

IL DIRITTO AL SILENZIO DELL'ENTE ACCUSATO AI SENSI DEL D.LGS. 231/01

di Alessandro Keller

Nel procedimento a carico dell'ente, l'incompatibilità ad assumere l'ufficio di testimone è prevista all'art. 44 d.lgs. 231/01 (oltre che per l'autore del fatto tipico) per il solo legale rappresentante che si sia costituito nel processo e fosse titolare della carica anche al momento della consumazione del reato presupposto. Tuttavia, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha ormai riconosciuto sia l'applicabilità del principio nemo tenetur se detegere nei procedimenti relativi ad illeciti amministrativi punitivi (CGUE, 2 febbraio 2021, C-481/19), sia e più in generale la riferibilità all'ente delle garanzie fondamentali riconosciute all'imputato-persona fisica (CGUE, 10 novembre 2022, C-203/21), così sollecitando un'urgente rimediazione del regime di assunzione delle prove dichiarative nel procedimento de societate. La mancata valorizzazione della regola del simultaneus processus (che imporrebbe l'applicabilità all'ente delle garanzie di cui all'art. 208 c.p.p.), le incertezze interpretative relative alla disciplina applicabile (l'art. 210, co. 1, c.p.p. in alternativa all'art. 210, co. 6, c.p.p.) e, in ogni caso, l'assenza di tutele per gli ulteriori soggetti legati all'ente da un severo rapporto funzionale (apicali e titolari dell'ente) costituiscono, ormai all'evidenza, banchi del sistema da colmare in prospettiva de lege ferenda, risultando impervia la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata.

SOMMARIO: 1. Il rapporto tra l'imputato-persona fisica e l'accusato-persona giuridica. – 2. Il diritto al silenzio dell'ente: le ipotesi previste dalla normativa e le relative criticità. – 3. Le ulteriori ipotesi meritevoli di garanzia: la necessità di estendere l'incompatibilità a testimoniare ai dichiaranti legati all'ente da un severo rapporto funzionale. – 4. Le questioni interpretative relative all'art. 44, co. 2, d.lgs. 231/01: alla ricerca della normativa applicabile. – 5. Verso l'estensione del diritto al silenzio. – 5.1. In particolare: l'estensione ai procedimenti amministrativi punitivi (CGUE, 2 febbraio 2021, C-481/19). – 5.2. (segue): l'estensione nella dimensione eurounitaria (CGUE, 10 novembre 2022, C-203/21) – 6. Il processo osmotico del diritto al silenzio: dagli imputati-persone fisiche ai dichiaranti-persone fisiche legati all'ente da un severo rapporto funzionale. – 7. La via dell'interpretazione costituzionalmente orientata e le prospettive de lege ferenda.

1. Il rapporto tra l'imputato-persona fisica e l'accusato-persona giuridica.

La disciplina processuale prevista per l'accertamento della responsabilità delle persone giuridiche tende ad equiparare l'imputato-persona fisica all'ente: l'art. 35 D.lgs. 231/2001 prevede espressamente che all'ente - soggetto *meta-individuale* - si applichino le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto *compatibili*.

Le norme del Codice di rito modellate sull'imputato-persona fisica, caratterizzato da una propria materialità, richiedono di essere *adattate*, quindi, all'ente, che altro non è se non una *fictio iuris*¹ creata nell'ordinamento per conferire soggettività giuridica ad un'entità immateriale e valorizzare l'elemento dell'organizzazione plurisoggettiva. Tramite la *fictio* l'ente risulta formalmente destinatario del processo di accertamento dell'illecito amministrativo nella propria *meta-individualità*, ma le conseguenze sanzionatorie, affinché abbiano un effetto tangibile nella realtà fenomenica, non possono che ricadere in ogni caso su quei soggetti-persone fisiche che abbiano con l'ente un legame funzionale (a prescindere dalla sussistenza del rapporto di immedesimazione organica²). L'intento ultimo del legislatore, in questa prospettiva, è colpire coloro che in via graduata assumono un più intenso rapporto funzionale con l'ente: gli apicali, che hanno il potere di dirigere e organizzare l'attività d'impresa, dando l'*imprinting* organizzativa, e la proprietà, che ne raccoglie i profitti³.

Appare del tutto ragionevole, quindi, che, nonostante la *fictio iuris*, all'ente accusato ai sensi del D.lgs. 231/01 siano garantiti i medesimi diritti previsti per l'imputato-persona fisica, in coerenza con l'adozione del modello *panpenalistico* prescelto dal legislatore⁴. Tra questi diritti fondamentali la dottrina ha avvertito, già all'indomani

¹ Si riconduce alla scuola pandettistica di Savigny (c.d. teoria *finzionistica*) l'elaborazione del concetto di "persona giuridica" quale *finzione* creata dall'ordinamento per soddisfare esigenze non perseguibili attraverso la mera personalità di agire attribuita alla persona fisica. Cfr. DE MARINI AVONZO (1995), p. 195, per cui «[l]a capacità giuridica fu da noi dimostrata come coincidente col concetto dell'uomo singolo. Noi la consideriamo ora come estesa a subietti artificiali, creati per semplice finzione. Tale subietto vien chiamato da noi persona giuridica, cioè persona che è ammessa solamente per uno scopo giuridico. In essa noi troviamo un nuovo soggetto di rapporti di diritto oltre l'uomo singolo». Con riferimento al concetto di *persona ficta* in epoca medievale cfr. GROSSI (2004), p. 221, secondo cui «...quell'aggettivo [*ficta*, ndr.] ha una valenza complessa e, com'è proprio della parola latina, significa, in negativo, l'artificio, ma anche, in positivo, la creazione intellettuale, il frutto della dimensione creativa d'un disegno intellettuale; un aggettivo che reca scritto in sé l'elogio della capacità dei canonisti di edificare un loro mondo con figurazioni astratte ma non per questo meno efficaci ed incidenti sulla realtà».

² Secondo la tesi della c.d. immedesimazione organica è possibile imputare direttamente alla persona giuridica l'atto, e in generale l'attività, posto in essere dalla persona fisica che assume funzioni di "organo" della persona giuridica stessa. Nella *Relazione illustrativa* al D.lgs. 231/01, per individuare il criterio di imputazione oggettiva, si rappresenta che «...se gli effetti civili degli atti compiuti dall'organo si imputano direttamente alla società, non si vede perché altrettanto non possa accadere per le conseguenze del reato, siano esse penali o - come nel caso del decreto legislativo - amministrative». In generale, sul rapporto di immedesimazione organica, seppur con riferimento al diritto pubblico, cfr. KELSEN (1959), p. 195, il quale idealizza la diversa costruzione della teoria dell'organo in termini di imputazione, intesa come il rapporto che lega un fatto all'ordinamento giuridico che qualifica quel fatto: «l'imputazione allo Stato di un'azione umana è possibile solo a condizione che questa azione sia determinata in modo specifico da un ordinamento normativo». Con riferimento alla responsabilità degli enti cfr. BERNASCONI (2008), p. 97; EPIDENDIO (2007), p. 38.

³ I titolari dell'ente (i soci, gli azionisti, gli associati, ...) sono annoverabili, seconda una certa e recente impostazione giurisprudenziale, tra i destinatari ultimi delle sanzioni *ex* D.lgs. 231/01 qualora l'ente risulti estinto prima della sentenza di condanna definitiva. In questo senso cfr. Cass. Pen., Sez. IV, ud. 22/02/2022, dep. 17/03/2022, n. 9006, in *De Jure*.

⁴ Con riferimento ai diritti dell'ente cfr., da ultimo, DINACCI (2022), p. 8. Per una panoramica delle questioni processuali che emergono nel giudizio a carico dell'ente, anche alla luce del modello di imputazione cumulativa tra imputato-persona fisica ed ente, cfr. NICOLICCHIA (2022), p. 98.

dall'entrata in vigore del D.lgs. 231/01, l'esigenza di applicare all'ente la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, co. 2, Cost.⁵, estensione per nulla scontata se si considera che con il recente D.lgs. 188/2021, di recepimento della Direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016, il legislatore ha introdotto disposizioni integrative per il rafforzamento della presunzione di innocenza avendo cura di circoscriverne l'ambito di applicazione alle sole persone fisiche⁶. Almeno *prima facie*, infatti, nonostante i più consolidati e pure recenti approdi di legittimità ne neghino la previsione⁷, l'inversione dell'onere della prova per le ipotesi di violazione del modello da parte del soggetto in posizione apicale di cui all'art. 6 D.lgs. 231/01 continua a generare dubbi di legittimità rispetto alla citata disposizione costituzionale⁸.

Mutatis mutandis, all'ente accusato ai sensi del D.lgs. 231/01 deve essere garantito un pieno riconoscimento del diritto difesa al pari della presunzione di innocenza, anche considerando la natura *essenzialmente penale* della responsabilità dell'ente⁹. Ancor prima di verificare la compatibilità delle norme del Codice di rito con il regime di responsabilità dell'ente, secondo l'indicazione di cui all'art. 34 D.lgs. 231/01, quindi, occorre accertare se l'attuale assetto delle garanzie processuali previste dal D.lgs. 231/01 sia compatibile con la Costituzione e se le frizioni possano essere sanate attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata.

⁵ Cfr. ROMANO (2002), p. 398, secondo cui l'art. 27 Cost. impedisce l'accertamento della responsabilità penale degli enti perché «una responsabilità personale è anzitutto una responsabilità individuale, non di un insieme di persone; è una responsabilità per il fatto proprio di un singolo, non di un gruppo». Con riferimento alla presunzione di innocenza dell'ente cfr. FERRUA (2002), p. 231; FIDELBO (2005), p. 441; DE SIMONE (2010), p. 605; DINACCI (2022), p. 10; MAZZA (2010), p. 729; TAVASSI (2020), p. 252.

⁶ Il legislatore interno ha preferito non ampliare l'ambito di applicazione previsto dalla direttiva euro-unitaria che esclude espressamente le persone giuridiche, nonostante nel nostro ordinamento la regola di trattamento che deriva dalla presunzione di innocenza debba trovare piena applicazione anche nei confronti dell'ente vista l'equiparazione di cui all'art. 34 D.lgs. 231/01. Cfr. CANESCHI (2021), p. 12.

⁷ Cfr. da ultimo Cass. Pen., Sez. VI, ud. 11/11/2021, dep. 15/06/2022, n. 23401, in *De Jure*, la cui massima afferma: «[i]n tema di responsabilità amministrativa degli enti per i reati commessi da soggetti in posizione apicale, la disciplina normativa delineata nell'articolo 6 del decreto legislativo n. 231 del 2001 non prevede alcuna inversione dell'onere probatorio a carico dell'ente, giacché grava, comunque, su'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa e grava altresì sull'accusa dimostrare che tale accertata responsabilità individuale si estende, poi, dall'individuo all'ente, nel senso che vanno individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse/vantaggio dell'altro e, quindi, gli elementi indicativi della "colpa di organizzazione" dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità di quest'ultimo». In dottrina cfr. SACCO (2018), p. 5.

⁸ Cfr. DINACCI (2022), p. 10; FIORIO (2016), p. 145; DE VERO (2001), p. 1126; PALIERO (2014), p. 474.

⁹ Cfr. ZAGREBELSKY (2003), p. 32; DE SIMONE (2002), p. 12. Cfr., altresì, FERRUA (2016), p. 705, secondo cui all'ente «debbono essere concesse tutte le fondamentali garanzie di cui gode nel sistema penale l'imputato: il principio della responsabilità personale per fatto proprio, la non presunzione di colpevolezza, il diritto alla contestazione dell'accusa, il diritto al silenzio, il contraddittorio, la regola della prova oltre ogni ragionevole dubbio».

2. Il diritto al silenzio dell'ente: le ipotesi previste dalla normativa e le relative criticità.

Il diritto di difesa è nel suo nucleo essenziale radicato nel principio di civiltà giuridica espresso dal brocardo *nemo tenetur se detegere*¹⁰, quindi nel *diritto al silenzio* e nel ricompreso e distinto *privilegio di non autoincriminazione* che trova fondamento non solo nell'art. 24, co. 2, Cost., ma anche nelle fonti sovranazionali: la Corte di Strasburgo ha affermato che il «diritto a restare in silenzio e a non contribuire in alcun modo alla propria incriminazione» è sia corollario della nozione di *equo processo* di cui all'art. 6, paragrafo 1, della *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo* (CEDU), sia connesso alla presunzione di innocenza di cui al medesimo art. 6, paragrafo 2, CEDU¹¹.

Occorre almeno sommariamente osservare che mentre il diritto al silenzio è l'estrinsecazione di un'autodifesa passiva che consente al soggetto - sottoposto ad un procedimento penale ovvero a procedimenti da cui possano derivare sanzioni punitive in senso ampio - di non collaborare in alcun modo all'accertamento nei suoi confronti, il *privilege against self-incrimination* è garanzia specifica che si estrinseca nella facoltà di non contribuire alla possibile contestazione di ulteriori fatti da cui potrebbe sorgere un'incriminazione di matrice penale o amministrativo-punitiva, tra cui ricomprendere le sanzioni *ex* D.lgs. 231/01¹².

Se tali diritti e facoltà appaiono ormai ampiamente riconosciuti alle persone fisiche anche nella prassi applicativa, con riferimento alla responsabilità dell'ente derivante da reato si registra, invece, una certa cedevolezza già sul piano normativo, poiché il legislatore si è limitato ad indicare - in tema di prove - la sola disposizione di cui all'art. 44 D.lgs. 231/01 che disciplina le ipotesi di *incompatibilità* con l'ufficio di testimone.

In particolare, rispetto alle tipiche facoltà - di non rispondere e di mentire - riconosciute all'indagato/imputato-persona fisica, l'art. 44, co. 1, lett. b) D.lgs. 231/01 prevede che *non* possa assumere l'ufficio di testimone *solo* (i) la persona imputata del reato presupposto e (ii) la persona che rappresenta l'ente nel processo ai sensi dell'art. 39 D.lgs. 231/01 e che rivestiva la funzione di legale rappresentante *anche* al momento della commissione del reato.

La disposizione si palesa del tutto distonica rispetto alla dichiarata volontà (art. 35 D.lgs. 231/01) di tendere ad una sovrapposizione delle garanzie tra imputato-persona

¹⁰ In tema di diritto al silenzio dell'imputato-persona fisica cfr. GREVI (1998), p. 1131; MAZZA (2004), p. 48; PATANÈ (2006), p. 86. Con riferimento al diritto al silenzio dell'ente cfr. CASCONE (2018), p. 3972; GARUTI (2011), p. 1113.

¹¹ Cfr. le sentenze in termini della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU, 05/04/2012, n. 11663, *Chambaz c. Svizzera*; Corte EDU, 05/02/1996, *John Murray c. Regno Unito*; Corte EDU, 2/12/2000, *Heaney e McGuinness c. Irlanda*; Corte EDU, 17/12/1996, *Saunders c. Regno Unito*, tutte massimate in *OneLegale. WoltersKluwer*). La Corte costituzionale ha affermato che il diritto al silenzio trova ancoraggio, altresì, negli artt. 47 e 48 della CDFUE (cfr. C. cost., ud. 05/03/2019, dep. 10/05/2019, ord. n. 117, par. 9, su www.cortecostituzionale.it).

¹² Sulla distinzione tra diritto al silenzio e privilegio di non autoincriminazione cfr., in particolare, MAZZA (2022), p. 271.

fisica e accusato-persona giuridica perché omette di considerare le ulteriori ipotesi (su cui più ampiamente *infra*) che pure appaiono meritevoli di essere presidiate da quelle garanzie processuali finalizzate al pieno riconoscimento del diritto di difesa dell'ente.

Né del tutto convincente è il richiamo di cui all'art. 44, co. 2, D.lgs. 231/01 alla disciplina dell'esame di persona imputato in un procedimento connesso: l'interrogato che sia incompatibile con l'ufficio di testimone e che sia legato all'ente accusato ai sensi del D.lgs. 231/01 è giudicato nello stesso procedimento penale pendente a carico dell'autore del reato presupposto secondo la regola del *simultaneus processus*, espressa all'art. 38, co. 1, D.lgs. 231/01. Una reale ed effettiva equiparazione tra imputato-persona fisica ed accusato-persona giuridica richiede che il rappresentante dell'ente incompatibile con l'ufficio di testimone sia esaminato, quindi, ai sensi dell'art. 208 c.p.p., con il riconoscimento di un pieno diritto al silenzio e della facoltà di non presentarsi per sottrarsi a qualsiasi domanda (diversamente l'art. 210, co. 1, c.p.p. prevede l'obbligo di presentarsi per essere esaminati e di sottoporsi alla verifica dell'identità personale di cui all'art. 66 c.p.p.).¹³ L'esplicito richiamo alla disciplina dell'esame dell'imputato in procedimento connesso di cui all'art. 210 c.p.p., dunque, si traduce in un'estensione *in malam partem* all'ente di un apparato normativo meno tutelante rispetto a quello previsto per l'imputato-persona fisica, criticità che meriterebbe di essere risolta in sede di riforma.

Infine, ed in ogni caso, l'art. 44, co. 2, D.lgs. 231/01 alimenta più di un dubbio su quale regime di garanzie debba effettivamente trovare applicazione nelle ipotesi (quelle sole espressamente previste) di incompatibilità a testimoniare: all'imputato del reato presupposto e alla persona che rappresenta l'ente nel processo e che rivestiva la funzione di legale rappresentante *anche* al momento della commissione del reato, infatti, pur essendo preclusa la testimonianza, potrebbe essere imposto, qualora si ritenesse applicabile la disciplina di cui all'art. 210, co. 6, c.p.p. in luogo di quella prevista all'art. 210, co. 1, c.p.p., un parziale obbligo di rispondere secondo verità, con relativo intrinseco rischio di incriminazione dell'ente (e, quindi, in senso lato, di autoincriminazione).

3. Le ulteriori ipotesi meritevoli di garanzia: la necessità di estendere l'incompatibilità a testimoniare ai dichiaranti legati all'ente da un severo rapporto funzionale.

L'ambiguità del perimetro di applicabilità dell'art. 44 D.lgs. 231/01 è pacificamente riconosciuta¹⁴.

Non tanto rispetto all'ipotesi di cui al primo comma, lett. a), che prevede l'incompatibilità a testimoniare dell'imputato del reato presupposto da cui dipende l'illecito amministrativo, quanto più in relazione all'ipotesi di cui al primo comma, lett. b), che prevede una deroga alla regola generale di equiparazione tra ente e imputato-persona fisica espressa all'art. 35 D.lgs. 231/01, perché esclude che possa assumere l'ufficio di testimone la *sola* persona indicata nella dichiarazione di cui all'art. 39 D.lgs.

¹³ Sui vincoli derivanti dalla regola del *simultaneus processus* si rinvia all'ampia analisi di NICOLICCHIA (2022), p. 49.

¹⁴ Cfr. FERRUA (2002), p. 223; CAMALDO (2022), p. 1414; BASSI (2006a), p. 43; SANTORIELLO (2006), p. 91.

231/01 (rappresentante *ad processum* dell'ente), se rivestiva la funzione di rappresentante legale *anche* al momento della consumazione del reato presupposto.

Se queste sono le uniche ipotesi in cui il legislatore ha previsto l'incompatibilità a testimoniare, per differenza, tutti gli altri soggetti - ivi compresi coloro che si trovino in *severo* rapporto funzionale con l'ente (quindi gli apicali di cui all'art. 6 D.lgs. 231/01 ed i titolari dell'ente medesimo, in quanto legittimati a raccogliergli i profitti e sopportarne le perdite, anche derivanti dalle sanzioni irrogate dall'autorità giudiziaria) - potranno assumere l'ufficio di testimone.

Attraverso un esercizio di ricostruzione sistematica si può ritenere, in particolare, che assumano l'ufficio di testimone nel procedimento a carico dell'ente: (i) il rappresentante legale indicato nella dichiarazione di cui all'art. 39 D.lgs. 231/01 e che, quindi, rappresenta e "incarna" l'ente nel processo, ma che *non* rivestiva tale qualità al momento della commissione del reato presupposto; (ii) il rappresentante legale che era tale al momento della commissione del fatto, che non sia imputato del reato presupposto, ma che abbia cessato il rapporto di immedesimazione organica con l'ente al momento della sua escussione¹⁵; (iii) il legale rappresentante della società che *non* si sia costituito nel processo penale; (iv) gli altri soggetti apicali privi del potere di rappresentanza legale.

All'evidenza sono soggetti che potrebbero essere indicati dalla Pubblica Accusa quali testi a carico dell'ente, con conseguente pregiudizio derivante direttamente da coloro che siano legati da un rapporto funzionale con l'ente medesimo e che il legislatore, tuttavia, trascura per salvaguardare la funzione cognitiva del procedimento penale¹⁶. L'assenza di una disciplina idonea a garantire l'equilibrio dei relativi interessi di rilievo - il diritto di difesa dell'ente e la necessità di acquisizione probatoria dell'accusa - comporta distorsioni del sistema processuale e pregiudica l'ente, destinatario formale delle sanzioni eventualmente irrogabili all'esito del procedimento di accertamento dell'illecito.

Qualche considerazione, espressa per apici, consente di comprendere la natura del problema.

Il richiamo normativo al *solo* legale rappresentante indicato nella dichiarazione di cui all'art. 39 D.lgs. 231/01 - quindi al rappresentante *ad processum* - soggetto che potrebbe essere un rappresentante *ad hoc* nominato dall'ente ai soli fini del processo penale¹⁷, determina che i legali rappresentanti dell'ente che abbia scelto, com'è sua facoltà, di non costituirsi nel procedimento, rimanendo contumace ai sensi dell'art. 41 D.lgs. 231/01, siano sentiti come testimoni, con i relativi obblighi che ne conseguono.

¹⁵ Le due ipotesi sono considerate anche da FUSCO (2017), p. 175.

¹⁶ Cfr. CERESA GASTALDO (2015), p. 76.

¹⁷ Cfr. Trib. Milano, Sez. IV Penale, ord. 23/5/2013, *inedita*, in cui è stata ritenuta valida ed efficace la procura rilasciata dal legale rappresentante e socio unico di una società a responsabilità limitata, imputato del reato presupposto, ad un procuratore *ad hoc* nominato con poteri limitati alla sola partecipazione al procedimento (procuratore *ad litem*), il quale aveva provveduto alla nomina del difensore per la costituzione in giudizio dell'ente imputato ai sensi del D.lgs. 231/01. Per un commento cfr. WEISS (2013). Cfr. anche Cass. Pen., Sez. VI, ud. 19/06/2009, dep. 28/10/2009, n. 41398, in *De Jure*.

Un tale primo profilo disvela come le ipotesi di incompatibilità a testimoniare di cui all'art. 44, co. 1, lett. b) D.lgs. 231/01 non siano modellate sulla base delle caratteristiche dell'illecito amministrativo contestato all'ente – come avviene, invece, nella logica del 197 c.p.p.¹⁸ e della disciplina sui casi di connessione di cui all'art. 12 c.p.p.¹⁹, che si fonda sulle caratteristiche dei rapporti insistenti tra i vari soggetti in relazione al fatto di reato contestato agli imputati-persone fisiche – ma, invece, costruite in relazione a circostanze esterne ed estranee all'illecito che ben potrebbero essere modellate attraverso attente e ben riflettute scelte difensive e discrezionali dell'ente.

Criticità emergono, inoltre, sulla genuinità delle dichiarazioni che il legale rappresentante dell'ente potrebbe aver fornito in fase di indagini preliminari prima di aver avuto notizia del procedimento a suo carico ovvero prima dell'avvenuta annotazione dell'illecito ai sensi dell'art. 55 D.lgs. 231/01, disposizione che, vale la pena ricordare, prevede l'obbligo, senza alcuna discrezionalità, di iscrizione degli illeciti amministrativi dipendenti da reato²⁰, nonostante la tendenza a “macchia di leopardo” sul territorio nazionale che si registra nella prassi applicativa del D.lgs. 231/01²¹. Considerando che le disposizioni di cui agli art. 197, 351 e 362 c.p.p., giusta la previsione di cui all'art. 34 D.lgs. 231/01, consentono l'assunzione di informazioni da parte della Polizia Giudiziaria e del Pubblico Ministero in fase di indagini preliminari, non vi sarebbe alcuna incompatibilità del legale rappresentante dell'ente – in quella fase procedimentale ancora non costituito – ad essere sentito a sommarie informazioni testimoniali, con relativo obbligo di dire la verità ed in assenza di difensore. Le criticità della disciplina, dunque, dovrebbero indurre gli enti a costituirsi quanto prima nel procedimento penale per poter beneficiare delle – seppur limitate – garanzie previste dalla normativa, posto che il divieto generale di lettura *ex art.* 514 c.p.p. delle dichiarazioni del legale rappresentante acquisite prima dell'avvenuta costituzione nel procedimento (o, addirittura, prima ancora dell'iscrizione dell'illecito *ex art.* 55 D.lgs. 231/01) ovvero il principio generale di cui all'art. 63 c.p.p., che esprime l'inutilizzabilità delle dichiarazioni indizianti, non appaiono rimedi sufficienti per scongiurare, in ogni caso, una lesione al diritto di difesa dell'ente, essendo i contenuti delle dichiarazioni entrati ormai nel bagaglio conoscitivo del Pubblico Ministero²².

¹⁸ Cfr. CARINI (2022), secondo cui «...l'ipotesi di incompatibilità in questione non copre le dichiarazioni relative a fatti diversi da quelli oggetto del procedimento collegato, per cui, in questo caso, il dichiarante deve essere considerato testimone a tutti gli effetti, e le sue dichiarazioni soggette al solo limite ordinario dell'attendibilità (C., Sez. III, 7.6.2006, Nastasi, in RP, 2007, 577). La natura eccezionale dell'istituto dell'incompatibilità con l'ufficio testimoniale impone, di conseguenza, di attribuire rilevanza alle sole ipotesi di vera e propria interferenza probatoria tra i diversi procedimenti nei quali la fonte di prova sia la stessa (C., Sez. V, 20.5.2009, Sganzerla, in Mass. Uff., 244491; C., Sez. VI, 12.2.2009, P.M. in proc. Maritato, in Mass. Uff., 243255; C., Sez. V, 8.7.2008, Sailis, in Mass. Uff., 241936; C., Sez. I, 17.2.1994, Mirabella, in MCP, 1995, 7, 92; in senso opposto, v. C., Sez. VI, 20.11.2003, Ignoti Parenti, in Mass. Uff., 229177, che ha ritenuto sussistente l'incompatibilità con l'ufficio di testimone anche nel caso in cui si versi in un semplice rapporto di “influenza” di una prova, intesa come elemento di giudizio o di valutazione, su di un'altra prova)».

¹⁹ Cfr. MONACO (2022).

²⁰ Cfr. MAZZA (2020), p. 138.

²¹ Cfr. CENTONZE – MANACORDA (2023), p. 25.

²² Distinto ed ulteriore è, invece, il problema relativo alle modalità con cui acquisire in dibattimento le

Ebbene, il problema della garanzia del diritto di difesa dell'ente risulta manifesto: solo l'autore del reato presupposto ed il legale rappresentante che fosse tale *anche* al momento della commissione del fatto di reato e si sia costituito nel procedimento sono esaminati nelle forme di cui all'art. 44, co. 2, D.lgs. 231/01 che richiama genericamente – ponendo ulteriori problemi interpretativi (*infra*) - le garanzie riconosciute ai coimputati in procedimenti connessi.

Ne restano esclusi, in balia di ogni possibile strumentalizzazione del procedimento, tutti gli ulteriori soggetti che, a vario titolo, potrebbero fortemente influenzare le sorti dell'ente, accusato per il *deficit* di organizzazione che avrebbe consentito la commissione del reato: affinché il soggetto rappresentato (l'ente) sia tutelato, occorre estendere almeno ad alcuni dei suoi (in senso atecnico) rappresentanti-portavoce le garanzie costituzionali, in ogni caso contemperando l'estensione delle tutele con il legittimo interesse dello Stato alla conoscenza dei fatti oggetto di accertamento.

Il timore sussiste, in particolare, per gli apicali, che nella loro qualità avevano il potere di dotare l'ente di un modello di organizzazione e gestione e del relativo Organismo di Vigilanza al fine di prevenire i reati di cui al D.lgs. 231/01, vincolando tutti i soggetti in rapporto funzionale al rispetto di tale forma di autoregolamentazione. Proprio tale potere – che, non a caso, nella logica del sistema *ex* D.lgs. 231/01 si pone alla base del differente regime probatorio previsto agli artt. 6 e 7 a seconda che il reato sia commesso da soggetti sottoposti alla altrui direzione e vigilanza²³ ovvero, appunto, da soggetti apicali – dovrebbe costituire il criterio per individuare a chi debba essere garantito l'esercizio delle facoltà tipiche di estrinsecazione del diritto di difesa nell'interesse dell'ente.

Non solo, dunque, il legale rappresentante che si sia costituito nel procedimento ai sensi dell'art. 39 D.lgs. 231/01 e fosse tale al momento della commissione del fatto di reato, ma anche gli ulteriori soggetti apicali che abbiano avuto il potere-dovere di organizzare l'ente nella prospettiva di evitare il reato presupposto (operando *ex ante*) ovvero di mitigare le eventuali sanzioni irrogabili a carico dell'ente (al momento del procedimento, con l'adozione di un modello *ex post*). Trattasi, invero, di soggetti che avrebbero potuto incidere – volontariamente e diligentemente – nella prospettiva prevenzionistica indicata dal D.lgs. 231/01 e che, come tali, ben potrebbero essere in

dichiarazioni rese dall'indagato del reato presupposto contro l'ente in fase di indagini preliminari. L'utilizzo del meccanismo di cui all'art. 503 c.p.p. consentirebbe l'acquisizione di elementi probatori *contra alios* (quindi contro l'ente) formati in assenza di contraddittorio con l'ente. In dottrina, quindi, si è suggerito di attribuire all'imputato del reato presupposto il ruolo di coimputato nel medesimo reato, il quale abbia rilasciato in precedenza dichiarazioni etero-accusatorie, applicando il modello di cui all'art. 210, co. 1, c.p.p. e consentendo l'applicazione dell'esame dibattimentale ai sensi dell'art. 500 c.p.p., con le differenze relative ai meccanismi contestativi. In questo senso cfr. SCALFATI (2022), p. 351.

²³ La commissione di un reato, invece, da parte dei soggetti sottoposti, che subiscono la scelta dell'eventuale mancata adozione del modello da parte degli apicali, proprio perché non può costituire di per sé indice di una disorganizzazione rimproverabile all'impresa, richiede che sia fornita prova in tal senso da parte dell'accusa, ai sensi dell'art. 7 D.lgs. 231/01. Sul punto sia consentito rinviare a KELLER (2022), p. 388.

possesso di informazioni e dettagli determinanti per l'affermazione della responsabilità dell'ente.

In aggiunta, le medesime cautele dovranno essere riconosciute ai titolari dell'ente (soci, azionisti, associati) che saranno chiamati a sopportare l'eventuale sanzione irrogata all'esito del procedimento *de societate*, perché il costo da reato determina in ogni caso una *diminuito* del patrimonio dell'ente e, peraltro, secondo una recente – e criticabile – impostazione giurisprudenziale, in caso di estinzione della società le conseguenze *ex* D.lgs. 231/01 possono ricadere direttamente sui soci²⁴ che, quindi, non dovrebbero essere chiamati a contribuire all'esercizio di quella funzione gnoseologica e di accertamento che si prefigge il procedimento *ex* D.lgs. 231/01.

Un'ultima necessaria considerazione, prima di analizzare la disciplina: il problema del diritto al silenzio si pone ai fini della tutela diretta dell'ente, dovendo considerare il dichiarante-portavoce dell'organizzazione collettiva quale soggetto in grado di rendere dichiarazioni auto-accusatorie, da intendersi quali dichiarazioni idonee a confermare l'illecito amministrativo a carico dell'ente²⁵. Non solo: il diritto al silenzio si pone, altresì, quale baluardo imprescindibile per lo stesso dichiarante che potrebbe rendere dichiarazioni etero-accusatorie nei confronti dell'autore del reato presupposto, elemento essenziale ai fini dell'accertamento dell'illecito amministrativo²⁶. La relazione simbiotica che insiste tra reato ed illecito sotto il profilo strutturale è del resto pienamente riconosciuta anche a livello processuale, considerando che l'art. 38 D.lgs. 231/01 indica la regola generale dell'unicità della trattazione delle regiudicande relative al reato e quella attinente alla responsabilità dell'ente²⁷. Ed ancora, ulteriori criticità emergono nell'ipotesi in cui si proceda non al *simultaneus processus*, bensì con trattazione separata, in cui il legale rappresentante dell'ente non potrebbe reclamare l'incompatibilità nel procedimento a carico della persona fisica: l'art. 44 D.lgs. 231/01, infatti, si ritiene applicabile al solo procedimento *de societate* e non anche al procedimento a carico della persona fisica imputata del reato presupposto²⁸.

²⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, ud. 22/02/2022, dep. 17/03/2022, n. 9006, in *De Jure*, in cui si è affermata la responsabilità per l'illecito commesso dall'ente anche se estinto, diversamente da quanto prevede l'art. 150 c.p. per l'imputato-persona fisica: «[i]n tema di responsabilità da reato degli enti, la cancellazione dell'ente dal registro delle imprese non determina l'estinzione dell'illecito previsto dal d.lg. 8 giugno 2001, n. 231, commesso nell'interesse ed a vantaggio dello stesso. (Fattispecie relativa alla responsabilità di una società di capitali per l'illecito previsto dall'art. 25-septies, co. 3, del citato D.lg., in relazione al reato di cui all'art. 590 c.p., in cui la Corte ha precisato che all'estinzione della persona giuridica consegue il passaggio diretto della titolarità dell'impresa ai singoli soci, non venendo meno i rapporti sorti anteriormente allo scioglimento)».

²⁵ È stato sottolineato il rischio che il dichiarante possa «scaricare la responsabilità su altri addetti all'ente ovvero coinvolgere più pesantemente la persona giuridica, evidenziando profili di irresponsabilità organizzativa», così BASSI (2006b), p. 611.

²⁶ Cfr. DINACCI (2022), p. 21.

²⁷ Cfr. NICOLICCHIA (2022), p. 100.

²⁸ Sul punto si rinvia all'analisi di NICOLICCHIA (2022), p. 105, il quale rileva come «...una simile conclusione risulta a dir poco opinabile nel momento in cui finisce per modulare l'estensione del diritto al silenzio della persona giuridica attraverso il proprio rappresentante solo in funzione del diverso contesto, laddove all'imputato-persona fisica la prerogativa risulta invece generalmente assicurata dal codice a prescindere dalla sede in cui questi è chiamato a deporre». In effetti, vale la pena considerare che, in queste ipotesi,

4. Le questioni interpretative relative all'art. 44, co. 2, D.lgs. 231/01: alla ricerca della normativa applicabile.

L'attuale regime di garanzie previsto per coloro che non possono assumere l'ufficio di testimone è affetto da un *deficit* di precisione. L'art. 44, co. 2, D.lgs. 231/01, infatti, non indica se nei casi di cui al primo comma debba trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 210, co. 1, c.p.p. prevista per l'esame dell'imputato in procedimento connesso ai sensi degli artt. 12, co. 1, lett. a) e 197, co. 1, lett. a), c.p.p. (c.d. connessione *forte*)²⁹ ovvero debba applicarsi la disciplina di cui all'art. 210, co. 6, c.p.p., prevista per i coimputati in procedimenti connessi teleologicamente ai sensi dell'art. 12, co. 1, lett. c) c.p.p. (c.d. connessione *debole*) ovvero ai sensi dell'art. 371, co. 2, lett. b) e 197, co. 1, lett. b) c.p.p. (procedimenti probatoriamente collegati)³⁰.

La differenza non è trascurabile: mentre nell'ipotesi di connessione *forte* l'incompatibilità con l'ufficio di testimone è *assoluta* ed il dichiarante ha l'obbligo di presentarsi al giudice³¹, avendo però la facoltà di non rispondere e di mentire³², non sussistendo alcun obbligo di verità, nelle ipotesi di connessione *debole* l'incompatibilità

potrebbe non essere possibile individuare il rappresentante *ad processum* indicato dalla società nell'atto di costituzione e, come tale, e solo come tale, incompatibile a rivestire l'ufficio di testimone considerando che la dichiarazione *ex art. 39 D.lgs. 231/01* potrebbe non essere ancora stata formalizzata e, in ogni caso, a parere di chi scrive, essa sarebbe relativa ed avrebbe effetto nel solo e separato procedimento relativo all'accertamento dell'illecito amministrativo.

²⁹ La disciplina si applica sia agli imputati nei cui confronti si è proceduto separatamente, sia nei confronti del coimputato nel medesimo procedimento, in conseguenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 210 c.p.p. Cfr. C. cost., ud. 19/05/1998, dep. 02/11/1998, n. 361, su www.cortecostituzionale.it.

³⁰ La distinzione in due categorie di soggetti è tipica in dottrina. Cfr. BITONTI (2016), p. 10. Per una disamina generale della disciplina cfr. CENCI (2022).

³¹ L'obbligo di presentazione sussiste nella sola ipotesi in cui nei confronti del dichiarante, che non può assumere l'ufficio di testimone *ex art. 197, co. 1, lett. a) c.p.p.*, si sia proceduto separatamente, come previsto all'art. 210, co. 1, c.p.p. Non sussiste, invece, nei confronti dei coimputati nello stesso procedimento legati da c.d. connessione *forte* ai sensi dell'art. 12, co. 1, lett. a), c.p.p., in tal caso prevenendo l'art. 208 c.p.p. che l'imputato possa sottrarsi all'esame diretto senza alcuna necessità di presentarsi al giudice.

³² Eloquente un passaggio motivazionale di una recente pronuncia di legittimità: «...diversi dei dichiaranti, escussi nelle indagini preliminari, sono stati esaminati anche successivamente, al dibattimento, come, peraltro, documentato con il ricorso e [...] comunque, alcuni di questi hanno reso, in parte, dichiarazioni che involgono profili di responsabilità di concorrenti nel medesimo reato loro ascritto (C., D.L., P.). Rispetto a tale parte delle dichiarazioni si osserva che non è prescritto alcun avvertimento *ex art. 64 c.p.p., comma 3*. Ed invero, è principio pacifico, espresso da questa Corte, quello secondo il quale gli imputati concorrenti nel medesimo reato, non devono ricevere l'avvertimento previsto dall'art. 64 c.p.p., comma 3, lett. c) prima di assumere le loro dichiarazioni, in quanto tali soggetti, deponendo su fatti inscindibili, non potrebbero mai assumere la veste di testimoni (Sez. 4, n. 1517 del 03/12/2013 - dep. 2014; Tarko, Rv. 258513; Sez. 1, n. 1563 del 05/12/2006 - dep. 2007, Montalto, Rv. 236227). Ciò in quanto si è notato che per fatti concernenti la responsabilità altrui, come previsto dall'art. 64 c.p.p., comma 3, lett. c), deve intendersi il fatto che è soltanto "altrui", in quanto afferente a reato connesso ai sensi dell'art. 12 c.p.p., comma 1, lett. c), o collegato ai sensi dell'art. 371 c.p.p., comma 2, lett. b)», così Cass. Pen., Sez. V, ud. 21/05/2018, dep. 27/09/2018, n. 42559, in *De Jure*.

con l'ufficio di testimone è *relativa* ed il dichiarante può rinunciare alle garanzie e rendere dichiarazioni *contra alios*, assumendo l'ufficio di testimone, con conseguente obbligo di verità³³.

È così che nell'ipotesi di connessione *forte* il dichiarante ha la facoltà di non rispondere anche sul fatto altrui³⁴; nell'ipotesi di connessione *debole*, invece, il legislatore ritiene che il dichiarante possa rinunciare alla facoltà di non rispondere sulla responsabilità di altri, in tal caso assumendo il dovere di dire la verità. La distinzione, sottile, trova ragione d'essere perché nelle ipotesi di connessione *forte* il diritto del dichiarante di mentire per difendersi dipende dal fatto che le sue dichiarazioni rientrerebbero nel perimetro della *chiamata in correità* sussistendo un *idem factum* tale per cui il fatto proprio ed il fatto altrui sono ritenuti inscindibili³⁵; nelle ipotesi di connessione *debole*, invece, si tratterebbe di mere *chiamate in reità*³⁶ relative a fatti criminosi in ogni caso diversi.

Occorre, quindi, interrogarsi sulla relazione che insiste tra l'imputato-persona fisica, chiamato a rispondere di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole previsto da una fattispecie incriminatrice richiamata dal c.d. catalogo dei reati presupposto, e l'accusato-persona giuridica, responsabile di un *deficit* organizzativo che ha consentito la verifica del reato presupposto.

L'analisi del sistema di cui al D.lgs. 231/01 restituisce la certezza che tra reato presupposto ed illecito amministrativo dell'ente sussista una relazione univoca, poiché il reato – consumato o tentato – costituisce presupposto indefettibile per la punibilità di quelle carenze organizzative rimproverabili all'ente³⁷: se il fatto di reato non sussiste,

³³ Ed infatti: «[q]uesti soggetti diventano inoltre compatibili per scelta volontaria. Ecco la novità della nuova disciplina. Lo conferma l'art. 210, co. 6, c.p.p. «Le disposizioni dei commi precedenti si applicano» a tali soggetti quando «non hanno reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato». Avendo taciuto, restano incompatibili, e a dibattimento sono esaminati come tali, soltanto «assumono l'ufficio di testimone» se, dopo il relativo avvertimento, narrano fatti contro o a favore di altri. L'art. 197-bis, co. 2, c.p.p. ribadisce regola identica, formulandola in positivo: l'imputato in procedimento teleologicamente connesso o per reato probatoriamente collegato «può essere sentito come testimone, inoltre [cioè fuori dai casi di irrevocabilità], nel caso previsto dall'art. 64, co. 3, lett. c)», che è il caso di chi consapevolmente (perché preavvertitone) rinuncia all'incompatibilità e si impegna come testimone», così BITONTI (2016), p. 10. In giurisprudenza cfr. Cass. Pen., Sez. Un., ud. 26/03/2015, dep. 29/07/2015, n. 33853, con nota di DELLA TORRE (2015).

³⁴ Cfr. GUALAZZI (2022). Qualora l'interrogato renda dichiarazioni accusatorie nei confronti del proprio concorrente non assumerà, in relazione alle stesse, l'ufficio di testimone, in quanto dovendo rispondere dello stesso reato - in concorso o in cooperazione, se si tratta di delitto colposo - l'assoluta incompatibilità a testimoniare appare l'unica strada idonea ad assicurare un effettivo espletamento della propria difesa. Tale incompatibilità cade, *ex art. 197 bis*, co. 1, c.p.p., solo in caso di pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna o di proscioglimento o di applicazione di pena su richiesta delle parti divenuta irrevocabile.

³⁵ Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, ud. 12/07/2016, dep. 26/07/2016, n. 32486, in *De Jure*.

³⁶ In questo senso ancora attuale il principio espresso in Cass. Pen., Sez. Un., ud. 26/03/2015, dep. 29/07/2015, n. 33853, in *Diritto Penale Contemporaneo*, per cui l'avvertimento di cui all'art. 64, co. 3, lett. c) c.p.p. a dibattimento deve essere dato ai soggetti imputati in caso di c.d. connessione debole o procedimenti collegati sia in caso di condotta sempre silente, sia nel caso in cui il soggetto abbia narrato fatti *erga alios*, ma senza previo avvertimento, poiché la conseguenza della violazione dell'avvertimento è l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese.

³⁷ La necessaria sussistenza del reato presupposto per la punibilità dell'ente porta – secondo una determinata

non vi può essere alcuna responsabilità ascrivibile all'ente. L'univocità della relazione è coerente con la radice della responsabilità, perché pur trattandosi di rimproveri differenti – l'uno attinente alla commissione di un fatto che integra una fattispecie incriminatrice, l'altro alla disorganizzazione che ha consentito la commissione del reato – è il medesimo *fatto storico* che consente la gemmazione del procedimento a carico dell'ente: l'illecito amministrativo è costituito dal reato presupposto e dalla colpa d'organizzazione, che insistono tra loro in un rapporto causale diretto³⁸. La radice, quindi, è costituita da un *idem factum*, caratteristico della connessione *forte* di cui all'art. 12, co. 1, lett. a) c.p.p., come affermato già nella celebre sentenza relativa alla vicenda *Fisia Impianti* ed al profitto confiscabile, che costituisce un *case study* ancora attuale, in cui le Sezioni Unite hanno attribuito rilevanza all'identità fattuale e alla necessità di inquadrare il rapporto tra responsabilità dell'ente e responsabilità della persona fisica nel paradigma penalistico della responsabilità concorsuale (o, meglio, della cooperazione colposa)³⁹.

In questo schema, quindi, la relazione tra imputato-persona fisica e ente diverge da quella che intercorre tra l'imputato che abbia commesso un reato e colui che ne abbia posti in essere altri per eseguire od occultare quello del primo: in quest'ultimo caso, infatti, l'eventuale insussistenza di un fatto di reato non determina automaticamente l'assenza di responsabilità anche dell'autore del fatto teleologicamente connesso.

Né ad un differente approdo si giunge considerando la previsione di cui all'art. 8 D.lgs. 231/01, la cui rubrica definisce *autonoma* la responsabilità dell'ente rispetto a quella dell'imputato-persona fisica, poiché la norma si limita ad indicare le ipotesi in cui deve ritenersi sussistente la responsabilità dell'ente nonostante l'assenza di una pronuncia

impostazione dogmatica – a qualificare il reato quale condizione obbiettiva di punibilità rispetto all'illecito. In tal senso cfr. MUCCIARELLI (2022), p. 19, in cui si afferma: «[p]iù agevole – e in questo senso più lineare sul piano sistematico – riconoscere una radicale alterità fra reato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente da parte della persona fisica qualificata qualora si accettasse l'impostazione per la quale il reato-presupposto altro non è se non una condizione obbiettiva di punibilità del fatto proprio dell'ente, costituito quest'ultimo dalla colpa di organizzazione (sia nella dimensione obbiettiva di deficit organizzativo sia rispetto al profilo della rimproverabilità)». Tesi già sostenuta dall'Autore in MUCCIARELLI (2011), p. 435. Cfr., altresì, SANTORIELLO (2018), p. 11.

³⁸ L'orientamento che si va consolidando in giurisprudenza ritiene che l'illecito amministrativo debba essere ricostruito ed accertato secondo il prototipo dei reati colposi d'evento. In questo senso, da ultimo, cfr. Cass. Pen., Sez. VI, ud. 11/11/2021, dep. 15/06/2022, n. 23401, in *Sistema Penale*, [con nota di PIERGALLINI](#) (2022).

³⁹ Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., ud. 27/03/2008, dep. 02/07/2008, n. 26654, in *De Jure*, nella cui parte motiva si afferma: «[l]a responsabilità della persona giuridica è aggiuntiva e non sostitutiva di quella delle persone fisiche, che resta regolata dal diritto penale comune. Il criterio d'imputazione del fatto all'ente è la commissione del reato "a vantaggio" o "nell'interesse" del medesimo ente da parte di determinate categorie di soggetti. V'è, quindi, una convergenza di responsabilità, nel senso che il fatto della persona fisica, cui è riconnessa la responsabilità anche della persona giuridica, deve essere considerato "fatto" di entrambe, per entrambe antiggiuridico e colpevole, con l'effetto che l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica che di quella giuridica s'inquadra nel paradigma penalistico della responsabilità concorsuale. Pur se la responsabilità dell'ente ha una sua autonomia, tanto che sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile (D.Lgs. n. 231, art. 8), è imprescindibile il suo collegamento alla oggettiva realizzazione del reato, integro in tutti gli elementi strutturali che ne fondano lo specifico disvalore, da parte di un soggetto fisico qualificato».

di affermazione della responsabilità dell'autore del reato presupposto: anche quando l'autore del reato non è stato identificato – ipotesi c.d. di imputazione soggettivamente alternativa – o non è imputabile ovvero il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia, infatti, sussiste *ab origine* un fatto di reato connotato da elementi oggettivi che consente di muovere il rimprovero all'ente.

Non può esservi alcun *deficit* organizzativo da rimproverare all'ente, invece, in assenza del reato presupposto. Il rapporto di stretta dipendenza tra reato e responsabilità dell'ente rappresenta quell'*unicum* che è caratteristico del D.lgs. 231/01 al punto che l'ente non è assimilabile ad un soggetto terzo disinteressato alla vicenda processuale dell'imputato-persona fisica.

Questi argomenti confermano l'esigenza di assumere la prova dichiarativa nel processo a carico dell'ente assicurando la disciplina (dovendo escludere l'art. 208 c.p.p. come *expressis verbis* indicato dal legislatore) di cui all'art. 210, co. 1, c.p.p. ed il relativo diritto al silenzio anche sulla responsabilità per fatto altrui, espressamente da prevedere non solo per le ipotesi contemplate dall'art. 44, co. 1, D.lgs. 231/01, ma anche per le ulteriori ipotesi non contemplate dal legislatore relative alle dichiarazioni di soggetti legati all'ente da un severo rapporto funzionale con l'ente medesimo (apicali e titolari dell'ente)⁴⁰. Solo in tal modo interpretando la disciplina si arginerebbe il rischio di far gravare sui soggetti in *severa* posizione funzionale con l'ente l'obbligo di verità (art. 210, co. 6, c.p.p.) alla responsabilità dell'autore del fatto di reato presupposto, da cui potrebbe derivare un pregiudizio per l'ente medesimo trattandosi di prova della sussistenza di un elemento necessario per l'accertamento dell'illecito amministrativo.

5. Verso l'estensione del diritto al silenzio.

È da ritenersi approdo acquisito che il diritto al silenzio (in cui è da ritenersi ricompresa la distinta facoltà di non autoincriminazione, da intendersi rispetto ai fatti ulteriori) sia una delle forme di estrinsecazione del diritto di difesa, costituzionalmente tutelato⁴¹. Lo scopo è evitare che il presunto innocente, possibile destinatario delle sanzioni che verranno irrogate all'esito del procedimento pendente a suo carico, possa

⁴⁰ L'estensione del diritto al silenzio e del privilegio di non autoincriminazione (da intendersi rispetto all'ente) richiederebbe contestualmente uno sforzo del legislatore teso a *tassativizzare* la categoria degli apicali, la cui assenza di definizione genera più di un dubbio interpretativo (è l'ipotesi del delegato sicurezza, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, ud. 24/05/2022, dep. 21/09/2022, n. 34943, e del direttore generale, cfr. Cass. Pen., Sez. III, ud. 04/07/2017, dep. 25/07/2017, n. 36822, in *De Jure*). Tuttavia, è da osservare che, nella diversa prospettiva di individuare il contenuto del requisito dell'elusione fraudolenta, si è di recente proposto di superare in prospettiva *de lege ferenda* la distinzione tra apicali e sottoposti nella sistematica del D.lgs. 231/01. In questo senso cfr. CENTONZE – MANACORDA (2023), p. 25. In tale ipotesi, ai fini processuali sarebbe necessario *tassativizzare* specificamente i soggetti a cui l'incompatibilità a testimoniare debba essere accordata.

⁴¹ Cfr., *ex multis*, CGUE, Grande Sezione, 02/02/2021, n. 481, in *De Jure*; C. cost., ud. 25/05/2022, dep. 14/06/2022, n.148, in *De Jure*; Cass. Pen., Sez. III, ud. 17/05/2022, dep. 31/08/2022, n. 32027, in *De Jure*; Cass. Pen., Sez. III, ud. 17/05/2022, dep. 31/08/2022, n. 32027, in *De Jure*.

essere posto in una situazione di conflitto tra l'obbligo testimoniale di rispondere secondo verità di cui all'art. 198 c.p.p. e la tutela dei propri interessi.

Trattasi di diritto riconosciuto in tutte le democrazie liberali: negli Stati Uniti fin dal caso Miranda (da qui, appunto, i c.d. Miranda Warnings; nel vecchio continente individuato quale corollario dell'equo processo di cui all'art. 6 CEDU; nell'ordinamento interno ricondotto all'art. 24, co. 2, Cost.

5.1. In particolare: l'estensione ai procedimenti amministrativi punitivi.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) ha esteso l'ambito di applicazione del principio del *nemo tenetur se detegere* ai procedimenti amministrativi punitivi, tali da intendersi quelli che comportano l'applicazione di sanzioni di carattere penale, ancorché etichettate come amministrative, ed in cui le dichiarazioni (anche se auto-accusatorie) sono riversate nei procedimenti penali instaurati a carico degli stessi individui che le hanno rese in sede amministrativa⁴².

L'approdo a livello sovranazionale è stato raggiunto all'esito di un procedimento civile nostrano nell'ambito del quale la Corte di cassazione era stata chiamata a risolvere la questione dell'estensione della garanzia accordata dal principio *nemo tenetur se detegere* nei procedimenti amministrativi davanti all'autorità pubblica di vigilanza Consob⁴³, la quale – in un procedimento per abuso di informazioni privilegiate ex art. 187 bis D.lgs. 58/1998 (T.U.F.), all'esito del quale aveva inflitto le sanzioni a carico della persona fisica – aveva incidentalmente ravvisato l'integrazione dell'illecito amministrativo di cui all'art. 187 *quinquiesdecies* T.U.F. che sanziona, quando il fatto non integra il delitto di *ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza* ex art. 2638 c.c., «chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Banca d'Italia e della CONSOB ovvero ritarda l'esercizio delle sue funzioni». Nel caso di specie, il ricorrente aveva ingiustificatamente ritardato, per oltre cinque mesi, di presentarsi davanti all'Autorità ai fini della richiesta audizione, durante la quale non aveva peraltro rilasciato dichiarazioni e, per tale ragione, gli era stata inflitta la sanzione di euro 50.000,00⁴⁴.

La Corte di cassazione aveva sollevato questione di illegittimità costituzionale dell'art. 187 *quinquiesdecies* T.U.F., nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, co. 2, lett. b), L. 18 aprile 2005, n. 62 – nella parte in cui sanziona la condotta consistente nel non adempiere tempestivamente alle richieste della Consob o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima Consob, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, contesta l'abuso di informazioni privilegiate – in relazione agli articoli 24, 111 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'articolo 6 CEDU e con riferimento all'art. 14, co. 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici siglato a New York il 16 dicembre 1966, nonché in relazione agli articoli 11 e

⁴² Il riferimento è alla sentenza della Grande Sezione della CGUE, 02/02/2021, C-481/19, DB c. *Consob*, in *Giurisprudenza Penale Web*.

⁴³ Cfr. Cass. Civ., Sez. II, ud. 14/042017, dep. 16/02/2018, ord. n. 3831, con nota di GATTA (2018), p. 156.

⁴⁴ Cfr. MACCHIA (2020), p. 4423.

117 Cost., con riferimento all'articolo 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE). Secondo la Corte di legittimità, infatti, la sanzione era da ritenersi incompatibile con il principio *nemo tenetur se detegere* anche in considerazione del fatto che le dichiarazioni rese nell'ambito dell'audizione davanti all'Autorità di vigilanza devono essere trasmesse, ai sensi dell'art. 187 *decies*, co. 2, T.U.F., al Pubblico Ministero se si ravvisano gli estremi di una condotta penalmente rilevante.

La Corte costituzionale, quindi, aveva rimesso la questione alla CGUE in via pregiudiziale ex art. 267 TFUE al fine di verificare se la normativa unionale⁴⁵ - se interpretata nel senso che gli Stati membri sono tenuti a sanzionare con sanzioni amministrative di natura punitiva chi si rifiuta di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità - fosse da ritenersi compatibile con gli artt. 47 e 48 CDFUE, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁴⁶. La questione pregiudiziale era stata sollevata sul presupposto che il diritto al silenzio dovesse considerarsi corollario del diritto di difesa⁴⁷ ed al fine di far valutare se un tale diritto potesse essere riconosciuto in un procedimento amministrativo funzionale all'irrogazione di sanzioni di natura punitiva secondo i noti criteri *Engel*⁴⁸.

Investiti della questione pregiudiziale, i Giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto la sussistenza di un diritto al silenzio, ai sensi degli artt. 47, co. 2, e 48 CDFUE, nell'ambito dei procedimenti pendenti a carico di persone fisiche innanzi alla Consob per illeciti amministrativi di abuso di mercato⁴⁹. Alla luce della giurisprudenza della Corte EDU relativa al diritto ad un equo processo, infatti, la Corte di Giustizia è giunta ad affermare che il diritto al silenzio impedisce di sanzionare l'imputato per il rifiuto di fornire all'autorità competente dichiarazioni da cui potrebbero scaturire responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative punitive oppure espressamente penali.

Così risolta la questione pregiudiziale, la Corte costituzionale ha dichiarato, prendendo atto del riconosciuto diritto degli Stati membri di prevedere disposizioni per tutelare il diritto al silenzio delle persone fisiche, l'illegittimità costituzionale dell'art. 187

⁴⁵ In particolare, l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014.

⁴⁶ C. cost., ord. n. 117/2019, *cit.* Per un commento cfr. RUGGERI (2019), p. 242.

⁴⁷ In questo senso cfr. C. cost., ord. n. 117/2019, *cit.*, par. 7.1.

⁴⁸ Il riferimento è alla sentenza Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 08/06/1976, su www.hudoc.echr.coe.int. Cfr., altresì, Corte EDU, *Öztürk c. Germania*, 21/02/1985, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894, con nota di PALIERO (1985), p. 894. Nell'ordinanza di remissione alla CGUE, la Corte costituzionale ricorda che «... in molteplici occasioni essa ha ritenuto che singole garanzie riconosciute nella materia penale dalla CEDU e dalla stessa Costituzione italiana si estendano anche a tale tipologia di sanzioni. Ciò è avvenuto, in particolare, in relazione alle garanzie del divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius* [...], della sufficiente precisione del precetto sanzionato [...], nonché della retroattività delle modifiche sanzionatorie *in mitius* [...]. Inoltre, questa Corte ha già più volte affermato che le sanzioni amministrative previste nell'ordinamento italiano in materia di abuso di informazioni privilegiate costituiscono, in ragione della loro particolare afflittività, misure di natura "punitiva" [...], così come - peraltro - ritenuto dalla stessa Corte di giustizia UE» (così C. cost., ord. n. 117/2019, *cit.*).

⁴⁹ Cfr. CGUE, 02/02/2021, C-481/19, *DB c. Consob*, par. 37-45, in *Giurisprudenza Penale Web*.

quinquiesdecies T.U.F. nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Consob o alla Banca d'Italia dichiarazioni nella prospettiva di evitare sanzioni amministrative di carattere punitivo⁵⁰.

Non solo, quindi, è stata ampliata l'operatività del diritto al silenzio alle ipotesi in cui, seppur non generate nel procedimento penale, le dichiarazioni potrebbero comportare l'applicazione di sanzioni punitive per il dichiarante, ma è stato anche posto un freno al *trend* che per lungo, troppo tempo, aveva consentito che le dichiarazioni auto-accusatorie rese nei procedimenti amministrativi punitivi potessero essere qualificate come *prove precostituite* da riversare ed acquisire *de plano* nel processo penale.

5.2. (segue): *l'estensione nella dimensione eurounitaria* (CGUE, 10 novembre 2022, C-203/21).

Il percorso verso un più ampio riconoscimento all'ente delle garanzie della persona fisica intrapreso a livello sovranazionale non pare destinato ad arrestarsi: ancor più di recente, infatti, la Corte di Giustizia ha affermato che «[i]ntegrano un pregiudizio manifestamente sproporzionato al principio della presunzione di innocenza, nonché ai diritti della difesa garantiti dall'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, le disposizioni di una disciplina nazionale che consentano al giudice di irrogare ad una persona giuridica una sanzione penale per un reato commesso dal suo rappresentante legale prima che sia definito il processo penale nei confronti di quest'ultimo e senza che l'ente possa contestare la commissione di tale reato»⁵¹.

I Giudici di Lussemburgo erano stati chiamati a decidere in via pregiudiziale sull'interpretazione degli articoli 4 e 5 della decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato (GU 2005, L 68), nonché dell'articolo 49 CDFUE: in estrema sintesi, si trattava di verificare la legittimità dell'irrogazione all'ente di una sanzione pecuniaria per il reato commesso dal suo rappresentante pur in assenza del previo accertamento del reato che era oggetto di un procedimento penale parallelo pendente in Bulgaria e non ancora concluso in via definitiva.

Nel confermare l'equiparazione tra imputato-persona fisica e accusato-persona giuridica, la Corte ha ribadito⁵² che l'art. 48, co. 1, CDFUE – secondo cui ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non è stata legalmente provata – impedisce di punire l'ente senza accertamento del reato, circostanza che arrecherebbe «un pregiudizio manifestamente sproporzionato al principio di presunzione di innocenza» e ai diritti della difesa, garantiti alla persona giuridica così come alla persona fisica.

⁵⁰ C. cost., ud. 13/04/2021, dep. 30/04/2021, n. 84, su www.cortecostituzionale.it. Per un commento cfr. SPANGHER (2021), p. 1046; AMATI – INSOLERA (2022), p. 89; PERRONE, (2022), p. 10; DI DIO (2021), p. 4.

⁵¹ Cfr. CGUE, 10/11/2022, n. 203, C-203/21, in *De Jure*.

⁵² In questo senso cfr. CGUE, 15/04/2021, C-611/18; CGUE, 22/12/2010, C-279/09, in *De Jure*, quest'ultima relativa alla presunzione di innocenza.

6. Il processo osmotico del diritto al silenzio: dagli imputati-persone fisiche ai dichiaranti-persone fisiche legati all'ente da un severo rapporto funzionale.

La giurisprudenza di Lussemburgo assume una portata non trascurabile nell'ambito dell'ordinamento interno ed induce al riconoscimento del *diritto al silenzio* e del distinto *privilege against self-incrimination* a colui che, legato da un certo *tipo* di rapporto funzionale, sia chiamato a rendere dichiarazioni per l'ente sottoposto a procedimento amministrativo e potenzialmente destinatario di sanzioni di natura punitiva. Un ordinamento che si prefigga l'obiettivo di punire l'organizzazione con cui è esercitata una determinata attività d'impresa – e quindi in ultima istanza, andando oltre la *fictio iuris*, di punire direttamente quegli individui che, in *severo* rapporto funzionale con l'ente, abbiano agito, diretto e indirizzato le scelte dell'ente (i soggetti apicali) ovvero quantomeno goduto dei relativi profitti (i titolari dell'ente), soggetti su cui (almeno indirettamente) potrebbero ricadere (cfr. *supra*) le sanzioni irrogabili all'esito del procedimento penale finalizzato al riconoscimento della responsabilità *ex* D.lgs. 231/01 – deve garantire, affinché il potere punitivo sia esercitato legittimamente, un effettivo equo processo ai sensi dell'art. 6 CEDU ed un concreto esercizio del diritto di difesa ai sensi dell'art. 24 Cost., prevedendo un apparato normativo in grado di impedire che i dichiaranti siano costretti a riferire elementi auto-accusatori, nel senso di accusatori *verso* l'ente a cui sono legati, ed etero-accusatori, quantomeno con riferimento all'autore del reato presupposto, il cui accertamento costituisce presupposto indefettibile per l'irrogazione della sanzione all'ente⁵³.

Se realmente si ritiene che il *nemo tenetur se detegere* sia uno dei principi che esprimono la garanzia del diritto di difesa e dell'equo processo, principi irrinunciabili, allora l'applicabilità alla persona giuridica, quindi all'ente *meta-individuale*, non dovrebbe essere messa in discussione, né resa nella pratica processuale di impossibile esercizio. E non sarebbe la prima volta che si dia seguito al processo di adattamento delle disposizioni della carta fondamentale alle situazioni procedurali in cui non è – almeno formalmente – l'individuo nella sua materialità ad essere protagonista⁵⁴.

⁵³ Con riferimento ai criteri *Engel* e all'estensione del diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi punitivi si rappresenta che la Corte costituzionale ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 64, co. 3, c.p.p. in particolare nella parte in cui la norma non prevede il diritto al silenzio del soggetto sottoposto al procedimento amministrativo volto all'applicazione della sanzione di cui all'art. 75, co. 1, D.P.R. 9.10.1990, n. 309. In quest'ipotesi la Consulta, facendo riferimento alla valutazione circa la natura penale della sanzione secondo gli *Engel criteria*, ha ritenuto che le sanzioni irrogabili all'esito del procedimento amministrativo in esame non fossero caratterizzate da quell'afflittività tale da richiedere l'applicazione delle garanzie previste per il procedimento penale (cfr. C. cost, ud. 27/4/2022, dep. 14/6/2022, n. 148, in *De Jure*).

⁵⁴ Il riferimento è alla presunzione di innocenza dell'ente. Cfr. TAVASSI (2020), p. 252; AMATO (2010), p. 163; MAZZA (2010), p. 726, il quale, all'esito dell'analisi della regola di giudizio dell'illecito dell'ente, conclude che «la responsabilità dell'ente va esclusa non solo in presenza della piena prova di “non colpevolezza”, ma anche quando non vi siano elementi a sostegno dell'ipotesi accusatoria ovvero quelli raccolti rimangono insufficienti o contraddittori».

7. La via dell'interpretazione costituzionalmente orientata e le prospettive *de lege ferenda*.

Il contrasto con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. della laconica disciplina di cui all'art. 44 D.lgs. 231/01 – che peraltro richiama, al secondo comma, la disciplina di cui all'art. 210 c.p.p. in luogo di quella dell'art. 208 c.p.p., ignorando la regola del *simultaneus processus* – appare sanabile attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata idonea a salvare la norma censurata, quantomeno attenendosi all'impostazione ermeneutica consolidata del Giudice delle Leggi⁵⁵.

Tradizionalmente si afferma, infatti, che l'interpretazione costituzionalmente orientata non è ammissibile quando tra i vari significati che la disposizione può assumere non ve ne sia alcuno che risulti compatibile con il dettato costituzionale⁵⁶. L'unico *significato* attribuibile al *significante*, quindi alla disposizione, nel caso dell'art. 44 D.lgs. 231/01 è tracciare un distinguo tra coloro che sono compatibili con l'ufficio di testimone e coloro che, invece, pur dotati della capacità di testimoniare ai sensi dell'art. 196 c.p.p., applicabile ai sensi dell'art. 34 D.lgs. 231/01 anche nel processo agli enti, non possano ricoprire l'ufficio di testimone: queste ultime sono quelle ipotesi, tassativamente previste, di cui all'art. 197 c.p.p.⁵⁷ per le persone fisiche e di cui, appunto, all'art. 44 D.lgs. 231/01 per l'ente.

⁵⁵ Cfr. Trib. Verbania, 06/06/2012, ordinanza, *inedita*, con la quale è stata dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 D.lgs. 231/01 sollevata con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., poiché «... in forza della parificazione dell'ente all'imputato prevista dall'art. 35 D.lgs. 231/01 e del principio costituzionale del diritto di difesa, comprensivo del diritto di non autoincriminazione (artt. 24 Cost. e 6 CEDU), un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata della norma, di cui si denuncia l'illegittimità, porta a ritenere che il rappresentante dell'ente, che non fosse tale al momento della commissione del reato, non debba essere esaminato come testimone, bensì nelle forme previste dall'art. 44, comma 2, D.lgs. citato, ovvero ai sensi dell'art. 210 c.p.p.».

⁵⁶ «In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali», così C. cost., ud. 14/10/1996, dep. 22/10/1996, n. 356, in *De Jure*, § 4 del *Considerato in diritto*. Con riferimento alla possibile declaratoria di incostituzionalità di una norma di legge sia consentito rinviare a KELLER (2020), p. 609, e alla bibliografia ivi richiamata.

⁵⁷ Sulla tassatività delle ipotesi di cui all'art. 197 c.p.p. cfr., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. V, ud. 25/06/2014, dep. 08/01/2015, n. 461, in *De Jure*, la cui massima afferma: «[l]'escussione del minore in qualità di teste non è legata all'assenso del genitore, applicandosi, anche nel caso del minore, il disposto dell'art. 196 c.p.p., pure nella parte in cui demanda al giudice la verifica dell'idoneità fisica o mentale del teste a rendere testimonianza, con la possibilità di ordinare accertamenti opportuni. Del resto, nessuna delle incompatibilità elencate tassativamente nell'art. 197 c.p.p. ha riguardo al minore». Cfr., altresì, Cass. Pen., Sez. II, 16/11/1998, n. 11698, in *De Jure*, la cui massima afferma: «[i]l minore degli anni quattordici – che non può assumere, per la sua incapacità di diritto penale sostanziale e processuale, la qualità di imputato – può essere sentito in qualità di testimone in ordine ai fatti che lo hanno visto coinvolto come autore concorrente, dovendosi considerare tassativa, trattandosi di norma eccezionale, l'elencazione delle incompatibilità con l'ufficio di testimone indicate nell'art. 197 c.p.p., nessuna delle quali ha riguardo al minore non imputabile. L'attendibilità delle dichiarazioni di un soggetto così particolare resta comunque affidata al prudente apprezzamento del giudice di merito, il quale deve tener conto di tutte le implicazioni connesse alla possibile instabilità emotiva del teste». Con specifico riferimento al testimone comune a seguito di archiviazione cfr.

L'accesso ad una differente impostazione ermeneutica, per cui un divieto ad assumere l'ufficio di testimone anche nelle ipotesi *supra* considerate discenderebbe comunque direttamente dall'art. 35 D.lgs. 231/01, svuoterebbe di significato il disposto di cui all'art. 44, co. 1, lett. b) D.lgs. 231/01. Occorre peraltro considerare che l'art. 35 D.lgs. 231/01, più che stabilire una reale sovrapposizione dell'ente all'imputato-persona fisica, appare nella sistematica del Decreto principalmente teso alla parificazione delle tutele: la stessa *Relazione illustrativa* al D.lgs. 231/01 è foriera di equivocità nella parte in cui afferma che «la parificazione all'imputato viene effettuata con riferimento all'ente in quanto tale, non al rappresentante legale, per il quale è previsto un regime peculiare che non lo esclude dalle garanzie riservate all'imputato, ma in taluni casi lo considera anche un testimone (v. art. 44). Ed è proprio la peculiarità della relazione che, con riferimento all'ambito processuale, lega il rappresentante all'ente che ha portato a delineare una speciale forma di partecipazione nel processo da parte dell'ente»⁵⁸. Non che, quindi, l'art. 35 D.lgs. 231/01 sia da ritenersi un mero orpello, ma appare evidente come una perfetta sovrapponibilità non sia ontologicamente possibile.

Considerando che «[i]n linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»⁵⁹, occorre notare che la disposizione di cui si discute potrebbe essere interpretata in modo conforme alla Costituzione solo svuotandola di significato, quindi solo volutamente ignorando che l'art. 44 D.lgs. 231/01 preveda ipotesi tassative. La formula dell'interpretazione costituzionalmente orientata di una norma di legge, elaborata dalla Corte costituzionale, si basa, infatti, sul consolidato principio per cui «eventuali residue incertezze di lettura sono destinate a dissolversi una volta che si sia adottato, quale canone ermeneutico preminente, il principio di supremazia costituzionale che impone all'interprete di optare, fra più soluzioni astrattamente possibili, per quella che rende la disposizione conforme a Costituzione»⁶⁰.

In conclusione, anche nel rispetto del principio di conservazione delle norme⁶¹, in virtù del quale, tra più interpretazioni possibili, deve prediligersi quella che attribuisca un *qualche* significato⁶², non sembra possibile una lettura costituzionalmente orientata, se non privando il *significante* del *significato*, ignorando cioè che si tratti di un'elencazione tassativa di casi di incompatibilità a testimoniare.

Sono ormai maturi i tempi per un intervento legislativo finalizzato a rivedere – oltre ai tanti temi di natura sostanziale⁶³ – il mancato richiamo alla disciplina di cui all'art. 208 c.p.p., in aderenza alla regola del *simultaneus processus*, nonché a sanare il contrasto dell'art. 44 D.lgs. 231/01 sia con l'art. 24 Cost., non consentendo all'ente un

BITONTI (2016), p. 3.

⁵⁸ Così la *Relazione illustrativa* al D.lgs. 231/01, p. 30.

⁵⁹ Così C. cost., ud. 14/10/1996, dep. 22/10/1996, n. 356, in *De Jure*, § 4 del *Considerato in diritto*.

⁶⁰ C. cost., ud. 12/07/2001, dep. 27/07/2001, n. 316, in *De Jure*.

⁶¹ Cfr. Cass. Pen., Sez. III, ud. 01/10/2015, dep. 07/10/2015, n. 40272, in *De Jure*.

⁶² Cfr. C. cost., ud. 07/04/2005, dep. 21/04/2005, n. 163, in *De Jure*. In dottrina cfr. GRASSETTI (1961), p. 173.

⁶³ In merito cfr. l'ampia analisi e panoramica offerta da CENTONZE – MANACORDA (2023).

effettivo esercizio di difesa e non garantendo un pieno riconoscimento del diritto al silenzio ai soggetti in severo rapporto funzionale (apicali e titolari) con l'ente medesimo, sia con l'art. 3 Cost., nella misura in cui impone un differente ed ingiustificato trattamento tra il legale rappresentante dell'ente che si sia costituito nel procedimento e colui che, invece, abbia legittimamente preferito rimanere contumace ai sensi dell'art. 41 D.lgs. 231/01.

Bibliografia

AMATI, Enrico – INSOLERA, Pietro (2022): *“Il nemo tenetur se detegere è applicabile nel procedimento dinanzi alla Consob funzionale all'inflizione di sanzioni amministrative “sostanzialmente” punitive: costituzionalmente illegittimo l'art. 187 quinquiesdecies T.U.F.”*, in *“Giurisprudenza Commerciale”*, 1, p. 89

AMATO, Giuseppe (2010): *“Le regole di giudizio nel procedimento a carico dell'ente escludono visi di costituzionalità”*, in *“La responsabilità amministrativa delle società e degli enti”*, 4, p. 163

BASSI, Alessandra (2006a): *“Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica”*, in *“La responsabilità amministrativa delle società e degli enti”*, 3, p. 43

BASSI, Alessandra (2006b): *“Il giudizio ordinario”*, in A. BASSI – T. EPIDENDIO, *“Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari”* (Milano, Giuffrè)

BERNASCONI, Alessandro (2008): *“Art. 5 D.lgs. 231/01”* (voce), in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FLORIO (a cura di), *“La responsabilità degli enti. Commentario”* (Padova, Cedam), p. 97

BITONTI, Antonio (2016): *“L'archiviazione e la testimonianza dell'ex indagato nel quadro della disciplina delle incompatibilità a testimoniare dell'imputato”*, in *“Archivio Penale”*, 1

CENCI, Daniele (2022): *“Art. 210 c.p.p. – Esame di persona imputata in un procedimento connesso”* (voce aggiornata da F. GIUDENCHI – C. SANTORIELLO), in A. GAITO (a cura di), con la collaborazione di A. BARGI, G. DEAN, C. FIORIO, G. GARUTI, F. GIUNCHEDI, O. MAZZA, M. MONTAGNA, C. SANTORIELLO (Coordinatori, Autori ed Aggiornatori), *“Codice di Procedura Penale commentato on line”* (Wolters Kluwer)

CAMALDO, Lucio (2022): *“Il giudizio e le prove nel processo de societate”*, in G. CANZIO – L. LUPARIA DONATI (a cura di), *“Diritto e procedura penale delle società”* (Milano, Giuffrè), p. 1414

CANESCHI, Gaia (2021): *“Processo penale mediatico e presunzione di innocenza: verso un'estensione della garanzia?”*, in *“Archivio penale”*, 3, p. 12

- CARINI, Camillo (2022): *“Art. 197 c.p.p. – Incompatibilità con l’ufficio di testimone”* (voce aggiornata da F. GIUDENCHI – C. SANTORIELLO), in A. GAITO (a cura di), con la collaborazione di A. BARGI, G. DEAN, C. FIORIO, G. GARUTI, F. GIUNCHEDI, O. MAZZA, M. MONTAGNA, C. SANTORIELLO (Coordinatori, Autori ed Aggiornatori), *“Codice di Procedura Penale commentato on line”* (Wolters Kluwer)
- CASCONE, Giulia (2018): *“Il diritto al silenzio dell’ente: prospettiva italiana e francese a confronto”*, in *“Cassazione Penale”*, 11, p. 3972
- CENTONZE, Francesco – MANACORDA, Stefano (2023): *“Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa”* (Milano, Il Mulino)
- CERESA GASTALDO, Massimo (2015): *“Procedura penale delle società”* (Torino, Giappichelli)
- DE MARINI AVONZO, Franca (1995): *“Diritto romano e diritto privato. Letture da F.K. Von Savigny per il corso di storia del diritto romano (Genova, a. a. 1994-95)”* (Torino, Giappichelli)
- DE SIMONE, Giulio (2002): *“La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d’imputazione”*, in *“Diritto Penale Contemporaneo”*
- DE SIMONE, Giulio (2010): *“Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali”*, in *“Criminalia”*, p. 605
- DE VERO, Giancarlo (2001): *“Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell’attuazione della delega legislativa”*, in *“Rivista italiana di diritto e procedura penale”*, p. 1126
- DELLA TORRE, Jacopo (2015): *“Le sezioni unite sulla violazione della disciplina di cui agli articoli 210, comma 6 e 197 bis c.p.p.: un’occasione (parzialmente) perduta per ristabilire la legalità processuale?”*, in *“Diritto Penale Contemporaneo”*
- DI DIO, Alessio (2021): *“Insider trading: la Corte Costituzionale si pronuncia sul diritto al silenzio”*, in *“Il societario”*, 11
- DINACCI, Filippo Raffaele (2022): *“La dimensione probatoria e del diritto al silenzio nella disciplina della responsabilità da reato degli enti. Verso letture “osservanti” dei principi”*, in *“Archivio Penale”*, 1
- EPIDENDIO, Tomaso Emilio (2007): *Art. 5* (voce), in A. GIARDA – E.M. MANCUSO – G. SPANGHER – G. VARRASO, *“La responsabilità “penale” delle persone giuridiche”* (Milano, Ipsoa), p. 38
- FERRUA, Paolo (2016): *“Diritti umani e tutela degli enti nel processo”*, in *“Diritto penale e processo”*
- FERRUA, Paolo (2002): *“Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento”*, in G. GARUTI (a cura di), *“Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato”* (Padova, Cedam), p. 231
- FIDELBO, Giorgio (2005): *“La testimonianza: casi di incompatibilità”*, in G. LATTANZI (a cura

di), *“Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231”* (Milano, Giuffrè), p. 441

FIORIO, Carlo (2016): *“Presunzione di non colpevolezza e onere della prova”*, in C. FIORIO (a cura di), *“La prova nel processo agli enti”* (Torino, Giappichelli)

FUSCO, Eugenio (2017): *“Le indagini preliminari nei confronti degli enti: questioni controverse”*, in *“La responsabilità amministrativa delle società e degli enti”*, 1, p. 175

GARUTI, Giulio (2011): *“Il processo penale agli enti. Modelli differenziati di accertamento”*, in G. SPANGHER (diretto da), *“Trattato di procedura penale”* (Torino, Giappichelli), p. 1113

GATTA, Gian Luigi (2018): *““Nemo tenetur se detegere” e procedimento amministrativo davanti alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 quinquiesdecies TUF”*, in *“Diritto Penale Contemporaneo”*, 4, p. 156.

GRASSETTI, Cesare (1961): *“Conservazione (Principio di)”* (voce), in *“Enciclopedia del diritto”* (Milano, Giuffrè), vol. IX, p. 173

GREVI, Vittorio (1998): *“Diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui”*, in *“Rivista italiana di diritto e procedura penale”*, p. 1131

GROSSI, Paolo (2004): *“L'ordine giuridico medievale”* (Roma-Bari, Laterza)

GUALAZZI, Alessandra (2022): *“Art. 64 c.p.p. – Regole generali per l'interrogatorio”* (voce aggiornata da F. GIUDENCHI – C. SANTORIELLO), in A. GAITO (a cura di), con la collaborazione di A. BARGI, G. DEAN, C. FIORIO, G. GARUTI, F. GIUNCHEDI, O. MAZZA, M. MONTAGNA, C. SANTORIELLO (Coordinatori, Autori ed Aggiornatori), *“Codice di Procedura Penale commentato on line”*, Wolters Kluwer

KELLER, Alessandro (2022): *“La responsabilità degli enti”*, in A. LANZI (a cura di), *“Diritto penale come sistema”* (Pisa, Pacini Giuridica), p. 388

KELLER, Alessandro (2020): *“Assistendo alla metamorfosi del principio di riserva di legge: la dichiarazione di illegittimità costituzionale del diritto penale vivente”*, in *“L'indice penale”*, 3, p. 609

KELSEN, Hans (1959): *“Teoria generale del diritto e dello Stato”* (Milano, Edizioni di Comunità)

MACCHIA, Alberto (2020): *“La prova dichiarativa. La giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte EDU e delle Sezioni unite della Corte di cassazione a confronto. Il valore nei procedimenti civili, amministrativi e disciplinari della prova dichiarativa assunta nel procedimento penale”*, in *“Cassazione penale”*, 12, p. 4423

MAZZA, Oliviero (2004): *“L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento”* (Milano, Giuffrè), p. 48

MAZZA, Oliviero (2010): *“Art. 66 D.lgs. 231/01”* (voce), in A. CADOPPI, G. GARUTI, P. VENZIANI (a cura di), *“Enti e responsabilità da reato”* (Torino, Utet), p. 729

MAZZA, Oliviero (2022): *“Una nuova dimensione per il diritto al silenzio in ambito penale”*

tributario”, in *“Rassegna Tributaria”*, 1, p. 271

MAZZA, Oliviero (2020): *“Tradimenti di un Codice. La procedura penale a trent’anni dalla grande riforma”* (Torino, Giappichelli)

MONACO, Marco Mario (2022): *“Art. 12 c.p.p. – Casi di connessione”* (voce aggiornata da F. GIUDENCHI – C. SANTORIELLO), in A. GAITO (a cura di), con la collaborazione di A. BARGI, G. DEAN, C. FIORIO, G. GARUTI, F. GIUNCHEDI, O. MAZZA, M. MONTAGNA, C. SANTORIELLO (Coordinatori, Autori ed Aggiornatori), *“Codice di Procedura Penale commentato on line”* (Wolters Kluwer)

MUCCIARELLI, Francesco (2022): *“I reati tributari nel ‘catalogo 231’. un nuovo (ma imperfetto) strumento di contrasto alla criminalità d’impresa”*, in *“Sistema penale”*

MUCCIARELLI, Francesco (2011): *“Il fatto illecito dell’ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001”*, in *“Diritto penale e processo”*, pp. 435-442

NICOLICCHIA, Fabio (2022): *“Ente e imputato nella procedura penale d’impresa. Conflitti, interferenze, anomalie di sistema”* (Milano, Wolters Kluwer-Cedam)

PALIERO, Carlo Enrico (2014): *“Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?”*, in *“Le Società”*, p. 474

PALIERO, Carlo Enrico (1985): *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione classica e una svolta radicale”*, in *“Rivista italiana di diritto e procedura penale”*, p. 894

PATANÈ, Vania (2006): *“Il diritto al silenzio dell’imputato”* (Torino, Giappichelli)

PERRONE, Andrea (2022): *“Il diritto al silenzio, riconosciuto dalla Consulta negli illeciti finanziari, rileva in ambito fiscale?”*, in *“Giurisprudenza Commerciale”*, 1, p. 10

PIERGALLINI, CARLO (2022): *“Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all’estenuante vicenda “Impregilo””*, in *“Sistema penale”*.

ROMANO, Mario (2002): *“La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali”*, in *“Rivista delle Società”*, p. 398

RUGGERI, Antonio (2019): *“Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)”*, in *“Consulta Online”*, 2, p. 242

SACCO, Guglielmo (2018): *“L’incidente ferroviario di Viareggio: una (ulteriore) conferma dell’orientamento della Cassazione sul tema dell’onere della prova nel processo agli enti”*, in *“Archivio Penale”*, 1

SANTORIELLO, Ciro (2006): *“La prova testimoniale nel processo alle società”*, in *“La responsabilità amministrativa delle società e degli enti”*, 2, p. 91

SANTORIELLO, Ciro (2018): *“Il ruolo del reato nella responsabilità da illecito degli enti collettivi: condizione obiettiva di punibilità per sanzionare la colpa di organizzazione”*, in *“La responsabilità amministrativa delle società e degli enti”*, 2

SCALFATI, Adolfo (2022): *“Le norme in materia di prova e di giudizio”*, in G. GARUTI (a cura di), *“Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato”*, (Milano, Wolters Kluwer-Cedam)

SPANGHER, Giorgio (2021): *“Nel dialogo tra le Corti si consolida il diritto al silenzio”*, in *“Giurisprudenza Costituzionale”*, 2, p. 1046

TAVASSI, Ludovica (2020): *“L’onere della prova nel processo penale”* (Milano, Wolters Kluwer-Cedam), p. 252

WEISS, Piergiorgio (2013): *“Sovvertito l’orientamento interpretativo sul diritto alla difesa dell’ente”*, in *“AOdV 231”*

ZAGREBELSKY, Vladimiro: (2003): *“La Convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena”*, in *“Cassazione penale”*, suppl. al n. 6, p. 32