancora giudicato colpevole in via definitiva». Occorre a proposito rilevare come con tale pronuncia la Corte abbia segnato il superamento di una precedente linea interpretativa che viceversa escludeva il conflitto con la presunzione di innocenza con riguardo all'art. 275 co. 3 c.p.p., come modificato dalla l. 8 agosto 1995, nr. 332 (cfr. Corte cost., ord. 18-24 ottobre 1995, nr. 450, Pres. Caianiello, Red. Caianiello, su cui anche il recente contributo di G. ILLUMINATI, *Verso il*

Il tema di indagine dovrà essere quello dell'adattamento di tale quadro costituzionale alla peculiare fisionomia delle persone giuridiche e perciò al sistema normativo del d. lgs. 231/2001: trattandosi in queste pagine della materia cautelare, il discorso dovrà essere limitato alla presunzione di innocenza intesa quale regola di trattamento. A quest'ultima risulta ispirata anzitutto la disciplina della libertà personale in tema di misure coercitive: in tal senso la presunzione di innocenza dell'ente, nella sua accezione di regola di trattamento, non trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 13 Cost., ossia nel principio dell'inviolabilità della libertà personale, e si renderà necessario un nuovo equilibrio tra principi di rango costituzionale. Pur essendo l'ente figura parallela rispetto all'imputato persona fisica, come anche viene riconosciuto dall'art. 35 del decreto in oggetto, si assiste infatti a una sorta di asimmetria a livello costituzionale: deve essere infatti esclusa la compatibilità del principio di cui all'art. 13 Cost., ma trova viceversa legittimazione il diritto di difesa di cui all'art. 24 co. 2 Cost., che concorrerà quindi alla definizione dello statuto costituzionale della persona giuridica. Si potrebbe in tal senso affermare che, pur essendo inibita l'estensione della tutela della libertà fisica alla persona giuridica intesa quale macroantropo, dovrà esserle viceversa riconosciuta quella libertà morale, che appunto risiede nel diritto di difesa di cui al secondo comma dell'art. 24 Cost., che rappresenta il canale di manifestazione della libertà del singolo. Il discorso, così riassunto, prelude al capitolo relativo alla partecipazione dell'ente, inteso quale soggetto collettivo e perciò latore di una funzione sociale, al processo penale: solo se si ammette la copertura costituzionale del diritto di difesa ha infatti senso la disciplina della partecipazione di tale soggetto al processo, inteso quale attività giurisdizionale; e, viceversa, se si disciplina la partecipazione dell'ente al processo penale dovrà essere garantito a quest'ultimo il diritto di difesa nelle sue molteplici articolazioni.

---

*ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LVIII [2015], 3, pp. 1131-1162: 1142, anche per le sentenze qui richiamate). Per una altrettanto recente prospettiva d'insieme si vd. anche F. MORELLI, *L'allentamento delle presunzioni legali e giurisprudenziali*, in D. CHINNICI-E.N. LA ROCCA *et alii*, *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario» (legge 16 aprile 2015, n. 47)*, Roma, 2015, pp. 15-38 e i contributi raccolti nel vol. *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, a cura di A. DIDI-R.M. GERACI, Torino, 2015.

Come già sottolineato<sup>16</sup>, la presenza dell'ente quale soggetto nel processo penale determina infatti una ridefinizione del contraddittorio, della quale il d. lgs. 231/2001 reca chiara traccia: le garanzie riconosciute a quest'ultimo dovranno essere infatti definite per relazione rispetto a quelle riconosciute all'imputato persona fisica. Se il diritto di difesa, costituzionalmente inteso, trae infatti origine in generale dall'art. 2, ossia dai diritti della personalità, è però necessario distinguere tra il diritto di difesa della persona fisica, che si lega a un carattere di inviolabilità, e quello della persona giuridica, che fa invece riferimento alle libertà economiche, che non sono viceversa ricollegate a un parametro di inviolabilità, ma può essere riconosciuto sulla base del combinato disposto degli artt. 2 e 22 Cost.<sup>17</sup>. Il diritto di difesa dell'ente subirà quindi un riposizionamento per effetto del diritto di difesa della persona fisica imputata, al quale a livello del quadro costituzionale di riferimento dovrà essere un diverso quadro legittimante.

Tutto ciò trova nella materia cautelare una conferma e un ulteriore terreno di osservazione. Laddove infatti per la persona fisica il parametro deve essere rintracciato nella libertà fisica di cui all'art. 13 Cost., per la persona giuridica esso risiederà negli artt. 41-42 della Carta, ossia nelle libertà economiche che possono essere limitate per finalità di carattere sociale e per la tutela di interessi pubblici. Nel processo ordinario di matrice codicistica la regola di trattamento della presunzione di innocenza comporta, anche dal punto di vista dell'evoluzione storica del principio, il problema dei motivi della coercizione cautelare della persona, ossia della privazione della libertà: è, in tal senso, un sintomo della natura politica della presunzione stessa<sup>18</sup>. Nel processo penale amministrativo a carico dell'ente il problema si modula diversamente proprio in virtù della differente natura del soggetto: e ciò ha un duplice punto di ricaduta con riguardo ai criteri e alle esigenze cautelari e, d'altro canto, con riguardo alla differenza strutturale delle misure cautelari del d. lgs. 231/2001 rispetto a quelle del codice di procedura penale. Ciò vale in particolare per le

---

<sup>16</sup> Si vd. *supra* cap. II 3.

<sup>17</sup> Per l'estensione alle cautele interdittive dei diritti della personalità di cui all'art. 2 Cost. si vd. già F. PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Milano, 1992, pp. 67-68, 82-87 e in sintesi ancora A. PRESUTTI, *sub Art. 45*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo*, cit., p. 412. Per elementi generali si può risalire anche a U. DE SIERVO, *Art. 22*, in *Commentario della Costituzione, Rapporti civili. Art. 22-23*, Bologna-Roma, 1978, pp. 1-20.

<sup>18</sup> ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 35; ma si vd. la precedente nota 14 con relativi riferimenti.

misure cautelari interdittive: esse, presenti già nel codice di procedura penale agli artt. 287 segg.<sup>19</sup>, non riguardano infatti il principio costituzionale della libertà personale *ex art. 13*, bensì il riferimento a un diverso catalogo di libertà di natura sociale in senso lato, che discende dai diritti inviolabili dell'art. 2 Cost. e si riconnette al diritto alla capacità giuridica consacrato al successivo art. 22; d'altra parte anche le cautele interdittive previste nel codice di procedura penale incidono sulla relazione tra il soggetto e il ruolo sociale che quest'ultimo ricopre<sup>20</sup>. Così sarà anche per le cautele interdittive previste per l'ente dal d. lgs. 231/2001: non varrà la copertura dell'art. 13 Cost., ma – come già da tempo sottolineato in dottrina – la tavola dei principi si porrà su un piano prossimo a quello della garanzia della libertà personale<sup>21</sup>.

Da tali osservazioni non si dovrà quindi dedurre l'annichilimento della presunzione di innocenza, nella declinazione più volte richiamata, la quale anzi figura all'interno della materia cautelare in chiave positivamente problematica. Nel processo contro l'ente tanto le cautele interdittive che quelle reali incidono infatti sulle libertà economiche degli artt. 41 e 42 Cost., ma – come si osserverà anche oltre – nel d. lgs. 231/2001 operano parzialmente anche i presupposti e le esigenze cautelari codificate nel processo ordinario (artt. 273-274 c.p.p.), dietro le quali opera la presunzione di innocenza quale criterio risolutore del cosiddetto vuoto dei fini relativo alla carcerazione preventiva<sup>22</sup>. È quest'ultimo criterio che infatti ispira le esigenze cautelari dell'art. 274 c.p.p., delle quali l'unica richiamata nel d. lgs. 231/2001 è quella relativa al pericolo di commissione di ulteriori reati (art. 274 co. 1, lett. *c* c.p.p.): ciò si traduce nel fatto che la regola di trattamento ispirata alla presunzione di innocenza dovrà essere ritenuta operante anche nel d. lgs. 231/2001 e anche con specifico riferimento alle cautele interdittive, almeno per il problema di legittimità costituzionale che tale specifica previsione evoca rispetto al

---

<sup>19</sup> Si tratta della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale (art. 288), della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio (art. 289) e del divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali (art. 290).

<sup>20</sup> Per tali aspetti si rinvia ancora allo studio di PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, cit., pp. 73-75.

<sup>21</sup> Ivi, pp. 86-87.

<sup>22</sup> Per la genesi di tali concetti occorrerà risalire a G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953; in breve anche, dello stesso DE LUCA, voce *Custodia preventiva (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, ad *vocem*.

principio di cui al secondo comma dell'art. 27 Cost.<sup>23</sup>. La scelta di tale criterio in fase cautelare potrebbe infatti equivalere a uno spostamento della misura verso i fini tipici delle analoghe sanzioni (infatti esso figura all'art. 13, in materia quindi sanzioni) e perciò delle finalità specialpreventive del d. lgs. 231/2001, nel senso che determina per così dire una prognosi sfavorevole all'ente che ne è colpito. A tal fine si potrebbe però anche fornire evidenza al contraddittorio preventivo che, in materia di cautele interdittive, è teso a salvaguardare le garanzie difensive dell'ente stesso.

All'interno di un quadro costituzionale di riferimento – che, rispetto a quello delle misure cautelari personali, risulta pertanto riscritto dall'interno – è altresì garantito all'ente il diritto di difesa previsto dall'art. 24 co. 2 Cost., il quale a sua volta per la sede cautelare vede una sostanziale differenza con l'imputato persona fisica. Opera infatti per l'ente la presunzione di innocenza intesa quale regola di trattamento: essa non è però coperta, come per il soggetto persona fisica, dall'art. 13 Cost., bensì dalle libertà economiche degli artt. 41 e 42 Cost. D'altra parte anche l'istituto del commissariamento giudiziale (artt. 15 e 45 co. 3, d. lgs. 231/2001) appare nettamente ispirato da finalità di bilanciamento del sacrificio imposto alla persona giuridica con la tutela di libertà economiche in funzione sociale, laddove impone un bilanciamento a tutela di interessi pubblici che si esprimono nel lavoro e nell'occupazione<sup>24</sup>.

Muta quindi il quadro costituzionale entro il quale deve essere attuato il bilanciamento di principi: ma il problema generale, come storicamente elaborato in fase costituente per i rapporti tra gli artt. 13 e 27 co. 2 Cost. a proposito della carcerazione preventiva, continua a risiedere nel fatto che l'anticipazione del risultato nella tutela cautelare implica anticipazione della pena, per un reato che ha però carattere soltanto eventuale<sup>25</sup>. Per altro verso anche nel d. lgs. 231/2001 le misure cautelari pongono in crisi la presunzione di innocenza: quelle interdittive perché lasciano prevalere finalità specialpreventive, quelle reali (art. 19) perché riposano su una equiparazione tra ente sottoposto a indagini ed ente condannato. Il sequestro preventivo,

---

<sup>23</sup> PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 266.

<sup>24</sup> Si vd. quanto osservato al cap. II 3 per il principio di cui all'art. 35 Cost., nel contesto di una funzione sociale dell'attività economica a sua volta evocata dal secondo comma dell'art. 42 Cost.

<sup>25</sup> ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., pp. 33-36.

prodromico alla confisca (artt. 53 e 19) pone da questo punto di vista un contrasto di particolare intensità, perché la misura, particolarmente incisiva per la vita della società, proietta la privazione provvisoria della libertà economica del soggetto collettivo già in direzione di una prognosi di condanna. Da tale punto di vista il problema può essere però osservato sotto il profilo della gravità indiziaria, ossia dei presupposti cautelari come circoscritti dal decreto stesso.

*3. La presunzione di innocenza come regola di trattamento e il sottosistema cautelare dell'art. 45: le esigenze cautelari e il recupero dell'ente alla legalità. Riflessi processuali in tema di presunzione di innocenza*

L'art. 45 del d. lgs. 231/2001 introduce al primo comma due condizioni per l'applicazione (ossia l'*an*) delle misure: quello della sussistenza di «gravi indizi» e quello di «fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede». Si tratta di una norma che rielabora in modo originale la scansione codicistica: la sussistenza di «gravi indizi» rinvia infatti alle condizioni generali di applicabilità delle misure del primo comma dell'art. 273 c.p.p.<sup>26</sup>, mentre l'esistenza di «fondati e specifici elementi» sopra descritta riprende la previsione dell'art. 274 co. 1, lett. *c* c.p.p., relativa alle esigenze cautelari.

Anche il criterio della gravità indiziaria pone implicazioni fondamentali che riguardano la presunzione di innocenza intesa quale regola di trattamento: il *quantum* di prova sotteso all'accertamento incidentale cautelare è infatti sì diverso rispetto a quello della decisione di merito, ma, come sancito in anni recenti dalla giurisprudenza di legittimità, esso deve situarsi nel solco della presunzione di innocenza, come anche sancito dalle modifiche in tal senso introdotte nel tessuto codicistico<sup>27</sup>. Allo stesso tempo, si tratterà di determinare

---

<sup>26</sup> La norma recita. «Nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza».

<sup>27</sup> Si vd. tra altri il commento in TONINI, *Manuale di procedura penale* [2015<sup>16</sup>], cit., pp. 430-431. In giurisprudenza il riferimento è a Cass. SS.UU., 30 maggio 2006 (dep. 31 ottobre 2006), nr. 36267, Pres. Gemelli, Rel. Milo, Spennato (il testo da *Dejure*).

quale rapporto intercorra tra il sottosistema cautelare del d. lgs. 231/2001 e quello del Libro IV del codice di procedura penale, al quale sono già stati rivolti molteplici cenni.

Il criterio della gravità indiziaria, riproposto all'art. 45 del decreto, rinvia infatti a un duplice ordine di considerazioni: da un lato quello relativo al grado logico proprio del contesto cautelare, dall'altro quello che riguarda il criterio di risoluzione del fatto incerto nello stesso contesto cautelare. Da un lato bisogna infatti osservare che il criterio della gravità indiziaria non può essere sovrapposto a quello dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» dell'art. 533 co. 1 c.p.p. e quindi, specularmente, della regola di giudizio ispirata alla presunzione di innocenza: il grado logico sotteso alla decisione in fase cautelare è infatti di probabilità e non di certezza e, in particolare, di una probabilità che abbia un alto tasso di verosimiglianza (relativamente al giudizio storico sul fatto), conformemente al criterio di indizi caratterizzati da «gravità»; il problema procede parallelamente allo spazio concesso alle norme sulla prova, per via del rinvio espresso ad opera del co. 1-*bis* dell'art. 273 c.p.p.<sup>28</sup>. Diverso sarà il grado logico necessario alla decisione di condanna dell'art. 533 c.p.p. e così pure dell'art. 69, d. lgs. 231/2001: per entrambe si esige infatti la certezza. Su un versante opposto ma complementare si pone poi il fatto che anche per la fase cautelare l'onere della prova sia posto a carico del Pubblico Ministero, relativamente alla gravità indiziaria circa la sussistenza della responsabilità della persona giuridica.

Come nelle misure cautelari disciplinate nel codice di procedura penale, così all'art. 45 la gravità indiziaria non è di per sé sola sufficiente a giustificare l'applicazione delle cautele: accanto alla sussistenza del *fumus boni iuris*, che essa rappresenta analogamente al *fumus commissi delicti* per le persone fisiche, occorrerà infatti verificare anche la sussistenza delle esigenze cautelari, ossia del *periculum in mora*<sup>29</sup>. Proprio per queste ultime riemerge il problema di un vaglio di compatibilità con la presunzione di innocenza, intesa quale divieto di applicazione di una misura cautelare con finalità di anticipazione della pena, come ricordato anche dalla Corte costituzionale nella giurisprudenza più recente<sup>30</sup>. Il problema può infatti essere osservato, con qualche opportuno

---

<sup>28</sup> TONINI, *Manuale di procedura penale* [2015<sup>16</sup>], cit., pp. 431-432.

<sup>29</sup> Uno sguardo d'insieme nel recente CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., pp. 101-142.

<sup>30</sup> Si vd. in part. quanto già citato alla nota 15.

adattamento, sul terreno delle cautele interdittive nel d. lgs. 231/2001. L'art. 45 trasla infatti per il procedimento relativo agli enti soltanto una delle tre esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p., ossia il pericolo di commissione di ulteriori reati (lett. c, co. 1), mentre sono esclusi sia il pericolo di fuga dell'imputato che il pericolo di inquinamento probatorio. Queste due ultime esigenze sarebbero peraltro compatibili con il principio di cui all'art. 27 co. 2 Cost., in quanto entrambe tutelano finalità di natura processuale; viceversa appare di dubbia compatibilità con la presunzione di innocenza l'esigenza di pericolo di commissione di ulteriori reati. Quest'ultima ha infatti finalità di prevenzione di natura extraprocessuale, che vede accomunate misure cautelari interdittive e sanzioni interdittive<sup>31</sup>.

Le sanzioni interdittive previste dall'art. 9 e applicate come misure cautelari si basano infatti su una finalità specialpreventiva, ossia il recupero dell'ente alla legalità, che è, appunto, tipica delle sanzioni<sup>32</sup>: ma entro tale contesto vi è ancora spazio per una compatibilità con la presunzione di innocenza? L'applicazione della misura interdittiva equivarrebbe all'anticipazione di una sanzione, così come pure avviene per le misure cautelari reali e per il nesso tra sequestro preventivo e confisca. Occorre peraltro osservare che, per la valutazione relativa al pericolo di commissione di «illeciti della stessa indole» (con rinvio all'art. 101 c.p.), il primo comma dell'art. 45 non contiene criteri stringenti come quelli dell'art. 274 co. 1, lett. c c.p.p., il quale, pur non contenendo un rinvio alla disciplina sostanziale (si parla infatti più latamente di reati «della stessa specie») subordina il «concreto ed attuale pericolo»<sup>33</sup> all'individuazione di una precisa categoria di reati e da

---

<sup>31</sup> PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 266.

<sup>32</sup> A tale finalità fa esplicito riferimento già la Relazione ministeriale (§ 6): «Sul piano sistematico e politico-criminale, la disciplina predisposta per le sanzioni interdittive [...] si connota in termini spiccatamente *specialpreventivi*. Nella piena consapevolezza delle conseguenze pesantemente negative che queste sanzioni proiettano sulla vita e sull'attività dell'ente, si propone un modello sanzionatorio che ancora la minaccia a presupposti applicativi particolarmente rigorosi *funzionali al conseguimento di utili risultati per la tutela dei beni tutelati*, visto che si consente all'ente di attivarsi, attraverso condotte riparatorie, per evitare l'applicazione di queste sanzioni» (corsivi originali del testo). Particolarmente significativa, quanto alle sanzioni pecuniarie, è inoltre la previsione del secondo comma dell'art. 11, che a proposito della commisurazione delle quote recita: «L'importo della quota è fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente *allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione*» (corsivi aggiunti).

<sup>33</sup> Articolo così modificato dalla l. 16 aprile 2015, nr. 47 (*Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali*, in vigore dall'8 maggio 2015). La novella ha anche modificato all'art. 274 co. 1, lett. c c.p.p. l'ultimo periodo, che ora recita: «Se il pericolo

«specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali» e peraltro, per il pericolo di commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede (ult. per.), pone un limite correlato alla cornice edittale: ma oggi, per effetto della recente novella, pone un limite a una valutazione meramente fondata sulla «gravità del titolo di reato per cui si procede»<sup>34</sup>. Viceversa la clausola dell'art. 45, sintomo di una indeterminatezza che contraddistingue l'intera norma<sup>35</sup>, lascia spazio all'esercizio di una discrezionalità che potrebbe anche violare qualsiasi forma di controllo giudiziale: il riferimento a «fondati e specifici elementi» non contiene in sé l'articolato giudizio prognostico che invece figura all'art. 274 co. 1, lett. c c.p.p.<sup>36</sup>; d'altra parte la discrasia non potrà essere risolta sul piano letterale, ossia di rinvio recettizio, perché il primo comma dell'art. 45 non pone un richiamo espresso in tal senso.

D'altro canto non si potrà tacere che già la disposizione dell'art. 274 co. 1, lett. c c.p.p. pone con particolare intensità il problema di compatibilità con la presunzione di innocenza, mettendo a tema quella generale ricerca di equilibrio tra contrapposti principi costituzionali che le esigenze cautelari rappresentano, come segnalato anche dalla ormai risalente giurisprudenza della Corte costituzionale: come autorevolmente segnalato ancora in tempi recenti, nel disciplinare le misure cautelari «il legislatore ordinario è infatti tenuto, nella tipizzazione dei casi e dei modi di privazione della libertà, ad individuare [...]

---

riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni *nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195, e successive modificazioni. Le situazioni di concreto e attuale pericolo, anche in relazione alla personalità dell'imputato, non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede*» (in corsivo la parte così introdotta). Per una sintesi, oltre alla bibliografia già citata al cap. II 3 (nota 97), si vd. P. BORRELLI, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali, on line su Diritto penale contemporaneo*.

<sup>34</sup> Art. 274 co. 1, lett. c c.p.p., ult. per., come sopra citato alla nota precedente.

<sup>35</sup> PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 250, con ulteriori riferimenti.

<sup>36</sup> PRESUTTI, *sub Art. 45*, cit., p. 413; PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 149. Alcune osservazioni sul tema della discrezionalità si leggono in A. PRESUTTI, *Gli incerti confini delle esigenze cautelari: la cautela come forma di anticipazione della pena*, in *Le fragili garanzie della libertà personale: per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo penale (Trento, 11-13 ottobre 2013), Milano, 2014, pp. 43-63: 46-48.

esigenze diverse da quelle di anticipazione della pena e che debbano essere soddisfatte – entro tempi predeterminati (art. 13, quinto comma, Cost.) – durante il corso del procedimento stesso, tali da giustificare, nel bilanciamento di interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà [...] di chi non è stato ancora giudicato colpevole in via definitiva»<sup>37</sup>. Quanto alla specifica esigenza della norma appena citata, la precisione nel circoscrivere i delitti per i quali entra in gioco il pericolo di reiterazione equivale, con forza ancora maggiore rispetto alle altre due esigenze cautelari precedentemente menzionate, a sancire «il discrimine tra cautela e pena sancito dall'art. 27, comma 2°, Cost., che, nella sua valenza di regola di trattamento, definisce il limite esterno alle funzioni ascrivibili alle misure cautelari»<sup>38</sup>.

Specularmente legittimare la presenza di esigenze cautelari senza criteri di stretta tassatività – come potrebbe sospettarsi nella parallela previsione dell'art. 45, d. lgs. 231/2001 – potrebbe equivalere a introdurre un'anticipazione del trattamento sanzionatorio, che travalichi la presunzione di innocenza. In tal senso la Relazione ministeriale afferma che la pericolosità dell'ente debba essere «desunta dalla condotta recidivante [...] le esigenze di cautela devono considerare la “personalità” dell'ente, o meglio la sua politica imprenditoriale», cosicché il pericolo concreto andrà «inteso non come realizzazione delittuosa *in itinere*, ma come dato da desumere da fatti e condotte già accaduti o posti in essere»<sup>39</sup>: ma ciò non elimina il *deficit* di precisione che la norma inevitabilmente palesa.

---

<sup>37</sup> La citazione dalla già citata sent. nr. 265/2010. Sul tema si vd. in part. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., pp. 31-36; PRESUTTI, *Gli incerti confini delle esigenze cautelari*, cit., p. 44; per l'art. 45 in part. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., pp. 110-112. Per la giurisprudenza costituzionale si allude alla definizione contenuta nella sent. 23 aprile 1970, nr. 64, Pres. Branca, Red. Capalozza, dove si afferma: «In linea di principio, si deve riconoscere che la detenzione preventiva – esplicitamente prevista (nei limiti che più innanzi saranno precisati) dalla Costituzione (art. 13, ultimo comma) – va disciplinata in modo da non contrastare con una delle fondamentali garanzie della libertà del cittadino: la presunzione di non colpevolezza dell'imputato. Il rigoroso rispetto di tale garanzia – che vincola, per altro, non il solo legislatore, ma anche le pubbliche autorità (polizia giudiziaria, pubblico ministero e giudice), alle quali sono affidate le attività processuali – necessariamente comporta che la detenzione preventiva in nessun caso possa avere la funzione di anticipare la pena da infliggersi solo dopo l'accertamento della colpevolezza: essa, pertanto, può essere predisposta unicamente in vista della soddisfazione di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo».

<sup>38</sup> PRESUTTI, *Gli incerti confini delle esigenze cautelari*, cit., p. 44.

<sup>39</sup> *Relazione*, § 17.

Nel d. lgs. 231/2001 i tradizionali presupposti del *fumus* di responsabilità e del *periculum* cautelare sono enunciati al primo comma dell'art. 45: ad essi si aggiunge un presupposto implicito, derivante dal raccordo tra sanzioni e misure cautelari previsto dall'art. 9 co. 2, di modo da subordinare l'applicazione delle misure cautelari alle medesime condizioni previste per le sanzioni. Si tratta delle condizioni stabilite all'art. 13, che fissa il principio di legalità per le sanzioni interdittive irrogabili all'ente: la lacuna del decreto rispetto al perimetro dell'art. 274 co. 1, lett. c c.p.p. potrebbe forse dirsi colmato proprio dall'art. 13, che detta (alle lett. a e b del primo comma) due «condizioni» per rinvenire un nesso eziologico tra l'ente e la condotta dell'imputato di reato-presupposto. Infatti da un lato si fa riferimento allo stesso criterio di collegamento dell'art. 5 per le due categorie di soggetti e viene anzi prodotta una sorta di sintesi rispetto ai criteri di imputazione<sup>40</sup>; dall'altro si introduce invece il riferimento alla eventuale «reiterazione degli illeciti», con riferimento agli illeciti amministrativi della persona giuridica. Anche con riguardo a quest'ultima previsione, l'indeterminatezza dell'art. 45 lascia emergere una discrezionalità del giudice quale *dominus* dell'interdizione cautelare, la quale però presta il fianco a prassi devianti, così da porre qualche problema in termini di rispetto delle garanzie sostanziali e processuali<sup>41</sup>.

Per quanto invece riguarda l'altra condizione prevista dal primo comma dell'art. 13, ossia il «profitto di rilevante entità» tratto dall'ente, la giurisprudenza di legittimità lo ha interpretato facendo leva in particolare sul riferimento ai «casi di particolare gravità» contenuto nella legge delega (art. 11 co. 1, lett. l), che giustificherebbe il riferimento non già all'utile netto, bensì a quello di un «profitto “dinamico”, che è rapportato alla natura e al volume dell'attività d'impresa e ricomprende vantaggi economici anche non immediati [...], ma, per così dire, di prospettiva in relazione alla posizione di privilegio che l'ente collettivo può acquisire sul mercato in conseguenza delle condotte illecite poste in essere dai suoi organi apicali o da persone sottoposte alla

---

<sup>40</sup> In part. dove, per i sottoposti, si fa riferimento a casi per i quali «la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative» (art. 13 co. 1, lett. a).

<sup>41</sup> Merita di essere ricordata l'osservazione (di PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 257) relativa al fatto che ricomprendendo solo l'esigenza cautelare di cui alla lett. c, co. 1, art. 274 c.p.p. il d. lgs. 231/2001 «si espone a consistenti dubbi di costituzionalità per contrasto con il canone della presunzione di non colpevolezza (art. 27 co. 2 Cost.) e, soprattutto, porta allo scoperto che le misure interdittive si configurano quale semplice anticipazione delle sanzioni interdittive, in tal modo realizzando in via di fatto la volontà della l. delega».

direzione o alla vigilanza di questi»<sup>42</sup>. L'articolata riflessione sul *quantum*, affrontata in anni recenti dalla giurisprudenza di legittimità, non esaurisce peraltro il problema di individuare a tal fine criteri specifici per la fase cautelare, che dovranno a loro volta differenziarsi da quelli utilizzati per la determinazione delle sanzioni<sup>43</sup>.

Tali questioni presentano a loro volta un punto di ricaduta quanto all'obbligo di motivazione dei provvedimenti applicativi di misure cautelari e quindi sulla materia relativa alle impugnazioni: il richiamo all'art. 292 c.p.p. operato dall'art. 45 pone infatti un tema generale di compatibilità delle garanzie approntate per la disciplina codicistica delle misure cautelari. Si tratta di un ulteriore tema, che riguarda i riflessi processuali della presunzione di cui all'art. 27 co. 2 Cost. e, per questo tramite, le garanzie riconnesse alla regola di trattamento che da essa promana. Alla luce della precedente distinzione circa il fatto che le cautele interdittive non riguardano la libertà personale di cui all'art. 13 Cost. e che pertanto ad esse non sarebbe neppure applicabile la garanzia relativa al ricorso in Cassazione di cui al settimo comma dell'art. 111 Cost., in quanto i provvedimenti relativi alle cautele interdittive non sarebbero in alcun modo ricompresi nel perimetro di quelli *de libertate*.

In verità si può proporre un duplice ordine di considerazioni: da un lato il fatto che tale garanzia andrebbe invece estesa anche alle persone giuridiche, nonostante il fatto che la disciplina del d. lgs. 231/2001 possa presentare problemi di coordinamento relativi al ricorso *per saltum*; dall'altro il fatto che il d. lgs. 231/2001 pone già di per sé un rinvio alla disciplina codicistica in materia di provvedimenti cautelari (ad esempio per la fungibilità di cui al terzo comma dell'art. 285 c.p.p. e per il termine di durata, ossia due aspetti che rientrano nell'orbita delle garanzie tipiche) e di impugnazioni e che quindi, legittimando tale esclusione, si creerebbe una frattura nel complessivo assetto della

---

<sup>42</sup> Così la già citata Cass. SS.UU., nr. 26654/2008, Fisia Italimpianti S.p.A., con riferimento alla precedente Cass. Sez. VI, 23 giugno 2006 (dep. 2 ottobre 2006), nr. 32627, La Fiorita, richiamate parz. anche da PRESUTTI, *sub Art. 45*, cit., p. 406. Per questi aspetti si vd. in part. BALDUCCI, *L'ente imputato*, cit., pp. 577-578.

<sup>43</sup> È stato a proposito osservato in giurisprudenza: «Nella fase cautelare, in cui l'imputazione è ancora *in fieri* e gli accertamenti hanno natura provvisoria, pretendere di riferirsi all'utile netto, cioè ad un valore che richiede calcoli precisi in un raffronto tra ricavi e costi, appare oltremodo difficoltoso e contrario alla stessa funzione del procedimento incidentale volto all'emissione di provvedimenti temporanei» (Cass. Sez. VI, nr. 32627/2006, La Fiorita, sopra citata).

materia<sup>44</sup>. Ciò si evince ad esempio già dal secondo comma dell'art. 45, che rinvia ai requisiti dell'ordinanza cautelare di cui all'art. 292 c.p.p. (oggi modificati, nel senso di un rafforzamento delle garanzie dell'imputato, ad opera della già citata legge nr. 47/2015), e poi ancora dal rinvio alla disciplina del riesame anche per le cautele reali.

Un altro e più solido argomento giunge in verità dall'intervento del legislatore e poi dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, che estendendo la caducazione della misura in caso di omesso interrogatorio, come già previsto per le misure coercitive dall'art. 302 c.p.p., muove da una premessa dirimente: la fondatezza della questione pone a sua volta «in risalto, da un lato, la peculiare funzione dell'interrogatorio di garanzia, dall'altro, la natura afflittiva delle misure cautelari personali interdittive, che possono iscriversi in un ordine di limitazioni non dissimile da quello a cui appartengono le misure custodiali, incidendo anch'esse sulla libertà della persona»<sup>45</sup>. Anche le misure cautelari interdittive, incidendo sui diritti di cui

---

<sup>44</sup> Su questo aspetto rifletteva, già per le cautele interdittive del codice di procedura penale, PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, cit., pp. 87-88, dove viene anche menzionata l'ipotesi che il riferimento «altra restrizione della libertà personale» del secondo comma dell'art. 13 Cost. consentirebbe di ricomprendere fenomeni, come le misure cautelari interdittive, nel quadro di garanzie costituzionali derivante appunto dall'art. 13 Cost., pur essendo le cautele interdittive «svincolate da una compressione in senso fisico di tale bene fondamentale» (ivi, p. 73, con riferimenti ulteriori per gli studi di diritto costituzionale). Da ciò deriverebbe l'estensione a tali misure della ricorribilità per cassazione dell'art. 111 Cost. In dottrina per un'opinione contraria si vd. MOSCARINI, *Le cautele interdittive penali contro gli enti*, cit., p. 1126 e una sintesi in PRESUTTI, *sub Art. 45*, cit., pp. 411-412.

<sup>45</sup> Il riferimento è alla l. 8 agosto 1995, nr. 332 e poi a Corte cost., sent. 21 marzo-4 aprile 2001, nr. 95, Pres. Ruperto, Red. Mezzanotte, nella quale si legge: «L'incisività delle misure interdittive sulla vita lavorativa e sulle relazioni sociali della persona che ne è colpita era stata a sua volta sottolineata nella sentenza n. 5 del 1994, in cui si era segnalata l'esigenza che il legislatore provvedesse ad un adeguamento delle garanzie processuali della difesa in questo settore, così da assicurare ai destinatari di tali misure un livello di tutela, se non identico, quantomeno equiparabile a quello riservato alle persone sottoposte alla custodia cautelare in carcere o in luogo di cura o agli arresti domiciliari. Quella sentenza, peraltro, non disconobbe l'esistenza di un ambito di discrezionalità da lasciare al legislatore: quanto allo strumento da adottare per rendere effettivo il diritto di difesa era infatti ipotizzabile una pluralità di soluzioni, ed appariva egualmente rimessa ad una opzione legislativa la possibilità di graduare le garanzie processuali secondo il diverso contenuto afflittivo delle singole misure, coercitive non custodiali e interdittive, che sono previste, rispettivamente, nei Capi II e III del Titolo I del Libro IV del codice di procedura penale. E tuttavia, il profilo sotto il quale la disciplina non poteva dirsi conforme all'articolo 24 della Costituzione veniva in quella sentenza identificato con precisione e puntualizzato nel diritto del destinatario di una misura cautelare ad essere ascoltato, senza dilazione, dal giudice che l'aveva adottata». Già nella sentenza nr. 5/1994 (Pres. Casavola, Red. Cheli), precedente all'intervento legislativo sopra citato, la Corte aveva

all'art. 2 Cost., tollerano infatti una compressione tale da non valicare la situazione di non colpevole che è riconosciuta all'imputato. In tal senso sembrerebbe indirizzarsi anche la recente modifica del primo periodo del co. 3 dell'art. 275, la cui previsione si estende ora anche alle misure interdittive, affermando: «La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando *le altre misure coercitive o interdittive* [la versione precedente recitava: *ogni altra misura*], *anche se applicate cumulativamente*, risultino inadeguate»<sup>46</sup>.

Su questo punto si può formulare un'ipotesi ulteriore, che permette di cogliere un aspetto generale delle misure interdittive. Il tema è quello dell'operatività della clausola dell'art. 34 a riguardo della previsione dettata per le misure interdittive dall'art. 289 co. 2 c.p.p.<sup>47</sup>, il quale prevede che in caso venga disposta la misura della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio disposta per un delitto contro la pubblica amministrazione (artt. 314 segg. c.p.), nel corso delle indagini preliminari, «prima di decidere sulla richiesta del pubblico ministero [...] il giudice procede all'interrogatorio dell'indagato con le modalità indicate agli articoli 64 e 65». Trattandosi di figure delittuose ricomprese nel catalogo dei reati-presupposto del d. lgs. 231/2001, si imporrà *a fortiori* il problema relativo all'applicabilità di tale previsione e della garanzia relativa a favore dell'ente tramite il suo legale rappresentante. Il problema però non ha una soluzione esplicita e deve quindi essere risolto attraverso l'interpretazione sistematica: operante l'estensione della caducazione della misura cautelare, già prevista per le misure coercitive dall'art. 302 c.p.p., alle

---

evidenziato la necessità di adeguare le garanzie processuali previste per le misure cautelari coercitive a quelle interdittive. Si legge ancora: «Quella discrezionalità, che la sentenza n. 5 del 1994 aveva ritenuto spettare al legislatore e che, come si è ricordato, avrebbe potuto giustificare una graduazione delle garanzie in ragione della diversa afflittività delle varie misure, è stata quindi orientata nel senso della loro unificazione affinché ne risultasse tutelata al più alto livello l'effettività del diritto di difesa. In altri termini, nonostante vi fosse la possibilità di operare ulteriori distinzioni, si è ritenuto che per tutte le "altre" misure cautelari di cui all'articolo 294, comma 1-bis il colloquio con il giudice, che l'articolo 294, comma 3, configura come la specifica garanzia processuale preordinata alla verifica delle condizioni di applicabilità e del permanere delle esigenze cautelari, non potesse essere differito oltre il decimo giorno dall'inizio della esecuzione. Il legislatore ha, tuttavia, omissis di adeguare l'articolo 302 del codice di procedura penale, che continua a prevedere l'estinzione della sola custodia cautelare nel caso in cui sia decorso inutilmente il termine per procedere all'interrogatorio, al nuovo ambito di operatività dell'articolo 294, il quale, in seguito all'introduzione del comma 1-bis trova ora applicazione, con il diverso termine di cui si è detto, per tutte le misure cautelari personali».

<sup>46</sup> In corsivo le modifiche. Il testo è stato così modificato dall'art. 3, l. 47/2015.

<sup>47</sup> Il testo è stato oggi modificato dall'art. 7, l. 47/2015. L'ultimo periodo del comma è stato introdotto dall'art. 2 co. 1, l. 16 luglio 1997, nr. 234.

cautele interdittive in forza del co. 1-*bis* dell'art. 294 c.p.p., tale previsione potrebbe rientrare per il tramite della clausola di sussidiarietà dell'art. 34 anche nella materia cautelare del d. lgs. 231/2001. In verità si oppone a tale conclusione il fatto che la Sezione IV del Capo III, d. lgs. 231/2001 disciplinò, con l'art. 47, un contraddittorio anticipato. Ma dall'estensione del diritto di difesa sopra citato si evince un dato generale di sistema che – come si vedrà – ha ricadute anche per il d. lgs. 231/2001: ossia che la progressiva assimilazione delle cautele interdittive a quelle coercitive, anche in punto di garanzie costituzionali, «muove dalla acquisita consapevolezza circa le implicazioni costituzionali sottese ad entrambe e dalle intollerabilità di discrasie sotto questo aspetto»<sup>48</sup>.

A ciò si ricollega, come già anticipato, anche il tema della motivazione dei provvedimenti cautelari, prospettato già dal rinvio all'art. 292 c.p.p. operato dall'art. 45. Ne derivano due fondamentali implicazioni: l'una relativa al fatto che, sulla base dell'art. 292 co. 2, lett. *c* c.p.p., il modello della motivazione è sagomato su quello del merito dell'imputazione (rilevano, in tal senso, gli artt. 192 co. 1 e 546 co. 1 lett. *e* c.p.p.) per legittimare il «bisogno cautelare»<sup>49</sup>, l'altra a proposito della nullità speciale prevista dal co. 2-*ter* per il caso che l'ordinanza non contenga «la valutazione degli elementi a carico e a favore dell'imputato, di cui all'art. 358, nonché all'art. 327-*bis*». In tale contesto opera oggi anche il rafforzamento delle garanzie predisposto dalla già citata novella relativa alla materia cautelare del Libro IV del codice di procedura penale<sup>50</sup>. Il giudice ha l'onere di motivare l'applicazione di una misura cautelare interdittiva nei confronti dell'ente con specifico riferimento ai presupposti che la giustificano: pronunciandosi sulla richiesta del Pubblico Ministero, potrà sì

---

<sup>48</sup> Così BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 412.

<sup>49</sup> CORDERO, *Procedura penale* [2006<sup>8</sup>], cit., p. 472.

<sup>50</sup> In particolare l'art. 292 c.p.p. risulta ulteriormente rafforzata dal divieto di integrazione della motivazione (cd. *per relationem*) quanto alla sussistenza dei presupposti delle misure cautelari, relativamente al disposto dell'art. 292 co. 2, lett. *c* e *c bis* (l'art. 8, l. 47/2015 prescrive ora «l'esposizione e l'autonoma valutazione»), co. 2 *ter* c.p.p., che stabilisce i requisiti dell'ordinanza cautelare, nel testo novellato dalla legge 16 aprile 2015, nr. 47. L'art. 8 della citata legge dispone infatti che i presupposti di applicazione della misura dovranno essere oggetto di «autonoma valutazione» da parte del giudice precedente. La disciplina dettata in tema di misure cautelari reali è mutuata da quella delle misure personali, in forza della generale clausola di compatibilità dell'art. 324 co. 7 c.p.p., che rende peraltro applicabili alle cautele reali le disposizioni dell'art. 309, co. 9 (vd. art. 11 della già citata legge, che prescrive che si annulli «il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'articolo 292, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa»), 9 *bis* e 10 c.p.p. in tema di riesame.

fare riferimento alla motivazione dell'ordinanza applicativa di misura cautelare nei confronti della persona fisica per quanto riguarda la gravità indiziaria, ma avrà uno specifico dovere di motivare autonomamente circa la sussistenza degli ulteriori presupposti che giustificano l'applicazione di una misura cautelare interdittiva nei confronti della persona giuridica<sup>51</sup>. Non vi è infatti totale sovrapposizione tra le esigenze cautelari proprie della persona fisica (ossia quelle dell'art. 274 c.p.p.) e quelle della persona giuridica; peraltro l'art. 13 del decreto, nel dettare un ulteriore requisito implicito, prescrive uno specifico onere di prova all'organo d'accusa con riguardo al criterio di collegamento (lett. *a*) e alla reiterazione degli illeciti (lett. *b*).

Si potrebbe affermare che il giudice che disponga in sede cautelare contro l'ente si trova di fronte a un duplice limite alla motivazione *per relationem*: quello che concerne la persona fisica e quindi la richiesta del Pubblico Ministero, ma anche quello relativo alla richiesta del Pubblico Ministero a carico dell'ente e, a sua volta, il rapporto con la richiesta formulata a carico della persona fisica<sup>52</sup>. Diversamente, si avrebbe un appiattimento della posizione dell'ente su quella della persona fisica, che porterebbe di fatto a cassare le garanzie processuali riconosciute alla persona giuridica. Se si accetta questa ricostruzione, bisognerà anche riconoscere come il quadro costituzionale di riferimento, pur non essendo caratterizzato dall'inviolabilità espressa dall'art. 13 Cost., vada comunque interpretato alla luce delle garanzie processuali espressamente riconosciute all'ente. Diversamente verrebbero vanificati i riferimenti alla disciplina codicistica che al contrario il d. lgs. 231/2001 espressamente prevede in materia cautelare.

La necessità di riequilibrare la particolare intensità delle cautele interdittive, alla quale l'ente è così esposto, emerge anche dalla previsione del contraddittorio anticipato, in forma di udienza camerale, che è previsto dal

---

<sup>51</sup> In giurisprudenza si vd. Cass. SS.UU., 21 giugno 2000, nr. 17, Primavera, in «Cassazione penale», XLI (2001), 1, p. 69; in materia cautelare tali principi sono stati costantemente ripresi: si vd. ad es. tra le pronunce più recenti Cass. Sez. II, 28 gennaio 2015 (13 febbraio 2015), Evangelista e a., su cui vd. anche [P.] CORSO, P. CORSO, *Codice di procedura penale e processo penale minorile commentati con la giurisprudenza*, cit., p. 432. Per le possibili interferenze con le misure cautelari disposte a carico della persona fisica si vd. recentemente CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., pp. 112-114.

<sup>52</sup> Per un commento si vd. il recente contributo di ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie*, cit., pp. 1143-1144; ma cfr. già, dello stesso ILLUMINATI, *Esigenze cautelari, proporzionalità, adeguatezza: quali traguardi?*, in *Le fragili garanzie della libertà personale*, cit., pp. 327-344.

secondo comma dell'art. 47 (con rinvio a sua volta all'art. 127 c.p.p.) per le misure cautelari interdittive. Si tratta di una differenza cruciale rispetto alla disciplina codicistica per le persone fisiche, che viceversa prevede l'interrogatorio di garanzia (art. 294 c.p.p.) a custodia cautelare già intervenuta: il contraddittorio anticipato permette infatti all'ente (e al suo difensore) la conoscenza della richiesta del Pubblico Ministero e del materiale probatorio depositato, così da attivare la *discovery* prevista dallo stesso art. 47 co. 2, ult. per. Tale anticipazione delle garanzie processuali dell'ente ha poi un logico punto di ricaduta nel fatto che tra i mezzi di impugnazione delle misure interdittive non sia previsto il riesame, ma solo l'appello e il ricorso per cassazione (cfr. art. 52 co. 1 e 2)<sup>53</sup>, per i quali sono legittimati l'ente e il Pubblico Ministero. Il riesame è invece specularmente previsto per le misure cautelari reali: essendo il sequestro disposto *inaudita altera parte*, dovrà attuarsi un bilanciamento al fine di salvaguardare le garanzie difensive e troverà pertanto giustificazione la previsione del riesame, che al contrario dell'appello opera in regime di cognizione piena<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Si tratta propriamente (cfr. art. 52 co. 2) di «ricorso per violazione di legge», quindi per inosservanza o erronea applicazione della legge penale sostanziale (art. 606 co. 1, lett. *b* c.p.p.) o per inosservanza delle norme processuali (art. 606 co. 1, lett. *c* c.p.p.). Tanto la dottrina che la giurisprudenza hanno a proposito sottolineato come tale previsione, che esclude ad esempio vizi della motivazione ai sensi della lett. *e* del già citato art. 606 co. 1 c.p.p. anche per via del richiamo all'art. 325 c.p.p. (che appunto limita il ricorso per cassazione alla violazione di legge) operato dal secondo comma dell'art. 52, risulti illogica sia per il ruolo cruciale che il controllo della motivazione riveste in tali procedimenti, sia per la probabile illegittimità costituzionale della norma anche con riguardo al diritto di difesa ex art. 24 Cost. Si vd. a proposito tra altri PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 294; PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 232. In giurisprudenza si vd. in part. la già citata Cass. Sez. II, nr. 3615/2006, Jolly Mediterraneo; ulteriori riferimenti in [S.M.] CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., pp. 309-311 e in CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 128. Sulla materia del riesame avverso sequestro preventivo si vd. anche i principi di diritto recentemente statuiti dalla già citata Cass. SS.UU., nr. 33041/2015, Gabrielloni-Covalm Biogas.

<sup>54</sup> Al di là dell'esclusione del ricorso *per saltum*, per la commistione tra le discipline dell'appello e del riesame vd. ad es. PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 267-268; CERQUA, *Cautele interdittive e rito penale*, cit., pp. 90-93; da ultimo CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., pp. 127-128.

#### 4. *Le condotte riparatorie e la riparazione delle conseguenze del reato. La compatibilità delle cautele interdittive con il canone della presunzione di innocenza*

La Relazione ministeriale rileva esplicitamente la caratterizzazione specialpreventiva del sistema sanzionatorio d. lgs. 231/2001 e la specifica finalità di reintegrazione dell'offesa, che «consente all'ente di attivarsi»<sup>55</sup> evitando così le sanzioni interdittive ma al fine di conseguire altresì una migliore tutela dei beni minacciati. Le condotte riparatorie, che attraversano l'intero arco del procedimento a carico dell'ente, costituiscono la pietra d'angolo di tale finalità anche in fase cautelare, come risulta dal primo comma dell'art. 49 per il caso di sospensione delle misure cautelari; esse appaiono analoghe al congegno previsto dall'art. 35, d. lgs. 274/2000 per il procedimento davanti al giudice di pace, dove però possiedono effetto estintivo.

L'art. 49 recita al primo comma: «Le misure cautelari possono essere sospese se l'ente chiede di poter realizzare gli adempimenti cui la legge condiziona l'esclusione di sanzioni interdittive a norma dell'articolo 17». La valutazione da parte del giudice dovrà essere ispirata alla discrezionalità vincolata alla quale si è già fatto cenno. Il rinvio all'art. 17 comporta quindi che l'ente, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, abbia assolto a tre condizioni concorrenti: abbia cioè «risarcito integralmente il danno» ed «eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato» (lett. *a*)<sup>56</sup>, abbia «eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi» (lett. *b*) e infine abbia «messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca» (lett. *c*), dove quest'ultima previsione dovrà essere riletta in ottica cautelare (quindi nella forma del sequestro preventivo), tenendola peraltro distinta dalla già citata ipotesi di cui al quinto comma dell'art. 6. Quanto alle altre due previsioni, la prima si riferisce a una

---

<sup>55</sup> *Relazione*, § 17.

<sup>56</sup> Cfr. art. 35, d. lgs. nr. 274/2000, che al co. 1 recita: «Il giudice di pace, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato, enunciandone la causa nel dispositivo, quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla *riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato*» (corsivi aggiunti). Così al co. 2: «Il giudice di pace pronuncia la sentenza di estinzione del reato di cui al comma 1, solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione».

obbligazione pecuniaria che evoca potenzialmente il risarcimento in forma specifica e che in ogni caso richiama forse a sua volta modelli civilistici (l'analogia più stretta sarà naturalmente con i provvedimenti in materia di immissioni *ex art. 844 c.c.*); la seconda si riferisce invece ai modelli di riorganizzazione da adottarsi appunto in fase *post delictum*. L'adempimento di tali condizioni determina (co. 3) la revoca, anche d'ufficio, della misura cautelare<sup>57</sup>, secondo la vicenda disciplinata dal primo comma dell'art. 50.

Quanto all'adozione dei modelli, agli aspetti già rilevati si aggiunge ora il fatto che la mappatura del rischio dovrà essere rimodulata in modo peculiare sulla scorta del reato già commesso: il punto è particolarmente problematico perché si ripropone il problema, anche se proiettato ora in fase cautelare, del *quantum* di prova che l'ente deve introdurre perché venga considerato integrato il requisito premiale. Si consideri ad esempio il caso, in tema di reati societari, dei controlli previsti entro un sistema di deleghe agli amministratori e di *report* da parte di questi ultimi al vertice aziendale e al consiglio di amministrazione<sup>58</sup>: l'idoneità dei contenuti, alla quale l'ente dovrà ottemperare, sarà funzionale sia a evitare iniziative meramente dilatorie che ad arginare la discrezionalità del giudice in sede di valutazione.

Tale aspetto evoca una riflessione di più ampio momento. In generale, la trasposizione dei requisiti dell'art. 17 nella sede cautelare della vicenda modificativa prevista dall'art. 49 colpisce infatti direttamente il divieto di assimilazione dell'ente incolpato al colpevole, ossia la presunzione di innocenza di quest'ultimo intesa quale regola di trattamento: l'ente è infatti chiamato a risarcire un danno e a riparare le conseguenze di un reato – per il quale pure dovrà dimostrare di avere eliminato le carenze organizzative che in ipotesi lo hanno causato – sul quale non è ancora intervenuto il pieno accertamento processuale<sup>59</sup>. Stante tale situazione, l'ente dovrà dimostrare di aver anche adottato un programma di riorganizzazione strutturale che evidentemente sarà teso a proiettarsi *ex post* su un reato che deve ancora essere accertato e del quale soprattutto deve ancora essere dimostrato il criterio di collegamento con

---

<sup>57</sup> Per quanto attiene in particolare all'adozione di modelli *post delictum*, si tratta quindi di ipotesi diversa rispetto a quella dell'art. 12 co. 2, lett. *b*, che è invece funzionale alla riduzione della sanzione pecuniaria.

<sup>58</sup> Si vd. ad es. per qualche spunto applicativo le già citate *Linee guida* di Confindustria, in part. pp. 60-62.

<sup>59</sup> PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 260.

l'ente medesimo<sup>60</sup>. Si pone così un evidente problema di coordinamento tra le due norme: l'art. 17 è infatti prescritto in tema di sanzioni interdittive, cosicché il problema andrà risolto a livello di interpretazione sistematica; si pone altresì un problema di compatibilità con la presunzione di innocenza.

La sospensione di cui all'art. 49 costituisce peraltro un inedito legislativo, che incide sulla potestà cautelare per far prevalere la finalità specialpreventiva propria, come già sottolineato, del d. lgs. 231/2001: le condotte riparatorie possono guadagnare all'ente la revoca della misura interdittiva. La revoca si svolge in udienza camerale, il che consente la partecipazione dell'ente (anche non costituito ai sensi dell'art. 39) e perciò una forma di contraddittorio, che fornisce un ulteriore incentivo alla realizzazione di condotte riparatorie. Non è però esclusa una possibile lesione della presunzione di innocenza: ad esempio il co. 3 prevede il ripristino della misura e la devoluzione alla Cassa delle ammende della somma versata a titolo di cauzione nel caso di «mancata, incompleta o inefficace esecuzione delle attività nel termine fissato», lasciando così l'ente esposto alle conseguenze di un inadempimento o di adempimento parziale incolpevoli, laddove il caso di manchevolezza per causa ad esso non imputabile costituisce per così dire l'analogo in fase cautelare dell'elusione fraudolenta degli apicali o della condotta abnorme e imprevedibile del sottoposto<sup>61</sup>. In tali casi il *vulnus* è concreto, perché finiscono per prendere corpo ipotesi nelle quali l'ente potrebbe essere gravato senza colpa della prosecuzione della misura o addirittura per condotte che non soddisfino più il requisito implicito e quindi il nesso eziologico previsto dall'art. 13, così finendo per realizzarsi una situazione analoga a quella del secondo comma dell'art. 5 o finanche dell'art. 8 co. 1, lett. a, per la quale però l'ente soffrirebbe una ulteriore privazione di libertà.

Per tentare uno sguardo d'insieme, le aree di possibile lesione della presunzione di innocenza appaiono complessivamente due: da un lato quella

---

<sup>60</sup> In tal senso ad es. PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 281; PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 259; PRESUTTI, *sub Art. 45*, cit., p. 439.

<sup>61</sup> In caso di adempimento tardivo o di inadempimento per causa non imputabile all'ente, il giudice potrebbe disporre una proroga: si vd. tra la giurisprudenza di merito già Trib. Milano, sent. 28 ottobre 2004, Siemens; cfr. per ulteriori riferimenti anche [S.M.] CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., p. 301. Al giudice sarà in tal caso richiesta una ulteriore attività valutativa circa l'efficacia delle misure adottate dall'ente e l'incidenza di eventuali cause di parziale inadempimento (vd. in part. PRESUTTI, *sub Art. 45*, cit., p. 440; FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale*, cit., pp. 505-506).

relativa a previsioni che rinviano direttamente alla disciplina delle sanzioni e che devono essere viceversa contestualizzate nella sede cautelare, dall'altro quella che concerne la concreta articolazione delle garanzie processuali dell'ente e le condizioni previste in particolare per la sospensione di cui all'art. 49. Quanto alla prima area di criticità qui descritta, occorrerà riconsiderare quanto già osservato a proposito del grado logico e del criterio risolutore del fatto incerto connessi alla formulazione dell'art. 45 e ai tre presupposti già richiamati, per i quali l'organo d'accusa dovrebbe in teoria rispettare un onere probatorio particolarmente incisivo, che però non esclude la possibilità di prassi devianti e di anticipazione di un giudizio di colpevolezza a scapito dell'ente, derivanti in particolare dal fatto che le condizioni previste dall'art. 13 e dall'art. 17 (attraverso il richiamo operato dall'art. 49) attengono all'esito del giudizio e quindi a un grado logico di certezza e non già di probabilità. La collocazione del congegno premiale (condotte riparatorie e obbligazioni compensative) in fase cautelare traduce sì la finalità di recupero dell'ente alla legalità, ma d'altro canto porta quest'ultimo a farsi carico di un impegno di riassetto gestionale che si colloca in un segmento temporale antecedente all'accertamento della sua responsabilità: in tal senso è innegabile che il giudice della cautela, valutando gli adempimenti adottati dall'ente, sia chiamato ad anticipare il giudizio sul raggiungimento delle condizioni dettate dall'art. 17, che sarà invece proprio del giudice del merito. Da tale punto di vista occorrerà evitare che si dia luogo all'introduzione di una serie di presunzioni e a una vera e propria anticipazione del giudizio di colpevolezza, così come è stato rilevato nella recente e già citata giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>62</sup>. La soluzione che potrà essere prospettata consisterà allora nel leggere il rinvio alle condizioni dell'art. 17 secondo un'interpretazione sistematica, che contenga in sé il grado logico sotteso alla fase cautelare e non già a quella del giudizio, per il quale esso è congegnato: si avrebbe così conferma del dato generale relativo alla costruzione della materia cautelare attraverso il rinvio a quella sanzionatoria.

Naturalmente in tale contesto si inserisce anche la particolare fisionomia della materia cautelare, vale a dire della Sezione IV (Capo III) del d. lgs. 231/2001, la quale – come già più volte ricordato a proposito del versante processuale del testo – ha un rapporto di sussidiarietà con le norme del codice di procedura penale, che si riflette in particolare sul versante delle esigenze

---

<sup>62</sup> In argomento in part. PRESUTTI, *Gli incerti confini delle esigenze cautelari*, cit., pp. 54-55.

cautelari e dei criteri di scelta delle misure, del procedimento applicativo e infine delle impugnazioni. Si ha in tal senso conferma dell'esistenza di una presunzione di innocenza e di garanzie processuali proprie della persona giuridica: ma, a un tempo, il rinvio alla disciplina codicistica, che è presente come si è visto in più parti, impone la ricerca di un equilibrio con il procedimento del quale è destinatario l'imputato persona fisica. Nel procedimento a carico dell'ente la materia cautelare appare orientata su un piano finalistico all'accertamento della responsabilità<sup>63</sup>: anche per tali aspetti il confronto con la disciplina prevista per le misure interdittive a carico della persona fisica impone una riflessione sul diverso quadro entro cui si colloca il rapporto tra le libertà costituzionali e la presunzione di innocenza, che pure fa parte delle garanzie costituzionali.

Nella materia finora descritta il punto di più forte tensione con la presunzione di innocenza è peraltro rappresentato, come d'altronde anche nella disciplina codicistica per le persone fisiche, dal *periculum libertatis* di cui all'art. 274 co. 1, lett. c c.p.p.<sup>64</sup>. Osservato attraverso tale norma, il problema consiste nella compatibilità tra l'esigenza specialpreventiva della norma in esame e il principio costituzionale: il giudizio sul «concreto pericolo» non potrà infatti annichilire quello relativo al *fumus* di colpevolezza del soggetto. La considerazione varrà anche per l'art. 45, che rinvia alla norma codicistica: la finalità di prevenzione speciale piega verso una prognosi negativa per il soggetto, in un'ottica appunto di tutela di beni giuridici della collettività. Da tale punto di vista verrà in rilievo il rapporto tra giudizio prognostico e disciplina positiva delle misure cautelari, che non potrà esaurirsi in una presunzione assoluta o in un mero apprezzamento dell'*id quod plerunque accidit*<sup>65</sup>. In particolare nell'ambito del d. lgs. 231/2001 si dovrà procedere a un

---

<sup>63</sup> CERQUA, *Cautele interdittive e rito penale*, cit., pp. 195-198, 199-208.

<sup>64</sup> Per una efficace sintesi di questo profilo si vd. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., pp. 131-140. Osservava in modo icastico già ILLUMINATI (*La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 43): «La prevenzione speciale, al pari di quella generale, è funzione tipica della pena, assieme alla funzione rieducativa indicata dalla Costituzione (art. 27 comma 3). Se non è ammissibile, alla luce della presunzione di innocenza, l'anticipazione di un trattamento esemplare o – a maggior ragione – rieducativo, allo stesso modo si deve escludere che la cattura possa essere disposta per prevenire la responsabilità dell'imputato». Sul tema si vd. ancora O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione di innocenza)*, Relazione svolta al Convegno *Pericolosità e giustizia penale*, Associazione Franco Bricola (Udine, 25-26 marzo 2011), già pubblicata *on line* su *Diritto penale contemporaneo*, 20 aprile 2012.

<sup>65</sup> Sul punto, anche in riferimento alla già menzionata giurisprudenza costituzionale, si vd. in sintesi ora ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie*, cit., pp. 1137-1139.

accertamento della fattispecie complessa, che è propria anche del giudizio di merito, secondo un criterio logico di probabilità: ma, proprio come già osservato per la cognizione, ciò non potrà tradursi in una inversione dell'onere della prova.

Per contro, non si potrà negare che la finalità specialpreventiva in sé considerata crei un contrasto con la presunzione di innocenza: essa limita la libertà del soggetto sottoposto a misura al fine di impedirgli la commissione di ulteriori reati, sul presupposto che sia evidentemente colpevole. Da tale punto di vista, al fine di mitigare l'assorbimento del giudizio sulla sussistenza delle esigenze cautelari in un giudizio di anticipata colpevolezza di tipo specialpreventivo, il contrappeso andrà appunto cercato sul versante processuale e nella reale incidenza delle garanzie riconosciute al soggetto del processo penale, affinché la materia cautelare non si risolva – come è stato recentemente osservato – in una «torsione funzionale degli istituti del processo [...] che in un sistema ordinato non dovrebbe avere niente a che vedere con il ruolo di garanzia delle norme processuali»<sup>66</sup>.

##### *5. Le misure cautelari reali. Il sequestro preventivo e il rapporto con la confisca*

Gli artt. 53 e 54 disciplinano le misure cautelari reali, ossia rispettivamente il sequestro preventivo e il sequestro conservativo: quest'ultimo in particolare trasferisce nel d. lgs. 231/2001 l'omologo istituto codicistico (art. 316 c.p.p.) e, con specifica ed espressa funzione cautelare, si basa sul presupposto dell'assenza o del pericolo di dispersione delle garanzie patrimoniali. Esso si pone perciò in ottica finalistica rispetto all'applicazione di una sanzione pecuniaria.

---

<sup>66</sup> Ivi, p. 1138. Si vd. inoltre PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., pp. 139-140.

Il sequestro preventivo segna invece un punto di originale rielaborazione rispetto all'istituto di cui all'art. 321 c.p.p.: mentre quest'ultimo è infatti preordinato a finalità di natura extraprocessuale, il sequestro di cui all'art. 53 si basa su un'anticipazione del vincolo reale sulla cosa, ossia della confisca di cui all'art. 19 del decreto stesso, rispetto alla quale il sequestro preventivo svolge un ruolo di garanzia<sup>67</sup>. Ne è quindi almeno formalmente estranea la finalità cautelare, la quale avrebbe a sua volta richiesto – accanto al presupposto legato al rapporto con la confisca, che ripropone quello enunciato ai commi 2 e 2-*bis* dell'art. 321 c.p.p. – il *periculum in mora*, ossia il rischio di potenziale dispersione della *res* e quindi di vanificazione della confisca stessa. Il co. 1-*bis* dell'art. 53<sup>68</sup> contiene invero ulteriori previsioni circa la prosecuzione dell'attività attraverso la nomina di un custode amministratore giudiziario ai sensi dell'art. 104 disp. att. c.p.p. e contiene un rinvio per il caso di sequestro preventivo disposto a carico di società che gestiscono stabilimenti di interesse strategico nazionale e loro controllate<sup>69</sup>.

Sembrerebbe altresì assente dall'art. 53 il presupposto della gravità indiziaria, che invece figura all'art. 45: il sequestro preventivo del d. lgs. 231/2001 ha infatti natura latamente sanzionatoria, come per la confisca, e mira a perseguire finalità sovrapponibili a quelle delle cautele interdittive; esso, dimostrandosi prodromico rispetto alla confisca che opererà all'esito della condanna, mira infatti a colpire il patrimonio dell'ente e a inibirne l'attività. Ciò riflette peraltro una tendenza più generale del nostro ordinamento, ove la confisca è posta a cavaliere tra pene, sanzioni amministrative e misure di sicurezza, ed è ormai assunta a strumento tipico di contrasto alla criminalità d'impresa, soprattutto in riferimento a reati tributari e contro la Pubblica

---

<sup>67</sup> Per un inquadramento generale si vd. ancora PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 295-304; CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., pp. 112-127. Dall'esplicita finalizzazione rispetto alla confisca dell'art. 19 deriva inoltre l'impossibilità di disporre sequestro preventivo negli altri casi di confisca presenti nel d. lgs. 231/2001, con l'unica eccezione dell'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 23.

<sup>68</sup> Aggiunto dall'art. 12 co. 5-*bis* del d.l. 31 agosto 2013, nr. 101, convertito, con modificazioni, nella l. 30 ottobre 2013, nr. 125.

<sup>69</sup> Per quest'ultima previsione si potrà citare il caso del sequestro preventivo disposto nel caso ILVA, affrontato dalla Corte costituzionale con la nota sent. 9 aprile 2013, nr. 85, Pres. Gallo, Red. Silvestri, anche per le considerazioni relative al bilanciamento tra interessi di rango costituzionale con riferimento a imprese di tale natura. In dottrina per un commento si vd. in part. D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso ILVA*, in «Diritto penale contemporaneo», 2013, 1, pp. 44-54 (già pubblicato *on line* su *Diritto penale contemporaneo*, 22 febbraio 2013), con ulteriori approfondimenti bibliografici.

Amministrazione, come per il caso dell'art. 322-ter c.p. D'altro canto la disciplina del procedimento applicativo e delle impugnazioni segna una distinzione strutturale rispetto a quella delle misure interdittive, che riflette anche la maggiore incidenza del sequestro preventivo rispetto ad altre cautele.

Il sequestro preventivo è infatti disposto *inaudita altera parte*: non sono previste né l'udienza camerale né il contraddittorio anticipato che viceversa caratterizzano, all'art. 47, le cautele interdittive. Sul piano delle impugnazioni ne deriva la possibilità di promuovere riesame e, del pari, ricorso *per saltum*: il che costituisce un parallelismo rispetto alle misure cautelari personali. Per esplicita previsione del primo comma dell'art. 53, sarà inoltre applicabile il co. 3-bis dell'art. 321 c.p.p., ossia il caso di sequestro preventivo disposto in via d'urgenza durante le indagini preliminari con decreto motivo del Pubblico Ministero o, prima dell'intervento di quest'ultimo, da parte degli ufficiali di polizia giudiziaria. Si applica anche il co. 3-ter del medesimo articolo, relativo alla decadenza del sequestro in caso di inosservanza dei termini entro dieci giorni dall'intervento. L'estensione della disciplina codicistica accentua quindi i caratteri di originalità dell'istituto dell'art. 53 che, pur avendo una finalità differente rispetto a quella già citata in precedenza per l'art. 321, istituisce una precisa rete di rinvii a quest'ultimo<sup>70</sup>.

Il rapporto con la confisca, istituito per esplicita previsione, pone ai fini del presente discorso un problema generale, ossia quello dei limiti alla funzione sanzionatoria e perciò di anticipazione della pena che l'istituto palesa. L'art. 19, che disciplina appunto la confisca, afferma al primo comma che: «Nei confronti dell'ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere

---

<sup>70</sup> Quanto al sequestro preventivo disposto in via d'urgenza dalla P.G., si segnala che le Sezioni Unite (29 gennaio 2016, Pres. Canzio, Rel. Amoresano, Giudici, informazione provvisoria *on line* su *Processo penale e giustizia*) hanno stabilito che, in caso di sequestro preventivo disposto in via d'urgenza dalla polizia giudiziaria, questa non ha l'obbligo, a pena di nullità, di dare avviso all'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia. La Terza Sezione della Suprema Corte aveva rimesso alle Sezioni Unite la decisione relativa alla questione «*se l'obbligo di dare avviso all'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia operi anche con riferimento al sequestro preventivo disposto di iniziativa dalla polizia giudiziaria*»; *nonché «se, in caso affermativo, la nullità conseguente determini anche quella dell'autonomo decreto di sequestro preventivo emesso dal GIP dopo aver convalidato quello d'urgenza disposto d'iniziativa della PG*». Si vd. per ulteriori riferimenti Cass. Sez. III, ord. 7 luglio 2015 (dep. 28 settembre 2015), n. 39188, Imp. Giudici, Est. Scarcella, udienza 28 gennaio 2016, pubblicata *on line* su *Diritto penale contemporaneo*, 28 ottobre 2015.

restituita al danneggiato. Sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede»<sup>71</sup>. L'istituto, che all'interno del codice penale rappresenta una misura di sicurezza patrimoniale (cfr. artt. 236 segg. c.p.), rappresenta invece nel d. lgs. 231/2001 una sanzione principale, obbligatoria e autonoma (cfr. art. 9 co. 1, lett. c). Il problema si sviluppa pertanto in due direzioni: da un lato riguardo ai criteri di individuazione e commisurazione del prezzo o del profitto del reato; dall'altro, a proposito della determinazione del *quantum* sequestrabile entro limiti compatibili con la presunzione di innocenza dell'ente. Quanto al prezzo o al profitto emergono infatti due ulteriori profili, perché la relativa nozione ha dato luogo a problemi interpretativi, mentre l'accertamento del *quantum* riguarderà ancora una volta l'onere della prova ad esso relativo.

Se infatti il prezzo del reato può essere definito come l'equivalente del sinallagma che rende possibile e giustifica la commissione del reato (e tale è ad esempio la tangente, ossia l'equivalente economico del *pactum* illecito in caso di corruzione), il profitto del reato rappresenta l'utilità economica ottenuta in forza e a causa del reato stesso, il «vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato»<sup>72</sup>. La distinzione è stata in tal senso affrontata dalla giurisprudenza richiamando quella già prospettata, per la confisca di cui all'art. 322-ter c.p., tra i cosiddetti reati contratto e reati in contratto e quindi

---

<sup>71</sup> Il secondo comma dispone inoltre che: «Quando non è possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato». Sull'affidamento dei terzi per il caso di responsabilità da reato di ente successivamente fallito occorrerà ora riferirsi anche alla già citata Cass. SS.UU., nr. 11170/2015, Curatela Fallimento Uniland S.p.A. e a. – alla quale qui solo si accenna per tali profili – per il quale si vd. i commenti di M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, in «Archivio penale», 2015, 3, con ulteriori riferimenti. Richiama inoltre alcuni punti problematici della sentenza Uniland CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., pp. 131-132.

<sup>72</sup> Così Cass. SS.UU. nr. 26654/2008, Fisia Italimpianti S.p.A., p. 8 del dattiloscritto. Alla nozione di profitto del reato fa già autonomamente riferimento la *Relazione*, § 17. Per tale nozione di profitto si vd. peraltro già Cass. SS.UU., nr. 29952/2004: «Per profitto del reato si deve intendere il vantaggio di natura economica che deriva dall'illecito. Vantaggio economico non significa “utile netto” né “reddito”, ma sta ad indicare un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale. Deve essere tenuta ferma, però, in ogni caso [...] l'esigenza di una stretta derivazione causale dall'attività del reato». Sebbene non recente si vd. anche, tra altri, GAREGNANI, *Etica d'impresa e responsabilità da reato*, cit., pp. 155-160.

anche con riguardo alla fattispecie delittuosa entro la quale la misura si colloca<sup>73</sup>.

I problemi osservati dalla giurisprudenza possono essere esaminati con riguardo al tema della presunzione di innocenza dell'ente, ancora intesa quale regola di trattamento. Il sequestro preventivo colpisce infatti il patrimonio della persona giuridica sulla base di un nesso di causalità rispetto alla commissione del reato-presupposto: ma, stante il nesso con la confisca dell'art. 19, il problema risiederà nei limiti della prognosi di condanna dell'ente che ne viene colpito. Da tale punto di vista la giurisprudenza di legittimità ha individuato tre criteri generali per l'individuazione del profitto: la sua natura patrimoniale, quindi identificata e identificabile, che lo distingue dall'interesse, che rappresenta invece un criterio di imputazione; il carattere attuale e concreto (dal quale ad esempio deriva l'esclusione dei crediti)<sup>74</sup>; il nesso causale

---

<sup>73</sup> Per la distinzione tra 'reati contratto' e 'reati in contratto', alla quale sinteticamente si rinvia, si vd. in part. la massima di Cass. Sez. II, 20 dicembre 2011 (dep. 29 marzo 2012), nr. 11808, Angelucci: «Per determinare il «profitto del reato» nel sequestro preventivo funzionale alla confisca c.d. per equivalente, assume rilievo la distinzione fra il “reato contratto”, cioè il caso in cui vi è una vera e propria immedesimazione del reato con il negozio giuridico, ed il “reato in contratto”, che si ha allorché il comportamento penalmente rilevante non coincide con la stipulazione del contratto in sé, ma va ad incidere sostanzialmente sulla fase di formazione della volontà contrattuale o su quella di esecuzione del programma negoziale. Nel caso di “reato in contratto” il profitto tratto dall'agente non è interamente ricollegabile alla condotta penalmente sanzionata. Per cui, se il fatto penalmente rilevante ha inciso sulla fase di individuazione dell'aggiudicatario di un pubblico appalto, ma poi l'appaltatore ha regolarmente adempiuto alle prestazioni nascenti dal contratto (in sé lecito), il profitto del reato non equivale all'intero prezzo dell'appalto, ma solo al vantaggio economico conseguito per il fatto di essersi reso aggiudicatario della gara pubblica». Tale vantaggio corrisponde, quindi, all'utile netto dell'attività d'impresa, pubblicata con commento, e ulteriori riferimenti alla giurisprudenza di legittimità, di M. BONTEMPELLI, *L'accertamento del profitto nel sequestro preventivo, fra contratto di appalto e reati di corruzione e truffa*, on line su *Diritto penale contemporaneo*, 13 settembre 2012 (poi edito nel fascicolo 3-4/2012 dell'omonima Rivista, pp. 143-155). Si vd. inoltre in part. A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, *Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale; diritto processuale penale; diritto, storia e società*, cit., pp. 2100-2115; O. MAZZA, *Il caso Unicredit al vaglio della Cassazione: il patrimonio dell'ente non è confiscabile per equivalente in caso di reati tributari commessi dagli amministratori a vantaggio della società*, on line su *Diritto penale contemporaneo*, 25 gennaio 2013 (commento a Cass. Sez. III, 19 settembre 2012 [dep. 10 gennaio 2013], nr. 1256, P.M. in Proc. Unicredit S.p.A., con riguardo alla confisca per equivalente in caso di reati tributari). Per la nozione di 'profitto del contratto' si rinvia invece a Cass. SS.UU., nr. 26654/2008, Fisia Italimpianti S.p.A.; inoltre in part. Cass. Sez. II, 22 febbraio 2012 (dep. 31 maggio 2012), nr. 20976, Pravadelli, per la quale pure si rinvia al già citato contributo.

<sup>74</sup> Si vd. in part. Cass. Sez. V, 14 dicembre 2011 (dep. 26 gennaio 2012), nr. 3238, Valore S.p.A., in «Le Società», XXIX (2012), 1, p. 591, con nota di M.M. SCOLETTA.

ed eziologico, ossia il fatto che il profitto sia causalmente e direttamente legato al reato. La questione investe anche il calcolo del profitto e si colloca perciò nuovamente in ambito probatorio: tra le ipotesi talora contrapposte che si sono succedute sia in dottrina che in giurisprudenza, potrebbe trovare spazio anche un criterio di tipo empirico, basato su un giudizio controfattuale, che la dottrina ha posto in evidenza attraverso l'ipotesi avallata dalla giurisprudenza<sup>75</sup>.

Sotto questo profilo, si tratta di stabilire se il procedimento di accertamento del *quantum* sequestrabile non si traduca nella sostenibilità di una prognosi di condanna; e se quindi, correlativamente, il giudizio implicato al sequestro preventivo si fondi su un grado logico differente rispetto a quello della sentenza di condanna, che riguarderà anche la confisca. La possibile lesione alla presunzione di innocenza riguarda però anche un ulteriore aspetto, che attiene alla stessa fisionomia dell'istituto dell'art. 53: la norma ha infatti natura processuale, ma rinvia all'art. 19, che pone almeno due ordini di quesiti. Il primo, già osservato, è quello relativo alla prova del *quantum* sequestrabile; il secondo riguarda la previsione del secondo comma dell'art. 19, che riguarda l'ipotesi di confisca per equivalente e impone dunque di colpire beni diversi dal profitto economico, che sono però riconducibili al reato in forza di un nesso causale con quest'ultimo<sup>76</sup>. In questo senso il tema è quello della distinzione tra sequestro di beni della persona giuridica e sequestro di beni della persona fisica imputata del reato-presupposto: il destinatario del sequestro di cui all'art. 53 è

---

<sup>75</sup> Tale criterio è stato recentemente individuato dalla giurisprudenza di merito e poi riproposto dalle Sezioni semplici della Suprema Corte. Si vd., con ulteriori riferimenti, BONTEMPELLI, *L'accertamento del profitto nel sequestro preventivo*, cit., pp. 146-148.

I criteri alternativi possono essere così riassunti: un primo criterio che si riferisce al profitto netto (profitto del contratto sottratti i costi), per il quale vd. ad es. Cass. Sez. VI, 15 febbraio 2011 (dep. 3 maggio 2011), nr. 17604, Ciummo; un secondo criterio basato sul profitto lordo (ossia senza sottrarre i costi sostenuti), avallato dalla giurisprudenza precedente la sentenza Fisia Italimpianti; un ultimo criterio, proposto dalla sentenza Fisia Italimpianti, basato sulla cosiddetta utilità netta per il danneggiato. Si vd. inoltre tra altre, e con ulteriori rinvii, la già citata Cass. Sez. II, nr. 29512/2015, Sicilfert s.r.l. (fattispecie di cui all'art. 640 c.p.). Utili considerazioni si leggono nel già citato commento di PISTORELLI, in «Cassazione penale», XLVIII (2008), 12, pp. 4544-4576.

<sup>76</sup> Secondo la già citata Cass. SS.UU., nr. 10561/2014, Gubert (p. 11 del dattiloscritto) «il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente è legittimo solo quando il reperimento dei beni costituenti il profitto del reato sia impossibile, sia pure transitoriamente, ovvero quando gli stessi non siano aggredibili per qualsiasi ragione». Sul punto si vd. in part. VARRASO, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni "inespresse"*, cit., p. 2809. In giurisprudenza si segnala inoltre Cass. Sez. III, dep. 5 maggio 2009, nr. 30930, Pierro, in *Dejure*.

infatti la persona giuridica, ma parallelamente si potrà ben porre un parallelo problema relativo al sequestro di cui all'art. 321 c.p.p., operante nei confronti dell'imputato persona fisica. Su questo punto la recente giurisprudenza di legittimità ha analizzato il tema relativo alla sequestrabilità di beni altrui, fatto salvo il limite inderogabile costituito dall'art. 19 co. 1, ult. per., con riguardo al principio dell'affidamento dei terzi<sup>77</sup>.

Se però la misura per equivalente consente di 'inseguire' beni anche per il caso in cui essi siano stati reimpiegati, purché rappresentino il profitto diretto del reato, disporre la misura equivale ad accertare che vi siano stati atti di disposizione operati nell'interesse o a vantaggio della società<sup>78</sup>. La nozione di profitto diretto del reato e il relativo percorso di prova implicano quindi la prova del coinvolgimento della persona giuridica, ossia del criterio di collegamento dell'art. 5 per l'interesse o il vantaggio che l'ente ne avrebbe tratto.

Il problema si sposta pertanto sul versante dei criteri di imputazione: perché comunque, nel disporre la misura, sarà implicito un problema di prova del fatto che l'ente abbia tratto un'utilità economica. Si potrebbe pertanto affermare che il tema del sequestro per equivalente funzionale alla confisca richiami a sua volta quello dei criteri di imputazione e in particolare, del criterio di collegamento dell'art. 5: ruota cioè intorno al fatto che il reato sia stato commesso per interesse o vantaggio dell'ente. Andrà quindi rigettata l'ipotesi che siano indiscriminatamente sequestrabili beni della persona fisica o

---

<sup>77</sup> Si vd. ora anche V. MONGILLO, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, a cura di A. FIORELLA-R. BORGOGNO-A. SALVINA VALENZANO, Napoli, 2015, pp. 195-237.

<sup>78</sup> «La trasformazione che il denaro, profitto del reato, abbia subito in beni di altra natura, fungibili o infungibili, non è quindi di ostacolo al sequestro preventivo il quale ben può avere ad oggetto il bene di investimento così acquisito. Infatti il concetto di profitto o provento di reato legittimante la confisca e quindi nelle indagini preliminari, ai sensi dell'art. 321, comma 2, cod. proc. pen., il suddetto sequestro deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa. [...] In tutte le ipotesi sopra richiamate non si è in presenza di confisca per equivalente ma di confisca diretta del profitto di reato». Così la già citata Cass. SS.UU., nr. 10561/2014, Gubert, p. 10 del dattiloscritto (per la quale si rinvia al commento di MUCCIARELLI-PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile*, cit.); si vd. anche Cass. SS.UU., nr. 10280/2008, Miragliotta e, in dottrina, *La giustizia penale patrimoniale*, II, a cura di A. BARGI-A. CISTERNA, Torino, 2011, pp. 912-920.

dell'ente, sul presupposto che comunque essi siano coautori nel fatto di reato: non si potrà quindi applicare una sorta di principio solidaristico, perché si giungerebbe ad affermare che l'ente è autore dell'illecito penale, così contraddicendo apertamente il predicato della responsabilità amministrativa della persona giuridica<sup>79</sup>.

Nel disporre il sequestro preventivo, dovrà perciò essere incidentalmente accertata anche la sussistenza della responsabilità dell'ente, secondo il criterio logico proprio della fase cautelare: la forma del provvedimento è infatti quella del decreto motivato (cfr. art. 321 co. 1 e 3 c.p.p.) e in tal senso l'Autorità procedente è gravata di un onere probatorio specifico. Specularmente opererà anche la previsione del terzo comma dello stesso art. 321, a proposito della revoca «a richiesta del pubblico ministero o dell'interessato quando risultino mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dal comma 1»<sup>80</sup>: la richiesta di revoca dell'interessato (ossia dell'ente), nel caso in cui il Pubblico Ministero ritenga «che essa vada anche in parte respinta», dovrà essere trasmessa al giudice. Per tale evenienza il Pubblico Ministero dovrà presentare «richieste specifiche nonché gli elementi sui quali fonda la sua valutazione». Qui si aprirà necessariamente uno spazio di contraddittorio e di parziale *discovery* da parte del Pubblico Ministero: la richiesta di revoca dell'ente sarà a sua volta fondata sulla prova di elementi impeditivi della responsabilità. Se si accetta l'ipotesi sopra formulata, bisognerà quindi affermare che si configurano gli stessi problemi di prova che riguardano per la fase di merito i criteri degli artt. 5-7: con l'avvertenza che in fase cautelare l'organo d'accusa avrà un relativo onere di prova, che sarà però commisurato a un grado logico di alta probabilità e non già di certezza, come per l'accertamento di merito.

Il criterio di alta probabilità rinvia però a sua volta alla gravità indiziaria di cui all'art. 45: dal punto di vista logico-sistematico dovrà quindi ritenersi operante anche per il sequestro preventivo il *fumus boni iuris* di cui al citato

---

<sup>79</sup> In giurisprudenza per questa tesi si vd. ad es. Cass. Sez. II, 9 novembre 2006 (dep. 22 novembre 2006), nr. 38803, Quarta, in *Dejure*; più recentemente si vd. ancora Cass. Sez. III, 20 settembre 2013 (dep. 10 marzo 2014), nr. 11390, Ranieri, *on line* su *Archivio penale*. Ulteriori riferimenti in [S.M.] CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., pp. 332-333.

<sup>80</sup> Su questo bisogna tener presente che non opera il rinvio al primo comma; si vd. inoltre l'art. 85 disp. att. c.p.p.

art. 45<sup>81</sup>. In tal senso deve essere rigettata l'interpretazione, proposta da una parte della giurisprudenza, secondo la quale i presupposti del sequestro preventivo sarebbero integrati da una mera valutazione storica della sussistenza del fatto che a sua volta sarebbe costitutivo del reato-presupposto: stante l'insufficienza di simile ipotesi, e alla luce dell'operatività del criterio della gravità indiziaria, andrebbe viceversa richiesto l'accertamento di quest'ultimo requisito. Non sarà infatti sufficiente l'astratta configurabilità di un'ipotesi delittuosa, in assenza di qualsiasi valutazione in ordine alla sussistenza di indizi e alla gravità degli stessi<sup>82</sup>. La tesi che predica la necessità di un giudizio relativo alla gravità indiziaria e quindi alla probabilità di sussistenza della responsabilità dell'ente appare d'altronde come più garantistica, in quanto riporta peraltro all'attenzione la necessità di distinguere tra presupposti applicativi delle misure cautelari per la persona fisica e presupposti applicativi delle misure viceversa destinate alla persona giuridica: in difetto di tale distinzione, la posizione della persona giuridica

---

<sup>81</sup> Uno svolgimento peculiare in tal senso si aveva ad es. già in Cass. Sez. VI, nr. 32627/2006, La Fiorita, dove si legge che: «Ai fini del sequestro preventivo ex art. 53 d. lgs. n. 231/2001, i gravi indizi coincideranno con quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, anche indiretti, che sebbene non valgono di per sé a dimostrare oltre ogni dubbio l'attribuibilità dell'illecito all'ente con la certezza propria del giudizio di cognizione, tuttavia globalmente apprezzati nella loro consistenza e nella loro concatenazione logica, consentono di fondare, allo stato, una qualificata probabilità di colpevolezza. L'apprezzamento dei gravi indizi deve portare il giudice a ritenere l'esistenza di una ragionevole e consistente probabilità di responsabilità, in un procedimento che avvicina la prognosi sempre più ad un giudizio sulla colpevolezza, sebbene presuntivo in quanto condotto allo stato degli atti, ma riferito alla complessa fattispecie di illecito amministrativo attribuita all'ente indagato». Si vd. più recentemente Cass. Sez. VI, 31 maggio 2012 (dep. 10 settembre 2012), nr. 34505, Codelfa, *on line* su *Diritto penale contemporaneo*, 19 settembre 2012, con nota di G. CANESCHI; altresì pubblicata, con commento di F. CERQUA, *on line* su *Processo penale e giustizia* (2013, 1), p. 38. Si legge in sentenza che: «Presupposto per il sequestro preventivo di cui all'art. 53 d. lgs. 231/2001 è un *fumus delicti* "allargato", che finisce per coincidere sostanzialmente con il presupposto dei gravi indizi di responsabilità dell'ente, al pari di quanto accade per l'emanazione delle misure cautelari interdittive». Quanto alla valutazione dei gravi indizi di colpevolezza, si vd. anche Corte Cost., sent. 17-24 aprile 1996, nr. 131, Pres. Ferri, Red. Zagrebelsky: la valutazione dei gravi indizi cautelari corrisponde ad un «incisivo giudizio prognostico, tanto lontano da una sommaria delibazione e tanto prossimo ad un giudizio di colpevolezza, sia pure presuntivo, poiché condotto allo stato degli atti e non su prove ma su indizi».

<sup>82</sup> Cfr. Cass. Sez. VI, nr. 34505/2012, Codelfa, citata alla nota precedente. Si vd. anche la disamina proposta da CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., pp. 130-131 con particolare riferimento alla giurisprudenza costituzionale. Per la tesi contraria si vd. in giurisprudenza in part. Cass. Sez. IV, 18 novembre 2014, M.G.F. sas, in *Dejure*.

finirebbe per essere fittiziamente sovrapposta a quella della persona fisica in ottica meramente repressiva<sup>83</sup>.

Tale accertamento si estenderà inoltre al *periculum in mora*, in forza di quella funzione conservativa che è pure rappresentata dal sequestro preventivo a carico dell'ente: anche per il *periculum* la valutazione non potrà arrestarsi a una mera verifica astratta della configurabilità storica dell'illecito<sup>84</sup>. Tale esigenza emerge tanto più chiaramente ove si consideri – ancora con riguardo alle possibili interferenze con le misure a carico della persona fisica – che per il sequestro preventivo di matrice codicistica l'art. 321 (co. 2 e 2-bis) richiede a sua volta una valutazione in ordine alla sussistenza del pericolo concreto.

Alla luce di tali considerazioni, si potrebbe affermare su un piano più generale come anche per la fase cautelare si debba procedere all'accertamento della responsabilità (amministrativa) della persona giuridica come una fattispecie complessa, dove il reato-presupposto postula un accertamento della responsabilità (penale) della persona fisica che non si tradurrà automaticamente in giudizio di colpevolezza per l'ente. D'altro canto la presenza del criterio della gravità indiziaria così inteso accomuna cautele interdittive e cautele reali, cosicché all'interno del d. lgs. 231/2001 la materia cautelare dovrà essere considerata unitariamente, come ipotizza la più avvertita (ma per ora non ancora uniforme) giurisprudenza di legittimità<sup>85</sup>. Al contrario non si pongono problemi in tal senso per il sequestro conservativo di cui all'art. 54, che prospetta già esplicitamente sia il *fumus boni iuris* (la «fondata ragione di ritenere») che il *periculum in mora* («manchino o si disperdano le garanzie»). Soltanto l'accertamento anche in fase cautelare degli

---

<sup>83</sup> La tesi che si è definita in tal senso come più garantistica è stata sostenuta in giurisprudenza dalla già citata Cass. Sez. VI, nr. 34505/2012, Codelfa. In dottrina si afferma inoltre che a tale accertamento dovrebbe aggiungersi quello relativo alla prognosi di dispersione del patrimonio dell'ente: così si giungerebbe però ad affidare al sequestro dell'art. 53 anche funzioni proprie del sequestro conservativo (vd. PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 266).

<sup>84</sup> In dottrina si vd. in part. PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 172-174; CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., pp. 136-139. La recente giurisprudenza delle Sezioni Unite ha giudicato superfluo l'apprezzamento della sussistenza del *periculum in mora*, sulla base del carattere obbligatorio della confisca di cui all'art. 19 (il riferimento è alle già citate Cass. SS.UU., nr. 26654/2008, Fisia Italimpianti S.p.A. e nr. 11170/2015, Curatela Fallimento Uniland S.p.A. e a.). Il carattere conservativo del sequestro dell'art. 53 deriverebbe a sua volta dalla «possibile elusione del probabile provvedimento definitivo».

<sup>85</sup> Ancora Cass. Sez. VI, nr. 34505/2012, Codelfa.

elementi che compongono la fattispecie complessa di cui sopra permetterà l'applicazione del sequestro preventivo all'interno di un equo contemperamento delle esigenze cautelari e dei presupposti già richiamati: diversamente tale istituto, che per il suo carattere di anticipazione del vincolo reale assume di per sé una netta «connotazione soggettiva», finirebbe per tradursi in una sanzione anticipata, operata attraverso «una sorta di presunzione di addebitabilità del reato, in aperto conflitto non solo con la fondamentale regola di trattamento di cui all'art. 27 co. 2 Cost., ma anche con la statuizione di cui all'art. 24 co. 2 Cost., privandosi l'imputato del diritto di interloquire sul merito della fattispecie contestatagli, ridotta ad una mera [...] enunciazione dell'ipotesi di reato da parte del pubblico ministero»<sup>86</sup>.

Il sequestro dell'art. 53, prefigurando la probabile responsabilità dell'ente, mira a elidere il rapporto di quest'ultimo con la *res*, che è appunto sulla scorta dell'art. 19 il prezzo o il profitto del reato: si tratta quindi di un marcato intervento sulle libertà del destinatario della misura, per il quale appare legittima – si osserva ancora in dottrina – una «adeguata perequazione delle garanzie»<sup>87</sup>. Proprio in tale contesto va collocata l'ipotesi pocanzi formulata circa l'estensione dell'accertamento relativo al *fumus boni iuris* (ossia, in altri termini, la gravità indiziaria di cui all'art. 45) anche al sequestro preventivo dell'art. 53. Tale ipotesi potrà essere confortata anche da analoghe conclusioni formulate dalla giurisprudenza di legittimità, la quale – nel rilevare la «natura polimorfa del sequestro preventivo» – ha sottolineato come a differenza dell'omologo istituto codicistico «la valutazione cautelare del giudice non attiene più alla pericolosità della cosa oggetto di confisca, ma è subordinata all'accertamento della responsabilità dell'ente» e pertanto «la verifica del giudice non può che riguardare gli indizi a suo carico»<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Così CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 132, da cui anche la citazione precedente.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> Così nella già citata Cass. Sez. VI, nr. 34505/2012, Codelfa; pronunce di segno opposto, nella giurisprudenza di legittimità, sono menzionate anche da CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 135. Recentemente si segnala anche la massima di Cass. Sez. III, 23 novembre 2015, n. 46162 (*on line* su *Processo penale e giustizia*): «In tema di sequestro preventivo, l'accertamento della sussistenza del *fumus commissi delicti* va compiuto sotto il profilo degli elementi rappresentati, che non possono essere censurati sul piano fattuale, ma che vanno valutati così come esposti, al fine di verificare se essi consentono – in una prospettiva di ragionevole probabilità – di sussumere l'ipotesi formulata in quella tipica. Il tribunale del riesame non deve pertanto instaurare un processo nel processo, ma svolgere l'indispensabile

Da tale punto di vista la differente tecnica normativa che il legislatore del d. lgs. 231/2001 utilizza per le cautele interdittive e per quelle reali non precluderà – come già osservato – all'impossibilità di equipararne i presupposti: la reticenza dell'art. 53 dovrà anzi essere controbilanciata in virtù di un'interpretazione sistematica della materia, anche con riferimento all'assetto complessivo delle garanzie della persona giuridica<sup>89</sup>. D'altra parte la verifica dei «gravi indizi» di sussistenza della responsabilità dell'ente, necessaria nel perimetro dell'art. 53, segna anche la distinzione rispetto all'ipotesi di confisca di cui al quinto comma dell'art. 6, per la quale non sarà viceversa configurabile il sequestro preventivo: tale istituto prescinde dall'accertamento indiziario della responsabilità<sup>90</sup>.

Il codice di procedura penale del 1930 identificava la condizione generale di applicabilità delle misure cautelari nella presenza di «sufficienti indizi di colpevolezza» (art. 252 c.p.p. 1930): dal punto di vista storico, ciò rifletteva la tendenziale estromissione della presunzione di innocenza dal processo penale, alla quale già si è fatto riferimento<sup>91</sup>. Nel codice del 1988 i «gravi indizi di colpevolezza» di cui al primo comma dell'art. 273 c.p.p. segnano una diversa concezione del rapporto tra libertà e autorità, in un'ottica di promozione del principio di cui al secondo comma dell'art. 27 Cost.<sup>92</sup>. Quanto al d. lgs.

---

ruolo di garanzia, tenendo nel debito conto le contestazioni difensive sull'esistenza della fattispecie dedotta ed esaminando sotto ogni aspetto l'integralità dei presupposti che legittimano il sequestro. Il controllo deve essere svolto attraverso la valutazione dell'antigiuridicità penale del fatto come contestato, tenendo conto, nell'accertamento del *fumus commissi delicti*, degli elementi dedotti dall'accusa risultanti dagli atti processuali e delle relative contestazioni difensive. L'unica differenza che corre tra il giudice cautelare e giudice del merito è che il primo non ha poteri di istruzione e di valutazione probatoria, che sono incompatibili con la natura cautelare del giudizio. Nella valutazione del *fumus commissi delicti*, il giudice del riesame non può avere riguardo alla sola astratta configurabilità del reato, ma deve tenere conto, in modo puntuale e coerente, delle concrete risultanze processuali e dell'effettiva situazione emergente dagli elementi forniti dalle parti».

<sup>89</sup> Lo stesso discorso – al quale qui soltanto si accenna – vale per il requisito del *periculum in mora*, sulla cui applicazione al sequestro preventivo è intercorso un dibattito nella giurisprudenza delle Sezioni Unite. Si allude alle già citate Cass. SS.UU., nr. 26654/2008, Fisia Italimpianti S.p.A. e nr. 11170/2015, Curatela Fallimento Uniland S.p.A. e a.

<sup>90</sup> Su questo punto si esprime la già citata Cass. SS.UU., nr. 26654/2008, Fisia Italimpianti S.p.A., che sottolinea la diversa *ratio* dell'art. 6 co. 5. Si vd. *supra* anche la nota 78.

<sup>91</sup> Si vd. cap. I 2. Per i profili storici in part. relativi alle cautele interdittive nel codice del 1930 si vd. l'ampia ricostruzione di PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, cit., pp. 5-26; ma vd. anche CERQUA, *Cautele interdittive e rito penale*, cit., pp. 47-49.

<sup>92</sup> La formula possiede infatti «un significato restrittivo dei poteri di valutazione giudiziale, imponendo nella motivazione di valorizzare non solo l'esistenza ma altresì la consistenza degli elementi di colpevolezza a carico, così da ridurre l'area delle situazioni indizianti che

231/2001, operando il criterio della gravità indiziaria anche per il sequestro preventivo dovrà inferirsene un ulteriore onere di motivazione, dal momento che il secondo comma dello stesso art. 45 rende a sua volta – come già osservato – operativa la disciplina dell’art. 292 in tema di motivazione dei provvedimenti cautelari. Se ne trae la conferma complessiva della possibilità di esperire un vaglio di effettività della presunzione di innocenza, che la materia cautelare consente appunto di operare all’interno del d. lgs. 231/2001: da tale punto di vista il contributo interpretativo della giurisprudenza permette di saggiare i limiti della disciplina testualmente proposta dal decreto e, insieme, la necessità di integrarne il dettato positivo alla luce della sede prescelta per l’accertamento della responsabilità amministrativa degli enti, ossia il processo penale, anche per quanto riguarda le possibili e già segnalate interferenze con le misure disposte a carico della persona fisica, anche in punto di motivazione dei relativi provvedimenti, che non potrà esaurirsi in un mero rinvio *per relationem*. In tal senso anche il principio di autonomia dell’art. 8 pone particolari problemi di compatibilità con la presunzione di innocenza dell’ente.

A sua volta la clausola generale dell’art. 34 del decreto, che formalmente si estende anche alla materia cautelare, illumina sul piano generale tale prospettiva: essendo il processo penale la sede d’elezione per l’accertamento della responsabilità degli enti e operando i già citati rinvii alla disciplina codicistica, occorrerà anche ricordare come l’art. 272 c.p.p. ponga esplicitamente un principio di legalità, il quale eleva allo stesso livello di tutela rafforzata le libertà, diverse da quella personale, che partecipano delle garanzie costituzionali e si estende perciò anche alle misure cautelari interdittive<sup>93</sup>. Ciò conduce anche ad apprezzare, su più ampio orizzonte, il tema dell’effettività della partecipazione dell’ente al processo stesso: a sua volta la ridefinizione delle garanzie costituzionali, tra le quali rientrano anche la presunzione di innocenza e il diritto di difesa, lascia emergere il significato politico che più volte si è detto essere connaturato al principio di cui all’art. 27 co. 2 Cost., anche dal punto di vista dell’evoluzione storico-giuridica. In tal senso la presunzione di innocenza trova nel d. lgs. 231/2001, per effetto delle finalità specifiche connesse all’allestimento di un inedito modello di responsabilità degli

---

legittimano l’applicazione di misure cautelari» ([P.] CORSO, *Le misure cautelari*, in DOMINIONI-CORSO *et alii*, *Procedura penale*, cit., pp. 343-398: 344).

<sup>93</sup> Ivi, in part. pp. 344-345; si vd. anche TONINI, *Manuale di procedura penale* [2015<sup>16</sup>], cit., in part. pp. 426-427.

enti e anzi attraverso le rinnovate questioni interpretative che esso pone in luce<sup>94</sup>, ulteriori modulazioni di significato.

---

<sup>94</sup> Taluna dottrina (DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., pp. 70-71, da cui le citazioni), facendo leva sul rapporto tra la presunzione di innocenza e «la tutela dell'inviolabilità della libertà personale delle persone fisiche» che opera per le misure cautelari sulla base dell'art. 13 Cost., sostiene però che «quando il soggetto sottoposto a procedimento non sia una persona fisica, ma un soggetto collettivo, risulti compatibile con la Costituzione la previsione di forme di esecuzione anticipata della pena prima della sentenza di condanna – che è proprio quanto avviene nel sistema cautelare di applicazione delle misure interdittive nei confronti degli enti delineato dal d. lgs. n. 231/2001, nel quale le specifiche misure non presentano un distinto *nomen iuris* ed una diversa funzione rispetto alle sanzioni, ma consistono proprio nell'applicazione in via cautelare delle sanzioni interdittive medesime». Secondo l'Autrice per gli enti l'estensione del principio di cui all'art. 27 co. 2 Cost. opererebbe quindi solo come regola di giudizio e non come regola di trattamento. Per l'ipotesi contraria si vd. tra altri A. PRESUTTI, *Le cautele interdittive nel processo de societate al vaglio della sperimentazione applicativa*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, I, cit., pp. 722-746, ivi citato.



## BIBLIOGRAFIA

### MONOGRAFIE

- R. ADAM-A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2014; A. ALESSANDRI, *Reati di impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984; A. ALESSANDRI-H. BELLUTA *et alii*, *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002; G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967; E. AMODIO, *Le cautele patrimoniali nel processo penale*, Milano, 1971; E. AMODIO (a cura di), *I giudici senza toga*, Milano, 1979; E. AMODIO, *Processo penale diritto europeo e Common Law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003; E. AMODIO-N. GALANTINI (a cura di), *Giudice unico e garanzie difensive*, Milano, 2000; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Padova, 2007, 2 voll.; A. AQUARONE, *Due costituenti settecentesche. Note sulla Convenzione di Filadelfia e sull'Assemblea Nazionale francese*, Pisa, 1959; A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960; A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969; G. ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli, 1984, 2 voll.; P. AUDEGEAN, *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, traduzione di B. CARNEVALI, Roma, 2014;
- P. BALDUCCI, *L'ente imputato. Profili di efficienza e di garanzia nel processo de societate*, Torino, 2013; A. BALSAMO-R. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il "Caso Dorigo" e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino, 2008; A. BARGI-A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia penale patrimoniale*, Torino, 2011, 2 voll.; A. BASSI-T.E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006; G. BELLAVISTA, *Studi sul processo penale*, Milano, 1960, 2 voll.; A. BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate*, Milano, 2006; M. BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009;
- G. CANZIO-L.D. CERQUA-L. LUPARIA, *Diritto penale delle società*, Padova, 2014; U. CAO, *Dottrina penale fascista*, Conferenza promossa dal Centro di cultura e propaganda corporativa (Università di Cagliari, Aula Magna, 1 luglio 1931), Cagliari, 1931; G.

CARMIGNANI, *Elementi del diritto criminale. Prima versione italiana*, I, Malta, 1848; F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Torino, 1874; F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1881; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, I, Bologna, 1893; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1979 (vol. I) e 2005 (vol. II); M. CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società" nel d.lg. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2002; M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2015; F. CERQUA, *Cautele interdittive e rito penale. Uno studio sulle alternative ai modelli coercitivi personali*, Rimini, 2015; L.D. CERQUA-L. LUPARIA, *Diritto penale delle società*, Padova, 2014; F. COLAO-L. LACCHÉ-C. STORTI (a cura di), *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, Bologna, 2008; G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014<sup>7</sup>; F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959; F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006<sup>8</sup>;

M. DA PASSANO, *Emendare o intimidire? La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia durante la Rivoluzione e l'Impero*, Torino, 2000; G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002; E. DEZZA, *Il Codice di Procedura Penale del Regno Italico (1807). Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Padova, 1983; E. DEZZA (a cura di), *Le fonti del Codice di Procedura Penale del Regno Italico (1807)*, Milano, 1985; E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai Codici moderni*, Milano, 1989, 2 voll.; M.L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Napoli, 2012; A. DIDDI-R.M. GERACI (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015; O. DOMINIONI, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985; O. DOMINIONI-P. CORSO et alii, *Procedura penale*, Torino, 2012;

A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*, Paris, 1882 [ed. anastatica Paris, 1978];

L. FANTINI-A. GIULIANI, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Le norme, l'interpretazione e la prassi*, Milano, 2010; E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, 1900<sup>4</sup>; E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, 1881; P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2007<sup>2</sup>; A. FIORELLA-R. BORGOGNO-A. SALVINA VALENZANO (a cura di), *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, Napoli, 2015; G. FOSCHINI, *La pregiudizialità nel processo penale*, Milano, 1942;

G.M. GAREGNANI, *Etica d'impresa e responsabilità da reato. Dall'esperienza statunitense ai "modelli organizzativi di gestione e controllo"*, Milano, 2008; R. GAROFALO, *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sulla teoria della repressione*, Torino, 1892; R. GAROFALO-L. CARELLI, *Riforma della procedura penale in Italia. Progetto di un nuovo codice*, Torino, 1889; J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, 1968<sup>2</sup>; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014; V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972; V. GREVI, *Libertà dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976; V.

GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto»: itinerari e prospettive*, Milano, 2000;

P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007;

F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle ou theorie du code de l'instruction criminelle*, Bruxelles, 1845-1863, 5 voll.; P. HEYDON, *Cases and Materials on Evidence*, London, 1975;

G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979;

R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, con la collaborazione di A. BALSAMO-M. BARGIS et alii, Torino, 2015;

L. LACCHÉ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano, 1990; G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005; G. LEFEBVRE, *L'Ottantanove*, traduzione a cura di A. GALANTE GARRONE, Torino, 1970<sup>2</sup> [1949<sup>1</sup>]; L. LEIGH, *The Corporate Liability of Corporations in English Law*, London, 1969; G. LEONE, *Istituzioni di diritto processuale penale*, II, *Svolgimento del processo-Esecuzione*, Napoli, 1965; R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005; L. LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino, 1886; L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1899<sup>2</sup>;

V. MANZINI, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912; V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, con prefazione di A. ROCCO, Torino, 1931-1932, 4 voll.; G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012<sup>4</sup> e succ.; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, a cura di G. SILVESTRI, Milano, 2011 [ed. or. 1981]; R. MARTUCCI, *La Costituente ed il problema penale in Francia (1789-1791)*, I, *Alle origini del processo accusatorio: i decreti Beaumetz*, Milano, 1984; R. MARTUCCI, *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna, 2001; J. MICHELET, *Histoire de la Révolution Française. Tome premier*, Paris, 1847; M.N. MILETTI, *Un processo per la Terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*, I, *L'attesa*, Milano, 2003; F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento*, Torino, 2015; P. MOSCARINI, *Le cautele interdittive nel procedimento penale "de societate"*, Roma, 2010;

M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974;

A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007; A. PADOA SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003; G. PANIZZA (a cura di), *Da Beccaria a Manzoni. La riflessione sulla giustizia a Milano: un laboratorio europeo*, Milano, 2014; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo: addebiti amministrativi da reato. Dal d. lgs. n. 231 del 2001 alla L. n. 146 del 2006*, Torino, 2006; P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009; F. PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Milano, 1992; G. PIPERATA-A. SANDULLI (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni*, Napoli, 2012; G.D. PISAPIA, *Il segreto istruttorio nel processo penale*, Milano, 1960; A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013; F. PUGLIA, *L'evoluzione storica e scientifica del diritto e della procedura penale*, Messina, 1882; S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, Roma, 1935;

P. RONDINI, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, Milano, 2012;

A. SAITTA, *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Milano, 1975; P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940; F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011<sup>4</sup>; D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003<sup>3</sup>;

P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2015<sup>16</sup>; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; A. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2013;

G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012; D. VIGONI (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, Torino, 2014; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002<sup>2</sup>; S. VINCIGUERRA-M. CERESA-GASTALDO-A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D. Lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004

F. ZANNI, *Sul progetto del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1930

#### SAGGI IN RIVISTA

A. AGNESE, *Sulla natura della responsabilità da reato degli enti. Osservazioni a Sez. VI, 18 febbraio 2010 (dep. 16 luglio 2010), n. 27735, Scarafia*, in «Cassazione penale», LI (2011), 5, pp. 1879-1887; P. ALDROVANDI, *I modelli di organizzazione e gestione nel d. lgs. 8 giugno 2001, nr. 231: aspetti problematici dell'“ingerenza penalistica” nel “governo” delle società*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», XIX (2007), 2, p. 451; G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», L (2007), 4, pp. 941-960; G. AMATO, *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, in «Cassazione penale», XLVII (2007), 1; E. AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», IX (1967), 3, pp. 864-887; E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in «Cassazione penale», XLV (2005), 3, pp. 320-334; E. AMODIO, *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LI (2008), 4, pp. 1496-1506;

F. BASILE, *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull'art. 586 c.p.*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LIV (2011), 3, pp. 911-968; L. BERTONAZZI, *Osservazioni sulla compatibilità tra l'istituto del pagamento in misura ridotta contemplato dall'art. 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689 e la funzione sanzionatoria dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas di cui all'art. 2, comma 20, lett. c) della legge 14 novembre 1995, n. 481*, in «Diritto processuale amministrativo», XIX (2001), IV, pp. 255-281; L. BERTONAZZI, *Il d. lgs. n. 231 del 2001 e il nuovo modello sanzionatorio dei soggetti collettivi*, in «Diritto processuale amministrativo», XIX (2001), IV, pp. 1165-1226; M. BONTEMPELLI, *L'accertamento*

del profitto nel sequestro preventivo, fra contratto di appalto e reati di corruzione e truffa, on line su *Diritto penale contemporaneo*, 13 settembre 2012 (poi edito nel fascicolo 3-4/2012 dell'omonima Rivista, pp. 143-155); M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, in «Archivio penale», 2015, 3; P. BORRELLI, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, on line su *Diritto penale contemporaneo*; F. BRICOLA, *Il costo del principio Societas delinquere non potest*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XIII (1970), 3, pp. 951-1006; V. BUONOCORE, *La responsabilità da inadeguatezza organizzativa e l'art. 6 del d. lgs. n. 231 del 2001*, in «Giurisprudenza commerciale», 36 (2009), 1, p. 177-186;

E.M. CATALANO, *Il concetto di ragionevolezza tra lessico e cultura del processo penale*, in «Diritto penale e processo», XVII (2011), 1, pp. 85-99; G. CANZIO, *L'“oltre ogni ragionevole dubbio” come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XLVII (2004), 3, pp. 303-312; M. CHIAVARIO, *Assoluzione con formula dubitativa e presunzione di non colpevolezza al vaglio della Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 25 (1972), p. 1326; M. CHIAVARIO, *La presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Giurisprudenza italiana», 152 (2000), 1, p. 1089; G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XLVII [2004], 1, pp. 90-109; P. CORSO, *Le misure cautelari interdittive applicabili agli enti responsabili di illeciti amministrativi*, in «Corriere tributario», XXIX (2007), 1, pp. 44-45;

M.A. DE DOMINICIS, *Brev. Pauli Sententiarum IV, 12, par. 5 e l'origine romano-cristiana del principio “in dubio pro reo”*, in «Archivio penale», I (1962), pp. 411-417;

P. FERRUA, *Procedimento di accertamento e applicazione delle sanzioni. La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni*, in «Diritto penale e processo», VI (2001), 3, p. 1482; A. FIORELLA-N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità “aggregata” del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, Relazione presentata al Congresso *Economia e diritto penale in Europa* (Università degli Studi di Milano, 29-30 maggio 2014), in «Diritto penale contemporaneo», 2014, 3-4, pp. 105-120; S. DE FLAMMINEIS, *La mappatura del rischio da reato nel commissariamento e nell'amministrazione giudiziaria tra attualità e prospettive*, on line su *Diritto penale contemporaneo*, 23 giugno 2015;

R. GAROFALO, *La detenzione preventiva*, in «La Scuola positiva», II (1892), p. 199; V. GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in «Diritti dell'uomo. Rivista di filosofia giuridica e morale», I (1999), pp. 35-36; R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa nel d. lgs. n. 231/2001 e nel d. lgs. n. 90/2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, on line su *Diritto penale contemporaneo*, 30 settembre 2015 (il contributo riproduce il testo della relazione presentata al Convegno organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura *Le ragioni dell'impresa e le ragioni dell'amministrazione della giustizia*, Roma, 24 settembre 2015); A. GHIARA, *Presunzione di innocenza, presunzione di “non colpevolezza” e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte costituzionale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XVII (1974), 1, pp. 72-79;

G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LVIII [2015], 3, pp. 1131-1162;

E.N. LA ROCCA, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali (Ddl 1232b)*, on line in «Archivio Penale», 2015, 2;

V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in «Cassazione penale», LV (2015), 6, pp. 2204-2212; G. MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXXIX (1996), 2-3, pp. 424-467; G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», L (2007), 2-3, pp. 445-469; O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione di innocenza)*, Relazione svolta al Convegno *Pericolosità e giustizia penale*, Associazione Franco Bricola (Udine, 25-26 marzo 2011), già pubblicata on line su *Diritto penale contemporaneo*, 20 aprile 2012; O. MAZZA, *Il caso Unicredit al vaglio della Cassazione: il patrimonio dell'ente non è confiscabile per equivalente in caso di reati tributari commessi dagli amministratori a vantaggio della società*, on line su *Diritto penale contemporaneo*, 25 gennaio 2013 (commento a Cass. Sez. III, 19 settembre 2012 [dep. 10 gennaio 2013], nr. 1256, P.M. in Proc. Unicredit S.p.A.); O. MAZZA, *Una deludente proposta in tema di presunzione d'innocenza*, on line in «Archivio penale», 2014, 3, pp. 1-8; M.N. MILETTI, *Ombre d'inquisizione. L'intervento della difesa nell'istruttoria penale italiana (1865-1913)*, in *Principio di legalità e diritto penale (Per Mario Sbriccoli)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVI (2007), pp. 901-955; P. MOSCARINI, *Le cautele interdittive penali contro gli enti*, in «Rivista di diritto processuale», LVII (2003), 4, pp. 1106-1129; F. MUCCIARELLI-C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, on line su *Diritto penale contemporaneo*, 20 aprile 2015; F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurocomunitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, on line in *Diritto penale contemporaneo*, 17 settembre 2015 (e in corso di pubblicazione, col titolo *Il doppio binario sanzionatorio nel settore del market abuse*, anche negli Atti del Convegno *Il ne bis in idem fra diritto penale e processo*, Università degli Studi di Milano-Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria", Milano, 15 maggio 2015);

C.E. PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" ad una svolta radicale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXVIII (1985), 3, pp. 894-928; C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa d'organizzazione*, in «La responsabilità amministrativa delle società e degli enti», I (2006), 1, pp. 167-190; C. PIERGALLINI, *La regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" al banco di prova di un ordinamento di Civil Law*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», L (2007), 2-3, pp. 593-647; M. PISANI, *Sulla presunzione di non colpevolezza*, in «Il Foro italiano», 88 (1965), pp. 1-6; M. PISANI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e riforma del processo penale*, in «Il Foro italiano», 91 (1966), V, p. 33; M. PISANI, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in «L'Indice penale», 1970, p. 189; M. PISANI, *La pena di morte in Italia [1926-1948]*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LVII [2015], 1, pp. 1-28; G.D. PISAPIA, *Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nel processo penale*, in

«Rivista di diritto processuale», VII (1965); D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXXI (1988), 3, pp. 686-692; D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso ILVA*, in «Diritto penale contemporaneo», 1/2013, pp. 44-54 (già pubblicato *on line* su *Diritto penale contemporaneo*, 22 febbraio 2013);

M. ROMANO, *Societas delinquere non potest (Nel ricordo di Franco Bricola)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXXVIII (1995), 4, p. 1031-1046;

M. SCOLETTA, *In tema di responsabilità dell'ente e profitto confiscabile* [nota a Corte App. Milano, Sez. II, 25 gennaio 2012, Pres. Lapertosa, Rel. Maiga, Banca Italease S.p.A.], *on line* su *Diritto penale contemporaneo*, 11 aprile 2012; G. SPANGHER, *Brevi riflessioni sulle misure cautelari dopo la L. n. 47 del 2015*, *on line* su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6 luglio 2015; L. STORTONI-D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? quali soggetti?*, in «L'Indice penale» [N.S.], IX (2006), 1, pp. 7-27;

G. TESSITORE, *Presunzione di innocenza e presunzione di non colpevolezza: due formule equivalenti*, in «Il Tommaso Natale», I (1977), p. 458; A. TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d. lgs. 231 del 2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in «Le Società», VIII (2001), 11, p. 1305;

G. VARRASO, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni "inespresse" delle Sezioni Unite in tema di sequestro a fini di confisca e reati tributari*, in «Cassazione penale», LIV (2014), 9, p. 2809; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (A margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, Relazione presentata in occasione dell'Incontro di studio *Il principio del ne bis in idem tra giurisprudenza europea e diritto interno (sentenza Corte Edu del 4 marzo 2014, Grande Stevens c/Italia)*, Roma, 23 giugno 2014, ora anche in «Diritto penale contemporaneo», 2014, 3-4, pp. 219-238; T. VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LII (2009), 2, pp. 695-729

#### SAGGI IN VOLUME E IN ATTI DI CONVEGNI

A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, a cura di E. DOLCINI-C.E. PALIERO, Milano, 2006, pp. 2100-2115;

A.A. BUIZA, *An Extensive but not very stringent Presumption of Innocence (Art. 6.2. ECHR)*, in J.C. ROCA-P. SANTOLAYA, *Europe of Rights: a Compendium on the European Convention of Human Rights*, Leiden, 2012, pp. 251-265;

E.M. CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, in *La prova penale*, trattato diretto da A. GAITO, I, *Il sistema della prova*, Torino, 2008, pp. 225-263; A. CAVANNA, *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese nella Milano napoleonica. Giuseppe Luosi e il diritto penale*, in *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano, 1996, pp. 659-760, ora nei suoi *Scritti (1968-2002)*, II, Napoli, 2007, pp. 833-927; P. CORSO, *La partecipazione dell'ente al procedimento*

penale ex d. lgs. 231/2001, in *Studi in onore di Mario Pisani*, I, *Diritto processuale penale*, a cura di P. CORSO-F. PERONI, Piacenza, 2010, pp. 243-264;

E. DEZZA, *L'avvocato nella storia del processo penale*, in *Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura*, a cura di G. ALPA-R. DANOVÌ, Bologna, 2003, pp. 111-134; E. DEZZA, *Il nemico della verità. Divieto di difesa tecnica e giudice factotum nella codificazione penale asburgica (1768-1873)*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, Atti del Convegno (Foggia, 5-6 maggio 2005), a cura di M.N. MILETTI, Milano, 2006, pp. 13-77; M.L. DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare, in Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. LATTANZI, Milano, 2005, pp. 591-648;

P. FERRUA, *La prova nel processo penale: profili generali*, in *La prova penale*, a cura di P. FERRUA-E. MARZADURI-G. SPANGHER, Torino, 2013, pp. 1-56;

G. ILLUMINATI, *Le fragili garanzie della libertà personale: per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo penale (Trento, 11-13 ottobre 2013), Milano, 2014, pp. 327-344;

G. LATTANZI, *Intervento*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Atti del Convegno (Università di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza e Dipartimento di diritto comparato e penale, 15-16 marzo 2002), a cura di F. PALAZZO, Padova, 2003;

C. MARCHETTI, *Il potere decisionale gestorio nella s.p.a.*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004, pp. 469-490; L. MASERA, *Delitti contro la vita*, in *Reati contro la persona*, a cura di F. VIGANÒ, Estratto dal VII volume del *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO-C.E. PALIERO, *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di F. VIGANÒ-C. PIERGALLINI, Torino, 2015<sup>2</sup>, pp. 1-96; M.N. MILETTI, *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica*, a cura di L. GARLATI, Milano, 2010, pp. 58-107; P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, I, diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, Torino, 2007, pp. 107-149; F. MORELLI, *L'allentamento delle presunzioni legali e giurisprudenziali*, in D. CHINNICI-E.N. LA ROCCA *et alii*, *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario» (legge 16 aprile 2015, n. 47)*, Roma, 2015, pp. 15-38;

A. PADOA SCHIOPPA, *La coscienza del giudice* (originariamente pubblicato in francese: *Sur la conscience du juge dans le ius commune européen*, in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, a cura di J.-M. CARBASSE-L. DEPAMBOUR-TARRIDE, Paris 1999, pp. 95-129), in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, III, Napoli, 2002, pp. 121-162, poi raccolto nel suo vol. *Italia ed Europa nella storia del diritto*, cit., pp. 251-292; C.E. PALIERO, *Dalla vicarious liability alla colpevolezza d'impresa: tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, III, a cura di P. CORSO-E. ZANETTI, Piacenza, 2010, pp. 443-444; M. PISANI, *L'assoluzione per insufficienza di prove: prospettive storico-sistematiche*, in *La frode in assicurazione-L'assoluzione per insufficienza di prove*, Atti del Convegno di Studi giuridici, a cura della Camera Penale, (Trieste, 22-25 aprile 1967), Milano, 1967, pp. 244-262; A. PRESUTTI, *Gli incerti confini delle esigenze*

*cautelari: la cautela come forma di anticipazione della pena*, in *Le fragili garanzie della libertà personale*, cit., pp. 43-63; A. PRESUTTI, *Le cautele interdittive nel processo de societate al vaglio della sperimentazione applicativa*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, I, cit., pp. 722-746; D. PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti nell’ordinamento italiano*, in *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Atti del Convegno (Roma, 30 novembre-1° dicembre 2001), in «Cassazione penale» [Supplemento], XLIII (2003), 6, p. 18;

G. RANALDI, *L’accertamento della responsabilità delle persone giuridiche*, in *La prova penale*, I, cit., pp. 570-574;

A. TRAVI, *Gli artt. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, in *Tutela dei diritti e sistema “ordinamentale”*, Atti del Convegno (Capri, 31 marzo-2 aprile 2011), Napoli, 2012, pp. 165-172;

G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, V, Padova, 1958, pp. 355-370; F. VENTURI, *La Milano del “Caffè”*, nel suo *Settecento riformatore*, IV, *Da Muratori a Beccaria*, Torino, 1969, pp. 645-747

#### VOCI E CONTRIBUTI

A. ALESSANDRI, *Il I° comma dell’art. 27*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 27-28*, , fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1991, pp. 1-161;

G. BELLAVISTA, voce *Libertà provvisoria*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974; A. BERENINI, *Difesa (Procedura penale)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, IV, a cura di M. D’AMELIO, con la collaborazione di A. AZARA, Torino, 1938, p. 825; A. BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa degli enti (Profili sostanziali e processuali)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, *Annali*, Milano, 2008, pp. 957-1015;

M. CHIAVARIO, voce *Favor libertatis*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968, p. 5; M. CHIAVARIO, *Art. 6. Diritto a un processo equo*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario della Convenzione per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2001;

G. DE LUCA, voce *Custodia preventiva (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, *ad vocem*; U. DE SIERVO, *Art. 22*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 22-23*, Bologna-Roma, 1978, pp. 1-20; O. DOMINIONI, voce *Imputato*, in *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, 1970, *ad vocem*; O. DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 27-28*, cit., pp. 162-221;

R. GAMBINI MUSSO, voce *Habeas Corpus*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VI, Torino, 1992, pp. 58-63;

G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma, 1988, pp. 1-5; G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, Padova, 2014<sup>7</sup>;

G. MARINI, voce *Colpevolezza*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino, 1988, pp. 314-323; M.N. MILETTI, *La giustizia penale*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero, Ottava appendice. Diritto*, Roma, 2012, pp. 467-474;

P. PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VIII, Torino, 1995, pp. 670-694; M. PISANI, voce *Giurisdizione penale*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, p. 387; D. PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, *Aggiornamento*, Milano, 2002, p. 430

#### EDIZIONI, COMMENTI E RACCOLTE DI TESTI LEGISLATIVI

*Code d'Instruction criminelle. Édition conforme à l'édition originale du Bulletin des lois*, Paris, 1812; *Codice di procedura penale del regno d'Italia*, Torino, 1866; *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Roma, 1971, 6 voll.; *La legislazione penale italiana illustrata con la giurisprudenza e la dottrina del decennio 1886-95 e anni seguenti, Parte II, Codice di procedura penale*, Torino, 1897; *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, VIII, *Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del guardasigilli*, Roma, 1929; *I lavori preparatori dei codici italiani. Una bibliografia*, Roma, 2013 (a cura della Biblioteca Centrale Giuridica, disponibili anche *on line* sul sito del Ministero della Giustizia, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)); *Réimpression de l'ancien Moniteur*, Paris, 1859; S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario della Convenzione per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2001; A. CADOPPI-G. GARUTI-P. VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2010; G. CONSO-G. ILLUMINATI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Milano, 2015<sup>2</sup>; P. CORSO, *Codice di procedura penale e processo penale minorile commentati con la giurisprudenza*, Piacenza, 2015; S.M. CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti annotato con la giurisprudenza. Terza edizione*, Torino, 2015; M. DE SALVIA-V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, III (1999-2006), coordinato da M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, Milano, 2007, 3 voll.; V. FALZONE-F. PALERMO-F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana*, illustrata con i lavori preparatori e corredata da note e riferimenti, prefazione di V.E. ORLANDO, Milano, 1976<sup>3</sup>; A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2007, 3 voll.; J. GODECHOT (présentée par), *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris, 1970; A. LEVI-P. CALAMANDREI (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, 2 voll.; G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Bruxelles 1827, nella trad. it. *La legislazione civile, commerciale e criminale ossia commentario e compimento dei codici francesi opera del Barone Locré*, voltata in italiano per cura di G. CIUFFI, Napoli, 1840-1843, 16 voll.; L. MORTARA-A. STOPPATO *et alii* (a cura di), *Commento al Codice di procedura penale*, Torino, 1915-1921, 5 voll.; A. PRESUTTI-A. BERNASCONI-C. FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008; B. RAINEY-E. WICKS-C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014; «Recueil des arrêts et décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH)» [repertorio periodico della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo edito a Strasburgo dal 1961]

#### EDIZIONI DI OPERE

C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di P. CALAMANDREI, Firenze, 1945; C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, a cura di F. VENTURI, Torino, 1965; MONTESQUIEU [C.-L. DE SECONDAT, BARON DE LA BRÈDE ET DE MONTESQUIEU], *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. COTTA, Torino, 2005 (1952<sup>1</sup>), 2 voll.; J.-J. ROUSSEAU, *Œuvres complètes*, édition publiée sous la direction de B. GAGNEBIN-M. RAYMOND, Paris, 1964, 3 voll.; VOLTAIRE [F.M. AROUET], *Scritti politici*, introduzione e commento di R. FUBINI, Torino, 1964 (contiene anche l'edizione del *Commentaire sur le livre "Des délits et des peines" par un Avocat de Province*, s.e., 1766)